

RE-INTEGRATIEVERPLICHTINGEN IN HET TWEEDE ZIEKTEJAAR

Commentaar expertgroep LabourLawUnited op het wetsvoorstel
re-integratieverplichtingen in het tweede ziektejaar bij werknemers
van kleine en middelgrote werkgevers



VAAN-VvA-VJAA

Inhoudsopgave

1.	Inleiding.....	2
1.1	Doelstelling.....	2
1.2	Achtergrond.....	2
1.3	Het dossier ‘zieke werknemer’: van fluctuerend ambitieniveau tot schrale uitwerking	3
1.4	Opzet van dit commentaar	4
2.	Het eerste ziektejaar.....	5
2.1	Inleiding.....	5
2.2	Vragen over het eerste ziektejaar	5
2.3	Vragen over de proceduremogelijkheden afsluiting eerste ziektejaar	7
3.	Het tweede ziektejaar.....	10
3.1	Inleiding.....	10
3.2	Vragen over het tweede ziektejaar	10
4.	Ontslag	13
4.1	Inleiding.....	13
4.2	Vragen over het opzegverbod.....	13
4.3	Vragen over de j-grond	14
4.4	Vragen over de herplaatsing	15
4.5	Vragen over de transitievergoeding en compensatie(regeling)	16
5.	Sociaalzekerheidsrechtelijke aspecten	18
5.1	Inleiding.....	18
5.2	Vragen over sociaalzekerheidsrechtelijke aspecten	18
6.	Eindconclusie en aanbevelingen.....	21
	Auteurs.....	22

1. Inleiding

1.1 Doelstelling

Het wetsvoorstel re-integratieverplichtingen in het tweede ziektejaar bij werknemers van kleine en middelgrote werkgevers (hierna: het wetsvoorstel) beoogt de re-integratieverplichtingen voor kleine en middelgrote werkgevers te verlichten. Doel is kleine en middelgrote werkgevers¹ meer wendbaar te maken door eerder duidelijkheid te geven tot welk moment zij de eigen functie van de zieke werknemer voor hem beschikbaar moeten houden, zodat zij eerder tot vervanging van de zieke werknemer kunnen overgaan. Daartoe wordt – onder andere – voorgesteld een (nieuw) artikel 7:658aa BW in te voeren dat regelt dat deze werkgevers onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid krijgen om vanaf de start van het tweede ziektejaar zich alleen te richten op re-integratie in het tweede spoor. Het wetsvoorstel heeft gevolgen voor verschillende regelingen, zoals de re-integratieverplichtingen van de werkgever en werknemer, het opzegverbod bij ziekte, de opzeggings- en ontbindingsprocedures, de compensatieregeling transitievergoeding, de WW, de WIA, de Ziektewet en de Awb.

1.2 Achtergrond

Volgens de regering is behoefte aan de voorgestelde maatregel(en), omdat uit onderzoek blijkt dat 45% van de ondervraagde werkgevers de verplichtingen rondom arbeidsongeschiktheid als belemmering zien om werknemers in vaste dienst te nemen.² Dit beeld sluit aan bij de constatering van de commissie Borstlap in 2020 dat een kloof ontstaat tussen contracten voor onbepaalde tijd en andere contracten door - onder andere - de verantwoordelijkheid van werkgevers rondom ziekte en re-integratie.³ De Commissie heeft daarom geadviseerd de verplichtingen van werkgevers omtrent loondoorbetaling en re-integratie bij ziekte te verlichten door deze verplichtingen te verkorten naar één jaar.⁴ Daarnaast heeft de Commissie een vermindering van de verplichtingen in het kader van het tweede spoortraject geadviseerd:

‘Daarbij zou kunnen worden overwogen ook de re-integratieverplichtingen van de werkgever, naast verkorting van de loondoorbetalingsplicht, minder zwaar te maken, bijvoorbeeld door deze te beperken tot investeringen in de herplaatsing van de zieke werknemers binnen het eigen bedrijf (het zogenoemde eerste spoor) (...). Als er geen herplaatsingsmogelijkheden zijn binnen het eigen bedrijf en die ook niet worden gecreëerd, zou het dienstverband dan kunnen worden beëindigd.’⁵

In juni 2021 heeft de Sociaal Economische Raad (hierna: SER) haar middellange termijn advies (hierna: MLT-advies) gepubliceerd.⁶ Ook in dit advies worden maatregelen voorgesteld om het aangaan van duurzame arbeidsrelaties te stimuleren. Volgens de SER moeten werkgevers wendbaar en vlot kunnen

¹ Kleine werkgevers zijn werkgevers met een loonsom tot en met 25 keer het gemiddeld premieloon per werknemer. Middelgrote werkgevers zijn werkgevers met een loonsom tussen de 25 keer het gemiddeld premieloon per werknemer en een loonsom tot en met 100 keer het gemiddelde premieloon per werknemer. Zie (voorgesteld) artikel 7:658aa BW jo. artikel 34 lid 1 en 36 lid 2 Wfsv jo. artikel 2.5 lid 1 onder a en b Besluit Wfsv.

² (Concept) MvT bij Wetsvoorstel, p. 1.

³ In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk, Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (Commissie-Borstlap) 21 januari 2020, p. 21 en 34.

⁴ Commissie-Borstlap 2020, p. 65.

⁵ Commissie-Borstlap 2020, p. 81.

⁶ SER middellange termijn (MLT) advies, ‘Sociaal-economisch beleid 2021-2023. Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving’, 2 juni 2021 (hierna: SER MLT advies).

reageren op veranderende marktomstandigheden en hun (maatschappelijke) verantwoordelijkheden en risico's als werkgever kunnen overzien, zonder de werk- en inkomenszekerheid van werknemers aan te tasten.⁷ In het kader van ziekte en arbeidsongeschiktheid wordt daarom geadviseerd de re-integratie in het eerste ziektejaar (in beginsel) te richten op het eerste spoor en in het tweede jaar op het tweede spoor (tenzij wordt besloten het eerste spoor te blijven volgen). De arbeidsovereenkomst zou dan na twee jaar ziekte kunnen eindigen, of eerder in het geval de werknemer duurzaam via het tweede spoor een baan bij een andere werkgever heeft gevonden. Volgens de SER stelt een vroege keuze voor een van de sporen de werknemer en werkgever in staat eerder de re-integratie in gang te zetten, zodat kans op blijvende arbeidsongeschiktheid wordt verminderd.⁸

In lijn met het SER MLT-advies is in het Coalitieakkoord van 15 december 2021 bepaald dat plannen worden gemaakt om de re-integratie in het tweede jaar in principe op het tweede spoor te focussen, waarbij de instroom in de WIA zoveel mogelijk wordt beperkt.⁹ Daarbij is opgemerkt dat het eindrapport van de commissie Borstlap en het SER MLT-advies de leidraad vormen voor hoe de inrichting van de arbeidsmarkt van de toekomst eruit komt te zien.¹⁰ Uit de verschillende beleidsnota's en Beleidskompasformulier van Rijksoverheid¹¹ volgt dat bij de uitwerking van het SER MLT-advies (lang) gezocht is naar een balans tussen zekerheid en wendbaarheid voor werkgevers enerzijds en behoud van de arbeidsovereenkomst en verantwoordelijkheden voor re-integratie van de zieke werknemer anderzijds. Zo valt in die nota's te lezen:

*'Wij hebben, met sociale partners, geconcludeerd dat het onderliggende doel is om de werkgever na 1 jaar duidelijkheid te kunnen geven over de mogelijkheden van vervanging van een langdurig zieke werknemer. Om recht te doen aan het behoud van de arbeidsovereenkomst gedurende het tweede ziektejaar, conform SER-advies en Coalitieakkoord, is het noodzakelijk dat er nog wel een reële kans is dat een herstelde werknemer kan terugkeren bij zijn eigen werkgever. Hier zit een spanningsveld.'*¹²

1.3 Het dossier 'zieke werknemer': van fluctuerend ambitieniveau tot schrale uitwerking

Wij stellen vast dat tussen commissie Borstlap en het SER MLT-advies grote verschillen zitten qua ambitieniveau op het herschikken van de rechtspositie van de zieke werknemer. Maar ook tussen de kennelijke strekking van deze maatregel in het SER MLT-advies (bevorderen van wendbaarheid en snelle zekerheid over het te bewandelen spoor) en de uitwerking in het onderhavige wetsvoorstel lijkt spanning te zitten tussen het ambitieniveau van wendbaarheid en duidelijkheid enerzijds en (ontslag)bescherming van de zieke werknemer anderzijds. Wij kunnen ons niet aan de indruk onttrekken dat dit (politieke) spanningsveld heeft geleid tot het onderhavige compromisvoorstel. Een compromisvoorstel dat in de juridische uitwerking bepaald niet eenvoudig is, op onderdelen haaks staat op de Wet verbetering poortwachter en nieuwe procedures opent en verantwoordelijkheden legt bij uitvoeringsorganen (UWV) en rechtspraak. Het is daardoor een regeling die niet alleen veel vragen van wetstechnische aard, maar ook van meer fundamentele aard oproept.

⁷ SER MLT advies, p. 10 en 17.

⁸ SER MLT advies, p. 22.

⁹ Coalitieakkoord 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', 15 december 2021, p. 28.

¹⁰ Coalitieakkoord 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', 15 december 2021, p. 26.

¹¹ Zie par. 2, hulpvraag a en par. 5, hulpvraag b van het Beleidskompasformulier van Rijksoverheid.

¹² Beslisnota's bij Kamerbrief Voortgang uitwerking arbeidsmarktpakket (deel 7 en 8).

1.4 Opzet van dit commentaar

Deze constatering maakt dat wij – anders dan bij de eerdere twee consultaties (flex en zzp) – een iets andere opzet hebben gekozen. We hebben gekozen voor een indeling van regels die betrekking heeft op het eerste ziektejaar (H2), het tweede ziektejaar (H3), het ontslag (H4) en gevolgen voor/van sociaalzekerheidsrechtelijke aard (H5). Elk thema wordt kort ingeleid en vervolgens proberen we aan de hand van reflectieve vragen de opstellers van dit voorstel uit te dagen de regeling aan te scherpen, op onderdelen te heroverwegen en of te verduidelijken. De kernbedenkingen staan steeds in de hoofdtekst. De verduidelijkende vragen zijn in een kader opgenomen. Het geheel is afgesloten met een eindwaardering (H6).

Mocht het commentaar aanleiding geven tot nadere gedachtewisseling dan zijn wij daartoe van harte bereid. Wij wensen u veel wijsheid toe.



Joëlle Boulet (VAAN)|Pieter Fluit (VAAN)|Karin Frikkee (VvA)|Laura Gringhuis (VJAA)|Ruben Houweling (VvA)|Christine Kehrer-Bot (VAAN)|Simone Slootweg (VvA)|Elmira van Vliet (VvA)|Amber Willemsen (VJAA)

2. Het eerste ziektejaar

2.1 Inleiding

De regering beoogt duidelijkheid te verschaffen door de mogelijkheid te bieden om na het eerste ziektejaar de re-integratie in het eerste spoor te beëindigen. Daartoe kan de werkgever overeenstemming bereiken met de werknemer of toestemming vragen aan het UWV. De aanvraag bij het UWV dient uiterlijk in (ziekte)week 42 te worden ingediend. UWV toetst de aanvraag aan de hand van drie criteria, te weten: I) de werknemer is vanwege arbeidsongeschiktheid niet in staat de bedongen arbeid te verrichten, II) het is aannemelijk dat binnen 13 weken na afloop van het tijdvak van 52 weken geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht en III) de re-integratie-inspanningen in het eerste jaar van ziekte worden als voldoende beoordeeld. Stemt de werknemer in of geeft het UWV toestemming, dan mag de werkgever vanaf het tweede ziektejaar in beginsel de re-integratie in het eerste spoor stoppen en louter het tweede spoor bewandelen.

De voorgestelde regeling in artikel 7:658aa BW roept een aantal vragen op. We lichten hieronder eerst vier (hoofd)vragen nader toe en hebben de overige vragen ten aanzien van het eerste ziektejaar in het kader daaronder toegelicht.

2.2 Vragen over het eerste ziektejaar

Ten eerste, gelet op de inhoud van de regeling zal de werkgever uiterlijk in week 42 instemming van de werknemer moeten hebben verkregen om het eerste spoor te beëindigen. Dit is vanwege de termijn die is gesteld dat de werkgever uiterlijk in week 42 toestemming aan het UWV moet vragen indien de werknemer niet heeft ingestemd. Dat betekent in de praktijk dat de werkgever in feite al ongeveer in week 36 dit bespreekbaar dient te maken bij de werknemer. Werknemer zal immers nog juridisch advies willen verkrijgen, de overeenkomst moet worden opgesteld en de bedenkttermijn moet in acht genomen kunnen worden. Dat betekent in feite ook dat de re-integratie in (aangepast) eigen werk of ander passend werk binnen de eigen organisatie (eerste spoor) nog maar (zeer) kort heeft geduurd, mede afhankelijk van het moment waarop de re-integratie is gestart. In de meeste gevallen is de start van de re-integratie op z'n vroegst pas na zes tot acht weken. Is de verwachting dat op zo'n korte termijn al duidelijk is dat er geen mogelijkheden zijn voor de werknemer in het eerste spoor? In de meeste gevallen geeft de bedrijfsarts dan toch nog aan dat de verwachting is dat de werknemer (op termijn) in staat zal zijn weer het bedongen werk te gaan verrichten? Dan heeft de werknemer toch geen enkel belang om in te stemmen? Werkt een dergelijk gesprek niet 'herstel belemmerend' voor de werknemer?

Ten tweede, waarom verwacht de wetgever dat werknemers al voor de 52^{ste} ziekteweek zullen instemmen met alleen het tweede spoor en af te zien van re-integratie in het eerste spoor? Wat levert dat hem op? Terwijl bekend is (en dus ook bij werknemers) dat re-integratie in het tweede spoor uitermate moeizaam is en re-integratie in het eerste spoor vele malen succesvoller is, zoals in de Memorie van Toelichting ook wordt aangegeven. Wij zien daarom niet goed wat het voordeel voor de werknemer is om in te stemmen met het afsluiten van het eerste spoor, integendeel. Op basis van de poortwachter moet immers ook in het geval er rond de eerstejaarsevaluatie voor de werknemer

feitelijk geen re-integratie mogelijkheden zijn in het eerste spoor, een tweede spoor worden gestart waarbij de mogelijkheid om later (bij verminderde beperkingen) alsnog terug te keren naar het eerste spoor openblijft. Zal voorgaande er niet juist toe leiden dat werknemer, hoe klein de kans ook is, de mogelijkheid (begrijpelijkerwijs) toch open wil houden en deze route daarom weinig benut zal worden en werkgever genoodzaakt is een procedure via het UWV te doorlopen?

Ten derde, zijn de drie voorwaarden die worden gesteld voor het verkrijgen van toestemming van het UWV ook van toepassing op de instemming van de werknemer? En zou een werknemer een 'terugkeergarantie' kunnen vragen als na afloop van het eerste jaar blijkt dat alsnog passend werk in het eerste spoor beschikbaar blijkt te zijn (al dan niet omdat de werkgever een verkeerde voorstelling van zaken heeft gegeven of omdat onverwacht werk beschikbaar komt)?

Ten slotte, op welke wijze wordt de re-integratie van de werkgever gedurende het eerste ziektejaar, na verkregen instemming van de werknemer, getoetst door het UWV in het kader van de Poortwachterstoets? Dat is dan in feite toch een 'gepasseerd station', ook als het UWV op basis van de feiten zou vaststellen dat de inspanningen van de werkgever onvoldoende zijn geweest?

Overige vragen over het eerste ziektejaar luiden:

- Leidt de regeling niet tot misbruik door via overeenstemming een toets over het eerste ziektejaar te ontlopen? En in het verlengde daarvan: hoe wenselijk is het dat bij het afsluiten van het eerste spoor door overeenstemming tussen werkgever en werknemer een inhoudelijke toets van het UWV op de re-integratie-inspanningen in het eerste ziektejaar ontbreekt?
- Aangegeven wordt dat werknemers voorwaarden kunnen verbinden aan de instemming. Welke aanvullende voorwaarden zijn dit en hoe ver gaat dit? En: kunnen werkgevers dan ook voorwaarden verbinden aan het voorstel dat zij doen om het eerste spoor af te sluiten? Mag een werkgever bijvoorbeeld een aanvullende vergoeding aanbieden als incentive voor de werknemer om akkoord te gaan met re-integratie in uitsluitend het tweede spoor?
- Is het niet wenselijk om aan deze overeenstemmingsmogelijkheid toe te voegen dat de werkgever een verplichting heeft om de werknemer voldoende en volledig te informeren over de gevolgen van het afsluiten van het eerste spoor?
- Een werknemer kan alleen gehouden worden aan de instemming wanneer deze schriftelijk is gedaan en er een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring is. In de Memorie van Toelichting wordt in dit kader een algemene onderzoeksplicht geformuleerd voor de werkgever en een bedenktijd, vergelijkbaar met een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Wij vragen ons af of dit voldoende waarborgt dat een werknemer, zeker als hij kampt met psychische klachten, zich daadwerkelijk bewust is van zijn keuze en de gevolgen daarvan en zich mogelijk toch op een wilsgebrek kan beroepen.

2.3 Vragen over de proceduremogelijkheden afsluiting eerste ziektejaar

Gelijkelijk aan de regeling van ontslag bij bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid, stelt de regeling de weg naar de civiele rechter open voor werkgever en werknemer als een van beiden meent dat UWV ten onrechte geen of juist wel toestemming heeft verleend. Dit wordt door de regeling beschreven als *“een zo eenvoudig mogelijke procedure, die aansluit bij het doel van de maatregel: werkgever en werknemer weten na de beslissing waar zij aan toe zijn.”*

De regeling zoals hierboven beschreven roept bij ons veel vragen op. In ieder geval zijn wij van mening dat hierbij geenszins sprake is van een eenvoudige procedure en dat de regeling noch ertoe leidt dat werkgever en werknemer na de beslissing van UWV weten waar zij aan toe zijn. We lichten een drietal (hoofd)vragen toe en verwijzen voor de overige vragen naar het kader hieronder.

Ten eerste, gelet op de verkleinde kans dat werknemers na afsluiting van het eerste spoor nog terug kunnen naar hun eigen werkgever bij (gedeeltelijk) herstel, zullen niet veel werknemers instemmen met het beëindigen van het eerste spoor. De werkgever zal zich naar verwachting in de meeste gevallen tot UWV wenden. Bekend is dat de werkdruk bij UWV op dit moment al uitermate hoog ligt; zij slaagt er nu al – mede door het niet voor handen hebben van voldoende verzekeringsartsen – regelmatig niet in om tijdig deskundigenoordelen, WIA-beoordelingen, loonsancties, etc. af te geven dan wel op te leggen. Wij vragen ons gelet hierop af of het wenselijk is dat UWV door het wetsvoorstel een extra taak krijgt toebedeeld.

Ten tweede vrezen wij dat de proceduremogelijkheden, zoals bedoeld in het voorgestelde artikel 7:658aa lid 12 en 13 BW, tot complicaties zullen leiden die niet te overzien zijn. Een werknemer die meent dat ten onrechte is besloten het eerste spoor af te sluiten, staat beroep, hoger beroep en cassatie open. Tegen de tijd dat partijen bij het Gerechtshof procederen, zal in veel gevallen de twee ziektejaren al zijn verstreken. Stel dat het Gerechtshof oordeelt dat het eerste spoor ten onrechte is afgesloten: wat is dan de consequentie? Gemiste re-integratiekansen kunnen immers niet meer worden ingehaald, werknemer ontvangt intussen geen loon meer. UWV heeft afsluiting van het eerste spoor toegestaan, waardoor een loonsanctie schuurt aan de rechtszekerheid. Kan een werknemer in zo’n geval aanspraak maken op schadevergoeding van werkgever of UWV? In de praktijk zal het niet wenselijk zijn zo lang in onzekerheid te zitten, waarbij het gedurende een groot deel van het tweede ziektejaar ook nog onduidelijk is op welk spoor gere-integreerd moet worden.

Ten slotte en in het verlengde hiervan ziet de derde vraag op eventuele samenloop van de gerechtelijke procedures bij de civiele rechter na de beslissing van UWV tot afsluiting van het eerste spoor met de ontslagaanvraag op grond van de voorgestelde j-grond. Los dat deze twee procedures de regeling überhaupt complex maakt, is het goed mogelijk dat werkgever en werknemer nog aan het procederen zijn over de afsluiting van het eerste spoor, terwijl gelijktijdig een ontslagaanvraagprocedure op de j-grond loopt. Hoe moet hiermee worden omgaan? Dient de behandeling van de ontslagaanvraag door UWV bij een nog lopende procedure over de afsluiting van het eerste spoor aangehouden te worden? Wordt in dat geval de transitievergoeding opgebouwd na de 104 weken en voor de behandeling van de ontslagaanvraag gecompenseerd?

Overige vragen met betrekking tot de proceduremogelijkheden omtrent het afsluiten van het eerste ziektejaar luiden:

- Wat als de werknemer instemt met een verzoek tot afsluiting van het eerste spoor en dan gebruik maakt van diens bedenkttermijn. Kan de werkgever dan nog (op tijd) een verzoek indienen bij UWV? Daar lijkt het nu namelijk niet op: overeenstemming kan tot de 52^e week van ziekte, maar UWV moet uiterlijk de 42^e week toestemming worden gevraagd. Is het mogelijk een voorlopig verzoek tot afsluiting van het eerste spoor te doen aan UWV?
- Een aanvraag om toestemming voor het afsluiten van de re-integratie in het eerste spoor valt onder de reikwijdte van de Awb. Vervolgens kunnen werkgever en werknemer de beslissing van UWV laten toetsen door de civiele rechter. Wij kunnen ons voorstellen dat hiervoor is gekozen, gelijkelijk aan de regeling van ontslag bij bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid. Wij vragen ons desalniettemin af aan de hand van welke rechtsregels de civiele rechter deze bestuursrechtelijke besluitvorming zal moeten toetsen.
- UWV toetst bij de aanvraag tot afsluiting van het eerste spoor of re-integratie-inspanningen tot dan toe voldoende zijn geweest. Als er geschillen zijn over het al dan niet voldoende meewerken aan re-integratie (bijv. op grond van artikel 7:629 lid 3 BW), blokkeert dit dan de afsluiting van re-integratie in het eerste spoor?
- Afgevraagd moet worden welke invloed de rechtsgang heeft op de onderlinge verhoudingen. Aan wie is een eventuele verstoring van de arbeidsrelatie als gevolg van deze procedure vervolgens te 'verwijten'?
- In de ontslagaanvraag bij UWV wegens bedrijfseconomische reden of langdurige arbeidsongeschiktheid gebeurt het vaak dat de aanvraag niet direct volledig is. In zo'n geval krijgt de werkgever dan extra tijd om zijn aanvraag volledig te maken. In het kader van het snel verkrijgen van duidelijkheid, hoe zal door UWV omgegaan worden indien een werkgever een onvolledige aanvraag tot afsluiting van het eerste spoor indient? Wordt in dat geval ook extra tijd gegeven voor het aanvullen van het dossier? Geldt voor de voorwaarde van het indienen van de aanvraag (uiterlijk) in de 42^e week van ziekte dat sprake moet zijn van een volledige aanvraag?
- De formulering van artikel 7:658aa lid 7 sub b BW roept de volgende vraag op: in de Memorie van Toelichting wordt toegelicht dat bij dit toetsonderdeel (de 13 weken toets) wordt aangesloten bij de uitgangspunten die gelden bij de preventieve toets die in het huidige stelsel bestaat bij ontslag vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid en dat dit moet worden onderbouwd met een 'verklaring van de bedrijfsarts'. Wordt daarmee bedoeld een actueel oordeel, niet ouder dan drie maanden, van de bedrijfsarts?
- Wij begrijpen dat de toets of de werknemer geschikt zal zijn voor zijn eigen (aangepaste) werk of ander passend werk binnen de organisatie van werkgever na slechts één jaar ziekte korter zal zijn dan bij twee jaar ziekte. Wij begrijpen echter niet waar de toets van 13 weken (anders dan dat het de helft van 26 weken is?) op gebaseerd is. Is de termijn van 13 weken met (wetenschappelijk) onderzoek te onderbouwen?

- UWV toetst op de mogelijkheden van hervatting in (aangepast) eigen werk binnen 13 weken na afloop van het eerste ziektejaar. Bij de vraag welke aanpassingen verlangd kunnen worden, wordt *“meegewogen in hoeverre dit redelijkerwijs van de werkgever kan worden gevraagd”*. Geldt hiervoor de Golsteen/Roeland toets? In het huidige recht wordt namelijk best veel van een werkgever verlangd als het gaat om aanpassingen aan het werk. Blijven deze eisen in stand?
- Wanneer in het gehele eerste ziektejaar geen benutbare mogelijkheden waren, kan dan het eerste spoor worden afgesloten?

3. Het tweede ziektejaar

3.1 Inleiding

In de toelichting bij het wetsvoorstel staat vermeld dat de werkgever - als het eerste spoor is afgesloten - in het tweede ziektejaar verantwoordelijk blijft voor de re-integratie bij een andere werkgever (tweede spoor). De loondoorbetalingsverplichting en het dienstverband blijven twee jaar na de eerste ziektedag in stand, ook als de werknemer volledig herstelt.

3.2 Vragen over het tweede ziektejaar

Er vloeit een aantal vragen voort uit de formulering van het voorgestelde artikel 7:658aa lid 2 BW, dat als volgt luidt:

‘De werkgever, bedoeld in lid 1, is niet verplicht de werknemer, die niet langer ongeschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid, in de gelegenheid te stellen om de bedongen arbeid te verrichten, indien een andere persoon op basis van een arbeidsovereenkomst met de werkgever werkzaam is op de arbeidsplaats van de werknemer’. Deze formulering geeft onder meer aanleiding tot de volgende vragen:

Aannemelijk is dat de werkgever ‘de andere persoon’ die werkzaam is op de arbeidsplaats van de zieke werknemer in eerste instantie een tijdelijke arbeidsovereenkomst zal aanbieden. Kan de (op enig moment in het tweede ziektejaar) herstelde zieke werknemer op basis van zijn nog bestaande arbeidsovereenkomst niet in principe ‘wedertewerkstelling vorderen’ voor zijn bedongen arbeid, in ieder geval per de datum dat de arbeidsovereenkomst met de ‘andere persoon’ van rechtswege eindigt? Met andere woorden, heeft de zieke werknemer dan niet alsnog recht op terugkeer in eigen functie op basis van zijn arbeidsovereenkomst? En wat is het concrete toetsmoment?

Indien het eerste spoor is afgesloten: hoe wordt vastgesteld dat de werknemer hersteld is voor het bedongen werk? De bedrijfsarts kan weliswaar vaststellen dat er geen beperkingen meer zijn, maar van ‘hersteld zijn voor het bedongen werk’ in de zin van de poortwachter is pas sprake als de werknemer ‘in de volle omvang qua taken en uren’ zijn bedongen werk verricht.

Als de werknemer ‘hersteld is’, is er in feite toch geen sprake meer van *re-integratie* bij een andere werkgever? En dus toch ook niet meer van een Poortwachtertraject?

Overige vragen over het tweede ziektejaar luiden:

Artikel 7:658aa lid 2 BW en het (niet) beschikbaar houden van de arbeidsplaats

- Mag de werkgever de functie van de werknemer in het tweede jaar ook laten vervallen, in plaats van het inhuren van een nieuwe werknemer? Welke regels zijn hieraan verbonden en wordt hiermee ook voldaan aan de ontslagtoets van de nieuwe j-grond?

- Kan de werkgever de werknemer bij herstel ook verplichten zijn eigen functie of een andere functie binnen het bedrijf van de werkgever uit te oefenen nadat een akkoord bereikt is over re-integratie in uitsluitend het tweede spoor?
- Wat is de verhouding tot het huidige artikel 7:629 lid 12 BW? Moet deze bepaling niet gewijzigd worden? Als passende arbeid in het tweede spoor wordt verricht en het eerste spoor is afgesloten, blijft de arbeidsovereenkomst niet meer onverkort in stand: de werknemer kan immers geen aanspraak meer maken op zijn bedongen werk. Terugkeer naar de oorspronkelijk bedongen arbeid is namelijk afgesloten als deze arbeidsplaats door iemand anders wordt vervuld.

Re-integratieverplichtingen in het tweede jaar

- Er kunnen aanvullende afspraken worden gemaakt over de re-integratie in het tweede ziektejaar in het tweede spoor. Wat wordt hieronder verstaan?
- Op pagina 6 en 7 van de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt: *‘Voor de meeste zieke werknemers is de verwachting dat zij bij hun eigen (kleine of middelgrote) werkgever blijven re-integreren na het eerste ziektejaar. Dit omdat het voor werkgevers nog steeds gunstig blijft om zieke werknemers te laten re-integreren (immers bekend met bedrijf en functie) en de financiële prikkels in stand blijven. Ook kan het voor sommige werknemers beter zijn de focus alleen te leggen op re-integratie bij een andere werkgever in het tweede ziektejaar.’* Hoe verhouden deze opmerkingen zich tot elkaar? En is een dergelijke wet dan nodig om kennelijk een klein deel van de MKB-werkgevers tegemoet te komen (waarbij het gelet op alle administratieve lasten/ kosten voor juridisch advies ook de vraag is of werkgevers daadwerkelijk tegemoet worden gekomen)?
- Artikel 7:658aa BW lid 11 is als volgt geformuleerd: *‘de kantonrechter kan op verzoek van een werknemer van wie de werkgever met de toestemming, bedoeld in lid 1, onderdeel b, uitsluitend inschakeling in passende arbeid in het bedrijf van een andere werkgever bevordert, indien dat in strijd is met het in dit artikel bepaalde, de werkgever veroordelen de bevordering van de inschakeling in passende arbeid in het bedrijf van de werkgever te hervatten.’* Indien de kantonrechter oordeelt dat de werkgever de inschakeling in passende arbeid in het eigen bedrijf dient te hervatten en de werkgever dat geruime tijd niet heeft gedaan op basis van toestemming UWV om het eerste spoor af te sluiten, hoe wordt die periode dan beoordeeld? Geldt die periode dan per definitie als onvoldoende re-integratie-inspanningen aan de zijde van de werkgever en dus (groot risico op) een loonsanctie?
- De regering erkent dat kansen op re-integratiesucces met name in het eerste spoor zijn en minder in het tweede spoor. Nu moet mogelijk al in een vroegtijdig stadium (ruim voor de 40e ziekte-week) worden voorgesorteerd op het loslaten van het eerste spoor. Is dat geen gemiste kans, hoezeer inderdaad voor het MKB het belastend kan zijn dat het eerste en tweede spoor nu nog veelal parallel moet worden ingezet in het tweede ziektejaar?
- Hoe kansrijk is re-integratie in het tweede spoor? In het verlengde van deze vraag: worden met het definitief afsluiten van het eerste spoor geen essentiële re-integratiekansen gemist, die juist

belangrijk zijn om de instroom in (op termijn) de WIA te beperken (dat was ook juist het doel van de Wulbz I en II en de WVP)?

Herstel in tweede ziektejaar en loondoorbetaling

- Wij begrijpen dat de grondslag voor loondoorbetaling in het tweede ziektejaar bij herstel van de werknemer artikel 7:628 BW is. Dat betekent dat dan het volledige loon moet worden betaald (in plaats van 70% op grond van 7:629 BW). Bovendien is de loonbetaling op grond van artikel 7:628 BW niet gemaximeerd op het maximum dagloon, hetgeen bij loondoorbetaling op grond van artikel 7:629 BW wel het geval is. Dit leidt bij herstel tot hoge(re) kosten. Zijn kleine en middelgrote werkgever daar mee geholpen?
- Welke sanctie kan de werkgever opleggen als de herstelde werknemer weigert te solliciteren of anderszins niet meewerkt aan het verkrijgen van inkomen en op welke wijze wordt dit getoetst?

4. Ontslag

4.1 Inleiding

Naast de mogelijkheid voor werkgevers zich vanaf de start van het tweede ziektejaar alleen te richten op re-integratie in het tweede spoor, wordt in het wetsvoorstel voorgesteld voor deze nieuwe situatie een j-ontslaggrond te creëren. Onderdeel daarvan is ook de introductie van een nieuw opzegverbod en een (versoepelde) herplaatsingsverplichting. Tot slot wordt voorgesteld de betaalde transitievergoeding na ontslag, door het UWV te laten compenseren. Wij stellen voorop dat het huidige systeem van re-integratie, loondoorbetaling en ontslag van zieke werknemers al 'woest ingewikkeld' is en het wetsvoorstel het alleen maar ingewikkelder zal maken in plaats van eenvoudiger. Verder plaatsen wij de volgende opmerkingen, kanttekening en vragen bij de deelvoorstellen op het gebied van het ontslagrecht.

4.2 Vragen over het opzegverbod

In het wetsvoorstel is opgenomen dat de loondoorbetaling en het dienstverband van de werknemer van wie het eerste spoor is afgesloten en in het tweede jaar volledig herstelt, gedurende twee jaar na de eerste ziekte dag in stand blijft. Er blijft sprake van re-integratieverplichtingen en de werknemer kan niet ontslagen worden. Om dit te borgen wordt een nieuw opzegverbod gecreëerd. In artikel 7:670 lid 11 BW wordt het volgende opzegverbod voorgesteld: *'De werkgever, die toepassing heeft gegeven aan art. 658aa, kan ten minste twee jaar na de eerste dag waarop de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, de arbeidsovereenkomst niet opzeggen, tenzij de werknemer de bedongen arbeid heeft hervat.'* In het wetsvoorstel wordt toegelicht dat het opzegverbod vervalt als:

- i) de werknemer is hersteld; én
- ii) zijn (aangepaste) eigen werk heeft hervat; of
- iii) na afloop van de 104 weken.

Dit laatste is alleen anders als het UWV een loonsanctie heeft opgelegd. Het opzegverbod wordt in dat geval verlengd met de periode waarvoor het UWV een verlengde periode van loondoorbetaling oplegt (maximaal 52 weken). Het voorgestelde opzegverbod roept een aantal vragen op.

Zo past het opzegverbod niet goed in de huidige systematiek van de opzegverboden. De opzegverboden zien met name op een gesteldheid of hoedanigheid van de werknemer, waardoor de werknemer beschermd dient te worden voor ontslag. Het opzegverbod tijdens ziekte – waarmee het voorgestelde opzegverbod het meeste raakvlak heeft – heeft bijvoorbeeld mede als doel de werknemer te vrijwaren van de psychische druk die een opzegging tijdens ziekte kan veroorzaken.¹³ Het voorgestelde opzegverbod is enkel gelinkt aan de afsluiting van de re-integratie in het eerste spoor en blijft ook gelden als de werknemer inmiddels is hersteld. Wij vragen ons af waarom het nodig is dat een niet arbeidsongeschikte werknemer door een opzegverbod beschermd moet worden voor ontslag, vanwege het enkele feit dat hij geen aanspraak meer kan maken op zijn eigen functie bij de werkgever.

¹³ HR 24 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9536, NJ 1987/292 m.nt. P.A. Stein (*Melchers/de Haan*), rov. 3.

Overige vragen over het opzegverbod luiden:

- Wat wordt precies verstaan onder '*tenzij de werknemer de bedongen arbeid heeft hervat*'? Is een feitelijke hervatting vereist of is voldoende dat werknemer geschikt is bevonden voor de bedongen arbeid en hij met de werkgever een hervatting is overeengekomen?
- Is daarnaast volledige hervatting voor de volledige (oorspronkelijke) bedongen arbeid noodzakelijk of kan het ook gaan om hervatting in aangepaste arbeid? Vgl. de rechtspraak over de situatie waarin de passende arbeid die wordt verricht in het kader van re-integratie ook kan worden aangemerkt als de bedongen arbeid, ook als partijen geen nieuwe arbeidsovereenkomst sluiten.
- Is het wenselijk dat de situatie kan ontstaan dat werknemers thuis zitten, werkgever geen zicht en grip heeft op deze werknemers en zonder dat werknemers werken toch lonen worden doorbetaald tot de periode van 104 weken is verstreken? Leidt dit niet tot een grotere afstand tot de arbeidsmarkt en gedemotiveerde werknemers die geen mogelijkheid krijgen om na een periode van arbeidsongeschiktheid aan het werk te gaan, terwijl ze dat wellicht wel graag willen? Gaat dit niet – ook zonder slechte intenties van werkgevers of werknemers – tot onwenselijke situaties leiden?
- Zou het gelet op het voorgaande niet de voorkeur verdienen om de periode van loondoorbetaling, de periode van het opzegverbod en de periode van de re-integratieverplichtingen allen te beperken tot dezelfde periode (dus 1 jaar)?

4.3 Vragen over de j-grond

Na afloop van de periode van het opzegverbod, kan worden overgegaan tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Voorgesteld wordt om werkgevers op grond van een nieuwe ontslaggrond de mogelijkheid te bieden het UWV toestemming te vragen de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Dit kan zowel in de situatie dat de werknemer nog arbeidsongeschikt is, als in de situatie dat de werknemer volledig is hersteld. Kleine of middelgrote werkgevers kunnen hierop een beroep doen in geval van een afgesloten re-integratie in het eerste spoor en als de (aangepaste) functie van de werknemer niet meer beschikbaar is of komt binnen 13 weken. Van 'beschikbaarheid' van de (aangepaste) eigen functie is sprake als bij de eigen werkgever een vacature is. Daarnaast is sprake van 'beschikbaarheid' als de (aangepaste) eigen functie van de werknemer is ingevuld door een werknemer die niet bij de werkgever in dienst is op basis van een arbeidsovereenkomst voor (on)bepaalde tijd, voor zover de resterende looptijd langer is dan 13 weken. Ook is een voorwaarde dat na de eerste ziekte dag ten minste 104 weken is verstreken.

Wat betreft de introductie van een nieuwe ontslaggrond, hebben wij een aantal bedenkingen en vragen. Helder is dat de nieuwe ontslaggrond met name wordt geïntroduceerd om na 104 weken de arbeidsovereenkomst te kunnen beëindigen van werknemers die arbeidsgeschikt zijn. De j-grond kan ook worden aangewend voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met een langdurig arbeidsongeschikte werknemer. Het is daarom niet helder hoe de b- en j-ontslaggrond zich tot elkaar

verhouden. Het enkele feit dat het eerste spoor is afgesloten, leidt er in dat geval toe dat een andere ontslaggrond moet (of 'kan', dat is niet duidelijk) worden gekozen dan de b-grond, waarbij andere vereisten gelden. Ook valt ons op dat het bij de beoordeling van de j-grond vereist is dat wordt onderzocht of het eigen (aangepast) werk beschikbaar is, terwijl het eerste spoor na het eerste jaar is afgesloten. Dit roept de vraag op waarom de afsluiting van het eerste spoor geen permanent karakter heeft. Dit zal tot extra onzekerheid voor werkgevers leiden, terwijl de wetswijziging juist is bedoeld om dat te voorkomen. Een werknemer is dan al een jaar (of zelfs langer) niet meer aan het werk bij de eigen werkgever. Er is dus (grote) afstand tot de organisatie en in de arbeidsrelatie. Het lijkt ons voor een werkgever en werknemer niet wenselijk als een zieke werknemer een jaar of langer geen betrokkenheid heeft gehad bij de organisatie, maar - als binnen de 13 weken termijn de eigen (aangepaste) functie beschikbaar komt - de werkgever wel verplicht is die nog aan de werknemer aan te bieden.

Overige vragen over de j-grond luiden:

- Wat is de toegevoegde waarde van deze ontslaggrond ten aanzien van langdurig arbeidsongeschikte werknemers?
- Is het wenselijk dat onderscheid wordt gemaakt tussen werkgevers die het eerste spoor na één jaar afsluiten en werkgevers die het eerste spoor niet afsluiten? Is het niet logischer om alle kleine en middelgrote werkgevers tegemoet te komen en de ontslaggrond ook mogelijk te maken voor werkgevers die de werknemer in het eerste spoor blijven re-integreren, maar dit uiteindelijk niet tot een re-integratie heeft geleid? Het voortzetten van de re-integratie in het eerste spoor moet immers niet worden belet, aangezien dit de grootste kans geeft op een geslaagde re-integratie.
- Kan een werkgever na een afsluiting van het eerste spoor alsnog kiezen voor een beëindiging op de b-grond in plaats van de j-grond?
- Mag de werkgever de functie van de werknemer in het tweede jaar ook laten vervallen, in plaats van het inhuren van een nieuwe werknemer? Welke regels zijn hieraan verbonden en is dan ook nog voldaan aan de j-grond?

4.4 Vragen over de herplaatsing

Als het gaat om een ontslagaanvraag van een middelgrote werkgever worden door het UWV de herplaatsingsmogelijkheden beoordeeld. Het UWV moet in geval van een afgesloten re-integratie in het eerste spoor toetsen of aannemelijk is dat er geen mogelijkheden zijn de werknemer te herplaatsen in een passende functie binnen de redelijke termijn (13 weken vanaf het moment dat het UWV de beslissing op de ontslagaanvraag neemt). Voor de kleine werkgever wordt voorgesteld geen herplaatsingsverplichting voor een passende functie op te nemen. Toegelicht wordt dat andere passende functies vanwege de geringere omvang bij een kleine werkgever minder vaak voorhanden zijn.

Ook ten aanzien van de herplaatsingsverplichting van middelgrote werkgevers plaatsen wij een kanttekening bij het feit dat de afsluiting van het eerste spoor na het eerste ziektejaar kennelijk in de praktijk toch geen permanent karakter heeft. Dit zal tot onzekerheid bij werkgevers leiden. Wij vragen ons daarnaast af of het wenselijk is dat bij de herplaatsingsverplichting van de nieuwe j-ontslaggrond een onderscheid wordt gemaakt tussen kleine werkgevers die het eerste spoor afsluiten en kleine werkgevers die dat niet doen. Het is ook hier de vraag waarom kleine werkgevers die het eerste spoor wel blijven benutten, niet van het verlichte herplaatsingsregime gebruik kunnen maken. Daarnaast ontstaat ook een onderscheid tussen middelgrote werkgevers die het eerste spoor wel en niet afsluiten. De eerste groep werkgevers moet de herplaatsingsmogelijkheden binnen 13 weken onderzoeken, de tweede groep werkgevers binnen 26 weken.

Daarnaast is onduidelijk waarom voor de eerste groep is gekozen voor een termijn van 13 weken. Deze termijn wordt niet nader toegelicht, anders dan dat wordt aangesloten bij de vooruitkijkperiode van 13 weken die wordt voorgesteld bij de UWV-toets ten aanzien van het afsluiten van het eerste spoor. De redenering van de 13 weken (in plaats van 26 weken) bij de toets van het UWV rondom het eerste ziektejaar, gaat bij de herplaatsing volgens ons niet op. In het wetsvoorstel is hierover toegelicht dat de medische situatie van de werknemer rond het eerste ziektejaar, minder stabiel is dan na twee jaar ziekte en dat het om die reden moeilijker is om voor een langere periode vooruit te kijken. Het onderzoek voor herplaatsing vindt pas na twee jaar ziekte plaats. Het is onduidelijk waarom een kortere vooruitkijkperiode wordt voorgesteld bij het onderzoek van de herplaatsingsmogelijkheden na afsluiting van het eerste spoor. Bij de huidige ontslaggrond van artikel 7:669 lid 3 sub b BW – langdurige arbeidsongeschiktheid – wordt 26 weken vooruitgekeken.

4.5 Vragen over de transitievergoeding en compensatie(regeling)

Als de arbeidsovereenkomst op de j-grond wordt opgezegd, is werkgever aan werknemer een transitievergoeding verschuldigd. In het wetsvoorstel is opgenomen dat de instemming van een werknemer met het afsluiten van het eerste spoor geen gevolgen heeft voor het recht op een transitievergoeding. Voorgesteld wordt dat de werkgever de bij ontslag betaalde transitievergoeding bij het UWV gecompenseerd kan krijgen.

Voorstelbaar is dat het onwenselijk is om bij de compensatie van de transitievergoeding een onderscheid te maken tussen de beëindiging van een arbeidsovereenkomst van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer op de j-grond en op de b-grond. Anders is het in de situatie dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd van een werknemer die is hersteld, maar waarvoor bij de werkgever geen mogelijkheden zijn om terug te keren in de (aangepaste) eigen functie dan wel een andere passende functie.

De aanleiding om de transitievergoeding via de Compensatieregeling te compenseren bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van langdurig arbeidsongeschikte werknemers is met name de onrechtvaardigheid die door werkgevers werd ervaren door de samenloop tussen de transitievergoeding, de loondoorbetalingsverplichting gedurende twee jaar ziekte en re-integratiekosten.¹⁴ Door de Hoge Raad is hieraan toegevoegd dat de Compensatieregeling maakt dat werkgevers

¹⁴ Kamerstukken II 2016/17, 34 699, nr. 3, pagina 2.

verplicht zijn mee te werken aan de beëindiging van slapende dienstverbanden.¹⁵ Deze punten zijn bij ontslag op de j-grond niet in dezelfde omvang aan de orde. Als een werknemer is hersteld, heeft de werkgever in ieder geval geen re-integratiekosten meer. Ook kunnen wij ons voorstellen dat de inkomsten die de werkgever in het tweede ziektejaar in het kader van het tweede spoor in mindering kan brengen op het loon, in mindering worden gebracht op de compensatie.

Tot slot stuit de (mogelijke) verdere uitwerking (welke nu nog ontbreekt) op enkele vragen, onder andere met betrekking tot de maximale hoogte van de compensatie. Onduidelijk is bijvoorbeeld of de periode van de loondoorbetaling op grond van artikel 7:628 BW ook voor compensatie in aanmerking komt of dat voor de maximale compensatie van de transitievergoeding wordt aangesloten bij de periode van loondoorbetaling op grond van artikel 7:629 BW. Door het ontbreken van een verdere toelichting op de inrichting van de regeling en (on)mogelijkheden tot compensatie, is de toegevoegde waarde en noodzaak van de compensatie van de transitievergoeding in de situatie dat een werknemer in het tweede ziektejaar op enig moment is hersteld, onvoldoende inzichtelijk.

¹⁵ Hoge Raad 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1575, r.o. 2.7.4.

5. Sociaalzekerheidsrechtelijke aspecten

5.1 Inleiding

Het wetsvoorstel bevat tot slot een aantal wijzigingen met betrekking tot de sociaalzekerheidsrechtelijke wetten. Zo beoogt het wetsvoorstel de RIV-toets uit artikel 65 WIA te beperken tot het tweede ziektejaar, wanneer toepassing is gegeven aan artikel 7:658aa BW. Ditzelfde zou gaan gelden bij de toets die UWV op grond van artikel 38 lid 2 Ziektewet (hierna: ZW) uitvoert in het geval de arbeidsovereenkomst binnen 42 ziekte weken na de eerste ziekte dag afloopt. Nu wordt bij beide toetsen beoordeeld of zowel de re-integratie-inspanningen in het eerste ziektejaar als in het tweede ziektejaar voldoende zijn (geweest). Indien de voorgestelde regeling wordt aangenomen, worden voortaan dus – wanneer toepassing is gegeven aan artikel 7:658aa BW – alleen de re-integratie-inspanningen in het tweede ziektejaar door UWV beoordeeld. Verder wordt met het wetsvoorstel beoogd dat het door de werknemer instemmen met het beëindigen van het eerste spoor in de zin van artikel 7:658aa lid 1, onderdeel b, BW niet als benadelingshandeling ex artikel 45 lid 1, onderdeel j, ZW wordt gezien. Als echter de zieke werknemer heeft ingestemd met afsluiting van het eerste spoor en vervolgens wel akkoord zou gaan met beëindiging van het dienstverband in het tweede ziektejaar zonder deugdelijke reden, dan is een benadelingshandeling in het kader van de Ziektewet nog wel aan de orde. Het instemmen met de beëindiging van het eerste spoor in de zin van artikel 7:658aa lid 1, onderdeel b, BW wordt daarnaast ook niet als verwijtbare werkloosheid (lid 1 onderdeel a) of benadelingshandeling (lid 5) ex artikel 24 Werkloosheidswet (hierna: WW) aangemerkt. Het door de werknemer instemmen met de beëindiging van het eerste spoor aan het einde van het eerste ziektejaar heeft dus geen gevolgen voor zijn recht op een ZW- dan wel WW-uitkering.

Bovengenoemde wijzigingen lijken ons in zijn algemeenheid in lijn met én een logisch gevolg van de voorgestelde wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek. Een voorbeeld: in het concept is in artikel 24 lid 6 WW aangegeven dat er geen benadeling is als wordt ingestemd met de beëindiging van het eerste spoor. Dit onderdeel is navolgbaar. Mocht immers na het eerste ziektejaar - waarbij het tweede spoor met instemming van de werknemer wordt afgesloten - blijken dat werknemer hersteld raakt voor eigen arbeid en akkoord gaat met de vaststellingsovereenkomst, dan zou de instemming met de afsluiting van het eerste spoor zich niet tegen hem mogen keren middels een benadelingshandeling. Van verwijtbare werkloosheid is dan ook geen sprake. Dat geldt ook voor de situatie waarin de werknemer niet hersteld raakt en na twee jaar ziekte een WIA-uitkering moet aanvragen. Als dan een WIA-uitkering wordt afgewezen - omdat de werknemer minder dan 35% arbeidsongeschikt is - en de werknemer aangewezen is op een WW-uitkering, dan zou het de werknemer niet mogen worden tegengeworpen dat hij heeft ingestemd met de afsluiting van het eerste spoor.

Wel roepen de voorgestelde wijzigingen ten aanzien van de sociaalzekerheidsrechtelijke wetten nog een aantal vragen op. Wij lichten er drie toe en verwijzen voor een overzicht van de vragen naar het kader hieronder.

5.2 Vragen over sociaalzekerheidsrechtelijke aspecten

Ten eerste is niet duidelijk of er bij dit (concept) wetsvoorstel een uitvoeringstoets is uitgevoerd door het UWV. Voorstelbaar lijkt dat in dit geval eerst wordt getoetst (voordat het voorstel verder

inhoudelijk wordt beoordeeld) of het UWV het voorstel wel uitvoerbaar acht. Immers, op dit moment zijn de capaciteitstekorten bij het UWV enorm en de achterstanden bij de claimbeoordeling WIA en ZW zijn groot. De achterstanden lopen op, zo blijkt uit het jaarverslag van het UWV. Het is dan ook niet zonder reden dat er een tijdelijke WIA-maatregel inzake de versoepeling van de beoordeling van arbeidsongeschiktheid bij feitelijke arbeid ter internetconsultatie is voorgelegd.¹⁶ Het is de vraag of het dan verantwoord is om met een nieuw wetsvoorstel een nieuw beslag te leggen op de uitvoeringscapaciteit van het UWV. Als een werknemer niet instemt met het afsluiten van het eerste spoor – waarbij de vraag is waarom een werknemer vrijwillig zou instemmen – dan dient de werkgever toestemming te vragen aan het UWV. Bij het verkrijgen van de toestemming dient het UWV dan onder andere te kijken naar de vraag of betrokkene ongeschikt is en dient er een RIV-toets te worden uitgevoerd. Dit legt een beslag op de uitvoeringscapaciteit van het UWV en wellicht ook op de inzet van verzekeringsartsen. Die verzekeringsartsen zijn nauwelijks te krijgen en dat zal door dit wetsvoorstel alleen nog maar problematischer worden.

Ten tweede zal de WIA instroomkans wellicht worden vergroot, omdat in feite de toetsing van re-integratie-inspanningen wordt vereenvoudigd als de werknemer akkoord gaat met de beëindiging van het eerste spoor na het eerste ziektejaar. In dit geval zal immers de toetsing van re-integratie-inspanningen na het tweede ziektejaar zich beperken tot het tweede spoor. Aan die spoor twee verplichting kan door de inzet van een re-integratiebedrijf al snel worden voldaan, ervan uitgaande dat het tweede spoortraject tijdig is ingezet. Ook als er eigenlijk inhoudelijk geen aanleiding is om het eerste spoor af te sluiten kunnen partijen daartoe besluiten. Wellicht dat de werkgever die zijn re-integratiedossier niet goed op orde heeft middels het aanbieden van een extra vergoeding, de werknemer ertoe beweegt om in te stemmen met de afsluiting van het eerste spoor. In dit geval worden er inhoudelijke re-integratiemogelijkheden gemist en vergroot dit de kans op WIA-instroom.

Tot besluit wijzen wij erop dat bovengenoemde verwachting – inhoudende een vergroting van de WIA instroom – ook door de regering wordt geconstateerd. In de Memorie van Toelichting omschrijft de regering dat door het wetsvoorstel structureel minder mensen zullen re-integreren en meer mensen de WIA zullen instromen. Dit staat haaks op het SER MLT-advies en het coalitieakkoord, waarin juist is aangehaald dat de nieuwe maatregelen tot minder blijvende arbeidsongeschiktheid moet leiden en de instroom in de WIA juist zoveel mogelijk wordt beperkt.

(Overige) vragen over de sociaalzekerheidsrechtelijke aspecten luiden:

- Is het gezien het capaciteitstekort bij UWV wel verantwoord met dit wetsvoorstel een nieuw beslag op de uitvoeringscapaciteit van UWV te leggen?
- Worden er met het wetsvoorstel geen inhoudelijke re-integratiemogelijkheden gemist? En heeft het wetsvoorstel niet juist tot gevolg dat werkgevers hun werknemers kunnen afkopen, omdat zij vrezen dat hen anders een loonsanctie wordt opgelegd wegens onvoldoende inspanningen in het eerste spoor? Is dit niet strijdig met het doel van de RIV-toets?

¹⁶ <https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingschattingsbesluitarbeidsongeschiktheidswetten/b1>.

- Hoe verhoudt de huidige verwachting van de regering ten aanzien van de toestroom van WIA-gerechtigden zich tot het eerdere SER MLT-advies en het coalitieakkoord waarin juist minder instroom in de WIA werd beoogd? Zetten we met deze verwachte WIA-toestroom niet juist een stap terug?
- In de artikelsgewijze toelichting wordt bij artikel VI verwezen naar verwijtbare werkloosheid. Aangezien het over de Ziektewet gaat, zal hier de benadelingshandeling worden bedoeld.

6. Eindconclusie en aanbevelingen

Dit wetsvoorstel vormt het voorlopig sluitstuk van het drieluik aan grote arbeidsrechtelijke maatregelen voor de arbeidsmarkt, te weten: (1) Meer zekerheid voor flex, (2) verduidelijking arbeidsrelatie en (3) re-integratie tweede spoor.

Hoewel wij de analyse herkennen en delen dat voor (sommige) werkgevers de re-integratie- en loonverplichtingen voor zieke werknemers gedurende twee jaar een (te) grote last is en wij om die reden waardering hebben voor de poging hier verlichting in aan te brengen, hebben wij grote aarzeling of de beoogde wendbaarheid en zekerheid voor werkgevers met het onderhavige voorstel wordt bereikt. We vrezen voor nog meer differentiatie in de toch al complexe wet- en regelgeving rondom 'zieke werknemers'. Ook bestaat er vrees dat de extra taken voor het UWV tot nog hogere capaciteitsvraag zullen leiden, waardoor de uitvoering onder druk komt te staan. Tegelijkertijd maakt het voorstel de twee jaar ziekteperiode conceptueel anders: de Poortwachterverplichtingen wijzigen, de herplaatsingstoets en compensatieregeling worden aangepast, de WIA-instroom neemt mogelijk toe en de re-integratieperiodes komen onder druk te staan.

Wij adviseren – anders dan bij de andere twee voorstellen – om dit wetsvoorstel niet in te dienen. In plaats daarvan adviseren wij om een aantal (lopende) dossiers rondom het thema 'ziekte en arbeidsongeschiktheid' samen te nemen en tot een integrale herschikking van het arbeidsongeschiktheidsrisico te komen.

Wij denken dan aan de knelpunten in de WIA (Commissie OCTAS), de AOV-zzp en het ontzien van kleine en middelgrote werkgevers. Tel daar de uitdagingen in de uitvoering bij op (tekort aan verzekeringsartsen) en een algehele systeemherziening lijkt zich aan te dienen.

Zoals door velen, waaronder de commissie Borstlap, is genoemd, zou een verkorting van de loondoorbetaling en re-integratieverplichtingen tot één jaar met aansluitend een gemoderniseerde ZW/WIA-regeling de voorkeur genieten boven een technische regeling zoals in het onderhavige wetsvoorstel. Betreft men hierin bovendien de AOV-zzp-regeling, dan zou een meer generieke AOV-verzekering voor alle werkenden een optie zijn. Deze verzekering zou door de werkgever kunnen worden aangevuld tot een hoger percentage. De re-integratieverplichtingen gedurende het eerste jaar blijven op de werkgever rusten. Voor de zzp-er geldt een re-integratieplicht door de verzekeraar.

Wij realiseren ons dat dit geen gemakkelijke opgave is en dat u al veel beleidsopties heeft verkend en met de polder onderhandeld. Toch zijn wij ervan overtuigd dat een integrale herziening de voorkeur geniet boven een te kleine 'pleister op de wonde'.

Mocht het wetsvoorstel desondanks worden ingediend, dan hopen wij dat onze vragen helpen het voorstel aan te scherpen en te verbeteren, zodat de praktijk er zometeen zo goed mogelijk mee kan werken. Wijsheid gewenst.

Auteurs

Mr. Joëlle Boulet

Mr.dr. Pieter Fluit

Mr. Karin Frikkee

Mr. Laura Gringhuis

Prof.mr.dr. Ruben Houweling

Mr. Christine Kehrer-Bot

Mr. Simone Sloomweg

Mr.dr. Elmira van Vliet

Mr. Amber Willemsen

Kennedy Van der Laan (VAAN)

Stadhouders Advocaten (VAAN)

Rechtbank Rotterdam (VvA)

De Clercq Advocaten en Notariaat (VJAA)

Erasmus School of Law (VvA)

AKD (VAAN)

Erasmus School of Law (VvA)

Erasmus School of Law | Rechtbank Rotterdam (VvA)

GMW Advocaten (VJAA)
