

ANNOTATIE

The buck stops here!? Gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer heeft geen recht op loonbetaling bij uitval wegens ziekte na 104 weken. Aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 BW leidt niet tot een ander oordeel

prof. mr. dr. W.L. Roozendaal

Uitbreiding verplichtingen bij ziekte

Vanaf de jaren negentig zijn de werkgeversverplichtingen bij ziekte van de werknemer steeds omvangrijker geworden: loondoorbetalingsverplichting gedurende een jaar (1996), later uitgebreid tot twee jaar (2004), loonsanctie van maximaal een extra jaar (2002), premiedifferentiatie voor WAO/WIA-gerechtigden gedurende 5 à 10 jaar (1998, 2005) en re-integratieverplichtingen tijdens de resterende duur van het dienstverband (2002). In zekere zin ligt het beginpunt van deze wetgevingsontwikkeling bij de Hoge Raad. Stuwende gedachte achter al deze wetgeving is namelijk het idee dat de instroom in de arbeidsongeschiktheidsuitkeringen kan worden beperkt door werkgevers te verplichten zieke werknemers te helpen bij de hervatting in arbeid, welke arbeid dan ook. De verplichting zieke werknemers te laten hervatten in passende arbeid is te herleiden tot de beroemde uitspraak Van Haaren/Cehave (HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 m.nt. PAS). In dat arrest werd de werkgever op grond van een analoge toepassing van (thans) artikel 7:628 BW verplicht een passend loon te betalen aan de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer bij het ongebruikt laten van diens aanbod om passende arbeid te verrichten. De Hoge Raad onderbouwde deze

verplichting mede met voornemens van de wetgever de arbeidsparticipatie van gehandicapten te stimuleren (r.o. 3.3). Zoals bekend volgden na dit arrest nog vele andere arresten waarin de regel werd verfijnd.

Naar verluid is het Van Haaren/Cehave-arrest op een congres van de Vereniging voor Arbeidsrecht ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan van de Wet op de arbeidsovereenkomst door de aanwezigen verkozen tot het meest opmerkelijke arbeidsrechtelijke arrest van die eeuw. Daar valt goed in te komen. Er zijn weinig andere voorbeelden in de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin een zwakke groep werknemers zo duidelijk in bescherming wordt genomen ter bevordering van hun maatschappelijke participatie. Het is bovendien een voorbeeld dat, zoals gezegd, nadien ongekende navolging heeft gekregen in wetgeving, hetgeen heeft geleid tot een in de wereld uniek systeem van inkomensbescherming en re-integratie door werkgevers.

En nu is het wel weer eens mooi geweest met de inkomensbescherming van zwakke arbeidsongeschikte werknemers. Of niet? In het arrest van 30 september 2011 lijkt de Hoge Raad niet meer genegen de loondoorbetalingsverplichting nog verder uit te breiden.

Feiten

Werknemer Kummeling treedt op 1 januari 1996 in dienst van Aannemingsbedrijf Oskam. In zijn arbeidsovereenkomst is vermeld de functie van 'sloper'. Feitelijk bestonden zijn werkzaamheden na verloop van tijd voor 20% uit sloopwerkzaamheden en voor 80% uit timmerwerkzaamheden. In 1998 is hij wegens ziekte (rug- en knieklachten) arbeidsongeschikt geworden. Vanaf maart 1999 is hij passende werkzaamheden gaan verrichten: hij gaat 'in zijn eigen tempo' uitsluitend timmeren. Met ingang van 21 juni 1999 is hem een WAO-uitkering toegekend, berekend naar de arbeidsongeschiktheidsklasse 35-45%. Door verergering van zijn klachten vanaf 2002 is een nieuwe taakomschrijving op papier gezet in 2003: vier uur bouwkundige werkzaamheden en vier uur magazijnwerkzaamheden. In mei 2009 valt Kummeling voor deze werkzaamheden uit. De centrale vraag is of de werkgever loon ex artikel 7:629 BW verschuldigd is, omdat de passende arbeid als nieuwe bedongen arbeid kan worden gekwalificeerd.

De 35-minner

Het vraagstuk van de hernieuwde uitval van de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer is in de literatuur vooral opgeworpen in verband met de inkomensbescherming van de 35-minner, de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer die geen recht heeft op een WIA-uitkering omdat hij in staat is om minstens 65% van zijn laatst verdiende loon te verdienen (zie bijvoorbeeld P.H. Burger, Tussen WIA, ZW en loondoorbetaling gevallen: het

inkomensgat van de gere-integreerde werknemer die voor minder dan 35% gedeeltelijk arbeidsongeschikt is, *SR 2007/27* en *F.G. Laagland en C.W.G. Rayer, Passende arbeid na 104 weken, TRA 2010/24*). Als een werknemer hervat in passende arbeid bij zijn eigen werkgever, kan hij uiteraard opnieuw ziek worden, al dan niet wegens een andere oorzaak. Na de loondoorbetalingsperiode van artikel 7:629 lid 1 BW heeft hij echter alleen nog opnieuw recht op loon op grond van artikel 7:629 lid 1 BW, als hij ofwel langer dan 4 weken de bedongen arbeid heeft verricht (zie art. 7:629 lid 10 BW), ofwel als de passende arbeid inmiddels kan worden aangemerkt als bedongen arbeid. Als dat het geval is, heeft hij recht op loon bij hernieuwde uitval. De werkgever kan dan doorgaans geen beroep doen op vermindering van het loon met een ZW-uitkering op grond van de 'no risk-polis' van artikel 29b ZW, omdat deze maar heel beperkt geldt voor 35-minners die bij hun eigen werkgever in dienst zijn gebleven. Deze voorziening geldt wel voor werknemers met een WAO- of WIA-uitkering.

Heeft de werknemer geen recht op loon, dan heeft hij ook geen recht op een ZW-uitkering (zie *CRvB 28 juli 2010, LJN BN2808, USZ 2010/300* (m.nt. Boot), *RSV 2010/244*). Het alsnog aanspraak maken op een WIA-uitkering zal voor een 35-minner alleen slagen als de hernieuwde uitval voortkomt uit dezelfde oorzaak, ofwel als de uitval zich voordoet binnen vier weken na het einde van de oorspronkelijke loondoorbetalingsperiode (art. 48 en 55 WIA). Als de werknemer nog wel beschikbaar is voor enige arbeid, kan hij aanspraak maken op een WW-uitkering (art. 16 lid 1 WW, zie *M. Opdam, Het begrip beschikbaarheid in de WW, SMA 2008, p. 140*). Is de 35-minner helemaal niet in staat om te werken, dan zal hij moeten terugvallen op de Toeslagenwet of de bijstand. Bij deze uitkeringen ter hoogte van een percentage van het minimumloon is, anders dan voor de werknemersverzekeringen, sprake van een partnerinkomens- (TW) en vermogenstoets (WWB). In het slechtst denkbare geval ontvangt een werknemer die opnieuw uitvalt na het verrichten van passende arbeid dus helemaal niets, namelijk als hij na twee jaar ziekte in staat was om meer dan 65% van zijn inkomen te verdienen, maar nadien bij heruitval helemaal niet meer kan werken, terwijl hij een partner heeft die nog wel een inkomen op minimumniveau kan verwerven. Voorafgaand aan de privatisering van de ZW had deze werknemer in dezelfde situatie overigens vermoedelijk wel recht op ziekingeld gehad, omdat het criterium voor de ZW niet gebaseerd was (en is) op uitval uit de bedongen arbeid, maar op uitval uit 'zijn arbeid', hetgeen door de *CRvB* wel werd gelezen als 'de laatstelijk verrichte arbeid' (zie bijvoorbeeld *CRvB 15 juli 1992, RSV 1992/336*).

In casu was overigens geen sprake van een 35-minner, maar van een WAO-gerechtigde. Toch was ook hier sprake van een behoorlijke inkomensachteruitgang van € 2.683,80 per maand. Ook voor deze werknemer was van groot belang of de arbeid die hij verrichtte nu passend was, of (nieuwe) bedongen arbeid.

Van passende naar bedongen arbeid

Het omzetten van passende arbeid naar (nieuwe) bedongen arbeid kan uiteraard expliciet gebeuren en zal dan zelden tot problemen leiden. Het kan echter ook impliciet, want zoals bekend kunnen overeenkomsten ook stilzwijgend tot stand komen. Het hof beantwoordde de vraag of de passende arbeid van Kummeling nieuw bedongen arbeid was geworden ontkennend. Volgens het hof kon van 'nieuw bedongen arbeid' slechts dan sprake zijn, indien een situatie is ontstaan waarin werknemer gedurende een niet te korte periode arbeid heeft verricht waarvan de aard en omvang tussen partijen niet ter discussie heeft gestaan. Aan die voorwaarde was hier niet voldaan, omdat de situatie van de werknemer eigenlijk nooit stabiel was geweest, ook al had de werknemer van 2003 tot 2009 (kennelijk) steeds voltijds gewerkt. In cassatie wordt deze afwijzing van de primaire grondslag van de vordering nadrukkelijk niet bestreden. Een mogelijke verklaring daarvoor is dat de vraag of passende arbeid nieuwe bedongen arbeid is geworden te zeer samenhangt met een waardering van de feiten.

Redelijkheid en billijkheid

Subsidiar stelde de werknemer zich op het standpunt dat op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid een werknemer die ruim tien jaar lang passende werkzaamheden verricht en desondanks opnieuw uitvalt, recht heeft op 'ziekengeld' ex artikel 7:629 BW. Hier is het hof niet op ingegaan, en hierover wordt in cassatie wel geklaagd. De andere twee klachten laat ik onbesproken.

De Hoge Raad meent dat artikel 6:248 lid 1 BW geen recht op loon meebrengt, omdat dan de samenhang en het evenwicht tussen de verplichtingen van de werkgever verstoord zouden worden. Het wettelijk stelsel houdt op dit punt volgens de weergave van de Hoge Raad in dat de werkgever in geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer enerzijds gehouden is gedurende 104 weken het naar tijdruimte vastgestelde loon binnen de grenzen zoals bepaald in artikel 7:629 lid 1 BW te betalen, en anderzijds gedurende die periode de re-integratie van zijn werknemer binnen het eigen bedrijf, dan wel in het bedrijf van een andere werkgever, te bevorderen (art. 7:658a BW). Ter onderbouwing van deze afwijzing verwijst de Hoge Raad vervolgens nog naar het feit dat de minister heeft onderkend dat een categorie werknemers daardoor zonder inkomen kan komen, en daar vervolgens geen voorzieningen voor heeft willen treffen.

Opmerkelijk aan deze onderbouwing is ten eerste de weergave van de 'samenhang en het evenwicht tussen de verplichtingen van de werkgever', die verstoord zouden worden als het recht op loon zou worden uitgebreid. Deze samenhang lijkt te worden gezocht in een beperking van de re-integratieverplichtingen tot de periode van loondoorbetaling van artikel

7:629 BW. Eenzelfde beperking komt terug in de overwegingen van A-G Spier (nr. 3.13). Dit is echter onjuist. De re-integratieverplichtingen van artikel 7:658a BW (en 7:660a BW) zijn nu juist niet in duur beperkt. Dat geldt alleen voor de re-integratieverplichting in het 'tweede spoor', de verplichting ook werk te zoeken bij een andere werkgever (zie art. 7:658a lid 1 laatste volzin). Er wordt dus in die zin geen samenhang verstoord als de loondoorbetalingsverplichting evenmin in duur beperkt is.

Ten tweede zoekt de Hoge Raad de rechtvaardiging van de afwijzing in de uitdrukkelijke wens van de wetgever om voor een situatie als deze geen voorzieningen te treffen. De minister wees het nemen van maatregelen van de hand 'omdat dit inbreuk maakt op de contractsvrijheid' (*Kamerstukken II* 2009/10, 29 544, nr. 226, p. 5-6.) Met alle respect, maar dit laatste is in het arbeidsrecht toch nauwelijks een serieus te nemen argument. De afwezigheid van afdoende rechtvaardiging voor deze lacune klemt temeer nu de wetgever op dit punt aan kritiek onderhevig is van de ILO (zie M.J.A.C. Driessen, ILO en WIA; haat en liefde?, *TRA* 2011/73). Die kritiek richt zich met name op de afwezigheid van een inkomensvoorziening van 35-minners met beroepsgerelateerde aandoeningen (waar bij de bouwvakker in casu mogelijk sprake van kan zijn). De Hoge Raad had de gelegenheid te baat kunnen nemen om dit gebrek te repareren.

Risicosfeer

Opmerkelijk aan de grondslag van de subsidiaire vordering vind ik overigens nog dat gekozen is voor een beroep op artikel 6:248 BW en niet op de grondslag die we in het arbeidsrecht kennen als het gaat om het recht op loon zonder arbeid, te weten artikel 7:628 BW. In een eerder commentaar (*AR Commentaar* 2009/06) heb ik geopperd dat een beroep op dit artikel voor de hand ligt, aangezien de heersende opvatting in de literatuur en ook bij sommige rechters is, dat het billijk is om werknemers niet onverzekerd te laten tegen de inkomensgevolgen van ziekte, op een moment dat zij al geruime tijd bij de werkgever arbeid tegen loonwaarde verrichten, zij het niet de bedongen arbeid. Wie dat billijk vindt, moet toch eigenlijk durven betogen dat de oorzaak in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Deze grondslag voor een loonvordering zou ik na de onderhavige uitspraak van de Hoge Raad echter niet meer willen aanbevelen, aangezien het billijkheidsoordeel van de Hoge Raad immers de andere kant op is gevallen.

Stilzwijgende bedongen arbeid

Betekent dat nu ook dat teruggekomen moet worden op de koers in de recente lagere jurisprudentie over dit onderwerp? In de jurisprudentie zijn vorderingen als deze, die gebaseerd zijn op de stelling dat het verrichten van passende arbeid na enige tijd stilzwijgend

kan omslaan in bedongen arbeid, aanvankelijk terughoudend benaderd. Sinds 2009 betonen een aantal rechters zich echter soepeler (o.a. Hof Den Bosch 6 januari 2009, *JAR* 2009/54; Hof Arnhem 21 juli 2009, *JAR* 2009/345; Hof Leeuwarden 3 maart 2009, *USZ* 2009/164; V.zr. Utrecht 7 december 2009, *JAR* 2010/80; V.zr. Amsterdam 1 februari 2010, *JAR* 2010/109; Hof Arnhem 1 juni 2010, *RAR* 2010/115). Het criterium zoals het hof in deze zaak had aangehouden, is representatief voor de benadering in de recente rechtspraak: er moet sprake zijn van een situatie waarin de werknemer gedurende een niet te korte periode arbeid heeft verricht waarvan de aard en omvang tussen partijen niet ter discussie heeft gestaan (zie hierover R.J. van der Ham en M. Zaman, Van passende arbeid naar de nieuwe bedongen arbeid: een perpetuum mobile?, *TRA* 2011/13 en P. Kruit en E. van Vliet, Van passende naar nieuw bedongen arbeid: rechtspraakoverzicht 2009-2010, *ArbeidsRecht* 2011-3, p. 16). Met een dergelijke 'vuistregel' wordt de bewijslast van de werknemer verlicht, die immers moet stellen en bewijzen dat er sprake is van uitval uit bedongen arbeid.

De Hoge Raad heeft deze bewijslastverlichting in dit arrest niet van de hand gewezen. De vuistregel van het hof was dan ook uitdrukkelijk niet betrokken in de cassatieklachten. Van belang voor de mogelijkheid hier een beroep op te doen is r.o. 3.7.3. Daarin concludeert de Hoge Raad dat het beroep op de aanvullende werking van artikel 6:248 BW geen succes heeft. Vervolgens merkt de Raad op dat daarbij aantekening verdient dat het hof heeft vastgesteld dat tussen partijen niet (expliciet) is overeengekomen dat de door de werknemer verrichte passende arbeid als bedongen arbeid is gaan gelden, *en dat de werknemer er ook niet op heeft mogen vertrouwen dat zulks het geval is* (cursivering WR). Uit het gecursiveerde gedeelte kan worden afgeleid dat de Hoge Raad open laat de mogelijkheid dat de werknemer ondanks het ontbreken van een al dan niet expliciete wijziging van de bedongen arbeid, erop mocht vertrouwen dat die arbeid als bedongen arbeid ging gelden. In die zin staat het de lagere rechters nog steeds vrij om deze koers door te zetten. Wel is de overweging van de Hoge Raad dat loondoorbetaling na de eerste twee ziektejaren de verplichtingen van de werkgever onevenwichtig zou maken, op te vatten als een signaal dat de Hoge Raad niet genegen is om de positie van gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers nog verder te verbeteren. Het ontbreken van een loondoorbetalingsverplichting op grond van de redelijkheid en billijkheid, maakt dat het belang om passende arbeid als nieuwe bedongen arbeid te kwalificeren, daarmee alleen maar is toegenomen. Ook de behoefte aan een vuistregel neemt daarmee toe. In die zin is het jammer dat deze zaak zich kennelijk niet leende voor het voorleggen van een vuistregel aan de Hoge Raad.