



STICHTING VAN DE ARBEID

Ministerie van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid
T.a.v. 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 : 4 maart 2010
Ons kenmerk : S.A.10.014.72 EvA/JS
Uw kenmerk : IVV/I/09/15626
Betreft : Loondoorbetaling na 104 weken ziekte en werkhervatting

Geachte heer Donner,

Op 19 december 2008 schreef u de Stichting van de Arbeid dat het voorkomt dat werknemers die 104 weken ziek zijn geweest en die vervolgens weer werken, maar voor een minder aantal uren of passende arbeid verrichten, wanneer zij weer ziek worden geen recht hebben op loondoorbetaling voor een nieuwe periode van 104 weken. Dit is het geval, zo stelt u, als de passende arbeid¹ niet wordt aangemerkt als bedongen arbeid in de zin van artikel 7:629, lid 1 BW over loondoorbetaling bij ziekte.

Dit probleem kan volgens u voorkomen worden door het wijzigen van de individuele arbeidsovereenkomst zodat passende arbeid als bedongen arbeid moet worden gezien. Of door collectieve afspraken te maken over het uit te keren loon bij wederom ziek worden. U verzocht de Stichting om de problematiek, voor zover het werknemers betreft die minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn verklaard, onder de aandacht te brengen van (de organisaties van) werkgevers en werknemers en hen contractuele afspraken te laten maken om de problematiek op te lossen.

In haar brief van 2 juli 2009 heeft de Stichting van de Arbeid gesteld dat zij het tot de verantwoordelijkheid van de wetgever vindt behoren om in deze specifieke gevallen tot een eenduidige oplossing te komen. Zij heeft twee oplossingsrichtingen aangedragen. Ofwel het wettelijk regelen van een no-riskpolisconstructie waarbij de werkgever een loondoorbetalingsverplichting krijgt die via de Ziektewet wordt gecompenseerd ofwel een recht op een Ziektewetuitkering voor de werknemer.

In uw reactie van d.d. 2 februari 2010 geeft u aan geen rol voor uzelf te zien in het oplossen van het door u aangekaarte probleem. U wilt niet ingrijpen in de contractsvrijheid van werkgever en werknemer. De Stichting van de Arbeid voelt zich geroepen hierop te reageren.

¹ Onder passende arbeid wordt ook hetzelfde werk voor minder uren verstaan.

De Stichting van de Arbeid heeft u in haar brief van 2 juli 2009 een aantal redenen gegeven die pleiten voor een wettelijke regeling². Hieronder treft u nogmaals de argumenten aan voor dit standpunt met een toelichting.

- *Omstandigheden bepalen of passende arbeid als bedongen arbeid moet worden aangemerkt.*

Zowel de uitspraak van de Kantonrechter Haarlem van 20 juni 2007³ als het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 6 januari 2009⁴ geven aan dat de passende arbeid die de werknemer na uitval verricht als de bedongen arbeid dient te worden aangemerkt als de werknemer gedurende een periode in de aangepaste functie werkzaam was voordat hij uitviel. Een gewijzigde schriftelijke arbeidsovereenkomst is geen noodzakelijke voorwaarde om aan te tonen dat de passende arbeid als de bedongen arbeid moet worden aangemerkt. De bedongen arbeid kan stilzwijgend zijn gewijzigd. Daarmee ontstaat een nieuw recht op 104 weken loondoorbetaling bij ziekte.

Lastig in dit geheel is dat uit de jurisprudentie en wetgeving niet blijkt hoe lang de periode waarin de werknemer passende arbeid heeft verricht, moet hebben geduurd. Hierdoor weten werknemers in een dergelijke situatie niet of zij in hun specifieke geval een nieuw recht op 104 weken loondoorbetaling bij ziekte hebben en weten werkgevers mutatis mutandis niet of zij dit recht verschuldigd zijn. Het risico bestaat dat uiteindelijk via een rechtszaak uitsluitel moet worden verkregen. Dit betekent niet alleen een onnodige belasting van de rechterlijke macht maar tevens het risico op een verstoorde arbeidsrelatie, hetgeen de re-integratie niet ten goede komt.

- *Aanpassing van de schriftelijke arbeidsovereenkomst geeft meer zekerheid. De garantie dat in alle gevallen de schriftelijke arbeidsovereenkomst wordt aangepast, kan niet worden gegeven. Het voorstel om alle werkgevers en werknemers contractuele afspraken te laten maken, biedt daarom geen dekende oplossing.*

Aanpassing van de schriftelijke arbeidsovereenkomst geeft meer zekerheid dat de passende arbeid als de bedongen arbeid wordt aangemerkt en er een nieuw recht op loondoorbetaling na 104 weken ziekte bestaat. Het is echter niet realistisch ervan uit te gaan dat in de praktijk tussen werkgever en werknemer een gewijzigde schriftelijke arbeidsovereenkomst wordt aangegaan in alle gevallen waarin een werknemer 104 weken loondoorbetaling bij ziekte heeft ontvangen, minder dan 35% arbeidsongeschikt wordt verklaard en re-integreert in passende arbeid. Uw opmerking dat iedere werkgever in het kader van goed werkgeverschap geacht wordt een gewijzigde arbeidsovereenkomst aan te gaan, doet hier niet aan af.

Uw argument dat ook de werkgever een financieel belang kan hebben bij het aangaan van een gewijzigde arbeidsovereenkomst en een nieuwe verplichting tot 104 weken loondoorbetaling bij ziekte omdat hij dan voortaan een ander loon kan betalen, overtuigt

² Zie tevens de argumenten in de brief d.d. 3 december 2009 van de Stichting van de Arbeid aan de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer over loondoorbetaling na 104 weken ziekte en werkhervatting.

³ LNJ BA9758.

⁴ LJN BH0657 (JAR 2009/54).

niet. Immers, na 104 weken stopt de loondoorbetalingsverplichting op grond van artikel 7:629, lid 1, BW en kan de werkgever de stelling betrekken dat hij, wettelijk gezien, de werknemer nog slechts recht op loon in verband met de door hem verrichte werkzaamheden verschuldigd is.

- *Een wettelijke regeling biedt wel een dekkende oplossing omdat via deze methode werkgevers en werknemers meer zekerheid krijgen over rechten en plichten over en weer.*

De Stichting van de Arbeid pleit voor een wettelijke regeling omdat het werkgevers en werknemers duidelijkheid biedt over rechten en plichten over en weer en dit een voor alle gevallen dekkende oplossing is. De arbeidsverhoudingen hoeven niet op de proef te worden gesteld en zullen het re-integratieproces niet bemoeilijken. Zowel de werkgever als de 35-minner hebben zich - conform de afspraken hierover bij de invoering van de WIA - immers ingezet om de 35-minner te behouden voor werk door re-integratie in passende arbeid.

- *Een wettelijke regeling is tevens van belang omdat het niet mogelijk is via de private markt het risico op een nieuwe 104 weken loondoorbetalingsverplichting bij ziekte na werkhervatting in passende arbeid door een 35-minner af te dekken. De wettelijke regeling kan een no-riskpolisconstructie zijn waarbij de werkgever een loondoorbetalingsverplichting krijgt die via de Ziektewet wordt gecompenseerd of een wettelijk recht voor 35-minners op ziekgeld.*

De 35-minners die na 104 weken ziekte re-integreren bij een *nieuwe* werkgever en vervolgens ziek worden, hebben recht op een no-riskpolis die het risico voor de nieuwe werkgever op een 104 weken loondoorbetalingsverplichting afdekt. Het risico op een nieuwe 104 weken loondoorbetalingsverplichting zou ook moeten worden afgedekt voor de *eigen* werkgever die passende arbeid biedt aan de eigen 35-minner. Dit geldt te meer nu ook op de werknemer die voor 35-80 procent arbeidsongeschikt is en die bij de eigen werkgever re-integreert een no-riskpolis van toepassing is.

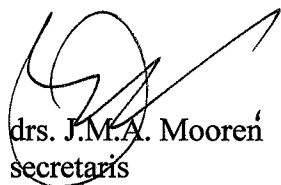
Een andere mogelijkheid is de Ziektewet aan te passen en 35-minners, net als WGA'ers, een recht op ziekgeld te geven dat in beginsel 70% van het dagloon beslaat en waarbij de werkgever voor een aanvulling zorgt (bijvoorbeeld conform hetgeen daarover in de cao is bepaald over loondoorbetaling bij ziekte).

Een wettelijke regeling is des te meer van belang nu uit de factfinding van de Stichting van de Arbeid bij het Verbond van Verzekeraars is gebleken dat er geen mogelijkheid in de private markt aanwezig is om het risico op een nieuwe 104 weken loondoorbetalingsverplichting af te dekken. 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). Ook als een werknemer na 104 weken ziekte een gewijzigde 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. Hierdoor ontstaat

derhalve een risico dat niet door een verzekering kan worden afgedekt. Dit risico kan belemmerend werken bij verdere re-integratie. Voor de situatie dat de werknemer 35-80 procent arbeidsongeschikt is of bij een nieuwe werkgever gaat werken, is dit risico echter onderkend en wordt het afgedekt door de no-riskpolis.

De Stichting van de Arbeid is altijd bereid deze brief nader toe te lichten.

Hoogachtend,
STICHTING VAN DE ARBEID



drs. J.M.A. Mooren
secretaris

Een afschrift van deze brief wordt aan de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid gestuurd.