

effect op de beschermde groep vast te kunnen stellen. Sinds de introductie van een aantal gelijke behandelingsrichtlijnen, waaronder Richtlijn 2000/78/EG, ligt dat iets anders. Ten eerste is er een eenvormige omschrijving van de beide soorten discriminatie in meerdere richtlijnen te vinden. In art. 2, lid 2, onder a van Richtlijn 2000/78/EG is directe discriminatie een minder gunstige behandeling van een persoon dan een andere persoon in een vergelijkbare situatie op een verboden grond, zoals handicap. Indirecte discriminatie is een ogenschijnlijk neutraal criterium of neutrale praktijk waarbij de beschermde personen een 'bijzonder' nadeel ondervinden in vergelijking met andere personen (art. 2 lid 2 onder b Richtlijn 2000/78/EG). Indien we deze omschrijvingen nader bezien is het verschil tussen beide vormen van discriminatie niet zo groot meer als voorheen. Er lijkt sprake te zijn van een continuum met aan de ene kant directe en aan de andere kant indirecte discriminatie. De verboden grond en het door betrokkene(n) ondervonden nadeel zijn essentieel voor beide vormen van discriminatie. Een verschil is dat er bij indirecte discriminatie een 'ogenschijnlijk neutraal criterium' is.

3. Uit deze zaak blijkt echter dat aanwezigheid van een ogenschijnlijk neutraal criterium een geval van directe discriminatie niet hoeft uit te sluiten. Er is nader onderzoek nodig naar het verband tussen de tijdsvoorwaarde die het ziekenhuis heeft gesteld wat betreft de indiening van het attest en de verboden grond van handicap. Dit is aan de nationale rechter die de prejudiciële vraag stelt. Ook voor het vaststellen van indirecte discriminatie op basis van handicap is een nader onderzoek door de nationale rechter nodig; om van een 'bijzonder nadeel' in de zin van art. 2, lid 2, onder b Richtlijn 2000/78/EG te kunnen spreken moeten de beide groepen gehandicapte werknemers van het Poolse ziekenhuis met elkaar worden vergeleken; is er misschien een nadere reden waarom de benadeelde groep gehandicapte werknemers eerder een attest bij de werkgever heeft ingediend? De benadering van beide vormen van discriminatie convergeert.

4. In hun commentaar op het arrest *Maruko*, dat ongelijke behandeling tussen het huwelijk en een geregistreerd partnerschap in een Duitse pensioenregeling betrof, merken Waaldijk en Tobler op dat het Europese Hof sneller is gaan spreken van directe discriminatie (K. Waaldijk en C. Tobler, annotatie bij C-267/06, *Common Market Law Review*, 2009, p. 723-746). Niet alleen in het geval van een formele verbinding tussen het bestreden criterium of praktijk en de verboden maatstaf is er sprake van directe discriminatie. Indien materieel gezien de gehele groep bestaat uit personen met de beschermde grond kan er ook sprake zijn van een directe discriminatie. In *Nikoloudi* (C-196/02, ECLI:EU:C:2005:141) was er directe discriminatie op grond van geslacht, omdat de gehele groep benadeelden uit vrouwen bestond. Ook in deze

Poolse zaak bestaat de gehele groep benadeelden, zestien werknemers van het ziekenhuis, uit gehandicapten. Het aantal gehandicapte werknemers is duidelijk afgebakend en bekend bij de werkgever, hij hoeft alleen maar de vóór de bewuste datum ingediende attesten te tellen. Het Hof redeneert terug: nu de gehele groep benadeelden bekend is en bestaat uit gehandicapte werknemers kan een directe discriminatie op basis van handicap niet worden uitgesloten. Beide groepen gehandicapte werknemers bij het Poolse ziekenhuis bevinden zich bovendien in een vergelijkbare situatie, hun aantallen tellen mee voor het bepalen van het bedrag dat het ziekenhuis moet afdragen aan het PFRON. Om van een directe discriminatie te kunnen spreken is wel nader onderzoek nodig van de relatie tussen de gebruikte maatstaf en de verboden grond dat de nationale rechter moet uitvoeren.

5. Na dit arrest is duidelijk dat discriminatie binnen de beschermde groep, in dit geval gehandicapte werknemers, niet ontsnapt aan het discriminatieverbod in de Richtlijn. Het aanknopingspunt om van strijd met het beginsel van gelijke behandeling te kunnen spreken is de ongunstige behandeling of het nadeel dat wordt ondervonden op grond van een handicap. Bestaat de benadeelde groep voor 100% uit werknemers met een handicap dan kan er sprake zijn van directe discriminatie. De vraag die overblijft is of handicap in het Europese arbeidsrecht een asymmetrische grond is: worden niet-gehandicapte werknemers ten opzichte van gehandicapte werknemers gediscrimineerd? Deze vraag is in dit arrest niet aan de orde gekomen.

Mr. dr. H.H. Voogsgeerd

Socialezekerheidsrecht

TRA 2021/50

Hof Arnhem-Leeuwarden 2 maart 2021, 200.266.750/01
m.nt. mr. P.S. Fluit

Art. 29 ZW

ECLI:NL:GHARL:2021:1985

No-risk, nieuw bedongen arbeid en administratieve ziekmeldingen.

Feiten

Werkneemster was werkzaam voor Connexion Taxiservices voor 32 uur per week. Nadat ze in 2011 uitviel ten gevolge van ziekte werd haar in mei 2013 een WIA-uitkering toegekend naar een arbeidsongeschiktheidspercentage van 50%. Een medische urenbeperking van vier uur per

dag (en 20 uur per week) werd aangenomen. Na toekenning van de WIA-uitkering is zij aan de slag gegaan in aangepast werk met een beperking voor het soort ritten dat ze uitvoerde.

Vervolgens is zij meerdere perioden, variërend van enkele dagen tot bijna vijf maanden, niet in staat geweest om te werken. Uiteindelijk is zij met ingang van 21 februari 2018 volledig arbeidsongeschikt geacht door het UWV en heeft zij een opgehoogde WIA-uitkering gekregen, gebaseerd op een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80-100%. Bij iedere ziekmelding na toekenning van de WIA-uitkering heeft de werkgever een ZW-uitkering ontvangen op grond van art. 29b lid 4 ZW (no-risk), die hij doorbetaalde aan de werknemer. Aanvankelijk betaalde de werkgever bij ziekte 100% van het loon en later 70% van het loon over die 20 uur. De toepasselijkheid van de no-riskpolis kwam op 1 mei 2018 ten einde in verband met de vijfjaarstermijn in art. 29b lid 4 ZW.

Procedure

Werkneemster vorderde doorbetaling van loon (ex art. 7:629 BW) na 1 mei 2018. Het aangepaste werk dat werkneemster in de periode ongeveer vijf jaar na ingang van de WIA-uitkering had verricht in 20 uur per week zou aan te merken zijn als 'nieuwe bedongen arbeid'. Zij vroeg een verklaring voor recht ter zake en vorderde loon vanaf 21 februari 2018, onder aftrek van de tot 1 mei 2018 ontvangen ZW-uitkering. De vordering werd onder andere onderbouwd door te verwijzen naar de toepassing van art. 29b lid 4 ZW. Ze stelde dat door toepassing van dit wetsartikel sprake is van nieuw bedongen arbeid. Tevens wees ze op de periode van ongeveer vijf jaar waarin de werkzaamheden over 20 uur waren verricht. Bovendien verwees ze naar de loonstroken waarop vanaf mei 2013 stond vermeld dat zij voor 20 uur werkte en naar een verwijzing van de bedrijfsarts naar de werkzaamheden van 20 uur per week als 'eigen werkzaamheden'. Ten slotte vorderde ze ook loon over de periode dat de ZW-uitkering is verlaagd van 100% naar 70%. Dat zou het gevolg zijn geweest van het ten onrechte niet aanmelden van werkneemster als hersteld in de perioden dat zij na tijdelijke uitval weer 20 uur per week werkte. In die perioden werd zij volgens het gehanteerde verzuimprotocol "administratief ziek" gehouden voor 10%, omdat de verwachting bestond dat zij binnen drie maanden weer kon uitvallen. Daardoor was zij administratief gezien een jaar aaneengesloten ziek, waardoor de ZW-uitkering werd verlaagd naar 70%.

Oordeel hof

In eerste aanleg zijn de vorderingen van werkneemster afgewezen. Het hof is het eens met de overweging van de kantonrechter, dat uit de wettekst noch uit de wetgeschiedenis volgt dat verbinding is gelegd tussen de toepasselijkheid van art. 29b lid 4 ZW en de wijziging van bedongen arbeid. Net als de kantonrechter meent het hof, dat onvoldoende vaststond dat sprake was van nieuw be-

dongen arbeid. De loonstrook en de opmerkingen van de bedrijfsarts geven daartoe onvoldoende aanleiding. Het verrichten van werkzaamheden voor 20 uur per week past bij de re-integratietaak van de werkgever op grond van art. 7:658a BW.

Ten slotte merkt het hof nog iets op over de regel in het verzuimprotocol inzake het administratief ziek houden voor 10% als iemand wel de volledige contracturen werkt, maar binnen drie maanden zou kunnen uitvallen. Dat onderdeel van het verzuimprotocol kan niet door de beugel, zo volgt uit r.o. 6.19. Uiteindelijk kan dit de werknemer volgens het hof echter niet baten, omdat het zou gaan om een vordering tot toekenning van een ZW-uitkering. Aan de vorderingen en grieven liggen echter niet de aanvulling op grond van art. 29b lid 6 ZW ten grondslag, maar uitsluitend art. 7:629 BW. Bovendien zou niet het hof, maar de bestuursrechter bevoegd zijn om te oordelen over beslissingen van het UWV aangaande de ZW-uitkering ex art. 29b ZW.

Commentaar

Om in ieder geval twee redenen is dit arrest van het hof interessant. Het hof gaat in de eerste plaats in op de relatie tussen de no-riskpolis (art. 29b ZW) en het leerstuk van 'nieuw bedongen arbeid'. In de tweede plaats doet het hof ook een uitspraak over het administratief ziek houden van een werknemer. Dan gaat het dus ook over de toepassing van art. 7:629 lid 10 BW (samentelling van ziekteperiodes), hetgeen relevant is voor de vraag of er sprake is van doorlopende arbeidsongeschiktheid, of niet.

1. *No-risk en nieuw bedongen arbeid*

Het hof oordeelt dat toepassing van art. 29b ZW (no-risk) niet automatisch inhoudt dat er sprake is van nieuw bedongen arbeid. De medewerker betoogt dat er vanaf februari 2018 een nieuwe loondoorbetalingsverplichting zou zijn gestart omdat in de voorliggende periode toepassing is gegeven aan no-risk en er een Ziektewetuitkering is toegekend op grond van art. 29b lid 4 ZW.

Op zich is het standpunt van de medewerker begrijpelijk. De Centrale Raad van Beroep heeft overwogen dat met de regeling beoogd werd om met de garantie van ziekgeld gedurende een aantal jaren na aanvang dienstbetrekking de werkgever over de streep te trekken deze arbeidsgehandicapte in dienst te nemen (ECLI:NL:CRVB:2012:BR2289; zie ook P.H. Burger en P.S. Fluit, 'De omvang en strekking van de no-riskpolis', *TRA* 2012/75). De gedachte achter de no-riskpolis is immers dat – als een arbeidsongeschikte werknemer na twee jaar in dienst blijft van de werkgever – er een verhoogd risico is op hernieuwde ziekte-uitval en daarmee mogelijk ook een nieuwe loondoorbetalingsverplichting voor de werkgever ontstaat ex art. 7:629 BW. Om een werkgever voor dat loonrisico te compenseren is voorzien in de no-riskpolis. Tegen deze achtergrond zou het om ten minste tweede redenen vreemd zijn als er bij voortzetting dienstbetrekking (zoals beschreven in art. 29b lid 4

ZW) er *wel* ZW-uitkering zou worden uitgekeerd en *geen* loon zou behoeven te worden betaald. In de eerste plaats valt er in deze situatie niets te compenseren. De werkgever draagt geen loonrisico, omdat er geen nieuw bedongen arbeid aan de orde is. In de tweede plaats zou geoordeeld kunnen worden dat (dus) ook niet echt sprake is van 'een over de streep trekken van de werkgever'. De werkgever houdt de werknemer wel in dienst, maar daar zou dan geen loonbetalingsplicht aan zijn verbonden bij hernieuwde uitval.

De hoogte van de ZW-uitkering is in beginsel 70% van het dagloon (art. 29b lid 5 ZW; zie art. 14 ZW hoe het dagloon wordt berekend). In het zesde lid van art. 29b ZW staat echter dat, in afwijking van lid 5, de ZW-uitkering hoger kan zijn (tot maximaal 100% van het dagloon). Er staat: op verzoek van de werkgever wordt de uitkering gesteld op het dagloon (en dus niet 70% daarvan), 'met dien verstande dat het ziekingeld niet meer kan bedragen dan de aanspraak van de werknemer op het loon dat de werkgever verschuldigd zou zijn, indien daarop geen ziekingeld in mindering zou zijn gebracht'. Als de werkgever tijdens het eerste ziektejaar 100% van het loon betaalt, dan wordt de werkgever dus door die ZW-uitkering van 100% van het dagloon geheel gecompenseerd, zij het dat deze compensatie is beperkt tot het gemaximeerde dagloon (art. 17 Wfsv). Juist de toepassing van art. 29b lid 6 ZW (waarbij de werkgever in de aanvraag voor deze uitkering kan aangeven dat in het eerste ziektejaar meer dan 70% aan loon wordt betaald) vormt een aanwijzing dat er nieuw bedongen arbeid moet zijn, voordat een nieuwe ZW-aanspraak kan worden aangenomen. Het hof gaat daaraan voorbij en legt kennelijk de nadruk op de woorden 'verschuldigd zou zijn' uit het geciteerde gedeelte uit de tekst van art. 29b lid 6 ZW. Of er daadwerkelijk loon betaald wordt, doet dan niet ter zake. Het gaat om wat er 'verschuldigd zou zijn'. De doelstelling van de regeling (compensatie bieden voor een (nieuwe) loonaanspraak bij ziekte) en art. 29b lid 6 ZW vormen – anders dan het hof oordeelt – aanwijzingen dat er wel een nieuwe loonaanspraak moet zijn (en dus nieuw bedongen arbeid). Het hof kan evenwel worden toegegeven, dat het eerste lid van art. 29b ZW een nieuwe dienstbetrekking veronderstelt (vanwege het woord 'dienstbetrekking') en art. 29b lid 4 ZW voortzetting van een dienstbetrekking betreft.

Ofschoon de no-risk in het leven geroepen is om de werkgever te compenseren voor een eventueel nieuw loondoorbetalingsrisico, betekent dit in de visie van het hof dus niet dat er een automatische koppeling is tussen toepassing van no-risk en een nieuwe loondoorbetalingsverplichting. Met andere woorden, het UWV kan op grond van art. 29b ZW een ziektewetuitkering toekennen *zonder* dat er een nieuwe loondoorbetalingsverplichting is. Dat geldt bij toepassing van art. 29b lid 4 ZW.

Er is namelijk een onderscheid tussen art. 29b lid 1 ZW en art. 29b lid 4 ZW. In het eerste lid van art. 29b ZW is gere-

geld dat er sprake is van een nieuwe dienstbetrekking. Als er een nieuwe dienstbetrekking wordt aangeboden na *ingang* WIA, dan is er sprake van een nieuwe loondoorbetalingsverplichting bij hernieuwde uitval door arbeidsongeschiktheid. No-risk is dan van toepassing tot vijf jaar nadat er een nieuwe dienstbetrekking is aangeboden. In het vierde lid van art. 29b ZW staat dat ook bij *voortzetting* van het dienstverband (dus zonder dat er een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangeboden) een ziekte-uitkering wordt toegekend bij hernieuwde uitval door arbeidsongeschiktheid binnen vijf jaar. Kortom, ook als er geen nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangeboden, kan er aanspraak zijn op een ziekte-uitkering, dus zonder dat er een nieuwe loondoorbetalingsverplichting ontstaat. In de Kamerstukken staat daarover: Dit betekent een uitbreiding van het instrument dat thans immers slechts kan worden toegepast bij aanvang van een nieuwe (dienstbetrekking) (*Kamerstukken II 2004-2005*, 30118, nr. 3, art. 1.4 onderdeel G). Voorheen was dus no-risk beperkt tot toepassing van een ziektewetuitkering bij een nieuwe dienstbetrekking. Door invoeging van het vierde lid van art. 29b ZW is de no-risk polis uitgebreid.

Bij toepassing van art. 29b lid 4 ZW is toepassing van no-risk vastgeknoopt aan een vijfjaarsperiode te rekenen vanaf *einde wachttijd WIA*. Bij toepassing van het eerste lid van art. 29b ZW wordt aangehaakt bij vijf jaar na *ingang nieuwe dienstbetrekking*.

Art. 29 lid 5 ZW ('geen ziekingeld wordt uitgekeerd nadat een tijdvak van 104 weken van arbeidsongeschiktheid is verstreken') staat in de weg aan toepassing van art. 29b lid 4 ZW zonder dat er een nieuwe loondoorbetalingsplicht is. Een nieuw tijdvak wordt echter niet alleen aangenomen als er sprake is van een nieuwe loondoorbetalingsplicht ex art. 7:629 BW. Ook nadat de wachttijd van 104 weken is verstreken en er een WIA-beoordeling heeft plaatsgevonden, kan nadien een nieuw tijdvak van 104 weken worden aangenomen als de verzekerde (opnieuw) ziek wordt vanuit de WW (art. 29 lid 2 onder d ZW) of bijvoorbeeld als art. 29b ZW van toepassing is (art. 29 lid 2 onder g ZW). Een basis voor toepassing van art. 29b ZW vormt nieuwe bedongen arbeid en in de UWV-uitvoeringspraktijk ook nieuw (feitelijk) eigen werk ('zijn arbeid', hetgeen vanwege het feitelijk karakter een breder begrip is dan 'bedongen arbeid').

2. Administratief ziek houden

'Administratief ziek houden' betekent dat een werknemer op papier ziek wordt gehouden voor bijvoorbeeld 10%, terwijl de werknemer in staat is om op dat moment de bedongen arbeid in volle omvang te verrichten, omdat er twijfels zijn of de werknemer voor langere tijd in staat is de bedongen arbeid vol te houden. Het arbeidsrechtelijk arbeidsongeschiktheidsbegrip is digitaal: of de werknemer is volledig geschikt voor bedongen arbeid (hersteld), of niet. Desondanks wordt in veel verzuimdossiers toch gewerkt met verzuim/herstelpercentages. Die percentages

zijn dan vaak gekoppeld aan het aantal uur dat de werknemer hervat of bezig is met re-integratie of de loonwaarde van de werkzaamheden.

Voor een werknemer kan het administratief ziek houden nadelige gevolgen hebben. Zo kan hij tijdens ziekte recht hebben op 70% van het loon, daar waar hij anders (als hij hersteld was gemeld) aanspraak zou hebben op 100%. Een ander nadeel is dat door administratief ziek houden de werknemer eerder of op oneigenlijke gronden het eind van de wachttijd van 104 weken bereikt en daarmee (ongewild) in een WIA-traject belandt en mogelijk ontslagbescherming bij ziekte verliest (als het UWV meegaat in het oordeel dat de werknemer 104 weken onafgebroken arbeidsongeschikt is geweest). Weer een ander nadeel (dat voortvloeit uit het bovenstaande) is dat de werknemer door deze praktijk mogelijk zijn aanspraken op een nieuwe loondoorbetalingsperiode ex art. 7:629 BW (en daarmee samenhangende ontslagbescherming) verliest.

In deze zaak speelde de kwestie van het administratief ziek houden van een medewerker in relatie tot toepassing van de Ziektewet. Dat maakt de situatie heel specifiek. Vanwege het administratief ziek houden bereikt de medewerker eerder het tweede ziektejaar en daarmee ook het tweede Ziektewetjaar. Art. 29b lid 6 ZW bepaalt, zoals opgemerkt, dat in het eerste ZW-jaar de ZW-uitkering op verzoek van de werkgever op 100% van het dagloon kan worden gesteld 'met dien verstande dat het ziekengeld niet meer kan bedragen dan de aanspraak van de werknemer op het loon dat werkgever verschuldigd zou zijn'. In het tweede ZW-jaar bedraagt de ZW-uitkering echter 70% van het dagloon. Dat de werknemer langer dan een jaar als ziek staat geregistreerd betekent voor de werknemer dus dat de ZW-uitkering omlaag gaat. Zou werknemster echter hersteld zijn gemeld, dan was er bij hernieuwde uitval daarna weer recht geweest op een nieuwe ZW-periode met een ZW-uitkering van 100%.

Dit administratief ziek houden is in dit geval gebaseerd op een verzuimprotocol. Dat verzuimprotocol kan volgens het hof niet door de beugel. Het gaat erom dat een medewerker voor 10% ziek wordt gehouden in de situatie dat iemand voor de volledige uren in staat is om te werken, maar binnen drie maanden hernieuwde uitval dreigt.

Met het hof ben ik het eens, dat deze bepaling in strijd is met de samentellingsregeling in art. 7:629 lid 10 BW. Als de werknemer langer dan vier weken geschikt is voor 'zijn arbeid' (zo staat het in de tekst van art. 7:629 lid 10 BW; vreemd genoemd wordt niet het begrip 'bedongen arbeid' gebruikt) dan heeft de werknemer bij een hernieuwde uitval aanspraak op een nieuwe wachttijd van 104 weken. Het gaat bij de vraag of de werknemer wel of niet volledig hersteld is, om de vraag of iemand in staat is om de bedongen arbeid in volle omvang te verrichten (ook al staat in de tekst van art. 7:629 lid 10 BW 'zijn arbeid'). Daarbij mag niet een rol spelen of de verwachting is dat in de toe-

komst wellicht bij hervatting een nieuwe uitval aan de orde zal zijn.

Ik realiseer me dat een dergelijke strenge uitleg van art. 7:629 lid 10 BW soms grote problemen voor werkgevers oplevert. Denk aan de situatie dat een medewerker anderhalf jaar arbeidsongeschikt is ten gevolge van ziekte, vervolgens volledig hersteld is en na zes weken opnieuw uitvalt. Er ontstaat dan, zoals opgemerkt, een nieuwe loondoorbetalingsverplichting van 104 weken. Als zich dat meerdere keren herhaalt, dan is dat voor de werkgever mogelijk financieel zeer belastend. Het leidt tot financiële verplichtingen op het terrein van doorbetaling en re-integratie. De continuïteit van de werkzaamheden is onvoldoende gewaarborgd. Tegelijkertijd ligt de lat voor een beëindiging van het dienstverband wegens frequent ziekteverzuim op grond van art. 7:669 lid 3 onder c BW hoog, zo blijkt uit de jurisprudentie. Kortom, voor een werkgever is er in sommige gevallen veel aan gelegen dat een medewerker de periode van 104 weken ziekte volmaakt, zodat het opzegverbod niet meer aan de orde is en hij van hem afscheid kan nemen wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. De werkgever wordt dan mogelijk ook nog gecompenseerd voor de betaling van transitievergoeding op grond van de Compensatieregeling transitievergoeding.

Het hof heeft de bepaling in het verzuimprotocol m.i. terecht aangemerkt als 'administratief ziek houden'. De medewerker is namelijk op dat moment volledig geschikt voor het werk in die 20 uur (nog even ervan afgezien dat het werk in die 20 uur niet kon gelden als nieuw bedongen arbeid). Vuistregel is dat als iemand geschikt is voor de bedongen arbeid er een hersteldmelding moet volgen. De duurzaamheid van de te verwachten volledige hervatting mag daarbij geen rol spelen. Uit art. 7:629 lid 10 BW volgt immers dat als een werknemer meer dan vier weken geschikt is voor de werkzaamheden, dat voldoende duurzaam is. Natuurlijk kan de vraag worden gesteld of een periode van vier weken op grond van art. 7:629 lid 10 BW niet erg kort is. Dat is echter een kwestie waarover de wetgever gaat.

Mr. P.S. Fluit