



De no-riskpolis in de Ziektewet: geen risico bij het in dienst nemen en houden van arbeidsgehandicapte werknemers?

Mw. mr. S.C. van Veldhoven, re

A. INLEIDING

Neemt of houdt een werkgever een arbeidsgehandicapte werknemer in dienst, dan hoeft een verhoogd risico op ziekteverzuim geen financieel risico in te houden. Weliswaar kan er dan bij hernieuwde uitval een loondoorbetalingsplicht (ex art. 7:629 BW) bestaan, maar deze kan gecompenseerd worden door een ZW-uitkering, die art. 29b van de Ziektewet aan de werknemer toekent. Omdat deze compensatieregeling in de Ziektewet het financieel risico van de werknemer afdekt, wordt deze regeling ook wel de "no-riskpolis" genoemd.

Deze regeling heeft als doel tewerkstelling van arbeidsgehandicapte werknemers te bevorderen en doorbreekt het uitgangspunt dat er geen recht op een ZW-uitkering bestaat bij een loondoorbetalingsplicht (ex art. 7:629 BW). Hieronder wordt uiteengezet wat de regeling inhoudt en wat de voorwaarden en de complicaties van de no-riskpolis zijn.

B. DE REGELING VAN ART. 29B ZW IN HET KORT

Als een werkgever een arbeidsgehandicapte werknemer in dienst neemt of houdt en deze wordt arbeidsongeschikt binnen vijf jaar na het aangaan of voortzetten van de dienstbetrekking, dan heeft de werknemer recht op een ZW-uitkering van 70% van het (maximum)dagloon gedurende maximaal 104 weken. Over het eerste ziektejaar (52 weken) kan zelfs gevraagd worden die ZW-uitkering op 100% te stellen, als de werkgever het loon 100% doorbetaalt. Is er een aanzienlijk verhoogd gezondheidsrisico, zoals een chronische en progressieve ziekte, dan kan verlenging van de risicotermijn van vijf naar tien jaar gevraagd worden, zolang het niet gaat om een – met behulp van medicatie – beheersbare aandoening.¹ De werkgever mag deze ZW-uitkering in aftrek brengen op het loon dat hij op grond van de loondoorbetalingsverplichting (ex art. 7:629 BW) doorbetaalt. Zo wordt zijn financieel risico van ziekte (grotendeels) voor vijf respectievelijk tien jaar afgedekt.

Daarom wordt de regeling in art. 29b ZW ook wel de "no-riskpolis" genoemd.²

C. SITUATIES WAARIN DE NO-RISKPOLIS VAN TOEPASSING IS

In artikel 29b van de Ziektewet staat limitatief opgesomd in welke situaties en in hoeverre er recht op een ZW-uitkering bestaat. Hieronder worden de voornaamste genoemd:

1. nieuwe dienstbetrekking bij de eigen of nieuwe werkgever met WIA-uitkering (art. 29b lid 1 onder a ZW)

De werknemer wordt per einde wachttijd (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt verklaard. Hij komt daarmee in aanmerking voor een uitkering op basis van de Wet Inkomen en Arbeid, de zogenaamde WIA-uitkering. Hij is ongeschikt voor eigen werk, maar geschikt voor ander werk bij de eigen of een nieuwe werkgever. Hij gaat met een (gedeeltelijke) WIA-uitkering in dat andere werk bij zijn eigen of een andere werkgever aan de slag. Het gaat dan om een 'nieuwe dienstbetrekking' bij de eigen of een nieuwe werkgever. Deze werknemer valt onder de no-riskpolis van de Ziektewet.

Het begrip 'nieuwe dienstbetrekking' in het kader van art. 29b van de Ziektewet is in de rechtspraak nader omschreven:

Er moet sprake zijn geweest van een *onderbreking*: een daadwerkelijke beëindiging van de bestaande arbeidsovereenkomst en het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst is vereist.³

Er moet sprake zijn van *nieuw bedongen arbeid*. Als feitelijk hetzelfde werk als voordien wordt uitgevoerd, is er geen sprake van een nieuwe dienstbetrekking, maar van een voortzetting van een bestaande arbeidsrelatie, ook al wordt deze bij een nieuwe werkgever uitgevoerd.⁴

¹ zie art. 29c ZW en CRvB 22 februari 2012 LJN BV6615

² Daarnaast hoeft deze werknemer de eerste vijf (resp. tien) jaar van het dienstverband niet mee te tellen voor de eventuele private ziekteverzekering van de werkgever, omdat het UWV immers vijf (resp. tien) jaar het (volledige) risico draagt. Ook betaalt de werkgever geen verhoogde WIA-premie als de werknemer onverhoopt weer ziek wordt en de werknemer premiekorting kan toepassen.

³ zie CRvB 4 maart 2009 LJN BH4910 en CRvB 17 maart 2009 LJN BH6543 met verwijzing naar Handelingen Eerste Kamer 1997-1998, nr 25478 pag. 1449.

⁴ CRvB 20 juli 2011 LJN BR2289) en CRvB 23 november 2011 LJN BU5529.

De *functiewisseling of de wisseling van werkgever moet ingegeven zijn door gezondheidsbeperkingen* van de werknemer.⁵

Er moet een *nieuwe dienstbetrekking* worden aangegaan *op het moment van het gaan verrichten van de nieuwe functie*. Er mag dus geen sprake zijn van een functiewisseling binnen een bestaande dienstbetrekking. Stel dat de werkgever voor einde wachttijd de zieke werknemer passend werk heeft aangeboden en die wordt onder het nieuwe arbeidscontract voortgezet, dan is er sprake van dezelfde feitelijke werkzaamheden als voordien en daarmee geen sprake van een nieuwe dienstbetrekking.⁶

Een nieuw gecreëerde functie is geen nieuwe dienstbetrekking, als de nieuwe functie elementen van de tot dan toe verrichtte taak omvat, de arbeidsvoorwaarden niet of nauwelijks zijn gewijzigd en er geen nieuwe arbeidsovereenkomst is gesloten. Dat wordt beschouwd als een voortgezette dienstbetrekking in het kader waarvan de werknemer per einde wachttijd een andere functie is opgedragen en niet als een nieuwe dienstbetrekking.⁷

2. voortzetting dienstbetrekking bij de eigen werkgever met WIA-uitkering (art. 29b lid 4 ZW)

Eind 2005 is art. 29b ZW aangepast.⁸ De doelgroep van de no-riskpolis strekt zich sindsdien verder uit tot werknemers, die na toekenning van een WIA-uitkering niet van dienstbetrekking wisselen, maar hun dienstbetrekking bij de eigen werkgever voortzetten. Werkzaamheden en loondoorbetaling dienen daarbij wel op enigerlei wijze te continueren. Dit roept vragen op. Wat als de werknemer bij voortzetting van de dienstbetrekking na 104 weken van arbeidsongeschiktheid passende arbeid verricht zonder dat er afspraken over de gewijzigde bedongen arbeid zijn vastgelegd? Ontstaat dan bij ziekte opnieuw een loondoorbetalingsplicht? Na 104 weken loondoorbetaling komt immers de loondoorbetalingsplicht te vervallen. En als er geen loondoorbetalingsplicht meer bestaat, mist art. 29b lid 4 BW dan toepassing?

Bij passend werk kan er sprake zijn van eigen werk in minder uren of van naar de beperkingen aangepaste werkzaamheden. Als niet is vastgelegd dat de passende arbeid nieuw bedongen arbeid betreft of de werknemer mocht er niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat de door hem verrichte passende arbeid inmiddels als nieuw bedongen arbeid kan worden aangemerkt

(bijvoorbeeld door tijdsverloop en/of het niet gericht zijn van de re-integratie op een terugkeer in het eigen werk via regelmatige aanpassing van de aard en omvang van het werk), dan kan de werkgever zich op het standpunt stellen dat er bij hernieuwde uitval niet opnieuw sprake is van een loondoorbetalingsplicht van 104 weken.

De werkgever heeft immers al 104 weken loon bij ziekte voor de (oude) bedongen functie doorbetaald voordat deze werd voortgezet. Steun voor zijn standpunt vindt de werkgever ook in de wet: de arbeidsovereenkomst blijft onverkort in stand, als een werknemer passende arbeid heeft verricht (art. 7:629 lid 12 BW).

Ondanks het ontbreken van een doorbetalingsplicht kan de werknemer op zijn beurt het standpunt innemen dat hij een beroep kan doen op de no-riskpolis. Als de arbeidsovereenkomst immers onverkort in stand blijft bij passende arbeid kan betoogd worden dat er aldus sprake is van voortzetting van de dienstbetrekking in de zin van art. 29 lid 4 ZW. Daarnaast stelt art. 29b lid 4 ZW niet als voorwaarde dat er een loondoorbetalingsverplichting van de werkgever bestaat.⁹ Kortom: het niet maken van afspraken over gewijzigde bedongen arbeid kan voor zowel de werkgever als werknemer lonend zijn, maar hoeft dat niet te zijn: de loondoorbetalingsverplichting en het recht op de no-riskpolis hangen immers van de omstandigheden van het concrete geval af.

3. nieuwe dienstbetrekking bij een nieuwe werkgever zonder WIA-uitkering (art. 29b lid 1 onder c ZW)

Voldoet een werknemer aan de onderstaande voorwaarden, dan heeft hij ook recht op een ZW-uitkering:

- de werknemer wordt per einde wachttijd als minder dan 35% arbeidsongeschikt aangemerkt;
- hij is niet in staat tot het verrichten van eigen of passend werk bij de eigen werkgever, maar hij kan wel bij een andere nieuwe werkgever re-integreren;
- de werknemer moet op de eerste dag van de dertien weken voorafgaande aan het einde van de wachttijd – behoudens een proefplaatsing – geen andere dienstbetrekking bij een andere werkgever dan zijn eigen werkgever hebben gehad. Als de dienstbetrekking met die andere werkgever al bestond op de eerste dag van de wachttijd, dan staat weer wel een beroep op de no-riskpolis open.

Een paar voorbeelden om een en ander te verduidelijken:

1. Piet is op 1 januari 2011 uitgevallen voor zijn werk als metselaar bij bedrijf X. Hij heeft op 2 oktober 2012 een WIA-aanvraag ingediend. Hij wordt per einde wachttijd, dus per 2 januari 2013, voor minder dan 35% arbeidsongeschikt geacht.

5 Vgl. CrvB 29 juli 2010 LJN BN4046.

6 Zie CrvB 4 maart 2009 LJN BH4910 en CrvB 17 februari 2010 LJN BL4196.

7 Zie CrvB 2 december 2003 LJN AO3300.

8 Per 29 december 2005 op basis van Wetsvoorstel 30118, Stb. 2005, 573.

9 Zie voor de laatste reden van beroep op de no-riskpolis bij passende arbeid: mr. P.H. Burger & mr. P.S. Fluit in 'de omvang en strekking van de no-riskpolis: driedubbele of niet verzekerde arbeid bij hernieuwde uitval'. Gepubliceerd in TRA aflevering 10, okt. 2012 pag. 12.

Hij is niet geschikt voor eigen werk en er is ook geen ander werk bij zijn werkgever. Hij treedt per december 2012 in dienst als koerier bij bedrijf Y. Op 1 maart 2013 overkomt hem een ongeval. Piet kan geen beroep doen op de no-riskpolis, omdat hij binnen dertien weken voor einde wachttijd in dienst is getreden bij een andere werkgever.

2. Piet heeft twee dienstbetrekkingen en valt voor één daarvan uit. Wordt deze dienstbetrekking beëindigd als hij per einde wachttijd minder dan 35% arbeidsongeschikt wordt geacht, maar werkt hij volledig in de andere dienstbetrekking, dan kan hij een beroep doen op de no-riskpolis. Hij werkte weliswaar binnen dertien weken voor einde wachttijd bij een andere werkgever, maar die dienstbetrekking bestond reeds op de eerste dag van de wachttijd. Dus ook het in dienst nemen van werknemers in deeltijd kan aantrekkelijk zijn.

D. SITUATIES WAARIN DE NO-RISKPOLIS NIET VAN TOEPASSING IS

1. nieuwe dienstbetrekking bij de eigen werkgever zonder WIA-uitkering

Een arbeidsgehandicapte werknemer zonder WIA-uitkering, die bij de eigen werkgever een nieuw dienstverband aangaat kan niet op de no-riskpolis terugvallen. Het moet immers gaan om een nieuwe werkgever. Hij kan pas op de no-riskpolis terugvallen als hij bij hernieuwde mogelijkheden bij zijn oude werkgever daarna opnieuw van baan verwisselt en weer bij de oude werkgever in dienst treedt.¹⁰

2. voortzetting dienstbetrekking bij de eigen werkgever zonder WIA-uitkering

Heeft de werknemer geen aanspraak op een WIA-uitkering en is er geen sprake van een 'nieuwe dienstbetrekking' in de zin van de Ziektewet, omdat er bijvoorbeeld geen afspraken zijn gemaakt over de bedongen arbeid of omdat er alleen maar sprake is van passend werk dat wordt voortgezet, dan valt hij niet onder de werkingssfeer van de no-riskpolis.

E. COMPLICATIES BIJ HERNIEUWDE UITVAL: DRIE SITUATIES

Als de werknemer binnen de no-risk periode van vijf respectievelijk tien jaar uitvalt, heeft hij in beginsel recht op een ZW-uitkering. Toch zitten daar haken en ogen aan:

1. werknemer zonder WIA-uitkering blijft werknemer zonder WIA-uitkering

Hiervoor zagen we al dat er bij passende arbeid zonder schriftelijke afspraken over de gewijzigde bedongen arbeid bij hernieuwde uitval veelal geen sprake is van een loondoorbetalingsplicht. Komt de werknemer bij hernieuwde uitval niet in aanmerking voor een WIA-uitkering (opnieuw minder dan 35% arbeidsongeschiktheid), dan kan hij ook geen beroep doen op de no-riskpolis, want er is noch een WIA-uitkering noch een nieuwe dienstbetrekking. Dan rest hem niet meer dan een beroep op een werkloosheids- of bijstandsuitkering, als hij daarvoor al in aanmerking komt. Als een werkgever echter bewust geen nieuwe afspraken maakt over de bedongen arbeid, dan kan een werknemer mogelijk met een beroep op goed werkgeverschap (ex art. 7:611 BW) via de burgerlijke rechter alsnog een schadevergoeding vorderen voor het deel dat hij tekort komt.

In geval er geen sprake is van een loondoorbetalingsplicht, noch van een recht op WIA en/of de no-riskpolis en komt de werknemer geen recht op een werkloosheidsuitkering toe, dan kan mogelijk het volgende oplossing bieden.¹¹ Als de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd zonder dat de werknemer zich daartegen verzet dan wel de werknemer zelf ontslag neemt, bestaat er recht op een ZW-uitkering ingevolge artikel 29 lid 2 onder c ZW. Maar daarbij moet niet worden vergeten dat de arbeidsovereenkomst dan is komen te vervallen en dat de werknemer na herstel geen beroep meer kan doen op zijn werkgever. Als het voorstel van de werkgever komt is het wellicht handig de werknemer in het kader van goed werkgeverschap op deze consequenties te wijzen, indien en voor zover hij geen belangenbehartiger heeft.

2. werknemer zonder WIA-uitkering krijgt WIA-uitkering

Wanneer degene, die in eerste instantie minder dan 35% arbeidsongeschikt werd geacht, binnen vijf jaar uitvalt kan dit alsnog leiden tot een WIA-uitkering. De WIA kent twee soorten uitkeringen in aanvang: een IVA-uitkering (80-100% arbeidsongeschikt) en een WGA-uitkering (35-80% arbeidsongeschikt). Bij een WGA-uitkering wordt het doorbetaalde loon gezien als inkomsten.¹² Het UWV trekt deze inkomsten af van de WGA-uitkering.

De werkgever mag dus de WGA-uitkering niet verrekenen met het doorbetaalde loon.

¹⁰ Zie mr. P.H. Burger & mr. P.S. Fluit in 'de omvang en strekking van de no-riskpolis: driedubbele of niet verzekerde arbeid bij hernieuwde uitval'. Gepubliceerd in TRA aflevering 10, okt. 2012 pag. 13.

¹¹ Prof. Mr. W.H.A.C.M. Bouwens, 2011: 'Een gat in het vangnet' in B.B.B. Lanting, S.S.M. Peters & M. Westerveld (Eds.), Een trip langs de hagen (Liber amicorum prof. mr. J. Riphagen), pag 73-83.

¹² Op grond van art. 3.3. lid 2 van het Algemeen Inkomensbesluit Socialezekerheidswetten (AIS).

Dit betekent dat de WIA-uitkering wordt verlaagd met het doorbetaalde loon en de werkgever gehouden is volledig aan zijn loondoorbetalingsverplichting te voldoen. We zagen echter dat voor het recht op een ZW-uitkering bepalend is dat er voorafgaande aan de hernieuwde uitval recht was op een WIA-uitkering. Was er destijds geen recht op een WIA-uitkering en is er sprake van het aangaan van een nieuwe dienstbetrekking of het voortzetten van een bestaande dienstbetrekking bij de eigen werkgever, dan is er geen recht op een ZW-uitkering, ofschoon er na de hernieuwde uitval wel recht is op een WIA uitkering. Wanneer dan gesproken kan worden van nieuw bedongen arbeid, rest de werkgever niets anders dan toch 104 weken loon door te betalen zonder dat hij dit via de Ziektewet gecompenseerd kan krijgen. Het is dus voor een werkgever vaak aantrekkelijker gewijzigde bedongen arbeid niet vast te leggen. De werknemer wordt er ook niet beter van: deze zal het UWV ervan moeten overtuigen dat er geen sprake is van nieuw bedongen arbeid om in ieder geval aanspraak op de WIA-uitkering te kunnen maken.

en inkomensbescherming van deze werknemers. Gelet op het bovengenoemde nog bestaande risico voor werkgever en de doelstelling van de uitbreiding van de Ziektewet in art. 29b ZW, te weten re-integratie van arbeidsgehandicapte werknemers, kunnen we slechts hopen dat de huidige minister Asscher daarover anders gaat denken.

3. arbeidsongeschiktheid uit zwangerschap

Als een werknemer met een WIA-uitkering arbeidsongeschikt wordt wegens zwangerschapsgerelateerde klachten, zoals rugklachten of bekkeninstabiliteit, kan zij geen rechten ontlenen aan de no-riskpolis. De rechtbank Arnhem besliste onlangs dat de bedoeling van art. 29b ZW is het arbeidsongeschiktheidsrisico van werknemers met een arbeidshandicap te compenseren.¹³ Komt de arbeidsongeschiktheid niet voort uit een arbeidshandicap maar uit een zwangerschap, dan is art. 29b ZW niet van toepassing. In dat geval is art. 29a ZW van toepassing. Dat artikel regelt een ZW-uitkering bij arbeidsongeschiktheid voortvloeiend uit zwangerschap.

F. TOT SLOT

Zoals u hierboven kunt zien, opent de wet veel mogelijkheden om zonder veel risico een werknemer met beperkingen in dienst te nemen of te houden. Desondanks is er wel een kans dat de werkgever toch met een volledige loondoorbetalingsverplichting wordt geconfronteerd bij het in dienst nemen of houden van een werknemer die voor minder dan 35% arbeidsongeschikt is geacht. Het is juist deze groep die met het oog op de versoering van de WW nu net zo gemotiveerd is om aan de slag te blijven. De voormalig minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid achtte echter een verdere uitbreiding van de no-riskpolis naar werknemers zonder WIA-uitkering niet nodig vanuit de gedachte dat de werkgever verantwoordelijk is voor de re-integratie

13 Rechtbank Arnhem 29 november 2012 LJN BY6433.