

Reactie op de column

‘Een brug tussen de wal en het schip’

37

Een aantal loopplanken

Met genoegen hebben wij de column van Van Slooten en Boot in het januarinum² gelezen. Centraal daarin staat de werknemer die na twee jaar arbeidsongeschiktheid werkzaamheden verricht in aangepast werk en geen recht heeft op een WIA-uitkering. Valt deze tussen wal en schip, indien hij uitvalt wegens ziekte? De auteurs stellen dat deze werknemer geen recht heeft op salaris van zijn werkgever, geen ZW-uitkering kan genieten en geen gebruik kan maken van een WW-uitkering. Wij onderkennen hetgeen de auteurs naar voren brengen. Echter, wij zien mogelijkheden om deze wettelijke lacune (voorlopig) te ondervangen.

Bij re-integratie staat de re-integratie in eigen functie voorop. Dit is niet altijd mogelijk, reden waarom de werknemer vaak passende werkzaamheden verricht. Meestal wordt dit werk niet gedurende de overeengekomen uren verricht. Indien een werknemer gedeeltelijk passende arbeid verricht kan hij, na 104 weken, aanspraak maken op een WW-uitkering voor de uren die hij niet werkt. Er is dan immers sprake van een verlies aan arbeidsuren en beschikbaarheid om deze uren te werken.³ Beëindiging van de arbeidsovereenkomst is niet vereist. Ook een werknemer die na 104 weken gedeeltelijk uitvalt, kan derhalve een WW-uitkering aanvragen voor het arbeidsgeschikte gedeelte. Een gedeeltelijke WW-uitkering biedt in onze optiek in deze situatie een oplossing. Daarnaast kan de wettelijke lacune worden ondervangen door een cao. Menige cao bevat een ontslagverbod na 104 weken, indien nog passende arbeid kan worden verricht. Dit is meestal het geval bij de zogenoemde 35-minners.⁴ Een oplossing volgens de vakbonden is een (gedeeltelijke) loondoorbetalingsverplichting gedurende dit verlengde opzeggverbod. De werknemer valt dan niet tussen wal en

schip. Naar onze mening ontstaat er dan een onwenselijke situatie. De werknemers worden immers niet meer gestimuleerd om zich op de arbeidsmarkt te begeven, terwijl zij toch grotendeels arbeidsgeschikt worden geacht. Bovendien ziet de werkgever zich geconfronteerd met een langere loondoorbetalingsverplichting.

Zoals terecht opgemerkt door Van Slooten en Boot is een andere oplossing het sneller afspraken maken over de nieuw bedongen werkzaamheden. Uit de rechtspraak blijkt dat uit de feitelijke uitvoering en de bedoeling van partijen eerder nieuw bedongen arbeid wordt aangenomen. Zo oordeelde het Hof Amsterdam dat er sprake is van bedongen arbeid, indien de werkgever en werknemer afspraken maken omtrent omscholing in een andere functie, deze andere functie wordt vervuld en de werknemer in deze functie wordt beoordeeld.⁵ Ook door tijdsverloop kan passende arbeid bedongen arbeid worden. De Ktr. Utrecht oordeelde dat dit na drie jaar het geval was, terwijl de Ktr. Amsterdam dit al aannam na negen maanden.⁶ Frikkee is van mening dat na een periode van ten minste zes maanden passende arbeid verrichten reeds van bedongen werkzaamheden kan worden gesproken.⁷ Wij menen dat aansluiting kan worden gezocht bij de jaarlijkse of tussentijdse beoordeling. Het omslagmoment wordt bereikt na maximaal een jaar werken in andere arbeid, voor welke arbeid de werknemer ook wordt beoordeeld. Op dat moment kunnen – en uit hoofde van goed werkgeverschap moeten – nieuwe afspraken worden gemaakt. Indien een werknemer in deze situatie (opnieuw) uitvalt, kan hij aanspraak maken op loon en valt zo niet tussen wal en schip.

Terecht merken Van Slooten en Boot op, dat de hiervoor geschetste situatie onwenselijk is. Een oplossing zou tot slot dan ook kunnen zijn gelegen in het eerder starten van Spoor II, uiteraard indien dit mogelijk is. Hierdoor wordt de kans op een lange loondoorbetalingsverplichting voor de werkgever verkleind. Ondertussen kan Spoor I eveneens doorlopen worden.

Wij onderschrijven het artikel van Van Slooten en Boot; de ZW dient te worden aangepast. Zolang dat niet gebeurt, bieden een gedeeltelijke WW-uitkering of een cao naar onze mening de oplossing. Daarnaast kunnen eerder afspraken worden gemaakt over nieuw bedongen arbeid, zodat de werknemer wederom aanspraak kan maken op

1. Mr. F. Samson en mr. E.N. van Amstel zijn advocaat te Utrecht.
2. TRA 2011/1.
3. De Beleidsregels Ontslagtaak UWV: Hoofdstuk 28 langdurige arbeidsongeschiktheid, 28-8.
4. Zie bijvoorbeeld de Cao Zorg en Onderwijs waarin een ontslagverbod geldt bij 0 tot 35% arbeidsongeschikt. De Cao GGZ bepaalt dat het dienstverband voor de werknemer die minder dan 35% arbeidsongeschikt is, in principe wordt gehandhaafd en geen reden voor ontslag is. Ook de Cao voor Primair Onderwijs handhaaft een soortgelijke bepaling. De Cao Unilever bepaalt tot slot dat werknemers die minder dan 80% arbeidsongeschikt zijn voor hun restverdiencapaciteit, worden herplaatst. De Cao KLM-grondpersoneel stelt dat na 104 weken arbeidsongeschiktheid gedurende de fictieve loongereleerde periode en de fictieve vervolgfase een aanvulling wordt betaald.

5. Hof Amsterdam 21 juli 2009, LJN BJ4534, USZ 2009/345.

6. Ktr. Utrecht (vzr.) 7 december 2009, LJN BK5511, JAR 2010/80; Ktr. Amsterdam (vzr.) 1 februari 2010, LJN BM0969, JAR 2010/109.

7. C.J. Frikkee, 'Invoering van de WIA: van WAO-gat naar WIA-krater; een reactie', *ArbeidsRecht* 2006/17.

loon. Om langdurige loondoorbetaling voor de werkgever oplossing kunnen bieden.
te voorkomen, zou een versneld traject Spoor II een