



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De rechtspositie van de kleurling - een kwart eeuw later

Hendriks, A.C.; Dute, J.; Gevers, J.K.M.; Groot, R. de

Citation

Hendriks, A. C. (2002). De rechtspositie van de kleurling - een kwart eeuw later. *Omzien Naar De Toekomst. 35 Jaar Preadviezen Vereniging Voor Gezondheidsrecht*, 241-260.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13933>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13933>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De rechtspositie van de keurling – een kwart eeuw later

A.C. Hendriks

lid Commissie gelijke behandeling (CGB)

1. Inleiding

Sinds het einde van de jaren zestig wordt er in Nederland gediscussieerd over de rechtspositie van de keurling, dat wil zeggen degene die een medisch onderzoek moet ondergaan ter verkrijging van toegang tot een goed of dienst. Dit debat beperkte zich aanvankelijk grotendeels tot het analyseren en becommentariëren van de rechtspositie van de sollicitant bij een verplichte aanstellingskeuring. Later werd deze discussie doorgetrokken naar andere keuringen, in het bijzonder verzekeringskeuringen.¹

Naar aanleiding van de vragen die deze discussie opriep en andere knelpunten aangaande de rechtspositie van de sollicitant besloot de regering in 1973 tot de instelling van de Commissie Selectieprocedure. Deze commissie, kortweg commissie-Hessel, bracht in 1977 verslag uit.²

De Vereniging van Gezondheidsrecht (VGR) had, aldus gezien, in 1978 geenszins de primeur bij het uitkomen van het preadvies De rechtspositie van de keurling.³ Hieruit kan evenwel niet worden geconcludeerd dat de VGR achter de feiten aanliep. Integendeel. In die tijd bestond er grote behoefte aan een *gezondheidsrechtelijk* perspectief op de rechtspositie van de sollicitant bij een aanstellingskeuring. Tot dan toe was de meeste aandacht immers uitgegaan naar de arbeidsrechtelijke positie van de sollicitant, waarbij het gebrek aan regelgeving als grootste gemis werd ervaren.⁴

¹ Zie onder andere: Gevers, J.K.M. (1987). *Juridische aspecten van erfelijkheidsonderzoek en -advies*. Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht.

² Commissie Selectieprocedure (1977). *Een sollicitant is ook een mens*. Verslagen en rapporten, Den Haag.

³ Jong, N. de, & Leuftink, A.E. (1978). *De rechtspositie van de keurling*. Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht. Verder te noemen: preadvies.

⁴ Aldus ook de conclusies van de Commissie Selectieprocedure, a.w., 1977. Dit knelpunt hangt samen met het feit dat de rechtspositie van sollicitanten, anders dan van 'gewone'

In deze bijdrage onderzoek ik de ontwikkelingen aangaande de rechtspositie van de keurling door de jaren heen. Daarbij ga ik, vanwege het maken van een vergelijking met het preadvies, uitsluitend in op de positie van de sollicitant bij een aanstellingskeuring. Een dergelijke uitleg van het begrip keurling is minder ruim dan de definitie van keurling in de Wet op de medische keuringen (WMK).⁵ Deze wet omvat behalve aanstellingskeuringen immers ook (arbeidsgerelateerde en pensioens)verzekeringskeuringen.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Allereerst volgt een bespreking van het preadvies van De Jong en Leuftink. Vervolgens bekijk ik hoe de rechtspositie van de keurling zich sinds het uitkomen van dit preadvies heeft ontwikkeld. Daarbij onderscheid ik twee tijdvakken: de periode tussen 1978 en 1998, het jaar van invoering van de WMK, en de jaren daarna. Aansluitend volgen een beschouwing en een afronding.

2. De rechtspositie van de keurling anno 1978

2.1 Het preadvies

Het preadvies van De Jong en Leuftink behandelt een onderwerp dat, zoals hierboven aangegeven, in 1978 reeds volop in de belangstelling stond. Het preadvies kwam ongeveer gelijktijdig uit met het eindrapport van de commissie-Hessel.⁶ Deze commissie pleitte voor het toekennen van een aantal rechten aan de sollicitant, waaronder rechten met betrekking tot verplicht medisch onderzoek in het kader van de werving en selectie. Het preadvies van De Jong en Leuftink kwam tot een soortgelijke slotsom, al weerspiegelen de conclusies en aanbevelingen van de preadviseurs de gezondheidsrechtelijke benaderingswijze van de onderzochte problematiek.

Wat betogen de preadviseurs nu meer in het bijzonder? Het preadvies van De Jong en Leuftink bestaat uit een inleiding en vijf hoofdstukken. Hoofdstuk I gaat nader in op de betekenis van de medische keuring. De preadviseurs definiëren dit begrip als volgt: een onderzoek door een arts of geneeskundige instantie, met in de geneeskunde gebruikelijke methoden, teneinde vast te stellen of de onderzochte tot een bepaald maatschappelijk gebeuren kan worden toegelaten, dan wel of een bepaalde maatschappelijke verplichting van de onderzochte mag worden gevorderd. Bij aanstellingskeuringen onderscheiden de preadviseurs ver-

werknemers – die vallen onder de reikwijdte van de Wet op de arbeidsovereenkomst (sinds 1997 geïncorporeerd in Boek 7, titel 10 van het BW) – of van ambtenaren – die wat betreft hun rechtspositie kunnen terugvallen op het Algemeen Rijksambtenaren Reglement (ARAR) –, niet bij wet is geregeld.

⁵ Wet van 5 juli 1997, houdende regels tot versterking van de rechtspositie van hen die een medische keuring ondergaan (Wet op de medische keuringen), *Stb.* 1997, 365, gewijzigd bij wet van 24 december 1997, *Stb.* 1997, 770.

⁶ Commissie Selectieprocedure, a.w., 1977. Dit rapport was op het moment dat de preadviseurs hun rapport afronden evenwel nog niet verschenen.

schillende doelen. De keuring kan plaatsvinden om de geschiktheid van de sollicitant voor een functie te bepalen, opdat de juiste persoon op de juiste plaats komt. Een keuring kan daarnaast tot doel hebben om het arbeidsverzuimrisico te beperken dan wel het pensioen- en arbeidsongeschiktheidsrisico te bepalen. Soms lopen deze doelen door elkaar heen. De preadviseurs staan positief ten opzichte van de eerste vorm van keuringen en beschouwen dit als een preventief geneeskundige maatregel. Deze keuringen zijn, aldus de preadviseurs, gericht op een toetsing van het lichamelijk arbeidsvermogen aan de functie-eisen, op de handhaving van de gezondheid van de sollicitant en op de gezondheid en veiligheid van derden. Vereist is evenwel dat de uitvoerend bedrijfsarts, die in de ogen van de preadviseurs bij uitstek geschikt is om aanstellingskeuringen te verrichten, in hoge mate deskundig is en kennis heeft van de functie-inhoud en belastende arbeidsomstandigheden. De preadviseurs staan daarentegen kritisch ten opzichte van risicoselectie door middel van aanstellingskeuringen. Aldus wordt een groep arbeidsgeschikte personen uit de arbeidsmarkt weggedrukt dan wel krijgen deze personen te maken met verhoogde toegangsdrempels. De preadviseurs achten dit ontoelaatbaar en niet de taak van bedrijfsartsen, en wijzen hierbij tevens op de beperkte voorspellende waarde van keuringen.

In hoofdstuk II behandelen de preadviseurs de juridische aspecten van de aanstellingskeuring. Dit hoofdstuk is toegespitst op de relatie tussen keurling en keurend arts, met op de achtergrond de werkgever als opdrachtgever. Terecht merken de preadviseurs hier op dat er bij een aanstellingskeuring sprake is van een contractuele band tussen een opdrachtgever en de keurend arts, maar niet tussen de keurend arts en de keurling. Aldus kan de keurend arts bij een 'beroepsfout' niet worden aangesproken op grond van wanprestatie (thans: toerekenbare niet-nakoming van een verbintenis (art. 6:74 BW)), maar wel op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Hoe moet nu de juridische relatie tussen de werkgever en de sollicitant worden getypeerd? Op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad⁷ concluderen de preadviseurs dat beide partijen, door met elkaar in onderhandeling te treden over het sluiten van een arbeidsovereenkomst, tot elkaar staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding. Deze eisen (hierna: eisen van precontractuele redelijkheid en billijkheid)⁸ brengen mee dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.

Hoofdstuk III bevat een bespreking van de rechten en verplichtingen van de keurling. De preadviseurs onderscheiden de volgende rechten: het recht op gelijke behandeling in de zin dat alle sollicitanten bij een aanstellingskeuring gelijk worden behandeld, het recht op informatie, waaronder het recht op informatie over de functie en de (arbeids)omstandigheden, het recht op informatie over de

⁷ HR 15 november 1957. *NJ* 1958, 67. m.nt. L.F.H. Rutten.

⁸ De HR doelde met de term 'goede trouw' op de 'objectieve' goede trouw, dat wil zeggen: de goede trouw die niet besloten ligt in de innerlijke gezindheid van partijen (subjectieve goede trouw), maar de objectieve eisen van redelijkheid en billijkheid. Om spraakverwarring tussen beide varianten te voorkomen is er in het NBW voor gekozen om objectieve goede trouw aan te duiden met redelijkheid en billijkheid.

gezondheids- en veiligheidsrisico's die aan de functie zijn verbonden en het recht om als eerste te worden geïnformeerd over de keuringsuitslag; het recht op privacy, dat dwingt tot een zorgvuldige afweging van belangen bij het uitvoeren van een aanstellingskeuring; het recht op geheimhouding, hetgeen impliceert dat de keurend arts slechts de meest noodzakelijke informatie aan de opdrachtgever mag verschaffen; het recht op een zorgvuldig onderzoek. Tegenover deze vijf rechten staan volgens de preadviseurs twee verplichtingen voor de keurling, namelijk de plicht om de keurend arts bij een aanstellingskeuring die informatie te verschaffen die deze behoeft en, meer in het algemeen, de plicht om al datgene te doen of te laten hetgeen is geboden volgens de eisen van precontractuele redelijkheid en billijkheid.

Hoofdstuk IV gaat nader in op de rechtsbescherming van de keurling in relatie tot de keurend arts. Die rechtsbescherming gaat uit van het medische tucht-recht, de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de keurend arts in het geval van een onrechtmatige daad en het strafrecht als de keurend arts een overtreding of misdrijf begaat. De preadviseurs pleiten daarnaast voor invoering van een beroepsrecht voor de sollicitant, dat – in enge zin – een recht op herkeuring dient te omvatten.

Hoofdstuk V bevat een twaalfal conclusies. Die kunnen, in meer eigentijdse bewoordingen, als volgt worden samengevat:

- de sollicitatieprocedure wordt geregeerd door de eisen van precontractuele redelijkheid en billijkheid. Deze eisen werken ook door in de relatie tussen keurend arts en keurling;
- het doel van de aanstellingskeuring dient te zijn: het brengen van de juiste persoon op de juiste plaats, opdat de mens zijn optimale prestatie kan ontwikkelen;
- de bedrijfsarts is de meest aangewezen persoon om aanstellingskeuringen uit te voeren;
- een aanstellingkeuring kan pas plaatsvinden als de keurend arts bekend is met de gezondheids- en veiligheidssituatie in het bedrijf;
- de sollicitant heeft het recht op volledige informatie;
- de keurling heeft het recht om als eerste over de uitslag te worden geïnformeerd en het recht om doorzending van de uitslag aan de werkgever te blokkeren;
- de aanstellingskeuring beperkt zich tot hetgeen strikt noodzakelijk is gelet op de vraagstelling;
- de keurend arts is verplicht tot geheimhouding;
- de keurend arts valt onder het medisch tucht-recht;
- de keurling dient volledig te worden geïnformeerd over zijn rechten en plichten in het kader van een aanstellingskeuring;
- er dient een beroepsrecht te komen – in brede zin – dat toeziet op de gehele sollicitatieperiode;
- het beroepsrecht in enge zin – recht op herkeuring – dient via de Arbo-wet tot meerdere categorieën werknemers te worden uitgebreid.

2.2 Commentaar

De Jong en Leuftink beperken zich in hun preadvies grotendeels tot het schetsen van regels die de relatie tussen de keurling en de keurend arts (zouden moeten) regeren bij een (verzoek om een) aanstellingskeuring. Aan het normeren van de overige zijden van de driehoeksrelatie, dat wil zeggen de relaties van beiden ten opzichte van de werkgever/opdrachtgever, komen zij slechts zijdelings toe. Deze beperking is vanuit gezondheidsrechtelijk oogpunt alleszins begrijpelijk. Immers, de specifiek gezondheidsrechtelijke vragen spelen zich af binnen de relatie tussen keurling en keurend arts. Het is ook in de context van deze relatie dat een sterke behoefte werd gevoeld tot versterking van de rechtspositie van de sollicitant.⁹

Maar welk probleem lag nu ten grondslag aan deze discussie? Aanleiding voor het schrijven van dit preadvies vormde het feit dat anno 1978 (te) veel werknemers ten onrechte vanwege hun (vermeende) gezondheid aan de poort van de onderneming werden geweigerd. Het gebruik van aanstellingskeuringen was hieraan in belangrijke mate debet. Deze keuringen waren, in de woorden van de preadviseurs, te zeer gericht op het bepalen van het ziekte- en arbeidsongeschiktheidsrisico en te weinig op het brengen van de juiste persoon op de juiste plek. De preadviseurs illustreren deze stelling aan de hand van cijfermateriaal: in 1978 vonden er naar schatting 100.000 aanstellingskeuringen plaats, met een percentage afkeuringen tussen 1% en 20%.¹⁰

Hiermee is niet gezegd dat het weren van sollicitanten vanwege hun (vermeende) gezondheidstoestand uitsluitend plaatsvond door middel van aanstellingskeuringen en dat deze problematiek aldus enkel betrekking had op de (medisch-)professionele standaard van de bedrijfsarts.¹¹ Selectie van sollicitanten op grond van gezondheid kan immers ook anderszins gebeuren. Zo kunnen werkgevers sollicitanten vragen naar hun gezondheid, beoordelen op hun uiterlijk, dan wel (voor de functie niet-relevante) functie-eisen stellen. Aan een bespreking van dergelijke selectiemethoden komen de preadviseurs niet toe.

Vanuit dit perspectief bezien hebben de conclusies en aanbevelingen van de preadviseurs betrekking op een *deel* van het probleem. Hoewel het natuurlijk zo is dat regels in de relatie tussen keurling en keurend arts tot op zekere hoogte ook doorwerken in de relaties van beiden met de werkgever/opdrachtgever, blijft aandacht nodig voor het versterken van de rechtspositie van de sollicitant ten opzichte van de werkgever en het verduidelijken van de relatie tussen de keurend (bedrijfs)arts en de werkgever/opdrachtgever, opdat onterechte selectie

⁹ Zie ook MT Amsterdam 18 februari 1974, NJ 1974, 261. Het MT gaat hier over tot het opleggen van de maatregel van berisping.

¹⁰ Preadvies, p. 12.

¹¹ Het keuren van sollicitanten zonder (legitiem) doel, het keuren van sollicitanten door ondeskundige artsen, het vooraf onvoldoende informeren van keurlingen, enzovoort zijn allemaal zaken die rechtstreeks raken aan de medisch-professionele standaard van de arts. Zie over deze standaard: Leenen, H.J.J. (1996). *Handboek gezondheidsrecht. Deel II. Gezondheidszorg en rechten*, 3de druk. Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum, p. 32 e.v.

effectief kan worden tegengegaan en sollicitanten met – wat thans heet – een arbeidshandicap een gelijke kans hebben om te worden aangenomen.

Een laatste punt van aandacht betreft het feit dat de preadviseurs zich niet hebben ingelaten met de vraag in wat voor soort regeling – of regelingen – de door hen voorgestane maatregelen juridisch gestalte zouden kunnen of moeten krijgen. Dit verbaast wellicht. In dit verband dient men zich echter te realiseren dat dit preadvies uitkwam ruim vijftien jaar voor de invoering van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO).¹² Eind jaren zeventig werd er al wel gediscussieerd over een wet inzake de rechten van de patiënt,¹³ maar toentertijd was nog geenszins duidelijk of zo'n wet er zou komen en zo ja, of deze civielrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk van aard zou moeten zijn.¹⁴

3. De rechtsontwikkelingen tot 1998

3.1 De aanloop naar een protocol en een wettelijke regeling

De eerdergenoemde commissie-Hessel pleitte, zoals gezegd, in haar eindrapport voor het toekennen van een aantal wettelijk verankerde rechten aan de sollicitant.¹⁵ Deze aanbeveling is door de toenmalige regering niet overgenomen.¹⁶ Hoewel de achtereenvolgende kabinetten zich bezorgd toonden over de kwetsbare positie van de keuring, werd zelfregulering keer op keer aangemerkt als de beste oplossing voor deze problematiek.¹⁷ Daarbij werden wel enige uitgangspunten geformuleerd, die kunnen dienen als kader ter beoordeling van de toelaatbaarheid van een keuring. Zo liet de regering niet na op te merken dat werkgevers alleen mogen selecteren op grond van relevante, direct aan de functie gerelateerde persoonskenmerken.¹⁸ Van het instrument aanstellingskeuringen

¹² De Eerste Kamer heeft op 15 november 1994 ingestemd met het wetsvoorstel. De wet is uiteindelijk op 1 april 1995 van kracht geworden (*Stb.* 1994, 838).

¹³ Gewezen kan worden op de rapportage van de Commissie rechten van de patiënt (commissie-Leenen) van de toenmalige Centrale Raad voor de Volksgezondheid (1978-1982).

¹⁴ Over de relatie tussen keuringen en de WGBO verscheen later: Gevers, J.K.M. (1991). Het wetsvoorstel geneeskundige behandelingsovereenkomst en medische keuringen. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, p. 215-224.

¹⁵ Commissie Selectieprocedure, a.w..

¹⁶ Interdepartementale Werkgroep Selectieprocedures (1982). *Eindrapport*; en Linssen, J. (1984). De rechten van de sollicitant: de staatssecretaris ten halve gekeerd. *Ars Aequi*, p. 82-86.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld kabinetsstandpunt met betrekking tot de medische keuring bij de aanstelling, *Kamerstukken II* 1989/90, 19 218, nr. 40, kabinetsstandpunt over de positie van de sollicitant bij werving en selectie, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 020, nr. 1-2, en regeringsstandpunt over het gebruik van voorspellend medisch onderzoek, *Kamerstukken II* 1993/94, 23 612, nr. 1.

¹⁸ Kabinetsstandpunt over de positie van de sollicitant bij werving en selectie, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 020, nr. 1-2.

diende met terughoudendheid gebruik te worden gemaakt. De regering achtte het onderwerpen van een sollicitant aan een aanstellingskeuring alleen toelaatbaar indien dit absoluut noodzakelijk was gelet op de uitoefening van de beoogde functie. De gebruikte onderzoeksmethode diende daarnaast deugdelijk te zijn, een minimaal belastend karakter te hebben en geen risico's mee te brengen voor de gezondheid van de keurling.¹⁹

Conform de wens van de regering zijn er in de jaren tachtig en negentig tal van richtlijnen, gedragscodes en andere producten van zelfregulering totstandgekomen ter versterking van de rechtspositie van de keurling. In dezen kan onder meer worden gewezen op de VGR-richtlijn 'Wat mag en moet bij een aanstellingskeuring' (1980), de richtlijn van de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde (NVAB) getiteld 'Aanstellingskeuringen door bedrijfsartsen' (1989) en diverse aanbevelingen van de Stichting voor de Arbeid. Ondanks dit palet aan regelingen bleef de kwetsbare positie van de keurling een punt van aanhoudende zorg. In de jaren tachtig werden deze zorgen aangewakkerd door de opkomende aids-epidemie²⁰ en de snelle ontwikkelingen op het gebied van de voorspellende geneeskunde.²¹ Het was niet denkbeeldig dat gezondheidsinformatie – in casu HIV-status en erfelijke constitutie – in toenemende mate een selectie criterium zou kunnen worden bij het verkrijgen van toegang tot de arbeidsmarkt. Er waren hoevendien aanwijzingen dat werkgevers, alle eerder genoemde regelingen ten spijt, in groten getale gebruikmaakten van het instrument aanstellingskeuring om toekomstig personeel te selecteren op grond van gezondheid(srisico's).

Voor het D66-kamerlid Kohnstamm waren deze ontwikkelingen reden om een wetsvoorstel voor te bereiden gericht op het versterken van de rechtspositie van keurlingen. Nadat hij in 1992 een voorontwerp van een initiatiefwetsvoorstel had gepresenteerd, waarop door tal van maatschappelijke organisaties werd gereageerd, diende hij in 1993 een initiatiefwetsvoorstel in bij de Tweede Kamer.²² De regering bleef aanvankelijk bedenkingen houden bij een wettelijke regeling. Wel besloot de regering het zelfreguleringsproces een nieuwe impuls te geven. Nog in datzelfde jaar werd de KNMG benaderd met de vraag of zij het voortouw wilde nemen bij het opstellen, in nauwe samenwerking met anderen, van een protocol aanstellingskeuringen. De KNMG verklaarde zich hiertoe bereid

¹⁹ Zie ook Interdepartementale Werkgroep Aanstellingskeuringen (1989). *Goed gekeurd?*

²⁰ Zie ook de notitie 'AIDS en aanstellingskeuringen', *Kamerstukken II 1987/88*, 19 218, nr. 15-16. Verder: Markenstein, L.F., & Goethart, R. (1989). *Gezondheidsrechtelijke aspecten van aids. Testen op HIV-antistoffen*. Amsterdam/Maastricht: Interuniversitair samenwerkingsverband UvA en RL (hoofdstuk 6); en Geers, A.J.C.M. (1990). Aspecten van AIDS in het arbeidsrecht. In: J.K.M. Gevers e.a. (red.). *AIDS in het recht*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, p. 131-138.

²¹ Zie hierover bijvoorbeeld de rapporten *Erfelijkheid: wetenschap en maatschappij* (1989). Den Haag: Gezondheidsraad (rapport nr. 89/31); *Keuren en voorspellen* (1993). Den Haag: Gezondheidsraad (rapport nr. 1993/11), en *Genetische screening* (1994). Gezondheidsraad: Den Haag (rapport nr. 1994/22).

²² *Kamerstukken II 1992/93*, 23 259, nr. 1-3. Het voorstel had tevens betrekking op het gebruik van verzekeringskeuringen.

en startte daarop het project aanstellingskeuringen. Als uitvloeisel van dit project, waarin bijstand werd verleend door een begeleidingscommissie bestaande uit vertegenwoordigers van alle betrokken maatschappelijke (koepel)organisaties, kwam in 1995 het Protocol aanstellingskeuringen tot stand.²³ Dit protocol kan wellicht het best worden omschreven als richtsnoer voor het handelen bij aanstellingskeuringen. Het bepaalt onder meer met welk doel en onder welke voorwaarden een aanstellingskeuring mag plaatsvinden. Het protocol bevat daarnaast regels inzake de wijze van rapportage en de rechten van de keurling. De bij het protocol aangesloten partijen²⁴ verplichtten zich daarnaast om nog datzelfde jaar een onafhankelijke klachtenprocedure in het leven te roepen.

Ondanks dit succes kon niet worden ontkend dat de uitkomsten van het zelfreguleringsproces te wensen overlieten.²⁵ Dit bleek ook uit de stijging van het aantal aanstellingskeuringen na de gedeeltelijke privatisering van de Ziektewet.²⁶ De vrees bestond dat de verdere privatisering van de ziekteverzuim- en arbeidsongeschiktheidsregelingen de neiging tot risicoselectie aan de poort van ondernemingen alleen maar zou versterken.

De regering, vastberaden om door te gaan met de privatisering van de socialezekerheidswetgeving, besloot daarop om het D66-initiatief alsnog te ondersteunen.²⁷ Dit was niet onomstreden.²⁸ Zo was er volgens de werkgeversorganisaties geen reden meer voor wetgeving nu alle betrokkenen reeds zelf een regeling hadden getroffen. Uit protest tegen het regeringsbesluit besloten de bij het Protocol aanstellingskeuringen betrokken werkgeversorganisaties vervolgens hun medewerking aan het vervolgtraject op te zeggen. Onbedoeld onderstreepden zij daarmee de noodzaak om aan het zelfreguleringsproces een wettelijk fundament ten grondslag te leggen ('geconditioneerde zelfregulering').

Nadat het wetsvoorstel op onderdelen was aangepast, werd het door beide Kamers unaniem aanvaard. De WMK is vervolgens op 1 januari 1998 van kracht geworden.

²³ Wildevuur, S.E. (1995). Een houvast voor alle partijen. *Medisch Contact*, p. 635-637. De tekst van het protocol is afgedrukt in *Medisch Contact* 1995, p. 635-637.

²⁴ Dit protocol is ondertekend door centrale organisaties van werkgevers, werknemers, artsen, Arbo-diensten en patiënten- en consumentenorganisaties.

²⁵ Uitvoerder: Hendriks, A., & Vlies, I.C. van der (1995). De medische aanstellingskeuring op tweeërlei wijzen geregeld?! *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, p. 474-484.

²⁶ Zie bijvoorbeeld: Vijgen, J. (1995). *Een jaar 'terugdringing ziekteverzuim'. Effecten en neven-effecten van de financiële prikkels* (rapport CTSV januari 1995, R95/1). Zoetermeer: CTSV; en Andriessen, S., Veerman, T.J., & Vijgen, J. (1995). *Risico-selectie op de Nederlandse arbeidsmarkt* (rapport CTSV juni 1995, R95/4). Zoetermeer: CTSV.

²⁷ *Kamerstukken II 1995/96*, 23 259, nr. 18. Zie ook de bijdrage van minister Borst van VWS aan het kamerdebat van 25 april 1996. *Handelingen II 1996*, 77, p. 5236 e.v.

²⁸ Zie ook: Leenen, H.J.J. (1996). Medische keuringen: van protocol naar wetgeving? *Medisch Contact*, p. 519-520; en Elders, L.A.M. (1996). Nieuwe keuringswet echt noodzakelijk? *Tijdschrift voor Bedrijfs- en Verzekeringsgeneeskunde*, p. 60-65.

3.2 De WMK nader bezien

De WMK stelt tal van restricties aan het uitvoeren van aanstellingskeuringen.²⁹ Het is in dit verband allereerst van belang dat de term keuring 'het vragen over de gezondheidstoestand van de keurling en het verrichten van medisch onderzoek in verband met het aangaan of wijzigen van...' omvat (art. 1(a)(1) WMK). De WMK kent aldus aan de term keuring een ruimere betekenis toe dan in het dagelijks spraakgebruik gewoon is. Deze uitleg is ook ruimer dan de omschrijving van de term keuring in het preadvies van De Jong en Leuftink, waar het uitsluitend ging om medisch onderzoek.

Het verrichten van keuringen is daarnaast, conform het voorstel van de preadviseurs, voorbehouden aan een 'keurend arts' (art. 1(d) WMK), zijnde een arts werkzaam bij een gecertificeerde Arbo-dienst.³⁰

Ingevolge de wet mag een keuring pas aan het einde van de aanstellingsprocedure plaatsvinden 'nadat alle overige beoordelingen van geschiktheid van de aspirant-werknemer hebben plaats gevonden en de werkgever op grond daarvan voornemens is de keurling aan te stellen' (art. 4 lid 2 WMK). Een aanstellingskeuring mag bovendien alleen maar worden verricht indien, zoals ook door De Jong en Leuftink werd bepleit, aan de vervulling van de functie 'bijzondere eisen van medische geschiktheid worden gesteld' (art. 4 lid 1 WMK). Hieruit volgt dat aanstellingskeuringen sinds 1998 niet langer zijn toegestaan, tenzij bijzondere eisen zulks rechtvaardigen. Het is in eerste instantie aan het zelfreguleringsproces, met name de uitkomsten van overleg tussen representatieve organisaties van werkgevers, werknemers en artsen, om te bepalen hoe deze norm verder dient te worden uitgelegd (art. 9 WMK). Indien dit proces niet binnen drie jaar na 1 januari 1998 tot afspraken leidt, kan de overheid voor nadere normering zorgen (art. 14 lid 2 WMK).

De WMK biedt sollicitanten bescherming tegen niet-relevante en disproportionele keuringen. De wet bevat enkele algemene aanknopingspunten voor de bepaling van de relevantie en proportionaliteit van een keuring. Met het oog op de relevantie introduceert artikel 2, eerste lid, WMK het principe van de doelbinding: 'Keuringen worden naar hun aard, inhoud en omvang beperkt tot het doel waarvoor zij worden verricht.' Het selecteren van sollicitanten op toekomstig ziekteverzuim vormt, zoals ook reeds door de preadviseurs werd gesteld, geen legitiem doel voor het uitvoeren van een aanstellingskeuring. Artikel 3, eerste lid, WMK stelt in algemene bewoordingen dat bij een keuring niet op onevenredige wijze inbreuk mag worden gemaakt op de privacy van een keurling: 'Bij een keuring worden geen vragen gesteld en geen medische onderzoeken verricht die

²⁹ Zie voor een uitvoeriger bespreking: Dute, J.C.J. (1997). De medische aanstellingskeuring wettelijk geregeld. *Sociaal Maandblad Arbeid*, p. 459-467; Gevers, J.K.M. (1998). Rechtsbescherming bij aanstellingskeuringen na invoering van de Wet medische keuringen. *Sociaal Recht*, p. 259-264; en Markenstein, L.F. (1998). De Wet Medische Keuringen: een stukje van een (nog) onvoltooide puzzel. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, p. 262-272.

³⁰ Artikel XIII van de Invoeringswet Pemba, *Stb.* 1997, 178. Zie ook art. 14 lid 3(c)(2) Arbo-wet 1998.

een onevenredige inbreuk betekenen op de persoonlijke levenssfeer van de keurling.' Hoe deze proportionaliteitstoets eruitziet wordt niet duidelijk uit de kamerstukken. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat in elk geval géén deel van een keuring mag uitmaken: onderzoek specifiek gericht op het verkrijgen van kennis over:

- de kans op een ernstige ziekte waarvoor geen geneeswijze voorhanden is, dan wel waarvan de ontwikkeling niet door medisch ingrijpen kan worden voorkomen of in evenwicht gehouden;
- een aanwezige, niet-behandelbare, ernstige ziekte welke naar verwachting eerst na langere tijd manifest zal worden.

Het tweede lid behelst daarnaast een verbod op:

- onderzoek waarvan het te verwachten belang voor de werkgever niet opweegt tegen de risico's daarvan voor de sollicitant;
- onderzoek dat anderszins voor de sollicitant een onevenredig zware belasting meebrengt.³¹

Ook met betrekking tot het doel van keuringen (art. 2 WMK) en de proportionaliteit van vragen en medische onderzoeken (art. 3 WMK) geldt dat het in eerste instantie aan het proces van zelfregulering is om nadere regels op te stellen (art. 9 WMK).

De keurling heeft krachtens de wet ook het recht op een herkeuring, namelijk 'indien aan een keuring een negatieve gevolgtrekking dan wel een positieve gevolgtrekking onder bepaalde beperkingen wordt verbonden' (art. 12 lid 1 WMK). Deze bepaling is overeenkomstig de aanbevelingen van het preadvies van De Jong en Leuftink.

Artikel 13 voorziet, tot slot, in de mogelijkheid om, langs de weg van zelfregulering, te komen tot instelling van een onafhankelijke klachtencommissie. Ook hiervoor geldt dat indien dit proces niet binnen drie jaar, te rekenen vanaf 1 januari 1998, tot afspraken leidt, de overheid voor nadere normering kan zorgen (art. 14 lid 2 WMK).

Uit deze beschrijving komt het ware karakter van de WMK naar boven. Deze wet is in eerste instantie bedoeld om de persoonlijke levenssfeer en lichamelijke integriteit van keurlingen te beschermen.³² Dit verklaart waarom de in de WMK neergelegde waarborgen primair vanuit privacyperspectief zijn geformuleerd. De WMK biedt aldus ook enige bescherming tegen selectie op grond van gezondheid, voorzover gerelateerd aan ongeoorloofde inbreuken op de privacy van de keurling.³³ Maar dit is niet de hoofddoelstelling van de wet. Een sollicitant die op grond van zijn of haar 'ongezonde uiterlijk' geen baan krijgt aangeboden kan aan de WMK generlei bescherming ontnemen.

³¹ Markenstein, a.w., 1998, p. 265.

³² Evenzo *Kamerstukken II 1992/93*, 23 259, nr. 3, p. 1-3 en *Kamerstukken II 1993/94*, 23 259, nr. 7, p. 1-2.

³³ Evenzo: Hendriks, A.C. (1997). Onderscheid op grond van gezondheid bij de (toegang tot de) arbeid en particuliere verzekeringen – geboden of verboden? *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, p. 142-156 (150).

3.3 Overige ontwikkelingen en knelpunten

In de jaren voorafgaand aan de invoering van de WMK is er veel gepubliceerd over de juridische en ethische aspecten van aanstellingskeuringen.³⁴ Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten uitvoerig in te gaan op alle in de literatuur naar voren gebrachte standpunten. Volstaan kan worden met de signalering dat veel auteurs de noodzaak van wetgeving onderschreven, maar dat er ook bedenkingen werden geuit. Zo zou een wettelijke regeling zich slecht verdragen met het beginsel van contractvrijheid dat vanouds de precontractuele fase regeert. Daarnaast zou een 'nee, tenzij'-systeem met betrekking tot het uitvoeren van een aanstellingskeuring het goed functioneren van de bedrijfsarts onder druk zetten.³⁵

Ondanks alle maatschappelijke ophef over het gebruik van aanstellingskeuringen als selectie-instrument hebben maar zeer weinig keurlingen zich tot de rechter gewend. Deze schrok er zo nodig niet voor terug om de keurend arts op diens taken en verantwoordelijkheden te wijzen. Zo ook een medisch adviseur, die de opdrachtgever na de keuring uit eigen beweging adviseerde om de keurling ook een psychologisch onderzoek te laten ondergaan alvorens haar aan te stellen.³⁶

Weerbarstiger was de jurisprudentie in deze periode met betrekking tot de mededelingsplicht van de sollicitant, een zelfstandige onderhandelingsnorm die

³⁴ Zie bijvoorbeeld: Gevers, J.K.M. (1987). Medische keuringen aan juridische banden. *Sociaal Recht*, p. 159-163; Berkestijn, Th.M.G. van (1988). De medische keuring: een moreel dilemma. In: I.D. de Beaufort & H.M. Dupuis (red.), *Handboek gezondheidsethiek*. Assen/Maastricht: Van Gorcum, p. 251-261; Gevers, J.K.M. (1988). Medische keuringen. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, p. 1018-1021; Wijkstra, E., & Osch, P.J.M. van (1989). *Wetgeving inzake medische keuringen*. Amsterdam: Instituut voor Sociale Geneeskunde; Bosma, A., Gevers, J.K.M., & Labrouche, N.C.V. (1991). *Rechtsbescherming bij medische keuringen: literatuur, rechtspraak en wetgeving(sbeleid)*. Amsterdam: Instituut voor Sociale Geneeskunde; Veerman, T. (1991). Medische keuringen. *Nemesis* (5), p. 14-22; Kort, W.L.A.M. de (1993). *Personnel selection through pre-employment medicals* (diss. UvA). Amsterdam: Coronel Laboratorium; Olsthoorn-Heim, E.T.M. (1993). Grenzen aan keuringen. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, p. 62-74; Hendriks, A.C. (1994). Het testen van werknemers op alcohol- en druggebruik: ook een discriminatievraagstuk? *Sociaal Recht*, p. 283-287; Hendriks, A.C., & Gevers, J.K.M. (1994). (Pre-)employment medical examinations and the law, with particular reference to the European Union. *European Journal of Health Law*, p. 229-264; Hendriks, A.C. (1994). Medische keuringen bij de EG; voorbeeld of schrikbeeld. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, p. 12-27; Hendriks, A.C., & Vlies, I.C. van der (1995). De medische aanstellingskeuring op tweeërlei wijzen geregeld?! *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, p. 474-484; en Kalkman-Bogerd, L.E. (1997). De Wet op de medische keuringen en verzekeringen. *Verzekeringsrechtelijke Berichten*, p. 79-83.

³⁵ Zie bijvoorbeeld: Kotek, W. (1996). Medische keuringen. *Medisch Contact*, p. 23-26.

³⁶ Pres.Rb. Utrecht 29 juli 1993, *JAR* 1993, 192. *KG* 1993, 330. Deze zaak werd uiteindelijk geschikt.

voortvloeit uit de eis dat partijen tijdens de onderhandelingsfase rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. De Hoge Raad had in 1980 bepaald dat het tijdens een sollicitatiegesprek verzwijgen van een kwaal niet per definitie een reden vormt voor ontslag op staande voet. Dit is slechts anders, aldus de Hoge Raad, indien de sollicitant wist of had moeten begrijpen dat deze kwaal hem ongeschikt maakt voor de betrekking waarnaar hij solliciteerde. De Hoge Raad kwam tot dit standpunt gelet op 'de psychologische situatie waarin de arbeider zich in een sollicitatiegesprek bevindt'.³⁷ Desondanks concludeerden de verschillende rechtscolleges in de daarop volgende jaren bij herhaling, en veelal na marginale toetsing, dat de sollicitant zijn of haar mededelingsplicht had geschonden.³⁸ Dit roept de vraag op wanneer, jegens wie en in hoeverre een sollicitant in de fase voorafgaand aan het sluiten van een arbeidsovereenkomst informatie dient te verschaffen over voorzienbare belemmeringen bij de uitvoering van het werk die het gevolg zijn van zijn of haar gezondheids-toestand.

4. De rechtsontwikkelingen sinds 1998

4.1 De werking van het Protocol aanstellingskeuringen en de WMK in de praktijk

Ondanks alle commotie vooraf is de invoering van het Protocol aanstellingskeuringen en de WMK betrekkelijk geruisloos verlopen. Wat betreft het protocol is dit misschien niet zo vreemd, nu een klachtenprocedure ontbreekt en het protocol evenmin voorziet in enige vorm van toezicht en/of een periodieke evaluatie. Daarmee is de normatieve betekenis van het protocol voor het handelen van partijen betrekkelijk. Het staat de (tucht)rechter niettemin vrij de handelwijze van een keurend arts (mede) te toetsen aan de in het protocol neergelegde regels en normen. Er kan namelijk worden gesteld dat deze regels en normen, gelet op de betrokkenheid van de belangrijkste koepelorganisaties, binnen de beroepsgroep breed worden gedragen en derhalve deel uitmaken van de professionele standaard. Naar mijn weten is er in een (tucht)rechtzaak evenwel nog nooit verwezen naar de in het protocol vervatte regels en normen. Dit hangt wellicht weer samen met het feit dat de WMK grotendeels dezelfde regels en normen bevat, zij het minder gedetailleerd.

Wat betreft de betrekkelijke stilte rond de WMK kunnen deels dezelfde argumenten worden aangedragen: een klachtenprocedure ontbreekt, of is althans via het proces van zelfregulering niet van de grond gekomen, en de wetgever heeft

³⁷ HR 20 maart 1981. *NJ* 1981, 507. Evenzo Ktg. Groningen 30 september 1996, *JAR* 1996, 222.

³⁸ Zie bijvoorbeeld Ktg. Rotterdam 8 november 1995, *JAR* 1995, 264; CRvB 14 december 1995, *TAR* 1996, 33 en Rb. Arnhem 8 juli 1997, *TAR* 1997, 199 (met betrekking tot informatie over strafrechtelijk verleden).

evenmin voorzien in enige vorm van toezicht.³⁹ Daarentegen heeft de wetgever het wel raadzaam geacht deze wet binnen drie jaar na de inwerkingtreding, en vervolgens iedere vijf jaar, te onderzoeken op 'de doeltreffendheid en de effecten... in de praktijk' (art. 15 WMK).⁴⁰ Deze wetsevaluatie is in de eerste helft van het jaar 2001 afgerond en geeft waarschijnlijk het meest complete beeld over de werking van de wet in de rechtspraktijk.⁴¹

4.2 Uitvoering en uitkomsten van de wetsevaluatie

Gelet op het in de wet bepaalde werd betrekkelijk snel na inwerkingtreding een begin gemaakt met de wetsevaluatie. Een periode van twee jaar is wat kort om precies te kunnen meten wat de (neven)effecten zijn van de WMK. De ervaring wijst immers uit dat met de implementatie van een wet doorgaans aanzienlijk meer tijd is gemoeid. Dit geldt zeker voor wetten met een sterk modificerend karakter, een eigenschap die de WMK niet kan worden ontzegd. Hieruit lijkt te volgen dat we voorzichtig moeten zijn bij het interpreteren van de uitkomsten van de eerste wetsevaluatie. Daar komt bij dat er in de periode 1998-2000 sprake was van schaarste aan personeel op de arbeidsmarkt. Toegegeven, deze krapte liet zich in bepaalde sectoren meer voelen dan in andere. Gevolg was evenwel dat werkgevers het zich niet konden permitteren om al te selectief te zijn bij het aannemen van nieuw personeel. Dit heeft waarschijnlijk gevolgen gehad voor de mate waarin men gebruik heeft gemaakt van het instrument aanstellingskeuring voor doeleinden van risicoselectie.

Dit gezegd hebbend kan worden vastgesteld dat de wetsevaluatie een sterk empirisch karakter heeft. De onderzoekers hebben in het bijzonder gekeken naar hetgeen met de WMK is beoogd en wat de effecten van deze wet zijn in de praktijk, hoe de afstemming is van de WMK met andere wetten en rechtsnormen, de handhaving en gevolgen voor de rechtspositie van sollicitanten en kandidaat-verzekerden, en de mate waarin zelfregulering heeft bijgedragen aan de realisatie van de doelstelling van de wet.

Met betrekking tot het onderdeel aanstellingskeuringen komen de onderzoekers tot de volgende conclusies. Ervan uitgaande dat de wet was bedoeld om het gebruik van het instrument aanstellingskeuringen terug te dringen, signaleren de onderzoekers dat het aantal medische onderzoeken door bedrijfsartsen fors is afgenomen. Tegelijkertijd worden er tijdens sollicitatiegesprekken bij maar liefst 46% van de bedrijven door werkgevers vragen gesteld over de gezondheidstoe-

³⁹ De Arbeidsinspectie heeft wel een onderzoek laten uitvoeren over de afspraken die in CAO's zijn gemaakt over aanstellingskeuringen. Vries, H.F. de, & Sardjoe, U.H.I. (1999). *Aanstellingskeuringen. Bezien in het licht van de Wet op de medische keuringen*. Den Haag: Elseviers bedrijfsinformatie.

⁴⁰ Zie voor een uitvoerige beschouwing over het evalueren van gezondheidswetgeving: Hendriks, A.C. (2000). Evaluatie van gezondheidswetgeving – enkele impressies. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, p. 87-100.

⁴¹ Vos, E.L. de, Westerveld, M., e.a. (2001). *Evaluatie Wet op de medische keuringen*. Den Haag: ZonMw.

stand van de sollicitant. Dit laatste is regelrecht in strijd met de WMK, die uitsluitend de bedrijfsarts de bevoegdheid toekent om in bepaalde gevallen een keuring – waaronder het stellen van vragen – te verrichten.

Het zijn in de praktijk vaak de bedrijfsartsen die sollicitanten voorlichten over het hoe en waarom van een keuring en de rechtspositie van de keurling. De onderzoekers hebben geen aanleiding gevonden om aan te nemen dat keurlingen misbruik maken van het recht op een herkeuring.

De onderzoekers zien geen grote problemen wat betreft de afstemming tussen de WMK en andere wet- en regelgeving, al signaleren zij dat keurend artsen in vrijwel alle gevallen de keuringsgegevens voor lange tijd onder zich houden zonder de keurling om toestemming te vragen.

De onderzoekers concluderen voorts dat in de praktijk nog veel wordt gekeurd door bedrijfsartsen, zonder dat de functie-eisen daartoe aanleiding geven, laat staan dat die functie-eisen schriftelijk zijn vastgelegd. Keurend artsen hebben daarentegen moeite met de richtlijnen voor het beoordelen van de toelaatbaarheid van een keuring.

Slechts 13% van de bedrijven heeft een meldpunt voor sollicitanten met klachten over de sollicitatieperiode. Ondanks dit gebrek, en aanwijzingen dat het aantal klachten over aanstellingskeuringen in 1999 is toegenomen, blijft het aantal klachten zoals gemeld bij het Breed Platform Verzekerden en Werk (BPVW) beperkt.

Tot slot concluderen de onderzoekers dat de zelfregulering met betrekking tot aanstellingskeuringen nauwelijks van de grond is gekomen. Naar de opvatting van de onderzoekers heeft dit de effectiviteit van de WMK belemmerd.

De onderzoekers komen na dit alles tot de slotsom dat de doelstellingen van de WMK nog niet zijn gerealiseerd. Zwakke punten vormen de rechtspositie van de keurling en de handhaving van het 'nec, tenzij'-systeem. Ook wijzen de onderzoekers op de verwarring in de praktijk over de (brede) betekenis van het begrip 'keuring' en wat wel en niet is toegestaan tijdens de sollicitatiefase. Het is niettemin positief dat het aantal zinloze aanstellingskeuringen door bedrijfsartsen significant is afgenomen.

4.3 Overige ontwikkelingen

Het reeds eerder genoemde BPVW heeft tijdens de invoeringsperiode met enige regelmaat bericht dat de naleving van de wet in de praktijk te wensen overlaat.⁴² Het BPVW heeft bij die gelegenheden stelselmatig aangedrongen op een goede klachtenregeling. Deze pleidooien lijken vruchten af te werpen. In juni 2001 besloot de ministerraad dat er twee AMvB's zullen komen ter uitwerking van de WMK. Eén AMvB zal nadere regels bevatten over het doel van de aanstellingskeuring. Op grond van de tweede AMvB zal een commissie worden ingesteld die de bevoegdheid krijgt klachten te toetsen over de uitvoering van aanstellingskeuringen.⁴³

⁴² Zie bijvoorbeeld BPVW (2001). *Helderheid gewenst! Rapportage 2000*. Amsterdam.

⁴³ 'Klachtencommissie gaat klachten over aanstellingskeuringen toetsen', Persbericht Ministerraad, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 29 juni 2001. Zie ook *Kamerstukken II 2001/02*, 28 001, nr. 1-2, p. 55.

Ondanks deze kritische geluiden uit het veld en de, blijkens de wetsevaluatie, gebrekkige naleving van de wet zijn er sinds de invoering van de wet vanuit de Kamer slechts incidenteel vragen gesteld aan de verantwoordelijke bewindspersonen.⁴⁴ Ook vanuit de vakliteratuur is de belangstelling voor de WMK beperkt gebleven.⁴⁵ Hier staat tegenover dat de Stichting Kwaliteitsbevordering Bedrijfsgezondheidszorg (SKB) in 1999 de Algemene Richtlijn Aanstellingskeuringen (ARA) heeft uitgegeven.⁴⁶ Deze richtlijn, ontwikkeld in opdracht van de Branche Organisatie Arbodiensten (BOA), is bedoeld als leidraad om binnen de Arbo-diensten tot meer uniformiteit te komen in de werkwijze rond aanstellingskeuringen in Nederland. Een jaar later bracht de Nederlandse Vereniging voor Personeelsbeleid (NVP) een nieuwe sollicitatiecode uit, waarbij is voorzien in een landelijke klachtenprocedure. Deze code bevat verwijzingen naar de WMK, het Protocol aanstellingskeuringen en andere wetten.

De belangstelling voor aanstellingskeuringen blijft overigens niet beperkt tot het eigen land. Zo kwam er in 1999, in het kader van de Raad van Europa, een rapport uit onder de titel 'Medical Examinations Preceding Employment and/or Private Insurance: A Proposal for European Guidelines'.⁴⁷ De voorgestelde richtlijnen vertonen grote overeenkomsten met de WMK.

Uit de enkele zaken waarover de rechter sinds de inwerkingtreding van de WMK uitspraak heeft gedaan kan tot slot het volgende worden geconcludeerd. De Arnhemse kantonrechter neemt op grond van de WMK aan dat op sollicitanten een beperkte mededelingsplicht rust. Dit vanwege de meer restrictieve opstelling van de wetgever met betrekking tot de aan een functie te stellen eisen van medische geschiktheid. De kantonrechter verbindt hieraan de conclusie dat indien niet voorzienbaar was dat de klachten van een sollicitant van invloed zouden zijn op haar functioneren, er niet kan worden gesteld dat het niet melden

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld *Aanbangsel Handelingen II 1998/99*, nr. 1652 (over het niet naleven van de wet, zoals gemeld door BPVW), *Aanbangsel Handelingen II 1999/2000*, nr. 766 (over afstemming WMK met Wet RFA), *Aanbangsel Handelingen II 1999/2000*, nr. 1254 (over het niet naleven van de WMK door verzekeraars), *Aanbangsel Handelingen II 1999/2000*, nr. 1255 (over het niet naleven van de WMK door verzekeraars) en *Aanbangsel Handelingen II 2000/01*, nr. 242 (over de vaccinatiereidheid van personeel in zorginstellingen). Zie m.b.t. het antwoord op deze vraag ook de terechte kritiek van Dute, J.C.J. (2001). Juridische aspecten van hepatitis B in zorginstellingen. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, p. 286-297 (289-290). Ook in het kader van het voorstel van Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (SUWI) is de rol van de WMK aan de orde gekomen. Zie bijv. Kamerstukken II 2001/02, 27 588 en 27 665, nr. 38c, p. 28.

⁴⁵ Markenstein, a.w., 1998; Dongen, J.A.M. van, & Kort, W.L.A.M. de (1998). Gaan de Wet medische keuringen en de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten samen? *Tijdschrift voor Bedrijfs- en Verzekeringsgeneeskunde*, p. 115-118; Schuttelaar, R. (1998). De rechtspositie van chronisch zieken bij aanstellingskeuringen. *Ars Aequi* 47 (6), p. 540-547; en Gevers, J.K.M. (1999). De Wet medische keuringen in het perspectief van de mensenrechten. *NJCM-Bulletin*, p. 442-452.

⁴⁶ Hulshof, C.T.J. (1999). *Algemene Richtlijn Aanstellingskeuringen*. Amsterdam: SKB.

⁴⁷ Gepubliceerd in *European Journal of Health Law* 2000, p. 145-172.

van deze klachten tijdens de sollicitatie gelijkstaat aan het verstrekken van onjuiste informatie dan wel het achterhouden van voor de betreffende functie relevante informatie.⁴⁸ Hieruit volgt geenszins dat een sollicitant is ontslagen van de verplichting om uit eigen beweging melding te maken van feiten en omstandigheden die het goed functioneren kunnen belemmeren. De portee van artikel 629, derde lid, onder a, BW is, aldus de Rotterdamse rechtbank en kantonrechter, dat een sollicitant niet is gehouden om niet-relevante informatie te verstrekken tijdens een sollicitatiegesprek.⁴⁹ Het niet melden van relevante beperkingen tijdens een sollicitatiegesprek komt evenwel neer op verzwijging en leidt tot een verlies van de loonaanspraak.

Vermelding behoeft voorts een uitspraak van het Gerechtshof te Amsterdam over het hanteren van een leeftijdsgrens voor scheidsrechters. Het hof bepaalde hier dat het bestaan van een adequaat en uitgebreid medisch toetsingssysteem voor het doen van een individuele beoordeling reden had moeten zijn voor de KNVB om geen leeftijdsgrenzen toe te passen.⁵⁰ Hoewel het hof niet toekomt aan toetsing aan de WMK, lijkt het hof te stellen dat voldaan is aan de eis van artikel 4, eerste lid, WMK ('aan de vervulling van de functie worden bijzondere eisen op het punt van medische geschiktheid gesteld').

5. Beschouwing

Indien we de conclusies van de preadviseurs vergelijken met de huidige stand van het recht, dan moet worden geconcludeerd dat de wetgever vrijwel alle aanbevelingen van De Jong en Leuftink in de WMK heeft overgenomen. Dit is allereerst een groot compliment aan het adres van de preadviseurs. De verschillen betreffen een aantal minder belangrijke zaken. Daarnaast kent de WMK een ruimere betekenis toe aan het begrip keuring, inclusief het vragen naar de gezondheidstoestand van de keurling (art. 1(a)(1) WMK).

Kan nu op grond van het bovenstaande, mede gelet op de uitkomsten van de eerste wetsevaluatie, worden gesteld dat de rechtspositie van de keurling juridisch gezien adequaat is geregeld? De beantwoording van deze vraag hangt mijns inziens sterk af van het perspectief van waaruit men deze rechtspositie problematiseert.

Indien men uitsluitend kijkt naar de relatie tussen keurling en keurend arts, iets wat de preadviseurs hebben gedaan, dan moet zonder meer worden geconcludeerd dat de rechtspositie van de keurling in de loop der jaren, niet in de laatste plaats dankzij de WMK, aanmerkelijk is versterkt. Zo is, als gevolg van de WMK en het Protocol aanstellingskeuringen, het verrichten van een aanstellingskeuring thans alleen nog maar bij wijze van uitzondering toegelaten en voorbe-

⁴⁸ Ktg. Arnhem 13 september 1999, *PrG* 2000, 5401.

⁴⁹ Rb. Rotterdam 1 april 1999, *JAR* 1999, 99, *TvGR* 2000, 14, m.nt. B. Sluifers (beroep van Ktg. Rotterdam 18 februari 1998, *JAR* 1998, 89) en Ktg. Rotterdam 16 maart 2001 en 20 juli 2001, *JAR* 2001, 182.

⁵⁰ Hof Amsterdam 13 januari 2000, *Nj* 2000, 466, *NJCM-Bulletin* 2000, p. 866, m.nt. A. Mulder.

houden aan een bedrijfsarts van een gecertificeerde Arbo-dienst. De sollicitant zal dus in de meeste gevallen niets meer te maken hebben met een keurend arts.

Indien we de rechtspositie van de keurling in ruimer verband zien, namelijk het waarborgen van de toegankelijkheid van de arbeidsmarkt en het tegengaan van risicoselectie op grond van gezondheidstoestand, dan moet evenwel worden geconcludeerd dat die positie in diverse opzichten nog te wensen overlaat. Hierbij kunnen drie knelpunten worden onderscheiden.

a. Andere vormen van selectie op grond van gezondheidstoestand

Door het aan banden leggen van het gebruik van aanstellingskeuringen heeft de wetgever beoogd paal en perk te stellen aan de risicoselectie van sollicitanten. Dit is, blijkens de wetsevaluatie, wat betreft het verrichten van medisch onderzoek door bedrijfsartsen tamelijk goed gelukt. Het aantal door bedrijfsartsen verrichte medische onderzoeken is sinds de invoering van de WMK significant gedaald. Hier staat evenwel tegenover dat maar liefst 46% van de bedrijven tijdens sollicitatiegesprekken vragen stelt over de gezondheidstoestand van de sollicitant. Of dit cijfer afwijkt van de periode voor invoering van de WMK wordt niet duidelijk uit de wetsevaluatie. Er kan evenwel niet worden uitgesloten dat risicoselectie van sollicitanten op grond van gezondheidstoestand thans in veel gevallen door werkgevers zelf gebeurt en niet meer wordt 'uitbesteed' aan keurend artsen. Betwijfeld kan worden of dit onverdeeld gunstig is voor de kansen op indiensttreding.

Voorts blijft onduidelijk of, en zo ja in hoeverre, werkgevers ook anderszins selecteren op gezondheid, bijvoorbeeld door te letten op het uiterlijk van sollicitanten of door hiernaar te informeren bij vorige werkgevers. De wetsevaluatie verschaft hieromtrent geen informatie. Eerdere onderzoeken wijzen uit dat dit probleem niet mag worden onderschat. Zo concludeerden Gras en anderen op basis van een levensecht experiment dat niet-gehandicapten bijna anderhalf keer zoveel kans hebben om op grond van hun sollicitatiebrief voor een gesprek te worden uitgenodigd dan gehandicapten die in hun brief melding hadden gemaakt van een functiebeperking.⁵¹ Van Elderen en anderen komen via een andere onderzoeksmethodologie tot een vergelijkbare slotsom.⁵² Dit heeft geleid tot een roep om een non-discriminatiewet, een roep die inmiddels weerklank heeft gevonden in Den Haag.⁵³

De conclusie lijkt aldus te luiden dat het keuringsverbod van de WMK niet alleen massaal wordt overtreden, maar dat selectie op grond van gezondheid ook anderszins kan plaatsvinden waartegen de WMK, noch enige andere wet, adequaat weerstand biedt.

⁵¹ Gras, M., e.a. (1996). *Een schijn van kans*. Deventer: Gouda Quint, p. 55.

⁵² Elderen, T.M.T. van, e.a. (1995). *Chronisch ziekten (on)beperkt aan het werk*. Ministerie van SZW. Den Haag: Vuga, p. 47.

⁵³ Uitvoerder: Hendriks, A.C. (2000). *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten* (diss. UvA). Deventer: Kluwer, p. 9-10.

b. Keuringsverbod en mededelingsplicht

Uit het bovenstaande kwam reeds naar voren dat de mededelingsplicht van de sollicitant jegens de werkgever sinds de invoering van de WMK onverminderd is blijven bestaan.⁵⁴ Uit de wet(sgeschiedenis) zelf wordt niet duidelijk of, en zo ja in hoeverre, de inperking van het vraagrecht van de werkgever implicaties heeft voor de mededelingsplicht van de sollicitant. Met de kantonrechter te Arnhem ben ik van opvatting dat deze plicht beperkt moet worden uitgelegd.⁵⁵ Deze plicht bestaat mijns inziens uitsluitend indien voorzienbaar is dat de uitvoering van taken die de kern vormen van de beoogde functie in het gedrang raken door de gezondheidstoestand van de sollicitant. De plicht geldt vervolgens pas, analoog aan artikel 4, tweede lid, WMK, vanaf het moment dat partijen met elkaar gaan onderhandelen over het aangaan van een arbeidsovereenkomst.⁵⁶ Aldus wordt optimaal recht gedaan aan de belangen van werkgever en sollicitant.

Wat nu indien een sollicitant, vanwege zijn gezondheidstoestand, behoefte heeft aan een werkaanpassing? Het spreekt mijns inziens voor zich dat een sollicitant gehouden is hiervan melding te maken, zeker indien de benodigde werkaanpassing noodzakelijk is ter bescherming van de gezondheid en veiligheid van de sollicitant en/of derden (vergelijk art. 4 lid 1 WMK). Staat het een werkgever vervolgens vrij om het onderhandelingsproces met de sollicitant af te breken? Noch de WMK noch enige andere wet zegt iets over deze problematiek. Naar mijn mening brengen de eisen van precontractuele redelijkheid en billijkheid, mede in het licht van de werkgeversverplichtingen op grond van de Wet op de reïntegratie arbeidsgehandicapten (REA) en de Wet op de ondernemingsraden (WOR), mee dat de werkgever allereerst is gehouden om te onderzoeken of de benodigde aanpassingen kunnen worden gerealiseerd. Pas indien dit niet het geval is, dan wel tegen dusdanig hoge kosten kan worden verwezenlijkt of indien het anderszins onevenredig belastend is voor de werkgever, mag worden besloten geen dienstverband aan te bieden aan een op zich geschikte sollicitant. Deze visie is in overeenstemming met artikel 2, tweede lid, onderdeel b, onder 2, van Richtlijn 2000/78/EG.⁵⁷

Daarmee luidt de conclusie dat het (blijven) bestaan van de mededelingsplicht door werkgevers niet mag worden aangegrepen om op zich geschikte sollicitanten voorshands af te wijzen. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en de bescherming van de rechten van de sollicitant verdient het aanbeveling de betekenis van deze plicht wettelijk te verankeren, een aanbeveling die spoort met eerder genoemde EG-richtlijn.

⁵⁴ Evenzo *Kamerstukken II 1993/94*, 23 259, nr. 7, p. 10.

⁵⁵ Ktg. Arnhem 13 september 1999, *Prv.* 2000, 5401.

⁵⁶ Hendriks, a.w., 2000, p. 298.

⁵⁷ Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid of beroep (27 november 2000), *PbEG* 2000 L 303/16.

c. Toegang tot de arbeidsmarkt voor arbeidsgehandicapten

De WMK was mede bedoeld om de toegang tot de arbeidsmarkt te waarborgen voor mensen met een arbeidshandicap.⁵⁸ Met het oog op het bevorderen van de arbeidskansen van deze laatste categorie personen is een halfjaar na inwerking-treding van de WMK besloten tot invoering van de eerdergenoemde REA. Deze wet beoogt werkgevers te prikkelen om leden van de doelgroep in dienst te nemen (en te houden) en stelt daartoe allerlei financiële prikkels in het vooruit-zicht – onder andere om obstakels voor indienstneming uit de weg te ruimen. Hoe weet de werkgever evenwel of een sollicitant voldoet aan het criterium arbeidshandicap? De WMK staat het een werkgever niet toe hiernaar te informe-ren. Zou een werkgever dit doen, dan zou hij of zij handelen in strijd met de WMK, op grond waarvan het vragen naar de gezondheidstoestand van de keur-ling immers het prerogatief is van de bedrijfsarts.⁵⁹ De staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft in antwoord op kamervragen geantwoord dat het de sollicitant niettemin vrijstaat om uit eigen beweging melding te maken van het feit dat hij of zij arbeidsgehandicapt is.⁶⁰ Het is de vraag of de doelstellingen van de REA (en de WMK) aldus wel optimaal tot hun recht komen.⁶¹ Het initiatief wordt aldus volledig bij de sollicitant gelegd, terwijl de maatregelen juist zijn bedoeld om werkgevers te stimuleren. Er kan moeilijk worden volgehouden dat er van deze maatregelen aldus enige stimulerende werking uitgaat voor de werk-gevers.

De vraag die zich in het verlengde hiervan opdringt is in hoeverre de WMK bedrijfsartsen in staat stelt om, in de woorden van De Jong en Leuftink, de juiste persoon op de juiste plaats te brengen. Naar mijn mening zijn die mogelijkheden uiterst beperkt. Willen bedrijfsartsen op substantiële wijze invulling kunnen geven aan deze taak, dan dient de WMK (en/of REA) dusdanig te worden aange-past dat het verrichten van een keuring met het oog op het bepalen van de beno-digde voorzieningen mogelijk wordt.⁶²

Hienuit volgt dat enige aanpassing van de WMK nodig is om recht te kunnen doen aan het streven om de toegankelijkheid van de arbeidsmarkt te waarborgen voor werknemers met een arbeidshandicap, hetgeen een actievere rol voor bedrijfsartsen als makelaar veronderstelt.

⁵⁸ De regering heeft dit recentelijk nog eens bevestigd. *Kamerstukken II 2000/01*, 27 543, nr. 2, p. 23.

⁵⁹ Uitvoerder: Hendriks, a.w., 2000, p. 206.

⁶⁰ *Aanhangsel Handelingen II 1999/2000*, nr. 766.

⁶¹ De evaluatie van de WMK suggereert dat dit in de praktijk niet als een groot probleem wordt gevoeld. De Vos, Westerveld e.a., a.w., 2001, p. 74 en 188. In de eerste evaluatie van de REA is dit probleem niet aan de orde geweest. Wevers, C.W.J., Besseling, J.J.M., & Vos, F.L. de (2001). *De Realiteit. Integrale rapportage evaluatie Wet REA*. Den Haag: Elsevier bedrijfsinfor-matie.

⁶² Uitvoerder: Hendriks, A.C. (2000). Sollicitanten met een handicap. *Medisch Contact*, p. 90-92; en Hendriks, A.C. (2001). Gelijke toegang tot de arbeid voor sollicitanten met een handi-cap. *Reïntegratie* (9), p. 27-32.

6. Afronding

Geconstateerd kan worden dat de aanbevelingen uit het preadvies van De Jong en Leuftink een kwart eeuw na datum vrijwel allemaal vertaling hebben gekregen in wet- en regelgeving, in het bijzonder in de WMK. Daarmee is de rechtspositie van de keurling ten opzichte van de keurend arts in belangrijke mate versterkt. Buiten deze relatie om blijft de rechtspositie van de sollicitant evenwel uiterst kwetsbaar.

Als gevolg van de WMK is het niet denkbeeldig dat risicoselectie op grond van gezondheid thans op andere manieren dan door middel van het instrument aanstellingskeuring plaatsvindt. Daar komt bij dat werkgevers, in weerwil van de WMK, tijdens sollicitatiegesprekken veelvuldig informeren naar de gezondheid van een sollicitant. Dit vraagt om invoering van een wettelijk verbod op discriminatie, in de zin van een verbod op het maken van ongerechtvaardigd onderscheid, op grond van gezondheid. Aan de invoering van een dergelijk verbod wordt thans hard gewerkt. Naar verwachting zal de regering in de eerste helft van 2002 een voorstel van Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte naar de Tweede Kamer sturen.

Met een dergelijke wet – in combinatie met de WMK – zullen alle knelpunten rond de rechtspositie van de sollicitant niet plotsklaps zijn verholpen, al is het maar omdat ook zo'n nieuwe wet niet van de ene op de andere dag is geïmplementeerd. Daarnaast blijft het zaak dat de plaats en de omvang van de mededelingsplicht tijdens de onderhandelingsfase worden opgehelderd en dat bedrijfsartsen, conform de bedoelingen van de preadviseurs, naar vermogen kunnen bijdragen aan het bewerkstelligen van het brengen van de juiste persoon op de juiste plaats. Aldus blijft de rechtspositie van de sollicitant, een kwart eeuw na publicatie van het preadvies van De Jong en Leuftink, nog immer vragen om aandacht, ook van beoefenaars van het gezondheidsrecht.