

College 10, week 46

Onderwerpen: loondoorbetaling, sancties, passende arbeid, deskundigenoordeel (allen met betrekking tot ziekte van werknemers)

Enkele noemenswaardige cijfers vooraf:

- Van de honderd ziekmelders, zijn er vijftien gevallen waarvan we vinden dat je inderdaad niet kon werken.
- Gemiddeld meldt iedereen zich 1,1 keer per jaar ziek (sommigen nooit, sommigen wel tien keer. Mensen die zich veelvuldig ziek melden, zitten veelal gewoon op de verkeerde plek, daarmee moet je in gesprek.)
- Er zijn 6,5 miljoen werknemers (dat betekent dus ongeveer 7,5 miljoen ziekmeldingen per jaar).
- 2,5 tot 3 duizend mensen gaan dood door een medische fout bij een niet levensbedreigende aandoening (dat is drie keer zo veel dan door verkeersongevallen).

Artikel 7:627 BW omvat de hoofdregel met betrekking tot loonbetaling: "Geen loon is verschuldigd voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht". Hierop zijn echter twee uitzonderingen:

- 1- Wanneer het niet-werken in redelijkheid voor risico van de werkgever hoort te komen (bijvoorbeeld wanneer het bedrijf is afgebrand en de werknemer daardoor niet kan werken).
- 2- Ziekte

Artikel 7:629 BW ziet op loondoorbetaling bij ziekte. Hiervoor gelden twee voorwaarden; het moet gaan om (i) ziekte, (ii) waardoor de bedongen arbeid niet kan worden verricht. Maar wat is ziekte? Een verstoring van het dynamisch evenwicht? Dat waarvoor je naar de dokter gaat? Er is geen duidelijke definitie te geven. Ook bijvoorbeeld een gebroken arm of een psychische aandoening vallen onder het begrip ziekte. De belangrijkste vraag is veelal dan ook de tweede; of de bedongen arbeid nog kan worden verricht. Bedongen arbeid is dat wat je contractueel overeen bent gekomen. Dat is een enigszins vreemde constructie, want wellicht is de overeenkomst al vijftien jaar oud en doe je inmiddels heel ander werk.

Een zieke werknemer heeft recht op twee jaar (104 weken) loondoorbetaling van ten minste 70%, waarvan één jaar (52 weken) ten minste het minimumloon. Ingevolge lid 11 kan de periode van twee jaar met maximaal één jaar verlengt worden. Een werkgever mag maximaal twee wachtdagen invoeren. Wachtdagen zijn bedoeld om minder verzuim te bewerkstelligen, met het idee dat men dan niet om ieder wissewasje zich ziek meldt. In de praktijk werkt het echter niet, want wanneer iemand één of twee (wacht)dagen thuis is geweest, leerd de ervaring dat hij er nogt één of twee dagen achteraan plakt (onder het mom van; 'pak jij mij, dan pak ik jou').

Bij ziekte geldt alles of niets. Kan iemand een klein deel van zijn werk niet doen, dan is hij op grond van het BW ziek. Pas wanneer je alles (!) weer kunt, val je niet meer onder artikel 7:629 lid 1 BW. Als iemand beter is, maar (kort) daarna weer ziek thuis zit, is lid 10 van belang. Hierin wordt bepaald dat wanneer iemand achtentwintig dagen beter staat gemeld en dan weer ziek wordt, de termijn van twee jaar opnieuw begint te lopen. Dit levert nog wel eens vervelende situaties op, wanneer iemand zich beter meldt maar eerst nog langdurig op vakantie gaat. Wanneer iemand is beter gemeld maar niet werkt, gaat de termijn na achtentwintig dagen toch opnieuw lopen.

Zwangerschapsverlof valt niet onder artikel 7:629 BW, maar onder de Wet Arbeid en Zorg (WAZ). Dat geldt ook voor ziekte in gevolge van zwangerschap (artikel 59 lid 4 WAZ). Er is echter wel een probleem. Het is bedoeld als anti-discriminatiewet, maar nergens staat dat je als vrouw moet vertellen dat je zwanger bent (er staat alleen dat je minimaal 3 weken voor de aanvang van je zwangerschapsverlof aan je werknemer moet mededelen dat je zwanger bent). Als een vrouw het niet vertelt, hoe weet een werkgever dan dat hij een beroep kan doen op een uitkering via de WAZ (en dus niet zelf loon voor ziekte hoeft door te betalen). Een (bedrijfs)arts mag het ook niet mededelen, dus het hangt af van de individuele werknemer. Dit werkt willekeurig in de hand, terwijl wetgeving over het algemeen juist bedoeld is om willekeur te voorkomen.

Er zijn in totaal drie categorieën die onder de ziektewet vallen (en dus niet onder artikel 7:629 BW):

- 1- Mensen die voorheen onder de WIA of WAO vielen. Om te stimuleren die mensen toch aan te nemen, staat daar een positieve financiële prikkel tegenover; de eerste vijf jaar hoeft de werkgever niet te betalen als iemand opnieuw ziek wordt. De werkgever kan dan een beroep doen op het UWV.
- 2- Mensen die een orgaan hebben afgestaan.
- 3- Vrouwen met klachten als gevolg van een zwangerschap.

Op het recht op loonbetaling zijn ook uitzonderingen. Zo krijgt een werknemer niet indien de ziekte door zijn opzet is veroorzaakt (lid 3 onder a). Het gaat hierbij niet om voorwaardelijk opzet (een kater valt er bijvoorbeeld niet onder), maar om daadwerkelijke opzet. Ook bewuste roekeloosheid valt er dus niet onder! Het is een heel strenge toets en het wordt bijna nooit toegewezen. Zo is er een zaak bekend van iemand die een zelfmoordpoging had gedaan. Daarvan werd door de kantonrechter geoordeeld dat er geen sprake was van ziekte door opzet veroorzaakt, want de opzet was niet gericht op de ziekte (maar op de dood). Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor plastische chirurgie (de opzet is gericht op mooier worden, niet op ziek worden), voor drankmisbruik en voor risicovolle sporten, enzovoorts.

Een tweede uitzondering staat in lid 3 onder b; 'het belemmeren of vertragen van de genezing. Hieronder worden bijvoorbeeld verstaan het niet nemen van medicijnen of het niet naar een psycholoog gaan. Er zijn echter ook moeilijker situaties denkbaar, bijvoorbeeld het niet instemmen met een operatie door een vrouw die jehova's getuige is (die mogen geen bloedtransfusies). Hier zijn verschillende belangen in het geding (denk bijvoorbeeld aan vrijheid van godsdienst). Dit levert een lastig dilemma op en dergelijke zaken moeten dan ook van geval tot geval bekeken worden.

Een derde uitzondering staat in lid 3 onder c; het zonder deugdelijke grond niet verrichten van passende arbeid. Artikel 7:658a lid 3 BW geeft een definitie van passende arbeid. De jurisprudentie bepaalt hieromtrent dat het werk dat wordt aangeboden qua niveau redelijk moet lijken ten opzichte van het werk dat eerst werd gedaan (dus één of twee stapjes terug kan, maar het moet wel redelijk blijven).

De WIA-toets omvat echter alle mogelijke arbeid die er bestaat, dus na twee jaar is er niet meer die redelijk-niveau-toets. Je kunt dan ook zeggen dat er gedurende die twee jaar een geleidende schaal is met betrekking tot wat passende arbeid is (ook bijvoorbeeld met betrekking tot reistijd en dergelijke).

Bij het solliciteren worden keuringen vaak niet meer gedaan, maar een werknemer heeft wel een spontane mededelingsplicht met betrekking tot ziekte. De vraag is echter hoe een werkgever erachter kan komen dat een werknemer niet aan zijn mededelingsplicht heeft voldaan.

Re-integratieverplichtingen omvatten verschillende fasen: (1) de eigen bedongen arbeid, (2) passende arbeid binnen het bedrijf en als laatste 'redmiddel' (3) re-integratie tweede spoor inhoudende externe plaatsing.

Er is veel jurisprudentie over wat je over en weer mag verwachten:

- 1- Goed werknemerschap
 - a- Van der Lely/Taxi Hofman – Een werknemer hoort in het algemeen in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever verband houdend met gewijzigde omstandigheden op het werk (In casu had de dochter van de werkgever administratieve taken op zich genomen, waardoor de werknemer terug moest naar de taxi. Dit wilde hij niet, maar dan trek je als werknemer dus aan het kortste einde, want het was passende arbeid.)
 - b- Zwijs/Mestemaker – Een werknemer mag vooraf geen eisen stellen aan de inhoud van een functie die hij na één jaar ziekte zal vervullen. (Voorheen was dat inderdaad één jaar, inmiddels is dat twee jaar.)
- 2- Goed werkgeverschap
 - a- Goldsteen/Roeland – Het creëren van een nieuwe functie voor een deels arbeidsongeschikte werknemer (inclusief de extra kosten die daarbij kunnen komen kijken), wordt door de Hoge Raad als een reële verplichting voor een werkgever gezien.
 - b- Zie ook Bons/Ranzijn, Stal/UWV

Als werkgever kom je er dus niet snel mee weg wanneer je zegt: "binnen mijn organisatie is geen passend werk te creëren. Dan moet je wel heel klein zijn met heel weinig werknemers. Er worden hoge eisen gesteld aan werkgevers.

De mate van inspanningen van de werkgever tot re-integratie van de werknemer is afhankelijk van:

- De lengte van het dienstverband (hoe langer hoe grotere inspanning wordt verwacht)
- De oorzaak van het arbeidsverzuim (indien de oorzaak mede in het werk is gelegen, wordt er een grotere inspanning verwacht)
- De grootte en diversiteit van de organisatie (hoe groter/meer divers, hoe groter de mate van inspanning die wordt verwacht, omdat er makkelijker passende arbeid te creëren is)
- Het perspectief van de werknemer op de arbeidsmarkt (hoe kleiner, hoe groter de inspanning die van de werkgever is vereist)

Er worden hoge eisen gesteld aan werkgevers, maar over het algemeen maken ze zich er gemakkelijk van af en ze komen er ook nog mee weg, omdat de meeste werknemers er geen probleem van maken.

Deskundigenoordeel (geschilbeslechting – voorheen second opinion)

Artikel 7:629a BW is hierbij van belang. Een deskundigenoordeel gebeurt altijd door het UWV. Het doel van een dergelijk oordeel is meerledig: (1) bij een geschil tussen werkgever en werknemer komt er een tweede visie, zodat problemen sneller opgelost kunnen worden en (2) het is een vingerwijzing voor de rechter ingeval van een loonvorderingsprocedure (het is een voorwaarde voor ontvankelijkheid bij een loonvordering).

Een deskundigenonderzoek is geen beschikking (in tegenstelling tot alle andere UWV-beslissingen), want het is in beginsel een papiertje waar de kantonrechter mee aan de slag moet. Er is dus geen bezwaar en beroep mogelijk. Daar staat ook tegenover dat de rechter de bevindingen van het onderzoek naast zich neer kan leggen. Dat gebeurt ook vaak. Uit jurisprudentie blijkt dat er rekening gehouden wordt met verschillende factoren, namelijk (1) de wijze van totstandkoming van het advies. Zijn er al dan niet deskundigen geraadpleegd, enzovoorts. (hoor- en wederhoor) en (2) de motivering van eventuele afwijking ten opzichte van de 'first opinion'. Indien aan deze twee voorwaarden is voldaan, wordt het advies in beginsel overgenomen door de rechter en anders legt hij het advies naast zich neer en volgt hij het oordeel van de bedrijfsarts.

Met betrekking tot tuchtrechtspraak zien we een soortgelijke situatie. In de zaak CTG heeft de Hoge Raad bepaald dat wanneer een civiele rechter afwijkt van een tuchtrechtelijk oordeel gegeven naar aanleiding van een klacht over datzelfde medisch handelen, de civiele rechter dat dient te motiveren (dus volgen of motiveren).