https://www.deverzuimadviesgroep.nl/kenniscentrum/blog/54-is-de-zieke-werknemer-beter-af-onder-de-wet-werk-en-zekerheid-wwz

# Paper: Is de zieke werknemer beter af onder de Wet Werk en Zekerheid (WWZ)?

Gepubliceerd: 2016-02-02 09:49:40

*Door Björn van Dijk - Strix Advocaten*

Zieke werknemers zijn een bron van zorgen voor werkgevers. Eén van de meest gehoorde bezwaren blijft de lange duur waarover het salaris doorbetaald moet worden en waarmee Nederland volledig uit de pas loopt met andere Europese landen. Het CPB rekende echter eerder dit jaar door dat een verkorting van de loondoorbetalingstermijn naar een jaar €0,8 miljard extra werkgeverslasten per jaar oplevert en een verslechtering van de overheidsfinanciën van €0,1 miljard. Verkorting van de loondoorbetalingstermijn lijkt er daarom ook onder de WWZ niet in te zitten, hoewel het nu zittende kabinet heeft uitgesproken het huidige systeem toch onder de loep te willen nemen.
Is de rechtspositie van de zieke werknemer onder de WWZ dan anders geworden waardoor het voor werkgevers eenvoudiger of minder kostbaar is geworden om afscheid van hem te nemen? Hierna zal die vraag aan de hand van de verschillende mogelijkheden om het dienstverband met een zieke werknemer te (doen) beëindigen, zoveel mogelijk beantwoord worden.

## Beëindigingsmodaliteiten

Tot 1 juli kon de arbeidsovereenkomst met een werknemer beëindigd worden door middel van een ontslagvergunning of via ontbinding door de kantonrechter. Per 1 juli is die keuzevrijheid komen te vervallen. Bij bedrijfseconomische omstandigheden en in geval van langdurig zieke werknemers kan er slechts beëindigd worden met een ontslagvergunning. Voor andere ontslaggronden moet er ontbinding gevraagd worden aan de kantonrechter. Deze wijziging laat onverlet de ook vóór 1 juli bestaande mogelijkheid een vaststellingsovereenkomst te sluiten. Nieuw is evenwel de opzegging met schriftelijke instemming door de werknemer. Wat betekent dit alles nu in de praktijk voor de zieke werknemer?

## Ontslagroute UWV

UWV kan zich slechts nog buigen over aanvragen om ontslagvergunningen op grond van bedrijfseconomische redenen (art.7:671a lid 1 jo. 7:669 lid 3 BW) of langdurige arbeidsongeschiktheid. Tegelijk is het niet meer mogelijk om op basis van die gronden ontbinding te verzoeken aan de kantonrechter. Dat kan alleen wanneer UWV eerder afwijzend op een dergelijke aanvraag heeft beslist (art. 7:671b lid 1 onder b BW) of wanneer het een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betreft. Deze fundamentele wijziging heeft een aanzienlijk versterkend effect op de rechtspositie van zieke werknemers.

*Bedrijfseconomische redenen*
De eerste belangrijke positieversterking van zieke werknemers is te vinden in het

kader van ontslagvergunningen op grond van bedrijfseconomische redenen (de a-grond van art. 7:669 lid 3 BW). De kantonrechter vergewiste zich er vóór 1 juli slechts van of het ontbindingsverzoek wegens bedrijfseconomische redenen al dan niet verband hield met een opzegverbod. Duidelijk mag zijn dat een dergelijk verband in de regel niet aangewezen kon worden. Het opzegverbod kon op die manier dan ook eenvoudig 'omzeild' worden.
Tenzij de ziekte een aanvang heeft genomen nadat de aanvraag om een ontslagvergunning op bedrijfseconomische gronden bij UWV is ingediend (art. 7:670 lid 1 onder b BW) of als het gaat om algehele bedrijfssluiting (art. 7:670a lid 2 sub d BW), kan sinds 1 juli een aanvraag om een ontslagvergunning wegens bedrijfseconomische redenen nooit het beoogde effect sorteren wanneer de betreffende werknemer ziek is (art. 7:670 lid 1 BW). Voor de reorganisatiepraktijk betekent dit dat de werkgever niet die zieke werknemer kan ontslaan die volgens het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komt. Dat lijkt niet redelijk wanneer de werkgever de noodzaak van zijn reorganisatie wel heeft aangetoond. Daarom is geregeld dat in dat geval de eerstvolgende werknemer voor ontslag in aanmerking komt indien de bedrijfsarts heeft geoordeeld dat de zieke werknemer dat naar verwachting nog minimaal 4 weken zal blijven. Wat er van die implicatie van het opzegverbod zij, de zieke werknemer zelf is dus aanzienlijk beter beschermd tegen ontslag in geval van bedrijfseconomische omstandigheden dan voorheen en wat de wetgever ook uitdrukkelijk heeft beoogd.

*Langdurige ziekte*
Na meer dan twee jaar van ziekte (de b-grond van art. 7:669 lid 3 BW) bestaat er ook onder WWZ voor de werkgever de mogelijkheid een ontslagvergunning aan te vragen. Het opzegverbod geldt dan logischerwijs niet (art. 7: 670 lid 1 onder a BW). Als vereisten gelden dat de ongeschiktheid tot werken 104 weken heeft geduurd, de werkgever voldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht en herstel van de werknemer niet binnen 26 weken verwacht kan worden noch in die periode aangepaste arbeid kan worden gerealiseerd. Materieelrechtelijk is aan deze ontslagmogelijkheid door de bank genomen niets gewijzigd. Overigens, ten aanzien van zieke werknemers die zich niet aan hun re-integratieverplichting houden ex art.7: 660a BW, geldt het opzegverbod wegens ziekte niet.
Tot 1 juli kon naast het benaderen van UWV voor een ontslagvergunning ook de kantonrechter om ontbinding wegens langdurige ziekte verzocht worden. Daarbij werden door de kantonrechter de beleidsregels van UWV (Beleidsregel Ontslagtaak UWV) toegepast. Voordeel van de UWV-procedure ten opzichte van een ontbindingsprocedure was dat voorkomen kon worden dat er aan de werknemer een vergoeding betaald moest worden, welk risico wel bestond in geval van ontbinding. Met de invoering van de transitievergoeding is dit werkgeversvoordeel komen te vervallen.

*Toetsing oordeel UWV*
De opzegging van een arbeidsovereenkomst op grond van een ontslagvergunning kan per 1 juli getoetst worden door de kantonrechter (art. 7:682 lid 1 BW). Is de opzegging volgens de kantonrechter is strijd met art. 7:669 lid 3 onder a of b BW dan kan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst herstellen (art. 7:682 lid 1 onder a BW). Het betreft dan een zuiver materieelrechtelijke toets ten aanzien van de vereisten die voor die ontslaggronden gelden. Op grond van art. 7:682 lid 1 onder b

BW kan de kantonrechter tevens een billijke vergoeding toekennen in het geval de opzegging middels een ontslagvergunning op grond van bedrijfseconomische omstandigheden vernietigbaar is, maar herstel van het dienstverband niet aan de orde kan zijn vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Wanneer sprake is van een vernietigbare opzegging wegens langdurige ziekte kan op grond van lid 1 onder c – zonder te hoeven beoordelen of herstel van het dienstverband al dan niet aan de orde is – een billijke vergoeding toegekend worden wanneer de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Het gaat in zo'n geval dus niet om een materieelrechtelijke toets van de ontslagcriteria maar naar mijn mening meer om een oorzaak/gevolgen-toets zoals we die kennen in het licht van het kennelijk onredelijk ontslag (het vervallen art. 7:681 BW) en wat tot 1 juli jl. de enige mogelijkheid vormde om een opzegging op grond van een ontslagvergunning in rechte voor te leggen. Gegeven de redactie van art. 7:682 lid 1 onder c BW lijkt echter de beoordelingslat hoger te liggen dan het wat milder geformuleerde kennelijk onredelijk ontslag en waarvoor verwijtbaarheid, laat staan ernstige, niet vereist was. Zo kon de combinatie van een langdurig dienstverband en ongeschiktheid tot werken als gevolg van dat dienstverband, kennelijk onredelijk ontslag opleveren.
Tegen genoemde mogelijke beslissingen van de kantonrechter kan hoger beroep en cassatie worden ingesteld zonder schorsende werking waar het toegewezen herstel van het dienstverband betreft (art. 7:683 lid 1 BW). Deze mogelijkheid geldt uiteraard ook voor niet zieke werknemers van wie het dienstverband is opgezegd wegens bedrijfseconomische redenen en vormt daarmee een algehele rechtspositieversterkende wijziging.

**Ontbinding**

Zoals hiervoor al genoemd is, is het UWV dat bij exclusiviteit oordeelt over het ontslag van langdurig zieke werknemers, waarbij ik hier wel opmerk dat het dan moet gaan om werknemers met dienstverbanden voor onbepaalde tijd of voor bepaalde tijd met tussentijds opzegbeding. In art. 7:671b lid 1 onder c BW is namelijk opgenomen dat ontbinding op de a- en b-grond mogelijk is bij contracten voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding. In art. 7:671b lid onder b BW is voorts ten aanzien van werknemers met arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de mogelijkheid opgenomen om ontbinding te vragen wanneer de aanvraag om een ontslagvergunning is afgewezen.
Uit art. 7:671b lid 2 BW volgt dat de kantonrechter een verzoek op grond van het eerste lid alleen kan inwilligen indien er, voor zover hier van belang, geen opzegverboden of met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbare opzegverboden in een ander wettelijk voorschrift gelden. Dat maakt dat een ontbindingsverzoek op grond van ziekte of bedrijfseconomische omstandigheden wegens het opzegverbod niet kan worden toegewezen. In afwijking van lid 2 is in lid 6 bepaald dat ondanks een opzegverbod een ontbindingsverzoek kan worden toegewezen wanneer het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben óf er sprake is van omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst in het belang van de werknemer dient te eindigen. Dat laatste lijkt voor de praktijk een zeldzaamheid. Relevanter is daarom de eerste afwijkingsmogelijkheid. Wat daaraan om te beginnen opvalt is dat die bepaling geen onderscheid maakt tussen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde of

voor onbepaalde tijd. Daar waar het UWV de ontslagvergunning geweigerd heeft op inhoudelijke gronden kan bij ontbinding van een contract voor bepaalde tijd van een zieke werknemer volstaan worden met toetsing van de criteria die gelden bij langdurige ziekte of bedrijfseconomische. Weliswaar zou die toetsing door de kantonrechter niet anders moeten uitvallen dan wanneer UWV zich daarover zou hebben gebogen maar een wat hellend vlak vormt het wel. Hoe dan ook, het criterium dat het opzegverbod genegeerd mag worden in geval het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben, zal ook onder de WWZ steeds waar mogelijk de discussie doen ontaarden of aan het opzegverbod al dan geen reflexwerking toekomt, ondanks het in art. 7:671b lid 6 BW geformuleerde uitgangspunt van het opzegverbod wegens ziekte. Ik verwijs in dit verband naar een uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 23 juli 2015 (ECLI:NL:RBGEL:7059), waarin ontbinding gevraagd werd van een arbeidsovereenkomst met een aan alcohol verslaafde buschauffeur op de grond van een onherstelbare vertrouwensbreuk. De kantonrechter overwoog:

*'Die gronden kunnen naar het oordeel van de kantonrechter niet worden aangemerkt als gronden die geheel losstaan van de (aard van de) ziekte. Daarom kan niet worden gezegd dat er gronden zijn voor de ontbinding die geen verband houden met de ziekte zodanig dat het beroep op de reflexwerking van het opzegverbod in dit geval niet zou gelden.'*

De kantonrechter lijkt hier te zeggen dat het verzoek wel verband houdt met omstandigheden waarop het opzegverbod betrekking heeft (art. 7:671b lid 6 onder a BW), maar spreekt desondanks expliciet van reflexwerking van het opzegverbod. Op zich beschouwd zou het kennelijke gedrag van de chauffeur de veiligheid van passagiers in het geding kunnen brengen en zijn weigering zijn leven te beteren, samen kunnen leiden tot een onwerkbare arbeidsrelatie en daarmee ontbinding rechtvaardigen. De kantonrechter heeft in deze uitspraak evenwel gemeend dat dan het opzegverbod ten onrechte genegeerd zou worden en heeft er mijns inziens daarom reflexwerking aan toegekend.
Belangrijk lijkt op het oog de mogelijkheid om in hoger beroep te gaan tegen toegewezen ontbindingsverzoeken met een vernietiging van die beschikking of toekenning van een billijkheidsvergoeding als mogelijk gevolg (art. 7:683 lid 3 BW). De onzekerheid en financiële risico's die dat met zich brengt zou werkgevers moeten prikkelen het daar niet op aan te laten komen en een minnelijke oplossing met de werknemer te realiseren. Of deze beroepsmogelijkheid in de praktijk al of niet een papieren tijger blijkt te zijn, zal afgewacht moeten worden. In theorie levert het een versterking van de rechtspositie van zieke werknemers op, met ook hier de aantekening dat dit natuurlijk ook voor niet zieke werknemers geldt.

**Vaststellingsovereenkomst / opzegging met schriftelijke instemming**

Alternatieven voor het omzeilen van het opzegverbod worden in theorie geboden door de art. 7:670b en art. 7:671 BW. De eerste betreft de vaststellingsovereenkomst, de tweede bepaling is nieuw en ziet op opzegging door de werkgever met schriftelijke instemming van de werknemer. In beide gevallen komt aan de werknemer bedenktijd van twee tot drie weken toe (art. 7:670b lid 2 en 3 BW respectievelijk art. 7:671 lid 2 en 3 BW), waarbinnen op de aanvankelijke wilsuiting kan worden teruggekomen. Beide mogelijkheden zijn voor een zieke werknemer uiterst risicovol, zo niet fataal,

voor het recht op een Ziektewetuitkering. In artikel 45 lid 1 jo. 7 Ziektewet (ZW) is opgenomen dat een werknemer moet voorkomen dat de fondsen worden benadeeld, wat onder meer het geval is wanneer zonder deugdelijke grond nagelaten wordt verweer te voeren tegen of zonder verweer ingestemd wordt met een beëindiging van het dienstverband terwijl het opzegverbod van toepassing is. De ratio van deze bepaling ligt voor de hand; gold deze drempel voor het recht op het uitkering niet dan was het wel erg eenvoudig om van zieke werknemers af te komen. De vraag dringt zich wel op wat de intensiteit moet zijn van een gevoerd verweer. Uitgangspunt is dat de werknemer al datgene wat tegen een (voorgenomen) ontslag kan worden aangevoerd ook daadwerkelijk in stelling brengt en verweer alleen achterwege kan blijven wanneer dat kansloos is of de kans op succes ervan verwaarloosbaar klein zou zijn. Als voorbeeld kan genoemd worden een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) van 4 april 2012 (ECLI:NL:CRVB:2012:BW1977). De betrokken zieke werknemer stemde in met beëindiging van zijn dienstverband wegens bedrijfseconomische omstandigheden en onder toepassing van een door de vakbonden geaccordeerd sociaal plan. UWV weigerde een Ziektewetuitkering op grond van benadeling. De CRvB oordeelde echter dat nu het verval van arbeidsplaatsen niet in geschil was, het afspiegelingsbeginsel juist was toegepast en voorts de gehanteerde opzegtermijn en toegekende ontslagvergoeding juist tot stand waren gekomen, het de werknemer niet verweten kon worden ingestemd te hebben met de beëindiging en daarom van benadeling geen sprake was. Onder de WWZ zal zelfs deze uitzondering niet geaccepteerd meer kunnen worden. Immers geldt bij bedrijfseconomische omstandigheden een absoluut opzegverbod zodat een analyse over de vraag of enig verweer in een ontslagkwestie wegens bedrijfseconomische omstandigheden kansrijk is, niet meer aan de orde kan zijn. Een zieke werknemer die vrijwillig instemt met zijn ontslag of geen verweer voert zal altijd verweten (moeten) worden niet geageerd te hebben op grond van het opzegverbod wegens ziekte.
De mogelijkheden van de beëindiging met wederzijds goedvinden en opzegging met schriftelijke instemming zullen dus onder de WWZ eens te meer niet aan te bevelen zijn voor zieke werknemers. Stemt de zieke werknemer toch in met beëindiging of opzegging dan heeft hij twee of drie weken de tijd daarop terug te komen en wordt de beëindiging of opzegging geacht nooit bestaan te hebben.

**Transitievergoeding voor de zieke werknemer**

Op grond van art. 7:673 BW heeft de werknemer die 24 maanden of langer in dienst is – wat per definitie het geval is bij zieke werknemers voor wie ontslag aangezegd is op grond van langdurige ziekte (minstens twee jaar) – en onvrijwillig zijn baan verliest, recht op de transitievergoeding, zowel bij opzegging als ontbinding. De vergoeding is tevens verschuldigd bij het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever. De vergoeding is verder alleen dan niet verschuldigd wanneer het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (art. 7:673 lid 7 onder c BW).
Tot 1 juli kon zowel via het UWV als via de kantonrechter beëindiging van een dienstverband met een langdurig zieke werknemer worden gerealiseerd. Vanwege het risico om als werkgever tegen een ontbindingsvergoeding aan te lopen, werd vaak voor de UWV-route gekozen. Door de invoering van de transitievergoeding wordt de werkgever standaard geconfronteerd met een te betalen vergoeding, tenzij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Gedacht

kan daarbij worden aan de werknemer die ontslagen wordt vanwege zijn weigering zich in te spannen voor zijn re-integratie en in welke situatie het opzegverbod overigens ook niet geldt (art. 7:670a lid 1 BW). Opdam merkte op dat het verschuldigd zijn van de transitievergoeding niet redelijk is in het geval de zieke werknemer middels het tweede spoor duurzaam gere-integreerd is en het dienstverband met de oorspronkelijke werkgever om die reden beëindigd kan worden. Dat valt wel in te voelen, maar het is de wetgever er op dit punt om te doen geweest om iedere werknemer omwille van de rechtszekerheid gelijk behandeld te zien. De werkgever kan er voor kiezen het dienstverband slapende te houden tot aan de pensioengerechtigde leeftijd, waarna geen transitievergoeding verschuldigd is. Zo heeft de kantonrechter Gouda in zijn beschikking van 21 oktober jl. (AR 2015 – 1095) geoordeeld dat er in de WWZ geen verplichting is opgenomen om een dienstverband tot een eind te brengen en een werkgever daartoe dus ook niet gehouden is.

**Conclusie**

Het antwoord op de vraag of de zieke werknemer beter af is onder de WWZ luidt wat mij betreft duidelijk bevestigend. De onmogelijkheid om een zieke werknemer te ontslaan in geval van bedrijfseconomische omstandigheden steekt er daarbij met kop en schouders bovenuit. Het opzegverbod is namelijk zo absoluut dat ook een vaststellingsovereenkomst in een dergelijke situatie geen oplossing kan bieden. UWV zal dan steeds tot benadeling van het fonds moeten beslissen en een Ziektewetuitkering weigeren.
Een nieuwe versterkend element onder de WWZ is ook dat van beslissingen op ontslagaanvragen door UWV beroep ingesteld kan worden bij de kantonrechter. Dit rechtsmiddel bestond eerder niet zo expliciet. Tot 1 juli stond slechts de actie tot kennelijk onredelijk ontslag open, waarbij de kennelijke onredelijkheid van de opzegging zelf werd beoordeeld maar niet zozeer de beslissing tot toekenning van de ontslagvergunning.
Tot slot, vanaf 1 juli geldt dat ook zieke werknemers van wie de arbeidsovereenkomst opgezegd wordt, aanspraak maken op de transitievergoeding. Werkgevers zijn evenwel niet verplicht om het dienstverband met een meer dan 2 jaar zieke werknemer te beëindigen en zouden deze slapend kunnen houden tot de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer, waarna er geen transitievergoeding verschuldigd is.
De openstelling van hoger beroep en cassatie is weliswaar niet voorbehouden aan zieke werknemers, maar vormt desondanks een welkome aanvulling op hun toch al niet toe te wensen (rechts)positie.

Voetnoten
1: M. Opdam, ‘De gevolgen van de Wet werk en zekerheid voor de positie van de zieke werknemer, ArbeidsRecht 2015/23
2: E. van Fennema en T. Ridder, ‘Opzegging op de a- en b-grond volgens de WWZ", ArbeidsRecht 2014/50
3: Overigens danig genuanceerd in HR 15 februari 2008 (ECLI:NL:HR:BC2206)
4: P.H. Burger, ‘Ontslag en toegang tot de sociale zekerheid voor de zieke werknemer’,TRA 2014/74

1 november 2015