

moesten tegenhouden. De twee Richtlijnen zijn ook van toepassing op deze ordediensten, tenzij uitzonderlijke omstandigheden qua ernst en omvang zo groot zijn dat ze het leven, de bescherming en de gezondheid en veiligheid van de gemeenschap in gevaar brengen indien de voorschriften van de Arbeidstijdenrichtlijn allemaal moeten worden toegepast. Uit deze zaak volgde ook al dat de Richtlijnen van toepassing zijn, tenzij er dwingende redenen zijn om deze niet volledig toe te passen.

3. Nu het om militairen gaat, acht het Hof artikel 4, lid 2 VEU van essentieel belang voor het antwoord op de eerste prejudiciële vraag. Deze bepaling gaat over het lastige begrip van de 'nationale identiteit' van de lidstaten die de EU te eerbiedigen heeft. Hieronder vallen essentiële staatstaken zoals o.m. de organisatie van de strijdkrachten. Het Unierecht dient de uitoefening van deze taken, die per individuele lidstaat kunnen verschillen, volledig te respecteren. Het Hof doet hier een evenwichtsoefening: de uitvoering van de essentiële staatstaken mag aan de ene kant niet belemmerd worden, aan de andere kant impliceert 'het enkele feit' dat een maatregel is genomen met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid niet dat het EU-recht en in het bijzonder de regels over veiligheid en gezondheid op de werkplek in het geheel niet van toepassing kunnen zijn. De invoering van een militaire dienstplicht valt bijvoorbeeld niet onder het EU-recht, maar de organisatie van de arbeidstijd tijdens die dienstplicht wel, die is immers geharmoniseerd in de Arbeidstijdenrichtlijn. Bovendien wordt veiligheid en gezondheid op de werkplek ook nog eens genoemd in het EU-Handvest van de grondrechten. Militairen kunnen ook onder het werknemersbegrip van de EU vallen; er is per definitie sprake van een ondergeschiktheidsrelatie in de militaire organisatie. Ook in oudere jurisprudentie is de dienstplicht wel eens aan de orde gekomen. Het arrest *Kreil* uit 2000 over discriminatie op grond van geslacht tussen mannelijke en vrouwelijke militairen is al genoemd. Het veel oudere arrest *Ugliola* 15/69 kan hier ook genoemd worden, waar het om arbeidsvoorwaarden ten tijde van de dienstplicht ging. Wat een Duitse werkgever voor Duitse dienstplichtige werknemers volgens Duits recht moet regelen, moet hij ook doen voor werknemers uit een andere lidstaat zoals Italië die hun dienstplicht daar moeten verrichten. Het punt van de arbeidsvoorwaarden is hier belangrijker dan het punt van het zijn van dienstplichtige.

4. Dit arrest is opnieuw en voor de zoveelste keer een aanwijzing dat de Arbeidstijdenrichtlijn slechts minimumharmonisatie omvat. Het gaat bij deze richtlijn slechts om werk- en rusttijden en om jaarlijkse vakantie met behoud van loon. Voor het overige wordt de beloning tijdens beschikbaarheids- of aanwezigheidsdiensten niet door deze richtlijn bestreken en moet de betaling van overuren slechts en uitsluitend naar het nationale recht beoordeeld worden.

Mr. dr. H.H. Voogtsgeerd

Socialezekerheidsrecht

TRA 2021/90

Centrale Raad van Beroep 14 april 2021, 19/3314 ZW
m.nt. mr. P.S. Fluit

Art. 45 lid 7 ZW; art. 7:678 BW

RSV 2021/103
NJB 2021/1348
AB 2021/228
ECLI:NL:CRVB:2021:828

Benadeling ziekewet en ontslag op staande voet.

Feiten

Een administratief medewerker meldt zich op 1 mei 2017 ziek met zwangerschapsklachten. Met ingang van 23 september 2017 wordt er een uitkering op grond van de wet arbeid en zorg toegekend tot 30 december 2017. Vervolgens heeft de werkgever betrokkene op 3 januari 2018 op staande voet ontslagen wegens het verduisteren van geld van haar werkgever. De werkgever heeft op 9 januari 2018 de medewerker ziekgemeld bij het UWV. Het UWV heeft de ziekewetuitkering na afloop van de zwangerschapsuitkering geweigerd, omdat het dienstverband tijdens ziekte is beëindigd en de administratief medewerker zich heeft neergelegd bij die beëindiging. Ze heeft geen verweer gevoerd tegen het ontslag op staande voet. In bezwaar handhaaft het UWV zijn standpunt dat het betrokkene verweten kan worden dat ze het ontslag op staande voet niet heeft aangevochten. De rechtbank heeft het beroep van de medewerker ongegrond verklaard. De rechtbank merkt daarbij op dat juist als de stelling door de werknemer wordt betrokken dat zij tot het verduisteren van geld is gekomen onder invloed van ziekte, dan had van haar verwacht mogen worden dat ze geprotesteerd had tegen het ontslag op staande voet.

Oordeel Centrale Raad van Beroep

Anders dan de rechtbank oordeelt de Centrale Raad van Beroep dat van benadeling in de zin van artikel 45 lid 7 ZW geen sprake is. De administratief medewerker heeft tegenover de werkgever erkend dat zij vanaf eind 2015 met de door de werkgever verstrekte pinpas geld naar haar bankrekening of die van haar moeder heeft overgemaakt teneinde haar koopverslaving te bekostigen. Onderzoek wijst uit dat het in de jaren 2016 en 2017 zou gaan om een bedrag van meer dan € 149.000. De kans dat het ontslag op staande voet niet in stand zou blijven zou verwaarloosbaar klein zijn en daarom kan het betrokkene niet worden verweten geen verweer te hebben gevoerd. Voor het aannemen van een dringende reden als bedoeld in artikel 7:678 BW is immers niet vereist dat werknemer een verwijt kan worden gemaakt ter

zake van de gedragingen (ECLI:NL:HR:2000:AA7282). Aangezien de Raad niet beschikt over de gegevens die nodig zijn om te komen tot een juiste vaststelling van het recht op ZW-uitkering, dient het UWV nader te beslissen op de ziekmelding van 9 januari 2018.

Commentaar

1. Deze uitspraak baart opzien. Immers, als er sprake is van verduistering van gelden, dan is het opmerkelijk dat de werknemer na ontslag op staande voet in aanmerking komt voor een ZW-uitkering. Het UWV heeft ervoor gekozen om de maatregel wegens benadeling alleen te baseren op artikel 45 lid 7 ZW. De Centrale Raad heeft het UWV expliciet gevraagd tijdens de zitting of het zevende lid van artikel 45 ZW de grondslag is voor de maatregel. In artikel 45 lid 7 ZW staat dat onder benadeling mede verstaan wordt een situatie dat de verzekerde zonder deugdelijke grond heeft nagelaten verweer te voeren tegen of heeft ingestemd met beëindiging van het dienstverband tijdens ziekte.

2. Nu het UWV alleen voor deze grond heeft gekozen voor het opleggen van de maatregel kan de stelling worden betrokken dat de kans op succesvol aanvechten van het ontslag op staande voet verwaarloosbaar klein is. Daarmee is een benadelingshandeling in de zin van artikel 4 lid 7 ZW niet aan de orde.

3. In haar noot in *USZ* geeft Driessen nog aan dat het nog maar de vraag is of er terecht een ontslag op staande voet is geweest. De weergave van de feiten in de uitspraak is zodanig beperkt dat het lastig is om daar een goed oordeel over te kunnen geven. Is er voldoende onderzoek gedaan en is het ontslag op staande voet onverwijld gegeven? Op grond van de uitspraak kan dat niet geheel worden beoordeeld. Dat verduistering over zo'n lange periode, erkend door de werknemer, op zich een ontslag op staande voet rechtvaardigt mag duidelijk zijn.

4. In de Memorie van Toelichting op de Wet uitbreiding loondoorbetaling bij ziekte staat onder andere het volgende: 'Van benadeling is sprake indien de werknemer zijn recht op loondoorbetaling prijsgeeft en daardoor de loondoorbetalingslast wordt afgewenteld op de bedrijfsvereniging (nu: het UWV, PSF). Een voorbeeld is de situatie waarin de werknemer vrijwillig instemt met beëindiging van zijn dienstbetrekking binnen het tijdvak van 52 weken (tegenwoordig bedraagt dat tijdvak in beginsel 104 weken, PSF). Er bestaat dan geen recht meer op loon, zodat in beginsel ziekgeld zou moeten worden uitgekeerd. (...) Een ander voorbeeld betreft de situatie waarin de werknemer berust in een tijdens ziekte gegeven ontslag op staande voet waarvoor geen dringende reden is. De werknemer dient in dat geval de nietigheid van het ontslag in te roepen, en doorbetaling van loon te vorderen. Laat hij dit na, dan pleegt hij een benadelingshandeling.

Een werkgever kan ook trachten zich aan zijn loondoorbetalingsplicht te onttrekken door de rechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken. Van de werknemer mag dan worden verlangd dat hij zich in een ontbindingsprocedure daadwerkelijk verweert, en niet alleen formeel' (*Kamerstukken II 1995/96, 24439, nr. 3, p. 71/72*).

5. Deze uitspraak maakt duidelijk – en dat is dan een aanvulling op de memorie van toelichting – dat een werknemer kennelijk niet altijd zich hoeft te verweren tegen een gegeven ontslag op staande voet, namelijk als het bij voorbaat een hopeloze zaak is en de kans op succes verwaarloosbaar klein.

Betekent het nu dat als een werknemer tijdens ziekte – evident terecht – op staande voet wordt ontslagen, hij per definitie aanspraak kan maken op een ZW-uitkering (en dus van benadeling ZW geen sprake kan zijn)? Ik meen van niet. Als het UWV gekozen zou hebben voor een maatregel op grond van artikel 45 lid 1 onder j ZW (en dus niet alleen voor een maatregel op grond van lid 7 had gekozen), dan zou de uitslag anders kunnen zijn geweest. Dan is mijns inziens van belang of het verduisteren van geld ook heeft plaatsgevonden tijdens ziekte. Als tijdens ziekte gelden zijn verduisterd, dan heeft door dit handelen de werknemer kunnen voorzien dat dat zou leiden tot een ontslag op staande voet en heeft de werknemer door dat ontoelaatbaar gedrag zijn loonaanspraken prijsgegeven. Een voorbeeld hiervan betreft een zaak waarover de Raad in 2017 oordeelde. Tijdens ziekte heeft een werknemer in strijd met afspraken met zijn werkgever de Raad voor Rechtsbijstand gevraagd om toevoegingsvergoedingen niet uit te betalen. De werknemer werd na ontdekking op staande voet ontslagen. Zonder succes vocht de werknemer het ontslag op staande voet in kort geding aan bij kantonrechter en hof. De Centrale Raad oordeelde dat het UWV terecht heeft aangenomen dat de werknemer een benadelingshandeling heeft gepleegd waarvoor hem een verwijt treft (CRvB 4 oktober 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3391). Kortom, een terecht ontslag op staande voet wegens handelen of nalaten tijdens ziekte kan wel degelijk leiden tot het plegen van een benadelingshandeling ZW. Het idee is dan – in mijn woorden – dat een zieke werknemer door zijn handelen of nalaten een ontslag op staande voet veroorzaakt en daarmee zijn loonaanspraken tijdens ziekte prijsgeeft.

In het kader van de WW leidt een ontslag op staande voet in beginsel tot een blijvende en algehele weigering van de WW en in het kader van de ZW kan een ontslag op staande voet dus ook leiden tot algehele weigering van de ZW. Let wel, een weigering ZW staat niet in de weg aan een toekenning van WIA. Als de werknemer wegens arbeidsongeschiktheid door ziekte de wachttijd volmaakt (en in de eerstejaarsziektewetbeoordeling meer dan 35% arbeidsongeschikt wordt geacht), dan kan hij een WIA-uitkering aanvragen en vormt deze weigering ZW geen beletsel om een WIA-uitkering toe te kennen. Het UWV zou eventueel een maatregel kunnen opleggen op grond van

artikel 28 WIA (plichten ter voorkoming van het ontstaan en bestaan van recht op uitkering). Dat zou dan kunnen leiden tot een tijdelijke korting van de uitkering. Er is in de WIA echter geen bepaling opgenomen die erin voorziet dat een werknemer blijvend uitkering wordt geweigerd als hij op staande voet is ontslagen. Een dergelijke voorziening zou ook disproportioneel kunnen zijn. Het zou m.i. niet terecht zijn als een werknemer door dergelijke weigering langdurig zou worden gestraft voor zijn gedrag.

6. Het UWV dient de maatregel wel af te stemmen op ernst van de gedraging en mate van verwijtbaarheid (artikel 45 lid 2 ZW). Treft de werknemer geen enkel verwijt voor het ontoelaatbaar gedrag – daar kan bijvoorbeeld sprake van zijn bij verslaving of psychiatrische problematiek – dan is benadeling niet aan de orde. In de onderhavige zaak speelde dit nog zijdelings een rol. De werknemer geeft aan dat zij zou hebben gehandeld onder invloed van een koopverslaving. De verzekeringsarts van het UWV heeft beoordeeld of het gedrag dat tot het ontslag heeft geleid wordt veroorzaakt door ziekte of gebrek. Het UWV komt blijkbaar tot conclusie dat dit niet het geval was.

7. Een andere situatie is overigens één waarin een werknemer op staande voet ontslagen wordt en zich binnen 28 dagen ziekmeldt en ook ziek wordt bevonden door het UWV. In dat geval is er ruimte voor toekenning van een Ziektewetuitkering. Uiteraard kan dan gesteld worden dat er niet echt sprake is van ziekte. Vindt die ziekmelding echter plaats binnen de vierwekentermijn van artikel 46 ZW (nawerking), dan zou dat weldegelijk tot toekenning van een ZW-uitkering kunnen leiden. Van benadeling is dan geen sprake, want arbeidsongeschiktheid trad in *nadat* de werknemer zijn loonaanspraken prijs gaf door een ontslag op staande voet te veroorzaken.

Op dit uitgangspunt bestaat overigens wel weer een uitzondering (ECLI:NL:CRVB:2003:AN9725): als een 'gezonde' werknemer er rekening mee moet houden dat hij door zijn gedrag – en arbeidsongeschikt raakt en op staande voet wordt ontslagen (dubbele causaliteit), dan pleegt hij wel weer een benadelingshandeling. Het ging in de zaak om een werknemer die door een vechtpartij met zijn collega de laan uit werd gestuurd en arbeidsongeschikt werd. Net voor het aangaan van de vechtpartij was hij nog niet arbeidsongeschikt, maar de werknemer had er rekening mee moeten houden dat – toen hij op de vuist ging – hij daardoor wel eens ontslagen zou kunnen worden en ook arbeidsongeschikt zou kunnen worden.

8. Het wringt wel als een *arbeidsgeschikte* werknemer op staande voet wordt ontslagen, niet in de WW zou komen, maar toch in ZW kan belanden als de werknemer na dat ontslag op staande voet binnen 28 dagen ziek wordt. Is wetswijziging nodig om te bewerkstelligen dat dergelijke werknemer geen aanspraak kan maken op een ZW-uitkering? Dit lijkt me niet echt nodig. Een *zieke* werknemer die fraudeert en daardoor op staande wordt

ontslagen riskeert weldegelijk een weigering ZW (net als in de WW). Het is anders als de frauderende gezonde werknemer op staande voet ontslagen wordt en ziek wordt binnen 4 weken: (wel ZW, anders dan in de WW). Dat verschil in behandeling tussen WW en ZW bij ontslag op staande voet is ook wel enigszins te rechtvaardigen vanuit de gedachte dat iemand die onbetwist ziek is bestaanszekerheid moet hebben. Een werkloze kan ergens anders gaan werken en dat is voor een zieke werknemer vaak een stuk lastiger. Er zou voor deze situatie wel iets kunnen worden geregeld ter zake van de doorbelasting van ZW-lasten richting ex-werkgever (zie punt 9).

9. Kennelijk heeft in de onderhavige zaak zich geen werkgever als derde-belanghebbende gemeld. Stel nu dat deze uitkering ten laste zou komen van een ex-werkgever, dan zou toekenning van een Ziektewetuitkering toch bezwaarlijk moeten worden genoemd. Het lijkt erop dat betrokkene in deze zaak ziek was in verband met zwangerschapsklachten aansluitend op het zwangerschapsverlof en dus in aanmerking zou komen voor een uitkering op grond van artikel 29a ZW. Deze uitkering wordt niet doorbelast naar een ex-werkgever. Als deze ZW-uitkering wel ten laste zou komen van de werkgever, dan moet onderscheid worden gemaakt tussen de eigenrisicodragende en publiek verzekerde werkgever. Een eigenrisico dragende werkgever (ter zake van de ZW) dient zelf een maatregel aan te vragen wegens benadeling bij het UWV en kan dus ook zelf aansturen op een juiste grondslag voor het opleggen van een maatregel. Een publiek verzekerde werkgever zal middels bezwaar tegen een toekenning van de Ziektewetuitkering kunnen aanvoeren dat er een maatregel moet worden opgelegd. In de situatie waarin een gezonde werknemer op staande voet wordt ontslagen en arbeidsongeschikt wordt binnen vier weken zou doorbelasting van een ZW-uitkering mijns inziens niet aan de orde moeten zijn (net als in de situatie waarin de werknemer tijdens een WW-uitkering ziek wordt). Dat zou dan een kleine wetswijziging vergen. Dat laat onverlet dat een weigering van een Ziektewetuitkering wegens benadeling niet in de weg staat aan toekenning van een WIA (en daarmee doorbelasting van WGA-lasten aan de ex-werkgever). Dat is mijns inziens ook wel terecht – hoe moeilijk een ex-werkgever dat ook zal vinden. Een arbeidsongeschikte hoeft immers niet 'levenslang' te worden gestraft voor een misstap.

Mr. P.S. Fluit