

VvA

31 mei 2012

- Pauline Burger
- Advokatenkollektief Utrecht

“De opstelling van een werknemer bij ontslag met het oog op de aanspraak op grond van de ZW-uitkering”

Artikel 45

- Het UWV weigert het ziekingeld geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of blijvend
- *J.* indien de verzekerde door zijn doen en laten het Algemeen Werkloosheidsfonds, het sectorfonds of het Uitvoeringsfonds voor de overheid benadeelt of zou kunnen benadelen
- 7. Onder benadeling als bedoeld in het eerste lid, onderdeel *j*, wordt mede verstaan de situatie dat de verzekerde zonder deugdelijke grond heeft nagelaten verweer te voeren tegen of heeft ingestemd met een beëindiging van de dienstbetrekking in de periode, bedoeld in art. 29, eerste lid.

Herkomst van de norm

- Benadeling-verbod WW
- Toevoeging lid 7 in oktober 2006:
- MvT besluit van 28 juni 2006, Stb. 2006, 304: voorkomen dat het relatief eenvoudig wordt om de verplichting van de werkgever tot loondoorbetaling bij ziekte en de re-integratie-inspanningen die daarbij horen te ontlopen
- ZW is er voor de vangnetter, maar niet voor de werknemer in dienstbetrekking
- CRvB LJN AU3050: geen ZW uitkering als loondoorbetaling niet geldend kan worden gemaakt jegens werkgever

De norm, wanneer en wat?

- Van de werknemer mag verwacht worden dat hij zijn aanspraken op loon tijdens ziekte niet onnodig prijsgeeft, indien en voor zover dit tot gevolg heeft dat het UWV eerder of over een langere periode ziekingeld moet betalen.

- Instemmen met beëindiging
 - Beëindigings- of vaststellingsovereenkomst mag in beginsel niet worden ondertekend

- Nalaten verweer te voeren
 - Daadwerkelijk verweer voeren is vereist, pro forma verweer is onvoldoende (RSV 2000, 160; LJN AL1135)
 - beroep doen op de nietigheid van een ontslag en geven van vervolg daaraan moet (LJN AW8523; LJN BI1490)
 - beroep doen op ontslagbescherming bij ziekte wordt geleverd.

Onnodig prijsgeven

- CRvB 4 april 2012, LJN BW1977
- Instemmen met beëindiging is benadeling, ook wanneer er een bedrijfseconomische grond is
- Dit omdat de opgegeven reden niet uitsluit dat er een verband is met het opzegverbod
- In deze zaak geen benadeling:
- Uit instemming van de bonden kan worden afgeleid dat verminderen van arbeidsplaatsen niet in het geding is
- Ontslag is gegeven met correcte toepassing van het afspiegelingsbeginsel
- Opzegtermijn in acht genomen, vergoeding cf SP betaald
- Kans afwijzen ontbindingsverzoek is verwaarloosbaar klein.

Deugdelijk verweer voeren

- RSV 2001/193: een jarenlange verstoorde arbeidsverhouding kan dienstverband niet gehandhaafd worden, vol verweer voeren had geen zin omdat dit zeker zou hebben geleid tot een beëindiging van het dienstverband
- Een beroep van de werknemer op aanpassing van de werkomstandigheden zou bij de kantonrechter geen kans van slagen hebben gehad

Deugdelijke medische grond?

- CRvB, 17 december 2003, RSV 2004/147; LJN: A06225
- Benadeling in het kader van de WW!
- Verrichten van werk zou tot schade aan de gezondheid hebben geleid. WW ten onrechte afgewezen
- Deze uitspraak heeft m.i. geen directe relevantie meer

Deugdelijke medische grond?

- RSV 2000/160: alleen in het kader van de verminderde verwijtbaarheid aan de orde als er medische verklaringen zijn. Bovendien speelt een rol dat de werknemer rechtshulp kan verkrijgen.
- CRvB 9 april 2002/190 LJN AE3783: niet gebleken dat de medische toestand van appellant zodanig was dat redelijkerwijs van hem niet gevergd kon worden dat hij tijdens zijn ziekteperiode met loondoorbetaling zou zoeken naar ander werk.

Benadeling en de WW

- Benadeling: geen naadloze aansluiting bij de benadeling ihkv WW
- Zie CRvB 29 april 2010, BM 3598: diefstal van shag
- Relevant is of de loonaanspraken zijn prijsgegeven nadat het arbeidsongeschiktheidsrisico is ingetreden of voorzienbaar was dat wn arbeidsongeschikt zou geraken evt. ten gevolge van een verwijtbare gedraging
- Geen verband tussen beëindiging en arbeidsongeschiktheid: geen benadeling
- Rb Den Haag, LJN AN5674, 1998, na verwijtbare werkloosheid ivm vrijwillige ontslagname wel ZW; van belang is of arbeidsongeschiktheid voorzienbaar is.

Arbeidsongeschiktheid is niet ingetreden

- LJN BT1556: moment van ontslagname: ABN AMRO wn was door insturen formulier voor vrijwillig vertrek reeds akkoord gegaan met beëindiging, wn was toen niet ziek en dus was er geen sprake van benadeling
- LJN AS3993: geen voorzienbaarheid van arbeidsongeschiktheid als gevolg van een val, dan ook geen benadeling

Arbeidsongeschiktheid is ingetreden

- Feitelijke situatie is doorslaggevend
- Rb Arnhem, 2009, LJN BJ8532: ziekmelding op de dag voor oosv, latente klachten (later: depressiviteit en burn out) en nadien gegeven medische rapportages maken duidelijk dat er sprake was van arbeidsongeschiktheid en dat het aanvechten tegen oosv ivm bedrog en veelvuldige ongeoorloofde afwezigheid dus zin had
- Idem CRvB 2004, LJN AO9957: arbeidsongeschiktheidsrisico was bij ontslagname door de werknemer reeds ingetreden hetgeen blijkt uit info van huisarts waarin word gesproken over slaapstoornissen, spanningsklachten waarvoor medicatie

Direct voorzienbare arbeidsongeschiktheid

- Benadeling: Verwijtbare gedraging leidt tot arbeidsongeschiktheid en tot ontslag
- CRvB, 12 november 2003, RSV 2004, 31 vechten tijdens werktijd scheidt het voorzienbare risico dat arbeidsongeschiktheid zou ontstaan: benadeling
- CRvB, 29 september 2009, AB 2000/390: alcoholgebruik door verslaafde werknemer die is gewaarschuwd voor oosv en desondanks drinkt heeft een benadelingshandeling gepleegd
- CRvB, 29 april 2010, BM3598, psychische klachten na beschuldiging diefstal shag, geen voorzienbaar verband

Geen benadeling

- Voorzienbaar verband tussen gedrag en ongeschiktheid is niet vastgesteld:
- Rb Haarlem (LJN AY6088): Te laat komen waarvoor een ontslagvergunning wordt verleend, houdt geen verband met arbeidsongeschiktheid en er was geen voorzienbaarheid van de arbeidsongeschiktheid
- Rb Assen (LJN AR6324): geen verband tussen ziekte en ongeoorloofd afwezig zijn wegens persoonlijke omstandigheden, geen ingeroepen nietigheid maar ook geen benadeling
- Jarenlange malversaties brengen geen voorzienbare arbeidsongeschiktheid teweeg (CRvB 8 maart 2000, AB 2001/47) geen benadeling

Welke maatregel?

- Artikel 7 maatregelen besluit 4^e categorie: blijvende gehele weigering van de uitkering.
- Afstemming van de maatregel is mogelijk wanneer het niet naleven van de verplichting, gelet op de persoonlijke omstandigheden van de betrokkene of de omstandigheden waaronder het niet naleven van de verplichting heeft plaatsgevonden, hem slechts in beperkte mate kan worden aangerekend
- 50% korting in het geval van verminderde verwijtbaarheid

Verminderde verwijtbaarheid

- CRvB, LJN 3302: verminderde verwijtbaarheid is gelegen in aanzienlijke psychische klachten (leidend tot volledige arbeidsongeschiktheid) terwijl duidelijk is dat wg druk op werknemer heeft uitgeoefend en wn ook een bijzondere familierelatie met zijn wg (broer) had.
- Rb Breda, LJN BI7150: wn is tegen haar wil door wg en haar eigen advocaat bewogen tot aangaan van de beëindiging, waaraan zij vanwege psychische klachten onvoldoende weerstand kon bieden.
- Maatregel van 30% was in die tijd wel acceptabel geweest.

Welke oplossing ?

- Vaststellingsovereenkomst: U laat de Herstel-melding bedingen:
NB feitelijke situatie is bepalend!
- Pro forma: U vraagt om een 10- minutenzitting
- U moet gewoon deugdelijk en inhoudelijk verweer voeren.

Is een ZW-uitkering dan daarna wel gegarandeerd?

- Nee: zie weigeringsgronden uit artikel 45
- zoals benadeling: door doen en nalaten het fonds benadelen
- CRvB (2007) LJN BB1950: niet melden van nevenwerkzaamheden tijdens ziekte is ernstig verwijtbaar, gehele uitsluiting toegestaan