

Ziekte en Verzuim

18 mei 2011 Omny De Vries
Wolvega

Op onze website

www.omnydevries.nl

kunt u deze presentatie ophalen

Ziekte en Verzuim in juridisch kader

Ergenis over de ziekmeldingen, ernst en oorzaak,
medische duiding etc.

Dat wil ik hier allemaal niet bespreken.

We houden het hier droog en juridisch.

Ziekte en verzuim binnen de arbeidsovereenkomst (AO)

Voor wat hoort wat - Ruilkarakter

De werkgever betaalt loon en
de werknemer levert arbeid.

“Geen arbeid geen loon” (art. 6:627 BW)

Dat ruil karakter, die wederkerigheid,
wordt door deze hoofdregel uit het
arbeidsrecht tot uitdrukking gebracht.

“Geen arbeid geen loon”

Een duidelijke regel die door werkgevers volgens
mij nog steeds te weinig wordt toegepast.

Bij (onoorloofde) afwezigheid wordt bijna
refexmatig wel aan ontslag (op staande voet)
gedacht, maar vaak niet aan de loonstopzetting.

“Geen arbeid toch loon!”

Voor advocaten moet natuurlijk werk blijven, vandaar dat iedere regel zo zijn uitzonderingen en nuances kent.

Verzuim door ziekte levert zo'n uitzondering op de hoofdregel “Geen arbeid geen loon” op.

ruil karakter, zakelijk, tegenover sociale bescherming

Uitzondering 2: Vakantie

Ook luiierend op een exotisch strand wordt het loon tijdens vakantie doorbetaald.

Uitzondering 3: Wanneer het niet werken voor risico van de werkgever komt.

Op deze uitzondering kom ik later nog terug na de eerste uitzondering, ziekte, behandeld te hebben.

Uitzondering 4: Calamiteiten- en andere korte verloven.

Deze verloven laat ik hier verder onbesproken.

Uitzondering 1 : Ziekte

De werknemer behoudt zijn recht op loon, althans op een minimum daarvan (ik laat individuele afspraken en CAO regels buiten beschouwing), indien hij de bedongen arbeid (zijn prestatie) niet heeft verricht omdat hij in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte, zwangerschap of bevalling, daartoe verhinderd was.

Geen arbeid toch loon bij ziekte II

Reden van het niet presteren moet dus zijn:

Ongeschiktheid ten gevolge van ziekte, dus niet zo maar ziekte, nee, de ziekte moet ongeschikt maken voor het verrichten van de bedongen arbeid.

Geen arbeid toch loon bij ziekte III

Dus niet alleen ziekte, maar een ziekte die ongeschikt maakt. De suikerpatiënt en zelfs een kankerpatiënt is wel ziek, maar niet altijd ongeschikt om de bedongen arbeid te verrichten. Ik ga hier verder niet in op de medische aspecten van de ziekte. Dat is voer voor medici.

Geen arbeid toch loon bij ziekte IV

Bij discussie over de ziekte rust de bewijslast op de werknemer. De werknemer zal aan moeten tonen dat hij door medische reden niet in staat is zijn werk te doen.

Geen arbeid toch loon bij ziekte V

In het procesrecht wordt gepreludeerd op die bewijslast, door van de werknemer te verlangen dat hij een second opinion van de UWV-deskundige overlegt als hij doorbetaling loon tijdens ziekte vordert. In zo'n procedure geldt verder wel het gewone bewijsrecht, dus de werkgever kan tegenbewijs leveren (JAR).

Stel, eindoordeel is: niet ongeschikt door ziekte

Werknemer heeft zijn ziekte dan dus niet kunnen bewijzen. Dan geldt dus weer de hoofdregel "Geen arbeid geen loon". Maar als de werknemer mocht menen ziek te zijn (bv oordeel huisarts) dan wordt hem niet alsnog ook een ongeoorloofde afwezigheid tegengeworpen.

Uitzondering op de uitzondering

Echt ziek, toch geen loon:

- Opzet bij ziekte (sport tegen advies BA, alcoholverslaving)
- Verzwijging van de ziekte
- Belemmeren van de genezing
- Weigering passende arbeid
- Weigering medewerking

Uitzondering 3

ook bij ziektediscussies van belang

Bij deze uitzondering moet o.a. gedacht worden aan te laat of niet leveren waardoor niet gewerkt kan worden.

Ook bij twijfel over ziekte, na een conflict of een slechte beoordeling, kan het risico voor het niet werken op de werkgever komen te rusten.

Situatieve arbeidsongeschiktheid

In dit soort situaties zijn de spanningen vaak zo hoog opgelopen dat daadwerkelijk ziekmakende? spanningsklachten opkomen en en hervatting werk bijna? zeker tot nieuwe uitval zal leiden.

WerkWijzer Arbeidsconflicten

Tot eind 90-er jaren volgde de rechter in dit soort zaken (ziekmelding na een conflict) vaak het oordeel van de betrokken artsen en had de werknemer dus recht op loon. Bovengenoemde WerkWijzer bracht daar verandering in.

Bij deze discussie speelt de WerkWijzer Arbeidsconflicten van STECR een belangrijke rol

Aan de hand van deze WerkWijzer van de Stichting Expertise Centrum Reïntegratie gaat BA na of een ziekmelding is ingegeven door of een arbeidsconflict of een ziekte. Geijkt advies is meestal 2 weken time out / mediation.

Niet ziek volgens STECR toch loon

Sinds de BA-en STECR toepassen, worden weliswaar meer werknemers in conflictsituaties **niet ziek** geacht, oordelen rechters vaker dat zo'n situatie voor risico van de werkgever komt. De discussie over ziek of niet ziek is dan van minder belang als de werknemer toch moet worden doorbetaald nu opg. art. 7:628 BW

Theorie en praktijk

Dogmatisch juridisch klopt het.
Niet ziek, geen arbeid en toch loon.
Niet op grond van ziekte dus (629), maar op grond van 628: situaties die voor risico van de werkgever komen. Sinds recente uitpraken van de HR heeft de werknemer nog wel een hindernis te nemen.

Hoge Raad

Werknemer behoudt recht op loon als de arbeidsomstandigheden door een oorzaak die redelijkerwijs voor rekening van de werkgever behoort te komen, voor de werknemer zodanig waren dat met het oog op de (dreiging van) psychische of lichamelijke klachten van hem redelijkerwijs niet kon worden gevegd dat hij zijn werkzaamheden zou verrichten/hervatten.

HR vervolg

De bewijslast voor zo 'n situatie rust weer op de werknemer. En zelfs als de werkhervatting niet van de werknemer gevegd kan worden, is de werknemer nog steeds gehouden om alle medewerking te verlenen aan de inspanningen die zijn gericht op het wegnemen van de oorzaken van het niet-werken.

Ziekte, disfunctioneren en conflict. Sombere samenvatting van het voorafgaande

Als de werknemer het slim speelt:

- bepaalt hij eenzijdig, door ziekmelding of er conflict speelt
- Tot hersteld verklaring doorbetaling loon ogv ziekte
- BA zal time out voorstellen van 2 weken= betaald verlof ex art. 7:628 BW
- Mogelijk mediation dus verlengd betaald verlof (enige maanden)

Overwegingen werkgever

Met dat sombere scenario in het achterhoofd is het zaak dat de werkgever snel kan inschatten of hij een doorbetalingsplicht heeft. Lijkt ziekte niet goed bewijsbaar door de werknemer dan wordt de doorbetalingsplicht beoordeeld door de vraag of het niet werken voor rekening van de werkgever komt. Door dossiervorming en tactische maatregelen kan de werkgever de schuld voor de situatie bij de werknemer leggen.

De werkgever zal aantoonbaar terugkeer moeten bevorderen

Door aan te tonen dat hij maatregelen heeft genomen en obstakels heeft weggenomen, kan hij de werknemer dwingen zijn werk te hervatten. De werknemer is immers net als bij "echte ziekte" verplicht mee te werken aan zijn eigen werkhervatting.

Het accent van ziekte naar risico te verleggen

Door de verschuiving van 629 naar 628 wordt het conflict gedemmedicaliseerd en tegelijkertijd gejuridificeerd.
Meer werk voor de jurist dus en minder werk voor de (bedrijfs)arts.

Wij helpen u graag met die juridische
strijd over ziekte en verzuim

In deze presentatie ging ik er van uit dat
het gehele re-integratie proces wel door
een arbo-dienst wordt begeleid.

Juridische bewaking van dat proces

Hier kunnen wij natuurlijk wel weer een rol
spelen, met name bij bovengenoemde
punten als:

- Opzet bij ziekte (sport tegen advies BA, alcoholverslaving)
- Verzwijging van de ziekte
- Belemmeren van de genezing
- Weigering passende arbeid
- Weigering medewerking

Juridische bewaking van dat proces II

Bij het niet voldoen aan de re-integratie
verplichtingen kan het opschorten of
stopzetten van de loonbetaling immers een
effectieve sanctie zijn, al was het maar om
te voorkomen dat u een loonsanctie van het
UWV krijgt.

Vragen ??