

TRA 2014/12

Over het leed dat BEZAVA heet: de complicaties van de nieuwe Ziektewet voor de 'vangnetter' en de ex-werkgever

Mr. dr. P.H. Burger & mr. dr. P.S. Fluit, datum 15-01-2014

Datum	15-01-2014
Auteur	Mr. dr. P.H. Burger & mr. dr. P.S. Fluit ^[1]
JCDI	JCDI:ADS47757:1
Vakgebied(en)	Sociale zekerheid arbeidsongeschiktheid / Re-integratie Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht Sociale zekerheid arbeidsongeschiktheid / Algemeen Sociale zekerheid arbeidsongeschiktheid / Verzekeringen
Wetgang	Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters; WIA; art. 117b lid 3 Wfsv; art. 7:629 lid 3 BW;

Zieke werknemers die hun werkgever en daarmee het recht op loondoorbetaling verliezen, vallen terug in het vangnet van de Ziektewet. Omdat een WIA-evaluatie uit 2011 leerde dat er disproportioneel veel 'vangnetters' zonder werkgever instromen vanuit de Ziektewet in de WIA, heeft de regering met de Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters (de Wet BEZAVA) besloten voor deze groep specifieke maatregelen te nemen. In dit artikel richten wij de aandacht op de financiële prikkels voor die werkgever, op de (financiële) gevolgen van de maatregelen en op de vraag of en hoe de werkgever deze kan vermijden of beïnvloeden.

CRvB 1 september 2010, *LJN* BN5841; Hof 's-Gravenhage 9 maart 2011, *ECLI:NL:GHSGR:2011:BP749*; HR 9 maart 2012, *ECLI:NL:NHR:2012:BT8788*; CRvB 13 oktober 2004, *LJN* AR3845

1. Inleiding

'Vangnetters' zorgen voor de helft van de instroom in de WIA, terwijl zij een aanzienlijk kleiner deel van het verzekerdenbestand vormen. Terwijl in de periode 2003-2010 de instroom in de WIA van werknemers met een vast dienstverband met 60% is gedaald, is de huidige instroom van 'vangnetters' nog op het niveau van 2003.^[2] De regering stelt vast dat de laatste jaren het aantal flexwerkers weliswaar is gestegen, maar dat die stijging slechts in beperkte mate de hoge WIA-instroom van 'vangnetters' kan verklaren. Debet aan de disproportioneel hoge instroom zijn (1) het ontberen van een werkgever bij wie werkhervatting mogelijk is; en (2) de afwezigheid van prikkels gericht op re-integratie die gebruikelijk zijn in vaste arbeidsrelaties. Met de Wet BEZAVA is beoogd aan de ZW een activerend element toe te voegen: re-integratie en werkhervatting van 'vangnetters' moeten worden gestimuleerd, mede om de WIA-instroom te verminderen via maatregelen ten aanzien van de 'vangnetter' zelf, de (ex-)werkgever en het UWV. Aan de kant van de grote en middelgrote werkgever wordt de financiële betrokkenheid verhoogd door invoering van een gedifferentieerde WGA- en ZW-premie ter financiering van de arbeidsongeschiktheidslasten van 'vangnetters' zonder werkgever (ZW-flex en WGA-flex). De gedachte is dat een werkgever met die prikkel zijn best zal doen om die schadelast te beperken door te streven naar preventie en re-integratie.

2. 'Vangnetter' met of zonder werkgever

De extra premielasten voor werkgevers worden niet geheven over alle 'vangnetters', maar hebben alleen betrekking op een beperkte categorie van degenen die aanspraak maken op ZW-uitkering, zoals in het onderstaande zal worden toegelicht.

De hoofdregel uit de Ziektewet is dat de verzekerde die een loonaanspraak heeft, tijdens arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte, geen recht heeft op ZW-uitkering. Op de hoofdregel uit art. 29 lid 1 bestaat een aantal uitzonderingen. We hebben het dan over 'vangnetters met een werkgever':

- de verzekerde die wegens orgaandonatie ongeschikt is (art. 29 lid 2 onder e ZW).
- de vrouwelijke verzekerde die voor of na het WAZO-verlof ongeschikt is als gevolg van ziekte in samenhang met zwangerschap of bevalling (denk bijvoorbeeld aan bekkeninstabiliteit) - art. 29a ZW (art. 29 lid 2 onder f ZW).
- de werknemer die aanspraak kan maken op een ZW-uitkering ex art. 29b ZW (no-riskpolis) of art. 29d ZW (art. 29 lid 2 onder g ZW).

Deze verzekerden hebben recht op loon en een vangnetuitkering, die met dat loon wordt verrekend (ex art. 7:629 lid 5 BW). De zogenoemde 'no-riskpolis' is primair bedoeld voor de werkgever, die het risico heeft genomen om een werknemer met arbeidsbeperkingen in dienst te nemen of te houden.

Naast deze groep kent de ZW een aantal andere gerechtigden, *zonder* werkgever. Het gaat om vier limitatief^[3] in art. 29 lid 2 ZW genoemde groepen, te weten personen die werkzaam zijn in een fictieve dienstbetrekking of een dienstbetrekking die gelijkgesteld is aan een arbeidsovereenkomst, zoals thuiswerkers en sommige kleine zelfstandigen (art. 29 lid 2 onder a ZW), kleine aannemers die niet als zelfstandige opereren en bestuurders van coöperaties met werknemerszelfbestuur.^[4]

In de tweede plaats bestaat er voor sommigen een recht op een ZW-uitkering op grond van de nawerkingsbepalingen uit de ZW (art. 29 lid 2 onder b ZW): personen die binnen vier weken na het einde van de verzekerde arbeid wegens ziekte ongeschikt worden tot werken, komen in aanmerking voor een ZW-uitkering als waren zij in de voorafgaande weken verzekerd geweest (art. 46 ZW). In de derde plaats gaat het om de werknemers van wie de arbeidsovereenkomst eindigt binnen 104 weken na het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid (art. 29 lid 2 onder c ZW), de grootste groep 'vangnetters zonder werkgever'. Er vallen uitzendkrachten onder, werknemers van wie het contract voor bepaalde tijd eindigde, maar ook werknemers wier contract voor onbepaalde tijd door opzegging, ontbinding of met wederzijds goedvinden binnen 104 weken is geëindigd en die ziek uit dienst zijn gegaan. De werkgever moet deze werknemers ziek uit dienst melden bij het UWV.

De vierde categorie wordt gevormd door de werklozen die vanuit de WW ziek zijn geworden en daardoor aangewezen zijn op de ZW (art. 29 lid 2 onder d ZW). Bepalend voor de hoogte van de gedifferentieerde premie of het eigen risico zijn alleen de lasten van de eerste drie groepen vangnetters zonder werkgever en niet die van de ziek geworden werklozen.

3. Financiële prikkels voor werkgevers

Per 1 januari 2014 worden dus de financiële prikkels ingevoerd ter zake van de 'vangnetters' zonder werkgever, uitgezonderd de zieke werklozen door wijziging van de financiering van die uitkeringen. Het nieuwe financieringssysteem ziet er in hoofdlijnen als volgt uit.

Onderscheid kleine, middelgrote en grote werkgever

Vóór 2014 bestonden er drie premierégimes, namelijk één voor de ZW, één WGA-premie voor vast personeel

(WGA-vast) en één WGA-premie voor werknemers met een flexibel dienstverband (WGA-flex). De ZW-uitkeringen en uitkeringen voor WGA-flex werden betaald vanuit de sectorfondsen (en het Ufo).^[5] Er gold dus voor ZW-flex en WGA-flex een sectorale premie die voor alle werkgevers gelijk was. Met ingang van 2014 wijzigt dit systeem en wordt er voor grote en middelgrote werkgevers een gedifferentieerde premie voor ZW en WGA-flex berekend. De omvang van het personeelsbestand is daarvoor van belang.

Grote werkgevers hebben een totale loonsom van honderdmaal de gemiddelde loonsom. In 2014 bedraagt de gemiddelde loonsom € 30.700.^[6] Deze grote werkgevers betalen een individueel gedifferentieerde premie gebaseerd op de schadelast voor ZW en WGA-flex van de onderneming in jaar T-2: voor de berekening van de premie in enig jaar worden de schadecijfers van twee jaar eerder gebruikt. De premie in 2014 wordt gebaseerd op de betaalde ZW-uitkeringen aan 'vangnetters' van die werkgever uit het jaar 2012. De hoogte van de premie is - conform de WIA-systematiek - afhankelijk van de hoogte van de instroom in respectievelijk ZW en WGA; daarbij wordt de instroom van de afzonderlijke onderneming afgezet tegen een landelijk gemiddelde in de sector.^[7] Doet de onderneming het beter dan het landelijk gemiddelde, dan volgt een korting ten opzichte van de rekenpremie. Ligt het cijfer hoger, dan volgt een opslag op de (gemiddelde) rekenpremie.

Middelgrote werkgevers hebben een loonsom van elf- tot honderdmaal de gemiddelde loonsom. Deze werkgevers betalen een gedifferentieerde premie gebaseerd op de schadelast van de onderneming en de sector in jaar T-2. De verhouding tussen de eigen last en de last van de sector wordt in een staffel bepaald, waarbij geldt: 'hoe groter de loonsom hoe meer de eigen last meetelt'.

Kleine werkgevers tot en met tienmaal de gemiddelde loonsom betalen een sectorale premie gebaseerd op de schadelast van de sector in jaar T-2.

Grote en middelgrote werkgevers gaan dus een hogere premie betalen naar de mate waarin van hen afkomstige 'vangnetters' een beroep doen op de Ziektewet of WIA (meer specifiek de WGA). In art. 2.11-12 Besluit Wfsv is geregeld hoe de gedifferentieerde premie voor WGA-vast en de opslag en korting voor de WGA-flex worden berekend. Voor de kleine werkgevers geldt nog wel een sectorpremie (art. 2.10 Besluit Wfsv).

De premie voor die Werkhervattingskas bestaat met ingang van 2014 uit drie componenten voor ZW, WGA-flex en WGA-vast voor publiek verzekerde werkgevers. Uit die Werkhervattingskas worden alle lasten voor de ZW betaald naast de lasten voor de eerste tien jaar WGA-flex en WGA-vast voor publiek verzekerde werkgevers. Uit een ander met landelijk uniforme basispremies gevuld fonds, het Arbeidsongeschiktheidsfonds (Aof), worden de WGA-uitkeringen van langer dan tien jaar gefinancierd, maar ook de IVA-, WAO-, Waz- en WAZO-uitkeringen. De financiering van de lasten voor vangnet-ZW en WGA-flex die tot 2014 plaatsvond via de sectorfondsen en Ufo, is dus overgeheveld naar de Werkhervattingskas. Deze kas wordt dus o.a. gevuld met de gedifferentieerde premies van grote en middelgrote werkgevers. Art. 117b lid 1 a en b Wfsv bepalen dat m.i.v. 1 januari 2014 WGA-uitkeringen gedurende de eerste tien jaar en ziekengelden als bedoeld in art. 29 lid 2 onderdelen a, b en c ZW ten laste van de Werkhervattingskas komen. Voor de lasten van de 'vangnetters met werkgever' blijven de uitkeringen op grond van ZW en WGA gefinancierd vanuit het Aof, waarvoor landelijke verevening geldt via de uniforme basispremie.^[8] De ziektelasten voor zieke werklozen worden gefinancierd vanuit het Algemeen Werkloosheidsfonds en het Ufo.

Grote en middelgrote werkgevers worden dus langs de weg van een gedifferentieerde premie geconfronteerd met de schadelast van bepaalde 'vangnetters'. Als deze werknemers ziek uit dienst gaan of alsnog in de ZW komen, kan dit grote gevolgen hebben voor de schadelast (in geval van langdurige arbeidsongeschiktheid), die immers betrekking kan hebben op de optelsom van de ZW-periode en tien jaar WGA.^[9]

4. Belanghebbend: aandachtspunten voor eventueel bezwaar

Door de gevolgen van toekenning van uitkering op grond van ZW en/of WGA wordt de werkgever belanghebbend bij een beslissing waarin uitkering toegekend of gewijzigd wordt.

4.1 Soort beslissingen

Er zijn twee beslissingen die de werkgever in de gaten moet houden: de toekenningsbeslissing van het UWV en de premie- of verhaalbeslissing van de belastingdienst.

Toekenning

Eerst neemt het UWV een beslissing over toekenning van de ZW- of WGA-uitkering. Wanneer de werkgever vindt dat de werknemer ten onterechte wordt toegelaten tot de uitkering, kan hij bezwaar aantekenen. De werkgever moet van de beslissing tot toekenning op de hoogte worden gesteld. Voor medische bezwaren (bijvoorbeeld de stelling dat de werknemer niet ziek uit dienst ging) geldt een korte bezwaartermijn van twee weken. Voor overige bezwaren geldt de normale termijn van zes weken. UWV maakt sedert juni 2013 de zogenoemde toekenningsbeslissingen Ziektewet en WGA-flex aan werkgevers bekend die met ingang van 2012 zijn genomen en die ten grondslag zullen liggen aan de premiebeslissing over 2014. Werkgevers werden daarbij in staat gesteld alsnog bezwaar aan te tekenen, wanneer deze gelegenheid eerder niet werd geboden.

Toerekening

De belastingdienst neemt een beslissing over de hoogte van de premie respectievelijk de gedifferentieerde premie. Onderdeel van die beslissing is een overzicht van de ZW- of WGA-lasten die in aanmerking zijn genomen bij de beslissing. Heeft de werkgever echter geen bezwaar aangetekend tegen de toekenningsbeslissing, dan heeft hij die mogelijkheid *niet* alsnog als hij later een premiebeslissing van de belastingdienst ontvangt of wanneer deze als eigenrisicodragers geconfronteerd wordt met deze ZW-last (art. 73b ZW). Bezwaar tegen een toerekening heeft alleen zin wanneer de uitkeringslast per abuis aan de werkgever wordt toegerekend en niet wanneer deze meent dat ten onrechte ZW-uitkering toegekend is.

4.2 Bezwaren tegen toekenning van ZW-uitkering

Is de eerste dag van arbeidsongeschiktheid of de hoogte van de uitkering juist vastgesteld?

Als de werknemer eerder ongeschikt was door ziekte of als door samentelling van ziekteperiodes de eerste ziektedag op ander moment moet worden gesteld, is dat uiteraard van belang voor de toekenning en/of ingangsdatum en duur van de ZW-uitkering. Het kan echter ook van belang zijn voor de toerekening door de belastingdienst als bijvoorbeeld de eerste ziektedag niet valt binnen het dienstverband bij die werkgever of is gelegen voor 1 januari 2012. Er kan ook discussie zijn over de vraag of de hoogte van de ZW-uitkering juist is vastgesteld.

Was de werknemer ongeschikt als gevolg van ziekte?

De werkgever kan zich de vraag stellen of de toekenning van uitkering terecht is: was betrokken werknemer wel ziek bij het einde van het dienstverband? Als beroep gedaan wordt op nawerking, is van belang of de werknemer wel ongeschikt was ten gevolge van ziekte binnen vier weken na einde dienstverband. Wil een werkgever dergelijke medische verweren voeren, dan zal hij al snel een arts-gemachtigde moeten inschakelen, aangezien de werkgever zelf zonder schriftelijke toestemming van de verzekerde geen toegang heeft tot medische gegevens. Verwezen wordt naar de medische beschikkingenregeling in de ZW: art. 75 e.v. ZW. Als de verzekerde geen toestemming heeft gegeven voor inzage in medische stukken is kennisneming voorbehouden aan de bedrijfsarts of arbodienst van de eigenrisicodragers of de advocaat of arts van de werkgever (niet-eigenrisicodragers) dan wel een andere gemachtigde die daarvoor bijzondere toestemming heeft ontvangen van het UWV (art. 75b ZW). Deze gemachtigde kan de medische stukken lezen, de medische gronden van het bezwaar formuleren en tijdens een eventuele hoorzitting het woord voeren namens de werkgever tijdens het medische gedeelte waar de werkgever niet bij aanwezig is.

Is de werknemer zijn verplichtingen nagekomen?

Ook kan de vraag rijzen of de werknemer zijn verplichtingen jegens het UWV wel is nagekomen en zijn recht op een volledige ZW-uitkering niet heeft verspeeld. Als de werknemer op staande voet is ontslagen en tegelijk ziek uit dienst ging, heeft hij wellicht een benadelingshandeling gepleegd (art. 45 ZW) en geen recht op een ZW-uitkering. De werknemer kan ook een benadelingshandeling hebben gepleegd door zelf tijdens ziekte ontslag te nemen of anderszins loonaanspraken prijs te geven terwijl hij zich daartegen had behoren te verweren. Heeft het niet-nakomen van re-integratieplichten geleid tot ontslag tijdens de wachttijd van 104 weken, dan rijst dezelfde vraag.

4.3 Bezwaren tegen de toerekening van de ZW-uitkering aan de werkgever

Staan de werknemers van werkgever op de lijst?

Als de werkgever de lijst ontvangt van BSN-nummers van medewerkers die een ZW- of WGA-uitkering hebben ontvangen van het UWV, kan hij nagaan of die lijst klopt. Gaat het om de gelijkgestelde werknemers, personen die door nawerking zijn verzekerd of werknemers van wie de dienstbetrekking binnen 104 weken is geëindigd, dan klopt de opgave. Het is echter goed mogelijk dat ten onrechte ZW- of WGA-lasten voor 'vangnetters met werkgever' (werknemers met structurele functionele beperkingen, orgaandonoren en zieken als uitvloeisel van zwangerschap/bevalling) meegenomen zijn. Ook moeten zieke werklozen buiten beschouwing blijven en doet de werkgever er goed aan te controleren of van de juiste uitkeringshoogte is uitgegaan en of de ZW- of WGA-uitkering is ontstaan uit een dienstverband met hem.

Nawerking

Wanneer een werknemer door nawerking binnen vier weken alsnog in de ZW komt, dan is de daarmee gemoeide schadelast in beginsel bepalend voor de hoogte van de premie. Als echter de werknemer na einde dienstverband WW-gerechtigd geworden was en zich vanuit de WW binnen vier weken ziek gemeld heeft, is art. 46 ZW niet van toepassing. De ZW-lasten van zieke werklozen tellen namelijk niet mee bij de premielasten en de lasten die voortvloeien uit toepassing van art. 46 ZW wel.

Tijdstip toekenning

ZW-uitkeringen van voor 1 januari 2012 tellen niet mee voor de schadelast die van invloed is op de hoogte van de premie in 2014. Dit volgt uit art. 2.1 onder f Besluit Wfsv en art. 2.1a Besluit Wfsv. Vraag is nu of daarbij ook de ingangsdatum van belang is. Uit de tekst van deze bepalingen valt dit niet af te leiden. Van Zijl betoogt - onder verwijzing naar de toelichting op de wijziging van het Besluit Wfsv - dat uitkeringen met een ingangsdatum voor 1 januari 2012 niet in de premiedifferentiatie via de Werkhervattingskas worden meegenomen. Het is merkwaardig dat een dergelijk belangrijk element niet uit het besluit maar de toelichting blijkt.^[10] Over de uitleg zal dus nog wel enige tijd onduidelijkheid heersen.

5. Rechtvaardigt het doel van de wet de bij werkgevers teweeg gebrachte gevolgen?

Werkgevers ervaren het als onrechtvaardig dat zij belast worden met de premielast van de arbeidsongeschiktheid die zij mogelijk niet hebben veroorzaakt en ten opzichte van werknemers met wie zij slechts kort een dienstverband hebben gehad. Bezwaarlijk is dit met name waar zij op geen enkele wijze in staat zijn geweest de schadelast te beïnvloeden: in het jaar 2014 worden werkgevers geconfronteerd met een schadelast uit 2012, op basis van een wet die in 2012 tot stand is gekomen. Er was in 2012 dus geen

aanleiding om te letten op die schadelast. Nu hebben werkgevers in 2014 er met terugwerkende kracht belang bij die schadelast uit 2012 te beperken waartoe de mogelijkheden beperkt zijn. De werkgever wordt wel de gelegenheid geboden alsnog bezwaar aan te tekenen tegen de toekenningsbeslissing, maar schadelastbeperking door inzet van re-integratie is met terugwerkende kracht niet meer mogelijk. De vraag kan worden opgeworpen of het wel juist en rechtmatig is werkgevers in 2014 te confronteren met die schadelast. Op zijn minst kan gesteld worden dat deze uitwerking van de regeling strijdig is met het nagestreefde doel: werkgevers te bewegen zich in te zetten voor preventie en re-integratie. In een procedure over doorberekening van WAO-lasten bij een WIA-premie met terugwerkende kracht oordeelde de rechter dat dit de bedoeling was geweest van de wetgever en liet hij de beslissing in stand.^[11] Het betoog dat de uitwerking in het Besluit Wfsv strijdig zou zijn met art. 38 Wfsv lijkt dan ook niet direct kansrijk.

Werkgevers moeten zich ervan bewust zijn dat een werknemer die niet ziek uit dienst gaat en vervolgens binnen vier weken onverzekerd ziek wordt, door de nawerkingsbepaling van art. 46 ZW in aanmerking kan komen voor ZW-uitkering. De werknemer is bij de werkgever uit beeld, maar de instroom in de ZW heeft wel gevolgen voor de ZW- en WGA-lasten van de werkgever. Voor de werkgever kan dit aanleiding zijn om te kiezen voor het gaan dragen van eigen risico of voor postcontractuele bedingen om daarmee invloed te krijgen op de re-integratie-inspanningen van de werknemer.

Vraag is of toerekening van *deze* ZW-lasten aan de werkgever strookt met de doelstelling van de wet. Ter zake van werknemers die (nog) in dienst zijn, is het te billijken: de werkgever heeft een mogelijkheid om te werken aan preventie en ook aan schadelastbeperking bijvoorbeeld door voor te stellen het contract voort te zetten en binnen dienstverband (meer) invloed te hebben op de beperking van de schadelast. Deze mogelijkheden heeft een werkgever bij de nawerking gedurende vier weken na einde dienstverband niet. Met name de toerekening van deze last wordt door werkgevers als onrechtvaardig beschouwd. We hebben de indruk dat het hierbij gaat om een zeer beperkte groep. Als een werknemer na uitdiensttreding in de WW komt en vervolgens (binnen vier weken) ziek wordt, dan blijven deze lasten buiten beschouwing bij de vaststelling van de gedifferentieerde premie. Het risico kan dus worden beperkt door het in acht nemen van de opzegtermijn, zodat direct aansluitend recht op een WW-uitkering ontstaat.

6. De premielast vermijden of ontlopen

Nu er voor werkgevers aanzienlijke premielasten gemoeid (kunnen) zijn met dienstverbanden die van rechtswege aflopen of worden beëindigd terwijl er sprake is van ziekte, doet de vraag zich ook voor hoe werkgevers deze gevolgen zouden kunnen beïnvloeden of vermijden.

De regering heeft voor ogen staan dat werkgevers (sectorale) afspraken maken met het UWV over re-integratie en bemiddeling, neer te leggen in convenanten. De mogelijkheden om proefplaatsing als instrument in te zetten zijn verruimd en daarnaast denkt het UWV in samenwerking met de uitzendsector een passend werkaanbod te kunnen doen. Het UWV wordt daarnaast geacht meer gebruik te maken van de mogelijkheid de laatste werkgever te benaderen met het oog op werkhervatting van de 'vangnetter'. Deze ex-werkgever kan zelf helpen de inschakeling in de arbeid te bevorderen, bijvoorbeeld door een contract aan te bieden. Daarmee kan de premielast worden beperkt.

De wens tot het ontlopen van deze premielast zal desalniettemin sterk zijn. Nu al gebeurt dit door werknemers die uit dienst treden hersteld te melden en te proberen werknemers te verplichten zich van ziekmelding binnen vier weken na uitdiensttreding te onthouden en dit in een beëindigingsovereenkomst op te nemen. Herstelmelding heeft echter slechts zin wanneer er van daadwerkelijk herstel sprake is. Is het herstel er niet en kan dit - achteraf bij latere ziekmelding - op basis van medische gegevens ook duidelijk worden vastgesteld, dan is de feitelijke situatie toch doorslaggevend voor de beoordeling van de vraag of een ZW-uitkering met ingang van een bepaalde datum dient te worden toegekend.^[12] Het verdient dan ook aanbeveling een herstelmelding op basis van een beoordeling door de bedrijfsarts te laten plaatsvinden, zodat daar een medische onderbouwing voor kan worden gegeven. Herstel is aan de orde wanneer wordt vastgesteld dat de werknemer geschikt is voor de laatstelijk verrichte functie.

Ook zou een werkgever geneigd kunnen zijn om het risico te vermijden door bij indiensttreding nog scherper te selecteren op het bestaan van een arbeidsongeschiktheidsrisico. Omdat art. 4 lid 1 van de Wet op de medische keuringen dit alleen toestaat wanneer in verband met de zwaarte van de functie bijzondere eisen op het gebied van de medische geschiktheid worden gesteld en de keuring die grens niet kan oprekken, is selectie langs die weg niet goed mogelijk. Voor werknemers met een arbeidsongeschiktheidsverleden hoeft de werkgever ook niet beducht te zijn, omdat zij op grond van het bepaalde in art. 29 lid 1 onder 9 een ZW-uitkering krijgen.

Dit alles maakt het vermijden van premielast bij de aanstelling in directe dienst niet goed mogelijk. Veel meer voor de hand ligt het dat werkgevers het risico trachten te ontlopen door werknemers niet direct in dienst te nemen maar bijvoorbeeld tewerkstellen op een uitzendovereenkomst of via detachering: de premielast van een ziekerisico komt dan voor rekening van de uitzendonderneming of detacheerder. De nieuwe wet zou dan ook wel eens een impuls voor deze sector kunnen zijn om de (extra) prijs van de uitzending aan de werkgever door te berekenen.

7. De premielast beperken: keuze voor de weg van het arbeidsrecht, eigen risico en andere contractuele alternatieven

Wanneer de premielast niet kan worden voorkomen, zou een werkgever kunnen nagaan of een reductie bereikt kan worden door beperking van uitkeringslasten. Dit is ook de bedoeling van de wetgever. De werkgever kan bijvoorbeeld - indien everdienmogelijkheden zijn - een voortgezet dienstverband aanbieden, zodat de werknemer volledig binnen de onderneming van de eigen werkgever of extern kan re-integreren. Bij een voortgezet dienstverband gelden de re-integratieverplichtingen zoals deze in art. 7:658a BW en in art. 7:660a en 7:629 BW zijn vastgelegd: directe bevordering van de re-integratie is mogelijk met behulp van de verplichtingen tot het opstellen van een plan van aanpak, het verrichten van passend werk en het meewerken aan maatregelen waarmee re-integratie kan worden bevorderd. Daaraan gekoppeld zijn de mogelijkheden tot loonontzegging wanneer een werknemer daaraan geen medewerking verleent (art. 7:629 lid 3 BW).

Wanneer de werkgever er niet voor kiest het dienstverband te verlengen, vervalt het arbeidsrechtelijke kader om de re-integratie te bevorderen en zijn de re-integratieverplichtingen uit de ZW van toepassing, waarbij de werknemer door het UWV wordt begeleid. De re-integratieverplichtingen van de ZW-gerechtigde zijn met de wetswijziging aanmerkelijk aangescherpt: een ZW-gerechtigde dient in voldoende mate te proberen passende arbeid te verkrijgen, hetgeen omvat dat hij aan herstel werkt en zich onthoudt van het belemmeren van zijn genezing, dat hij zich geneeskundig laat behandelen, deskundige adviezen daarover opvolgt en meewerkt aan activiteiten die de inschakeling in de arbeid kunnen bevorderen zoals door aanpassing van een arbeidsplaats en het opstellen en uitvoeren van een plan van aanpak (art. 29g ZW). Het niet-voldoen aan deze verplichting kan leiden tot een maatregel op basis van het Maatregelenbesluit. Het UWV dient op de naleving van deze verplichtingen toe te zien. Wanneer de werkgever daarin een sturende rol zou willen hebben, staat de mogelijkheid open om als eigenrisicodrager daarin een verantwoordelijkheid te nemen. De werkgever zou een werkaanbod kunnen doen en bij weigering van passende arbeid dit kunnen melden bij het UWV en aansturen op sanctietoepassing op grond van art. 30 ZW.

Eigen risico dragen

Werkgevers hebben voor de Ziektewet nu al de mogelijkheid om eigenrisicodrager te worden of blijven, maar voor het WGA-flex-risico is dit in 2014 en 2015 nog niet mogelijk. Per 1 januari 2016 worden de premiestellingen van de WGA-flex en de WGA-vast samengevoegd: dan kunnen werkgevers voor een publieke verzekering met een gedifferentieerde premie of eigen risico voor de totale WGA-lasten kiezen, waarbij dan ook private herverzekering mogelijk is. Bij de omvang van het eigen risico is de ingangsdatum van het eigenrisicodragerschap van belang: de lasten vallen buiten het eigen risico voor zover de eerste arbeidsongeschiktheidsdag is gelegen voor eigenrisicodragerschap (art. 63b lid 1 ZW). Kiest de werkgever hiervoor, dan treedt hij voor de uitvoering van de wet in de plaats van het UWV. Dit betekent dat de werkgever beslist over de toekenning van de uitkering met uitzondering van de eerstejaarsbeoordeling (art. 63a ZW): de

eigenrisicodragers kan het UWV verzoeken om dit voor hem uit te voeren. In dat geval brengt het UWV kosten daarvoor in rekening (art. 63a lid 4 ZW). De eigenrisicodragers kan ook zelf de re-integratie ter hand nemen met daaraan gekoppelde maatregelen indien de uitkeringsgerechtigde daar geen medewerking aan verleent (zie art. 93a ZW). De feitelijke invulling impliceert een behoorlijke organisatorische rompslomp, waarop door het UWV toezicht wordt gehouden. De werkgever bereidt daartoe beslissingen voor over de toekenning van uitkering en op te leggen maatregelen, die door het UWV vervolgens binnen twee weken in een formele beschikking worden opgenomen. Vervolgens draagt het UWV zorg voor de eventuele bezwaarprocedure tegen de van de werkgever overgenomen beslissing, zoals vastgelegd in de beschikking. Aan dit eigen risico is dus een bestuursrechtelijke rechtsbescherming gekoppeld.

Contractuele verplichtingen opleggen

In plaats van deze in de wet geregelde verantwoordelijkheid kiezen werkgevers er ook voor buiten dienstbetrekking en zonder aanvaarding van het eigen risicodragerschap afspraken te maken met werknemers over postcontractuele re-integratieverplichtingen. Vanuit werkgevers(organisaties)^[13] wordt gesteld dat het zinnig zou kunnen zijn in de arbeidsovereenkomst of bij het einde daarvan een postcontractueel beding op te nemen. Op internet heeft een tekstvoorstel gecirculeerd waarin wordt aangeraden te bedingen dat werknemers zich verplichten in geval van ziekmelding binnen vier weken na einde van het dienstverband, dit te melden bij de werkgever en tevens, op straffe van een (substantiële) dwangsom voor iedere overtreding (€ 2.500) en iedere dag (€ 500), gehoor te geven aan een oproep van de bedrijfsarts en/of arbeidsdeskundige, alle informatie te verstrekken aan de werkgever die op grond van de ZW of WIA verstrekt moet worden, mee te werken aan een namens werkgever aangeboden re-integratietraject en aan proefplaatsing en een vervroegde IVA-uitkering aan te vragen. Dit alles overigens zonder dat daar in het voorgestelde beding een daadwerkelijke verplichting van de werkgever tot het leveren van enige inspanning ter zake van het bevorderen van de re-integratie tegenover komt te staan.

Of dergelijke afspraken geldig en bovenal afdwingbaar zijn, valt naar ons oordeel te betwijfelen. De vraag doet zich voor of de werkgever zich op basis van contractuele afspraken met de werknemer kan bemoeien via negatieve sancties buiten de door de wetgever gegeven kaders van het arbeids- en socialezekerheidsrecht.

Wanneer deze afspraken in het kader van de arbeidsovereenkomst of zelfs al bij het aangaan daarvan worden gemaakt met het oog op toepassing na afloop, is naar onze visie het bepaalde in art. 7:650 BW van toepassing. Deze bepaling, stelt op straffe van vernietigbaarheid, beperkingen aan de mogelijkheid boetes en dwangsommen op te leggen door dit slechts mogelijk te maken als de voorschriften op de overtreding waarvan de boete gesteld is, concrete verplichtingen bevatten en strikte regels geven voor wat betreft de hoogte en het verbeuren van de boete. Aan al deze eisen wordt niet voldaan voor zover het om algemene en globale voorschriften gaat als te voldoen aan 'verplichtingen opgelegd in het kader van ZW en WIA'. De hoogte van de boete wordt ook niet gerelateerd aan het inkomen/loon.

Het vastleggen van dergelijke afspraken in een vaststellingsovereenkomst bij het einde van de arbeidsverhouding die bedoeld zijn te gelden voor de periode na het einde van de arbeidsovereenkomst, lijkt ons lastig. Van absolute nietigheid in verband met strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden zal niet direct sprake zijn. Bezwaarlijk is wel dat de afspraken zien op verplichtingen en sancties die niet in het kader van de uitoefening of beëindiging van de tussen partijen geldende arbeidsovereenkomst worden gemaakt, maar zuiver met het oog op de - mogelijk in de toekomst - aan de werkgever op te leggen premielasten. Met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst hebben deze verplichtingen niets van doen: zij beogen verplichtingen aan de werknemer op te leggen wanneer de werkgever *in de toekomst* met de premiegevolgen van bij de werknemer bestaande ongeschiktheid wordt geconfronteerd. Partijen verkeren bij het aangaan van deze afspraken niet in onzekerheid over hetgeen daarbij tussen hen rechtens geldt en kunnen dus niet al bij voorbaat, ter beëindiging van enige op dit punt bestaande onzekerheid of geschil, afspraken maken. Zij verschillen ook van afspraken over de geheimhouding van informatie die *in de dienstbetrekking* is verkregen of het zich onthouden van zakelijke contacten met relaties die *in het kader van de dienstbetrekking* zijn aangegaan ten einde de reikwijdte van deze afspraken, die ook ten tijde van de arbeidsovereenkomst een gelding hadden, voor de toekomst af te bakenen. Wil men daarentegen een met sancties versterkte schriftelijke garantie van de vertrekkende werknemer voor toekomstig gedrag, dat geheel

buiten de sfeer van de arbeidsovereenkomst is gelegen, dan kan zoiets naar ons oordeel niet in de vorm van een vaststellingsovereenkomst. Dit heeft dan tot gevolg dat een desondanks in de vaststellingsovereenkomst opgenomen onderdeel met een dergelijke strekking vernietigbaar is wegens een wilsgebrek of dat een beroep kan worden gedaan op art. 6:248 lid 1 en lid 2 BW.

Dergelijke postcontractuele bedingen staan ook op gespannen voet met het wettelijk systeem. Een dergelijk beding bewerkstelligt immers dat een 'vangnetter' door zowel het UWV als zijn voormalig werkgever op het terrein van re-integratie kan worden aangestuurd en bij onvoldoende medewerking met een sanctie (maatregel en/of boete) getroffen kan worden. Volgens ons is dit samenstel van (mogelijke) effecten niet in overeenstemming met de intenties van de wet(gever). Zeker als daar niet tegenover staat dat de werkgever van zijn kant een extra verantwoordelijkheid tot re-integratie van de werknemer op zich neemt.

Denkbaar is dat bij rechterlijke toetsing wordt geoordeeld dat er sprake is van misbruik van omstandigheden wanneer een werkgever de werknemer ingrijpende verplichtingen en voorwaarden oplegt (ook als deze die accordeert), met name als het ingrijpende karakter voor de laatste niet of minder kenbaar was. Op de inhoud van zulke afspraken is ook van alles af te dingen als adequate garanties voor vertrouwelijkheid van te verstrekken informatie ontbreken en als de reikwijdte van de verplichtingen tot naleving van regels in het kader van de ZW en WIA ongewis is. Tot slot memoreren wij als bezwaar dat afspraken als deze buiten ieder arbeidsrechtelijk en bestuursrechtelijk toetsingskader vallen, zodat ook de rechtsbescherming tekortschiet.

8. Besluit

De Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters gaat werkgevers verplichten lasten in het kader van ZW en/of WGA op zich te nemen die voortvloeien uit de arbeidsongeschiktheid van werknemers die uit dienst treden. De gevolgen kunnen aanmerkelijk zijn en voor werkgevers kan de wet tot aanzienlijke administratieve rompslomp leiden die samenhangt met de behoefte de gerechtvaardigdheid te toetsen van een opgelegde verplichting of de mogelijkheid van vermijding of vermindering van de premielast te benutten. Naast de door de wetgever al aangereikte mogelijkheden kiezen werkgevers voor contractuele verplichtingen van (vertrekkende) werknemers waarmee zij de betrokken 'vangnetters' nog lang na het einde van de arbeidsovereenkomst aan verplichtingen beogen te binden.

Voetnoten

[1] Mr. dr. P.H. Burger, zij is redacteur van dit tijdschrift & mr. dr. P.S. Fluit, hij is werkzaam als advocaat te Utrecht.

[2] Kamerstukken II 2011/12, 33 241, nr. 3, p. 4.

[3] Zie CRvB 1 september 2010, *LJN* BN5841.

[4] Zie nader *Tekst en Commentaar Socialezekerheidsrecht* 2012, commentaar op art. 4 en 5 ZW.

[5] Toelichting Ufo: uitvoeringsfonds voor de overheid, een fonds van waaruit uitkeringen voor werkloze overheidswerknemers worden betaald met verhaal op de overheidswerkgevers.

[6] Besluit gedifferentieerde premie Werkhervattingskas 2014, Stcrt. 2013, nr. 24667. Zie ook: Nota 'Gedifferentieerde premies WGA en ZW 2014', www.uwv.nl.

[7] Art. 38a Wfsv waarin vervolgens voor de nadere uitwerking verwezen wordt naar het Besluit Wfsv.

[8] Art. 117b lid 3 Wfsv.

[9] Zie voor de lasten ter zake van de WGA-flex art. 2.12 lid 2 Besluit Wfsv. Deze omvat degenen die o.g.v.

art. 46 ZW een uitkering ontvangen en degenen waarvoor later een WGA-recht ontstaat (ex. art. 55 en 57 WGA). Bij die lasten voor ZW en WGA-flex gaat het steeds om de drie groepen ZW-gerechtigden, zoals bedoeld in art. 29 lid 2 onder a-c ZW.

[10] J.P.M. van Zijl, 'Zin en onzin van bezwaar tegen beslissingen ziektewetbeslissingen', www.2connect.nl/nieuwsberichten/bezwaar-ziektewetuitkering, verwijst naar de toelichting op het besluit van 13 oktober 2012 tot wijziging van het besluit Wfsv, Stb. 2012, 494.

[11] Hof 's-Gravenhage 9 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP7490, HR 9 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8788.

[12] Zie: CRvB 13 oktober 2004, *LJN* AR3845; CRvB 21 april 2004, *LJN* AO9957.

[13] Zie: www.grip-verzuimservice.nl/news/modernisering-ziektewet-postcontractueel-beding-werkgevers; www.tln.nl.