

# Arbeidsrecht en werknemersverzekeringen

In deze bijdrage worden de belangrijkste ontwikkelingen beschreven die zich in wetgeving en jurisprudentie op het gebied van het arbeidsrecht en de werknemersverzekeringen in 2010 hebben voorgedaan. De ontwikkelingen worden belicht vanuit de optiek van de werkgever.

**O**p 20 januari 2009 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in de arresten *Schultz-Hoff/Deutsche Rentenversicherungsbund en Stringer e.a./Her Majesty's Revenue and Customs* beslist dat het in strijd is met artikel 7 van de Europese Arbeidstijdenrichtlijn als een zieke werknemer geen gebruik heeft kunnen maken van zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon en daarvoor bij het einde van de arbeidsovereenkomst ook geen financiële vergoeding krijgt.

## Aanpassing wetgeving in verband met vakantie tijdens ziekte

Aangezien de Nederlandse wet in artikel 7:635, lid 4 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) bepaalt dat de arbeidsongeschikte werknemer tijdens zijn arbeidsongeschiktheid vakantiedagen opbouwt over de laatste zes maanden van zijn arbeidsongeschiktheid, was de Nederlandse wetgever verplicht de wet aan te passen om zo de schending van de richtlijn door de Nederlandse wet op te heffen. In een wetsvoorstel dat op 16 december 2010 is aangenomen door de Tweede Kamer en dat nu in behandeling is bij de Eerste Kamer wordt artikel 7:635, lid 4 BW geschrapt. Het gevolg daarvan is dat een arbeidsongeschikte werknemer recht op vakantiedagen opbouwt zolang hij recht heeft op loon, wat neerkomt op 104 weken. Na inwerkingtreding van de wet zullen zelfs werknemers waarvan de arbeidsovereenkomst al is geëindigd alsnog de tijdens arbeidsongeschiktheid opgebouwde vakantiedagen over 104 weken kunnen opeisen, voor zover de vordering niet is verjaard. De verjaringstermijn bedraagt vijf jaar.

In het wetsvoorstel wordt ook bepaald dat het wettelijk minimumaantal vakantiedagen (vier weken per jaar dus bij een volledig dienstverband twintig dagen) voortaan vervalt als deze dagen niet zijn opgenomen binnen zes maanden na het jaar waarin ze zijn opgebouwd. Deze regeling moet voorkomen dat te lang uitstellen van vakantie de veiligheid en gezondheid van werknemers in gevaar brengt. De vervaltermijn van anderhalf jaar geldt

niet als werknemers redelijkerwijs niet in staat zouden zijn geweest vakantie op te nemen of als werkgever en werknemer anders overeenkomen. De vervaltermijn geldt alleen voor dagen die na de ingangsdatum van de wet worden opgebouwd.

Voor het heikele punt in de huidige wetgeving (het ontbreken van een deugdelijke regeling voor het opnemen van vakantiedagen tijdens ziekte) bevat het wetsvoorstel geen oplossing.

## Langer tijdelijke arbeidsovereenkomst voor jonge werknemers

Op 9 juli 2010 is een (tijdelijke) wet in werking getreden die het mogelijk maakt jonge werknemers langer op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te werk te stellen (Wet van 30 juni 2010 tot tijdelijke verruiming van de mogelijkheid in artikel 668a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan in verband met het bevorderen van de arbeidsparticipatie van jongeren, Staatsblad 2010, nummer 274).

Op grond van de wet zoals die vóór 9 juli 2010 gold wordt een verlengde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege geacht voor onbepaalde tijd te zijn

## Vervaltermijn vakantiedagen anderhalf jaar

aangegaan, zodra een vierde arbeidsovereenkomst ingaat of zodra tussen de eerste dag van de eerste overeenkomst en de laatste dag van de laatste overeenkomst meer dan 36 maanden zijn verstreken, een en ander behoudens een onderbreking met een periode van meer dan drie maanden (dus ten minste drie maanden en één dag). Door de nieuwe wet zal voor een werknemer jonger dan 27 jaar gelden dat een verlengde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd pas van rechtswege wordt geacht voor onbepaalde tijd te zijn aangegaan, zodra een vijfde



**Joop van Zijl**  
*Mr. J.P.M. van Zijl is advocaat en houdt kantoor in Tilburg.*



arbeidsovereenkomst ingaat of zodra tussen de eerste dag van de eerste overeenkomst en de laatste dag van de laatste overeenkomst meer dan 48 maanden zijn verstreken.

De vraag of een jongere een extra arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan krijgen wordt niet beoordeeld naar de dag waarop deze arbeidsovereenkomst ingaat. De vierde arbeidsovereenkomst of de verlengde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die (behoudens onderbreking voor langer dan drie maanden) langer dan 36 maar niet langer dan 48 maanden duurt moet eindigen voordat de werknemer 27 jaar wordt.

Een probleem bij de toepassing van deze wettelijke maatregel vormen cao-bepalingen. Bij cao kan van de wettelijke bepalingen op dit punt worden afgeweken. Veel cao's bevatten bepalingen die gelijklopend zijn aan de wet zoals die bij het opstellen van de cao hielden. De vraag is of deze cao-bepalingen moeten worden gezien als een afwijking van de wet bij cao, waardoor de werking van de wet wordt beperkt.

### Recht op Ziektewetuitkering na 104 weken passende arbeid

Op grond van het bepaalde in artikel 7:629, lid 1 BW heeft de werknemer recht op doorbetaling van 70% van het loon tijdens ziekte gedurende 104 weken. Op grond van lid 10 worden voor de berekening van de periode van 104 weken ziekteperioden samengeteld als zij elkaar opvolgen met een periode van minder dan vier weken. De werknemer die gedeeltelijk arbeidsongeschikt is wordt nog steeds geacht arbeidsongeschikt te zijn voor het verrichten van zijn eigen werk in volle omvang. Dit betekent dat de werknemer bij een hernieuwde uitval na werkhervatting pas een nieuw recht op loondoorbetaling tijdens ziekte opbouwt, zodra hij ten minste vier weken lang zijn eigen werk in volle omvang (dus wat betreft taken, tijd én belasting) heeft gedaan. Voor de werknemer die passende arbeid verricht betekent dit dat een nieuwe uitval wegens ziekte geen nieuw recht op loondoorbetaling tijdens ziekte oplevert. De passende arbeid die de werknemer verricht is immers per definitie juist niet het eigen werk van de werknemer in volle omvang.

Op grond van deze redenering wordt door veel lagere rechters geen nieuw recht op loondoorbetaling tijdens ziekte toegekend aan de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer die passende arbeid verricht en daarvoor ziek uitvalt. Vooral vanaf 2009 nemen lagere rechters echter ook wel aan dat de passende arbeid op enig moment voor de werknemer de eigen bedongen arbeid is geworden. Dit betekent dat de werknemer wel een nieuw recht op loondoorbetaling tijdens ziekte krijgt als hij die arbeid na zijn werkhervatting gedurende ten minste vier weken heeft verricht. Als gevolg van deze jurisprudentie heeft de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer echter nog niet altijd recht op loon tijdens ziekte als hij na het einde van de periode van 104 weken passende arbeid verricht en voor die passende arbeid ziek uitvalt.

Van belang is dus of de werknemer in een dergelijk geval aanspraak kan maken op een uitkering op grond van de werknemersverzekeringen. De werknemer heeft recht op een uitkering op grond van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (hierna: WIA) als de werknemer ziek uitvalt binnen vijf jaar na het einde van de wachttijd of binnen vijf jaar na een beslissing tot toekenning, herziening of intrekking van de uitkering én de arbeidsongeschiktheid voortkomt uit dezelfde oorzaak als de arbeidsongeschiktheid ter zake waarvan de oorspronkelijke uitkering was toegekend of ter zake waarvan ongeschiktheid voor eigen werk bestond. De vraag was of in andere

gevallen, met name als er sprake was van een andere oorzaak van arbeidsongeschiktheid, recht zou bestaan op een Ziektewetuitkering (hierna: ZW-uitkering). In zijn uitspraken van 28 juli 2010 (LJN: BN2796 en LJN: BN2809) heeft de Centrale Raad van Beroep besloten dat de werknemer dat recht niet heeft. De Raad baseert dit op de tekst van artikel 29, lid 2 ZW waarin het aantal gevallen waarin uitkering kan worden gedaan limitatief wordt aangewezen. De Raad erkent dat de wet daardoor een lacune bevat ten aanzien van de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer, maar is van mening dat het aan de wetgever is daarvoor een oplossing te vinden.

### ZW- of WIA-uitkering bij arbeidsongeschiktheid bij aanvang verzekering

Zowel in de ZW als in de WIA geldt dat er geen recht op uitkering bestaat als gevolg van arbeidsongeschiktheid die bij aanvang van de verzekering al bestond dan wel te verwachten was. De regel is de uitdrukking van het verzekeringsprincipe dat al in brand staande huizen niet worden verzekerd. Deze regel had echter tot gevolg dat het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna: UWV) soms onderzoek moest doen naar de mate van arbeidsongeschiktheid op een moment in het verleden. Dergelijke onderzoeken zijn complex en tijdrovend, dus is deze regel door de Wet harmonisatie en vereenvoudiging socialezekerheids-wetgeving per 1 januari 2011 in zijn geheel afgeschaft. Deze wetswijziging zet de poort naar misbruik door arbeidsongeschikt geworden zelfstandigen wagenwijd open. Eén dag werken en vervolgens ziek uitvallen is immers voldoende om deze zelfstandigen recht op een WIA-uitkering te geven. Nog kwalijker is dat deze uitkering vervolgens in vergaande mate moet worden betaald door de werkgever waar de betreffende ex-zelfstandige die ene dag in dienst is geweest. Dat is slechts anders als nog kan worden betoogd dat de eerste dag van arbeidsongeschiktheid vóór aanvang van het dienstverband lag, maar in dat geval moet het UWV het complexe en tijdrovende onderzoek alsnog doen.

### Ontslag van een gedetineerde werknemer

Detentie van een werknemer is voor de werkgever vrijwel altijd een probleem. Dat probleem zit niet in de loon doorbetaling. De hoofdregel van artikel 7:627 BW zegt dat geen loon is verschuldigd zolang de werknemer geen arbeid verricht en de twee uitzonderingen op de hoofdregel van artikel 7:628 BW (niet verrichten van de arbeid door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen) en artikel 7:629 BW (niet verrichten van de arbeid door ziekte) zijn niet van toepassing. Het ontslag van de werknemer is wel een probleem. In een eerste fase is een ontslag riskant, omdat bij de werkgever nog niet bekend is of de werknemer een geldige reden heeft om niet te komen werken. In een tweede fase is de detentie wel bekend, maar staat nog niet vast dat de werknemer daarvan een verwijt kan worden gemaakt. In de laatste fase is er een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling en staat het verwijtbare karakter van de detentie vast, maar verzet de rechter zich

vaak tegen het ontslag omdat de werknemer daardoor voor de tweede keer zou worden gestraft. In een arrest van 17 december 2010 (LJN: BO1821) heeft de Hoge Raad beslist dat het enkele feit dat de werknemer zijn werk verzuimt door een detentie waarvan hem een verwijt kan worden gemaakt, onvoldoende is voor een ontslag op staande voet. Bijkomende omstandigheden zijn daarvoor vereist, zoals met name een verband tussen het strafbare feit en het werk. Dat collega's niet meer met de betreffende werknemer willen werken wordt doorgaans niet als een voldoende bijkomstige omstandigheid gezien.

### Permanent gedetacheerde werknemers en overgang van onderneming

Op grond van het bepaalde in artikel 7:663 BW gaan door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op het tijdstip van de overgang voor een werkgever voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst met een in die onderneming werkzame werknemer, van

## Nieuw recht loon doorbetaling pas na vier weken werkhervatting?

rechtswege over op de verkrijger. In een arrest van 21 oktober 2010 (EUR C-242/09, Albron Catering/FNV Bondgenoten en Roest) heeft het Europese Hof van Justitie besloten dat werknemers die binnen concernverband permanent gedetacheerd zijn bij een overgedragen concernonderdeel diezelfde bescherming genieten. De vraag is nog of dit betekent dat de Nederlandse wet op dit punt moet worden aangepast voordat werknemer deze bescherming ook echt kunnen invoeren. ■