



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Sociaal Recht

Heinsius, J.; Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heinsius, J., & Heerma van Voss, G. J. J. (2001). Sociaal Recht. *Ars Aequi Katern*, 80, 4224-4228. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14831>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14831>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

ARS AEQUI

Katern

KWARTAALBIJLAGE/NUMMER 80

Inhoud

Privaatrecht

- 4187 Burgerlijk recht
- 4193 Burgerlijk procesrecht
- 4196 Personen- familie- en jeugdrecht
- 4198 Faillissementsrecht
- 4201 Huurrecht
- 4202 Bouwrecht
- 4204 Consumentenrecht
- 4206 Internationaal privaatrecht
- 4210 Europees privaatrecht
- 4212 Gezondheidsrecht

Sociaal-economisch recht

- 4215 Ondernemingsrecht
- 4219 Vervoerrecht
- 4222 Economisch recht en intellectuele eigendom
- 4224 Sociaal recht
- 4228 Mediarecht
- 4230 Telecommunicatierecht
- 4232 Informaticarecht

Staats- en bestuursrecht

- 4235 Staatsrecht
- 4240 Bestuurs(proces)recht
- 4246 Europees recht
- 4248 Milieurecht en recht van de ruimtelijke ordening
- 4251 Vreemdelingenrecht
- 4253 Mensenrechten

Strafrecht

- 4255 Straf(proces)recht
- 4259 Criminologie
- 4262 Penitentiair recht

Varia

- 4265 Rechtsgeschiedenis
- 4266 Rechtsfilosofie en rechtstheorie
- 4267 Rechtssociologie

Sociaal recht

Prof.mr. G.J.J. Heerma van Voss, mr.drs. J. Heinsius

Wetgeving

Telkens weer de WAO

Oudere studenten zullen het zich wellicht nog vaag kunnen herinneren. Deze zomer was het precies tien jaar geleden, dat 'de' WAO in ons land voor onrust zorgde. Nederland was 'ziek' en de toenmalige CDA-PvdA-coalitie wilde hard ingrijpen om het probleem op te lossen. Een aantal wetswijzigingen was het gevolg met inderdaad een tijdelijke afname van de instroom in de WAO als gevolg. Dit jaar, als gezegd tien jaar later, is ons nationale sociaal-economische probleem 'nr. 1' nog steeds niet opgelost en heeft het afgelopen zomer opnieuw tot onrust geleid. Katalysatoren daarvan waren dit maal de verschijning van het lang verwachte rapport van de cie. Donner en een amendement van coalitiepartijen VVD en D'66 en oppositiepartij CDA op het wetsvoorstel 'Verbetering poortwachter' (27 678). Beiden zorgden voor commotie in politiek, pers en maatschappij. Alvorens de vraag te beantwoorden waar het daarbij nu exact om ging, volgt hierna eerst een kort overzicht van de bestaande sociaalrechtelijke regelgeving inzake ziekte en arbeidsongeschiktheid.

Het eerste ziektejaar

Een werknemer, die door ziekte niet de in zijn arbeidsovereenkomst afgesproken arbeid kan verrichten, heeft gedurende 52 weken recht op 70% van zijn loon van zijn werkgever. Deze laatste kan dit door eenzijdige regeling of individuele afspraak aanvullen tot 100%, maar vaker geschiedt dit op grond van een CAO-bepaling. Ziekte is daarbij een zuiver medisch begrip; medisch moet vaststaan dat de werknemer de 'bedongen arbeid' niet kan verrichten. Een werknemer is dus ziek of niet-ziek. In dat laatste geval zal hij kunnen werken en zal zijn werkgever hem in geval hij dit nalaat geen loon behoeven te betalen. Een uitzondering op het recht op loon geldt, als de genezing door toedoen van de werknemer wordt belemmerd of vertraagd of als de werknemer hem aangeboden passende arbeid weigert. De werkgever kan de loondoorbetaling bovendien opschorten, zolang de werknemer zich niet houdt aan door hem schriftelijk gegeven redelij-

ke voorschriften omtrent het verstrekken van inlichtingen die nodig zijn ter vaststelling van het recht op loon (art. 7: 629 BW).

Ontslagbescherming van zieke werknemers

Ziekte van een werknemer betekent vanzelfsprekend niet, dat daarmee automatisch een einde komt aan de arbeidsovereenkomst. In tegendeel; een zieke werknemer geniet juist extra ontslagbescherming door een ontslagverbod. Het desbetreffende artikel 7:670 BW bepaalt, dat de werkgever de arbeidsovereenkomst gedurende de eerste twee jaren van ziekte van de werknemer niet kan opzeggen. Doet hij dit toch, dan kan de werknemer gedurende twee maanden deze opzegging vernietigen, waardoor de arbeidsovereenkomst dan voortduurt, alsof de opzegging nimmer heeft plaatsgehad.

De WAO

Blijft de werknemer na een periode van 52 weken ziek, dan kan deze mogelijk aanspraak maken op een uitkering krachtens de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO). De WAO kent geen medisch, maar een economisch arbeidsongeschiktheidsbegrip. Arbeidsongeschikt is de werknemer die niet meer in staat is om met algemeen geaccepteerde arbeid, die voor zijn krachten en bekwaamheden is berekend, te verdienen wat hij vroeger verdiende. Arbeidsongeschiktheid wordt derhalve niet zuiver medisch vastgesteld, maar door het laatstverdiende inkomen van de werknemer (maatmaninkomen) te vergelijken met inkomen, dat hij nog met arbeid zou kunnen verdienen (restinkomen). Het arbeidsongeschiktheidspercentage wordt dan berekend door de formule $100 - (100 \times \text{restloon/maatmanloon})$. Hieruit kan een percentage van 100% arbeidsongeschiktheid voortkomen, maar veel vaker is het een lager percentage! Een werknemer is dus in de zin van de WAO geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikt.

Het inkomen van een geheel arbeidsongeschikte WAO-er

Een geheel arbeidsongeschikte werknemer is voor zijn inkomen geheel aangewezen op een WAO-uitkering. Deze uitkering bestaat uit een loondervingsuitkering en een vervolguitering. De loondervingsuitkering betreft in principe 70% van zijn laatstverdiende loon en haar duur is afhankelijk van de leeftijd van betrokkene. De hoogte van de vervolguitering is een percentage van het vervolgdaagloon, dat op een ingewikkelde manier wordt berekend. De WAO-uitke-

ring kan in beginsel tot aan de pensioengerechtigde leeftijd worden genoten, maar iedere drie jaar vindt er wel een herkeuring plaats.

Het inkomen van een gedeeltelijk arbeidsongeschikte WAO'er

Voor een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer hangt de hoogte van de WAO-uitkering af van zijn mate van arbeidsongeschiktheid. Voor het deel van zijn arbeidsongeschiktheid zal de WAO'er een inkomen moeten zien te verwerven. In beginsel zal de werkgever hem aangepaste arbeid moeten verschaffen (HR 3 februari 1978, *NJ* 1978, 248 Roovers/De Toekomst en HR 8 november 1985, *NJ* 1986, 309 Van Haaren/Cehave). Heeft de werknemer geen arbeidsovereenkomst meer en kan hij ook geen ander werk vinden, dan zal hij als regel in aanmerking komen voor een WW-uitkering eventueel gevolgd door IOAW.

Het rapport van de cie Donner

Het grote probleem met 'de WAO' nu, is dat de instroom daarin in de loop van de jaren negentig wederom onacceptabele vormen begon aan te nemen. Zoals wij eerder reeds berichtten (*Katern* 77), noopte dit de regering een commissie te benoemen bestaande uit deskundigen van alle representatieve partijen van het politieke spectrum met de opdracht haar te adviseren over de vraag, hoe de instroom in de WAO nu eindelijk eens structureel zou kunnen worden afgebouwd. En aldus geschiedde; op 30 mei jl. bood de cie. Donner haar rapport 'Werk maken van arbeidsongeschiktheid' aan staatssecretaris Hoogervorst van het ministerie van SZW aan. Uitgangspunt van dit rapport is, dat de WAO in de toekomst zou moeten worden gereserveerd voor uitsluitend *volledig* arbeidsongeschikte werknemers. De overige werknemers dragen samen met hun werkgevers verantwoordelijkheid voor hun reïntegratie. In een notedop weergegeven bevat het rapport daartoe de navolgende aanbevelingen:

1 In tegenstelling tot het huidige arbeidsongeschiktheids criterium zou een werknemer op grond van een nieuw criterium pas als arbeidsongeschikt moeten worden beschouwd, als wordt aangetoond dat deze, gemeten naar algemeen geldende medische maatstaven, lijdt aan een ernstige ziekte of gebreken die zich manifesteren in een duurzame en aanzienlijke vermindering van diens mogelijkheden om in de maatschappij te functioneren. Bij een aanmelding

voor een WAO-keuring, hetgeen reeds na drie maanden mogelijk zou moeten zijn, zou dan ook onder meer worden bekeken, of de klachten zodanig zijn behandeld dat geen verbetering meer mag worden verwacht.

2 De professionaliteit en consistentie van de WAO-beoordeling zou kunnen worden verbeterd door een autonoom college van onafhankelijke deskundigen uit verschillende deeldisciplines te belasten met de ontwikkeling van normen en procedures en de supervisie betreffende de keuringspraktijk.

3 De werkgever zou de zorg moeten krijgen voor het creëren van een kader voor reïntegratie. Blijft de werkgever hierbij in gebreke, dan zou hij de werknemer zijn loon moeten blijven doorbetalen, ook na twee jaren. De werknemer zou de zorg moeten krijgen voor informatieverschaffing aan de werkgever over aard en oorza(a)k(en) van diens verzuim en de inspanning om aan een effectieve behandeling van diens klacht(en) te werken met als doel een zo spoedig mogelijke hervatting van diens werk, al dan niet in aangepaste vorm.

4 Zou werkhervatting in de oude functie niet mogelijk blijken, dan dient de werknemer een redelijk aanbod van ander werk te aanvaarden, al dan niet in een andere werkkring, waarbij deze ook zelf actief alternatieven moet aandragen. Uitgangspunt is, dat de alternatieve functie een inkomen van minimaal 70% van diens oorspronkelijke loon moet bieden. Is er alleen een alternatieve functie tegen een lager loon beschikbaar, dan zou de werknemer die mogen weigeren zonder dat hem dit — na een eventueel ontslag — ingevolge de uitvoering van de WW mag worden tegengeworpen. Aanvaardt een werknemer zo'n lager betaalde baan wel, dan zou zijn voormalige werkgever hem een aantal jaren een aanvulling op zijn nieuwe loon dienen te verschaffen inhoudende een deel van het verschil tussen laatstgenoemd loon en het loon dat hij bij ziekte ontving.

5 Zou een werknemer niet meewerken aan een spoedige werkhervatting, dan zou diens dienstbetrekking kunnen worden beëindigd, zonder dat er een aanspraak op een WW-uitkering zou kunnen ontstaan, hetgeen een aanpassing van het opzegverbod ex artikel 7:670 BW zou betekenen. Zou na twee jaar zoeken geen geschikt

werk voorhanden blijken te zijn, dan zou een dergelijke beëindiging mogelijk zijn na een toetsing, of de werkgever zich voldoende voor werkhervatting heeft ingezet.

6 Gezien het feit, dat de arbeidsongeschiktheid van een WAO-er een volledige en permanente zou zijn, zou er geen noodzaak meer zijn tot herkeuringen. De uitkering zou kunnen worden verhoogd, waarbij arbeidsinkomsten daarop niet in korting zouden behoeven te worden gebracht. Deze zouden immers slechts een stimulans zijn tot benutting van beperkte mogelijkheden tot verrichting van arbeid.

7 Door preventie en eigen verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers als ijkpunten te kiezen zou er een certificering van 'gezonde' arbeidsorganisaties kunnen komen, waaraan een premiedifferentiatie zou kunnen worden gekoppeld.

Het amendement inzake passende arbeid

De vakbonden ontvingen deze aanbevelingen in eerste instantie al met de nodige reserve. De vlam sloeg echter in de pan, toen er tijdens de VVD, D'66 en het CDA een amendement werd ingediend op het in de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel 'Verbetering Poortwachter', waarmee de regering reeds nu tracht de instroom in de WAO enigszins te beteugelen. In een PvdA-voorstel was de plicht voor een werkgever verankerd om een zieke werknemer aan passende arbeid te helpen. Als tegenwicht van dit voorstel werd in genoemd amendement voorgesteld om het ontslagverbod tijdens ziekte niet langer te laten gelden in die gevallen, waarin een zieke werknemer niet aan diens reïntegratie meewerkt. Dit schoot FNV en PvdA in het verkeerde keelgat; de SER had de regering nog niet eens over het Donner-rapport geadviseerd en nu begonnen VVD, D'66 en CDA al aan de rechten van zieken en arbeidsongeschikten te tornen! In de daarop volgende discussie was de nuance soms ver te zoeken. Soms ontstond zelfs het beeld, dat er was voorgesteld om de ontslagbescherming van zieke werknemers maar helemaal af te schaffen, hetgeen vanzelfsprekend geenszins de essentie van het amendement was. Die was immers, dat uitsluitend in geval een zieke werknemer zou weigeren aan diens reïntegratie mee te werken het opzegverbod van artikel 7:670 BW niet langer geldt. De RDA zou voor de desbetreffende opzegging onverkort diens toestemming hebben te geven, waardoor de desbetreffende werknemer dan dus toch nog bescherming geniet. Daar komt bij,

dat een werkgever ook onder het huidige recht al een beëindiging van een arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer kan trachten te bewerkstelligen door de kantonrechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken. Inmiddels werd een compromis bereikt, waarbij de werkgever alvorens tot ontslag over te gaan een zogenaamde 'second opinion' moet vragen bij het LISV. Wat betreft het rapport Donner is het wachten nu op een advies van de SER (zie voor het rapport Donner nader WWW.minszw.nl/navigatiestructuur/Dossier/WAO/donner.PDF).

Rechtspraak

Naast de WAO was er in de media aandacht voor een andere zaak. De in het kader van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) functionerende Commissie Gelijke Behandeling (CGB) had zich in een door een studente met het moslimgeloof tegen de Arrondissementsrechtbank te Zwolle aangespannen zaak te buigen over de vraag, of een (waarnemend) gerechtsgriffier als lid van de rechterlijke macht tijdens zittingen een hoofddoek mag dragen, nu het op grond van uitvoeringsregels van de Wet op de Rechterlijke Organisatie niet is toegestaan tekenen van persoonlijke opvatting zichtbaar te dragen in combinatie met ambtskleding ter zitting. Haar potentiële werkgever meende, dat het dragen van een hoofddoek zou indruisen tegen het objectieve en onpartijdige karakter van een rechtsprekend college en het daarmee in strijd zou zijn met de wet. Derhalve werd de studente niet aangesteld. Deze laatste nu beriep zich daarop op haar godsdienstvrijheid en meende, dat haar afwijzing in strijd zou zijn met het non-discriminatiebeginsel. Een zeer omstrede zaak was het gevolg, die op 22 juni 2001 leidde tot een oordeel van de CGB in het voordeel van de studente. In haar zeer uitvoerig gemotiveerde oordeel somt de Commissie in de eerste plaats nog eens de relevante anti-discriminatoire AWGB-artikelen op en zet zij vervolgens het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie uiteen. Direct onderscheid is onderscheid, dat rechtstreeks verwijst naar één van de in de AWGB genoemde gronden als bijvoorbeeld godsdienst. Indirecte discriminatie is onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan laatstgenoemde gronden dat wel onderscheid op één van die gronden tot gevolg heeft. Na de conclusie, dat er in het onderhavige geval van indirect

onderscheid sprake is — niet het moslimgeloof is immers voor leden van rechterlijke macht verboden, maar het dragen van een hoofddoekje, hetgeen een onderscheid oplevert met niet- danwel andersgelovigen, die geen hoofddoek (behoeven te) dragen —, stelt zij de vraag aan de orde, of dit onderscheid objectief zou kunnen worden gerechtvaardigd. Daartoe dient er aan drie cumulatieve criteria te zijn voldaan: aan het nagestreefde doel dient iedere discriminatie vreemd te zijn, het ter bereiking van dat doel gekozen middel dient aan een werkelijke behoefte te beantwoorden en het middel moet geschikt en noodzakelijk zijn om het doel te bereiken (proportioneel en subsidiariteit). Het door de Rechtbank aangevoerde doel van het waarborgen van het onafhankelijke karakter van de rechtspraak is volgens de CGB legitiem en vreemd aan discriminatie. Tevens dient het een zwaarwegend belang. Het daartoe gekozen middel houdt echter een kledingvoorschrift waarvan de behoefte volgens de Commissie een betrekkelijke is, hetgeen volgens haar geïllustreerd kan worden doordat enkele kantonrechters en familierechters reeds zonder toga recht zouden spreken. Tevens zou de overheid ernaar streven de rechterlijke macht zoveel mogelijk een afspiegeling te laten zijn van de samenleving. Daarna volgt het kernargument van de CGB. Het onverkorte handhaven van het kledingvoorschrift zou ertoe leiden, dat vrouwen met een hoofddoek zouden worden uitgesloten van de desbetreffende functie, hetgeen een te zwaar middel zou zijn en derhalve op grond van strijd met de proportionaliteit in strijd met de gelijke behandelingswetgeving zijn. Interessant tot slot is ook de overweging ten overvloede van de CGB, waarin zij stelt dat onafhankelijkheid en objectiviteit van de rechterlijke macht niet uitsluitend via de onderhavige kledingvoorschriften tot uitdrukking kan worden gebracht. Gelijke behandeling zou ruimte voor pluriformiteit en geen uitsluitende uniformiteit met zich brengen, hetgeen reeds erkenning zou hebben gevonden binnen de rechterlijke macht (de CGB-uitspraak is integraal na te lezen via WWW.cgb.nl/oordelen/tekst/2001-53.html).

Literatuur

Alvorens onze gebruikelijke selectie te geven van de meest relevante verschenen literatuur maken wij — in het verlengde van de rubriek Rechtspraak — nog even melding van de op 1 september jl. on-

der redactie van mw.mr. B. Hoogendijk e.a. verschenen jurisprudentieuitgave *Rechtspraakbundel Arbeidsrecht* (Kon. Vermande). De uitgave lijkt voor de student met name van waarde te kunnen zijn bij voorbereiding van onderwijs en tentamens. Hetzelfde geldt voor de in de BASICS-reeks van Boom Juridische Uitgevers te Den Haag verschenen BASICS Sociaal recht van J. Heinsius. Te Leiden vond op 8 juni jl. de jaarvergadering plaats van de Nederlandse Juristenvereniging. Aan de orde was daar het preadvies van de sociaalrechtelijke hoogleraren P.F. van der Heijden en F. Noordam 'Over de waard(en) van het sociaal recht'. Naar aanleiding van dit preadvies waren er stukken te lezen van hun collega's A.F.M. Brenningmeijer en G.J.J. Heerma van Voss, Beginselen van sociale rechtsvorming, *NJB* 2001 21, W.J.P.M. Fase, Sociale rechtsvorming of scharrelrecht?, *SMA* 5 2001 en A.Ph.C.M. Jaspers, De herwaardering der waarden van het sociaal recht?, *Sociaal Recht* 5 2001.

Arbeidsongeschiktheidsrecht

- B. Lucas, Bezint eer gij begint: knelpunten bij de reïntegratie van arbeidsgehandicapten, *Arbeid Integraal* 2 2001;
- J.F. van Vlijmen, K. Kas, RSI: een momentopname, *ArbeidsRecht* 5 2001.

Arbeidsovereenkomstenrecht

- R. Beltzer, M. Holtzer, Het wetsvoorstel overgang van onderneming: de niet te overschatten invloed van Richtlijn 98/50 EG, *SMA* 6 2001;
- S. Burri, En ze zorgden nog lang en gelukkig. Van deeltijd- naar levensloopbaanbeleid, *Nemesis* 3 2001;
- R. Delgado, W.A. Zondag, Het concurrentiebeding in de CAO, *Sociaal Recht* 5 2001;
- M. van Eck, De invloed van wilsgebreken in het arbeidsrecht, *ArbeidsRecht* 3 2001;
- F.B.J. Grapperhaus, Einde arbeidsovereenkomst, einde optierechten?, *Arbeidsrecht* 4 2001;
- J. van de Hel, De spanning tussen algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen en de CAO, *ArbeidsRecht* 4 2001;
- Y. Konijn, Hossen, nahossen of meehossen? De oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling inzake gelijke beloning in het onderwijs, *SMA* 5 2001;
- C.J. Smitskam, De nieuwe wetgeving rond vakantie en ouderschapsverlof, *PS Documenta* 5 2001;

- E. Verhulp, De ondergeschiktheid, het belemmeren en de ziekte van de uitzendkracht, *Sociaal Recht* 4 2001.

Ontslagrecht

- G.C. Boot, Vergoeding van schade en optievervalbeding, *SMA* 6 2001;
- J.J.M. de Laat, Ontbinding van de arbeidsovereenkomst en uitbreiding van de arbeidsduur, *Praktisch Procederen* 3 2001;
- J.M. van Slooten, Much ado about ADO? Het rapport van de Commissie-Rood, *NJB* 2001 20.

Ambtenarenrecht

- H. Uhlenbroek, Ambtenaar of werknemer, is er nog verschil?, *ArbeidsRecht* 4 2001;
- E. Verhulp, Bij de geboorte van de eerste (ambtelijke) 'klokkenluidersregeling', *SMA* 4 2001;
- H.W.J. Werkman, WW en ZW van toepassing op het overheidspersoneel, *PS Documenta* 7 2001.

Medezeggenschapsrecht

- R.A.A. Duk, Uitbreiding van het adviesrecht van art. 25 lid 1 Wet op de ondernemingsraden door overeenstemming, *SMA* 4 2001;
- M. Holtzer, De enquêteprocedure en de behartiging van collectieve werknemersbelangen, *SMA* 5 2001.

Europees Sociaal recht

- J.E. Goldschmidt, De hete adem van Europa. Implementatie van nieuw gelijke behandelingsrecht in Nederland, *NJB* 21 2001;
- G.J.J. Heerma vanVoss, De vele wegen naar een Europees sociaal recht, *Ars Aequi* 5 2001;
- K.M. Sengers, P.T.H. Donders, De Nederlandse Bouw-CAO in Europees perspectief, *Sociaal Recht* 5 2001;
- C.J. Vos, Het verdrag van Nice: tussen Amsterdam en Rotterdam, *SMA* 5 2001.

Socialezekerheidsrecht

- W. Eiselin, *Teksten en toelichting op de Algemene bijstandswet*. Kon. Vermande, Lelystad 2001;
- L.J.M. de Leede, Eeuwfeest Sociale Verzekeringsbank, *SMA* 6 2001;
- C.G. Scholtens, Wetgeving bij persbericht. Malus in de WW, een nieuw monstroom, *NJB* 23 2001.

Proefschriften

- N. Beenen, *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment. The Impact of European Community Law*. Europa Law Publishing, Groningen 2001;
 - P.S. Fluit, *Verzekeringen van solidariteit*. Monografieën Sociaal Recht 24. Kluwer, Deventer 2001;
 - J.H.A.M. van Gerven, *Aparte coördinatie. Samenwerking tussen arbeidsbureaus en uitkeringsinstanties*. Thela Thesis Amsterdam 2001.
-