

Loondoorbetaling na 104 weken ziekte

Brief minister Donner

Datum 2 februari 2010

Bij brief van 2 juli jl. heeft u gereageerd op mijn brief van 19 december 2008. Uw reactie heeft u inmiddels ook bij brief van 3 december jl. aan de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer kenbaar gemaakt.

In deze brief treft u een reactie aan op de opvatting die u in uw beide brieven – in vrijwel gelijke bewoordingen – heeft neergelegd.

Kern van het probleem

Het probleem waar het hier om gaat kan zich voordoen in de situatie dat een werknemer na 104 weken ziekte niet de bedongen maar wel passende arbeid verricht of gaat verrichten (Daaronder wordt in deze brief ook begrepen de situatie dat de werknemer de bedongen arbeid niet in de volle omvang verricht). Indien deze werknemer op een later tijdstip deze passende arbeid niet kan uitoefenen vanwege ziekte, heeft hij enkel recht op loondoorbetaling als die passende arbeid wordt aangemerkt als de bedongen arbeid. Om te voorkomen dat tussen werkgever en werknemer verschil van mening ontstaat over de vraag welke arbeid de bedongen arbeid is, heb ik in mijn brief van 19 december 2008 aangegeven dat het aanbeveling verdient dat zij daar aan het einde van de loondoorbetalingsperiode van 104 weken duidelijke afspraken over maken.

Uw brieven

In uw brieven merkt u op dat de partijen in uw Stichting de hiervoor beschreven situatie niet als zodanig herkennen. U heeft daarover ook navraag gedaan bij het Verbond van Verzekeraars en het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV). Het Verbond van Verzekeraars heeft u gemeld dat verzekeraars de situatie niet in de praktijk tegenkomen. Verder heeft het Verbond aangegeven dat het loondoorbetalingsrisico in deze situatie niet is gedekt in de verzuimverzekeringen van werkgevers, ook niet als de bedongen arbeid inmiddels expliciet is gewijzigd. Het UWV heeft u gemeld de situatie wel te kennen.

Verder merkt u op dat u van mening bent dat deze situatie aandacht behoeft. Volgens u is thans niet duidelijk welke rechten een werknemer in die situatie heeft. Evenmin is duidelijk welke verplichtingen een werkgever heeft jegens de werknemer. In uw brief van 2 juli jl. merkt u vervolgens op dat dit niet valt te ondervangen door schriftelijk in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst vast te leggen dat de bedongen arbeid is gewijzigd of door afspraken te maken over het bij ziekte uit te keren loon. Onder verwijzing naar de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch op 6 januari 2009, JAR 2009/54, merkt u op dat ook zonder een nieuwe schriftelijke arbeidsovereenkomst een recht op loondoorbetaling bij ziekte kan ontstaan, zodat de hoogte van het bij ziekte uit te keren loon wettelijk is geregeld. In uw brief van 3 december jl. voegt u daar nog aan toe dat voornoemde oplossing eveneens ongewenst is omdat in deze situatie de werknemer de vragende partij is, terwijl het voor werkgevers een nieuwe verplichting tot loondoorbetaling inhoudt. Werknemers en werkgevers worden daardoor gedwongen stelling te nemen.

Op grond van het voorgaande concludeert u dat het de verantwoordelijkheid van de wetgever is om tot een structurele oplossing te komen. Hierbij denkt u bijvoorbeeld aan een no-risk-polisconstructie waarbij de loondoorbetalingsverplichting voor de werkgever wordt gecompenseerd via de Ziektewet (ZW) of door de werknemer recht te geven op een ZW-uitkering.

Opbouw vervolg van deze brief

Hierna zullen eerst enkele opmerkingen worden gemaakt voor een goed begrip van het probleem. Daarna komt de stand van zaken op grond van de huidige jurisprudentie aan de orde. Vervolgens geef ik een inhoudelijke reactie op uw opvatting. Tot slot zullen drie opties worden besproken om voornoemd probleem te voorkomen, alsmede een gemotiveerde keuze welke optie de voorkeur verdient.

Opmerkingen tot goed begrip

In uw brief van 3 december jl. merkt u op dat volgens de minister werknemers die minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn, niet opnieuw recht hebben op loondoorbetaling als zij in bovengenoemde situatie ziek worden tijdens het verrichten van passende arbeid. Ten eerste wil ik daarover opmerken dat de uitspraak van het Hof Den Bosch van 3 augustus 2004, JAR 2004/274, niet enkel betekenis heeft voor werknemers die minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn, maar ook voor werknemers die ten minste 35% arbeidsongeschikt zijn en daarom een uitkering op grond van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (Wet WIA) ontvangen. In beide gevallen ontstaat geen nieuw recht op loondoorbetaling als de passende arbeid niet wordt aangemerkt als de bedongen arbeid. In het laatste geval zullen werkgever en werknemer dat echter niet als een probleem ervaren, omdat een werknemer dan als WIA-gerechtigde recht heeft op ziekingeld ingevolge artikel 29b, vierde lid, ZW (no risk polis). De hoogte van dit ziekingeld bedraagt in beginsel 70% van het dagloon (zie artikel 29b, vijfde lid, ZW). Dit kan ingevolge het zesde lid van artikel 29b ZW op verzoek van de werkgever worden verhoogd, maar het kan niet meer bedragen dan het loon dat de werkgever verschuldigd zou zijn, als daarop geen ziekingeld in mindering zou zijn gebracht. Op deze verhoging van het ziekingeld kan dus geen beroep worden gedaan als de werkgever geen loondoorbetalingsverplichting heeft. Alleen daarom al heeft voornoemde uitspraak ook betekenis voor werknemers die ten minste 35% arbeidsongeschikt zijn.

Ten tweede wil ik opmerken dat u mijn opvatting niet exact weergeeft. U stelt dat 'volgens de minister' er geen nieuw recht op loondoorbetaling ontstaat als een werknemer in bovengenoemde situatie ziek wordt tijdens het verrichten van passende arbeid. Ik hecht eraan om dit te preciseren: er ontstaat volgens mij alleen geen nieuw recht op loondoorbetaling als die passende arbeid niet wordt aangemerkt als de bedongen arbeid. Indien dat laatste wel het geval is, ontstaat er volgens mij namelijk wel een recht op loondoorbetaling.

Verder merkt u in beide brieven op dat sommige werknemers, van wie de werkgever het loon niet doorbetaalde tijdens ziekte, een aanvraag om ziekingeld hebben ingediend bij het UWV. Sommige regiokantoren zouden in het verleden dat ziekingeld hebben toegekend. Daarover merkt u op dat volgens het UWV het ministerie deze mogelijkheid zou hebben afgesneden.

Dit laatste moet op een misverstand berusten. Het UWV is een zelfstandig bestuursorgaan en verantwoordelijk voor de uitvoering van de werknemersverzekeringen, waaronder de ZW. Mijn ministerie beschikt niet over de bevoegdheid om het UWV – anders dan door regelgeving - voor te schrijven hoe het de wet moet interpreteren en toepassen. Het is dan ook niet zo dat het ministerie de mogelijkheid voor het UWV heeft afgesneden om ziekgeld toe te kennen. Die beslissing is door het UWV zelf genomen. Overigens onderschrijf ik de uitleg die het UWV aan de ZW geeft.

Stand van zaken jurisprudentie

De kernvraag in deze kwestie is wanneer de passende arbeid kan worden aangemerkt als de bedongen arbeid. Uit de uitspraak van het Hof 's- Hertogenbosch van 3 augustus 2004, JAR 2004/274, valt op te maken dat daarvoor onvoldoende is dat een werknemer gedurende ongeveer vijf maanden de passende arbeid feitelijk verricht. In die casus ging het om een werkneemster die ruim twee maanden voor afloop van de loondoorbetalingsperiode (die toen 52 weken bedroeg) 18 uur ging werken in plaats van de in de arbeidsovereenkomst overeengekomen 36 uur. Drie maanden na afloop van de loondoorbetalingsperiode (zij was toen dus vijf maanden werkzaam voor 18 uur) raakte ze ook voor die 18 uur arbeidsongeschikt. De vraag was of de bedongen arbeid was gewijzigd in die 18 uur. Volgens het Hof diende de werkneemster daarvoor aannemelijk te maken dat haar arbeidsovereenkomst was gewijzigd in een parttime dienstverband. Daarin slaagde zij niet volgens het Hof, omdat zij geen gewijzigde arbeidsovereenkomst in het geding had gebracht, en evenmin feiten en omstandigheden had gesteld waaruit kon worden afgeleid dat partijen de arbeidsovereenkomst stilzwijgend hadden omgezet in een parttime dienstverband. Volgens het Hof kan de bedongen arbeid dus worden gewijzigd door: 1. een wijziging van de arbeidsovereenkomst, of 2. overige feiten en omstandigheden.

De door mij aangedragen oplossing is in overeenstemming met de eerstgenoemde wijze waarop de passende arbeid voortaan kan worden aangemerkt als de bedongen arbeid. Immers, door dat met elkaar af te spreken wijzigen werkgever en werknemer hun arbeidsovereenkomst. Een praktijkvoorbeeld hiervan is terug te vinden in de uitspraak van de Kantonrechter Haarlem van 20 juni 2007, LJN BA9758 waarnaar u eveneens verwijst in uw brieven. Daarin stelt de rechter dat voor een wijziging van de bedongen arbeid is vereist dat een duidelijke en volledige, onvoorwaardelijke functiewijziging is overeengekomen.

Als werkgever en werknemer zo'n afspraak niet maken, dan kan de passende arbeid alleen worden aangemerkt als de bedongen arbeid wanneer dat kan worden afgeleid uit overige feiten of omstandigheden. Welke dat zijn is vooralsnog niet uitgekristalliseerd in de jurisprudentie. Wel kan daaruit worden opgemaakt dat de arbeidsovereenkomst stilzwijgend wijzigt als een werknemer de passende arbeid feitelijk gedurende een periode van anderhalf jaar verricht. Dat valt op te maken uit de uitspraak van 6 januari 2009 van hetzelfde Hof waarnaar u ook verwijst in uw brieven. In die casus ging het om een werknemer die na afloop van de loondoorbetalingsperiode passende arbeid ging verrichten. Omdat de betrokkene toen hij zich ziek meldde die arbeid gedurende een periode van ongeveer anderhalf jaar verrichtte, oordeelde het Hof dat die arbeid op dat moment had te gelden als de bedongen arbeid.

Reactie op uw opvatting

Uit de laatstgenoemde uitspraak van het Hof leidt u in uw brief van 2 juli jl. af dat de bedongen arbeid niet kan worden gewijzigd door een (schriftelijke) afspraak tussen werkgever en werknemer. U stelt dat de bedongen arbeid ook kan wijzigen zonder een nieuwe schriftelijke arbeidsovereenkomst. Dat laatste is juist. Maar daaruit kan niet worden afgeleid dat de bedongen arbeid niet kan worden gewijzigd als partijen dat expliciet afspreken. Wel kan uit voornoemde uitspraak worden opgemaakt dat de bedongen arbeid stilzwijgend kan wijzigen. In dat geval is echter voor beide partijen onduidelijk vanaf wanneer de passende arbeid door de rechter wordt aangemerkt als de bedongen arbeid. Daarom is het voor beide partijen beter als zij daar zelf tijdig, dat wil zeggen voor afloop van de loondoorbetalingsperiode, ondubbelzinnige afspraken over maken. En om eventuele misverstanden te voorkomen verdient het eveneens aanbeveling om deze op schrift te stellen.

Daarbij is het niet, zoals u in uw brief van 3 december jl. stelt, per definitie zo dat de werknemer de vragende of afhankelijke partij is. Ook de werkgever heeft er belang bij dat duidelijk is wat de bedongen arbeid is. Zo kan een wijziging van de bedongen arbeid meebrengen dat de werkgever voortaan een ander loon kan betalen. De werkgever kan daar dus ook een financieel belang bij hebben. Dat financiële belang is nog groter als de betreffende werknemer een WIA-uitkering ontvangt. Zoals hiervoor is betoogd, kan de werkgever dan immers in aanmerking komen voor een no-riskpolis (zie artikel 29b, vierde lid, ZW).

Het brengt uiteraard wel mee, zoals u terecht opmerkt, dat de werkgever het loon moet doorbetalen als de werknemer de (voorheen passende, nu bedongen) arbeid niet kan verrichten vanwege ziekte. Naar mijn mening is het echter niet meer dan billijk dat een werkgever bij wie een werknemer arbeid verricht waartoe hij met zijn krachten en bekwaamheden in staat is, het loon doorbetaalt als hij tijdelijk door ziekte die arbeid niet kan verrichten. Dat is immers de hoofdregel in ons arbeidsongeschiktheidsstelsel. Dat een werknemer al eerder recht heeft gehad op loondoorbetaling vanwege ziekte doet daar niet aan af.

Tot slot merk ik het volgende op over de door u genoemde situatie dat de werknemer de vragende partij is. De redelijkheid en billijkheid brengen in dat geval mee dat een werkgever zal meewerken aan wijziging van de bedongen arbeid, indien de werknemer die arbeid niet meer kan verrichten maar wel passende arbeid.

Drie opties

Naar aanleiding van uw brief van 2 juli jl. heb ik heroverwogen op welke wijze het onderhavige probleem zou kunnen worden opgelost. Het kan immers niet zo zijn dat een werknemer geen inkomen ontvangt als hij zijn arbeid tijdelijk niet kan verrichten vanwege ziekte. Ik zie drie mogelijke opties: 1. Wijziging van de ZW; 2. Wijziging van het BW, en 3. Werkgever en werknemer maken na het einde van de loondoorbetalingsperiode van 104 weken een duidelijke afspraak over wat de bedongen arbeid is.

De **eerstgenoemde optie** houdt in dat een werknemer die reeds recht heeft gehad op 104 weken loondoorbetaling vanwege ziekte, recht heeft op ziekengeld als hij nadien

opnieuw de (passende of bedongen) arbeid niet kan verrichten vanwege ziekte. Feitelijk zou zodoende de reikwijdte van de huidige no risk polis in artikel 29b ZW worden verruimd. De omschrijving van de huidige doelgroep van de no risk polis is geregeld bij de totstandkoming van de Wet WIA. In beginsel geldt de no risk polis alleen voor werkgevers die cliënten die tot de doelgroep horen in dienst nemen. Alleen werkgevers die WIA-gerechtigden in dienst houden komen in aanmerking voor een no-riskpolis. Daarbij is er bewust voor gekozen om werknemers die na 104 weken loondoorbetaling minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn én bij hun eigen werkgever blijven werken, niet onder de no risk polis te laten vallen. Dit berustte op de gedachte dat de werkgever verantwoordelijk is voor de re-integratie en de inkomensbescherming van deze groep werknemers. Deze gedachte ligt in lijn met het door sociale partners onderschreven standpunt dat de verantwoordelijkheid voor werknemers die minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn, op het niveau van de arbeidsorganisatie ligt, omdat aldaar de meeste kennis bestaat over de individuele omstandigheden van het geval én over de mogelijkheden om de betrokken werknemer te behouden voor het arbeidsproces.

De **tweede optie** houdt in dat in artikel 7:629 BW wordt geregeld dat als werkgever en werknemer daarover geen afspraken hebben gemaakt, na 104 weken ziekte wordt aangenomen dat de feitelijk verrichte arbeid wordt aangemerkt als de bedongen arbeid. Deze optie heeft het grote nadeel dat wordt ingegrepen in de contractsvrijheid van werkgever en werknemer, althans als zij na 104 weken ziekte niet zelf een afspraak hebben gemaakt over de bedongen arbeid.

De **derde optie** houdt in dat het aan de werkgever en de werknemer wordt overgelaten of zij na 104 weken ziekte de arbeidsovereenkomst willen wijzigen in die zin dat de feitelijk verrichte (passende) arbeid voortaan als de bedongen arbeid wordt aangemerkt. Partijen beslissen dan, evenals bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst, zelf over de inhoud van hun arbeidsovereenkomst. Daarbij wordt aangetekend dat, als werkgever en werknemer de bedongen arbeid willen wijzigen, het aanbeveling verdient om dat schriftelijk neer te leggen. Strikt genomen is dat echter niet nodig, want ook een mondelinge afspraak heeft het gewenste rechtsgevolg.

Naar mijn mening verdient de derde optie de voorkeur. Deze optie past het beste bij het uitgangspunt van ons overeenkomstenrecht dat een ieder zelf beslist of hij een overeenkomst aangaat, met wie hij een overeenkomst aangaat en hoe de inhoud van die overeenkomst zal luiden. Voor de wetgever ligt hier geen taak, want dat zou met zich meebrengen dat hij zich mengt in de contractsvrijheid van werkgever en werknemer. Het is aan hen om te bepalen of en wanneer de passende arbeid moet worden aangemerkt als de bedongen arbeid. Het is niet aan de wetgever om dat dwingend op te leggen.

Ik wil er daarom nog eens bij u op aandringen om de in deze brief beschreven situatie en oplossing onder de aandacht te brengen van de bij u aangesloten werkgevers- en werknemersorganisaties.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,

J.P.H. Donner