

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-

den tot arbeidsparticipatie' in art. 2:4 lid 1 Wajong 2010 niet worden begrepen het verrichten van arbeid onder beschutte (niet-reguliere) omstandigheden. Eiseres voldoet aan het arbeidsongeschiktheids criterium van hoofdstuk 2 van de Wajong 2010 en verweerder dient toepassing te geven aan zijn buitenwettelijk beleid.

[Eiseres], te [woonplaats],
en

de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (hierna: Uvw), verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 3 december 2014 (het primaire besluit) heeft verweerder geweigerd eiseres in aanmerking te brengen voor een uitkering op grond van de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten.

Bij besluit van 3 september 2015 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiseres ongegrond verklaard.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Bij brief van 24 november 2015 heeft eiseres aanvullende beroepsgronden ingediend.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend. Het beroep is door de enkelvoudige kamer verwezen naar de meervoudige kamer.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 1 maart 2016. Eiseres is – vergezeld door haar vader – verschenen, bijgestaan door haar gemachtigde. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde.

Overwegingen

1. De rechtbank gaat uit van de volgende feiten. Eiseres, bekend met het syndroom van Down, is geboren op 17 januari 1997. Op 7 juli 2014 heeft zij bij verweerder een aanvraag om ondersteuning bij werk en inkomen voor jonggehandicapten op grond van de Wet Werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten (Wet Wajong) ingediend. Nadat de primaire beoordeling door de verzekeringsarts en arbeidsdeskundige in 2014 is afgerond, is de Wajong-aanvraag van eiseres afgewezen.

2. Op 1 januari 2015 is artikel III van de Invoeringswet Participatiewet (Stb. 2014, 270 en 271) in werking getreden. Met dit artikel is de Wet Wajong op onderdelen gewijzigd. Na hoofdstuk

1 van de Wet Wajong is een hoofdstuk 1a ingevoegd en in hoofdstuk 2 zijn aan artikel 2:15 de leden vier en vijf toegevoegd. Ingevolge onderdeel W is de citeertitel van de wet gewijzigd in Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten (Wajong 2015). Per 1 januari 2015 is ook het Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten (Schattingsbesluit) aangepast.

3. Aangezien eiseres na 1 januari 2015 achttien jaar is geworden, dienen de aanspraken op Wajong-uitkering van eiseres – naar niet in geschil is – in beginsel te worden beoordeeld aan de hand van de bepalingen van hoofdstuk 1a van de Wajong 2015.

4. Gelet op een Uitvoeringsbericht van verweerder divisie Sociaal Medische Zaken (SMZ) van 9 januari 2015 heeft verweerder beleidsmatig besloten om aanvragen zoals die van eiseres, welke zijn ingediend vóór 1 januari 2015 en waarvan de medische en arbeidsdeskundige beoordeling is aangevangen vóór 1 januari 2015, te beoordelen aan de hand van het in hoofdstuk 2 van de Wajong opgenomen arbeidsongeschiktheids criterium (Arbeidsongeschiktheidsvoorziening voor jonggehandicapten ingestroomd van 2010 tot en met 2014). Indien sprake is van 'volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid' als omschreven in hoofdstuk 2, voorziet het door verweerder gevoerde beleid er in dat een recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering op grond van hoofdstuk 1a van de Wajong 2015 wordt toegekend.

5. De rechtbank is van oordeel dat het onder 3. uiteengezette beleid van verweerder dient te worden aangemerkt als buitenwettelijk begunstigend beleid.

6. Hoewel het arbeidsongeschiktheids criterium van de Wajong 2010 en de wijze van beoordeling of aan dit criterium is voldaan, niet geheel vergelijkbaar zijn met het arbeidsongeschiktheids criterium in hoofdstuk 1a van de Wajong 2015 en de beoordeling die daaraan ten grondslag dient te liggen, is de rechtbank van oordeel dat een ingezetene op grond van een medische en arbeidskundige beoordeling (veel) eerder als jonggehandicapte in de zin van hoofdstuk 2 (Wajong 2010) zal worden aangemerkt dan als jonggehandicapte in de zin van hoofdstuk 1a (Wajong 2015) van de wet. Doel van de wetswijzigingen per 1 januari 2015 is immers om de instroom van jonggehandicapten in de Wajong te beperken tot diegenen die duurzaam geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie hebben. Gelet op de definitie van 'volledig

en duurzaam arbeidsongeschikt' in hoofdstuk 2 brengt de (blijvende) onmogelijkheid tot het verrichten van loonvormende arbeid [lees: functies] in beginsel mee dat aan het Wajong 2010-criterium is voldaan. Daarentegen is een situatie van 'duurzaam geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' als bedoeld in hoofdstuk 1a, gelet op het bepaalde in artikel 1a van het Schattingsbesluit, eerst aanwezig indien een ingezetene de kleinste eenheid van een functie (bestaande uit één of meerdere handelingen) niet kan uitvoeren in een arbeidsorganisatie, dan wel de ingezetene niet over basale werknemersvaardigheden beschikt of (kort gezegd) slechts voor een zeer beperkte arbeidsduur belastbaar is.

7. Naar vaste rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep (bijvoorbeeld ECLI:NL:CRVB:2009:BJ1918 en ECLI:NL:CRVB:2014:100) dient de aanwezigheid en de toepassing van buitenwettelijk begunstigend beleid door de bestuursrechter als een gegeven te worden aanvaard, en dient hij zich te beperken tot de toets of dit beleid op consistente wijze is toegepast. Gelet hierop zal de rechtbank beoordelen of eiseres terecht niet als 'volledig en duurzaam arbeidsongeschikt' in de zin van artikel 2:4 van de Wajong 2015 is aangemerkt.

8. Tussen partijen is niet in geschil dat voor eiseres op grond van de bij haar bestaande (duurzame) beperkingen in persoonlijk en sociaal functioneren geen functies in gangbare arbeid te duiden zijn. De noodzakelijke voortdurende begeleiding van eiseres, in combinatie met een aanmerkelijk vertraagd handelingstempo, kan volgens de arbeidsdeskundige Bezwaar & Beroep niet bij een werkgever in een reguliere arbeidsbetrekking gerealiseerd worden. Verweerder stelt zich echter op het standpunt dat van het blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie, zoals omschreven in artikel 2:4, tweede lid, van de Wajong 2015, geen sprake is. Meer in het bijzonder acht verweerder eiseres in staat om de minimale arbeidsprestatie te leveren, die nodig is om te kunnen werken onder beschutte (WSW-) omstandigheden. Om die reden acht verweerder eiseres niet volledig en duurzaam arbeidsongeschikt.

9. De rechtbank is van oordeel dat in het midden kan blijven of verweerder de mogelijkheden van eiseres tot het werken onder beschutte omstandigheden juist heeft ingeschat. Op grond van artikel 2:5, vierde lid, van de Wajong 2015 (Nadere bepalingen definitie jonggehandicapte en volledig en

duurzaam arbeidsongeschikt) dient in het kader van de vaststelling of een jonggehandicapte volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is immers buiten beschouwing te blijven, hetgeen wordt of kan worden ontvangen voor arbeid verricht bij wijze van sociale werkvoorziening als bedoeld in hoofdstuk 2 of 3 van de Wet sociale werkvoorziening. Nu artikel 2:5 een nadere invulling behelst van artikel 2:4, is de rechtbank van oordeel dat onder 'mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' in artikel 2:4, eerste lid, niet kan worden begrepen het verrichten van arbeid onder beschutte (niet-reguliere) omstandigheden.

10. Dat in de toelichting op de nota van wijziging (Kamerstukken II, 2008–2009, 31780, nr. 8), waarbij de zinsnede 'het blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' aan artikel 2:4 van de Wajong 2010 is toegevoegd, (onder meer) het verrichten van beschermt werk op grond van de Wet sociale Werkvoorziening als voorbeeld is genoemd, kan naar het oordeel van de rechtbank niet afdoen aan de duidelijke – niet voor tweërlei uitleg vatbare – strekking van artikel 2:5, vierde lid, van de Wajong 2015.

11. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat eiseres voldoet aan het arbeidsongeschiktheids criterium van hoofdstuk 2 van de Wajong 2015. Op grond van het door verweerder gevoerde buitenwettelijke beleid komt eiseres daarom in beginsel vanaf de dag waarop zij achttien jaar wordt een uitkering op grond van hoofdstuk 1a van de Wajong 2015 toe, voor zover geen andere bepaling in dat hoofdstuk zich daartegen verzet.

12. Het bestreden besluit komt derhalve, als berustend op een ondeugdelijke motivering, wegens strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, voor vernietiging in aanmerking. Verweerder zal – met inachtneming van hetgeen hierboven onder 11 is overwogen en toepassing gevend aan het door hem gevoerde buitenwettelijke beleid – nader dienen te beslissen omtrent de aanspraken van eiseres op een uitkering ingevolge hoofdstuk 1a van de Wajong 2015.

13. Omdat het beroep gegrond wordt verklaard, bepaalt de rechtbank dat verweerder het gestorte griffierecht aan eiseres vergoedt.

14. De rechtbank veroordeelt verweerder in de door eiseres gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op €

992,= (beroepschrift 1 punt, zitting 1 punt) met een wegingsfactor van 1 en een waarde per punt van € 496,=.

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- draagt verweerder op binnen zes weken na de dag van verzending van deze uitspraak een nieuw besluit te nemen op het bezwaar met inachtneming van deze uitspraak;
- bepaalt dat verweerder het betaalde griffierecht van € 45,= aan eiseres vergoedt;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van eiseres tot een bedrag van € 992,=.

NOOT

Deze noot is eerder verschenen in NDSZ Nieuwsbrief 2016/28-29 (www.ndsz.nl).

1. Waar de Rechtbank Amsterdam in zijn uitspraak van 14 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2123, <<USZ>> 2016/251, m.nt. E. van den Bogaard, kritiekloos het criterium van de Wajong 2015 (hoofdstuk 1a van de Wajong 2015) toepast op de beoordeling van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid in het kader van de Wajong 2010 (hoofdstuk 2 van de Wajong 2010) bij een aanvraag die is ingediend voor 1 januari 2015 en daarbij onder andere verwijst naar de in de Participatiewet bestaande mogelijkheid van beschut werk, doet de Rechtbank Oost-Brabant in de hier gepubliceerde uitspraak een moedige poging om de scherpste randjes van de Wajong 2015 af te slijpen. Maar ik vrees dat deze poging bij de CRvB niet in stand zal blijven.
2. Eiseres heeft het syndroom van Down. Op 17 januari 2015 wordt zij achttien. Reeds op 7 juli 2014 vraagt zij Wajong aan en die aanvraag wordt op 3 december 2014 afgewezen. Omdat eiseres na 1 januari 2015 achttien jaar wordt, is op haar aanvraag de Wajong 2015 van toepassing en moet worden beoordeeld of zij duurzaam geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie heeft, als bedoeld in art. 1a:1 lid 1 van de Wajong 2015.

Het probleem is echter dat op het moment van de aanvraag in juli 2014 de Wajong 2015 nog niet in werking is getreden. Sterker nog, op dat moment was de Invoeringswet Participatiewet nog niet eens in het Staatsblad verschenen (dat gebeurde pas op 15 juli 2014, *Stb.* 2014, 270).
3. Om te voorkomen dat in 2014 een stuwmeer zou ontstaan van aanvragen waarop de Wajong 2015 van toepassing is (namelijk van aanvragers die na 1 januari 2015 achttien jaar worden), heeft het UWV een beleid ontwikkeld, waarbij deze aanvragen worden beoordeeld volgens de normen van de Wajong 2010 als vóór 1 januari 2015 al onderzoek door de verzekeringarts of arbeidsdeskundige is verricht. Wordt bij deze beoordeling vastgesteld dat de betrokkene volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is in de zin van art. 2:4 Wajong 2010, dan wordt per achttiende verjaardag (dus met een ingangsdatum in 2015) een uitkering toegekend op grond van de Wajong 2015.

De beoordeling volgens de Wajong 2010 geschiedt met behulp van het CBBS (Claimbeoordelings- en Borgingssysteem) en is gebaseerd op de loonwaarde van bij de belastbaarheid passende concrete functies, terwijl de beoordeling volgens Wajong 2015 wordt uitgevoerd volgens de methode SMBA (Sociaal-Medische Beoordeling Arbeidsvermogen), waarbij de geschiktheid voor concrete functies en de loonwaarde daarvan geen rol speelt. Anders gezegd: bij de Wajong 2010 wordt de verdien capaciteit beoordeeld en bij de Wajong 2015 het arbeidsvermogen.

Het hiervoor bedoelde overgangsbeleid is te vinden in Uitvoeringsbericht SMZ UBSMZ 1501-001 van 9 januari 2015, maar is niet gepubliceerd. Dat leidt tot de vraag hoe dat beleid moet worden gekwalificeerd.

Omdat een betrokkene (veel) eerder als jonggehandicapt in de zin van de Wajong 2010 zal worden aangemerkt dan als jonggehandicapt in de zin van de Wajong 2015, kwalificeert de rechtbank dit beleid als buitenwettelijk begunstigend beleid. Dat betekent dat de rechtbank de aanwezigheid daarvan als een gegeven dient te beschouwen en dient te toetsen of het UWV dit beleid op de juiste wijze heeft toegepast.

De Rechtbank Oost-Brabant wijkt daarmee af van de Rechtbank Den Haag, die in zijn uitspraak van 7 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:175, dit beleid heeft afgewezen. De Rechtbank Den

Haag wijst erop dat de Wajong 2015 een wezenlijk ander beoordelingskader kent en dat de uitkomst van een beoordeling met behulp van het CBBS (Wajong 2010) niet goed te vertalen is naar een uitkomst volgens de methode SMBA (Wajong 2015). Het voorkomen van vertraging in de uitvoering is voor de Rechtbank Den Haag onvoldoende om van de toepasselijke wettelijke regeling af te wijken.

4. Op zich lijkt mij de kwalificatie als buitenwettelijk begunstigend beleid wel juist. Maar bij de beschrijving van waar die begunstiging nu precies in zit, gaat de Rechtbank Oost-Brabant in onderhavige uitspraak te kort door de bocht. De rechtbank stelt dat de (blijvende) onmogelijkheid tot het verrichten van loonvormende arbeid (lees: functies) in beginsel met zich meebrengt dat aan het Wajong 2010-criterium voor volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid is voldaan, terwijl in de Wajong 2015 pas is voldaan aan het criterium 'duurzaam geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' als de betrokkene de kleinste eenheid van een functie (bestaande uit één of meerdere handelingen) niet kan uitvoeren in een arbeidsorganisatie, dan wel de ingezetene niet over basale werknemersvaardigheden beschikt of (kort gezegd) slechts voor een zeer beperkte arbeidsduur belastbaar is.

De rechtbank lijkt zich daarbij geen rekenschap te geven van het slot van het tweede lid van art. 2:4 Wajong 2010, namelijk dat onder duurzaam wordt verstaan een medisch stabiele of verslechterende situatie *en het blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie*. Voor de problemen die deze toevoeging aan het duurzaamheids criterium van de Wajong 2010 oplevert, verwijs ik naar mijn noot onder de onder 1 genoemde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam.

In casu betekent dit dat de rechtbank toetst of "eiseres terecht niet als volledig en duurzaam arbeidsongeschikt in de zin van art. 2:4 Wajong 2015 is aangemerkt". Ik neem aan dat de verwijzing naar de Wajong 2015 hier een 'slip of the keyboard' is, aangezien het buitenwettelijk begunstigend beleid nu juist inhoudt dat wordt getoetst aan art. 2:4 Wajong 2010. In de Wajong 2015 heeft art. 2:4 een andere inhoud dan in de Wajong 2010.

5. Uitgaande van de Wajong 2010 moet eerst worden vastgesteld of sprake is van volledige arbeidsongeschiktheid in de zin van het ontbre-

ken van verdien capaciteit. Als dat het geval is, moet worden beoordeeld of die situatie een duurzaam karakter heeft.

De eerste stap is snel gezet, omdat voor eiseres geen functies in gangbare arbeid (lees: CBBS-functies) kunnen worden geduid. Volgens de bezwaararbeidsdeskundige kan de noodzakelijke voortdurende begeleiding van eiseres, in combinatie met een aanmerkelijk vertraagd handelings-tempo, niet bij een werkgever in een reguliere arbeidsbetrekking worden gerealiseerd. Of de medische situatie van eiseres (syndroom van Down) moet worden gekwalificeerd als stabiel of verslechterend dan wel dat op lange termijn slechts een geringe kans op herstel bestaat, blijkt niet met zoveel woorden uit de uitspraak, maar het ligt voor de hand dat dit het geval is. Uitgaande van het duurzaamheids criterium zoals wij dat kennen uit de Wet WIA, is dan sprake van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid.

6. Maar het duurzaamheids criterium in art. 2:4 lid 2 Wajong 2010 is ten opzichte van het duurzaamheids criterium van de Wet WIA uitgebreid met de eis dat ook sprake moet zijn van het 'blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie'. Het UWV stelt dat daarvan geen sprake is, omdat eiseres wel in staat wordt geacht om de minimale arbeidsprestatie te leveren, die nodig is om te kunnen werken onder beschutte (WSW-) omstandigheden.

De rechtbank oordeelt echter dat de geschiktheid voor beschutte arbeid in het midden kan blijven, omdat op grond van art. 2:5 lid 4 Wajong 2015 (lees: 2010) buiten beschouwing moet blijven, hetgeen wordt of kan worden ontvangen voor arbeid verricht bij wijze van sociale werkvoorziening als bedoeld in hoofdstuk 2 of 3 van de Wet sociale werkvoorziening. Omdat art. 2:5 een nadere invulling behelst van art. 2:4, komt de rechtbank tot de conclusie dat onder 'mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' in art. 2:4 lid 1 niet kan worden begrepen het verrichten van arbeid onder beschutte (niet-reguliere) omstandigheden.

Hier slaat de rechtbank de plank volledig mis. In het vierde lid van art. 2:5 Wajong 2010 staat dat bij de toepassing van *dit artikel* (dus art. 2:5) buiten beschouwing wordt gelaten, hetgeen wordt of kan worden ontvangen voor arbeid

verricht bij wijze van sociale werkvoorziening en niet dat dit het geval is bij de toepassing van art. 2:4.

In het eerste lid van art. 2:5 Wajong 2010 is bepaald dat de beoordeling van wat iemand met arbeid kan verdienen, alsmede de beoordeling of iemand volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is, wordt gebaseerd op een verzekeringsgeneeskundig en voor zover nodig een arbeidskundig onderzoek.

Het tweede, derde en vierde lid geven een nadere afbakening van de beoordeling van wat iemand met arbeid kan verdienen:

- het tweede lid bepaalt dat bij het vaststellen van hetgeen betrokkene met arbeid kan verdienen, zo mogelijk, rekening wordt gehouden met verkregen nieuwe bekwaamheden, maar niet met de mogelijkheden om die arbeid daadwerkelijk te verkrijgen;
- het derde lid bepaalt dat onder arbeid als bedoeld in het tweede lid wordt verstaan alle algemeen geaccepteerde arbeid, waartoe de betrokkene met zijn krachten en bekwaamheden in staat is;
- het vierde lid zondert arbeid die wordt verricht bij wijze van sociale werkvoorziening, daarvan weer uit.

Art. 2:4 lid 4 Wajong 2010 leidt er uitsluitend toe dat arbeid die wordt verricht bij wijze van sociale werkvoorziening, niet meetelt bij de vaststelling van de *resterende verdien capaciteit*. Op de beoordeling of iemand volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is, heeft dit artikellid geen betrekking.

7. Daarmee is de uitspraak een mooi voorbeeld van de verwarring waartoe de introductie van een met het onderliggende arbeidsongeschiktheidsbegrip (verdien capaciteit) niet te verenigen definitie van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid (arbeids capaciteit) kan leiden.

1. Waar de Rechtbank Amsterdam in zijn uitspraak van 14 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2123, «USZ» 2016/251, m.nt. E. van den Bogaard, kritiekloos het criterium van de Wajong 2015 (hoofdstuk 1a van de Wajong) toepast op de beoordeling van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid in het kader van de Wajong 2010 (hoofdstuk 2 van de Wajong) en daarbij onder andere verwijst naar de in de Participatiewet bestaande mogelijkheid van beschut werk, doet de Rechtbank Oost-Brabant in de hier gepubliceerde uitspraak een

moedige poging om de scherpste randjes van de Wajong 2015 af te slijpen. Maar ik vrees dat deze poging bij de Centrale Raad van Beroep niet in stand zal blijven.

2. Eiseres heeft het syndroom van Down. Op 17 januari 2015 wordt zij 18. Reeds op 7 juli 2014 vraagt zij Wajong aan en die aanvraag wordt op 3 december 2014 afgewezen.

Omdat eiseres na 1 januari 2015 18 jaar wordt, is op haar aanvraag de Wajong 2015 van toepassing en moet worden beoordeeld of zij duurzaam geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie heeft, als bedoeld in art. 1a lid 1 Wajong 2015.

Het probleem is echter dat op het moment van de aanvraag in juli 2014 de Wajong 2015 nog niet in werking is getreden. Sterker nog, op dat moment was de Invoeringswet Participatiewet nog niet eens in het *Staatsblad* verschenen (dat gebeurde pas op 15 juli 2014, *Stb.* 2014, 270).

3. Om te voorkomen dat in 2014 een stuwmeer zou ontstaan van aanvragen waarop de Wajong 2015 van toepassing is (omdat de aanvragers na 1 januari 2015 18 jaar worden), heeft het UWV een beleid ontwikkeld, waarbij deze aanvragen worden beoordeeld volgens de normen van de Wajong 2010 als vóór 1 januari 2015 al onderzoek door de verzekeringsarts of arbeidsdeskundige is verricht. Wordt bij deze beoordeling vastgesteld dat de betrokkene volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is in de zin van art. 2:4 Wajong 2010, dan wordt per achttiende verjaardag (dus met een ingangsdatum in 2015) een uitkering toegekend op grond van de Wajong 2015. Omdat een betrokkene (veel) eerder als jonggehandicapte in de zin van de Wajong 2010 zal worden aangemerkt dan als jonggehandicapte in de zin van de Wajong 2015, kwalificeert de rechtbank dit beleid als buitenwettelijk begunstigend beleid. Dat betekent dat de rechtbank de aanwezigheid daarvan als een gegeven dient te beschouwen en dient te toetsen of het UWV dit beleid op de juiste wijze heeft toegepast.

De Rechtbank Oost-Brabant wijkt daarmee af van de Rechtbank Den Haag, die in zijn uitspraak van 7 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:175, dit beleid heeft afgewezen. De Wajong 2015 kent een wezenlijk ander beoordelingskader en de uitkomst van een beoordeling met behulp van het CBBS (Claimbeoordelings- en Borgingssysteem; Wajong 2010) is niet goed te vertalen naar een uitkomst volgens de methode SMBA (So-

ciaal Medische Beoordeling Arbeidsvermogen; Wajong 2015). Het voorkomen van vertraging in de uitvoering is voor de Rechtbank Den Haag onvoldoende om van de toepasselijke wettelijke regeling af te wijken.

4. Op zich lijkt mij de kwalificatie als buitenwettelijk begunstigend beleid wel juist. Maar bij de beschrijving van waar die begunstiging nu precies in zit, gaat de Rechtbank Oost-Brabant in onderhavige uitspraak te kort door de bocht. De rechtbank stelt dat de (blijvende) onmogelijkheid tot het verrichten van loonvormende arbeid (lees: functies) in beginsel met zich meebrengt dat aan het Wajong 2010-criterium voor volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid is voldaan, terwijl in de Wajong 2015 pas is voldaan aan het criterium 'duurzaam geen mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' als de betrokkene de kleinste eenheid van een functie (bestaande uit een of meerdere handelingen) niet kan uitvoeren in een arbeidsorganisatie, dan wel de ingezetene niet over basale werknemersvaardigheden beschikt of (kort gezegd) slechts voor een zeer beperkte arbeidsduur belastbaar is.

De rechtbank lijkt zich daarbij geen rekenschap te geven van het slot van het tweede lid van art. 2:4 Wajong 2010, namelijk dat onder 'duurzaam' wordt verstaan een medisch stabiele of verslechterende situatie en het blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie. Voor de problemen die deze toevoeging aan het duurzaamheids criterium van de Wajong 2010 oplevert, verwijs ik naar mijn noot onder de onder 1 genoemde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. In casu betekent dit dat de rechtbank toetst of "eiseres terecht niet als volledig en duurzaam arbeidsongeschikt in de zin van art. 2:4 Wajong 2015 is aangemerkt". Ik neem aan dat de verwijzing naar de Wajong 2015 hier een 'slip of the keyboard' is, aangezien het buitenwettelijk begunstigend beleid nu juist inhoudt dat wordt getoetst aan art. 2:4 Wajong 2010. In de Wajong 2015 heeft art. 2:4 een andere inhoud dan in de Wajong 2010.

5. Uitgaande van de Wajong 2010 moet eerst worden vastgesteld of sprake is van volledige arbeidsongeschiktheid in de zin van het ontbreken van verdien capaciteit. Als dat het geval is, moet worden beoordeeld of die situatie een duurzaam karakter heeft.

De eerste stap is snel gezet, omdat voor eiseres geen functies in gangbare arbeid (lees: CBBS-functies) kunnen worden geduid. Volgens de bezwaararbeidsdeskundige kan de noodzakelijke voortdurende begeleiding van eiseres, in combinatie met een aanmerkelijk vertraagd handelingstempo, niet bij een werkgever in een reguliere arbeidsbetrekking worden gerealiseerd. Of de medische situatie van eiseres (syndroom van Down) moet worden gekwalificeerd als stabiel of verslechterend dan wel dat op lange termijn slechts een geringe kans op herstel bestaat, blijkt niet met zoveel woorden uit de uitspraak, maar het ligt voor de hand dat dit het geval is. Uitgaande van het duurzaamheids criterium zoals wij dat kennen uit de Wet WIA, is dan sprake van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid.

6. Maar het duurzaamheids criterium in art. 2:4 lid 2 Wajong 2010 is ten opzichte van het duurzaamheids criterium van de Wet WIA uitgebreid met de eis dat ook sprake moet zijn van het 'blijvend ontbreken van mogelijkheden tot arbeidsparticipatie'. Het UWV stelt dat daarvan geen sprake is, omdat eiseres wel in staat wordt geacht om de minimale arbeidsprestatie te leveren, die nodig is om te kunnen werken onder beschutte (Wsw-)omstandigheden. De rechtbank oordeelt echter dat de geschiktheid voor beschutte arbeid in het midden kan blijven, omdat op grond van art. 2:5 lid 4 Wajong 2015 (lees: 2010) buiten beschouwing moet blijven, hetgeen wordt of kan worden ontvangen voor arbeid verricht bij wijze van sociale werkvoorziening als bedoeld in hoofdstuk 2 of 3 van de Wet sociale werkvoorziening. Omdat art. 2:5 een nadere invulling behelst van art. 2:4, komt de rechtbank tot de conclusie dat onder 'mogelijkheden tot arbeidsparticipatie' in art. 2:4 lid 1 niet kan worden begrepen het verrichten van arbeid onder beschutte (niet-reguliere) omstandigheden.

Hier slaat de rechtbank de plank volledig mis. In het vierde lid van art. 2:5 Wajong 2010 staat dat bij de toepassing van dit artikel (dus art. 2:5) buiten beschouwing wordt gelaten, hetgeen wordt of kan worden ontvangen voor arbeid verricht bij wijze van sociale werkvoorziening en niet dat dit het geval bij de toepassing van art. 2:4.

In het eerste lid van art. 2:5 Wajong 2010 is bepaald dat de beoordeling van wat iemand met arbeid kan verdienen, alsmede de beoordeling of iemand volledig en duurzaam arbeidsonge-

schikt is, wordt gebaseerd op een verzekeringsgeneeskundig en voor zover nodig een arbeidskundig onderzoek. Het tweede, derde en vierde lid geven een nadere afbakening van de beoordeling van wat iemand met arbeid kan verdienen:

– het tweede lid bepaalt dat bij het vaststellen van hetgeen betrokkene met arbeid kan verdienen, zo mogelijk, rekening wordt gehouden met verkregen nieuwe bekwaamheden, maar niet met de mogelijkheden om die arbeid daadwerkelijk te verkrijgen;

– het derde lid bepaalt dat onder ‘arbeid’ als bedoeld in het tweede lid wordt verstaan alle algemeen geaccepteerde arbeid, waartoe de betrokkene met zijn krachten en bekwaamheden in staat is;

– het vierde lid zondert arbeid die wordt verricht bij wijze van sociale werkvoorziening, daarvan weer uit.

Art. 2:4 lid 4 Wajong 2010 leidt er toe dat arbeid die wordt verricht bij wijze van sociale werkvoorziening, niet meetelt bij de vaststelling van de resterende verdien capaciteit. Maar op de beoordeling of iemand volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is, heeft dit artikellid geen betrekking.

7. Daarmee is de uitspraak een mooi voorbeeld van de verwarring waartoe de introductie van een met het onderliggende arbeidsongeschiktheidsbegrip (verdien capaciteit) niet te verenigen definitie van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid (arbeidscapaciteit) kan leiden.

E. van den Bogaard,

Ed van den Bogaard is advocaat bij Westhoff Advocaten te Amsterdam

Werkloosheid

253

Centrale Raad van Beroep
27 mei 2016, nr. 14/5580 WW e.v.,
ECLI:NL:CRVB:2016:1956
(Lange, Rottier, Van Dun)
Noot S.E. Heeger-Hertter

Betalingsonmacht. ‘Laatste redmiddel’-jurisprudentie. Misbruik. Benadelingshandeling.

[Richtlijn 2008/94/EG art. 5, 12; WW art. 62]

Essentie: Anders dan de Raad eerder heeft geoordeeld, is het kenschetsen van de regeling van hoofdstuk IV van de WW als laatste redmiddel niet in overeenstemming met het sociale doel van de Insolventierichtlijn.

Samenvatting: Het kenschetsen van de regeling van hoofdstuk IV van de WW als laatste redmiddel is als zodanig niet in overeenstemming met de minimumbescherming die de Insolventierichtlijn werknemers beoogt te bieden. De Insolventierichtlijn geeft in art. 12 (voorkomen van misbruik) noch in art. 5 (de goede werking van de waarborgfondsen) een bevoegdheid om maatregelen te treffen die het mogelijk maken om loonbetalingsverplichtingen van het waarborgfonds te weigeren, alleen omdat een werknemer niet voldoende tijdig en adequaat actie jegens zijn werkgever heeft ondernomen deze tot nakoming van zijn betalingsverplichtingen jegens hem te doen overgaan. De benadelingshandeling in de zin van art. 24 lid 5 WW aldus invullen, zonder dat (ook) sprake is van onrechtmatige praktijken die de waarborgfondsen schade berokkenen door een salarisaanspraak te fingeren en die voor deze fondsen aldus onrechtmatig een betalingsaanspraak doen ontstaan, is een te ruime opvatting van de mogelijkheden die de Insolventierichtlijn biedt om betalingsverplichtingen van een waarborgfonds te beperken.