

## Sociale zekerheid

### De no-riskpolis: compensatie voor de werkgever bij de loondoorbetaling bij ziekte

In Nederland zijn werkgevers verplicht gedurende 104 weken het loon van hun zieke werknemers tot minimaal zeventig procent door te betalen. Met deze periode van 104 weken is Nederland koploper in Europa. In Duitsland geldt bijvoorbeeld slechts een periode van zes weken en in het Verenigd Koninkrijk een periode van 28 weken. Voor veel werkgevers, zeker in het MKB, is deze lange loondoorbetalingsverplichting bij ziekte een enorm risico en een potentieel gigantische schadepost. Logischerwijs is er werkgevers veel aan gelegen dit risico te voorkomen of in ieder geval zoveel mogelijk te beperken.

Eén van de mogelijkheden die bij veel werkgevers (zo leert de praktijk) niet goed bekend is, is de mogelijkheid voor bepaalde ziektegevallen een compensatie van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) te krijgen. De kansen en mogelijkheden van deze looncompensatie, beter bekend als de 'no-riskpolis', worden in deze bijdrage toegelicht met als doel dat werkgevers de kansen en mogelijkheden van de no-riskpolis optimaal kunnen benutten.

#### Inleiding

Hierna zal eerst worden toegelicht wat de no-riskpolis precies inhoudt en in welke situaties de no-riskpolis van toepassing is. Daarna wordt ingegaan op een aantal privacy vraagstukken die bij de no-riskpolis spelen. Tot slot komt aan de orde wat de gevolgen zijn, zowel voor de werkgever als voor de werknemer, indien niet (tijdig) een beroep gedaan wordt op de no-riskpolis.

#### De no-riskpolis

De no-riskpolis is geregeld in artikel 29b van de Ziektewet. Het doel van de no-riskpolis is het stimuleren van werkgevers om personen met een verhoogd ziekerisico in dienst te nemen. Omdat de werkgever (deels) wordt gecompenseerd voor de loondoorbetaling bij ziekte van deze werknemers, is de gedachte dat werkgevers hen sneller in dienst zullen nemen. In artikel 29b van de Ziektewet staan de situaties opgesomd waarin de werknemer recht heeft op de no-riskpolis. Het gaat daarbij om de volgende situaties:

- De werknemer heeft bij het begin van zijn dienstverband een WIA-, WAO-, WAZ- of Wajong-uitkering;

- De werknemer kreeg ooit een Wajong-uitkering;
- De werknemer is opgenomen in het doelgroepenregister;
- De werknemer heeft/had een WSW-dienstverband.

Overigens zal er met ingang van 1 januari 2018 ook een no-riskpolis gaan gelden voor oudere werklozen. Werkgevers die mensen in dienst nemen die na 1 januari 2018, 56 jaar of ouder zijn, worden gecompenseerd als deze werknemers uitvallen vanwege ziekte. Deze maatregel is opgenomen in de verzamelwet SZW.

#### Systematiek van de no-riskpolis

Een werknemer die onder één van de hiervoor genoemde situaties valt en vervolgens tijdens zijn dienstverband bij een werkgever wegens ziekte uitvalt, kan aanspraak maken op een Ziektewetuitkering op grond van artikel 29b van de Ziektewet. Dit recht op een Ziektewetuitkering bestaat naast het recht op loondoorbetaling bij ziekte op grond van artikel 7:629 BW. De werkgever wordt op grond van artikel 29b van de Ziektewet (deels) gecompenseerd voor zijn loondoorbetalingsverplichting ten aanzien van deze werknemer.

Voor de werkgever biedt de no-riskpolis dus financiële compensatie voor zijn loondoorbetalingsverplichting bij ziekte, maar deze compensatie is (als gezegd) niet altijd volledig. Op grond van artikel 29b lid 5 en lid 6 van de Ziektewet heeft de werknemer, die onder de no-riskpolis valt in principe gedurende de eerste 52 weken van de ziekte recht op honderd procent van zijn dagloon en gedurende de volgende periode van 52 weken op zeventig procent van zijn dagloon.

#### Let op

Het UWV zal gedurende de eerste periode van 52 weken slechts honderd procent van het dagloon uitkeren indien de werkgever daar expliciet om verzoekt bij het UWV en de werkgever zelf ook verplicht is (op grond van een cao of de arbeidsovereenkomst of een andere arbeidsvoorwaardenregeling) honderd procent van het loon door te betalen tijdens ziekte. Net zoals als bij alle andere sociale verzekeringen, is deze compensatie van de no-riskpolis wel altijd gemaximeerd tot het maximumdagloon. Per 1 juli 2017 bedraagt het maximumdagloon € 207,60 per dag.

De no-riskpolis geldt overigens niet onbeperkt in duur (met uitzondering van enkele groepen personen, zoals personen die recht hebben op een Wajong-uitkering). De looptijd van de no-riskpolis is in principe vijf jaar na het sluiten van de arbeidsovereenkomst met een werknemer die aanspraak kan maken op de no-riskpolis. Deze perio-

de van vijf jaar kan verlengd worden op grond van artikel 29c van de Ziektewet, als aannemelijk is dat deze werknemer een aanzienlijk verhoogd risico heeft op ernstige gezondheidsklachten.

### Mag ik klachten weten als werkgever?

De no-riskpolis lijkt op het eerste gezicht een mooi financieel compensatiemiddel voor een werkgever als hij een werknemer, die aanspraak kan maken op de no-riskpolis, in dienst neemt, maar hoe weet een werkgever of zijn (zieke) werknemers onder de no-riskpolis vallen?

De vraag of een werknemer aanspraak kan maken op de no-riskpolis is feitelijk een vraag naar de medische situatie van een werknemer. Bij deze vraag worden dus gegevens over de gezondheid van een werknemer verwerkt. Dergelijke gegevens genieten bescherming op grond van artikel 21 van de Wet bescherming persoonsgegevens. Met andere woorden, de werkgever mag deze gezondheidsgegevens in principe niet uitvragen en niet verwerken. Dit is slechts anders als er een wettelijke grondslag is voor de werkgever om die betreffende gezondheidsgegevens wel uit te vragen en te verwerken. Dat is gelukkig het geval, want anders zou de compensatieregeling van artikel 29b van de Ziektewet een fictie zijn.

### Vanuit Ziektewet wel uitvraag

In de Ziektewet is deze noodzakelijke wettelijke grondslag opgenomen, op basis waarvan de werkgever deze informatie wel mag uitvragen bij zijn werknemers. In artikel 38b van de Ziektewet is bepaald dat de werkgever, nadat een werknemer (minimaal) twee maanden in dienst is, de werknemer mag vragen of hij/zij aanspraak kan maken op de no-riskpolis.

Voor werkgevers is het dus lonend om (standaard) na twee maanden dienstverband een brief aan de werknemer te versturen met de vraag of de no-riskpolis van toepassing is. De werkgever mag vanzelfsprekend alleen vragen of de no-riskpolis van toepassing is en niet vragen naar de reden c.q. oorzaak waarom de no-riskpolis van toepassing is. De werkgever mag immers geen gezondheidsgegevens van de werknemer verwerken (zonder uitdrukkelijke toestemming) over een eventuele ziekte-oorzaak.

#### Artikel 38b Ziektewet

Lid 1 "Op verzoek informeert de werknemer zijn werkgever over zijn mogelijke aanspraak op ziekengeld op grond van artikel 29b of 29d. De eerste zin is niet van toepassing gedurende de eerste twee maanden na aanvang van zijn dienstbetrekking."

De conclusie is dan ook dat de wet de werkgever mogelijkheden biedt om bij zijn werknemers te informeren naar het van toepassing zijn van de no-riskpolis, maar dat de werkgever daar zelf wel actief in moet zijn en geen kansen moet laten liggen. De vraag is dan wat gebeurt er als de werknemer ten onrechte c.q. opzettelijk zwijgt over het van toepassing zijn van de no-riskpolis?

### Werknemer zwijgt over no-riskpolis

Als een werknemer tijdens ziekte tegen zijn werkgever zwijgt over de van toepassing zijnde no-riskpolis, dan wordt de werkgever financieel benadeeld door de werknemer. In dat geval wordt de loondoorbetaling bij ziekte immers niet gecompenseerd door het UWV en betaalt de werkgever het loon bij ziekte volledig zelf. De vraag is of de werkgever daar wat tegen kan doen.

In een uitspraak van de rechtbank Groningen uit 2009 (Rechtbank Groningen, 17 juni 2009 - ECLI:NL:RB-GRO:2009:BJ4538) was deze vraag aan de orde. In deze zaak had een werknemer recht op een WAO-uitkering en bij ziekte kon de werkgever dus aanspraak maken op compensatie op grond van de no-riskpolis van artikel 29b van de Ziektewet. De werknemer had dit echter niet aan de werkgever gemeld, zodat de werkgever financieel werd benadeeld. Op het moment dat de werkgever bekend werd met het feit dat sprake was van de no-riskpolis heeft de werkgever het loon stopgezet van de werknemer, onder andere omdat de werknemer volgens de werkgever een mededelingsplicht had ten aanzien van de no-riskpolis. De werknemer is vervolgens een loonvorderingsprocedure gestart.

De rechtbank oordeelde in de loonvorderingsprocedure dat op de werknemer op grond van artikel 7:611 BW (goed werknemerschap) de plicht rustte om ten tijde van de ziekmelding aan de werkgever mee te delen dat hij aanspraak kon maken op de no-riskpolis. De werknemer heeft gezwegen, waar hij had moeten spreken, aldus de rechter. De werknemer is om die reden aansprakelijk voor de schade die de werkgever als gevolg van dat zwijgen heeft geleden.

Opvallend in deze uitspraak is dat de werkgever niet aan de werknemer had gevraagd of hij aanspraak kon maken op de no-riskpolis. Het oordeel van de rechtbank luidt dus dat de werknemer ook ongevraagd een spreekplicht heeft. Niettemin blijft het voor werkgevers altijd verstandig om de werknemer, na twee maanden na aanvang van het dienstverband, actief te vragen of hij aanspraak kan maken op de no-riskpolis. De kans dat schade met succes op de werknemer verhaald kan worden, is natuur-

lijk groter als de werkgever wel gevraagd heeft maar de werknemer vervolgens niet gesproken heeft.

Uit deze uitspraak volgt dus dat de werkgever in principe schadevergoeding kan vorderen van zijn werknemer als de werknemer zwijgt over de compensatiemogelijkheid van artikel 29b Ziektewet. De werknemer doet er dus verstandig aan de werkgever actief over zijn no-riskpolis te informeren, anders kan de werkgever mogelijk met succes (goed onderbouwde) schade verhalen op de werknemer die de werkgever heeft geleden als gevolg van het zwijgen over de no-riskpolis.

### Recentere uitspraak

Meer recent op 27 juni 2017 heeft het Gerechtshof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2017:2565) zich over een soortgelijke kwestie gebogen. In deze zaak ging het om een zieke werknemer die tijdens zijn dienstverband met de werkgever aanspraak maakte op loondoorbetaling tijdens ziekte. De werknemer had de werkgever en de bedrijfsarts echter niet op de hoogte gesteld van het feit dat hij voor aanvang van het dienstverband bij de werkgever al een WIA-uitkering genoot.

Daarnaast informeerde de werknemer de bedrijfsarts niet (volledig) over zijn gezondheidstoestand, zodat de bedrijfsarts niet (goed) kon vaststellen of er sprake was van arbeidsongeschiktheid. Bovendien liet de werknemer regelmatig verstek gaan bij afspraken bij de bedrijfsarts. Zodoende heeft de werkgever de loondoorbetaling op enig moment stopgezet. De werknemer is vervolgens een loonvorderingsprocedure gestart waarbij hij onder meer een wettelijke verhoging van vijftig procent vorderde over zijn (in zijn ogen ten onrechte ingehouden) loon. Deze vordering is door de kantonrechter afgewezen. De werknemer gaat tegen de uitspraak van de kantonrechter in hoger beroep.

### Hoger beroep

In hoger beroep stond de loonvordering van de werknemer niet meer ter discussie, omdat inmiddels door een verzekeringsarts van het UWV was geoordeeld dat de werknemer daadwerkelijk arbeidsongeschikt was. Verder bleek dat de werknemer in aanmerking kwam voor de no-riskpolis en de werkgever dus gecompenseerd werd voor de loondoorbetalingsverplichting. Het enige dat nog ter discussie stond, was de vraag of de werknemer recht had op de wettelijke verhoging van vijftig procent over het ingehouden loon. Op dit punt komt het Gerechtshof tot het oordeel dat de werknemer ten onrechte zijn werkgever en de bedrijfsarts niet heeft geïnformeerd over het van toepassing zijn van de no-riskpolis.

Dit levert volgens het Hof verwijtbaar handelen op van de werknemer. In de woorden van het Gerechtshof:

“(…)

*Van [appellant] had ook verwacht mogen worden dat hij de werkgever zo al niet bij de aanvang van de arbeidsovereenkomst dan toch in ieder geval toen hij in zijn visie arbeidsongeschikt werd ervan op de hoogte had gesteld dat hij een WIA-uitkering genoot en dat hij aanspraak zou kunnen maken op een Ziektewetuitkering als hij gedurende de arbeidsovereenkomst tussen de partijen arbeidsongeschikt zou worden. Door de bedrijfsarts respectievelijk de werkgever niet voldoende te informeren heeft [appellant] verwijtbaar gehandeld, hetgeen reden voor matiging van de wettelijke verhoging tot nihil is.*

“(…)”

Uit deze uitspraak volgt dus, net als uit de uitspraak van de rechtbank Groningen, dat het niet melden van de no-riskpolis door de werknemer, ook voor de werknemer (financiële) gevolgen met zich mee kan brengen. In de uitspraak van het Gerechtshof heeft de werknemer zijn recht op wettelijke verhoging over de loonvordering volledig verspeeld. Dit is volkomen terecht, althans doet recht aan het rechtsgevoel, daar de no-riskpolis in het leven is geroepen om de werkgever te compenseren voor de loondoorbetaling bij ziekte. Indien de werknemer de toepasselijkheid van de no-riskpolis straffeloos zou kunnen verzwijgen, dan zou de no-riskpolis immers een fictie voor de werkgever zijn.

### Compensatie met terugwerkende kracht

Zoals hiervoor uit de uitspraak van de rechtbank Groningen volgt, kan de werknemer aansprakelijk zijn voor de schade die de werkgever lijdt als gevolg van het feit dat de werknemer niet gemeld heeft dat hij aanspraak kan maken op de no-riskpolis en dat dus looncompensatie van het UWV gemist wordt. Hierbij past wel de kantekening dat de werkgever de schade kan (en moet) beperken.

In artikel 38b van de Ziektewet is bepaald dat als pas op een later moment bij de werkgever duidelijk is geworden dat de werknemer aanspraak kan maken op de no-riskpolis, het UWV alsnog met terugwerkende kracht over de verstreken periode een Ziektewetuitkering kan toekennen en de werkgever dus met terugwerkende kracht wordt gecompenseerd. Deze terugwerkende kracht is wel gemaximeerd op een verstreken periode van één jaar. Het betekent dus dat de werkgever alsnog een groot deel van zijn compensatie zou kunnen mislopen als de



werknemer langdurig zwijgt, meer dan een jaar dus. Gelet op de hiervoor besproken uitspraken, zou wel betoogd kunnen worden dat de werkgever het bedrag, dat hij is misgelopen door de maximumtermijn van de terugwerkende kracht, civielrechtelijk op de werknemer zou kunnen verhalen.

### Sociaalrechtelijke gevolgen

Uit de genoemde rechtspraak volgt in ieder geval dat de werknemer civielrechtelijk niet straffeloos kan zwijgen over het van toepassing zijn van de no-riskpolis.

Een andere vraag is of vanuit sociaalverzekeringsrechtelijk perspectief aan het zwijgen van een werknemer over de no-riskstatus sancties zijn verbonden.

Voor de werknemer vloeien op grond van de Ziektewet geen expliciete sancties voort uit het niet melden van het bestaan van de no-riskpolis. De verzekerde op grond van de Ziektewet heeft wel een informatieverplichting (artikel 31 van de Ziektewet), maar deze verplichting ziet op het informeren van het UWV over inkomsten naast het ontvangen van een Ziektewetuitkering, zodat het melden van de no-riskpolis aan de werkgever daar in principe niet onder valt.

Dat er geen expliciete sanctie op het niet melden van de no-riskpolis richting de werkgever bestaat in de Ziektewet, is te verdedigen op grond van het gegeven dat het een verplichting jegens de werkgever is en niet jegens het UWV. Het UWV wordt strikt genomen niet benadeeld als de werknemer geen melding doet van de no-riskpolis richting de werkgever. Het UWV kan alleen (met terugwerkende kracht) geconfronteerd worden met een nabetaaling van een Ziektewetuitkering aan de werkgever.

Sociaalrechtelijk gezien heeft het niet melden van de werknemer dat hij aanspraak kan maken op de no-riskpolis voor de werknemer op het eerste gezicht geen gevolgen voor het recht op een Ziektewetuitkering.

Betoogd zou kunnen worden aan het niet melden wel expliciete sancties te verbinden, om de werknemer te stimuleren actief aan zijn werkgever te melden dat hij bij ziekte gebruik kan maken van de no-riskpolis. Vooralsnog is dit echter nu niet het geval.

### Conclusie

In dit artikel is de no-riskpolis besproken en in welke gevallen de werkgever compensatie voor zijn loondoorbetalingsverplichting bij ziekte kan aanvragen. Belangrijk daarbij is in ieder geval dat de werkgever na twee maanden dienstverband bij zijn werknemers navraagt (op grond van artikel 38b van de Ziektewet) of zij onder de no-riskpolis vallen. Daarbij is speciaal aandacht be-

steed aan de mogelijkheden die er zijn om een werknemer een sanctie op te leggen als de werknemer zwijgt over de no-riskpolis.

De conclusie is dat een werkgever (als de werknemer niet meldt dat hij/zij aanspraak kan maken op de no-riskpolis) voldoende mogelijkheden heeft om deze schade op de werknemer te verhalen én alsnog (met terugwerkende kracht) bij het UWV zijn compensatie voor de loondoorbetaling van een (opnieuw) uitgevallen arbeidsgehandicapten te verkrijgen.

Sociaalrechtelijk gezien heeft het niet melden van de werknemer dat hij aanspraak kan maken op de no-riskpolis bij ziekte op het eerste gezicht geen gevolgen. Dat is deels begrijpelijk daar de no-riskpolis ten dienste van de werkgever staat en niet van het UWV.

Desondanks zou het een prikkel zijn voor de werknemer als ook in de Ziektewet (of Wet WIA) een sanctie wordt opgenomen (bijvoorbeeld een geldboete) voor een werknemer die zwijgt over de no-riskstatus. Op die manier zou sociaalrechtelijk een prikkel gegeven worden aan de werknemer om actief te melden aan zijn werkgever dat hij tijdens ziekte gedeeltelijk gecompenseerd voor de loondoorbetaling.

Kortom, voor de werkgever is het de eenvoudigste manier om de no-riskpolis te benutten, door uit te vragen bij werknemers of zij onder de no-riskpolis vallen. Het verdient dan ook aanbeveling dat de werkgever standaard, na twee maanden van indiensttreding de werknemer, op grond van artikel 38b Ziektewet vraagt of de no-riskpolis van toepassing is. Op die manier kan veel schade en de daaruit voortvloeiende juridische procedures worden voorkomen. Mocht de werknemer ten onrechte zwijgen over de toepasselijkheid van de no-riskpolis, dan bestaat er voor de werkgever de mogelijkheid om de compensatie met terugwerkende kracht bij het UWV te verkrijgen. Als de terugwerkende kracht de compensatie niet volledig dekt, dan kan de werkgever deze schade civielrechtelijk op de werknemer verhalen.

Stéphanie Heijtlager

Advocaat verbonden aan WVO Advocaten