

Medisch deskundigenbewijs bij procedures over loondoorbetaling bij ziekte in het licht van een eerlijk proces

TRA 2019/95

De rechter zal in de loondoorbetalingsprocedure volgens de bedoeling van de wetgever het door de werknemer overlegde deskundigenoordeel van het UWV als uitgangspunt nemen bij zijn beslissing. De vraag is of het recht op een eerlijk proces van de werkgever hierbij wordt gewaarborgd. Beschikt hij in de procedure over voldoende mogelijkheden om het deskundigenoordeel van het UWV te weerspreken? In dit artikel zal deze vraag worden beantwoord aan de hand van een bespreking over de waardering door de rechter van de verschillende medisch deskundigenrapporten die een rol spelen bij de loondoorbetalingsprocedure.

1. Inleiding

Als er een geschil tussen de werkgever en de werknemer bestaat over de vraag of de werknemer wegens ziekte niet in staat is de bedongen werkzaamheden te verrichten, kan de situatie zich voordoen dat de werkgever loonbetaling weigert. De werknemer die stelt dat er geen sprake is van werkweigering maar dat hij niet kan werken wegens ziekte, zal een vordering in rechte in kunnen stellen tot loondoorbetaling. Daarvoor zal hij een deskundigenoordeel van het UWV betreffende de arbeidsongeschiktheid over moeten leggen aan de rechter. De ratio is volgens de wetgever namelijk dat de rechter bij geschil over een medische situatie alleen een beslissing kan nemen op basis van een rapport van een onafhankelijk medisch deskundige.² Volgens de wetgever dient de rechter in het algemeen het deskundigenoordeel van het UWV als uitgangspunt te nemen.³

Dit deskundigenoordeel vormt daarom een belangrijk stuk in de procedure. De vraag dringt zich op of het recht op een eerlijk proces van de werkgever (art. 6 EVRM) is gewaarborgd bij aldus door de werknemer ingebracht deskundigenbewijs. Beschikt de werkgever over een mogelijkheid om de inhoud van het rapport van de deskundige van het UWV te betwisten om zo invloed te kunnen hebben op de uitkomst van de beslissing?

In dit artikel stel ik de vraag aan de orde of de werkgever in het kader van de bewijslevering commentaar kan leveren op een deskundigenrapport van het UWV. Allereerst ga ik in

op de eisen die in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (verder: het Europese Hof) worden gesteld ten aanzien van een eerlijk proces bij deskundigenbewijs in civiele procedures.

Daarna behandel ik de verschillende oordelen van de medisch deskundigen die een rol spelen bij de beoordeling of de werknemer door ziekte arbeidsongeschikt is. In eerste instantie zal de vaststelling van de arbeidsongeschiktheid vanwege de werkgever gebeuren door de bedrijfsarts, een sociaal-verzekeringsgeneeskundige, die de werkgever adviseert en bijstaat bij het ziekteverzuim van de werknemer. Als de werknemer een loonvordering instelt zal deze een deskundigenoordeel bij het UWV over de arbeidsongeschiktheid aanvragen en dienen over te leggen in de procedure. Dit deskundigenoordeel van het UWV over de arbeidsongeschiktheid is een oordeel van de verzekeringsarts, een sociaal-verzekeringsgeneeskundige van het UWV.

Vervolgens komt aan de orde welk gewicht de rechter toekent aan de oordelen van de bedrijfsarts en de verzekeringsarts. Ik sluit af met enkele conclusies over de vraag of een eerlijk proces voor de werkgever is gewaarborgd in de procedure.

2. Eisen van het EHRM voor een eerlijk proces ten aanzien van deskundigenbewijs in een civiele procedure

Art. 6 lid 1 EVRM is van toepassing op een civiele procedure tussen de werknemer en werkgever over de loonvordering in geval van ziekte. Geschillen over de privaatrechtelijke verhouding van werkgever en werknemer betreffen volgens het Europese Hof immers de vaststelling van 'burgerrechtelijke rechten en verplichtingen' in de zin van art. 6 lid 1 EVRM.⁴ Het recht op een eerlijk proces van art. 6 lid 1 EVRM ziet op geschilbeslechting door de rechter ('tribunal'). Het Europese Hof beoordeelt of er daadwerkelijk sprake is geweest van een eerlijk proces. Het hangt er daarbij van af of de procedure in haar geheel (zowel in eerste instantie als in hoger beroep), inclusief de wijze waarop het bewijs is geleverd, eerlijk is verlopen in de zin van art. 6 lid 1 EVRM.⁵ Er gelden twee belangrijke criteria voor een 'eerlijke behandeling' ten overstaan van de rechter. Het eerste is dat de procedure op tegenspraak gevoerd wordt ('right to an adversarial trial'). Het tweede criterium betreft de vraag of partijen over gelijke processuele middelen beschikken ('equality of arms').

1 Ivo van der Helm is universitair docent Arbeidsrecht en Sociaal Beleid aan de Universiteit Utrecht.

2 HR 20 december 2013, JAR 2014/35; Kamerstukken II 1995/96, 24439, 3, p. 23-25 en p. 64.

3 Kamerstukken II 1995/96, 24439, 3, p. 64, 6, p. 45-46.

4 EHRM 28 juni 1990, NJ 1995/491, par. 67 (Obermeier/Oostenrijk).

5 EHRM 18 maart 1997, NJ 1998/278, par. 34 (Mantovanelli/Frankrijk).

Het recht op een procedure op tegenspraak houdt in dat partijen het recht op weerwoord hebben. Zij moeten de gelegenheid krijgen om kennis te nemen van en commentaar te leveren op het ingebrachte bewijs, om invloed te kunnen uitoefenen op de beslissing van de rechter.⁶ Het Europese Hof oordeelde dat een medisch deskundigenrapport waarschijnlijk een overwegende invloed zal hebben op de beoordeling door de rechter van de feiten omdat het buiten het kennisgebied van de rechter zelf valt. Het deskundigenrapport zal dan een essentieel bewijsstuk zijn.⁷ Volgens het Europese Hof zal in het geval dat de rechter een medisch deskundige benoemt, een partij niet in elke situatie het recht hebben de documenten in te zien waarop het rechterlijke oordeel gebaseerd wordt. Partijen moeten in ieder geval een reële mogelijkheid hebben om op een effectieve manier commentaar te leveren op de inhoud van het rapport van de deskundige.⁸

Het tweede criterium voor een 'fair trial' is de 'equality of arms'. Dit gaat ervan uit dat beide partijen gelijke procesuele mogelijkheden hebben. Het houdt in dat een partij een redelijke mogelijkheid moet krijgen om haar standpunt, ook over het te leveren bewijs, te presenteren onder de voorwaarde dat zij niet in een beduidend achtergestelde positie komt te verkeren ten opzichte van haar wederpartij.⁹ Dit betekent dat partijen op dezelfde wijze toegang moeten krijgen tot documenten en daarop commentaar moeten kunnen leveren, voor zover die documenten een rol spelen bij de beslissing van de rechter.

3. Het oordeel van de bedrijfsarts en het deskundigenoordeel van het UWV

3.1 Het oordeel van de bedrijfsarts

In het geval een werknemer de bedongen arbeid wegens ziekte niet kan verrichten, behoudt hij gedurende de verhindering het recht op minimaal 70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon. De loondoorbetalingsplicht van de werkgever duurt maximaal 104 weken vanaf het intreden van de ziekte (art. 7:629 lid 1 BW). De werkgever moet het recht op loon vaststellen en vormt zich een oordeel over de vraag of de werknemer recht heeft op loondoorbetaling. Het beantwoorden van de vraag of de werknemer wegens ziekte verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten, vergt een medische beoordeling waarvoor een medische expertise is vereist. De beoordeling van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer is daarom volgens de wetgever voorbehouden aan een arts.¹⁰ De werkgever zelf mag volgens de juris-

prudentie daarom ook niet de beoordeling verrichten of de werknemer wegens ziekte niet kan werken.¹¹

De wet stelt dat de werkgever zich door een bedrijfsarts laat bijstaan bij het adviseren en begeleiden van werknemers die wegens ziekte niet in staat zijn hun arbeid te verrichten (art. 14 lid 1 sub b Arbowet). De bedrijfsarts is een arts die als sociaal-verzekeringsgeneeskundige de werkgever onder andere adviseert over de mate van arbeidsongeschiktheid en belastbaarheid van de werknemer.¹² De bedrijfsarts verricht dus een sociaal-verzekeringsgeneeskundige beoordeling of de werknemer wegens ziekte niet in staat is de overeengekomen werkzaamheden te verrichten. Hoewel het oordeel van de bedrijfsarts over de arbeidsongeschiktheid slechts een advies is, zal de werkgever dit advies doorgaans volgen. Het is daarom ook voor de werkgever zwaarwegend.¹³

3.2 Het aanvragen van het deskundigenoordeel van het UWV

Indien de bedrijfsarts de werknemer arbeidsgeschikt acht, maar de werknemer meent wegens ziekte niet in staat te zijn te werken, kan tussen de werknemer en de werkgever een geschil ontstaan over het bestaan van de arbeidsongeschiktheid. Om te voorkomen dat men direct naar de rechter gaat, kunnen in een dergelijke situatie zowel de werkgever als de werknemer tussentijds een deskundigenoordeel van het UWV vragen (art. 32 SUWI). Als een deskundigenoordeel wordt aangevraagd over het bestaan van arbeidsongeschiktheid, kan het UWV daar alleen op ingaan als de werknemer bereid is zich te laten onderzoeken (art. 32a lid 1 SUWI). Indien dat het geval is, onderzoekt de verzekeringsgeneeskundige van het UWV de werknemer en geeft deze een onafhankelijk oordeel aan de werkgever en de werknemer over de arbeidsongeschiktheidsvraag.¹⁴

Partijen zijn in de fase als er nog geen rechtsgang wordt benut, niet verplicht om bij een meningsverschil een deskundigenoordeel aan te vragen. Het deskundigenoordeel van het UWV kan echter geschillen tussen de werkgever en de werknemer in een vroeg stadium beslechten en zo de gang naar de rechter voorkomen. Het oordeel is vooral bedoeld ter verbetering van de rechtspositie van de werknemer. Verder wordt de verzekeringsarts te hulp geroepen als objectieve en onbevooroordeelde deskundige; hij is dus geen scheidsrechter en het onderzoek vindt dan ook niet plaats met toepassing van hoor en wederhoor van beide partijen, maar is gericht op het onderzoek van de werknemer en een daaruit te putten diagnose. Het onderzoek is bedoeld als

6 EHRM 18 maart 1997, NJ 1998/278, par. 33 (Mantovanelli/Frankrijk).

7 EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, Korošec/Slovenië, AB 2016/167, par. 47. Zie over de betekenis van dit arrest in WIA-zaken: P. Willemsen & I. van der Helm, 'Deskundigenbewijs en equality of arms bij WIA-zaken', *Advocatenblad* 2018, nr. 10, p. 54-56; P. Fluit, 'Korošec en arbeidsongeschiktheidszaken', *TRA* 2018/95.

8 EHRM 18 maart 1997, NJ 1998/278, par. 33 (Mantovanelli/Frankrijk).

9 EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994/534, par. 33 (Dombo Beheer B.V./Nederland).

10 Kamerstukken II 1992/93, 22898, 6, p. 14.

11 Ktr. Emmen 27 juni 2001, JAR 2001/147; Ktr. Lelystad 3 oktober 2001, JAR 2001/226; Hof 's-Hertogenbosch 26 juli 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR4211, r.o. 4.3.2.

12 Beroepsprofiel van de bedrijfsarts, NVAB 2004; Professioneel Statuut van de Bedrijfsarts, NVAB 2003.

13 NVAB-standpunt 'Claimbeoordeling', NVAB 2005, p. 2.

14 Het is een advies en geen besluit in de zin van art. 1:3 Awb zie CRvB 14 april 1999, RSV 1999/217, USZ 1999/161. De brief waarin de uitkomst van een deskundigenoordeel wordt medegedeeld of een verzoek tot het uitbrengen van een deskundigenoordeel wordt afgewezen is ook geen besluit in de zin van art. 1:3 Awb: CRvB 5 januari 2005, USZ 2005/115.

volledig eigen onderzoek en niet als toets op het oordeel van de bedrijfsarts.¹⁵ Een empirisch onderzoek uitgevoerd door de Stichting De Ombudsman geeft enig inzicht in de omvang en spreiding van tussentijds aangevraagde deskundigenoordelen. Het deskundigenoordeel wordt in ongeveer 70% van de gevallen aangevraagd door de werknemer en in ongeveer 70% van de gevallen gaat het over de vraag of de werknemer wegens ziekte arbeidsongeschikt is. Verder blijkt dat de verzekeringsarts in de helft van de gevallen voor het onderzoek informatie heeft ingewonnen bij derden; bij dit laatste gaat het vrijwel altijd om de bedrijfsarts al dan niet in combinatie met een andere persoon of instantie. In bijna twee derde deel van het aantal gevallen concludeerde de verzekeringsarts tot arbeidsongeschiktheid van de werknemer.¹⁶

Als er onenigheid blijft bestaan over de arbeidsongeschiktheid tussen de werkgever en de werknemer, kan de werkgever die van mening is dat er sprake is van werkweigering, besluiten het loon niet meer te betalen (art. 7:627 BW). De werknemer die het daarmee oneens is, zal zich in veel gevallen met een loonvordering tot de kantonrechter wenden en zich daarbij op het standpunt stellen dat hij wegens ziekte niet in staat is te werken en recht heeft op loondoorbetaling (art. 7:629 lid 1 BW).

Aangezien de werknemer zich beroept op de rechtsgevolgen van de door hem gestelde feiten, rust ook op hem de bewijslast van die feiten (art. 150 Rv), dus met inbegrip van het feit dat hij wegens ziekte niet in staat is de bedongen arbeid te verrichten.¹⁷ Volgens art. 152 lid 1 Rv kan bewijs geleverd worden door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt. De wetgever heeft de bewijslevering door de werknemer in feite bepaald. De werknemer is bij het instellen van een loonvordering in rechte verplicht een deskundigenoordeel, voorheen ook wel 'second opinion' genoemd, van het UWV aan te vragen en in de procedure over te leggen. De rechter wijst immers de vordering af indien bij het exploit van dagvaarding niet een verklaring van de deskundige benoemd door het UWV is bijgevoegd over de ongeschiktheid tot werken (art. 7:629a lid 1 BW). Bij cao kan bepaald worden dat een andere deskundige dan een die benoemd is door het UWV, wordt aangewezen (art. 7:629a lid 7 BW). In principe zal dus een deskundigenoordeel van het UWV vereist zijn. Een verklaring van de huisarts is niet voldoende.¹⁸ De regel impliceert dat de vordering bij gebreke van een deskundigenoordeel wordt afgewezen. Meestal leidt het ontbreken van een deskundigenoordeel tot niet-ontvankelijkverklaring van de eiser in zijn vordering.¹⁹ De werknemer zal zelf voorafgaand aan het instellen van een procedure een

deskundigenoordeel moeten aanvragen en daarvan de kosten moeten dragen. De kosten voor de werknemer bedragen € 100,-, hetgeen in het algemeen geen of weinig belemmering hoeft te zijn om een procedure te starten.

De ratio van het verplicht bijvoegen of inbrengen van een deskundigenoordeel is het versterken van de rechtspositie van de werknemer, en dient mede ter bevordering van efficiënte oordeelsvorming van de rechter.²⁰ Een onafhankelijk deskundigenoordeel is een deugdelijk middel voor de werknemer zijn stelling te onderbouwen dat hij wegens ziekte niet kan werken in gevallen waarin de werkgever loondoorbetaling weigert en aanvoert dat er sprake is van werkweigering en geen situatie van ziekte. Als de werknemer en de werkgever aan de hand van het deskundigenoordeel in onderling overleg niet tot een oplossing komen en zich wenden tot de rechter om hierover een beslissing te nemen, kan de rechter niet zonder medisch advies beslissen. Inbreng van een deskundigenoordeel kan volgens de wetgever zodoende bijdragen aan een snelle beslissing met een beperkt beslag op de rechtspraak.²¹ Het inbrengen van een deskundigenoordeel is niet vereist als dit in redelijkheid niet van de werknemer verlangd kan worden (art. 7:629a lid 2 BW). Er zijn verschillende situaties waarin in redelijkheid niet van de werknemer verlangd kan worden dat hij een deskundigenoordeel overlegt.²²

3.3 *Het onderzoek van de deskundige van het UWV*

Als de werknemer ten behoeve van het starten van een loonvorderingsprocedure een deskundigenoordeel bij het UWV aanvraagt, zal de verzekeringsarts een geneeskundig onderzoek doen. Daarbij geldt dat de deskundige verplicht is zijn onderzoek onpartijdig en naar beste weten te volbrengen (art. 7:629a lid 3 BW). De verzekeringsarts van het UWV zal meestal alleen de werknemer onderzoeken en horen. De arts heeft vaak geen contact gehad met de werkgever waardoor deze niet in de gelegenheid is gesteld om zijn visie op de gezondheidstoestand van zijn werknemer aan de verzekeringsarts kenbaar te maken. Dit betekent niet dat er om deze reden sprake is van een inhoudelijk onjuiste verklaring.²³

De verzekeringsarts kan dus inlichtingen inwinnen bij de werkgever, de bedrijfsarts en de behandelende sector indien hij dat noodzakelijk acht, maar is daartoe niet verplicht. Hij kan tot op eigen wetenschap en ervaring gebaseerde bevindingen komen die een toereikende grondslag kunnen vormen om een conclusie te trekken over de arbeidsongeschiktheid van de werknemer.²⁴

15 Stichting De Ombudsman, *Het deskundigenoordeel: vrijwillig maar niet vrijblijvend*, januari 2011, p. 19.

16 Stichting De Ombudsman, *Het deskundigenoordeel: vrijwillig maar niet vrijblijvend*, januari 2011, p. 26-27.

17 Zie ook C. Bosse, 'Bewijslast bij ziekte', SMA 1997/4 (p. 222).

18 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3376.

19 Zie o.a. Hof Amsterdam 22 mei 2003, JAR 2004/24. In Ktr. Middelburg 7 maart 2005, JAR 2005/126 werd het wel inhoudelijk beoordeeld maar werd de vordering afgewezen wegens het ontbreken van het deskundigenoordeel.

20 HR 20 december 2013, JAR 2014/35; Kamerstukken II 1995/96, 24439, 3, p. 23-25 en p. 64.

21 HR 20 december 2013, JAR 2014/35; Kamerstukken II 1995/96, 24439, 3, p. 23-25 en p. 64.

22 Zie voor literatuur hierover onder meer: N. Jansen & M. Opdam, 'Perikelen rond de deskundigenverklaring bij ziekte: lang niet altijd een noodzakelijk middel', TRA 2013/35.

23 Zie Hof Amsterdam 27 augustus 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2682, r.o. 3.8.

24 Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 12 maart 2003, JAR 2003/145.

Zoals gezegd geldt bij de procedure van totstandkoming van het deskundigenoordeel niet het beginsel van hoor en wederhoor. De werkgever hoeft daarom niet in de gelegenheid te worden gesteld zijn zienswijze in te brengen of te worden geraadpleegd door de verzekeringsarts. Dit vormt ook geen probleem in verband met art. 6 EVRM. Allereerst omdat art. 6 EVRM immers alleen ten aanzien van de rechterlijke procedure geldt en daarnaast ziet het alleen op de mogelijkheid om toegang te hebben tot en commentaar te leveren op bewijs dat tijdens de procedure wordt ingebracht (zie par. 2).²⁵ De werkgever beschikt over deze mogelijkheden in de procedure ten aanzien van het medisch deskundigenbewijs dat door de werknemer wordt ingebracht (zie par. 4). Het Europese Hof bepaalde dat ook in het geval de rechter een deskundige benoemt, partijen niet in alle situaties het recht zouden moeten toekomen om in staat te zijn om ondervragingen bij te wonen of documenten in te zien die door de deskundige in de beoordeling zijn betrokken. Voor een eerlijk proces is van belang dat partijen behoorlijk kunnen deelnemen aan de procedure bij de rechterlijke instantie.²⁶ Dus als deze lijn wordt doorgetrokken naar het door de werknemer overlegde deskundigenoordeel van het UWV in de rechterlijke procedure (ex art. 7:629a lid 1 BW), dan betekent dit dat de werkgever niet het recht heeft om door de deskundige van het UWV te worden gehoord of de documenten in te zien waarop de deskundige zijn oordeel baseert.

Uit de literatuur blijkt dat er vanuit de praktijk wel kritiek is op het feit dat het UWV nauwelijks informatie inwint bij de werkgever en de bedrijfsarts.²⁷ Voor een zorgvuldige informatiegaring en het motiveren van een oordeel lijkt het mij wenselijk dat de verzekeringsarts in ieder geval informatie inwint bij de bedrijfsarts die de eerste beoordeling heeft verricht. Als het namelijk niet duidelijk is op welke informatie de verzekeringsarts het oordeel heeft gebaseerd, kan dat immers in een procedure betekenen dat dit oordeel om deze reden niet gevolgd wordt door de rechter.²⁸ De handelwijze van de verzekeringsarts bij het verrichten van de medische beoordeling kan dan invloed hebben op de waarde die door de rechter wordt toegekend aan het door de werknemer ingebrachte deskundigenoordeel.

4. De beoordeling van ziekte door de rechter

De werknemer zal bij het instellen van de loonvordering bij de rechter het deskundigenoordeel van het UWV dienen over te leggen. Dit is het bewijsmiddel van de werknemer om zijn vordering te onderbouwen waaruit blijkt dat hij wel degelijk arbeidsongeschikt is. De werkgever zal als

hij met tegenbewijs komt, het oordeel van de bedrijfsarts kunnen inbrengen als daaruit het tegendeel blijkt. Er zijn dan twee oordelen van sociaal-verzekeringsgeneeskundigen. Dan dient zich de vraag aan hoe de rechter hiermee omgaat bij de bewijswaardering. Volgens de parlementaire geschiedenis dient de rechter in het algemeen het deskundigenoordeel van het UWV als uitgangspunt te nemen.²⁹ De ratio is namelijk dat de rechter bij geschil over een medische situatie alleen een beslissing kan nemen op basis van een rapport van een onafhankelijk medisch deskundige.³⁰ Maar volgens art. 152 lid 2 Rv is de waardering van het bewijs aan de rechter overgelaten. De rechter is daarom bij het nemen van zijn beslissing niet gebonden aan het deskundigenoordeel van het UWV.

Overigens is het standpunt van de wetgever dat de rechter in beginsel bij het nemen van zijn beslissing het deskundigenoordeel van het UWV als uitgangspunt neemt voor discussie vatbaar. Want alvorens van de inhoud van het deskundigenoordeel uit te gaan, zou er getoetst moeten worden of het deskundigenoordeel van het UWV voldoet aan de eisen waaraan een medisch deskundigenoordeel moet voldoen. Zo toetst het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) ten volle of het onderzoek van de verzekeringsarts uit het oogpunt van vakkundigheid en zorgvuldigheid de toets der kritiek kan doorstaan aan de hand van een aantal criteria. En ten aanzien van de conclusie van de rapportage vindt een marginale toetsing plaats.³¹ Ook in arbeidsongeschiktheidszaken toetst de bestuursrechter alvorens uit te gaan van het rapport van de verzekeringsarts van het UWV of deze voldoet aan de eisen die gesteld worden aan een rapport van de verzekeringsarts.³² Daarom zou mijns inziens ook de civiele rechter in de loondoorbetalingsprocedure niet zonder meer uit mogen gaan van het deskundigenoordeel van het UWV. Bij de bewijswaardering zou de rechter eerst moeten toetsen of dit deskundigenoordeel voldoet aan de eisen die gesteld worden aan een medisch deskundigenoordeel zoals die volgen uit de jurisprudentie van het CTG en de CRvB.

Als de rechter zijn oordeel alleen baseert op het deskundigenoordeel van het UWV levert dat overigens geen strijd op met art. 6 EVRM. Het Europese Hof oordeelde namelijk dat het EVRM de nationale rechters niet belet te vertrouwen op bevindingen van deskundigen die tot stand zijn gekomen bij gespecialiseerde instanties. Wel is volgens het Europese Hof vereist dat een aangewezen deskundige moet voldoen aan de eis van neutraliteit en dat voldaan is aan het vereiste van een procedure op tegenspraak en partijen voorts over gelijke processuele middelen beschikken.³³

25 EHRM 18 maart 1997, NJ 1998/278, par. 33-34 (Mantovanelli/Frankrijk).

26 EHRM 18 maart 1997, NJ 1998/278, par. 33 (Mantovanelli/Frankrijk).

27 R.A. Heida & D.J. Buijs, 'Het deskundigenoordeel '(on)geschiktheid tot werken' kritisch beschouwd', SR 2007/80; G.J.J. Heerma van Voss, 'Behoorlijkheid bij het deskundigenoordeel van het UWV', TRA 2008/1; D.M. van Moerkerk & W.M. Hess, 'Deskundigenoordeel overbodig?', TAP 2012/3, p. 112-118.

28 Zie bijv. Ktr. Haarlem 11 januari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:785.

29 Kamerstukken II 1995/96, 24439, 3, p. 64, nr. 6, p. 45-46.

30 HR 20 december 2013, JAR 2014/35; Kamerstukken II 1995/96, 24439, 3, p. 23-25 en p. 64.

31 Zie als voorbeeld waar een deskundigenoordeel van de verzekeringsarts werd getoetst aan de hand van de gestelde eisen: CTG 13 september 2007, Stcrt. 2007, 183, p. 10.

32 Deze eisen volgen uit art. 4 Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswet; CRvB 8 april 2011, AB 2012/214.

33 EHRM 22 mei 2018, AB 2019/71, par. 47 (Devinar/Slovenië).

Het deskundigenoordeel van het UWV voldoet aan de vereisten van neutraliteit. De deskundige is wettelijk verplicht zijn onderzoek onpartijdig te verrichten (art. 7:629a lid 3 BW). De verzekeringsarts van het UWV dient verder volgens de professionele normen ook onafhankelijk van partijen en binnen zijn deskundigheid een oordeel te geven.³⁴ Daarnaast wordt voldaan aan de procedurele normen van art. 6 EVRM voor wat betreft een procedure op tegenspraak en gelijke processuele middelen. De werkgever beschikt in de rechterlijke procedure over de mogelijkheid om kennis te nemen van en commentaar te leveren op het door de werknemer ingebrachte bewijsmateriaal. En bij de processuele middelen verkeert hij niet in een wezenlijk achtergestelde situatie ten opzichte van de werknemer. De werkgever kan immers kennisnemen van het deskundigenoordeel van het UWV en kan daarop commentaar leveren en dit betwisten door met tegenbewijs te komen van het oordeel van de bedrijfsarts.

In geval van verschil van opvatting van de bedrijfsarts en de verzekeringsarts van het UWV doet zich de vraag voor welke waarde aan de verschillende oordelen moet worden gegeven en welk oordeel prevaleert. Kantonrechter Rotterdam overwoog met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis dat de rechter bij de beoordeling het deskundigenoordeel als uitgangspunt neemt. In dit geval werd het oordeel van het UWV gevolgd en niet dat van de bedrijfsarts omdat de bedrijfsarts de werknemer niet daadwerkelijk had gezien en de verzekeringsarts wel. Bovendien sloot het oordeel van de verzekeringsarts aan bij dat van de huisarts.³⁵ Het Hof Den Haag oordeelde in een kort geding dat te verwachten was dat de rechter in de bodemzaak meer waarde zou hechten aan het oordeel van een onafhankelijke deskundige dan aan dat van de bedrijfsarts, omdat de deskundige van het UWV anders dan de bedrijfsarts onafhankelijk is. Daarom werd het deskundigenoordeel van het UWV gevolgd.³⁶ Het hof suggereert hier mijns inziens ten onrechte dat de bedrijfsarts per definitie niet onafhankelijk zou zijn. Volgens de wet dient de bedrijfsarts wel zelfstandig en onafhankelijk te handelen ten opzichte van de werkgever (art. 14 lid 8 en art. 14a lid 5 jo. art. 13 lid 6 Arboret). Ditzelfde geldt voor de verzekeringsarts van het UWV die in zijn oordeelsvorming en advisering onafhankelijk optreedt.³⁷

Kantonrechter Leeuwarden overwoog dat meer gewicht kan worden toegekend aan het oordeel van de bedrijfsarts dan aan het oordeel van het UWV als er sprake is van bijkomende feiten en omstandigheden.³⁸ In casu sloot het oordeel van de verzekeringsarts aan bij het oordeel van de eerder ingeschakelde bedrijfsarts en moest hieraan meer waarde

worden gehecht dan aan het andersluidende oordeel van de tweede bedrijfsarts. Ook Kantonrechter Haarlem oordeelde, evenals Kantonrechter Leeuwarden, dat om een deskundigenoordeel van het UWV dat afwijkt van het oordeel van de bedrijfsarts opzij te kunnen leggen er bijkomende omstandigheden nodig zijn.³⁹ In dit geval waren die omstandigheden aanwezig. Volgens de kantonrechter was hier voornamelijk van belang dat de rapportage van het UWV slechts gebaseerd was op door de werknemer verstrekte informatie. Aangezien de werkgever noch de bedrijfsarts geraadpleegd was, oordeelde de rechter dat niet voldaan was aan de eisen van art. 7:629a BW.⁴⁰ Deze laatste conclusie acht ik discutabel, omdat uit de hiervoor besproken rechtspraak blijkt dat de deskundige zelfstandig onderzoek kan doen en in principe niet verplicht is om hierover informatie in te winnen bij de werkgever of de bedrijfsarts. De kantonrechter overwoog verder dat het oordeel was opgesteld geruime tijd na het oordeel van de bedrijfsarts en geen inzicht bood in de wijze van totstandkoming. Ook Kantonrechter Bergen op Zoom overwoog dat er in de berechte zaak sprake was van bijkomende omstandigheden waardoor het oordeel van de bedrijfsarts prevaleerde boven het oordeel van het UWV.⁴¹ De verzekeringsarts had hier zijn oordeel gevormd zonder de werknemer te zien en zijn oordeel was in tegenstelling tot dat van de bedrijfsarts geruime tijd na de bestreden periode tot stand gekomen. Daarbij woog mee dat de werknemer bijna twee maanden had gewacht met de aanvraag van een deskundigenoordeel.

Indien er na het deskundigenoordeel onduidelijkheid bestaat, kan de rechter op verzoek van een der partijen of ambtshalve bevelen dat de deskundige zijn verklaring nader schriftelijk of mondeling toelicht of aanvult (art. 7:629a lid 5 BW). Volgens het standpunt van bewindslieden bij de totstandkoming van deze bepaling, bestaat deze mogelijkheid voor de werkgever als hij gemotiveerde bezwaren heeft tegen het ingebrachte deskundigenoordeel.⁴² Het enkele feit dat de werkgever niet zelf beschikt over de medische gegevens die ten grondslag liggen aan het deskundigenoordeel, hoeft op zichzelf geen reden te zijn om het verzoek een nadere toelichting te verschaffen in te willigen.⁴³ Ook in de literatuur wordt verdedigd dat de rechter terughoudendheid dient te betrachten bij het gebruikmaken van deze bevoegdheid. Deze zou alleen de deskundige mogen opdragen om zijn verklaring aan te vullen als de rechter zelf door de deskundigenverklaring niet voldoende is voorgelicht.⁴⁴

Een heel enkele keer maakt de rechter in de praktijk gebruik van deze mogelijkheid. Een voorbeeld is een geval waarbij de werknemer zich ziek had gemeld wegens maagklachten,

34 Professioneel Statuut Verzekeringsartsen 2003, art. 2 jo. art. 1 lid 7.

35 Ktr. Rotterdam 27 juni 2000, *JAR* 2000/228.

36 Hof 's-Gravenhage 16 februari 2007, *JAR* 2007/109, r.o. 5.2-5.3.

37 De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de verzekeringsarts wordt gewaarborgd doordat er bij het UWV gewerkt wordt met het Professioneel Statuut Verzekeringsartsen, 2003: *Handelingen Tweede Kamer*, 2016-2017, Aanhangsel 1137, p. 2.

38 Ktr. Leeuwarden 15 februari 2011, ECLI:NL:RBL:2011:BP6842.

39 Ktr. Haarlem 20 december 2006, *JAR* 2007/41. Ook het Hof Den Haag oordeelde dat er bijkomende omstandigheden moeten zijn om van het deskundigenoordeel van het UWV af te wijken: Hof Den Haag 7 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1538.

40 Ktr. Haarlem 20 december 2006, *JAR* 2007/41.

41 Ktr. Bergen op Zoom (vzr.) 23 januari 2013, *JAR* 2013/57.

42 *Kamerstukken II* 1995/96, 24439, 6, p. 41.

43 *Kamerstukken I* 1995/96, 24439, 134e, p. 8.

44 C. Bosse, 'Bewijslast bij ziekte', *SMA* 1997/4 (p. 223).

maar uit het oordeel van de deskundige die tot arbeidsgeschiktheid concludeerde, niet af te leiden was of de klachten ook in het onderzoek waren betrokken. De rechter beval de deskundige een nadere toelichting te geven waaruit vervolgens bleek dat het onderzoek zich had uitgestrekt tot beoordeling van die klachten.⁴⁵

Als de rechter de deskundige van het UWV beveelt om mondeling of schriftelijk een nadere toelichting te geven, zal de werkgever hiervan kennis nemen. In het geval van mondelinge toelichting ter zitting zal de werkgever hiervan kennis kunnen nemen omdat hij op grond van art. 6 EVRM als procespartij recht heeft om zijn zaak bij te wonen. Bij een schriftelijke toelichting zal hij hiervan kennis nemen van de stukken omdat hij vanwege art. 6 EVRM recht heeft op kennisname van het bewijsmateriaal. Als de door de verzekeringsarts mondeling of schriftelijk verstrekte informatie medische gegevens bevat, zal vanwege het recht op een eerlijk proces niet voorkomen kunnen worden dat de werkgever hiervan kennis neemt. Dit kan wel spanning opleveren met het recht op privacy van de werknemer (art. 8 EVRM). Om de privacy van de werknemer zo veel mogelijk te respecteren verdient het de aanbeveling dat de verzekeringsarts de nadere toelichting geeft in bewoordingen waarbij medische gegevens achterwege worden gelaten.⁴⁶

5. Conclusie

In deze bijdrage staat de vraag centraal of het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM) van de werkgever gewaarborgd is in een loonprocedure waar het door de werknemer ingebrachte deskundigenoordeel van het UWV uitgangspunt vormt voor de rechterlijke beoordeling. Dat is naar mijn mening het geval. Het deskundigenoordeel van het UWV vormt een essentieel bewijsstuk omdat het gaat om informatie die buiten de expertise van de rechter valt en daarom waarschijnlijk een overwegende invloed zal hebben op de vaststelling van de feiten en de waardering daarvan door de rechter. Aan de vereisten van een eerlijk proces wordt voldaan. Aan het vereiste van een procedure op tegenspraak wordt voldaan omdat de werkgever over voldoende mogelijkheden beschikt om op een effectieve manier commentaar te leveren op het deskundigenrapport om zo de beslissing van de rechter te beïnvloeden. Bij de bewijslevering door partijen wordt ook voldaan aan het vereiste van 'equality of arms' omdat de werkgever wat betreft het becommentariëren van het deskundigenrapport en het inbrengen van tegenbewijs niet in een wezenlijk achtergestelde positie verkeert ten opzichte van de werknemer.

De werkgever krijgt het deskundigenrapport van het UWV te zien en kan daar commentaar op leveren en met tegenbewijs komen door een eerder gegeven of nader in te brengen oordeel van de bedrijfsarts. De rechter zal bij de be-

wijswaardering het deskundigenoordeel van het UWV als uitgangspunt nemen en dit in beginsel volgen. Het is ook de bedoeling van de wetgever geweest dat het deskundigenoordeel kan bijdragen aan een snelle beslissing door de rechter. De UWV-deskundige handelt bovendien niet in opdracht van een van de partijen en is in zoverre als volledig onafhankelijk te beschouwen. Dit wil niet zeggen dat de conclusie van de deskundige van het UWV altijd wordt gevolgd. Uit de rechtspraak valt af te leiden dat in geval van bijkomende feiten en omstandigheden er reden is om meer gewicht toe te kennen aan het oordeel van de bedrijfsarts. De rechter zal zelf beoordelen of bijzondere omstandigheden aanleiding kunnen vormen om meer gewicht toe te kennen aan het oordeel van de bedrijfsarts. De rechtspraak biedt steun aan de conclusie dat de arbeidsrechter naar behoren in staat is de rapporten van de verzekeringsarts en de bedrijfsarts in onderlinge relatie op hun merites te waarderen.

45 Ktr. Leeuwarden 21 november 2007, JAR 2007/27.

46 I. van der Helm, 'De spanning tussen het recht op een eerlijk proces van de werkgever en de privacy van de werknemer', *TvPP* 2012/6, p. 156-161.