



STICHTING
VAN DE ARBEID

Aan de minister van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid
De heer mr. J.P.H. Donner
Postbus 90801
2509 LV DEN HAAG

Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90405
2509 LK DEN HAAG
T 070 - 3 499 577
F 070 - 3 499 796
E info@stvda.nl
www.stvda.nl

Den Haag : 2 juli 2009
Ons kenmerk : S.A.09.051.19 JM/JS
Uw kenmerk : SV/WV/2008/27831
Betreft: : Loondoorbetaling na 104 weken ziekte

Geachte heer Donner,

De Stichting van de Arbeid heeft uw brief van 19 december 2008 over loondoorbetaling na 104 weken ziekte besproken. De kwestie die u aankaart, is niet eenvoudig van aard en heeft nadere (juridische) bestudering gevergd. De Stichting van de Arbeid reageert hierbij op de specifieke gevallen die u voorlegt.

In uw brief geeft u aan dat op grond van jurisprudentie in een aantal gevallen voor een 35-minner geen recht bestaat op loondoorbetaling voor een nieuwe periode van 104 weken. Het gaat dan om situaties waarin deze werknemer:

- andere (passende) arbeid verricht;
- de arbeid verricht die in de arbeidsovereenkomst is bedongen, maar voor een kleiner aantal uren.

Als deze werknemer door ziekte vervolgens zijn arbeid niet meer kan verrichten, heeft hij geen recht op loondoorbetaling. Evenmin ontvangt deze werknemer 'ziekengeld' op grond van de Ziektewet (ZW).

Deze situatie zou volgens u ondervangen kunnen worden indien werkgever en werknemer afspreken dat zij na afloop van de loondoorbetalingsperiode zullen bezien of de bedongen arbeid moet worden gewijzigd. Een andere optie die u geeft, is dat zij in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst afspraken maken over het bij ziekte uit te keren loon als de werknemer minder dan 35% arbeidsongeschikt is.

U wijst in dit verband op de verantwoordelijkheid van werkgever en werknemer voor de re-integratie van een zieke werknemer en de uitspraak van de Stichting van de Arbeid dat zij werknemers die minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn zoveel mogelijk willen behouden voor het arbeidsproces.

Verder geeft u aan graag te vernemen of de Stichting van de Arbeid het door u beschreven probleem herkent en vraagt u hieraan aandacht te besteden in de contacten met (de organisaties van) werkgevers en werknemers.

De door u beschreven situatie wordt door partijen in de Stichting van de Arbeid niet als zodanig herkend. De Stichting heeft daarom de afgelopen maanden bij organisaties als het Verbond van Verzekeraars en UWV informatie ingewonnen om meer zicht te krijgen op de aard en de omvang van het probleem. Daarnaast heeft de Stichting de van toepassing zijnde jurisprudentie gevolgd.

Bij verzuimverzekeraars is nagegaan of zij de beschreven situatie in de praktijk tegenkomen en hoe dit in de verzuimverzekeringen is geregeld. Hieruit blijkt dat verzekeraars de situatie in de praktijk niet tegenkomen. In de verzuimverzekeringen wordt per werknemer maximaal 104 weken loondoorbetaling bij ziekte gedekt, waarbij ziektegevallen die elkaar binnen vier weken opvolgen bij elkaar worden opgeteld. Als een werknemer langer dan vier weken hersteld is, begint de telling opnieuw (tot maximaal 104 weken). Als een werknemer na 104 weken ziekte een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaat met de werkgever en daarna de bedongen arbeid niet kan verrichten (waarbij het niet uitmaakt of dat al dan niet op basis van een nieuwe dienstbetrekking is), is de eventuele loondoorbetalingsplicht voor de werkgever niet gedekt, want – zo is de redenering – voor deze werknemer is al 104 weken loondoorbetaling uitgekeerd.

Uit navraag blijkt dat UWV het beschreven probleem wel kent en ook heeft aangekaart bij uw ministerie. In het verleden heeft UWV van 35-minners, die de maximumtermijn van loondoorbetaling bij ziekte hebben doorlopen, aangiftes ontvangen voor het verkrijgen van een uitkering op grond van de ZW. UWV ontvangt dergelijke ziekteaangiftes nog steeds. Sommige regiokantoren hebben in het verleden in deze gevallen een ziekteuitkering toegekend. Volgens UWV heeft uw ministerie deze mogelijkheid echter afgesneden.

In uw brief van 18 december 2008 wijst u op de vigerende jurisprudentie, waaronder de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 3 augustus 2004¹. Hieruit wordt opgemaakt dat de werknemer - óók als hij na 104 weken ziekte ander passend werk verricht of de bedongen arbeid verricht maar voor minder uren - nog steeds verhinderd is de bedongen arbeid in de zin van artikel 629, lid 1 BW te verrichten. Hierdoor wordt de termijn van arbeidsongeschiktheid in de zin van artikel 629, lid 1 BW niet doorbroken (er is sprake van 'ziekte uit een oud ziektegeval') en ontstaat er jegens de werkgever dientengevolge geen nieuw recht op loondoorbetaling bij ziekte (104 weken zijn al 'opgesoupeerd').

¹ JAR 2004/274.

De achterliggende gedachte hierbij is dat arbeidsongeschiktheid in de zin van artikel 7:629 BW niet deelbaar is zodat een gedeeltelijke werkhervatting niet kan worden aangemerkt als volledig herstel. Een nieuw recht op loondoorbetaling ontstaat alleen als er sprake is van een nieuw ziektegeval.

Tevens gaat u ervan uit dat een nieuwe termijn van loondoorbetaling bij ziekte slechts gaat lopen indien partijen, ter zake van het werk waarin de werkhervatting plaatsvindt, een nieuwe arbeidsovereenkomst hebben gesloten.

Inmiddels heeft het Hof 's-Hertogenbosch op 6 januari 2009² de uitspraak van de Kantonrechter Haarlem van 20 juni 2007³ - die voorheen als uitzondering op de jurisprudentie werd gezien - bevestigd. Het Hof 's-Hertogenbosch concludeert dat de passende arbeid die een werknemer verricht als de bedongen arbeid dient te worden aangemerkt zonder dat het noodzakelijk is dat partijen een nieuwe schriftelijke arbeidsovereenkomst hebben gesloten⁴. In casu was sprake van verrichting van passende arbeid gedurende zo'n anderhalf jaar en van duidelijke mondelinge afspraken die schriftelijk bevestigd waren door de arbeidsdeskundige. Dit houdt in dat het Hof 's-Hertogenbosch (uiteindelijk) tot de conclusie is gekomen dat de termijn van arbeidsongeschiktheid voor de bedongen arbeid - ook zonder nieuwe schriftelijke arbeidsovereenkomst - doorbroken kan worden door het verrichten van passende arbeid. Hetgeen aldus betekent dat jegens de werkgever wel nieuw recht op loondoorbetaling na 104 weken ziekte kan ontstaan. Het is niet gezegd of het risico van loondoorbetaling in dit geval door de verzekeraar wordt gedekt.

De Stichting van de Arbeid is met u van mening dat de situatie van loondoorbetaling na 104 weken ziekte en werkhervatting aandacht behoeft. De Stichting leidt af uit de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 6 januari jl. en de informatie van het Verbond van Verzekeraars en UWV dat thans niet duidelijk is welke rechten een 35-minner heeft als hij na een loondoorbetalingsperiode van 104 weken andere (passende arbeid) of de bedongen arbeid maar dan voor een kleiner aantal uren gedurende een bepaalde periode verricht en vervolgens uitvalt wegens ziekte. Voor de werkgever geldt mutatis mutandis dat het niet duidelijk is welke verplichtingen hij jegens deze 35-minner heeft. Dit valt niet te ondervangen door - zoals u voorstelt in uw brief van 19 december 2008 - schriftelijk in de individuele of een collectieve arbeidsovereenkomst vast te leggen dat de bedongen arbeid is gewijzigd of door afspraken te maken over het bij ziekte uit te keren loon. Ook zonder nieuwe schriftelijke arbeidsovereenkomst kan volgens het Hof van 's-Hertogenbosch immers een recht op loondoorbetaling bij ziekte ontstaan en is de hoogte van het bij ziekte uit te keren loon wettelijk geregeld.

² LJN BH0657 (JAR 2009/54). De Kantonrechter Haarlem sprak hierin uit dat de arbeid die de werknemer na uitval wegens arbeidsongeschiktheid was gaan verrichten, wel als de bedongen arbeid diende te worden aangemerkt.

³ LNJ BA9758.

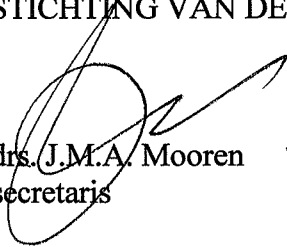
⁴ Zie het artikel van mw. mr. C.J. Frikkee, *Wijziging passende arbeid in de bedongen arbeid*, Tijdschrift Recht en Arbeid (TRA), april 2009, p. 21/22. Het betreft een aanvulling op haar artikel *De bedongen arbeid na twee jaar loondoorbetaling*, Sociaal Recht (SR), 2008-11, p. 320-322.

De Stichting van de Arbeid acht de ontstane onduidelijkheid ongewenst en ziet het als de verantwoordelijkheid van de wetgever om tot een structurele oplossing te komen. Zo kan voor de beschreven situatie een oplossing worden gevonden door middel van een no-risk-polisconstructie (werkgever heeft loondoorbetalingsverplichting die via de ZW wordt gecompenseerd) of door de werknemer recht te geven op een ZW-uitkering.

Ten overvloede voert de Stichting van de Arbeid nog als argument vóór wettelijke regeling voor de bestaande problematiek aan dat, ook als een werkgever een verzuimverzekering heeft, deze maximaal 104 weken loondoorbetaling per werknemer dekt.

Uiteraard is de Stichting bereid deze brief nader toe te lichten.

Hoogachtend,
STICHTING VAN DE ARBEID



drs. J.M.A. Mooren
secretaris