

WMK en lekenkeuring

De Wet op de medische keuringen hanteert een ruim 'keuringsbegrip'. Art. 1 van de WMK omschrijft de keuring als 'alle vragen over de gezondheidstoestand van de keurling en het verrichten van geneeskundig onderzoek' in het kader van het aangaan of wijzigen van een arbeidsverhouding. Ook vragen en onderzoeken door een ander dan een arts gelden derhalve als keuring in de zin van de WMK.

Uit art. 4 lid 2 slot WMK blijkt dat dergelijke 'lekenkeuringen' nooit geoorloofd zijn. Deze bepaling luidt: 'Bij andere beoordelingen dan de medische keuring mogen geen vragen worden gesteld, noch andere inlichtingen worden ingewonnen over de gezondheidstoestand van de keurling en over diens ziekteverzuim in het verleden.'

Dit betekent bijvoorbeeld dat een personeelsfunctionaris tijdens een sollicitatiegesprek niet naar de conditie van de sollicitant mag informeren, dat geen gegevens mogen worden opgevraagd bij een re-integratiebureau of het UWV over de belastbaarheid van betrokkene of dat bij de vorige werkgever navraag wordt gedaan naar het ziekteverzuim van de kandidaat. Omdat het om een ongeoorloofde vraag gaat, zou ik overigens tevens willen aannemen dat de sollicitant mag liegen wanneer hem in strijd met het verbod vragen over zijn gezondheidstoestand worden gesteld.

Vraag is of het verbod goed werkt. In de tweede evaluatie van de WMK, uitgevoerd in 2007, wordt geconstateerd dat het stellen van gezondheidsvragen tijdens het sollicitatiegesprek betrekkelijk vaak voorkomt. Genoemd wordt een percentage van ongeveer 10% bij op het oog gezonde sollicitanten, bij 27 % van de sollicitanten met gezondheidsproblemen en bij 37 % van de werknemers met een handicap.

Tevens constateert het rapport een toename van andere vormen van risicoselectie, bijvoorbeeld het gebruik van tijdelijke contracten met name bij baanwisselaars met gezondheidsklachten.

Doel van mijn bijdrage is te achterhalen of het in art. 4 lid 2 slot WMK opgenomen verbod niet afgeschaft of genuanceerd zou moeten worden omdat het tot onbillijke en/of ongewenste gevolgen leidt. Werkgevers hebben gelet op het vorenstaande duidelijk meer behoefte aan informatievergaring dan de wet hun thans toestaat.

Bovendien kan men zich afvragen of het verbod wel steeds in het belang is van de sollicitant. Zo stelt de Commissie Gelijke Behandeling zich in haar rapport over de werking van de Wet gelijke behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte ('Zonder vallen en opstaan') op het standpunt dat de WMK zich door haar strikte regels met betrekking tot het bespreken en onderzoeken van beperkingen en aanpassingen tegen de belangen van kandidaten met een handicap of chronische ziekte keert.

Ik wil eerst kort stilstaan bij de achtergrond van het vraagverbod. Met de introductie van de WMK beoogde de wetgever in de eerste plaats om de sollicitant te beschermen tegen onnodige en onevenredige inbreuken op zijn persoonlijke levenssfeer en lichamelijke integriteit. Verder wilde hij voorkomen dat personen ten onrechte zouden worden uitgesloten van de arbeid in verband met het risico op toekomstig ziekteverzuim. In dat kader was tevens van belang dat de voorspellende waarde van de keuring voor ziekteverzuim in de toekomst

gering is. Ten slotte was de bedoeling van de wetgever de rechtspositie van de keurling te versterken, onder meer door procedurele waarborgen.

Tijdens de parlementaire behandeling van de wet werd erop gewezen dat de wettelijke beperkingen die de wet aan het gebruik van medische keuringen stelt, ertoe zouden kunnen leiden dat het onderzoek naar de gezondheidstoestand van de sollicitant zich zou verplaatsen naar een andere fase van de sollicitatieprocedure, bijvoorbeeld het sollicitatiegesprek. Dit leidde tot het opnemen van art. 4 lid 2 slot WMK. Bedoeling van deze bepaling was derhalve in de eerste plaats te voorkomen dat de beperkingen die aan medische keuringen worden gesteld zouden worden ondergraven. Verder werd er op gewezen dat bij andere beoordelingen dan de medische keuring het oordeel over de gezondheidstoestand van de sollicitant wordt geveld door een ter zake niet deskundige persoon.

Legt de wetgever de werkgever in de WMK te veel aan banden? Ik meen van niet.

Ik wil er in dat kader in de eerste plaats op wijzen dat de WMK geen absoluut verbod op aanstellingskeuringen kent. Uit art. 4 lid 1 WMK blijkt dat een aanstellingskeuring mag worden verricht 'wanneer aan de vervulling van de functie bijzondere eisen op het punt van de medische geschiktheid moeten worden gesteld'. Daaronder worden – zo blijkt uit art. 3 van het Besluit Aanstellingskeuringen – begrepen 'de bescherming van de gezondheid en de veiligheid van de keurling en van derden bij de uitvoering van de desbetreffende arbeid'. Het besluit eist wel dat het gaat om 'risico's voor de gezondheid en veiligheid niet met gangbare maatregelen, overeenkomstig de stand der wetenschap en professionele dienstverlening, kunnen worden gereduceerd'. Met andere woorden, de keuring mag niet in de plaats komen van een goed arbeidsomstandighedenbeleid.

Ik heb de indruk dat bij velen de opvatting heeft postgevat dat een medische keuring slechts in uitzonderlijke gevallen aan de orde kan zijn. Die indruk is mijns inziens onjuist. Ik wil in dat verband kort stilstaan bij de Leidraad Aanstellingskeuringen. Deze leidraad bevat een stappenplan voor het systematisch uitvoeren van de activiteiten rondom een aanstellingskeuring binnen de door de WMK gegeven kaders. Grofweg komt dat op het volgende neer

1. informatievoorziening aan de werkgever
2. inventarisatie van de functie-eisen door de werkgever aan de hand van een standaardformulier
3. vaststellen bijzondere functie-eisen door de arbodienst
4. vaststellen inhoud aanstellingskeuring
5. uitvoering aanstellingskeuring
6. vaststellen keuringsuitslag
7. informeren keurling en werkgever

Met betrekking tot stap 3 is een lijst van 19 bijzondere functie-eisen opgenomen in de Leidraad. Daartoe behoren onder andere Lopen, Klauteren en klimmen, Hurken, knielen en/of kruipen, Tillen van lasten, Scherp zien, Horen enzovoorts. Als je die lijst doorneemt, dan blijkt vaak een medische keuring mogelijk. Ik wijs bijvoorbeeld op bijzondere functie-eis 'lopen'.

LOPEN

Criteria bijzondere functie-eis:

► in totaal gemiddeld meer dan 6 uur per dag
lopen tijdens het werk of gemiddeld >1 uur per

Potentiële gezondheidsrisico's:

dag in totaal over zwaar terrein

▶ lage rugklachten, artrose knie, artrose heup, heupklachten: mate van bewijs onvoldoende

Potentiële maatregelen voor reductie van gezondheidsrisico van bijzondere functie-eis:

Organisatie:

▶ taakrotatie ter verkorting van de duur van het lopen

▶ organisatorische aanpassing van het arbeidsproces waardoor het lopen wordt voorkómen of de loopduur wordt verminderd

Techniek:

▶ gebruik van horizontale transportmiddelen voor personen

Bijzondere belastbaarheidseisen

▶ geen klachten bij het lopen en geen ernstige functionele beperkingen van de onderste ledematen

▶ een normale cardiorespiratoire belastbaarheid

▶ geen ernstige cardiale beperkingen zoals: - decompensatio cordis vanaf NYHA-klasse 2 (= geen klachten in rust, maar normale fysieke activiteit resulteert in vermoeidheid, hartkloppingen, dyspnoe of angineuze pijn) - angina pectoris vanaf NYHA-klasse 3 (= klachten bij normale dagelijkse activiteiten) - ernstige ritmestoornissen

▶ geen perifeer arterieel vaatlijden (PAV, claudicatio intermittens) vanaf stadium II (= bij inspanning ontstaat ischemie van de benen)

Vervolgens worden onderzoeksvragen en –methoden gegeven die in een medische keuring kunnen worden gebruikt.

Er is hier dus sprake van een bijzondere functie-eis, hoewel het bepaald niet een uitzonderlijke situatie betreft. Hierbij dient wel bedacht te worden dat keuren alleen mogelijk is wanneer de gevaren niet met goed arbobeleid kunnen worden gereduceerd. Ook de CKA zal een keuring ten aanzien van de hiervoor geformuleerde bijzondere functie-eis niet geoorloofd achten wanneer de gezondheidsrisico's kunnen worden gereduceerd door meer zitgelegenheden, meer rustpauzes, meer afwizzling.

Ik heb niettemin de indruk dat in de praktijk in vele gevallen waarin de WMK dat wel toelaat geen medische keuring plaatsvindt. Ik vind dat niet per se een geruststellende constatering. Het is immers niet in het belang van de sollicitant wanneer hij terecht komt op een plaats waar zijn gezondheid of veiligheid of die van derden gevaar lopen.

De mogelijkheden van de WMK worden wellicht dus onvoldoende benut. Blijft echter dat die mogelijkheden slechts de 'bijzondere functie-eisen' betreffen. De WMK laat niet toe werknemers aan een keuring te onderwerpen wanneer twijfel bestaat of zij aan de 'normale' functie-eisen voldoen. Is dat dan reden voor een verruiming?

Ook hier is mijn antwoord neen.

Laat ik beginnen met de constatering dat deze 'tekortkoming' niet zozeer de 'lekenkeuring' betreft, maar de beperkte keuringsmogelijkheden in het algemeen. Ook wanneer we de WMK zouden aanpassen in die zin dat keuren op normale functie-eisen mogelijk wordt, is er, gelet op de benodigde deskundigheid, alles voor te zeggen de beoordeling of de

gezondheidstoestand van de kandidaat vervulling van die functie-eisen in de weg staat, uitsluitend bij de bedrijfsarts te leggen.

Dit even daargelaten, zie ik geen reden de keuringsmogelijkheden in de WMK te verruimen ten koste van het belang van de kandidaat, omdat reeds op andere wijze voldoende met de belangen van de werkgever rekening wordt gehouden.

Ik wijs in dat kader op de ook in de wetsgeschiedenis en jurisprudentie – zowel van de civiele rechter als van de ambtenarenrechter – erkende ‘spreekplicht’ van de sollicitant. Wanneer sprake is van medische beperkingen die de sollicitant ongeschikt maken voor de functie waarnaar hij solliciteert, behoort hij deze spontaan aan de werkgever te melden.

Ik wijs in de eerste plaats op een al wat ouder arrest (20 maart 1981, NJ 1981, 507 *Mijnals/NDSM*), waarin de Hoge Raad overweegt:

‘... het verzwijgen tijdens een sollicitatiegesprek van een kwaal waarover de werkgever geen daarop gerichte vraag heeft gesteld, [kan] alleen als een zodanige dringende reden worden beschouwd, indien de arbeider wist of had moeten begrijpen dat deze kwaal hem ongeschikt maakt voor de betrekking waarnaar hij solliciteerde.’

Zwijgen, waar spreken plicht is, kan derhalve een ontslag op staande voet rechtvaardigen.¹

Deze lijn is in de rechtspraak doorgetrokken naar de loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte.² De werknemer die medische beperkingen heeft waarvan hij weet of behoort te begrijpen dat deze hem ongeschikt maken voor de vervulling van de functie, en de werkgever daarvan voor indiensttreding niet op de hoogte brengt, geldt dat onaanvaardbaar is dat hij aanspraak maakt op loondoorbetaling wanneer hij vervolgens ten gevolge van die beperkingen uitvalt wegens ziekte.

Sommigen willen deze spreekplicht beperken tot ‘evidente’ gevallen. Deze beperking zou ik niet willen hanteren. Mijns inziens geldt zij steeds wanneer de sollicitant ‘begreep of redelijkerwijs behoorde te begrijpen’ dat zijn medische beperkingen hem ongeschikt maakten voor de functie. Ik zou wel willen aannemen dat de spreekplicht niet geldt wanneer de ongeschiktheid voor de functie kan worden opgeheven door redelijkerwijs van de werkgever te vergen, doeltreffende aanpassingen (zie art. 3 Besluit Aanstellingskeuringen en art. 2 WGBHCZ). De werknemer zal dit op enig moment ter sprake moeten brengen, maar dat hoeft naar mijn mening nog niet voor het moment waarop de sollicitatie wordt afgerond.

De hiervoor besproken jurisprudentie biedt werkgevers bescherming en kan ook worden aangegrepen om het eigen belang enigszins te borgen. De werkgever kan voor elke functie een functieprofiel op laten maken door zijn arbodienst, bijvoorbeeld in het kader van een risico-inventarisatie en –evaluatie of aan de hand van het reeds genoemde ‘standaardformulier inventarisatie functie-eisen’, opgenomen in de Leidraad Aanstellingskeuringen. Dit functieprofiel kan in de sollicitatieprocedure – ik zou zeggen in de fase van de selectie - onder de aandacht worden gebracht van de sollicitant. Dit sluit tevens aan bij informatieplicht van art. 8 Arbowet.

¹ Vergelijk Ktr. Zutphen 24 juli 2001, *JAR* 2001/228 (verzwijging alcoholisme) en Ktr. Haarlem 15 augustus 2007, *JAR* 2007/256 (verzwijging eerdere overspannenheid door vakdocent vmbo).

² Zie onder meer: Rb. Rotterdam 1 april 1999, *JAR* 1999/99 en Hof Arnhem 9 november 2004, *JAR* 2005/81.

De sollicitant kan aan de hand van de verstrekte informatie vervolgens zelf constateren of zijn gezondheidstoestand mogelijk problemen op gaat leveren. Om te voorkomen dat vervolgens onterecht zelfselectie plaatsvindt, is het naar mijn mening wenselijk dat de sollicitant die twijfelt over zijn geschiktheid zich daarover – zonder dat dit aan de werkgever meegedeeld wordt – kan verstaan met de bedrijfsarts. In dit gesprek zou ook aan de orde moeten kunnen komen in hoeverre het mogelijk is om de belemmeringen weg te nemen door doeltreffende aanpassingen van de werkplek e/o de organisatie van de arbeid.

Maakt de sollicitant geen gebruik maakt van deze mogelijkheid en blijft hij zwijgen, dan kan de verstrekking van het functieprofiel bijdragen aan het bewijs dat bij de werknemer het besef van zijn ongeschiktheid voor de functie had behoren te rijzen, wanneer hij later alsnog uitvalt.

Ik zou vergelijkbare argumenten willen gebruiken tegen de door de CGB bepleite aanpassingen. Voor zover de arbeid als gevolg van ziekte of handicap niet zonder aanpassingen kan worden verricht, ligt het op de weg van de (aspirant-)werknemer om dit aan de orde te stellen. Een daaropvolgend aanpassingsonderzoek (door een Arbodienst, arbeidsdeskundige of re-integratiebedrijf) valt niet onder het bereik van het keuringsverbod van de WMK. De WMK beschermt mensen met een chronische ziekte of handicap tegen uitsluiting op grond van irrelevante beperkingen. Dat is een groot goed, dat dreigt te worden aangetast wanneer we de werkgevers de bevoegdheid geven zelf te beginnen over beperkingen en aanpassingen. Het is aan de sollicitant om daarover te beginnen en het spreekt vanzelf dat hij er goed aan doet inden sprake is van een zichtbare handicap die twijfels omtrent de geschiktheid oproept.

Blijft ten slotte het punt van het omzeilen van het vraagverbod door bepaaldetijdcontracten aan te gaan. Ik vind dat geen argument om het verbod af te schaffen. De sollicitant krijgt in dit geval in ieder geval de kans gekregen zich te bewijzen. Indiensttreding stuit dan in ieder geval niet meer af op niet relevante beperkingen voor de functie. Als op die grond niet verlengd wordt, zal de werknemer veelal de bescherming van de WGBHCZ kunnen inroepen.