

Slapende dienstverbanden en de reële re-integratiemogelijkheid: een dubbele wake-up call?

ArbeidsRecht 2020/9

De prejudiciële beslissing van de Hoge Raad van 8 november 2019 over de slapende dienstverbanden geeft aanleiding tot de nodige vervolgvragen. In zijn Kamerbrief van 13 december 2019² geeft minister Koolmees op veel van deze vragen een antwoord. Een tot nu toe onderbelicht aspect is de vraag wanneer een werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij het instandhouden van het dienstverband. Als sprake is van een gerechtvaardigd belang is de werkgever niet gehouden om in te stemmen met het voorstel van de werknemer om het dienstverband te doen eindigen onder betaling van de transitievergoeding. De Hoge Raad benoemt expliciet het bestaan van reële re-integratiemogelijkheden als gerechtvaardigd belang. Hoewel het erop lijkt dat de meeste werkgevers na de beslissing van de Hoge Raad wel meewerken aan de beëindiging van het dienstverband op verzoek van de werknemer, zijn er ook werkgevers die om verschillende redenen weigeren. Wat zijn hun afwegingen? In deze bijdrage staat de vraag centraal aan welke voorwaarden voldaan moet zijn om te kunnen spreken van een gerechtvaardigd belang om niet in te gaan op het voorstel van de werknemer om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Is het zo dat het aanbod van een willekeurig baantje van de werkgever kan kwalificeren als een reële re-integratiemogelijkheid zodat de werkgever ontslagen is van de verplichting die de Hoge Raad oplegt? Aan de hand van rechtspraak en regelgeving, wordt een kader geschetst waaraan een aanbod van de werkgever mijns inziens dient te voldoen. Wat zijn de consequenties als de werknemer een aanbod tot het verrichten van (passend) werk accepteert? Heeft hij dan bijvoorbeeld recht op loon met terugwerkende kracht als hij zich al eerder beschikbaar heeft gesteld? En als de werknemer weigert in te gaan op een voorstel tot re-integratie, wat zijn de gevolgen voor zijn recht op een uitkering? Het artikel sluit af met een overzicht van de positieve kanten van de beslissing van de Hoge Raad met het oog op de re-integratie van langdurig arbeidsongeschikte werknemer.

1. Verplichting tot het eindigen van slapende dienstverbanden

De Hoge Raad heeft een duidelijk antwoord gegeven op de vraag hoe werkgevers moeten omgaan met slapende dienst-

verbanden en stelt voorop dat als uitgangspunt heeft te gelden dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW, gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding.

Een uitzondering op deze regel is mogelijk als – op grond van door de werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden – de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. Zo'n belang kan bijvoorbeeld gelegen zijn in reële re-integratiemogelijkheden voor de werknemer, aldus de Hoge Raad.

2. Wanneer zou een werkgever een beroep willen doen op een gerechtvaardigd belang?

Niet alle werkgevers willen overgaan tot beëindiging van een slapend dienstverband. Sommige werkgevers vinden het eenvoudigweg niet rechtvaardig dat zij nog een hoge transitievergoeding moeten betalen vlak voor of soms zelfs na de pensioenleeftijd (in de vorm van vervangende schadevergoeding, als de werknemer tijdig heeft 'gepiept' maar de werkgever in strijd met goed werkgeverschap heeft geweigerd in te stemmen met het beëindigingsvoorstel van de werknemer).^{3, 4} En wat te denken van de situatie dat een werknemer al lang elders een andere betaalde baan heeft gevonden? Eigenrisicodragers voor de WGA hebben ook zo hun argumenten. Als de eigenrisicodrager er in slaagt om de werknemer weer in betaald werk aan de slag te laten gaan binnen zijn organisatie, snijdt het mes aan ten minste twee kanten: én de transitievergoeding hoeft niet volledig te worden betaald⁵ én de WGA-uitkering zal worden gekort met een deel van de inkomsten, hetgeen zal leiden tot een lagere uitkering dan wel een lagere premie voor de herverzekering. Het kan ook zijn dat de werknemer met een slapend dienstverband pas in 2020 aanklopt en de werkgever de transitievergoeding niet (meer) volledig gecompenseerd krijgt. Uit de beschikking van de Hoge Raad volgt dat de transitievergoeding moet worden berekend per de datum dat het dienstverband had kunnen worden beëindigd na ommekomst van de wachttijd en de compensatieregeling gaat uit van de wijze van het berekenen van de transitievergoeding per de datum waarop de procedure tot beëindiging

¹ Mevr. mr. E. (Erica) Wits is advocaat bij Sprengers Advocaten.

² Compensatieregeling transitievergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer, kenmerk 2019-0000180798.

³ Zie Houweling a.w.

⁴ En met hen de nodige rechters, zie bijv. Rechtbank Amsterdam 27 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7250.

⁵ Mogelijk wel pro rato, zie Hoge Raad 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*wn/Kolom*).

is gestart of overeenstemming is bereikt over een regeling.⁶ Deze opsomming is zeker niet uitputtend, maar ik wil hier mee laten zien dat ondanks de duidelijke regel van de Hoge Raad de praktijk deze naar mijn inschatting niet altijd zal willen opvolgen. En daarmee is de vraag wanneer de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij de instandhouding van de arbeidsovereenkomst geboren en verdient deze een zo precies mogelijk antwoord.

3. Wat is een gerechtvaardigd belang?

Het bestaan van een reële re-integratiemogelijkheid kan voor de werkgever een reden zijn om niet op het beëindigingsvoorstel van de werknemer in te gaan. Een ander voorbeeld van een gerechtvaardigd belang laat zich moeilijk bedenken. De financiële belangen van een werkgever om de transitievergoeding niet te willen betalen (betalingsonmacht, voorfinanciering van de vergoeding) kunnen geleid op het oordeel van de Hoge Raad hooguit leiden tot uitstel maar niet tot afstel. Ik beperk mij daarom in dit artikel tot de reële re-integratiemogelijkheid.

4. Wat is een reële re-integratiemogelijkheid?

4.1 De Hoge Raad vult dit niet in

Wat een reële re-integratiemogelijkheid is, werkt de Hoge Raad niet uit.⁷ Ook de conclusie van de A-G werpt geen licht op deze vraag, zij benoemt dit belang slechts.⁸ En stelt dat het zijn van eigenrisicodragers alleen een relevante factor is, als er reële re-integratiemogelijkheden zijn voor de werknemer.⁹ In deze paragraaf verken ik het begrip reële re-integratiemogelijkheid en probeer ik het vervolgens inhoud te geven.

“De arbeidsongeschikte werknemer” bestaat overigens niet. Het gaat om een diverse groep. Zo zal de groep die in aanmerking komt voor een IVA-uitkering zelden nog arbeidsmogelijkheden hebben.^{10, 11} Voor de groep gedeeltelijk arbeidsgeschikten ligt dit anders. Van deze groep is 70% nog belastbaar voor arbeid.¹² Zolang het dienstverband in stand is, is de werkgever verplicht tot re-integratie, zij het dat na de verplichte loondoorbetalingsperiode dit alleen nog geldt voor het re-integratie in het eigen bedrijf, zie art. 7:658a lid 1 BW. Bij de vraag of er sprake is van een reële re-integratie-

mogelijkheid gaat het dus om de groep die nog arbeidsmogelijkheden heeft.

4.2 Hoe verhoudt zich de reële re-integratiemogelijkheid met de voldragen b-grond?

De verplichting om mee te werken aan het beëindigen van het dienstverband onder betaling van de transitievergoeding, komt pas in beeld als er sprake is van een voldragen b-grond. Dit betekent dat herstel binnen een termijn van 26 weken in (aangepast) eigen werk niet meer mogelijk is (art. 7:669 aanhef en lid 3 BW) en herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt, al dan niet met behulp van scholing (art. 7:669 lid 1 BW). Op grond van art. 9 van de Ontslagregeling moet in het kader van de herplaatsing bekeken worden of er in de onderneming passende functies voorhanden zijn. Volgens art. 9 lid 3 Ontslagregeling is van een passende functie sprake wanneer deze aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer. Het gaat om functies waarvoor een vacature openstaat of die bezet worden door tijdelijke krachten (art. 9 lid 1). Blijkens de toelichting kan dit in het geval van een arbeidsgehandicapte betekenen dat werk passend is dat onder het niveau van de oorspronkelijke functie ligt. De vraag is dan nog wel wat er ‘overblijft’ voor de reële re-integratiemogelijkheid. Immers: herstel in eigen al dan niet aangepast werk is niet meer mogelijk en herplaatsing in een andere passende functie is ook een gepasseerd station. Toch heeft de Hoge Raad kennelijk nog wel situaties voor ogen waarbij ondanks het ontbreken van genoemde mogelijkheden er toch nog sprake kan zijn van een reële re-integratiemogelijkheid. Er zit dus zo te zien nog licht tussen de voldragen b-grond en een reële re-integratiemogelijkheid. Dit betekent dat de reële re-integratiemogelijkheid ruimer is dan het eigen (aangepaste) werk en herplaatsingsmogelijkheden in passend werk (al dan niet na scholing). Met andere woorden: ook werk dat geen aanpassing van het eigen werk betreft of passend werk is in het kader van herplaatsing, zou een reële re-integratiemogelijkheid kunnen vormen. Dit is ook wel te begrijpen. Zoals De Graaf mijns inziens terecht stelt: het kost de werkgever onder de Wwz de transitievergoeding als het dienstverband eindigt en dit geeft ook een inspanningsverplichting voor de werknemer om deze kosten te voorkomen.¹³ Zet de Hoge Raad hiermee de deur open voor werkgevers die met het aanbieden van een willekeurig baantje, misschien zelfs bij een andere werkgever, onder het betalen van de transitievergoeding uit kunnen komen? In de paragrafen 5.4 e.v. ga ik hier op in.

4.3 Rechtspraak over de reële re-integratiemogelijkheid

In de rechtspraak tot de uitspraak van 8 november 2019 is het aspect dat de arbeidsovereenkomst inhoudsloos is geworden (lees: geen re-integratiemogelijkheden) geregeld aangevoerd door werknemers als argument om te betogen dat de werkgever de arbeidsovereenkomst dient te doen eindigen. Af en toe is dit argument inderdaad aanleiding geweest

6 Art. XII en XXIII Overgangsrecht Wab en Compensatieregeling transitievergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer, kenmerk 2019-0000180798.

7 In de Kolom uitspraak werkt de Hoge Raad het door de Raad geformuleerde uitgangspunt dat er sprake moet zijn van een substantiële vermindering van de arbeidstijd wél uit door het percentage van 20% te noemen, Hoge Raad 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (wn/Kolom).

8 Conclusie A-G De Bock van 18 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:899, onder 19.11.

9 Idem, onder 19.12.

10 Uitgesloten is dit niet en de wet houdt hier ook rekening mee, zie art. 52 lid 2 Wet WIA.

11 Zie ook C.J. Frikkee, ‘Slapende dienstverbanden, opzegrecht of niet? That is the question!’, par. 6, TRA 2019/70.

12 Kamerstukken II 2016/17, 34699, 3, p. 2.

13 L.B. de Graaf, ‘Herplaatsing: over wijziging, weigering en preventieve toetsing’, TRA 2018/46, par. 1.2.3.

voor een rechter om de vordering van werknemer toe te wijzen.¹⁴ Omgekeerd is het standpunt van de werkgever dat de arbeidsovereenkomst nog wel concreet inhoud kan krijgen, voor zover ik kan nagaan, alleen aan de orde geweest in een vrij recente uitspraak van de Rechtbank Noord Nederland.¹⁵ In deze zaak meende de werkgever Welzijn Mensenwerk dat er een reële re-integratiemogelijkheid was. Zij had de werkneemster een vacature aangeboden voor werkzaamheden in dorpshuizen/wijkcentra. De werkneemster zou geweigerd hebben hierop in te gaan. Volgens de rechter in kort geding was er geen sprake van een reële re-integratiemogelijkheid. Welzijn Mensenwerk had zich vóór het aanbod niet serieus ingespannen voor de re-integratie van de werknemer. Aanleiding en omschrijving van de vacature ontbraken. De aard van de werkzaamheden en de omvang van de functie was ook niet duidelijk. Het stond ook niet vast dat er daadwerkelijk een passende functie beschikbaar was. Bovendien zou het nog maar om twee maanden gaan in verband met het spoedige bereiken van de pensioenleeftijd door werkneemster. Het had er kortom alle schijn van dat de werkgever deze constructie had opgetuigd om onder de verplichting tot het betalen van de transitievergoeding uit te komen. Afgezien van deze uitspraak, heb ik in de rechtspraak over het slapend dienstverband geen bruikbare aanknopingspunten kunnen vinden voor het bepalen wat een reële re-integratiemogelijkheid zou kunnen zijn en hoe de werknemer met een voorstel van de werkgever zou moeten omgaan.¹⁶

4.4 De reële re-integratiemogelijkheid uit de uitspraak van 8 november 2019 nader beschouwd

Ik schets een denkbeeldige situatie om de gedachten beter te kunnen bepalen. *Stel een garagebedrijf heeft een automonteur in dienst die na 30 jaar werkzaam te zijn geweest voor het bedrijf, op en versleten is. Hij kan zijn eigen werk niet meer doen, maar is nog wel belastbaar voor 20 uur per week in lichte werkzaamheden. Volgens het UWV kan hij nog € 15 per uur verdienen. Aanpassing van zijn eigen werk blijkt niet mogelijk, want niet alle zware aspecten laten zich ondervangen. Ander passend werk is er niet in het kleine bedrijf, de werknemer heeft geen kaas gegeten van boekhouden en het salaris van een receptionist is de helft van zijn oorspronkelijke loon. Toch kan een werkgever in een dergelijke situatie mogelijk een gerechtvaardigd belang hebben bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst (dus los van het niet hoeven te betalen van de transitievergoeding, dit belang is niet geaccepteerd door de Hoge Raad). Hij zou de werknemer een concrete functie aan kunnen bieden voor werkzaamheden die de werkgever graag uitgevoerd ziet, maar waar hij geen vacature voor wil stellen van enige omvang omdat dit te duur is en te veel risico met zich meebrengt. Deze werkgever creëert bijvoorbeeld een functie als gastheer voor 10 uur per week, waarbij de werknemer de klanten van een kopje koffie voorziet en wat handen spandiensten verricht in de showroom tegen een beperkt*

salaris. De functie past wel in het loongebouw dat de werkgever hanteert. De gastheer draagt er aan bij dat de uitstraling van het garagebedrijf net wat beter wordt dan die van de concurrent om de hoek. Dit werk staat niet het aannemen van de b-grond in de weg, nu het niet gaat om een aanpassing van de bedongen arbeid noch gezien kan worden als een passende functie in het kader van de herplaatsingsverplichting. Het gat met de oorspronkelijke functie is te groot. Is hier sprake van een reële re-integratiemogelijkheid?

Mijns inziens kan de werkgever in dit voorbeeld met recht stellen dat hij een gerechtvaardigd belang heeft bij het instandhouding van de arbeidsovereenkomst, hij heeft een aantoonbaar economisch belang. De tweede vraag is of het aanbod van gastheer een reële re-integratiemogelijkheid is. Dit lijkt het geval: de functie is reëel in de zin van: de functie is concreet en beschikbaar, overschrijdt de belastbaarheid van de werknemer niet en kent een passende beloning. Toch wringt het hier. Moet reëel niet ook worden gelezen als: reëel in de zin van rekening houdend met de belangen van de werknemer? Ik denk het wel. De Hoge Raad schrijft:

‘Zo’n belang kan bijvoorbeeld gelegen zijn in reële re-integratiemogelijkheden voor de werknemer.’

Met andere woorden: het criterium reëel slaat niet alleen op de re-integratiemogelijkheid, maar ook wat reëel is vanuit het perspectief en de belangen van de werknemer. Een ander argument dat voor deze uitleg pleit is, is het strikte kader dat de Hoge Raad heeft geformuleerd, met slechts één benoemde uitzondering en met het uitsluiten van het bijna bereikt hebben van de pensioenleeftijd als gerechtvaardigd belang. Door met een futiel baantje aan te komen zetten, hoe concreet en reëel ook, zou een werkgever wel heel makkelijk onder zijn verplichting uit kunnen komen. Dit strookt naar mijn mening niet met het door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt. Een laatste argument voor de opvatting dat het ook moet gaan om een reële re-integratiemogelijkheid vanuit de visie van de werknemer, is dat het in deze situatie gaat om een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst. Zo’n wijziging zal moeten voldoen aan de drietrapsraket zoals die volgt uit het *Stooff/Mammoet*-arrest.¹⁷ Deze toets is weliswaar door de Hoge Raad terzijde geschoven om als maatstaf te dienen voor de beoordeling van de vraag of de werkgever moet ingaan op het voorstel van de werknemer tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Maar deze toets doet natuurlijk nog wel dienst als beoordelingskader voor de vraag of een werknemer moet ingaan op een voorstel tot eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst (rekening houdend met de nieuwe situatie waarin de werknemer een aantal beperkingen heeft).¹⁸ Een vaag klein baantje kan niet worden gezien als een redelijk voorstel. Van een redelijk voorstel dat de werknemer dient te aanvaarden kan geen sprake zijn als

14 Zie bijv. Rechtbank Rotterdam 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8422.

15 14 oktober 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:4223.

16 Vgl. de waarneming van de Graaf dat er geen specifieke regels zijn gesteld over de vraag hoe de werknemer zich moet opstellen als de werkgever een voorstel doet tot herplaatsing in een passende functie, zie a.w.

17 Hoge Raad 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847.

18 Zolang het dienstverband duurt, mag de werkgever de werknemer laten oproepen door de bedrijfsarts om de mogelijkheden tot het verrichten van werk te laten vaststellen.

de functie te ver onder zijn niveau ligt, gelet op zijn resterende arbeidsmogelijkheden en de mate van arbeidsongeschiktheid.^{19, 20}

Kortom: een ondergrens valt nog wel te geven. Maar hoe zit het met het voorstel uit het voorbeeld van het garagebedrijf dat ik net gaf? Een aanbod dat ziet op arbeid weliswaar onder het niveau van de werknemer, maar wel met enige betekenis (of economische waarde?).

4.5 *Is er een reële re-integratiemogelijkheid als deze voldoet aan art. 7:658a lid 4 BW?*

Biedt art. 7:658a lid 4 BW²¹ een richtsnoer om te bepalen wat een reële re-integratiemogelijkheid is? Op grond van dit artikellid is passend *'alle arbeid die voor de krachten en bekwaamheden van de werknemer is berekend, tenzij aanvaarding om redenen van lichamelijke, geestelijke of sociale aard niet van hem kan worden geveerd'. Het moet gaan 'om arbeid die in redelijkheid aan de werknemer kan worden opgedragen, gelet op onder meer het arbeidsverleden, de opleiding, de gezondheidstoestand, de afstand tot het werk, het loon en hetgeen waartoe de werknemer nog in staat is.'*²² Het spreekt volgens de parlementaire toelichting *'voor zich dat naarmate de ongeschiktheid langer duurt, een bredere oriëntatie ten aanzien de te verrichten arbeid mag worden verwacht'*.²³ Met name deze laatste aanvulling, maakt dat ook dit artikel weinig houvast biedt als de wachttijd is doorlopen en er al geruime tijd geen invulling meer is gegeven aan de arbeidsovereenkomst. Ook de rechtspraak van de Hoge Raad geeft de werkgever geen leidraad, nu de vraag wat passende arbeid is, toch vooral afhangt van alle omstandigheden van het geval.²⁴ Ook met het criterium uit het BW kunnen we mijns inziens daarom niet bepalen of het aanbod van de werkgever in ons voorbeeld een reële re-integratiemogelijkheid betreft.

4.6 *Bieden de Beleidsregels Beoordelingskader Poortwachter een oplossing?*

Het zou voor de praktijk duidelijkheid bieden zijn als er een getalsmatige norm komt om te bepalen wat een reële re-integratiemogelijkheid is. Zie bijvoorbeeld het percentage van 20% dat de Hoge Raad gaf in de *Kolom*-beschikking om te bepalen of er sprake is van een substantiële vermindering van het dienstverband.²⁵ In de Beleidsregels Beoordelingskader Poortwachter²⁶ treffen wij een dergelijke maatstaf aan. Als een redelijk re-integratieresultaat geldt in deze regeling: een functie waarbij 65% of meer van het oorspronke-

lijke loon kan worden verdiend. Dan komt een werknemer namelijk niet in aanmerking voor een WIA-uitkering.

Ook dit percentage biedt echter op zichzelf genomen geen duidelijkheid voor het antwoord op de vraag of sprake is van een reële re-integratiemogelijkheid. Een werkgever die een werknemer met een arbeidsongeschiktheidspercentage van 60% een functie aanbiedt met een loonwaarde van 40% procent, dus ter hoogte van zijn volledige restverdiencapaciteit, doet mijns inziens een redelijk re-integratie aanbod. Dit is namelijk precies de omvang die past bij zijn restverdiencapaciteit.

Uitgangspunt zou kunnen zijn dat er sprake is van een reële re-integratiemogelijkheid als het loon minimaal 65% bedraagt van het oude loon, tenzij de restverdiencapaciteit van de werknemer lager is. Dan geldt dit laatste percentage als minimum. Met deze norm wordt voorkomen dat werkgevers met het aanbieden van kleine banen, (deels) de verplichting tot het betalen van de transitievergoeding kunnen ontlopen.

Hoe pakt dit uit bij onze automonteur? Het aanbod van zijn werkgever kent een loonwaarde lager dan 65% van zijn oude loon. Alleen als de loonwaarde van het aanbod correspondeert met zijn restverdiencapaciteit, gaat het om een reëel re-integratieaanbod. Dit is het geval als de werkgever bereid is € 30 per uur te betalen. Hij biedt de werknemer immers maar werk voor 10 uur per week aan, terwijl de automonteur volgens het UWV nog in staat om 20 uur per week te werken tegen een salaris van € 15, dus € 300 per week.

Een interessante vraag is nog of de werkgever een re-integratiemogelijkheid bij een andere werkgever zou mogen aanbieden. Is dit een reële re-integratiemogelijkheid? Dit zal vaak niet het geval zijn. Alleen in de verplichte loon-doorbetalingsperiode bestaat de verplichting voor de werkgever om de werknemer in het tweede spoor (bij een andere werkgever) te re-integreren en hiermee de verplichting voor de werknemer om hier aan mee te werken. Na deze periode is dit niet meer het geval. Niet goed valt in te zien waarom de werkgever na het tweede ziektejaar nog een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van het dienstverband, als er geen reële re-integratiemogelijkheden bij de eigen werkgever zijn.

5. **Mogelijke valkuilen**

5.1 *Valkuilen voor de werkgever bij het aanbieden van een reële re-integratiemogelijkheid*

Als de werknemer instemt met het voorstel om andere werkzaamheden te verrichten, dan zal de werkgever op een aantal zaken bedacht moeten zijn. Op de eerste plaats natuurlijk dat hij bij een structurele vermindering van de arbeidsduur op grond van de *Kolom*-beschikking een transitievergoeding pro rata moet betalen.²⁷ Dus helemaal onder

¹⁹ Zie uitgebreid De Graaf a.w.

²⁰ Dit betreft alleen de civielrechtelijke verplichting van de werknemer. Hierna bespreek ik welke verplichtingen de werknemer heeft op grond van de sociale zekerheid.

²¹ Met als spiegelbepaling art. 7:660a BW.

²² Kamerstukken I 2001/02, 27678, 37a, p. 19-20.

²³ Kamerstukken II 2003/04, 29231, 3, p. 20.

²⁴ Zie uitgebreid R. Jonkmans, 'Passende arbeid, wat is dat?', *ArbeidsRecht* 2018/25.

²⁵ Hoge Raad 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*wn/Kolom*).

²⁶ Beleidsregels Beoordelingskader Poortwachter, zoals luidend vanaf 18 november 2006.

²⁷ In ieder geval bij een arbeidsduurvermindering van minimaal 20% en mogelijk ook bij een vermindering van de arbeidsvoorwaarden, afhankelijk van de antwoorden van de Hoge Raad op prejudiciële vragen gesteld door het Hof Amsterdam 15 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3717 (*wn/SIPOR*).

het betalen van de transitievergoeding komt hij niet uit. De werkgever loopt daarnaast het risico dat hij niet alleen het salaris moet betalen vanaf het moment dat de werknemer de nieuwe functie gaat verrichten, maar dat hij dit ook over een langere periode met terugwerkende kracht zal moeten doen. Dit zal m.n. het geval zijn als de werknemer concrete voorstellen heeft gedaan tot het verrichten van werk, waarop de werkgever ten onrechte niet is ingegaan. Als de werkgever alsnog een volgens hem passende functie aan de werknemer aanbiedt, terwijl de werkgever zich eerder op het standpunt stelde dat een dergelijke passende functie niet voorhanden was (en er geen wezenlijke veranderingen in het bedrijf zijn geweest), biedt de werkgever aanknopingspunten voor een dergelijke vordering. In het arrest *Stal/UVW*²⁸ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de werkgever in geval van een bereidverklaring van de werknemer zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is dient te onderzoeken of andere passende arbeid voorhanden is en daarover duidelijkheid dient te verschaffen. Indien de werkgever daarmee in gebreke blijft, moet, ook als later blijkt dat geen passende arbeid voorhanden is, worden aangenomen dat een deugdelijke grond daarvoor ontbrak zolang de werkgever in gebreke is gebleven ter zake duidelijkheid te verschaffen. De werkgever is over de periode dat hij in gebreke is gebleven loon verschuldigd. De kantonrechter in Groningen²⁹ nam deze bereidverklaring in een zaak van een kraanmachinist snel aan. Ondanks dat de werknemer na afloop van de verlenging van de loonbetalingsverplichting door het UWV zich niet bereid had verklaard passend werk te verrichten, was deze bereidheid volgens deze kantonrechter voldoende kenbaar voor de werkgever. De werknemer had tijdens de wachttijd namelijk gesolliciteerd op een functie bij werkgever en had ook aangeven graag in een ander functie aan de slag te willen. Deze bereidheid hoefde hij na afloop van de loonsanctie niet te herhalen, omdat de werkgever de werknemer te kennen had gegeven dat hij ontslagen zou worden.³⁰ Nu sommige dienstverbanden al jaren slapen, zou het alsnog aanbieden van een reële re-integratiemogelijkheid wel eens fors in de papieren kunnen lopen in de situatie dat de werknemer te kennen heeft gegeven beschikbaar te zijn voor passend werk. Eén interne sollicitatie aan het einde van de wachttijd, zou wel eens voldoende kunnen zijn!

5.2 Valkuilen voor de werknemer bij weigering van het aanbod

5.2.1 WW-*risico*

De werknemer met een slapend dienstverband, die zich geconfronteerd ziet met een plotseling aanbod van de werkgever om weer te komen werken, zal hier begrijpelijkerwijs niet altijd even enthousiast op reageren, zeker niet als hiermee de (volledige) transitievergoeding voorlopig van de baan is. De werknemer verkeert wel in een lastig parket: wie zal zeggen of het werkelijk gaat om een reële re-integratie-

mogelijkheid? Alleen een procedure waarin hij een schadevergoeding claimt wegens wanprestatie van de werkgever (namelijk het niet in gaan op zijn voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst) kan uitkomst bieden. Ondertussen loopt hij wel de nodige risico's met het oog op zijn sociaal zekerheidspositie. Een werknemer die per einde wachttijd niet in aanmerking komt voor een WIA-uitkering, de zgn. 35-minner, zal aanspraak maken op een WW-uitkering. Als de werknemer het aanbod voor passende arbeid van de werkgever weigert, riskeert hij een weigering van zijn WW-uitkering over de uren waarvoor het nieuwe werk wordt aangeboden, zie art. 24 lid 1b ten tweede WW.³¹ Het moet wel gaan om een concreet aanbod.³² Het voorstel dat werkgever Welzijn Mensenwerk deed, voldoet hier bijvoorbeeld niet aan. In ons voorbeeld van de garagehouder, is er wel sprake van een concreet aanbod. Maar is dit ook passend in het kader van de WW?³³ Van belang is hierbij het Besluit passende arbeid WW en ZW.³⁴ Op grond van dit besluit geldt als hoofdregel dat na zes maanden werkloosheid alle maatschappelijk geaccepteerde arbeid als passend wordt beschouwd, ongeacht het inkomen. Gedurende de eerste zes maanden mag de werknemer zich nog richten op werk dat aansluit bij het niveau van de arbeid waaruit hij werkloos is geworden en mag hij nog de eis stellen dat het loon ten minste 70% bedraagt van zijn oude inkomen. Een valkuil voor de werknemer in dit voorbeeld is art. 24 lid 4 WW. Hierin is bepaald dat alle arbeid direct passend is, indien de werknemer na 104 weken ziekte niet in de WIA terecht komt, maar op WW is aangewezen. De zes maandenperiode geldt dan niet. De automonteur uit ons voorbeeld is verplicht het aanbod van gastheer te aanvaarden, wil hij althans geen sanctie riskeren. De vraag is wel of het UWV op de hoogte raakt van het aanbod. Dit is in het huidige tijdgezicht niet geheel ondenkbaar. Als de werknemer gaat procederen om de transitievergoeding en hij krijgt gelijk omdat de rechter oordeelt dat er geen sprake is van een reële re-integratiemogelijkheid, dan zal de werkgever compensatie vragen voor de betaalde transitievergoeding bij het UWV. Mogelijk dat het UWV op die manier op de hoogte raakt van het aanbod van de functie van gastheer en een korting toepast op de WW-uitkering. Dat er geen sprake is van een reële re-integratiemogelijkheid, hoeft immers niet automatisch te betekenen dat er geen sprake is van passende arbeid in de zin van de WW (alle gangbare arbeid is passend).

5.2.2 WGA-*risico*

Ook bestaan er risico's voor het recht op een eventuele WGA-uitkering. Als de automonteur na de wachttijd in aanmerking komt voor een uitkering op grond van de Werkhervatting gedeeltelijk arbeidsgeschiedte uit de Wet WIA, dan geldt voor hem op grond van 30 lid 1 a WIA dat hij ver-

28 Hoge Raad 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0175.

29 Rechtbank Groningen 18 januari 2012, ECLI:NL:RBGR:2012:BW2277.

30 In vergelijkbare zin: Rechtbank Overijssel 14 november 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2740.

31 Zie uitgebreid P.S. Fluit, 'De wijzigingen in de WW ten gevolge van de WWZ', TAP 2016/1.

32 Zie bijv. CRvB 19 juni 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA3752, *USZ* 2013/222, m.nt. G.C. Boot en CRvB 10 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:102.

33 Zie uitgebreid: D.B.J. de Wolff, 'Passende arbeid, een kameleonachtig begrip', *ArbeidsRecht* 2016/30.

34 *Stb.* 2014, 525.

plicht is passende arbeid te verrichten indien hij daartoe in de gelegenheid wordt gesteld. Het vierde lid van dit artikel definieert passende arbeid als “*alle arbeid die voor de krachten en bekwaamheden van de verzekerde is berekend, tenzij aanvaarding om redenen van lichamelijke, geestelijke of sociale aard niet van hem kan worden gevegd*”. Ten aanzien van opleidingsniveau, loon of reistijd bevat de WIA geen specifieke beperkingen. Natuurlijk moet het aanbod wel passen binnen de belastbaarheid van de werknemer. De WIA hanteert derhalve een ruimer begrip van passende arbeid dan de WW en de ZW. Op grond van art. 88 lid 1 a WIA weigert het UWV een WGA-uitkering geheel of gedeeltelijk, blijvend of tijdelijk, indien de werknemer de verplichting in art. 30 lid 1 a niet (behoorlijk) is nagekomen. Afgaande op de gepubliceerde rechtspraak, maakt het UWV zeer zelden gebruik van deze sanctiemogelijkheid.

6. Kansen voor werkgevers en werknemers

Als de werkgever na jaren slapend dienstverband met een voorstel tot re-integratie komt, kan dit nog wel eens een kikker blijken te zijn die de prinses wakker kust. Een werknemer met een WGA-uitkering kan een groot belang hebben bij een dienstverband, hoe klein dit dienstverband misschien ook is. Dit heeft te maken met de uitkeringssystematiek van de Wet WIA. Na de loongerelateerde fase (die maximaal 24 maanden duurt) komt de werknemer ofwel in aanmerking voor een vervolgutkering of voor een hoge loonaanvullingsuitkering. De vervolgutkering is niet meer dan een percentage van het minimumloon. Om voor de veel hogere loonaanvullingsuitkering in aanmerking te komen, moet de werknemer voldoen aan de zogenoemde inkomenseis. Hij voldoet hier aan als zijn inkomen 50% bedraagt van zijn door het UWV vastgestelde restverdiencapaciteit. Doorgaans gaat het hier om een bescheiden bedrag en loont het de moeite om met deze bril op het voorstel van de werkgever letterlijk op waarde te schatten. Als het aangeboden loon net iets onder de inkomenseis ligt, dan is dit reden om met de werkgever te onderhandelen over een verhoging. Een kleine verhoging kan in bepaalde situaties een wereld van verschil maken in de hoogte van de uitkering.³⁵

Niet alleen de werkgever die eigenrisicodragers is voor de WGA kan er baat bij hebben re-integratiearbeid aan te bieden. Ik gaf al aan dat deze inkomsten (gedeeltelijk) in mindering komen op de WGA-uitkering. Ook werkgevers die publiek verzekerd zijn, kunnen hun premielasten beperken.³⁶ In een aantal gevallen kan de werkgever aanspraak op de no-riskpolis en komen de kosten van een hernieuwde uitval voor het UWV. Dit is een groot voordeel dat deze werknemer heeft ten opzichte van een ‘gewone’ werknemer. En wie weet draagt het weer binnenhalen van werknemers met be-

perkingen ook nog bij aan het predicaat duurzaam en sociaal, waar veel werkgevers zich graag mee tooien. De reële re-integratiemogelijkheid is dan geen dooddoener maar een heuse kussende kikker!

7. Afsluiting

In dit artikel heb ik onderzocht wat een reële re-integratiemogelijkheid inhoudt. De Hoge Raad noch de wet en lagere rechtspraak geeft duidelijkheid. Het Aanknopend bij de zojuist besproken uitspraak van Rechtbank Noord-Nederland en het Beoordelingskader, zou het voorstel van de werkgever dient mijns inziens aan de volgende voorwaarden te voldoen om – in beginsel – te kwalificeren als een reële re-integratiemogelijkheid:

1. het moet gaan om concreet aanbod, de functie moet duidelijk zijn beschreven en zijn gewaardeerd en ook werkelijk bestaan. Het mag natuurlijk ook gaan om een nieuwe of speciaal gecreëerde functie;
2. de functie moet binnen de door het UWV dan wel bedrijfsarts gestelde (actuele) belastbaarheid van de werknemer blijven;
3. de loonwaarde moet in beginsel 65% zijn van het oorspronkelijke loon bedragen, tenzij de restverdiencapaciteit zoals vastgesteld door het UWV lager ligt. Dan dient het aanbod van de werkgever minimaal deze restverdiencapaciteit te behelzen.

Er kunnen omstandigheden zijn die maken dat de werknemer het voorstel in redelijkheid niet hoeft te aanvaarden. Gelet op de voorwaarden waaraan een voorstel moet voldoen, zullen van deze omstandigheden naar mijn mening niet snel sprake zijn. Het alsnog aanbieden van een reële re-integratiefunctie als reactie op een beëindigingsvoorstel van de werknemer hoeft geen truc te zijn om onder het betalen van de transitievergoeding uit te komen. Een aanbod kan van betekenis zijn voor zowel werkgever als werknemer en voor deze laatste zelfs verplichtend met het oog op zijn rechten op sociale zekerheid. Zo bezien fungeert de uitspraak van de Hoge Raad als dubbele wake-up call: niet alleen de slapende dienstverbanden worden beëindigd, maar ook zullen werkgever en werknemer zich opnieuw moeten bezinnen over de vraag of re-integratie waardevol kan zijn.

35 E.B. Wits, ‘Wat iedere arbeidsrechtjurist zou moeten weten van de WAO en WIA (but was afraid to ask)’, *ArbeidsRecht* 2009/10.

36 Zie P.B. Burger & P.S. Fluit, ‘Over het leed dat BeZaVa heet: de complicaties van de nieuwe Ziektewet voor de ‘vangnetter’’, *TRA* 2014/12 en <https://www.uwv.nl/overuwv/Images/gedifferentieerde-premie-wga-en-ziekte-wet-2020.pdf>.