

Voor u ligt de 65ste editie van het ANB-loonjournaal. Via dit journaal informeert ANB administratie- en adviesburo u over zaken die te maken hebben met lonen en salarissen van u en uw werknemers. Het ANB-loonjournaal, met zorg opgesteld door medewerkers van ANB, verschijnt eenmaal per kwartaal.

# LOON JOURNAAL

## UPDATE WET ARBEIDSMARKT IN BALANS

**Stichting Normering Arbeid heeft het volgende bericht op haar website geplaatst: Het Wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans is enige tijd geleden ingediend bij de Tweede Kamer en inmiddels heeft er een debat omtrent het wetsvoorstel plaatsgevonden. Uit het debat blijkt dat de volgende relevante wijzigingen zullen plaatsvinden:**

### Proeftijd

Tijdens het debat is de verlenging van de proeftijd bij vaste contracten van twee naar vijf maanden van tafel gehaald. De maximale proeftijd bij vaste contracten blijft twee maanden.

### WW-premie

Bij werknemers in vaste dienst in plaats van in tijdelijke dienst wordt de WW-premie voor werkgevers voordeliger. Momenteel is de WW-premie afhankelijk van de sector waarbinnen het bedrijf actief is. Voor werknemers jonger dan 21 jaar die maximaal 12 uur per week werken wordt een uitzondering gemaakt.

### Ketenregeling

De ketenregeling wordt teruggedraaid: het wordt weer mogelijk om drie contracten in drie jaar aan te gaan (in plaats van drie contracten in twee jaar). Bij tijdelijk werk dat maximaal negen maanden per jaar wordt uitgevoerd wordt de tussenpoos tussen tijdelijke contracten verkort van zes naar drie maanden. Voor invalkrachten wegens ziekte binnen het primair onderwijs wordt een uitzondering op de ketenregeling gemaakt.

### Payroll

Concurrentie op arbeidsvoorwaarden via payroll zou voorkomen moeten worden. Payrollwerknemers krijgen met de wetswijzigingen recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als andere werknemers die bij de opdrachtgever in dienst zijn. Dit geldt overigens niet voor een eigen pensioenregeling. Wel krijgen de payrollwerknemers recht op een 'adequaat pensioen'. Dit wordt nog verder uitgewerkt in een AMvB.

### Oproepkrachten

Oproepkrachten behouden recht op loon als ze uiteindelijk toch niet worden opgeroepen. Daarnaast moeten zij met de wetswijziging ten minste vier dagen van tevoren worden opgeroepen. De termijn van vier dagen kan bij cao worden verkort tot één dag. Daarnaast komt er een uitzondering voor seizoensarbeid. Voorts moet na twaalf maanden een arbeidsovereenkomst met vaste arbeidsomvang worden aangeboden.

### Ontslag

Cumulatie van ontslaggronden wordt weer mogelijk. Dit is momenteel onder de Wet werk en zekerheid niet mogelijk: werkgevers moeten momenteel volledig aan één van de acht ontslaggronden voldoen.

Er wordt nu een negende grond toegevoegd: de cumulatiegrond. Wordt gebruik gemaakt van de cumulatiegrond dan kan de werknemer een halve transitievergoeding extra krijgen.

### Transitievergoeding

De opbouw van de transitievergoeding begint op dag één van het dienstverband, dus ook tijdens de proeftijd. Bij langere dienstverbanden wordt de opbouw van de transitievergoeding verlaagd. Voor kleine werkgevers wordt het mogelijk om de transitievergoeding te compenseren in geval van het beëindigen van het bedrijf vanwege ziekte of pensioen.

Het wetsvoorstel zal nog in de Eerste Kamer behandeld worden. De beoogde ingangsdatum van de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) is 1 januari 2020.

## VARIABLE BELONING EN LOONDOORBETALING BIJ ZIEKTE

**Tijdens de eerste twee jaar van ziekte is de werkgever verplicht om (een deel van) het loon van de werknemer door te betalen. Maar welk bedrag dient de werkgever door te betalen als het loon van de werknemer voor een deel bestaat uit variabele loonvormen, zoals overwerkvergoeding, commissie of provisie? Is de werkgever ook verplicht om deze loonvormen door te betalen en, zo ja, hoe wordt het precieze bedrag vastgesteld?**

### Loonbegrip

Het begrip "loon" wordt regelmatig gebruikt in de wet, maar een duidelijke arbeidsrechtelijke definitie ontbreekt. In de jurisprudentie werd de volgende definitie gegeven: onder loon in het kader van de arbeidsovereenkomst moet worden verstaan: de vergoeding die door de werkgever aan de werknemer is verschuldigd ter zake van de bedongen arbeid. Deze definitie is echter niet volledig omdat loon onder omstandigheden ook wordt betaald wanneer er geen arbeid wordt verricht of wanneer het niet bedongen is.

### Loonvormen

In de wet en jurisprudentie wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende vormen van loon:

- het naar tijdruimte vastgestelde loon, waaronder het basissalaris, vakantiegeld en dertiende maand;
- het loon dat afhankelijk is van de uitkomst van de arbeid, bijvoorbeeld de commissie en provisie; en
- het loon dat afhankelijk is van een gegeven in de boekhouding, zoals de winstafhankelijke bonus.

In de praktijk betalen veel werkgevers slechts de naar tijdruimte vastgestelde loononderdelen door tijdens ziekte en bestaan er veel misverstanden over de doorbetaling van de variabele beloningsvormen.

## Loondoorbetaling bij ziekte

Op grond van de wet is de werkgever gehouden om tijdens de eerste 104 weken van de ziekte ten minste 70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon door te betalen. In veel cao's is dit percentage hoger gedurende het eerste jaar van ziekte. Ook kan een hoger percentage in de individuele arbeidsovereenkomst worden overeengekomen. Voor het niet naar tijdruimte vastgestelde loon - de variabele beloningsvormen - geldt dat de werknemer het recht behoudt op ten minste 70% van het gemiddelde loon dat de werknemer, wanneer hij niet verhinderd was geweest, gedurende die tijd van verhindering, had kunnen verdienen.

Indien niets anders is bepaald in de cao of in de individuele arbeidsovereenkomst, is de werkgever niet gehouden om meer dan 70% van het zogenaamde maximum maandloon te betalen. Op dit moment bedraagt het maximum maandloon € 4.660,59 bruto per maand. Dit bedrag wordt twee keer per jaar aangepast.

## Loondoorbetaling van variabele beloning

Voor doorbetaling van variabele beloningen tijdens ziekte is van belang of de betaling ervan verband houdt met de door werknemer geleverde prestatie. Doorbetaling tijdens ziekte van beloning die geen enkel verband houdt met de geleverde prestaties van de werknemer of zijn bedongen arbeid, zal in principe niet verplicht zijn. Onder omstandigheden kunnen de normen van goed werkgeverschap alsnog met zich meebrengen dat deze prestatieafhankelijke beloning ook tijdens ziekte verschuldigd zal zijn.

Een beloningsvorm zal niet snel worden aangemerkt als prestatie-onafhankelijk. Het moet dan gaan om beloningen die uitsluitend gebaseerd zijn op resultaten van de werkgever, bijvoorbeeld een winstdelingsregeling. Een bonus die zowel gebaseerd is op de door de werkgever behaalde winst als bijvoorbeeld de beoordelingen van de werknemer, is dan ook niet prestatieafhankelijk en dient in principe te worden doorbetaald gedurende ziekte. Ook beloningen die (mede) gebaseerd zijn op prestaties van het team van de werknemer worden geacht afhankelijk te zijn van de prestaties van de werknemer. In de meeste gevallen zal de werkgever de variabele beloning door moeten betalen tijdens de ziekte van werknemer.

## Welk bedrag doorbetalen?

Welk bedrag precies doorbetaald dient te worden is niet altijd duidelijk. Het is in de meeste gevallen namelijk niet mogelijk om precies te berekenen hoeveel de werknemer in de periode van zijn ziekte zou kunnen overwerken of hoeveel provisie hij zou verdienen, indien hij door ziekte niet verhinderd was om zijn werk te verrichten.

De gemiddelde variabele beloning dient representatief te zijn. Wat representatief is zal per geval verschillen. Daarbij is ook van belang om welke variabele beloningsvorm het gaat en hoe vaak deze betaald wordt. Bij een bonus die een keer per jaar wordt betaald zal mogelijk het gemiddelde over een langere periode moeten worden berekend dan bij een maandelijkse uitbetaling van overuren. Bij grote fluctuaties in bedragen zal ook eerder een langere periode representatiever zijn. Ook kan worden beargumenteerd dat een gemiddelde over een kortere periode representatief is, indien de maandelijkse betalingen als gevolg van bijvoorbeeld veranderende bedrijfseconomische omstandigheden consistent lager zijn dan in de voorafgaande periodes. In dat geval moet het echter gaan om verandering van de omstandigheden en niet om een terugkerend (seizoensgebonden) patroon.

De doorbetaling van gemiddelde variabele beloningen moet de werknemer niet in een betere positie brengen dan de situatie waarin hij zou verkeren wanneer hij niet ziek was geweest. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer op basis van eerdere jaren de werknemer in principe recht heeft op doorbetaling van een gemiddelde bonus gedurende ziekte, maar binnen de onderneming geen bonussen worden uitbetaald wegens slechte resultaten. Net als zijn collega's heeft de werknemer dan geen recht op uitbetaling van een (gemiddelde) bonus.

## Geweekte verwachtingen

Bij de vraag of de werkgever variabele beloningen dient door te betalen en tegen welk percentage, speelt ook een rol hoe de werkgever hiermee bij andere ziekmeldingen omging. Indien de werkgever gebruikelijk 100% van de gemiddelde variabele beloning doorbetaalt tijdens ziekte, zal hij niet zonder meer 70% van de gemiddelde variabele beloning kunnen betalen. Dat kan ook het geval zijn indien in de arbeidsovereenkomst 70% is overeengekomen. Ook indien de werkgever loon dat niet bedongen is bij eerdere ziekmeldingen structureel heeft doorbetaald, kan het in strijd zijn met goed werkgeverschap om de gratificatie voortaan niet door te betalen tijdens ziekte.

## Conclusie

Hoewel veel werkgevers ervan overtuigd zijn dat zij enkel het naar tijdruimte vastgesteld loon dienen door te betalen tijdens ziekte, dienen ook de bedongen en prestatieafhankelijke variabele beloningsvormen te worden doorbetaald. Dat voelt wrang omdat de werknemer geen prestatie levert in ruil voor deze prestatieafhankelijke beloning, maar de afwezigheid in verband met ziekte van de werknemer valt in de risicosfeer van werkgever.

Indien de werknemer meer verdient dan het maximum maandloon en er geen beperkingen zijn op grond van de cao, kan de werkgever zijn risico beperken door uitsluitend het wettelijke minimum (70% van het maximum maandloon) of willekeurig hoger bedrag in een individueel arbeidsovereenkomst overeen te komen en dit consistent toe te passen.

## Checklist

Bij het vaststellen van welk loon tijdens ziekte moet worden doorbetaald, kunnen de volgende vragen behulpzaam zijn:

1. Is er sprake van loon?
2. Is het loon bedongen?
3. Is er sprake van naar tijdruimte vastgesteld loon of van niet naar tijdruimte vastgesteld loon?
4. Is het loon afhankelijk van prestaties van de werknemer?
5. Welke afspraken gelden met betrekking tot loondoorbetaling van ziekte op basis van de cao of een individuele arbeidsovereenkomst?
6. Hoe ging de werkgever met de variabele beloning bij ziekmeldingen in het verleden om?

## Schorsing en verlof

Variabele beloningen spelen niet alleen een rol bij loondoorbetaling bij ziekte, maar ook in geval van vrijstelling van werkzaamheden met behoud van loon (schorsing), loon tijdens vakantie en uitbetaling van vakantiedagen, bijvoorbeeld aan het einde van het dienstverband.

