

5. De verwijzende rechter werpt in de tweede, helaas onbeantwoorde vraag nog een interessant discussiepunt op. De vraag is of deze ongelijke behandeling op basis van het soort arbeidsovereenkomst onder het verbod van artikel 21 van het Grondrechtenhandvest geschaard kan worden. Deze vraag is interessant, omdat het gaat om een verdacht criterium dat niet expliciet in artikel 21 Handvest wordt genoemd. Gezien het feit dat de bepaling spreekt van "[i]edere discriminatie, met name op grond van ..." laat de tekst voldoende ruimte om andere verdachte criteria mede te omvatten. Het gaat juist niet om een limitatieve lijst, maar om een verbod van elke vorm van discriminatie. Het Handvest verbiedt dus elke vorm van discriminatie, maar kan een individu op dit verbod een beroep doen in een rechtszaak tegen een individuele werkgever? De mogelijkheid om zich rechtstreeks op art. 21 van het Handvest te beroepen is in de recente rechtspraak van het Hof van Justitie uitgebreid. Het begon met discriminatie op grond van leeftijd, in dat kader is in de zaken *Mangold* en *Kücükdeveci* non-discriminatie als algemeen beginsel erkend dat in de richtlijnen slechts wordt geconcretiseerd. De individuele werknemer kan zich dus jegens de individuele, privaatrechtelijke werkgever op deze rechten beroepen. Recent is eenzelfde redenering geaccepteerd in het kader van het verbod op discriminatie op grond van godsdienst (C-414/16 *Egenberger*, bevestigd in C-193/17 *Cresco*) en is ook art. 31 Handvest, het recht op betaalde vakantie, opgenomen in het rijtje rechten die een individuele werknemer rechtstreeks tegen een privaatrechtelijke werkgever kan invoeren (C-684/16 *Max Planck*, C-569/16 *Bauer & C-570/16 Broßonn*). Kan deze redenering naar analogie worden toegepast op een discriminatiegrond die niet expliciet in art. 21 Handvest is genoemd, maar die wel in een richtlijn nader is geconcretiseerd? Een voorstander van de mogelijkheid om dergelijke "zaakgebonden" discriminatiegronden rechtstreeks op basis van art. 21 Handvest tegen de werkgever te kunnen invoeren, zou moeten bepleiten dat, hoewel het verboden criterium niet expliciet in art. 21 Handvest is opgenomen, de bepaling ruimte laat voor niet expliciet genoemde criteria en dat bovendien reeds een concretisering in de vorm van een Raamovereenkomst bestaat, zodat tevens sprake is van gemeenschappelijke tradities van de lidstaten en een algemeen aanvaard beginsel. Een tegenstander kan argumenteren dat persoonsgebonden en zaakgebonden discriminatie wezenlijk van elkaar verschillen, hetgeen ook blijkt uit het verschil in rechtvaardigingsmogelijkheden. Die mogelijkheden zijn bij de laatste in het algemeen ruimer dan bij de eerste.

6. De hierop voortbouwende, veel verder strekkende vraag of een werknemer zich op art. 21 van het Handvest kan beroepen ook als het criterium niet expliciet wordt genoemd en niet in een richtlijn is geconcretiseerd, dient mijns inziens ontkennend te worden beantwoord. De rechtsonzekerheid is in dat geval naar mijn mening te groot. Een werkgever moet op zijn minst een inschatting kunnen maken van de rechtmatigheid van zijn gedrag. Indien een werknemer met aanvullende argumenten komt, zoals gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, gemeenschappelijke/gedeelde wettelijke tradities, identie-

ke nationale regelingen en dergelijke, zou dit kunnen veranderen, maar dan nog weegt naar mijn mening de rechtszekerheid zwaarder, althans wat rechtstreekse verplichtingen voor individuele werkgevers betreft.

Dr. N. Gundt

Socialezekerheidsrecht

TRA 2019/63

Rechtbank Noord-Nederland 30 april 2019, nr. LEE 18/1378 m.nt. mr. P.S. Fluit

Art. 9 onder h en i Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheids wetten

ECLI:NL:RBNNE:2019:1908

Wanneer mag het UWV een praktische schatting uitvoeren?

Feiten

Werkneemster werd na twee jaar arbeidsongeschiktheid vanuit een functie van ruim 30 uur herplaatst in werk dat voornamelijk bestond uit lichte administratieve taken en hand- en spandiensten ten behoeve van de huismeester. Ze kwam per augustus 2014 in aanmerking voor een WIA-uitkering op basis van een arbeidsongeschiktheid van ruim 50%. Deze mate van arbeidsongeschiktheid was gebaseerd op een praktische schatting, dat wil zeggen op het inkomen dat ze verdiende in het licht administratieve werk waarin ze sinds maart 2014 was herplaatst. Op grond van een theoretische schatting werd betrokkene volledig arbeidsongeschikt geacht omdat de arbeidsdeskundige van het UWV onvoldoende functies kon vinden die zij met haar beperkingen kon doen. In 2017 vroeg werkneemster een herkeuring aan en werd de mate van arbeidsongeschiktheid op grond van een praktische schatting vastgesteld op ruim 52%. Werkgever en werkneemster tekenden bezwaar aan en stelden – mede op grond van een rapportage van Ergatis, de ingeschakelde deskundige, dat werkneemster 80/100% arbeidsongeschikt was en in aanmerking moest worden gebracht voor een IVA-uitkering. Een praktische schatting mocht geen basis vormen voor de beoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid, want het zou een 'witte ravenbaan' zijn.

Oordeel rechtbank

De rechtbank heeft het beroep gegrond verklaard en het UWV opgedragen een nieuwe beslissing te nemen. Het UWV had de mate van arbeidsongeschiktheid niet mogen baseren op de feitelijke door haar verrichte werkzaamheden. Er was sprake van een witte ravenbaan, gelet op de

bijzondere voorwaarden waaronder de werkzaamheden werden vervuld. Een keer per week werd de werkneemster door een collega gehaald en gebracht van en naar het station Leeuwarden. De werkneemster verrichtte hoofdzakelijk administratieve werkzaamheden. Ze kon de hulp inroepen van een collega en ze mocht haar eigen tempo bepalen. De werkzaamheden werden voor 12 uur aangeboden, maar zij was niet 12 uur productief en kon zich telkens terugtrekken wanneer de fysieke klachten toenamen.

Deze functie is zo bijzonder en op de persoon toegesneden dat gezegd kan worden dat deze (vrijwel) niet op de arbeidsmarkt voorkomt, zo oordeelt te rechtbank. De rechtbank betreft hierbij dat het UWV bij de theoretische schatting geen enkele functie heeft kunnen duiden. Vervolgens concludeert de rechtbank ook dat het genoten loon niet representatief was voor haar verdien capaciteit (rechtsoverweging 5.6).

Commentaar

1. De uitspraak grijp ik aan om na te gaan welke voorwaarden gesteld worden aan het uitvoeren van een praktische schatting.

2. De mate van arbeidsongeschiktheid kan worden gebaseerd op een *theoretische schatting* (art. 9 onder a Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten). Het UWV dient dan ten minste drie functies in het functiebestand (CBBS) te vinden en die drie functies moeten elk ten minste drie arbeidsplaatsen vertegenwoordigen. Bij arbeidsplaatsen hoeft het niet te gaan om vacatures.

3. Als de arbeidsongeschikte werknemer weliswaar niet volledig werkt in zijn eigen werk maar wel andere feitelijke werkzaamheden verricht in eigen of ander passend werk, dan kan het UWV de mate van arbeidsongeschiktheid ook baseren op een *praktische schatting*: een schatting op feitelijke verdiensten vanuit de werkzaamheden die hij verricht (art. 9 onder h en i SB). Bij een praktische schatting moet het UWV wel beoordelen of de werkzaamheden passend zijn: is verzekerde in staat om met zijn krachten en bekwaamheden deze arbeid te verrichten. Dat is immers niet altijd het geval. Soms verricht iemand werk dat (eigenlijk) te zwaar voor hem is. De belasting van het werk moet het UWV vergelijken met de belastbaarheid van de verzekerde (zoals samengevat in de FML). De enige voorwaarde die art. 9 onder h en i SB noemt is dat de verzekerde feitelijk arbeid verricht en dat het gaat om arbeid waartoe hij in staat is met zijn krachten en bekwaamheden. Als deze schatting leidt tot een lagere mate van arbeidsongeschiktheid (ten opzichte van de theoretische schatting die het UWV ook moet uitvoeren), dan is de praktische schatting bepalend.

4. In de jurisprudentie worden nadere voorwaarden gesteld aan een praktische schatting. Voor de houdbaarheid van die schatting is niet alleen van belang of (1) de werkzaamheden passend zijn maar ook (2) of de genoten verdiensten representatief zijn voor de daadwerkelijke verdien capaciteit (CRvB 15 maart 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT3094). Bij de beoordeling van het eerste aspect – dat volgt uit art. 9

onder h Schattingsbesluit – speelt een rol hoe lang de werknemer de werkzaamheden heeft verricht en of dit al dan niet geleid heeft tot 'excessieve uitval of andersoortige gezondheidsproblemen'. Daarnaast dient het UWV inzicht te hebben in de belastbaarheid van de werknemer en de belastende factoren van het werk. Voorts dient dus te worden beoordeeld of genoten verdiensten representatief zijn voor de verdien capaciteit van de werknemer. Als wordt aangetoond dat er sprake is van 'sociaal loon', een verloning die vanuit sociale overwegingen bij de werkgever hoger is dan de loonwaarde van het werk rechtvaardigt, dan kan op dat (volle) loon geen praktische schatting worden gebaseerd. De verzekerde dient dan wel voldoende te onderbouwen dat er sprake is van sociaal loon. De stelling dat een jonge man van 18 jaar goedkoper is dan de oudere werknemer en dat hij alleen vanwege sociale motieven in dienst is gehouden, vormt onvoldoende onderbouwing.

5. In de onderhavige zaak oordeelde de Rechtbank Noord-Nederland (ook) dat het loon dat de werkgever betaalde niet representatief was voor de verdien capaciteit van betrokkene. De loonwaarde van het werk was beduidend lager dan het loon dat ze feitelijk ontving. Bij de vaststelling van de in aanmerking te nemen verdiensten dient het UWV in beginsel uit te gaan van het SV-loon. Dit volgt uit art. 10 lid 5 SB (zie ook CRvB 8 mei 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1919). Hierbij wordt geen rekening gehouden met loonbestanddelen die op de persoon van de werknemer betrekking hebben. Een bezwaar tegen een praktische schatting kan dus zijn dat dit geregistreerde SV-loon (gedeeltelijk) bestaat uit sociaal loon en niet als uitgangspunt mag worden genomen. Degene die zich er op beroept dat sprake is van 'sociaal loon' zal dit aannemelijk moeten maken.

6. In de onderhavige zaak oordeelde de rechtbank ook dat een praktische schatting ook niet is toegestaan als sprake is van een witte ravenbaan. Als de voorwaarden waaronder het werk wordt verricht zo bijzonder zijn en op de persoon toegesneden, dan kan worden gezegd dat het werk op de arbeidsmarkt niet voorkomt. Het begrip 'witte ravenbaan' is niet nieuw en komt bijvoorbeeld ook naar voren in CRvB 4 januari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC1701 en CRvB 6 juni 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:BA7349. De schatting moet een reëel beeld geven van wat iemand met zijn beperkingen kan verdienen op de arbeidsmarkt. Bij een witte ravenbaan ontstaat er geen reëel beeld.

7. Duidelijk is ook dat de feitelijke werkzaamheden moeten zijn verricht *op de datum in geding* wil het UWV een praktische schatting kunnen uitvoeren (CRvB 1 juni 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA6546). Als de verzekerde voor de datum in geding langere tijd feitelijke werkzaamheden heeft verricht met net voor het einde van de wachttijd uitgevallen is, dan mag het UWV geen praktische schatting uitvoeren.

8. Bij de beoordeling moet het UWV ook in aanmerking nemen 'de duurzaamheid van de arbeidsverrichting' (CRvB 18 maart 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP8481). Zal de verzekerde duurzaam in staat zijn om de in aanmerking genomen arbeid te verrichten? Het UWV moet dus niet alleen terugkijken: hoe lang heeft betrokkene het werk verricht en ging dat zonder veelvuldige uitval (zie punt 4), maar ook

voorkijken: bestaat de verwachting dat de werknemer dit werk op de langere duur kan volhouden. Voor de praktijk is dit element zeker belangrijk. Mijn indruk is dat het UWV dit element niet altijd actief mee weegt bij de beoordeling, terwijl voor een werknemer een praktische schatting geregeld betekent dat de mate van arbeidsongeschiktheid *lager* is dan de uitkomst van een theoretische schatting.

9. Om te voorkomen dat hervatting in arbeid nadelig uitpakt voor een werknemer (vanwege een lagere mate van arbeidsongeschiktheid) pleit ik voor een terughoudend gebruik van de praktische schatting. Voor een verzekerde is het veelal gunstiger als er geen praktische schatting wordt uitgevoerd en als alleen de inkomsten vanuit werk worden verrekend met de WIA-uitkering (zonder dat deze inkomsten dus direct een verlaging van het arbeidsongeschiktheidspercentage inhouden). Mijn voorstel zou zijn om wettelijk te bepalen dat een praktische schatting pas kan worden toegepast als verzekerde bijvoorbeeld drie of vijf jaar feitelijk werkzaam is geweest in dat werk (enigszins vergelijkbaar met art. 44 WAO waarin de periode gesteld is op vijf jaar). Dit idee sluit aan bij het regeringsvoornemen om een WIA/gerechtigde werknemer tot vijf jaar na werkhervatting niet te onderwerpen aan een herbeoordeling (zie: L. van den Berg, 'De maatregelen in het regeerakkoord over ziekte en arbeidsongeschiktheid', *TRA* 2019/27).

Mr. P.S. Fluit