

U wordt geplaagd door pestgedrag en bent daardoor arbeidsongeschikt. Is beëindiging van het dienstverband nu mogelijk met een fikse schadevergoeding of is mediation een beter idee?

1. De kernvraag: Komt de uitval door psychisch letsel wel door het werk en het pestgedrag?

Regelmatig krijgt de juridische afdeling van Lia vragen van mensen die claimen arbeidsongeschikt te zijn geworden door pestgedrag, uitsluiting en ander ongewenst gedrag op het werk. Soms is er sprake van psychisch letsel. Vaak wil men zo snel mogelijk beëindiging van het dienstverband onder toekenning van een forse schadevergoeding.

Het waarmaken van de wens om tijdens ziekte en arbeidsongeschiktheid te stoppen met werken, en ook nog eens een forse schadevergoeding te ontvangen is niet altijd eenvoudig. Komt de uitval door psychisch letsel wel door het werk en het pestgedrag? Vaak is het pestgedrag niet, of niet voldoende, aangekaart en is de relatie tussen uitval door ziekte en werk lastig aantoonbaar. Zaak is het pestgedrag vroegtijdig aan te kaarten, zo mogelijk op te lossen en als dat niet lukt uw eigen dossier op te bouwen. Het is onmogelijk hierbij volledig te zijn. Een paar zaken behoeven verduidelijking:

- Kan ik tijdens ziekte het dienstverband beëindigen en toch een uitkering krijgen?
- Zorgplicht en het causaal verband tussen pestgedrag en ongeschiktheid
- Proportionele toerekening
- Een billijke vergoeding vragen?
- Wat is je schade?
- Trek vroegtijdig aan de bel!

In dit stukje verwijs ik naar een paar uitspraken. Uitspraken krijgen een nummer het n ECLI-nummer. Toetst u dat nummer in op internet dan kunt u die uitspraak vinden.

2. Kan ik tijdens ziekte het dienstverband beëindigen en toch een uitkering krijgen?

Het antwoord op bovenstaande vraag is bijna altijd nee! Ik zal uitleggen hoe dat zit.

Benadelingshandeling!

Vaak willen medewerkers dus eerder uit dienst dan die twee jaar wachttijd die geldt voor de arbeidsongeschiktheidsuitkering (WIA). Uitgangspunt van de wetgever is dat je de eerste twee jaar ziekte niet ontslagen kan worden en je werkgever je loon doorbetaalt. Meestal 100% in het eerste ziekte jaar en het tweede jaar 70%. Je mag die loon aanspraak niet zomaar prijsgeven als je een uitkering wilt!

Voor de afloop van die twee jaar heb je de wachttijd voor de WIA-beoordeling nog niet volgemaakt. Een recht op WIA bestaat er dan normaal gesproken dus niet. Kun je dan een Ziektewet of WW-uitkering krijgen als u eerder uit dienst wilt? Nee meestal niet! Een WW-uitkering aanvragen kan vaak niet. Vanwege je arbeidsongeschiktheid ben je doorgaans niet beschikbaar voor de arbeidsmarkt. Een

uitkering krachtens de Ziektewet dan? Nee helaas ook niet! Als je tijdens de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid zonder geldige reden een vaststellingsovereenkomst sluit, waardoor je werkgever geen loon meer hoeft te betalen, dan kan dit door het UWV worden gezien als een benadelingshandeling. Dit geldt ook voor onderwijswerkgevers die eigen risicodragers zijn! Geef je toch aanspraak op loon prijs dan kun je een lagere of zelfs helemaal geen Ziektewet-uitkering krijgen. Dit kan anders liggen bij zogenaamde situatieve arbeidsongeschiktheid. Als er geen sprake is van ziekte, maar je bent bijvoorbeeld door een ernstig arbeidsconflict mentaal of fysiek niet in staat om te werken, wordt er gesproken van situatieve arbeidsongeschiktheid. Meestal is er dan sprake van een situatie op het werk waardoor je niet bij je huidige werkgever (of werkplek) kunt blijven werken. Medisch gezien bent je dan dus niet ziek want bij een andere werkgever met andere werkomstandigheden kunt je wel werken. In dit geval kunt je bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst mogelijk een WW of Ziektewet-uitkering krijgen. Sluit geen vaststellingsovereenkomst gedurende arbeidsongeschiktheid zonder eerst juridisch advies te vragen.

3. Zorgplicht

Op grond van art. 7: 658 Burgerlijkwetboek (BW) van de Arbowet heeft de werkgever een vergaande zorgplicht om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden schade lijdt. 'Het meest bekende voorbeeld is het zorgdragen voor veilige machines die voldoen aan "the state of art". De werkgever moet ook psychische schade zoveel mogelijk voorkomen. Dit kan hij bijvoorbeeld doen door voldoende aandacht te besteden aan psychosociale werkbelasting (o.a. werkdruk beperking), protocollen tegen ongewenst gedrag, klachtenprocedures etc. etc.

De werknemer kan schade claimen als hij die schade heeft opgelopen door de uitoefening van het werk (causaal verband vereist). De werkgever moet tekortgeschoten zijn in zijn zorgplicht. Op grond van art. 150 Rechtsvordering zal je moeten stellen en bewijzen dat je arbeidsongeschikt bent door je werk. Die causaliteit bewijzen lukt vaak wel in een zaak waar bijvoorbeeld een hand van een werknemer tussen een ondeugdelijke machine is gekomen. De causaliteit bewijzen van psychisch letsel en nalatigheid van je werkgever is vaak heel erg lastig. Staat de relatie tussen psychische schade en werk vast, dan is het aan de werkgever om aan te tonen dat hij voldoende heeft gedaan om een goede en veilige werkomgeving te waarborgen. Heb je nooit geklaagd, dan kan de werkgever ook weinig verweten worden.

4. Proportionele toerekening

Bij psychische schade doen zich nog een aantal andere problemen voor. Zo is psychische schade vaak het gevolg van een combinatie van in de persoon gelegen omstandigheden en de situatie op het werk. Stel dat het lukt de causaliteit tussen arbeidsongeschiktheid en het uitblijven van een interventie (bijvoorbeeld mediation) te bewijzen, dan bestaat de kans op een proportionele toerekening van je schade. Je uitval kan dan deels komen door de slechte werkverhoudingen, pestgedrag, uitsluiting etc. maar kan ook deels komen door in jouw persoon gelegen factoren. Als er onzekerheid is of er een verband bestaat tussen de verwijtbare gedragingen van

de werkgever (niets doen aan de werkverhoudingen) en de gevolgen die deze voor jou hebben gehad (en deze onzekerheid kan niet via bewijsvoering of een deskundige worden weggenomen), dan bestaat de kans op een proportionele toerekening. Dit gebeurt in de praktijk van met slachtoffers van asbestschade die blootgesteld zijn aan asbest maar bijvoorbeeld ook hebben gerookt. Vaak sluit men dan aan bij het arrest Nefalit/Karamus-arrest (HR 31 maart 2006) zie **ECLI:NL:HR:2006:AU6092**. De leer van de proportionele aansprakelijkheid is bedoeld voor gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending (onrechtmatig handelen of toerekenbare tekortkoming) van de aansprakelijkgestelde persoon, dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken), en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is. Bij een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt en aan hem/haar moet worden toegerekend, kun je denken aan roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken. Je ziet dan bijvoorbeeld een toerekening van 50% van de schade door roken en 50% van de schade door blootstelling aan asbest. Je werkgever gaat voor zover hem bekend zich zeker beroepen op in jouw liggende oorzaken.

5. Billijke vergoeding vragen?

Bij een ontslag kan de rechter (het UWV kan dit niet) werknemer een billijke-vergoeding toekennen als er sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever. Op zich past de rechtspraak die billijke vergoeding vrij terughoudend toe. Die billijke vergoeding is een vergoeding in plaats van herstel van de arbeidsrelatie na een onterecht ontslag. De werkgever compenseert dan wat de werknemer misloopt nu het dienstverband voortijdig eindigt. Deze billijke vergoeding is geregeld in het Burgerlijk Wetboek(BW) Om na ontslag aanspraak te kunnen maken op een billijke vergoeding op grond 7:682 lid 1 sub c BW dient er een causale relatie te zijn tussen het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever en (het bestaan van) de opzeggingsgrond, in onze casus ongeschiktheid wegens arbeidsongeschiktheid. In het kader van dit specifieke causale verband is het onvoldoende dat de werknemer stelt en zo nodig bewijst dat de werkgever ernstig tekort is geschoten in de naleving van zijn re-integratie verplichtingen. De werknemer moet ook stellen en zo nodig bewijzen dat bij wél deugdelijk naleven van deze re-integratieverplichtingen, de arbeidsongeschiktheid geen twee jaar onafgebroken zou hebben voortgeduurd. In dat geval had namelijk niet opgezegd kunnen worden op grond van artikel 7:669 lid 3 sub b BW. In het kader van artikel 7:669 lid 1 sub b jo artikel 7:670 lid 1 BW betekent dit, dat de werknemer aannemelijk moet maken dat bij deugdelijke naleving van de re-integratieverplichtingen, op enig moment voorafgaand aan einde wachttijd (in dit geval: 4 november 2020) sprake zou zijn geweest van een herstel gedurende een periode langer dan 4 weken. Dit is bewijsrechtelijk een bijna onmogelijke hobbel! Zie **ECLI:NL:RBDHA:2022:4117**.

6. Wat is je schade?

Het klinkt eenvoudig, je bent slecht behandeld, je kunt bewijzen dat er een verband is met je werk en je werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht. Je hebt dus recht op schadevergoeding maar wat is je schade? Schade kent twee componenten: inkomensschade doordat je na ontslag niet meer werkt en immateriële schade. Je inkomensschade wordt al gemitigeerd als je in aanmerking komt voor een WIA-uitkering en een eventuele aanvullende uitkering. Soms hebben werkgevers ook nog een polis afgesloten (bijvoorbeeld Loyalis) die inkomensschade in belangrijke mate dekt. Bij het begroten van je schade zal rekening worden gehouden met inkomsten uit uitkeringen en verzekeringen door je werkgever gesloten. Immateriële schadevergoeding wordt vaak toegekend na bijvoorbeeld een verkeersongeluk, een mishandling etc. maar ook door pestgedrag kun je immateriële schade lijden. Stel je daar echter niet te veel van voor, deze vergoedingen zijn doorgaans heel beperkt

7. Los het probleem samen op of bouw je eigen dossier!

Het best voor alle partijen is natuurlijk om ongewenst gedrag te voorkomen en als het toch voorkomt te zorgen dat de ontstane situatie wordt opgelost. Het na twee jaar arbeidsongeschiktheid aantonen dat er een causaal verband is tussen jouw uitval wegens bijvoorbeeld pesten is zonder aanvullend materiaal (klachten, mails, onderzoeken etc.) vaak heel lastig. Vaak valt de relatie met het werk en de uitval dan niet goed vast te stellen en valt ook niet goed te beargumenteren dat de werkgever tekortgeschoten is in zijn zorgplicht.

Voorkomen of oplossen is beter dan procederen.

- Om ongewenst gedrag bespreekbaar te maken en te kunnen oplossen is het van belang vroegtijdig aan de "bel" te trekken als werknemer.
- Lukt het niet de kwestie zelf op te lossen neem dan bijvoorbeeld eerst contact op met je leidinggevende (als het gedrag niet van hem of haar komt) en als dat niet helpt met een vertrouwenspersoon. Lukt het dan nog niet om het pestgedrag weg te nemen?
- Vroegtijdig ingezette mediation kan vaak een goed hulpmiddel zijn om conflicten op te lossen.
- Vaak adviseert de bedrijfsarts een interventie om bijvoorbeeld door mediation een verstoorde arbeidsverhouding te herstellen. Als bijvoorbeeld de werkgever de interventies van de bedrijfsarts niet opvolgt, heeft je werkgever eerder niet voldaan aan zijn zorgplicht. Dit kan dus leiden tot aansprakelijkheid.

Een paar tips

- Vraag om interventies, doe dit zowel mondeling als per mail (dossieropbouw).
- Werkt men mee aan interventies dan lost dat vaak het probleem op.
- Werkt men niet mee dan onderstreept dat het niet nakomen van de zorgplicht.
- Het helpt om het pestgedrag aan te tonen met bijvoorbeeld een onderzoek door een vertrouwenspersoon of extern onderzoeksbureau. Een dergelijk

rapport maakt het verwijtbaar handelen of nalaten van je werkgever eerder aantoonbaar.

- Vaak is het ook verstandig al dan niet preventief contact op te nemen met de bedrijfsarts. Op die manier breng je het ongewenst gedrag bij je werkgever in beeld en maak je het ongewenst gedrag aantoonbaar en causaal verband tussen werk en schade wellicht aantoonbaar.
-