



Aan de leden van de Vaste Commissie voor
Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de
Tweede Kamer der Staten-Generaal
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Den Haag : 3 december 2009
Ons kenmerk : S.A.09.091.90 EvA/JS
Uw kenmerk :
Betreft: : Loondoorbetaling na 104 weken ziekte en werkhervatting

Geachte dames en heren,

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft de Stichting van de Arbeid bij brief d.d. 19 december 2008 verzocht aandacht te besteden aan specifieke gevallen waarin werknemers geen recht op loondoorbetaling kunnen hebben na 104 weken ziekte en werkhervatting¹. Bij brief d.d. 2 juli 2009 en mondelinge toelichting heeft de Stichting haar zienswijze ten aanzien van dit onderwerp verwoord en oplossingsrichtingen aangedragen om de problematiek afdoende te regelen².

Tot op heden is hierop geen reactie van de minister ontvangen. De Stichting van de Arbeid vindt het echter wel belangrijk dat u de aangedragen oplossingsrichtingen kunt meenemen in uw overwegingen bij de verdere afhandeling van dit onderwerp. Daarom wendt zij zich tot u met deze brief waarin zij naast haar zienswijze de problematiek en de verrichte factfinding beschrijft.

Problematiek

Volgens de minister hebben werknemers die minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn verklaard als zij ziek worden geen recht op loondoorbetaling hebben voor een nieuwe periode van 104 weken als zij al een keer 104 weken ziek zijn geweest en daarna andere (passende) arbeid verrichten of de arbeid verrichten die in de arbeidsovereenkomst is bedongen, maar voor een kleiner aantal uren³. Evenmin ontvangt deze werknemer 'ziekengeld' op grond van de Ziektewet (ZW).

Deze situatie zou volgens de minister 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 hij geeft, is dat werkgever en werknemer(s) in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst afspraken

¹ SZW-brief d.d. 19 december 2008 (kenmerk: SV/WV/2008/27831) over loondoorbetaling na 104 weken ziekte.

² Brief Stichting van de Arbeid d.d. 2 juli 2009 (kenmerk: S.A..09.051.19JM/JS) over loondoorbetaling na 104 weken ziekte.

³ Het gaat dan bijvoorbeeld om een bouwvakker die 40 uur in de week werkt, prostaatanker krijgt, 104 weken loondoorbetaling ontvangt, vervolgens re-integreert, gaat werken als opzichter of als bouwvakker voor 30 uur in de week, en vervolgens na een jaar zijn heen breekt waardoor hij niet kan werken.

maken over het bij ziekte uit te keren loon als de werknemer minder dan 35% arbeidsongeschikt is.

Factfinding

Omdat de beschreven situatie door partijen in de Stichting van de Arbeid niet als zodanig wordt herkend, is informatie ingewonnen om meer zicht te krijgen op de aard en de omvang van het probleem. Daarnaast is de jurisprudentie bestudeerd.

- Informatie van het Verbond van Verzekeraars en UWV

Volgens het Verbond van Verzekeraars komen verzuimverzekeraars de beschreven situatie in de praktijk niet tegen. In de verzuimverzekeringen is geregeld dat per werknemer maximaal 104 weken loondoorbetaling bij ziekte wordt 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.

UWV blijkt het beschreven probleem wel te kennen en heeft het aangekaart bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. In het verleden heeft UWV ziekteaanmeldingen ontvangen voor het verkrijgen van een uitkering op grond van de ZW van 35-minners die de maximumtermijn van loondoorbetaling bij ziekte hebben doorlopen. Nog steeds ontvangt UWV dergelijke ziekteaanmeldingen. Sommige regiokantoren hebben in het verleden in deze gevallen een ziekte-uitkering toegekend. Volgens UWV heeft het ministerie deze mogelijkheid echter afgesneden.

- Jurisprudentie

De minister baseert de door hem geschetste problematiek op de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 3 augustus 2004⁴. Hierin wordt gesteld dat een werknemer - ook als hij na 104 weken ziekte andere (passende) arbeid 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. De bedongen arbeid wordt hierbij geïnterpreteerd als de in de arbeidsovereenkomst overeengekomen arbeid tegen het daarin overeengekomen aantal uren. Doordat de werknemer wordt geacht nog steeds verhinderd te zijn de bedongen arbeid te verrichten, wordt bij opnieuw ziek worden de termijn van arbeidsongeschiktheid in de zin van artikel 629, lid 1 BW niet doorbroken (er is sprake van 'ziekte uit een oud ziektegeval'). Dientengevolge ontstaat er jegens de werkgever bij opnieuw ziek worden geen nieuw recht op loondoorbetaling bij ziekte (104 weken waarin recht bestaat op loondoorbetaling zijn al 'opgesoupeerd'). Achterliggende gedachte 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.

De minister gaat ervan uit dat een nieuwe termijn van loondoorbetaling bij ziekte slechts gaat lopen indien partijen, ter zake van het werk waarin de werkhervatting plaatsvindt,

⁴ JAR 2004/274.

een *nieuwe* arbeidsovereenkomst hebben gesloten omdat alleen daarmee de bedongen arbeid wijzigt en daarmee een nieuw recht op loondoorbetaling kan ontstaan.

De Stichting van de Arbeid heeft in haar brief van 2 juli 2009 gewezen op het tussentijds verschenen arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 6 januari 2009⁵. De uitspraak van de Kantonrechter Haarlem van 20 juni 2007⁶ - dat de arbeid die de werknemer na uitval wegens arbeidsongeschiktheid was gaan verrichten, wel als de bedongen arbeid diende te worden aangemerkt aangezien de betrokken werknemer maar liefst tien jaar lang gedurende zes uur per week in de aangepaste functie werkzaam was voordat hij uitviel - werd met genoemd arrest bevestigd.

In het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch wordt geconcludeerd 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 gesloten⁷. 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 een nieuw recht op loondoorbetaling na 104 weken ziekte kan ontstaan, waarbij de hoogte van het bij ziekte uit te keren loon wettelijk is geregeld. Het is niet gezegd of het risico van loondoorbetaling in dit geval door de verzekeraar wordt gedekt.

Zienswijze Stichting van de Arbeid

Met de minister is de Stichting van de Arbeid van mening dat de problematiek rond loondoorbetaling na 104 weken ziekte en werkhervatting aandacht behoeft. Zij heeft de minister in haar brief van 2 juli jl. duidelijk gemaakt dat zij uit de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 6 januari 2009 en de informatie van het Verbond van Verzekeraars en UWV afleidt 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. Deze ontstane onduidelijkheid acht de Stichting ongewenst.

De Stichting van de Arbeid acht het voorstel van de minister om de problematiek op te lossen - namelijk het schriftelijk moeten vastleggen van de gewijzigde bedongen arbeid om rechtszekerheid te verkrijgen - eveneens ongewenst omdat in deze situatie de werknemer de vragende/afhankelijke partij is, terwijl het voor werkgevers een nieuwe verplichting tot loondoorbetaling inhoudt. Werkgevers en werknemers worden hierdoor gedwongen stelling te nemen.

⁵ 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.

⁶ LNJ BA9758.

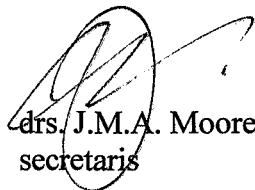
⁷ Zie het artikel van mw. mr. C.J. Frikkee, *Wijziging passende arbeid in de bedongen arbeid*, Tijdschrift Recht en Arbeid (TRA), april 2009, p. 21/22. Het betreft een aanvulling op haar artikel *De bedongen arbeid na twee jaar loondoorbetaling*, Sociaal Recht (SR), 2008-11, p. 320-322.

De Stichting van de Arbeid 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 loon-
doorbetalingsverplichting 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 loon-
doorbetaling per werknemer dekt.

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

Hoogachtend,
STICHTING VAN DE ARBEID



drs. J.M.A. Mooren
secretaris

cc: minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de heer mr. J.P.H. Donner