

251

Rechtbank Amsterdam
14 april 2016, nr. AMS 15/7477,
ECLI:NL:RBAMS:2016:2123
(Hamer)
Noot E. van den Bogaard

Aanvraag. Overgangsrecht Wajong. Temporele werking wetgeving. Volledig en duurzaam arbeidsongeschikt. Verdien capaciteit. Duurzaam ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie. Beschut werk.

[Wajong art. 2:4 lid 2 (tekst luidend tot 1 januari 2015), 2:15 lid 4]

Essentie: Van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid is in het hier voorliggende geval geen sprake. Het recht op arbeidsondersteuning kan vanaf 1 januari 2015 niet meer ontstaan. Bij een aanvraag tussen 10 september 2014 en 1 januari 2015 ontstaat recht op arbeidsondersteuning bij volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid met ingang van de datum van de aanvraag.

Samenvatting: De aanvraag moet op grond van de temporele werking van wetgeving worden beoordeeld aan de hand van de Wet Wajong. In de situatie van eiseres is ten tijde van het bereiken van de 18-jarige leeftijd geen sprake van een blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie in de zin van art. 2:4 lid 2 Wet Wajong. Dit betekent dat eiseres niet duurzaam arbeidsongeschikt is in de zin van art. 2:4 lid 1 Wet Wajong. Voor eiseres is daarom geen recht op arbeidsondersteuning ontstaan op de dag waarop zij haar aanvraag heeft ingediend. Het recht op arbeidsondersteuning ontstaat dan niet eerder dan zestien weken na de dag waarop de aanvraag werd ingediend, maar dit recht ontstaat op grond van art. 2:15 lid 4 Wajong (zoals deze luidt met ingang van 1 januari 2015) niet indien dit zou ingaan op of na 1 januari 2015. Eiseres heeft haar aanvraag ingediend op 7 oktober 2014, zodat zij geen recht heeft op arbeidsondersteuning. Verweerder was niet gehouden de aanvraag mede te beoordelen aan de hand van hoofdstuk 1a van de Wajong. Nu de aanvraag is gedaan in 2014 en eiseres in 2014 de 18-jarige leeftijd heeft bereikt, verzet de temporele werking zich tegen een beoordeling aan de hand van de regelgeving die gold ten tijde van het primaire besluit.

[De vrouw], te Amsterdam,
eiseres,
en
de raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen,
verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 16 januari 2015 (het primaire besluit) heeft verweerder de aanvraag om een uitkering die eiseres op grond van de Wet werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten (Wet Wajong) heeft gedaan, afgewezen.

Bij besluit van 6 november 2015 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiseres ongegrond verklaard.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld. Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 25 februari 2016. Eiseres heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde en haar ouders, [naam 1] en [naam 2]. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde.

Overwegingen

1.1 Eiseres, geboren op [geboortedatum] 1996, heeft op 7 oktober 2014 een uitkering op grond van de Wet Wajong aangevraagd. Zij is op 25 november 2014 18 jaar geworden. Naar aanleiding van deze aanvraag heeft op 15 december 2014 verzekeringsgeneeskundig onderzoek plaatsgevonden door verzekeringsarts [naam arts] (de primaire verzekeringsarts). Deze heeft geconcludeerd dat eiseres participatiemogelijkheden heeft en dat er geen sprake is van volledige duurzame arbeidsongeschiktheid. Op grond hiervan heeft verweerder zich in het primaire besluit op het standpunt gesteld dat eiseres kan werken.

1.2 Bij het bestreden besluit heeft verweerder het primaire besluit gehandhaafd onder verwijzing naar de rapportages van verzekeringsarts bezwaar en beroep [naam arts 1] van 30 september 2014 (lees: 2015) en van arbeidsdeskundige bezwaar en beroep [naam 3] van 9 oktober 2015. Verweerder heeft zich op grond van die rapportages op het standpunt gesteld dat geen sprake is van de situatie waarin eiseres volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is. Hierdoor kan het recht op arbeidsondersteuning niet eerder ingaan dan 16 weken na de dag waarop de aanvraag is ingediend. De

aanvraag is ingediend op 7 oktober 2014. Het recht op inkomensondersteuning kan op grond van artikel 2:15, tweede lid, van de Wet Wajong niet eerder ontstaan dan 16 weken na de dag waarop de aanvraag werd ingediend. Artikel 2:15, vierde lid, van de Wet Wajong bepaalt dat het recht op arbeidsondersteuning niet ontstaat indien dit zou ingaan na inwerkingtreding van de Invoeringswet Participatiewet, die op 1 januari 2015 in werking is getreden. Omdat het recht op arbeidsondersteuning niet eerder kan ontstaan dan op 27 februari 2015, heeft eiseres volgens verweerder op grond van de dwingende wetsbepalingen geen recht op arbeidsondersteuning en inkomensondersteuning. Verder heeft verweerder geen schending van artikel 1 van het Eerste Protocol (EP) bij het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) aangenomen. Volgens verweerder is er namelijk geen sprake van een toegekend recht op arbeidsondersteuning dan wel inkomensondersteuning dat wordt verminderd of ingetrokken. Ook kan niet worden gesteld dat eiseres een gerechtvaardigde verwachting had dat zij recht op een Wajong-uitkering zou krijgen.

2.1 Op grond van artikel 2:4, eerste lid, van de Wet Wajong is volledig en duurzaam arbeidsongeschikt degene die als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte, gebrek, zwangerschap of bevalling duurzaam slechts in staat is om met arbeid niet meer te verdienen dan 20% van het maatmaninkomen.

Op grond van het tweede lid wordt in het eerste lid onder duurzaam verstaan een medisch stabiele of verslechterende situatie en het blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie.

Onder een medisch stabiele of verslechterende situatie wordt op grond van het derde lid mede verstaan een medische situatie waarbij op lange termijn een geringe kans op herstel bestaat.

2.2 Ingevolge artikel 2:15, eerste lid, van de Wet Wajong heeft de jonggehandicapte op aanvraag recht op arbeidsondersteuning op grond van dit hoofdstuk, indien:

- a. hij sinds de dag waarop hij jonggehandicapte werd niet in staat is gebleven meer dan 75% van het maatmaninkomen te verdienen;
- b. op hem geen uitsluitingsgrond als bedoeld in artikel 2:11 van toepassing is;
- c. hij de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt;

d. hij de aanvraag, bedoeld in de aanhef, heeft ingediend op of na de datum van inwerkingtreding van de Wet van 3 december 2009 tot wijziging van de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten in verband met het bevorderen van de participatie van jonggehandicapten door werk en arbeidsondersteuning (Stb. 580).

Ingevolge het tweede lid ontstaat het recht op arbeidsondersteuning op grond van dit hoofdstuk op de dag dat aan de voorwaarden, bedoeld in het eerste lid, wordt voldaan doch niet eerder dan zestien weken na de dag waarop de aanvraag om het recht op arbeidsondersteuning, bedoeld in dit artikel, werd ingediend.

Op grond van het derde lid, aanhef en onder a, ontstaat in afwijking van het tweede lid het recht op arbeidsondersteuning op de dag waarop de aanvraag om het recht op arbeidsondersteuning werd ingediend, indien de jonggehandicapte volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is.

2.3 Op grond van artikel 2:39, eerste lid, van de Wet Wajong ontvangt de jonggehandicapte die recht heeft op arbeidsondersteuning op aanvraag inkomensondersteuning met ingang van de dag waarop de aanvraag werd ingediend, doch niet voor de dag waarop recht op arbeidsondersteuning ontstaat.

2.4 Ingevolge artikel 2:45, eerste lid, van de Wet Wajong ontvangt de jonggehandicapte die recht heeft op arbeidsondersteuning en volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is een uitkering, tenzij hij aanspraak heeft op inkomensondersteuning als bedoeld in artikel 2:43.

Ingevolge het tweede lid is artikel 2:39 is niet van toepassing op de jonggehandicapte die volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is.

2.5 Met de inwerkingtreding van de Invoeringswet Participatiewet per 1 januari 2015 is de Wet Wajong gewijzigd. Zo is een aantal artikelen gewijzigd en is hoofdstuk 1a toegevoegd. De rechtbank zal de per 1 januari 2015 gewijzigde Wet werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten in deze uitspraak aanmerken als Wajong 2015.

2.6 Ingevolge artikel 2:15, vierde lid, van de Wajong 2015 ontstaat recht op arbeidsondersteuning niet, indien dit zou ingaan op of na de dag van inwerkingtreding van artikel III, onderdeel B, van de Invoeringswet Participatiewet.

2.7 Ingevolge artikel 8:10c van de Wajong 2015 wordt de jonggehandicapte die op de dag voor inwerkingtreding van artikel III, onderdeel D, van de Invoeringswet Participatiewet volledig en

duurzaam arbeidsongeschikt was, als bedoeld in artikel 2:4, eerste lid, zoals dat luidde op die dag, geacht op de dag van inwerkingtreding van artikel III, onderdeel D, van de Invoeringswet Participatiewet volledig en duurzaam arbeidsongeschikt te zijn, als bedoeld in artikel 2:4, zoals dat is komen te luiden op die dag.

3. Eiseres voert aan dat verweerder haar aanvragen onrecht heeft beoordeeld aan de hand van de Wajong 2015. Zij wijst er ten eerste op dat zij haar aanvraag heeft ingediend vóór 1 januari 2015. Ten tweede is de Wet Wajong volgens eiseres op haar aanvraag van toepassing omdat zij, zoals blijkt uit de door haar overgelegde brief van prof. dr. R. Willemsen van 27 januari 2016, duurzaam en volledig arbeidsongeschikt is. Door een erfelijke aandoening is eiseres immers fors beperkt en haar situatie zal eerder achteruit- dan vooruitgaan. Verweerder dient te onderbouwen dat eiseres, eventueel met behulp van een voorziening, tot werken in staat is. Ten derde heeft verweerder volgens eiseres bij brief van 18 maart 2015 toegezegd om haar aanvraag te beoordelen aan de hand van de Wet Wajong.

4.1 De rechtbank stelt vast dat de Wajong 2015 geen regels van overgangsrecht bevat voor een situatie zoals hier aan de orde, te weten dat de aanvraag is gedaan vóór 1 januari 2015 en het besluit op die aanvraag is genomen na 1 januari 2015. Ook in de bij deze wet behorende parlementaire geschiedenis wordt op dit onderdeel niet gesproken over overgangsrecht. Uit de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (de Raad) van 29 september 2015 (ECLI:NL:CRVB:2015:3303) volgt dat, indien niets is bepaald omtrent de werking van een nieuwe wettelijke regel, de hoofdregel van onmiddellijke ofwel exclusieve werking geldt, zoals aanwijzing 166, eerste lid, van de geldende tekst van de Aanwijzingen voor de Regelgeving vermeldt: een nieuwe regel is niet slechts van toepassing op hetgeen na haar inwerkingtreding voorvalt, doch ook op hetgeen bij haar inwerkingtreding bestaat, zoals bestaande rechtsposities en verhoudingen. Uit de rechtspraak omtrent de zogenoemde temporele werking (zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Raad van 15 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1408) komt naar voren dat, wanneer bij verandering van wetgeving geen specifieke voorschriften van overgangsrecht zijn gegeven, de aanspraken en verplichtingen van een verzekerde ten materiële dienen te worden beoordeeld naar de regelgeving zoals die van kracht was

op de datum of gedurende het tijdvak waarop de aanspraken of verplichtingen betrekking hebben. Toegepast op de situatie van eiseres is de rechtbank van oordeel dat de beoordeling van haar aanvraag dan ook dient plaats te vinden aan de hand van de Wet Wajong.

4.2 De rechtbank acht het op grond van de gedingstukken aannemelijk dat de primaire verzekeringsarts de aanvraag van eiseres heeft beoordeeld aan de hand van de Wajong 2015. De primaire verzekeringsarts heeft namelijk, anders dan gebruikelijk in de tot 2015 geldende regelgeving, geen functionele mogelijkhedenlijst (FML) opgesteld. Voorts bevindt zich in het dossier een telefoonnotitie van 17 maart 2015, waarin staat dat een medewerker bezwaar van verweerder de gemachtigde van eiseres heeft uitgelegd dat de verkeerde criteria zijn gebruikt. Bovendien heeft verweerder eiseres bij brief van 18 maart 2015 meegedeeld dat bij de beoordeling van het dossier is gebleken dat bij de beoordeling van de aanvraag van eiseres de criteria uit de Wajong 2015 zijn toegepast. Eiseres heeft dus gelijk in haar betoog dat bij de beoordeling van de aanvraag gekeken is naar de Wajong 2015 en dat het primaire besluit ten onrechte is gegrond op de Wajong 2015.

4.3 Dit is naar het oordeel van de rechtbank anders bij het bestreden besluit. Daaruit komt naar voren dat verweerder naar aanleiding van het gemaakte bezwaar in het kader van de heroverweging alsnog heeft beoordeeld of eiseres volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is in de zin van artikel 2:4 van de Wet Wajong. De rechtbank wijst in dat verband op het feit dat de verzekeringsarts bezwaar en beroep in de rapportage van 30 september 2015 onder meer heeft geconcludeerd dat eiseres duurzame benutbare mogelijkheden heeft en dat terecht een FML is opgesteld. Uit de opgestelde FML, die dateert van 2 juli 2015, is onder het kopje 'Klant- en Beoordelingsgegevens' expliciet verwezen naar de criteria van de Wet Wajong zoals die wet luidt vanaf 1 januari 2010. Aan de hand van de FML heeft vervolgens een arbeidskundige beoordeling plaatsgevonden. Daaruit blijkt evenmin dat een beoordeling heeft plaatsgevonden aan de hand van de Wajong 2015. Het enkele feit dat de arbeidsdeskundige in de rapportage van 6 juli 2015 rept over 2015 is onvoldoende voor het oordeel dat verweerder in het bestreden besluit de Wajong 2015 heeft toegepast. Op grond van vorenstaande overwegingen concludeert de rechtbank dat verweerder naar

aanleiding van het bezwaar in overeenstemming met de toezegging van 18 maart 2015 heeft gehandeld en dat in zoverre het aan het primaire besluit klevende gebrek in het bestreden besluit is hersteld.

5.1 De rechtbank stelt vervolgens vast dat tussen partijen niet in geschil is dat eiseres een autistische stoornis heeft, zwakbegaafd is, en lijdt aan het fragiel X-syndroom. Ook is niet in geschil dat eiseres volledig arbeidsongeschikt is in de zin van artikel 2:4, eerste lid, van de Wet Wajong. Voor haar konden namelijk geen geschikte functies worden geselecteerd. Partijen verschillen wel van mening over de vraag of eiseres duurzaam arbeidsongeschikt is in de zin van artikel 2:4 van de Wet Wajong.

5.2 Het begrip ‘duurzaam’ was bij het voorstel van wet tot wijziging van de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten in verband met het bevorderen van de participatie van jonggehandicapten door werk en arbeidsondersteuning overgenomen uit de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (Wet WIA), zoals in de memorie van toelichting bij dit voorstel stond. Dit voorstel van wet is gewijzigd op 24 maart 2009 (Kamerstukken II, 2008–2009, 31 780, nr. 8). Blijkens de toelichting bij die wijziging preciseert de wijziging in artikel 2:4, tweede lid, het begrip “duurzaamheid” om volkomen duidelijk te maken dat alleen als een jongere geen enkele mogelijkheid heeft op arbeidsparticipatie, nu niet en in de toekomst niet, deze als duurzaam volledig arbeidsongeschikt wordt aangemerkt. Dat is volgens de toelichting slechts het geval als de jongere niet tot het verrichten van betaalde arbeid in staat is, ook niet na of met behulp van ondersteuning (bijvoorbeeld in de vorm van omscholing, jobcoach of loondispensatie) of in de vorm van beschermt werk zoals dat werd verricht op grond van de Wet sociale werkvoorziening (Wsw) (Kamerstukken II, 2008–2009, 31 780, nr. 8, blz. 20).

5.3 Verweerder heeft zijn standpunt dat eiseres niet duurzaam volledig arbeidsongeschikt is, gebaseerd op de rapportage van de verzekeringsarts bezwaar en beroep van 30 september 2015. De verzekeringsarts bezwaar en beroep heeft blijkens die rapportage de dossiergegevens bestudeerd, de hoorzitting van 24 september 2015 bijgewoond waar ook eiseres met haar ouders aanwezig was, en voorts een verslag van een intelligentie-onderzoek van 3 december 2014 en een brief van kinder-jeugdpsychiater en -psycholoog van de GGZ

inGeest van 15 december 2014 bestudeerd. De rechtbank is op grond van deze onderzoeksactiviteiten van oordeel dat het onderzoek door de verzekeringsarts bezwaar en beroep op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.

5.4 De verzekeringsarts bezwaar en beroep heeft in zijn rapportage van 30 september 2015 vastgesteld dat eiseres niet voldoet aan de criteria zoals neergelegd in artikel 2, vijfde lid, van het Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten. Eiseres heeft dit ook niet betwist. De verzekeringsarts bezwaar en beroep heeft zich in zijn rapportage vervolgens geschaard achter de conclusie van de primaire verzekeringsarts dat eiseres participatiemogelijkheden heeft. De primaire verzekeringsarts heeft daartoe in haar rapportage van 15 december 2014 op grond van haar onderzoeksbevindingen onder meer geconcludeerd dat eiseres in staat is om eenvoudige, enkelvoudige, bekende, vooral praktische en duidelijke concrete opdrachten zelfstandig uit te voeren, in een rustig tempo, mits er geen wijzigingen optreden of zaken tussen komen, maar dat hierbij wel ondersteuning nodig is. Eiseres heeft vooral een lange inwerktijd nodig, extra uitleg, taak voor taak instructie, hulp bij communicatie en sociale contacten en bij veranderingen/problemen. Die beperkingen zijn tijdens de bezwaarprocedure neergelegd in de rubrieken 1 en 2 van de FML van 2 juli 2015. Zo is eiseres in rubriek 1 beperkt geacht in het verdelen van de aandacht, herinneren, zelfstandig handelen en handelingstempo. Verder zijn er meerdere specifieke voorwaarden voor het persoonlijk functioneren in arbeid opgenomen. In dat verband is onder meer aangegeven dat eiseres is aangewezen op werk dat volledig voorgestructureerd is, en op werk dat onder rechtstreeks toezicht en/of intensieve begeleiding wordt uitgevoerd. In rubriek 2 is eiseres onder meer beperkt geacht ten aanzien van schrijven, lezen, het hanteren van emotionele problemen van anderen, en het omgaan met conflicten. Daarnaast zijn er specifieke voorwaarden voor het sociaal functioneren in arbeid opgenomen.

5.5 De rechtbank ziet geen aanleiding om te twijfelen aan de juistheid van de onderzoeksbevindingen van de verzekeringsarts bezwaar en beroep en de daaruit getrokken conclusies. In de rapportage van de verzekeringsarts bezwaar en beroep is inzichtelijk en concludent gemotiveerd waarom eiseres, ondanks haar beperkingen, participatiemogelijkheden in de zin van de Wet Wajong heeft.

De rechtbank is in wat eiseres heeft aangevoerd niet gebleken dat die conclusie niet juist is. Eiseres heeft geen stukken overgelegd waaruit blijkt dat zij niet tot het verrichten van betaalde arbeid in staat is, ook niet na of met behulp van ondersteuning (bijvoorbeeld in de vorm van omscholing, jobcoach of loondispensatie) of in de vorm van beschut werk. Weliswaar is de Wsw afgeschaft, maar de mogelijkheid voor beschut werk zoals die bestond in de Wsw is nu opgenomen in de Participatiewet. Het betoog dat beschut werk door de afschaffing van de Wsw niet meer mogelijk is, slaagt dan ook niet. De rechtbank overweegt verder dat eiseres blijkens de gedingstukken en het verhandelde ter zitting in staat is om met behulp van ondersteuning en begeleiding naar school te gaan en in het kader van haar opleiding stage te lopen. Ter zitting is daarover door de ouders verklaard dat die stage enkel bestond uit het doen van spelletjes met bejaarden in de dagopvang gedurende twee dagen per week waarbij eiseres begeleid werd door een stagebegeleider. Uit de gedingstukken is echter niet gebleken dat eiseres die stage voortijdig moest afbreken omdat zij door haar beperkingen niet in staat was de haar opgedragen taken te verrichten of dat zij die stage door haar beperkingen niet naar tevredenheid heeft volbracht.

5.6 Het betoog dat eiseres niet in staat is tot arbeidsparticipatie omdat er geen functies geduid kunnen worden, slaagt evenmin. Het feit dat er geen functies geduid kunnen worden wil namelijk niet zeggen dat het voor eiseres niet mogelijk is om via bijvoorbeeld beschut werk betaalde arbeid te verrichten. In dat verband acht de rechtbank van belang dat de arbeidsdeskundige bezwaar en beroep in de rapportage van 9 oktober 2015 enkel heeft aangegeven dat de intensieve begeleiding die eiseres nodig heeft, niet op voorhand van een reguliere werkgever verwacht kan worden, en dat het persoonlijk handelingstempo van eiseres aanmerkelijk vertraagd is waardoor zij niet in staat is te voldoen aan de gebruikelijke productienormen (onderstreping door rechtbank). Hieruit blijkt dus niet dat eiseres niet via andere werkvormen betaalde arbeid zou kunnen verrichten.

5.7 Het betoog dat verweerder moet onderbouwen dat in het geval van eiseres een jobcoach kan worden ingezet en de daartoe ingeroepen uitspraak van de Raad van 9 januari 2010 (ECLI:NL:CRVB:2015:8) slaagt ook niet. In het geval van eiseres zijn, anders dan in voornoemde

uitspraak, namelijk geen functies geduid. Om die reden hoefde verweerder niet te motiveren dat eiseres functies kan verrichten. De vergelijking met de door eiseres aangehaalde uitspraak gaat dan ook niet op.

5.8 Op grond van de hiervoor gegeven overwegingen concludeert de rechtbank dat het bestreden besluit berust op een deugdelijke medische grondslag. Hetgeen eiseres in dat verband overigens heeft aangevoerd, leidt niet tot een ander oordeel.

5.9 Uit het vorenstaande volgt dat in de situatie van eiseres ten tijde van het bereiken van de 18-jarige leeftijd geen sprake is van een blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie in de zin van artikel 2:4, tweede lid, van de Wet Wajong. Dit betekent dat eiseres niet duurzaam arbeidsongeschikt is in de zin van artikel 2:4, eerste lid, van de Wet Wajong. De vraag of sprake is van een medisch stabiele of verslechterende situatie behoeft om die reden geen beantwoording meer. De overgelegde brief van 27 januari 2016 van prof. dr. R. Willemsen en het overgelegde krantenartikel leiden daarom niet tot het daarmee beoogde doel.

5.10 Eiseres voert verder aan dat zij niet is gezien door de arbeidsdeskundige. De rechtbank overweegt hierover dat een aanspraak op een gesprek met de arbeidsdeskundige niet voortvloeit uit de toepasselijke regelgeving, waaronder de beleidsregels van verweerder. Of zo'n aanspraak kan worden afgeleid uit het zorgvuldigheidsbeginsel hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. De rechtbank verwijst in dit kader naar de uitspraak van de Raad van 21 april 2006 (ECLI:NL:CRVB:2006:AW7289). In de zaak van eiseres kon de arbeidsdeskundige geen functies duiden vanwege de beperkingen van eiseres. Onder die omstandigheden mocht de arbeidsdeskundige er vanaf zien om eiseres uit te nodigen voor het spreekuur.

5.11 Eiseres is dus terecht niet als volledig en duurzaam arbeidsongeschikt in de zin van artikel 2:4, eerste lid, van de Wet Wajong aangemerkt. Dit betekent dat voor eiseres geen recht op arbeidsondersteuning is ontstaan op de dag waarop zij haar aanvraag heeft ingediend. Het recht op arbeidsondersteuning op grond van hoofdstuk 2 van de Wet Wajong ontstaat op grond van artikel 2:15, tweede lid, van de Wet Wajong dan niet eerder dan zestien weken na de dag waarop de aanvraag om het recht op arbeidsondersteuning

werd ingediend. Dit recht op arbeidsondersteuning ontstaat op grond van artikel 2:15, vierde lid, van de Wajong 2015 echter niet, indien dit zou ingaan op of na 1 januari 2015. Eiseres heeft haar aanvraag ingediend op 7 oktober 2014, zodat zij ingevolge artikel 2:15, vierde lid, van de Wajong 2015 geen recht heeft op arbeidsondersteuning. Hierdoor heeft zij ook geen recht op inkomensondersteuning. Anders dan eiseres stelt, is dit geen omissie van de wetgever. De rechtbank wijst in dat verband op de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 2:15, vierde lid, van de Wajong 2015, waarin onder meer het volgende is opgenomen:

“Bij inwerkingtreding van de Invoeringswet Participatiewet op 1 januari 2015, betekent dit voor betrokkenen met participatiemogelijkheden, gezien het tweede lid van artikel 2:15, dat zij hun aanvraag uiterlijk op 10 september 2014 moeten hebben ingediend.” (Kamerstukken II, 2013–2014, 33161, nr. 107, blz. 128).

6.1 Eiseres voert ook aan dat verweerder met het bestreden besluit inbreuk heeft gemaakt op artikel 1 van het EP bij het EVRM. Volgens eiseres wordt feitelijk toegang tot een voorziening of verzekerde prestatie belemmerd door een wettelijke bepaling die op de datum van haar aanvraag nog niet gold. 6.2 Op 15 juli 2014 zijn de Invoeringswet Participatiewet en het besluit tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Invoeringswet Participatiewet in het Staatsblad gepubliceerd (Stb. 2014, 270 en 271). Eiseres heeft pas daarna een Wajong-uitkering aangevraagd. Zoals hiervoor al is overwogen moest verweerder op grond van de Wet Wajong beoordelen of eiseres recht had op arbeidsondersteuning. Ten tijde van de aanvraag was dus niet zonder meer duidelijk of eiseres voldeed aan alle voorwaarden om aanspraak te kunnen maken op een uitkering op grond van de Wet Wajong. Eiseres kon dan ook niet de gerechtvaardigde verwachting hebben dat haar een uitkering op grond van die wet zou worden toegekend. Met het bestreden besluit is daarom geen sprake van schending van artikel 1 van het EP van het EVRM. De beroepsgrond faalt. 7.1 Eiseres voert ten slotte aan dat zij vanwege haar beperkingen op grond van de criteria van de Wajong 2015 recht heeft op arbeidsondersteuning. Volgens eiseres heeft zij geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie. Zij beschikt niet over basale werknemersvaardigheden, is niet ten minste vier uur per dag belastbaar, en is evenmin ten minste

twee uur per dag belastbaar en in staat per uur ten minste een bedrag te verdienen dat gelijk is aan het minimumloon per uur. Het is volgens eiseres aan verweerder om aannemelijk te maken dat dit wel het geval is. Eiseres verwijst in dat verband naar de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 11 februari 2016 (ECLI:NL:RBGEL:2016:713)

7.2 De rechtbank begrijpt uit deze beroepsgrond dat eiseres meent dat verweerder de aanvraag niet alleen had moeten beoordelen aan de hand van het bepaalde in de Wet Wajong, maar ook op grond van het bepaalde in de Wajong 2015. De rechtbank volgt eiseres hierin niet. Nog daargelaten of eiseres voldoet aan de (strengere) criteria in hoofdstuk 1a van de Wajong 2015, verzet de zogeheten temporele werking zoals weergegeven in rechtsoverweging 4.1 van deze uitspraak zich er in deze zaak – waarbij het gaat om een aanvraag die is gedaan in 2014 en waarbij eiseres in 2014 de 18-jarige leeftijd heeft bereikt – tegen dat een beoordeling van de aanspraken en verplichtingen van eiseres (mede) plaatsvindt aan de hand van de regelgeving zoals die van toepassing is ten tijde van het primaire besluit. Verweerder is naar het oordeel van de rechtbank op grond van die temporele werking dan ook niet gehouden de aanvraag van eiseres mede te beoordelen aan de hand van de criteria van hoofdstuk 1a van de Wajong 2015.

8. Uit de hiervoor gegeven overwegingen volgt dat verweerder de afwijzing van de aanvraag van eiseres om een uitkering op grond van de Wet Wajong terecht in het bestreden besluit heeft gehandhaafd.

9. Het beroep is ongegrond. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

NOOT

Deze noot is eerder verschenen in NDSZ Nieuwsbrief 2016/27 (www.ndsz.nl).

1. Op 1 januari 2015 is in het kader van de invoering van de Participatiewet de Wet Wajong (Wet werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten, doorgaans aangeduid als nWajong (nieuwe Wajong) of Wajong 2010) omgedoopt tot de Wajong (Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening

jonggehandicapten, zoals de regeling tot 2010 ook al heette) en aangevuld met een nieuw hoofdstuk 1a. De in dit nieuwe hoofdstuk 1a opgenomen regeling wordt doorgaans aangeduid als Wajong 2015.

De Wajong zoals die luidt vanaf 1 januari 2015 bevat drie verschillende regelingen:

- Hoofdstuk 1a bevat de regeling voor jonggehandicapten die vanaf 1 januari 2015 in aanmerking komen voor een uitkering. Dit is de Wajong 2015 in engere zin.

- Hoofdstuk 2 bevat de regeling voor jonggehandicapten die zijn ingestroomd tussen 1 januari 2010 en 31 december 2014 en bestaat uit een op onderdelen gewijzigde versie van de regeling zoals die bestond onder de Wet Wajong.

- Hoofdstuk 3 bevat een op onderdelen gewijzigde versie van de regeling voor jonggehandicapten die zijn ingestroomd vóór 2010 en bestaat uit de regeling zoals die in 1998 is ingevoerd.

De Wajong zoals die luidt vanaf 1 januari 2015 wordt in deze noot aangeduid als Wajong 2015. Met Wajong 2010 wordt bedoeld op Hoofdstuk 2 van de Wet Wajong zoals die heeft geluid tussen 1 januari 2010 en 1 januari 2015 en met Wajong 1998 op Hoofdstuk 3 van de Wet Wajong zoals die heeft geluid tussen 1 januari 2010 en 1 januari 2015 en de Wajong zoals die heeft geluid tussen 1 januari 1998 en 1 januari 2010.

Wajong 1998 en Wajong 2010

2. De Wajong 1998 en de Wajong 2010 zijn net als de WAO, WAZ en Wet WIA gebaseerd op het begrip arbeidsongeschiktheid in de zin van verlies aan verdien capaciteit. In deze regelingen is het object van verzekering het vermogen om een bepaald inkomen (het zogenoemde maatmaninkomen) te kunnen verdienen (verdien capaciteit) en is sprake van arbeidsongeschiktheid als dat vermogen door ziekte of gebrek is aangetast. De mate van arbeidsongeschiktheid (het arbeidsongeschiktheidspercentage) is daarbij het verlies aan verdien capaciteit uitgedrukt als percentage van het maatmaninkomen.

Bij het vaststellen van het verlies aan verdien capaciteit werd onder de Wajong 1998 en Wajong 2010 gebruik gemaakt van het CBBS (Claimbeoordelings- en Borgingssysteem). Met behulp van dit systeem moesten minimaal drie functies kunnen worden geduid met ieder minimaal drie arbeidsplaatsen.

Onder de Wajong 1998 en Wajong 2010 bestond recht op uitkering respectievelijk recht op arbeidsondersteuning en inkomensondersteuning als de betrokkene zowel op zijn zeventiende als op zijn achttiende verjaardag ten minste 25% arbeidsongeschikt was, dat wil zeggen niet in staat was om met algemeen geaccepteerde arbeid ten minste 75% van het maatmaninkomen (doorgaans het minimumloon) te verdienen.

Recht op uitkering c.q. arbeidsondersteuning bestond dus niet alleen bij volledige arbeidsongeschiktheid, maar ook bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid.

3. In de Wajong 2010 was daarnaast, in navolging van de Wet WIA, een aparte regeling opgenomen voor jonggehandicapten die niet alleen volledig arbeidsongeschikt zijn, maar dat ook duurzaam zijn: volledig en duurzaam arbeidsongeschikt.

Van volledige arbeidsongeschiktheid was sprake als de jonggehandicapte niet in staat is om meer dan 20% van het maatmaninkomen te verdienen, dus bij een mate van arbeidsongeschiktheid van meer dan 80% (dus 80-100%). Van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid is sprake als de volledige arbeidsongeschiktheid ook een duurzaam karakter heeft. Vandaar dat het eigenlijk beter is om te spreken van: duurzaam volledig arbeidsongeschikt.

Omdat de mate van arbeidsongeschiktheid werd bepaald op basis van verdien capaciteit, kon van volledige arbeidsongeschiktheid ook sprake zijn als de jonggehandicapte wel enige verdien capaciteit had, in die zin dat:

- er weliswaar voldoende functies met voldoende arbeidsplaatsen konden worden geduid, maar met die functies minder dan 20% van het maatmaninkomen kon worden verdiend, met name als gevolg van de geringe urenomvang van die functies;

- er weliswaar voldoende functies konden worden geduid, maar de gevonden functies niet ieder minimaal drie arbeidsplaatsen vertegenwoordigden;

- er maar één of twee functies konden worden geduid.

Als bovendien in de medische situatie van de betrokkene redelijkerwijs geen verbetering kon worden verwacht of hooguit op de lange termijn een beperkte verbetering, dan was ook voldaan aan het criterium voor volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid.

Wajong 2015

4. Met de Wajong 2015 beoogt de wetgever te breken met deze benadering van arbeidsongeschiktheid. In de Wajong 2015 wordt niet langer gekeken naar het vermogen om een bepaald inkomen te kunnen verdienen, maar naar het vermogen om arbeid te kunnen verrichten. Recht op uitkering bestaat onder de Wajong 2015 als voldaan is aan twee cumulatieve voorwaarden:

1. de betrokkene heeft geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie (geen arbeidsvermogen);
2. die situatie is duurzaam in die zin dat de mogelijkheden tot arbeidsparticipatie niet alleen ontbreken op de datum in geding, maar zich ook in de toekomst niet kunnen ontwikkelen.

Voor de beoordeling van de aanwezigheid van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie c.q. arbeidsvermogen hoeven geen functies te worden geduid en wordt geen gebruik gemaakt van het CBBS. In plaats daarvan heeft het UWV een nieuwe methodiek ontwikkeld: Sociaal-Medische Beoordeling van Arbeidsvermogen (SMBA).

Als een jonggehandicapte niet in staat is om op de reguliere arbeidsmarkt in reguliere arbeid enig inkomen te verdienen, dan heeft hij geen verdien capaciteit en is hij volledig arbeidsongeschikt. Als dezelfde jonggehandicapte echter wel in staat is om bijvoorbeeld in een beschutte werkomgeving aangepaste arbeid te verrichten, dan heeft hij wel arbeidsvermogen. De loonwaarde van die beschutte arbeid is daarbij niet relevant.

Onder de Wajong 1998 en Wajong 2010 zou deze jonggehandicapte in aanmerking komen voor een uitkering respectievelijk voor arbeids- en inkomensondersteuning.

Onder de Wajong 2015 komt hij niet alleen niet in aanmerking voor enige uitkering, maar wordt hij niet eens als jonggehandicapte aangemerkt. Onder de Wajong 2015 wordt hij zelfs niet als jonggehandicapte aangemerkt als hij weliswaar geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie heeft, maar zijn (medische) situatie zich nog zou kunnen ontwikkelen, (zodat het ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie niet duurzaam wordt geacht).

De gevolgen van dit nieuwe criterium laten zich raden: waar blijkt het jaarverslag van het UWV over 2015 in het jaar 2014 16.266 nieuwe Wajong-uitkeringen werden toegekend, zijn in

2015 op grond van hoofdstuk 1a slechts 1.298 uitkeringen toegekend. Een daling van de instroom met 92%.

Uitspraak rechtbank

5. De hier gepubliceerde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam heeft strikt genomen geen betrekking op de Wajong 2015, maar speelt zich af in het overgangsgedebiet tussen Wajong 2010 en Wajong 2015. Het is opmerkelijk dat de rechtbank deze (voor zover ik weet) eerste uitspraak over de Wajong 2015 doet in enkelvoudige samenstelling.

Eiseres zal op 25 november 2014 achttien jaar worden en heeft op 7 oktober 2014 een aanvraag voor Wajong gedaan. Op dat moment is de Wajong 2015 nog niet in werking getreden en geldt de Wajong 2010. Blijkens art. 2:15 lid 2 Wajong 2010 ontstaat het recht op arbeidsondersteuning op de dag dat is voldaan aan de voorwaarden genoemd in het eerste lid van dat artikel, maar niet eerder dan zestien weken na indiening van de aanvraag. Op grond van het derde lid ontstaat het recht op arbeidsondersteuning echter op de dag van de aanvraag als de jonggehandicapte volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is (of op de achttiende verjaardag als de aanvraag is gedaan vóór die datum). Op 25 november 2014 (de dag dat eiseres achttien wordt) is voldaan aan de voorwaarden van art. 2:15 lid 1 Wajong 2010. Maar op die datum zijn nog geen zestien weken verstreken sinds de aanvraag van 7 oktober 2014. Die zestien weken verstrijken pas op 27 januari 2015. Op die datum is de Wajong 2015 wel van kracht. Art. 2:15 lid 4 Wajong 2015 bepaalt dat het recht op arbeidsondersteuning niet ontstaat, als dit zou ingaan op of na 1 januari 2015. Op 27 januari 2015 kan dus geen recht op arbeidsondersteuning meer ontstaan. Dat betekent dat als eiseres wél kan worden aangemerkt als jonggehandicapte in de zin van de Wajong 2010 (d.w.z. als zij niet in staat is meer dan 75% van het minimumloon te verdienen), maar níet volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is, zij op grond van de Wajong 2015 niet in aanmerking komt voor arbeidsondersteuning. Er kan alléén recht op arbeidsondersteuning ontstaan, als eiseres volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is. Immers, dan ontstaat het recht op arbeidsondersteuning op de dag dat aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, d.w.z.

op de dag dat zij achttien jaar wordt. Op grond van de Wajong 2010 ontstaat het recht op arbeidsondersteuning dan op 25 november 2014. 6. De zaak draait derhalve om de vraag of eiseres op 25 november 2014 volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is. Omdat de aanvraag is gedaan in 2014 en ook de datum in geding in 2014 ligt, moet deze vraag worden beoordeeld op basis van het criterium van de Wajong 2010 en niet dat van de Wajong 2015. Dat betekent dat in de eerste plaats moet worden vastgesteld of zij op haar zeventiende verjaardag niet in staat was meer dan 75% van het minimumloon te verdienen (ten minste 25% arbeidsongeschikt was) en op haar achttiende verjaardag niet in staat om meer dan 20% van het minimumloon te verdienen (volledig arbeidsongeschikt was). Als dat laatste het geval is, moet worden beoordeeld of die volledige arbeidsongeschiktheid ook duurzaam is.

Eiseres heeft een autistische stoornis, is zwakbegaafd en lijdt aan het fragiel X-syndroom. De arbeidsdeskundige kan geen functies voor haar duiden, zodat zij geen verdien capaciteit heeft en volledig arbeidsongeschikt is. Het antwoord op de vraag of deze volledige arbeidsongeschiktheid ook duurzaam is, lijkt op het eerste gezicht voor de hand te liggen. Immers, autisme en zwakbegaafdheid gaan niet over en voor het fragiel X-syndroom is geen behandeling mogelijk. Voor zover dat al niet zou moeten worden geduid als een medisch stabiele of verslechterende situatie dan toch zeker als een medische situatie waarbij op lange termijn een geringe kans op herstel bestaat. In het kader van de Wet WIA zou dat vermoedelijk ook de uitkomst zijn geweest.

In r.o. 5.2 wijst de rechtbank erop dat in het oorspronkelijke wetsontwerp dat tot de Wajong 2010 heeft geleid het duurzaamheidsbegrip een-op-een uit de Wet WIA was overgenomen (zie Kamerstukken II 2008/09, 31780, 2, p. 3, en de artikelsgewijze toelichting bij artikel 5.1.4 in Kamerstukken II 2008/09, 31780, 3, p. 41), maar dat in de nota van wijziging van 24 maart 2009 aan het tweede lid van art. 5.1.4 (het uiteindelijke art. 2:4) de zinsnede "het blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie" is toegevoegd en dat die wijziging, blijkens de toelichting daarbij (Kamerstukken II 2008/09, 31780, 8, p. 20), het begrip 'duurzaamheid' beoogt te preciseren om volkomen duidelijk te maken dat

alleen als een jongere geen enkele mogelijkheid heeft op arbeidsparticipatie, nu niet en in de toekomst niet, deze als duurzaam volledig arbeidsongeschikt wordt aangemerkt. Dat is volgens de toelichting slechts het geval als de jongere niet tot het verrichten van betaalde arbeid in staat is, ook niet na of met behulp van ondersteuning (bijvoorbeeld in de vorm van omscholing, jobcoach of loondispensatie) of in de vorm van beschut werk op grond van de Wsw.

In r.o. 5.5 oordeelt de rechtbank dat de bezwaarverzekeringsarts inzichtelijk en concludent heeft gemotiveerd waarom eiseres, ondanks haar beperkingen, participatiemogelijkheden in de zin van de Wajong 2010 heeft. In dat kader overweegt de rechtbank dat eiseres in staat is om met behulp van ondersteuning en begeleiding naar school te gaan en in het kader van haar opleiding stage te lopen. En hoewel de ouders van eiseres ter zitting hebben verklaard dat die stage enkel bestond uit het gedurende twee dagen per week doen van spelletjes met bejaarden in de dagopvang en dat zij daarbij begeleid werd door een stagebegeleider, oordeelt de rechtbank dat uit de gedingstukken niet is gebleken dat eiseres die stage voortijdig moest afbreken omdat zij door haar beperkingen niet in staat was de haar opgedragen taken te verrichten of dat zij die stage door haar beperkingen niet naar tevredenheid heeft volbracht.

In r.o. 5.6 overweegt de rechtbank vervolgens dat het feit dat er geen functies konden worden geduid, niet wil zeggen dat het voor eiseres niet mogelijk is om via bijvoorbeeld beschut werk betaalde arbeid te verrichten. In dat verband acht de rechtbank van belang dat de arbeidsdeskundige bezwaar en beroep enkel heeft aangegeven dat de intensieve begeleiding die eiseres nodig heeft, niet op voorhand van een reguliere werkgever verwacht kan worden, en dat het persoonlijk handelingstempo van eiseres aanmerkelijk vertraagd is waardoor zij niet in staat is te voldoen aan de gebruikelijke productienormen. Volgens de rechtbank blijkt daaruit niet dat eiseres niet via andere werkvormen betaalde arbeid zou kunnen verrichten. Het betoog dat beschut werk door de afschaffing van de Wsw niet meer mogelijk is, had de rechtbank al in r.o. 5.5 verworpen, omdat de mogelijkheid voor beschut werk nu is opgenomen in de Participatiewet (Pw).

7. De mogelijkheid van beschut werk in de Participatiewet is echter vooral een theoretische. In art. 10b Pw is bepaald dat het college ambtshalve kan vaststellen dat iemand is aangewezen op beschut werk en dat het UWV hem daarover adviseert. Het initiatief voor een indicatie beschut werk ligt dus bij het college. De Participatiewet voorziet niet in de mogelijkheid dat een betrokkene zelf een aanvraag voor een dergelijke indicatie doet. Zonder medewerking van het college is een indicatie beschut werk uitgesloten. Uit de kwartaalmonitor Stand van zaken implementatie Participatiewet van 1 december 2015 van Cedris blijkt inmiddels dat in 2015 bij het UWV niet meer dan 205 adviesaanvragen voor beschut werk zijn ingediend, terwijl er in dat jaar 1.600 beschutte banen hadden moeten komen. De rechtbank verwijst eiseres dan ook naar een niet toegankelijke voorziening, als al niet gezegd zou moeten worden: naar een niet bestaande voorziening.

Tot slot overweegt de rechtbank in r.o. 5.9 dat uit het feit dat geen sprake is van een blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie volgt dat de vraag of sprake is van een medisch stabiele of verslechterende situatie geen beantwoording meer behoeft.

Arbeidsvermogen als 'paard van Troje' in de Wajong 2010

8. Wat de rechtbank hier doet, is het toepassen van het criterium van de Wajong 2015 op de Wajong 2010. En inderdaad, wat in de nota van wijziging van 24 maart 2009 is gepresenteerd als precisering van het uit de Wet WIA overgenomen duurzaamheids criterium, is precies wat in de Wajong 2015 als definitie van jonggehandicapte is overgenomen. Immers, de precisering luidt: 'en het blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' terwijl in art. 1a:1 lid 1 onder a de jonggehandicapte wordt gedefinieerd als de ingezetene die (...) duurzaam geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie heeft en in lid 4 duurzaam wordt gedefinieerd als de situatie waarin de mogelijkheden tot arbeidsparticipatie zich niet kunnen ontwikkelen. De wetgever heeft de Wajong 2015 reeds in 2009 als een 'paard van Troje' binnen de muren van de Wajong 2010 gerold.

9. Zowel het UWV als de rechtbank geven in het kader van de Wajong 2010 aan het begrip 'blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' dezelfde inhoud als aan het begrip

'duurzaam geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' in het kader van de Wajong 2015. Maar hoewel de gelijkenis tussen beide begrippen evident is en de bedoeling van de wetgever zoals die naar voren komt uit de nota van wijziging van 24 maart 2009 op het eerste gezicht ook duidelijk lijkt te zijn, is dat niet zonder problemen.

Binnen de systematiek van de Wajong 2010 zijn de begrippen 'mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' en 'blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' vreemde eenden in de bijt. Immers, het arbeidsongeschiktheids criterium van de Wajong 2010 – en dat is een essentieel verschil met de Wajong 2015 – gaat nog steeds uit van het begrip verdien capaciteit. Ook het criterium voor volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid van de Wajong 2010 gaat uit van het begrip verlies aan verdien capaciteit: art. 2:4 lid 1 Wajong 2010 bepaalt dat volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is hij die duurzaam slechts in staat is om met arbeid niet meer dan 20% van het maatmaninkomen te verdienen. Deze formulering brengt met zich mee dat ook sprake is van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid als de betrokkene wel in staat is om met algemeen geaccepteerde arbeid enig inkomen te verdienen, maar dat inkomen duurzaam lager is dan 20% van het maatmaninkomen.

Het criterium 'blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' is hiermee niet te verenigen. Het is niet voor niets dat in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Invoeringswet Wet werken naar vermogen (later omgedoopt tot Invoeringswet Participatiewet, waarvan de introductie van de Wajong 2015 onderdeel is) het 'duurzaam ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' is geïntroduceerd als een geheel nieuwe benadering van arbeids(on)geschiktheid die nadrukkelijk beoogt te breken met de tot op dat moment gangbare benadering van arbeidsongeschiktheid als verlies van verdien capaciteit (zie Kamerstukken II 2011/12, 33161, 3, p. 36). Dat de wetgever bij de invoering van de Wajong 2015 het begrip 'duurzaam ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' introduceert als nieuw en als breuk met het verleden, brengt met zich mee dat dat aan de zinsnede "blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie" in het tweede lid van art. 2:4 Wajong 2010 niet dezelfde

betekenis kan worden gehecht als aan de zinsnede “duurzaam ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie” in art. 1a:1 lid 1 onder a Wajong 2015.

Ook in de nota van wijziging van 24 maart 2009 is niet te lezen dat beoogd wordt het duurzaamheids criterium ten principale te wijzigen door afstand te nemen van het begrip verdien capaciteit als arbeidsongeschiktheids criterium. De toelichting spreekt immers over precisering en niet van wijziging.

10. Tot slot heeft de wetgever in het kader van de Wajong 2010 geen verdere uitwerking of nadere invulling gegeven aan het begrip ‘blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie’, zoals hij dat in art. 1a Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten wel heeft gedaan voor het begrip ‘duurzaam ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie’ in de Wajong 2015 en heeft het UWV ten behoeve van de Wajong 2010 op dit punt geen nader beleid geformuleerd, zoals hij dat wel heeft gedaan met de introductie van de methode SMBA in het Compendium Participatiewet. Het in het Compendium Participatiewet opgenomen ‘beoordelingskader Duurzaamheid van het ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie’ is ingevoerd in de loop van 2015 en is alleen al om die reden op de Wajong 2010 niet van toepassing. De consequentie hiervan is dat het in de Wajong 2010 bij volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid blijft gaan om een duurzaam verlies van meer dan 80% van het verdienvermogen en dat het maar de vraag is of het UWV en de rechtbank het duurzaamheids criterium van de Wajong 2010 terecht dezelfde inhoud geven als dat van de Wajong 2015, namelijk het ontbreken van arbeidsvermogen.

Ervan uitgaande dat met de toevoeging van de zinsnede ‘blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie’ niet is beoogd af te stappen van het begrip verdien capaciteit als leidend criterium, dient deze toevoeging te worden gezien als een nadere invulling van het criterium ‘medisch stabiele of verslechterende situatie’ in die zin dat als in de medische situatie ook op de langere termijn geen verbetering kan worden verwacht, maar door bijvoorbeeld het ontstaan of aanleren van compensatiemechanismen de arbeidsmogelijkheden zich wel in enige mate kunnen herstellen, dan niet aan dat criterium is voldaan. Dat komt overeen met wat in

het ‘beoordelingskader Duurzaamheid van arbeidsbeperkingen’ wordt beschreven als “behandelmogelijkheden in ‘functionele’ zin” en wijkt in zoverre dus niet af van de definitie en de nadere invulling van duurzaamheid in het kader van de Wet WIA.

Beperking en verruiming

11. De nota van wijziging van 24 maart 2009 bevat een tweede paradox. Art. 2:4 Wajong 2010 kent – net als art. 4 Wet WIA – zowel een beperkende als een verruimende definitie van duurzaamheid. De in het tweede lid van beide artikelen gegeven definitie is beperkend van aard, in die zin dat in het medische beeld geen verbetering is te verwachten. Het derde lid van beide artikelen verruimt het bereik van het duurzaamheidsbegrip door dit uit te breiden naar een medische situatie waarbij op lange termijn een geringe kans op herstel bestaat (zie in die zin met zoveel woorden de artikelsgewijze toelichting bij artikel 5.1.4, tweede lid, Kamerstukken II 2008/09, 31780, 3, p. 41). De precieze formulering van het derde lid van art. 2:4 Wajong 2010 wijkt echter af van die van het derde lid van art. 4 Wet WIA.

Zoals hiervoor uiteengezet, was in het oorspronkelijke wetsontwerp dat tot de Wajong 2010 heeft geleid, de definitie van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid rechtstreeks overgenomen uit de Wet WIA en waren de derde leden van beide artikelen identiek: “Onder duurzaam wordt mede verstaan een medische situatie waarbij op lange termijn een geringe kans op herstel bestaat.” (zie Kamerstukken II 2008/09, 31780, nr. 2, p. 2 (artikel 5.1.4) en 3, p. 41). In de nota van wijziging van 24 maart 2009 is echter in het derde lid van art. 2:4 Wajong 2010 het woord “duurzaam” vervangen door de formulering: een medisch stabiele of verslechterende situatie. In de toelichting bij die wijziging wordt opgemerkt dat dit een redactionele wijziging is (Kamerstukken II 2008/09, 31780, nr. 8, p. 20), zodat moet worden aangenomen dat niet is beoogd de uitbreidende werking aan dit artikellid te ontnemen. Maar taalkundig is dat wel degelijk het geval. In de eerste plaats, omdat de zinsnede “onder een medisch stabiele of verslechterende situatie wordt mede verstaan een medische situatie waarbij op lange termijn een geringe kans op herstel bestaat” innerlijk tegenstrijdig is. Een stabiele situatie verandert niet, ook niet op de lange termijn in geringe mate en een verslechterende

rende situatie verbetert niet, ook niet op de lange termijn in geringe mate. In de tweede plaats brengt de wijziging naast de stabiele of verslechterende situatie ook de situatie van op de lange termijn een geringe kans op herstel onder de beperking dat tevens sprake moet zijn van het blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie, hetgeen evenzeer innerlijk tegenstrijdig is. De wetgever zegt dus het ene, maar doet precies het omgekeerde. Daargelaten of dit een acceptabele manier van wetgeven is, zadelt dit de praktijk op met het probleem hoe dit nu toe te passen. Het meest voor de hand ligt het om de wetgever aan zijn woord te houden. Als de wetgever aan de art. 2:4 lid 2 Wajong 2010 toegevoegde zinsnede 'blijvend geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' dezelfde betekenis zou hebben willen hechten als aan de zinsnede 'duurzaam geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' in art. 1a:1 Wajong 2015, dan zou daarmee het derde lid van art. 2:4 Wajong 2010 zinledig zijn geworden en zou hij de wijziging daarvan niet gekwalificeerd hebben als redactioneel, maar zou hij dat artikellid volledig hebben geschrapt. Maar dat heeft de wetgever niet gedaan en dat betekent dat het derde lid – naast het gewijzigde tweede lid – nog steeds toegevoegde waarde heeft en – net als in de Wet WIA – het duurzaamheidsbegrip uitbreidt met de situatie dat op lange termijn een geringe kans op herstel bestaat.

Voor beide regelingen gaat het bij de duurzaamheid dan om een medische situatie die ofwel:

- verslechtert en niet zal verbeteren;
- stabiel is en niet zal verbeteren;
- slechts op de lange termijn een geringe kans op verbetering biedt; dan wel
- op de lange termijn slechts een geringe kans op verbetering biedt.

Slotsom

12. Omdat de methode SMBA en het daarin opgenomen 'beoordelingskader Duurzaamheid van het ontbreken van arbeidsvermogen' is ontwikkeld ten behoeve van de Wajong 2015 en pas in de loop van 2015 is ingevoerd, dient voor de beoordeling van de duurzaamheid in het kader van de Wajong 2010 te worden teruggevalen op het ten behoeve van de Wet WIA ontwikkelde 'beoordelingskader Duurzaamheid van arbeidsbeperkingen' en de in dat kader ontwikkelde rechtspraak.

Uit de in de toelichting bij de nota van wijziging van 24 maart 2009 gebruikte zinsnede 'nu niet en in de toekomst niet' kan wel worden afgeleid dat het verdienvermogen naar verwachting nimmer moet kunnen groeien tot meer dan 20% van het maatmaninkomen, maar niet dat het verlies aan verdienvermogen als bepalend criterium wordt losgelaten. Dat betekent dat voor de Wajong 2010 het verlies aan verdienvermogen het leidende criterium is en blijft en aan de toevoeging van het 'blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' geen zelfstandige – met het 'duurzaam ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' in de Wajong 2015 overeenkomende – betekenis kan worden toegekend. De zinsnede kan hooguit worden gezien als een nadere invulling van het criterium 'medisch stabiele of verslechterende situatie' in die zin dat als in de medische situatie ook op de langere termijn geen verbetering kan worden verwacht, maar door bijvoorbeeld het ontstaan of aanleren van compensatiemechanismen de arbeidsmogelijkheden zich wel in enige mate kunnen herstellen, dan niet aan dat criterium is voldaan. Dat komt overeen met wat in het 'beoordelingskader Duurzaamheid van arbeidsbeperkingen' wordt beschreven als "behandelmogelijkheden in 'functionele' zin" en wijkt in zoverre dus niet af van de definitie en de nadere invulling van duurzaamheid in het kader van de Wet WIA.

Wajong 1998 en Wajong 2010

1. Op 1 januari 2015 is in het kader van de invoering van de Participatiewet de Wet Wajong (Wet werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten, doorgaans aangeduid als nWajong (nieuwe Wajong) of Wajong 2010) omgedoopt tot Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten (zoals de regeling tot 2010 ook al heette) en aangevuld met een nieuw hoofdstuk 1a. De in dit nieuwe hoofdstuk opgenomen regeling wordt doorgaans aangeduid als Wajong 2015. De Wajong zoals die luidt vanaf 1 januari 2015 bevat drie verschillende regelingen.
 - Hoofdstuk 1a bevat de regeling voor jonggehandicapten die vanaf 1 januari 2015 in aanmerking komen voor een uitkering. Dit is de Wajong 2015 in engere zin.

– Hoofdstuk 2 bevat de regeling voor jonggehandicapten die zijn ingestroomd tussen 1 januari 2010 en 31 december 2014 en bestaat uit de regeling zoals die bestond onder de Wet Wajong. Dit is de Wajong 2010.

– Hoofdstuk 3 bevat de regeling voor jonggehandicapten die zijn ingestroomd vóór 2010 en bestaat uit de regeling zoals die in 1998 is ingevoerd. Dit is de Wajong 1998.

2. De Wajong 1998 en de Wajong 2010 zijn net als de WAO, WAZ en Wet WIA gebaseerd op het begrip 'arbeidsongeschiktheid' in de zin van verlies aan verdien capaciteit. In deze regelingen is het object van verzekering het vermogen om een bepaald inkomen (het zogenoemde maatmaninkomen) te kunnen verdienen (verdien capaciteit) en is sprake van arbeidsongeschiktheid als dat vermogen door ziekte of gebrek is aangetast. De mate van arbeidsongeschiktheid (het arbeidsongeschiktheidspercentage) is daarbij het verlies aan verdien capaciteit uitgedrukt als percentage van het maatmaninkomen.

Bij het vaststellen van het verlies aan verdien capaciteit werd onder de Wajong 1998 en Wajong 2010 gebruik gemaakt van het CBBS (Claimbeoordelings- en Borgingssysteem). Met behulp van dit systeem moesten minimaal drie functies kunnen worden geduid met ieder minimaal drie arbeidsplaatsen. Onder de Wajong 1998 en Wajong 2010 bestond recht op uitkering respectievelijk recht op arbeidsondersteuning en inkomensondersteuning als de betrokkene zowel op zijn 17de als op zijn 18de verjaardag ten minste 25 procent arbeidsongeschikt was, dat wil zeggen niet in staat was om met algemeen geaccepteerde arbeid ten minste 75 procent van het maatmaninkomen (doorgaans het minimumloon) te verdienen. Recht op uitkering c.q. arbeidsondersteuning bestond dus niet alleen bij volledige arbeidsongeschiktheid, maar ook bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid.

3. In de Wajong 2010 was daarnaast, in navolging van de Wet WIA, een aparte regeling opgenomen voor jonggehandicapten die niet alleen volledig arbeidsongeschikt zijn, maar dat ook duurzaam zijn: volledig en duurzaam arbeidsongeschikt.

Van volledige arbeidsongeschiktheid was sprake als de jonggehandicapte niet in staat is om meer dan 20 procent van het maatmaninkomen te verdienen, dus bij een mate van arbeidsongeschiktheid van meer dan 80 procent (dus 80–100

procent). Van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid is sprake als de volledige arbeidsongeschiktheid ook een duurzaam karakter heeft. Vandaar dat het eigenlijk beter is om te spreken van: duurzaam volledig arbeidsongeschikt.

Omdat de mate van arbeidsongeschiktheid werd bepaald op basis van verdien capaciteit, kon van volledige arbeidsongeschiktheid ook sprake zijn als de jonggehandicapte wel enige verdien capaciteit had, in die zin dat:

– er weliswaar voldoende functies met voldoende arbeidsplaatsen konden worden geduid, maar met die functies minder dan 20 procent van het maatmaninkomen kon worden verdiend, met name als gevolg van de geringe uren omvang van die functies;

– er weliswaar voldoende functies konden worden geduid, maar de gevonden functies niet ieder minimaal drie arbeidsplaatsen vertegenwoordigden;

– er maar één of twee functies konden worden geduid.

Als bovendien in de medische situatie van de betrokkene redelijkerwijs geen verbetering kon worden verwacht of hooguit op de lange termijn een beperkte verbetering, dan was ook voldaan aan het criterium voor volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid.

Wajong 2015

4. Met de Wajong 2015 beoogt de wetgever te breken met deze benadering van arbeidsongeschiktheid. In de Wajong 2015 wordt niet langer gekeken naar van het vermogen om een bepaald inkomen te kunnen verdienen, maar naar het vermogen om arbeid te kunnen verrichten. Recht op uitkering bestaat onder de Wajong 2015 als voldaan is aan twee cumulatieve voorwaarden:

a. de betrokkene heeft geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie (geen arbeidsvermogen);
b. die situatie is duurzaam in die zin dat de mogelijkheden tot arbeidsparticipatie niet alleen ontbreken op de datum in geding, maar zich ook in de toekomst niet kunnen ontwikkelen.

Voor de beoordeling van de aanwezigheid van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie c.q. arbeidsvermogen hoeven geen functies te worden geduid en wordt geen gebruik gemaakt van het CBBS. In plaats daarvan heeft het UWV een nieuwe methodiek ontwikkeld: Sociaal-Medische Beoordeling van Arbeidsvermogen (SMBA).

Als een jonggehandicapte niet in staat is om op de reguliere arbeidsmarkt in reguliere arbeid enig inkomen te verdienen, dan heeft hij geen verdien capaciteit en is hij volledig arbeidsongeschikt. Als dezelfde jonggehandicapte echter wel in staat is om bijvoorbeeld in een beschutte werkomgeving aangepaste arbeid te verrichten, dan heeft hij wel arbeidsvermogen. De loonwaarde van die beschutte arbeid is daarbij niet relevant.

Onder de Wajong 1998 en Wajong 2010 zou deze jonggehandicapte in aanmerking komen voor een uitkering respectievelijk voor arbeids- en inkomensondersteuning.

Onder de Wajong 2015 komt hij niet alleen niet in aanmerking voor enige uitkering, maar wordt hij niet eens als jonggehandicapte aangemerkt. Onder de Wajong 2015 wordt hij zelfs niet als jonggehandicapte aangemerkt als hij weliswaar geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie heeft, maar zijn (medische) situatie zich nog zou kunnen ontwikkelen, (zodat het ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie niet duurzaam wordt geacht).

De gevolgen van dit nieuwe criterium laten zich raden: waar blijkens het jaarverslag van het UWV over 2015 in het jaar 2014 16.266 nieuwe Wajong-uitkeringen werden toegekend, zijn in 2015 op grond van hoofdstuk 1a slechts 1298 uitkeringen toegekend. Een daling van de instroom met 92 procent.

Uitspraak rechtbank

5. De hier gepubliceerde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam heeft strikt genomen geen betrekking op de Wajong 2015, maar speelt zich af in het overgangsgebied tussen Wajong 2010 en Wajong 2015. Eiseres zal op 25 november 2014 18 jaar worden en heeft op 7 oktober 2014 een aanvraag voor Wajong gedaan. Op dat moment is de Wajong 2015 nog niet in werking getreden en geldt de Wajong 2010. Blijkens art. 2:15 lid 2 Wajong 2010 ontstaat het recht op arbeidsondersteuning op de dag dat is voldaan aan de voorwaarden genoemd in het eerste lid van dat artikel, maar niet eerder dan zestien weken na indiening van de aanvraag. Op grond van het derde lid ontstaat het recht op arbeidsondersteuning echter op de dag van de aanvraag als de jonggehandicapte volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is (of op de achttiende verjaardag als de aanvraag is gedaan vóór die datum).

Op 25 november 2014 (de dag dat eiseres achttien wordt) is voldaan aan de voorwaarden van art. 2:15 lid 1 Wajong 2010. Maar op die datum zijn nog geen zestien weken verstreken sinds de aanvraag van 7 oktober 2014. Die zestien weken verstrijken pas op 27 januari 2015. Op die datum is de Wajong 2015 wel van kracht. Art. 2:15 lid 4 Wajong 2015 bepaalt dat het recht op arbeidsondersteuning niet ontstaat, als dit zou ingaan op of na 1 januari 2015. Op 27 januari 2015 kan dus geen recht op arbeidsondersteuning meer ontstaan. Dat betekent dat als eiseres wél kan worden aangemerkt als jonggehandicapte in de zin van de Wajong 2010 (dat wil zeggen als zij niet in staat is meer dan 75 procent van het minimumloon te verdienen), maar niet volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is, zij op grond van de Wajong 2015 niet in aanmerking komt voor arbeidsondersteuning. Er kan alléén recht op arbeidsondersteuning ontstaan, als eiseres volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is. Immers, dan ontstaat het recht op arbeidsondersteuning op de dag dat aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, dat wil zeggen op de dag dat zij 18 jaar wordt. Op grond van de Wajong 2010 ontstaat het recht op arbeidsondersteuning dan op 25 november 2014.

6. De zaak draait derhalve om de vraag of eiseres op 25 november 2014 volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is. Omdat de aanvraag is gedaan in 2014 en ook de datum in geding in 2014 ligt, moet deze vraag worden beoordeeld op basis van het criterium van de Wajong 2010 en niet dat van de Wajong 2015. Dat betekent dat in de eerste plaats moet worden vastgesteld of zij op haar 17de verjaardag niet in staat was meer dan 75 procent van het minimumloon te verdienen (ten minste 25 procent arbeidsongeschikt was) en op haar 18de verjaardag niet in staat om meer dan 20 procent van het minimumloon te verdienen (volledig arbeidsongeschikt was). Als dat laatste het geval is, moet worden beoordeeld of die volledige arbeidsongeschiktheid ook duurzaam is. Eiseres heeft een autistische stoornis, is zwakbegaafd en lijdt aan het fragiel X-syndroom. De arbeidsdeskundige kan geen functies voor haar duiden, zodat zij geen verdien capaciteit heeft en volledig arbeidsongeschikt is. Het antwoord op de vraag of deze volledige arbeidsongeschiktheid ook duurzaam is, lijkt op het eerste voor de hand te liggen. Immers, autisme en zwakbegaafdheid gaan niet

over en voor het fragiel X-syndroom is geen behandeling mogelijk. Voor zover dat al niet zou moeten worden geduid als een medisch stabiele of verslechterende situatie dan toch zeker als een medische situatie waarbij op lange termijn een geringe kans op herstel bestaat. In het kader van de Wet WIA zou dat vermoedelijk ook de uitkomst zijn geweest. In r.o. 5.2 wijst de rechtbank erop dat in het oorspronkelijke wetsontwerp dat tot de Wajong 2010 heeft geleid het duurzaamheidsbegrip een-op-een uit de Wet WIA was overgenomen (zie Kamerstukken II 2008/09, 31780, 2, p. 3, en de artikelsgewijze toelichting bij art. 5.1.4 in Kamerstukken II 2008/09, 31780, 3, p. 41), maar dat in de nota van wijziging van 24 maart 2009 aan het tweede lid van art. 5.1.4 (het uiteindelijke art. 2:4) de zinsnede 'het blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' is toegevoegd en dat die wijziging, blijkens de toelichting daarbij (Kamerstukken II 2008/09, 31780, 8, p. 20), het begrip 'duurzaamheid' beoogt te preciseren om volkomen duidelijk te maken dat alleen als een jongere geen enkele mogelijkheid heeft op arbeidsparticipatie, nu niet en in de toekomst niet, deze als duurzaam volledig arbeidsongeschikt wordt aangemerkt. Dat is volgens de toelichting slechts het geval als de jongere niet tot het verrichten van betaalde arbeid in staat is, ook niet na of met behulp van ondersteuning (bijvoorbeeld in de vorm van omscholing, jobcoach of loondispensatie) of in de vorm van beschut werk op grond van de Wsw. In r.o. 5.5 oordeelt de rechtbank dat de bezwaarverzekeringsarts inzichtelijk en concludent heeft gemotiveerd waarom eiseres, ondanks haar beperkingen, participatiemogelijkheden in de zin van de Wet Wajong heeft. In dat kader overweegt de rechtbank dat eiseres in staat is om met behulp van ondersteuning en begeleiding naar school te gaan en in het kader van haar opleiding stage te lopen. En hoewel de ouders van eiseres ter zitting hebben verklaard dat die stage enkel bestond uit het gedurende twee dagen per week doen van spelletjes met bejaarden in de dagopvang en dat zij daarbij werd begeleid door een stagebegeleider, oordeelt de rechtbank dat uit de gedingstukken niet is gebleken dat eiseres die stage voortijdig moest afbreken omdat zij door haar beperkingen niet in staat was de haar opgedragen taken te verrichten of dat zij die stage door haar beperkingen niet naar tevredenheid heeft

volbracht. In r.o. 5.6 overweegt de rechtbank vervolgens dat het feit dat er geen functies konden worden geduid, niet wil zeggen dat het voor eiseres niet mogelijk is om via bijvoorbeeld beschut werk betaalde arbeid te verrichten. In dat verband acht de rechtbank van belang dat de arbeidsdeskundige bezwaar en beroep enkel heeft aangegeven dat de intensieve begeleiding die eiseres nodig heeft, niet op voorhand van een reguliere werkgever verwacht kan worden, en dat het persoonlijk handelingstempo van eiseres aanmerkelijk vertraagd is waardoor zij niet in staat is te voldoen aan de gebruikelijke productienormen (onderstropping door rechtbank). Volgens de rechtbank blijkt daaruit niet dat eiseres niet via andere werkvormen betaalde arbeid zou kunnen verrichten. Het betoog dat beschut werk door de afschaffing van de Wsw niet meer mogelijk is, had de rechtbank al in r.o. 5.5 verworpen, omdat de mogelijkheid voor beschut werk nu is opgenomen in de Participatiewet (Pw).

7. De mogelijkheid van beschut werk in de Participatiewet is echter vooral een theoretische. In art. 10b Participatiewet is bepaald dat het college ambtshalve kan vaststellen dat iemand is aangewezen op beschut werk en dat het UWV hem daarover adviseert. Het initiatief voor een indicatie beschut werk ligt dus bij het college. De Participatiewet voorziet niet in de mogelijkheid dat een betrokkene zelf een aanvraag voor een dergelijke indicatie doet. Zonder medewerking van het college is een indicatie beschut werk uitgesloten.

Uit de kwartaalmonitor Stand van zaken implementatie Pw van 1 december 2015 van Cedris blijkt inmiddels dat in 2015 bij het UWV niet meer dan 205 adviesaanvragen voor beschut werk zijn ingediend, terwijl er in dat jaar 1600 beschutte banen hadden moeten komen. De rechtbank verwijst eiseres dan ook naar een niet toegankelijke voorziening, als al niet gezegd zou moeten worden: naar een niet bestaande voorziening.

Tot slot overweegt de rechtbank in r.o. 5.9 dat uit het feit dat geen sprake is van een blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie volgt dat de vraag of sprake is van een medisch stabiele of verslechterende situatie geen beantwoording meer behoeft.

Arbeidsvermogen als 'paard van Troje' in de Wajong 2010

8. Wat de rechtbank hier doet, is het toepassen van het criterium van de Wajong 2015 op de Wajong 2010. En inderdaad, wat in de nota van wijziging van 24 maart 2009 is gepresenteerd als precisering van het uit de Wet WIA overgenomen duurzaamheids criterium, is precies wat in de Wajong 2015 als definitie van jonggehandicapte is overgebleven. Op grond van art. 1a:1 lid 1 onder a is een jonggehandicapte de ingezetene die op de dag waarop hij 18 jaar wordt als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte, gebrek, zwangerschap of bevalling duurzaam geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie heeft en op grond van lid 4 wordt onder 'duurzaam' geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie hebben de situatie verstaan waarin de mogelijkheden tot arbeidsparticipatie zich niet kunnen ontwikkelen. De wetgever heeft de Wajong 2015 al in 2009 als een 'paard van Troje' binnen de muren van de Wajong 2010 gerold.

9. Zowel het UWV als de rechtbank geven in het kader van de Wajong 2010 aan het begrip 'blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' dezelfde inhoud als aan het begrip 'duurzaam geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' in het kader van de Wajong 2015. Maar hoewel de gelijkenis tussen beide begrippen evident is en de bedoeling van de wetgever zoals die naar voren komt uit de nota van wijziging van 24 maart 2009 op het eerste gezicht ook duidelijk lijkt te zijn, is dat niet zonder problemen.

Binnen de systematiek van de Wajong 2010 zijn de begrippen 'mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' en 'blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' vreemde eenden in de bijt. Immers, het arbeidsongeschiktheids criterium van de Wajong 2010 – en dat is een essentieel verschil met de Wajong 2015 – gaat nog steeds uit van het begrip 'verdiencapaciteit'. Ook het criterium voor volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid van de Wajong 2010 gaat uit van het begrip 'verlies aan verdiencapaciteit': art. 2:4 lid 1 Wajong 2010 bepaalt dat volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is hij die duurzaam slechts in staat is om met arbeid niet meer dan 20 procent van het maatmaninkomen te verdienen. Deze formulering brengt met zich mee dat ook sprake is van volledige en duurzaam

me arbeidsongeschiktheid als de betrokkene wel in staat is om met algemeen geaccepteerde arbeid enig inkomen te verdienen, maar dat inkomen duurzaam lager is dan 20 procent van het maatmaninkomen.

Het criterium 'blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' is hiermee niet te verenigen. Het is niet voor niets dat in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Invoeringswet Wet werken naar vermogen (later omgedoopt tot Invoeringswet Participatiewet, waarvan de introductie van de Wajong 2015 onderdeel is) het 'duurzaam ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' is geïntroduceerd als een geheel nieuwe benadering van arbeids(on)geschiktheid die nadrukkelijk beoogt te breken met de tot op dat moment gangbare benadering van arbeidsongeschiktheid als verlies van verdiencapaciteit (zie Kamerstukken II 2011/12, 33161, 3, p. 36). Dat de wetgever bij de invoering van de Wajong 2015 het begrip 'duurzaam ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' introduceert als nieuw en als breuk met het verleden, brengt met zich mee dat aan de zinsnede 'blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' in het tweede lid van art. 2:4 Wajong 2010 niet dezelfde betekenis kan worden gehecht als aan de zinsnede 'duurzaam ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' in art. 1a:1 lid 1 onder a Wajong 2015.

Ook in de nota van wijziging van 24 maart 2009 is niet te lezen dat beoogd wordt het duurzaamheids criterium ten principale te wijzigen door afstand te nemen van het begrip 'verdiencapaciteit' als arbeidsongeschiktheids criterium. De toelichting spreekt immers over precisering en niet van wijziging.

10. Tot slot heeft de wetgever in het kader van de Wajong 2010 geen verdere uitwerking of nadere invulling gegeven aan het begrip 'blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie', zoals hij dat in art. 1a Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten wel heeft gedaan voor het begrip 'duurzaam ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' in de Wajong 2015 en heeft het UWV ten behoeve van de Wajong 2010 op dit punt geen nader beleid geformuleerd, zoals hij dat wel heeft gedaan met de introductie van de methode SMBA in het Compendium Participatiewet. Het in het Compendium Participatiewet opgenomen 'beoorde-

lingskader Duurzaamheid van het ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' is ingevoerd in de loop van 2015 en is alleen al om die reden op de Wajong 2010 niet van toepassing. De consequentie hiervan is dat het in de Wajong 2010 bij volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid blijft gaan om een duurzaam verlies van meer dan 80 procent van het verdienvermogen en dat het maar de vraag is of het UWV en de rechtbank het duurzaamheidscriterium van de Wajong 2010 terecht dezelfde inhoud geven als dat van de Wajong 2015, namelijk het ontbreken van arbeidsvermogen.

Ervan uitgaande dat met de toevoeging van de zinsnede 'blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' niet is beoogd af te stappen van het begrip 'verdiencapaciteit' als leidend criterium, dient deze toevoeging te worden gezien als een nadere invulling van het criterium 'medisch stabiele of verslechterende situatie' in die zin dat als in de medische situatie ook op de langere termijn geen verbetering kan worden verwacht, maar door bijvoorbeeld het ontstaan of aanleren van compensatiemechanismen de arbeidsmogelijkheden zich wel in enige mate kunnen herstellen, dan niet aan dat criterium is voldaan. Dat komt overeen met wat in het 'beoordelingskader Duurzaamheid van arbeidsbeperkingen' wordt beschreven als "behandelmogelijkheden in 'functionele' zin" en wijkt in zoverre dus niet af van de definitie en de nadere invulling van duurzaamheid in het kader van de Wet WIA.

Beperking en verruiming

11. De nota van wijziging van 24 maart 2009 bevat een tweede paradox. Art. 2:4 Wajong 2010 kent – net als art. 4 Wet WIA – zowel een beperkende als een verruimende definitie van duurzaamheid. De in het tweede lid van beide artikelen gegeven definitie is beperkend van aard, in die zin dat in het medische beeld geen verbetering is te verwachten. Het derde lid van beide artikelen verruimt het bereik van het duurzaamheidsbegrip door dit uit te breiden naar medische situatie waarbij op lange termijn een geringe kans op herstel bestaat (zie in die zin met zoveel woorden de artikelsgewijze toelichting bij art. 5.1.4 lid 2, Kamerstukken II 2008/09, 31780, 3, p. 41). De precieze formulering van het derde lid van art. 2:4 Wajong 2010 wijkt echter af van die van het derde lid van art. 4 Wet WIA.

Zoals hiervoor uiteengezet, was in het oorspronkelijke wetsontwerp dat tot de Wajong 2010 heeft geleid, de definitie van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid rechtstreeks overgenomen uit de Wet WIA en waren de derde leden van beide artikelen identiek: "Onder duurzaam wordt mede verstaan een medische situatie waarbij op lange termijn een geringe kans op herstel bestaat" (zie Kamerstukken II 2008/09, 31780, 2, p. 2 (art. 5.1.4) en 3, p. 41). In de nota van wijziging van 24 maart 2009 is echter in het derde lid van art. 2:4 Wet Wajong het woord 'duurzaam' vervangen door de formulering: een medisch stabiele of verslechterende situatie. In de toelichting bij die wijziging wordt opgemerkt dat dit een redactionele wijziging is (Kamerstukken II 2008/09, 31780, 8, p. 20), zodat moet worden aangenomen dat niet is beoogd de uitbreidende werking aan dit artikellid te ontnemen. Maar taalkundig is dat juist wel het geval. In de eerste plaats, omdat de zinsnede 'onder een medisch stabiele of verslechterende situatie wordt mede verstaan een medische situatie waarbij op lange termijn een geringe kans op herstel bestaat' innerlijk tegenstrijdig is. Een stabiele situatie verandert niet, ook niet op de lange termijn in geringe mate en een verslechterende situatie verbetert niet, ook niet op de lange termijn in geringe mate. In de tweede plaats brengt de wijziging naast de stabiele of verslechterende situatie ook de situatie van op de lange termijn een geringe kans op herstel onder de beperking dat tevens sprake moet zijn van het blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie, hetgeen evenzeer innerlijk tegenstrijdig is. De wetgever zegt dus het ene, maar doet precies het omgekeerde. Daargelaten of dit een acceptabele manier van wetgeven is, zadelt dit de praktijk op met het probleem hoe dit nu toe te passen. Het meest voor de hand ligt het om de wetgever aan zijn woord te houden. Als de wetgever aan de aan art. 2:4 lid 2 Wajong 2010 toegevoegde zinsnede 'blijvend geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' dezelfde betekenis zou hebben willen hechten als aan de zinsnede 'duurzaam geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' in art. 1a:1 Wajong 2015, dan zou daarmee het derde lid van art. 2:4 Wajong 2010 zinledig zijn geworden en zou hij de wijziging daarvan niet gekwalificeerd hebben als redactioneel, maar zou hij dat artikellid volledig hebben geschrapt. Maar dat heeft de wetge-

ver niet gedaan en dat betekent dat het derde lid – naast het gewijzigde tweede lid – nog steeds toegevoegde waarde heeft en – net als in de Wet WIA – het duurzaamheidsbegrip uitbreidt met de situatie dat op lange termijn een geringe kans op herstel bestaat. Voor beide regelingen gaat het bij de duurzaamheid dan om een medische situatie die:

- verslechtert en niet zal verbeteren;
- stabiel is en niet zal verbeteren;
- slechts op de lange termijn een geringe kans op verbetering biedt; dan wel
- op de lange termijn slechts een geringe kans op verbetering biedt.

Slotsom

12. Omdat de methode SMBA en het daarin opgenomen ‘beoordelingskader Duurzaamheid van het ontbreken van arbeidsvermogen’ is ontwikkeld ten behoeve van de Wajong 2015 en pas in de loop van 2015 is ingevoerd, dient voor de beoordeling van de duurzaamheid in het kader van de Wajong 2010 te worden teruggeval- len op het ten behoeve van de Wet WIA ontwik- kelde ‘beoordelingskader Duurzaamheid van arbeidsbeperkingen’ en de in dat kader ontwik- kelde rechtspraak.

Uit de in de toelichting bij de nota van wijziging van 24 maart 2009 gebruikte zinsnede ‘nu niet en in de toekomst niet’ kan wel worden afgeleid dat het verdienvermogen naar verwachting nimmer moet kunnen groeien tot meer dan 20 procent van het maatmaninkomen, maar niet dat het verlies aan verdienvermogen als bepa- lend criterium wordt losgelaten. Dat betekent dat voor de Wajong 2010 het verlies aan verdien- capaciteit het leidende criterium is en blijft en aan de toevoeging van het ‘blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie’ geen zelfstandige – met het ‘duurzaam ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie’ in de Wajong 2015 overeenkomende – betekenis kan worden toegekend. De zinsnede kan hooguit worden gezien als een nadere invulling van het criterium ‘medisch stabiele of verslechterende situatie’ in die zin dat als in de medische situatie ook op de langere termijn geen verbetering kan worden verwacht, maar door bijvoorbeeld het ontstaan of aanleren van compensatiemechanis- men de arbeidsmogelijkheden zich wel in enige mate kunnen herstellen, dan niet aan dat crite- rium is voldaan. Dat komt overeen met wat in

het ‘beoordelingskader Duurzaamheid van ar- beidsbeperkingen’ wordt beschreven als “behan- delmogelijkheden in ‘functionele’ zin” en wijkt in zoverre dus niet af van de definitie en de na- dere invulling van duurzaamheid in het kader van de Wet WIA.

E. van den Bogaard,

Ed van den Bogaard is advocaat bij Westhoff Ad- vocaten te Amsterdam

252

Rechtbank Oost-Brabant
17 maart 2016, nr. SHE 15/3105,
ECLI:NL:RBOBR:2016:1182
(Weyers, Rijnbeek, Ravenschlag)
Noot E. van den Bogaard

Aanvraag. Overgangsrecht Wajong 2015. Bui- tenwettelijk begunstigend beleid. Verdienca- paciteit. Volledig en duurzaam arbeidsonge- schikt. Duurzaam ontbreken van mogelijkhe- den tot arbeidsparticipatie. Beschut werk.

[Wajong art. 1a:1, 2:4 lid 2, 2:5 lid 4]

Essentie: Het Uitvoeringsbericht van de divisie Sociaal Medische Zaken van het UWV (Uitvoerings- bericht) is buitenwettelijk begunstigend beleid. Eiseres is in staat tot arbeid onder beschutte (Wsw-)omstandigheden, maar arbeid onder beschutte (niet-reguliere) omstandigheden kan niet worden begrepen onder mogelijkheden tot arbeidspartici- patie.

Samenvatting: Er is sprake van een aanvraag in 2014 en het bereiken van de leeftijd van ach- tien jaar in 2015. Het Uitvoeringsbericht van het UWV met betrekking tot het Wajong-criterium waaraan wordt getoetst, wordt aangemerkt als buitenwettelijk begunstigend beleid. Hieruit volgt dat eiseres wordt beoordeeld volgens het Wajong- criterium van hoofdstuk 2 van de Wajong (Wajong 2010) en niet volgens het Wajong-criterium van hoofdstuk 1a van de Wajong (Wajong 2015). Ver- weerder acht eiseres niet volledig en duurzaam arbeidsongeschikt, omdat zij in staat wordt geacht om de minimale arbeidsprestatie te leveren die nodig is om te kunnen werken onder beschutte (Wsw-)omstandigheden. Gelet op het bepaalde in art. 2:5 lid 4 Wajong 2010 kan onder ‘mogelijkhe-