

Ingediend via www.internetconsultatie.nl

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
t.a.v. mevrouw ir. C.E.G. van Gennip MBA
Ministerie van Veiligheid en Justitie
t.a.v. de heer F.M. Weerwind

Den Haag, 24 november 2023

dossiernummer: 204143
uw kenmerk: 15128
telefoonnummer: +31 (0)6 21 55 66 58
e-mail: e.trinthamer@advocatenorde.nl

Betreft: Wetsvoorstel tot wijziging van de re-integratieverplichtingen in het tweede ziektejaar bij werknemers van kleine en middelgrote werkgevers

Geachte ministers,

Op 13 oktober 2023 is de internetconsultatie 'Wetsvoorstel tot wijziging van de re-integratieverplichtingen in het tweede ziektejaar bij werknemers van kleine en middelgrote werkgevers' gepubliceerd. De NOVA heeft zijn adviescommissie arbeidsrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,


mr. drs. W.M. van Tellingen
plaatsvervangend algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie arbeidsrecht

Bezoekadres
Prinses Beatrixlaan 5
2595 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Aan:	algemene raad
Van:	wetgevingsadviescommissie arbeidsrecht
Datum:	24 november 2023
Betreft:	Wetsvoorstel tot wijziging van de re-integratieverplichtingen in het tweede ziektejaar bij werknemers van kleine en middelgrote werkgevers

SAMENVATTING

Conclusie

Het wetsvoorstel tot wijziging van de re-integratieverplichtingen tweede ziektejaar werknemers kleine en middelgrote werkgevers ("2^e spoor in 2^e ziektejaar") bevat in de visie van de adviescommissie arbeidsrecht (hierna "**commissie**") een complexe set van regels louter ter facilitering van de mogelijkheid om na het eerste ziektejaar een vervanger te kunnen aannemen op de positie van de zieke werknemer.

De commissie meent dat het doel van de eerdere duidelijkheid over de mogelijkheid tot vervanging van de zieke werknemer niet in verhouding staat tot deze extra administratieve en financiële lasten die (onevenredig) tijdrovend zijn. De commissie geeft in het onderstaande de kernpunten aan van haar advies, waarna een uitwerking volgt.

Kernpunten

- De toegezegde bekorting van de loondoorbetalingsverplichting voor kleine werkgevers komt niet terug in het herziene arbeidsmarktbeleid.
- De commissie vraagt zich af of de doelstelling om de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte voor kleine ondernemers goedkoper te maken inmiddels volledig is losgelaten?
- Afsluiting van het eerste spoor kan (reeds) plaatsvinden indien gedurende een bepaalde periode sprake is van ziekte voor de bedongen arbeid. Maar hoe zit het met de situatie dat weliswaar sprake is van ongeschiktheid voor de bedongen arbeid, maar tevens vast staat dat er wel sprake is van passende, andere arbeid bij de eigen werkgever? Die situatie blijft ten onrechte onbesproken in het wetsvoorstel.
- Toestemming wordt door UWV verleend indien aannemelijk is dat binnen 13 weken na afloop geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht. Dat betekent dat toestemming ook wordt verleend in het geval vast staat dat er ander passend werk voorhanden is. Dat acht de commissie niet wenselijk.
- De commissie meent dat het doel van eerdere duidelijkheid over de mogelijkheid tot vervanging van de zieke werknemer niet in verhouding staat tot de extra administratieve lasten die onevenredig tijdrovend zijn.
- Voorts vraagt de commissie zich af of het niet mogelijk zou moeten zijn om een herstelde werknemer gedurende de rest van het tweede ziektejaar andere werkzaamheden dan de bedongen arbeid aan te bieden, indien passend en beschikbaar?
- De commissie vindt het onduidelijk wanneer kan worden gesproken over het aannemen van een vervanger op de arbeidsplaats van de zieke werknemer voor wie het eerste is spoor afgesloten en wat heeft te gelden indien de werkgever geen vervanger heeft aangenomen maar de functie die aanvankelijk door de zieke werknemer werd vervuld heeft opgeheven.

- Als een werknemer instemt met het afsluiten van het eerste spoor na het eerste ziektejaar, worden de re-integratie inspanningen verricht in het eerste ziektejaar dus nooit door UWV getoetst, terwijl dit wel een cruciaal jaar kan zijn.
- Juist omdat de voorgestelde maatregel voor het niet-beoogde effect kan zorgen dat een minder groot aandeel zieke werknemers in het tweede ziektejaar re-integreert, omdat de re-integratiekansen via het eerste spoor hoger liggen dan via het tweede spoor, beveelt de commissie aan meer duidelijkheid te geven aan de vereisten van het tweede spoor traject.
- De commissie vraagt de regering duidelijker te onderbouwen hoe en waarom de eerdere duidelijkheid over vervanging het beoogde effect zal hebben dat werkgevers eerder werknemers in vaste dienst nemen.
- Als de kleine werkgever een passende functie kan aanbieden, valt niet in te zien waarom hij dan niet de verplichting daartoe zou moeten hebben.

CONSULTATIETREACTIE

1. Sinds 2015 heeft het de aandacht dat kleine werkgevers moeite hebben met de loondoorbetalings- en re-integratieverplichting gedurende twee jaar in geval van zieke werknemers. Minister Asscher zegde eind 2015 toe om in het voorjaar van 2016 te komen met een wetsvoorstel waarin geregeld zou worden dat kleine werkgever korter dan 2 jaar ziekte loon zou hoeven betalen.
2. Het heeft echter tot 2018 geduurd tot MKB-Nederland, VNO-NCW, LTO Nederland, het Verbond van Verzekeraars en minister Koolmees concrete afspraken¹ hebben gemaakt over het makkelijker en goedkoper maken van de loondoorbetalingsverplichting zieke werknemers voor kleine ondernemers, waaronder de volgende afspraken:
 - Er komt een MKB-verzuim-ontzorg-verzekering per 1 januari 2020, waardoor kleine werkgevers optimaal ontzorgd worden. Deze verzekering vangt het financiële risico op en helpt bij de verplichtingen en taken rond de loondoorbetaling bij ziekte.
 - Er komt een tegemoetkoming voor de kosten van loondoorbetaling van in totaal 450 miljoen euro, waar met name de kleine werkgevers van profiteren.
3. Medio 2021 heeft het kabinet de hoofdlijnen van een herzien arbeidsmarktbeleid uiteengezet. Bij voortgangsbrief arbeidsmarktbeleid van april 2023 heeft het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid deze hoofdlijnen verder uitgewerkt en toegelicht welke maatregelen worden beoogd om de relevante passages uit het coalitieakkoord uit te werken, op basis van onder meer de conclusies van het Borstlap-rapport en het SER-MLT-advies. Het doel van het voorgestelde overkoepelende arbeidsmarktpakket is tweeledig: een betere balans tussen zekerheid en wendbaarheid op de arbeidsmarkt terwijl ook de sociale zekerheid toekomstbestendig moet zijn. De toegezegde bekorting van de loondoorbetalingsverplichting voor kleine werkgevers komt niet terug in het herziene arbeidsmarktbeleid.
4. Het voorliggende wetsvoorstel betreft namelijk slechts een (gedeeltelijke) uitwerking van het in april 2023 aangekondigde pakket van samenhangende maatregelen. Het wetsvoorstel richt zich op het meer wendbaar maken van kleine en middelgrote

¹ Convenant verbond verzekeraars gepubliceerd in Stcrt. 2019, 7984

werkgevers door de mogelijkheid te bieden de re-integratie van langdurige zieke werknemers in het tweede ziektejaar volledig te gaan richten op het tweede spoor (bij een andere werkgever). Tegelijkertijd blijven werkgevers verantwoordelijk voor twee jaar loondoorbetaling bij ziekte en voor het verloop van het re-integratieproces.

5. Het kabinet vindt het wenselijk kleinere en middelgrote werkgevers tegemoet te komen in het geval de uitval van een werknemer door langdurige ziekte ingrijpende gevolgen heeft voor de onderneming waar hij werkzaam is. Met de voorgestelde maatregel creëert de regering naar haar zeggen eerder duidelijkheid bij re-integratie voor de werkgever, de zieke werknemer en voor de werknemer die de zieke werknemer vervangt.
6. Beleidsinhoudelijk is de maatregel gericht op het verkleinen van ziektegerelateerde risico's en op het bevorderen van vaste arbeidsrelaties bij duurzaam werk.
7. De inwerkingtreding wordt door de regering zo snel mogelijk beoogd en gezamenlijk met de introductie van een verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen en met de invoering van de Crisisregeling Personeelsbehoud.
8. Hierna gaat de commissie in op het wetsvoorstel. Daarbij wordt de volgende indeling gehanteerd:
 - I. Inleiding
 - II. Algemene aandachtspunten

I. Inleiding

9. Doel van het wetsvoorstel is kleine en middelgrote werkgevers 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. Met de maatregel krijgen werkgevers en werknemers duidelijkheid over het te volgen spoor bij re-integratie en de mogelijkheid tot vervanging van de werknemer in het tweede ziektejaar.
10. Voorgesteld wordt aan kleine en middelgrote werkgevers onder voorwaarden de mogelijkheid te geven de re-integratie van de zieke werknemer in het eerste spoor af te sluiten. Als werkgever en werknemer geen overeenstemming bereiken over de afsluiting van het eerste spoor, dient de werkgever daarvoor uiterlijk in de 42e ziekte week toestemming te vragen aan UWV.
11. De afsluiting geldt vanaf de start van het tweede ziektejaar (niet later en niet eerder). De werkgever hoeft in het geval van afsluiting van het eerste spoor de (eigen) functie van de werknemer niet meer beschikbaar te houden (ook niet na volledig herstel) en de werknemer niet meer te laten re-integreren in een functie in zijn organisatie. In het tweede ziektejaar is dan de re-integratie van de zieke werknemer volledig gericht op het tweede spoor.
12. Ook wanneer de werknemer in het tweede ziektejaar volledig herstelt, moeten de werkgever en werknemer zich voor de resterende duur van het tweede jaar blijven inspannen voor de werkherleving van de werknemer bij een andere werkgever. Er blijft een loondoorbetalings- en re-integratieverplichting voor 104 weken gelden. De werkgever

kan bij afsluiting van het eerste spoor een vervanger op de functie van de zieke werknemer aannemen. De werknemer die na het afsluiten van de eerste spoor re-integratie in het tweede jaar alsnog volledig herstelt, heeft alleen nog recht op terugkeer indien zijn arbeidsplaats nog niet is ingevuld door een werknemer die in dienst is bij de werkgever op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd.

13. De kleine of middelgrote werkgever heeft in geval van afgesloten re-integratie in het eerste spoor en na afloop van de periode van het opzegverbod van twee jaar eveneens de mogelijkheid om UWV om toestemming te vragen om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Daarvoor wordt binnen het ontslagstelsel een nieuwe redelijke grond (de j-grond) voor ontslag gecreëerd waarop de kleine of middelgrote werkgever in geval van afgesloten re-integratie in het eerste spoor een beroep kan doen, zowel in de situatie dat de werknemer nog ziek is als in de situatie dat de werknemer volledig hersteld is.

II. Algemene aandachtspunten

De commissie vraagt zich af of de doelstelling om de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte voor kleine ondernemers goedkoper te maken inmiddels volledig is losgelaten? De hiervoor aangehaalde toezegging komt namelijk niet terug in het voorgestelde arbeidsmarktbeleid. Op basis van het voorliggende wetsvoorstel krijgen kleine en middelgrote werkgevers er verder hooguit kosten bij (bijvoorbeeld in de vorm van de bezoldiging van de vervanger gedurende (een deel) van het tweede ziektejaar, in plaats van dat het goedkoper wordt. Deze kosten kunnen voorts verder oplopen als de werknemer zich alsnog herstelt meldt na afsluiting van het eerste spoor. Als werkgevers aangeven dat de verplichtingen rondom arbeidsongeschiktheid (loondoorbetaling bij ziekte en re-integratie) een belemmering vormen om mensen in vaste dienst te nemen, vermoedt de commissie dat die belemmeringen pas worden weggenomen als de lengte van de loondoorbetaling wordt verminderd, niet door het eerder kunnen vervangen van zieke werknemers. De commissie vraagt de regering dan ook duidelijker te onderbouwen hoe en waarom de eerdere duidelijkheid over vervanging het beoogde effect zal hebben dat werkgevers eerder werknemers in vaste dienst nemen.

14. Afsluiting van het eerste spoor kan (reeds) plaatsvinden indien gedurende een bepaalde periode sprake is van ziekte voor de bedongen arbeid. Doch hoe zit het met de situatie dat weliswaar sprake is van ongeschiktheid voor de bedongen arbeid, maar tevens vast staat dat er wel sprake is van passende, andere arbeid bij de eigen werkgever? Die situatie blijft ten onrechte onbesproken in het wetsvoorstel.
15. Werkgever en werknemer kunnen uiterlijk in de 52e ziekte week tot overeenstemming komen over de afsluiting van het eerste spoor. Dit komt niet goed overeen met de noodzaak voor de werkgever uiterlijk in de 42e ziekte week toestemming te vragen aan UWV. In die procedure zal de werkgever een verklaring van de bedrijfsarts moeten overleggen over de drie onderdelen van de inhoudelijke toets die UWV verricht. De bedrijfsarts moet dan uiterlijk in de 42e week verklaren of te verwachten is dat de werknemer binnen 13 weken na afloop het eerste ziektejaar in staat is tot het verrichten van het eigen werk of het eigen werk in aangepaste vorm. Dit maakt het besluit voor de werkgever minst genomen ingewikkeld. Hij dient aan een extra procedure te beginnen (het tijdig aanvragen van de verklaring van de bedrijfsarts) zonder voorafgaande duidelijkheid.

16. Het voorgestelde 658aa lid 7 sub b BW bepaalt dat toestemming door UWV wordt verleend indien aannemelijk is dat binnen 13 weken na afloop geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht. Dat betekent dat toestemming ook wordt verleend in het geval vast staat dat er ander passend werk voorhanden is. Dat acht de commissie niet wenselijk. Bovendien lijkt het eerste spoor door deze 13 weken toets na twee jaar niet te worden afgesloten, maar hooguit een jaar gepauzeerd (namelijk, gedurende het tweede ziektejaar).
17. Evenmin acht de commissie wenselijk dat de zgn vooruitkijkttoets van 13 weken achterwege kan blijven als de werknemer op het toetsingsmoment in het geheel nog niet is hervat. Dat betekent immers niet dat het niet mogelijk zou zijn om binnen de volgende 13 weken (gedeeltelijk) in de bedongen arbeid te hervatten. Zeker nu het gevolg de volledige afsluiting van het eerste spoor betekent, is terughoudendheid op zijn plaats.
18. Daarbij valt op dat er blijkens het voorgestelde art. 658aa lid 11 BW voor gekozen wordt dat de werknemer de gang naar de kantonrechter moet maken om inschakeling in passende arbeid in het bedrijf van de werkgever te hervatten. Inschakeling in passende arbeid in het bedrijf van de werkgever is een basisrecht dat voortvloeit uit art. 658a BW en dat zou niet via de kantonrechter bevochten moeten worden in deze situatie.
19. Wat verder opvalt aan art. 658aa lid 11 BW is dat er voor gekozen is om tegen de beslissing van UWV om al dan niet toestemming te verlenen het eerste spoor af te sluiten, een civiel rechtsmiddel mogelijk te maken in plaats van een bestuursrechtelijk. Bekend is dat de bestuursrechtelijke weg veel laagdrempeliger is, goedkoper en met veel minder procesrisico's omgeven.
20. De belasting van de werkgever tijdens de re-integratie wordt eerder groter dan kleiner, zeker in de situatie dat de werknemer niet instemt met het afsluiten van re-integratie eerste spoor. Dan moet de werkgever immers eerst toestemming vragen aan UWV (hoe verhoudt zich dat tot het steeds groter wordende tekort aan artsen aldaar?) waarna mogelijk ook nog de gang naar de kantonrechter moet worden bewandeld. Intussen loopt het tweede ziektejaar steeds verder door, zonder dat daaraan hangende de toestemmingsprocedure bij UWV of de kantonrechter adequaat invulling kan worden gegeven. De commissie meent dat het doel van de eerdere duidelijkheid over de mogelijkheid tot vervanging van de zieke werknemer niet in verhouding staat tot deze extra administratieve en financiële lasten die (onevenredig) tijdrovend zijn.
21. Bovendien loopt de werkgever bij afsluiting van het eerste spoor het risico dat de werknemer in het tweede ziektejaar volledig herstelt terwijl hij al een vervanger op de functie van de zieke werknemer heeft aangenomen. Dan zal hij niet het in de meeste gevallen tot 70% gereduceerde loon moeten doorbetalen, maar ontstaat door herstel een loonaanspraak ex artikel 628 BW, terwijl de werknemer voor de werkgever waarschijnlijk inmiddels steeds verder uit beeld is geraakt. De vervangen herstelde werknemer heeft een aanspraak op loondoorbetaling. Niet tot einde wachttijd van 104 weken, want de wachttijd is door herstel geëindigd, maar zolang de arbeidsovereenkomst doorloopt. Theoretisch zou de werkgever dus twee jaar 100% van het loon moeten doorbetalen in deze situatie terwijl hij geen nut heeft van de arbeid van de (inmiddels herstelde) werknemer.

22. Loon dat de werknemer ontvangt kan in mindering gebracht worden op de loonbetaling van de werkgever. Klaarblijkelijk wordt het ongewenst geacht dat de werknemer dubbel loon ontvangt. Dat is te begrijpen, maar het kan ertoe leiden dat werknemers eventuele mogelijkheden om elders ander werk te verrichten zeer kritisch beoordelen en terughoudend zullen zijn in het aanvaarden van dat andere werk. Het is de vraag of dit voldoende wordt ondervangen door de verplichting voor de werknemer te blijven meewerken aan herplaatsing. Het is hoe dan ook een potentiële bron voor conflicten. Verder vraagt de commissie zich af of het niet mogelijk zou moeten zijn om een herstelde werknemer gedurende de rest van het tweede ziektejaar andere werkzaamheden dan de bedongen arbeid aan te bieden, indien passend en beschikbaar?
23. De commissie vindt het voorts onduidelijk wanneer kan worden gesproken over het aannemen van een vervanger op de arbeidsplaats van de zieke werknemer voor wie het eerste is spoor afgesloten. Dat terwijl het gevolg groot is voor de herstelde werknemer: deze is hersteld, maar kan zijn oude functie niet meer vervullen en na afloop van de termijn van het nieuwe opzegverbod verliest hij zijn arbeidsovereenkomst. De commissie beveelt aan meer duidelijkheid te geven over het aannemen van een vervanger “op” de arbeidsplaats van de zieke werknemer. Onduidelijk is ook wat heeft te gelden indien de werkgever geen vervanger heeft aangenomen maar de functie die aanvankelijk door de zieke werknemer werd vervuld, heeft opgeheven. Geldt die functie dan ook als vervuld in de zin van het wetsvoorstel ?
24. In het wetsvoorstel blijft in het midden wat precies concreet onder een tweede spoor traject wordt verstaan. Juist omdat de voorgestelde maatregel voor het niet-beoogde effect kan zorgen dat een minder groot aandeel zieke werknemers in het tweede ziektejaar re-integreert, omdat op dit moment de re-integratiekansen via het eerste spoor hoger liggen dan via het tweede spoor, beveelt de commissie aan meer duidelijkheid te geven aan de vereisten van het tweede spoor traject. In het Beleidskompasformulier is opgemerkt dat dat werkgevers, werknemers en overheid hebben uitgesproken dat extra inspanningen en investeringen nodig zijn, en zij hier gezamenlijk aan zullen blijven werken. Ook wordt gewezen op diverse trajecten die thans lopen om tweede spoor re-integratietrajecten te verbeteren en de aandacht die daar ook in de komende jaren blijvend voor zal zijn, maar de commissie acht dat te weinig overtuigend om de niet onaanzienlijke neveneffecten van de maatregel te rechtvaardigen. Het is bovendien voor de commissie de vraag of de afweging van het door de maatregel gezochte voordeel van de eerdere duidelijkheid wel de prijs waard is van dit neveneffect.
25. De RIV-toets beperkt zich tot het tweede spoor in het tweede ziektejaar, mits het eerste spoor is afgesloten, ongeacht of het eerste spoor is afgesloten met instemming van de werknemer of na toestemming van UWV. Als een werknemer instemt met het afsluiten van het eerste spoor na het eerste ziektejaar, worden de re-integratie inspanningen verricht in het eerste ziektejaar dus nooit door UWV getoetst, terwijl dit wel een cruciaal jaar kan zijn. Als de werkgever zich onvoldoende heeft ingezet voor de re-integratie in het eerste jaar, of dat vermoedt, en de verwachting daarmee is dat UWV op de aanvraag van de werkgever diens re-integratie inspanningen in het eerste ziekte jaar onvoldoende zal beoordelen, zal de druk hoog zijn om een werknemer te laten instemmen met het afsluiten van het eerste spoor. De vraag is of een 14-dagen bedenktijd daarvoor voldoende evenwicht biedt.

26. In de voorgestelde tekst van het nieuwe artikel 658aa lid 13 BW is opgenomen:
*“De bevoegdheid om een verzoekschrift als bedoeld in lid 11 en 12 bij de kantonrechter in te dienen vervalt twee maanden na de dag waarop de toestemming, bedoeld in lid 1, onderdeel b, is **verleend**”,*
 waar het verzoek als bedoeld in lid 12 is bedoeld voor de situatie dat de toestemming, bedoeld in lid 1, onderdeel b, door UWV is geweigerd. De commissie beveelt aan deze verschrijving te herstellen.

27. In het kader van de te introduceren j-grond wordt artikel 669 lid 1 BW (aantonen dat geen herplaatsing kan plaatsvinden) uitgesloten voor de kleine werkgever (en niet voor de middelgrote werkgever). Dit omdat vanwege de geringe omvang van het bedrijf van de kleine werkgever andere functies minder vaak voorhanden zullen zijn. Als de kleine werkgever een passende functie kan aanbieden, valt niet in te zien waarom hij dan niet de verplichting daartoe zou moeten hebben. Hierbij geldt dat de verplichting op zoek te gaan naar eventueel passend werk een inspanningsverplichting is, geen resultaatsverplichting. Het gaat erom dat aannemelijk wordt gemaakt dat er geen herplaatsingsmogelijkheden zijn. Dat zal voor een kleine werkgever gezien de omvang van zijn bedrijf waarschijnlijk relatief eenvoudig zijn, maar dat hoeft niet te betekenen dat als er wel een herplaatsingsmogelijkheid is, die mogelijk niet benut hoeft te worden.