



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De gelijkwaardige voorziening: geen gezeik iedereen rijk?

Jansen, N.

DOI

[10.5553/TvO/254253152017002003006](https://doi.org/10.5553/TvO/254253152017002003006)

Publication date

2017

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Ontslagrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Jansen, N. (2017). De gelijkwaardige voorziening: geen gezeik iedereen rijk? *Tijdschrift voor Ontslagrecht*, 2017(3), 148-154. <https://doi.org/10.5553/TvO/254253152017002003006>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

De gelijkwaardige voorziening: geen gezeik iedereen rijk?

mr. Niels Jansen*

1. Inleiding

Vanuit het niets op de radar. De gelijkwaardige voorziening leek na anderhalf jaar Wwz veroordeeld tot een anoniem bestaan, maar niets blijkt minder waar. De oogst van het huidige kalenderjaar tot heden: vijf uitspraken en een controversieel verklaard wetsvoorstel. Al met al genoeg reden deze rechtsfiguur aan een nader onderzoek te onderwerpen. Of een cao-voorziening op individueel niveau gelijkwaardig dient te zijn, is blijkens de gepubliceerde rechtspraak niet het enige knelpunt voor de praktijk en niet de enige interessante (en voor de praktijk relevante) rechtsvraag. Ik bespreek in dit artikel niet alleen een aantal juridische knelpunten met betrekking tot de huidige regeling, maar behandel ook het op 18 april 2017 controversieel verklaarde wetsvoorstel. De resultaten van een empirisch onderzoek naar het gebruik van de regeling in de praktijk heb ik in dit artikel verwerkt. Ik sluit af met een aanbeveling voor de wetgever.

2. De gelijkwaardige voorziening onder de Wwz

De transitievergoeding heeft een dubbele functie en is enerzijds bedoeld om de transitie naar ander werk te vergemakkelijken en anderzijds bedoeld als compensatie voor het ontslag.¹ De wettelijk vastgestelde transitievergoeding zou moeten bijdragen aan de voorspelbaarheid van het ontslag, hetgeen ontslag eenvoudiger en sneller maakt. Een voorspelling van de minister bij invoering van de Wwz was voorts dat de gemiddelde (transitie)vergoeding bij ontslag gemiddeld lager zou zijn dan de gemiddelde ontslagvergoeding van vóór invoering van de Wwz, waardoor werkgeverslasten zouden dalen en werkgevers sneller geneigd zouden zijn werknemers in vaste dienst te nemen.² Uit recent onderzoek komt naar voren dat invoering van de transitievergoeding ertoe heeft geleid dat de ontslagvergoedingen die worden betaald bij een beëindiging met wederzijds goedvinden

zijn gedaald³ en dat ook de hoogte van ontslagvergoedingen in sociaal plannen is afgenomen.⁴ Op basis van deze onderzoeken kan gezegd worden dat de Wwz inderdaad in het algemeen qua vergoedingen een verlaaging van de werkgeverslasten bij ontslag tot gevolg heeft gehad. Niettemin verdient opmerking dat een werkgever in een concreet geval door invoering van de transitievergoeding juist geconfronteerd kan worden met veel hogere ontslagkosten. Denk aan een werkgever die voor invoering van de Wwz zijn ontslagen via het UWV 'regelde' en geen vergoeding betaalde, de arbeidsongeschikte werknemer die na 104 weken wordt ontslagen en het tijdelijke dienstverband dat ten minste twee jaar heeft geduurd en op initiatief van de werkgever niet wordt verlengd. Uit recente cijfers van het CBS blijkt dat de banengroei (ook van vaste contracten) in het eerste kwartaal van 2017 de grootste was sinds 2008.⁵ Of dat louter of mede gevolg is van de Wwz of slechts of mede veroorzaakt wordt door een toegenomen economische groei laat ik verder onbesproken.

Blijkens de memorie van toelichting en het Sociaal Akkoord 2013 was het een expliciete wens van sociale partners bij cao af te kunnen wijken van de wettelijke transitievergoeding. Sociale partners wilden de bevoegdheid behouden zelf voorzieningen te treffen voor het bevorderen van werk-naar-werktransities.⁶ Teneinde aan deze wens van sociale partners tegemoet te komen is artikel 7:673b BW in de wet opgenomen, op grond waarvan de transitievergoeding niet verschuldigd is indien in een cao een gelijkwaardige voorziening is opgenomen. Onder een gelijkwaardige voorziening wordt verstaan een voorziening in geld of natura (of een combinatie daarvan) die het equivalent vormt van hetgeen waarop een werknemer aanspraak kan maken op grond van de wet.⁷ De gelijkwaardige voorziening kan bijvoorbeeld bestaan uit een eigen vergoedingsregeling, scholingsactiviteiten, outplacement of een bovenwettelijke WW-regeling.

* Niels Jansen is als docent/onderzoeker arbeidsrecht verbonden aan de Universiteit van Amsterdam.

1. *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 38.*
2. *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 5.*

3. A. Heyma e.a., *De kosten van ontslag met wederzijds goedvinden voor werkgevers*, Amsterdam: SEO economisch onderzoek 2017 (in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken).
4. AAVN-benchmark sociale plannen 2016.
5. Opnieuw banengroei, CBS 16 mei 2017.
6. *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 42 en Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020. Verantwoordelijkheid nemen én dragen, kansen creëren én benutten*, Stichting van de Arbeid 11 april 2013, p. 30.
7. *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 42 en 114.*

3. Het wetsvoorstel wijziging transitievergoeding bij bedrijfseconomisch ontslag

Iets meer dan een jaar geleden kondigde de minister van SZW wijzigingen aan met betrekking tot de gelijkwaardige voorziening vanwege belemmeringen die de wettelijke regeling voor de praktijk zou meebrengen.⁸ ‘Het voorschrift dat op het niveau van de individuele werknemer sprake moet zijn van een gelijkwaardige voorziening is een belemmering om bij ontslagen om bedrijfseconomische redenen te komen tot collectieve afspraken die recht doen aan de specifieke situatie van een sector of onderneming of om te komen tot collectieve (sectorale) afspraken over van werk naar werk, bijvoorbeeld met gebruikmaking van hiervoor in te richten mobiliteitscentra. Het is immers praktisch ondoenlijk om hiermee verband houdende kosten toe te rekenen aan een individuele werknemer. Bovendien zullen deze kosten in omvang variëren al naar de gelang de mate waarin de werknemer gebruik maakt van de diensten van dergelijke centra.’, aldus de minister.⁹ Kortom, de huidige voorziening ex artikel 7:673b BW dient op individueel niveau gelijkwaardig te zijn en dat werkt in de praktijk niet. De aangekondigde wijziging van artikel 7:673b BW zou volgens de minister gaan meebrengen dat de bij cao geregelde voorziening niet langer op individueel niveau gelijkwaardig zou hoeven te zijn aan de transitievergoeding waarop een werknemer recht heeft. Cao-partijen mogen zelf gaan bepalen of de voorziening gelijkwaardig is, wat de omvang en inhoud van de voorziening zal zijn en wie de voorziening verschuldigd is.¹⁰

In maart 2017 verscheen een wetsvoorstel tot wijziging van artikel 7:673b BW. Op grond van het gewijzigde artikel 7:673b BW zou een transitievergoeding niet verschuldigd zijn bij een bedrijfseconomisch ontslag, indien op grond van de cao recht bestaat op een voorziening die bijdraagt aan het beperken van werkloosheid, op een redelijke financiële vergoeding, of op een combinatie daarvan.¹¹ Bijzonder aan het wetsvoorstel is dat alleen nog maar bij een bedrijfseconomisch ontslag de transitievergoeding kan worden vervangen door een voorziening in de cao. Voor alle andere ontslagredenen komt de afwijking op grond van dit wetsvoorstel te vervallen. In de toelichting is hierover opgemerkt dat ‘bij ontslagen om persoonlijke redenen de transitievergoe-

ding mede bedoeld is als compensatie voor eventuele verwijtbaarheid aan het ontslag van de zijde van de werkgever en daarmee tevens als stimulans voor een individuele werkgever om zorgvuldig met zijn personeel om te gaan. Dat laatste gaat verloren als de mogelijkheid blijft bestaan een aan de transitievergoeding gelijkwaardige voorziening overeen te komen die geen of minder lasten voor een individuele werkgever met zich brengt, bijvoorbeeld omdat een dergelijke voorziening wordt betaald uit een fonds.’¹² Deze motivering wekt enige verbazing omdat ook bij een bedrijfseconomisch ontslag sprake kan zijn van verwijtbaarheid van de werkgever en in het licht daarvan bestaat geen rechtvaardiging voor een andere behandeling van de verschillende ontslaggronden. Dat de transitievergoeding is bedoeld ter compensatie van verwijtbaarheid van de werkgever volgt niet duidelijk uit de parlementaire geschiedenis. Aan de andere kant volgt uit de parlementaire geschiedenis ook niet dat de transitievergoeding daarvoor niet kan dienen. De transitievergoeding is mede een compensatie voor ontslag en dat kan ook betrekking hebben op de wijze waarop dat ontslag tot stand is gekomen, terwijl de billijke vergoeding alleen bedoeld is voor ernstige verwijtbaarheid.¹³ Het is wellicht lastig te aanvaarden dat de transitievergoeding mede is bedoeld ter compensatie van verwijtbaarheid, terwijl die verwijtbaarheid op geen enkele manier tot uitdrukking komt in de hoogte van de vergoeding. Ik bedoel daarmee te zeggen dat een redelijk maar niet ernstig verwijtbaar handelende werkgever geen hogere transitievergoeding betaalt dan een keurig handelende werkgever. Toch is die benadering niet veel anders dan bij de compensatie voor een transitie. Een werknemer krijgt ook geen lagere vergoeding als hij al een andere baan heeft en zodoende geen transitie hoeft te maken.

De minister heeft in de toelichting nog een reden genoemd voor het behoud van de cao-voorziening bij ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen. Volgens de minister kan de verschuldigdheid van een transitievergoeding bij ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen onder omstandigheden een te zware belasting zijn. Ook kan de verschuldigdheid van een transitievergoeding bij bedrijfsbeëindiging tot gevolg hebben dat de door een werkgever gereserveerde middelen voor een pensioenvoorziening moeten worden aangewend voor het betalen van ontslagvergoedingen. Dit zou door werkgevers als onrechtvaardig worden ervaren. Omdat werknemers die worden geconfronteerd met een bedrijfsbeëindiging niettemin op zoek moeten naar een andere baan, heeft de minister niet overwogen om in geval van bedrijfsbeëindiging werknemers uit te sluiten van het recht op een transitievergoeding. Deze problematiek, dus enerzijds behoud van voldoende middelen voor de werkgever voor pensioen en anderzijds behoud van voldoende middelen voor de werknemer voor het maken een transitie, kan volgens de minister het best

8. Voorstel van wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid (34699).

9. Kamerbrief van 21 april 2016, ref. 2016-0000107380, betreft: Aanpassing Wet werk en zekerheid en indiening Tweede nota van wijziging wetsvoorstel arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie, p. 2 en 3.

10. Kamerbrief van 21 april 2016, ref. 2016-0000107380, betreft: Aanpassing Wet werk en zekerheid en indiening Tweede nota van wijziging wetsvoorstel arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie, p. 2 en 3.

11. *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, 2.

12. *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, 3, p. 10 en 11.

13. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32.

worden opgelost door in cao's voorzieningen te treffen die in de plaats komen van de transitievergoeding, maar die niet per se op individueel niveau gelijkwaardig hoeven te zijn aan de transitievergoeding.¹⁴ De motivering van de minister is niet gestoeld op onderzoek of cijfermateriaal, althans dat blijkt niet uit de parlementaire geschiedenis.

Kortom, de gelijkwaardige voorziening in de huidige vorm komt te vervallen en daarvoor in de plaats komt een regeling die toestaat dat alleen bij bedrijfseconomisch ontslag in de cao voorzieningen kunnen worden getroffen die de transitievergoeding vervangen.

In de toelichting is ook nog een en ander opgemerkt over de aard van de cao-voorzieningen. Het moet volgens het wetsvoorstel gaan om een voorziening die bijdraagt aan het beperken van werkloosheid, aanspraak geeft op een redelijke financiële vergoeding, of om een combinatie daarvan. Als het gaat om een voorziening om werkloosheid te beperken, zal deze daadwerkelijk moeten kunnen bijdragen aan het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de duur van werkloosheid en dus gericht moeten zijn op duurzame inschakeling in een andere baan. Als uitsluitend recht bestaat op een financiële vergoeding, dan moet dat volgens de gewijzigde wettekst een redelijke vergoeding zijn. Redelijk is volgens de minister de transitievergoeding, maar de vergoeding kan lager zijn wanneer naar het oordeel van cao-partijen de financieel-economische situatie zodanig is dat het omwille van de continuïteit van een bedrijf of van bedrijven in een sector niet verantwoord is om vergoedingen van het niveau van de transitievergoeding te verstrekken. De vergoeding kan ook lager zijn indien sprake is van een combinatie met voorzieningen die bijdragen aan het beperken van werkloosheid. De minister heeft verder opgemerkt dat het aan cao-partijen is om de inhoud van de voorzieningen te bepalen en dus in eerste instantie aan hen is te oordelen of is voldaan aan de wettelijke vereisten. Als in een individueel geval een geschil bestaat, is het uiteindelijk aan de rechter.¹⁵

Het was de bedoeling van de wetgever om de gewijzigde regeling per 1 januari 2018 in werking te laten treden, maar op 18 april 2017 is dit wetsvoorstel door de Tweede Kamer controversieel verklaard.¹⁶ Voorlopig geldt dus nog de huidige regeling. De Raad van State heeft wel al advies gegeven over dit wetsvoorstel¹⁷ en de opmerkingen van de Afdeling komen in de volgende paragrafen nog aan de orde.

4. Gelijkwaardige voorzieningen in de praktijk

Volgens de minister van SZW vormt de huidige regeling van artikel 7:673 BW een belemmering voor cao-partijen om te komen tot eigen regels met betrekking tot het bevorderen van werk-naar-werktransities. Volgens de minister blijkt uit onderzoek onder 88 sociale plannen die als cao zijn aangemeld dat in maar 12 sociale plannen een gelijkwaardige voorziening is getroffen. Overigens zijn deze voorzieningen volgens de minister allemaal alleen van toepassing op werknemers die om bedrijfseconomische redenen boventallig zijn, hetgeen ook niet zo gek is, want daarvoor zijn sociaal plannen immers veelal bedoeld.¹⁸ De minister heeft geen overzicht gegeven van de onderzochte cao's en de cao's waarin een gelijkwaardige voorziening voorkomt. De opmerkingen van de minister gaven aanleiding voor een eigen onderzoek.

Het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid doet jaarlijks onderzoek naar cao's teneinde bewindslieden en beleidsdirecties te kunnen adviseren. Voor dit onderzoek maakt het ministerie gebruik van de bij het ministerie aangemelde cao's. In dit onderzoek worden alle bedrijfstakcao's betrokken die betrekking hebben op meer dan 8000 werknemers en alle ondernemingscao's die betrekking hebben op meer dan 2500 werknemers. Op basis van deze onderzoeksgroep wordt een zo representatief mogelijk beeld geschetst van het cao-overleg. Ik heb mijn onderzoek zo veel mogelijk aangesloten op dezelfde onderzoeksgroep.¹⁹ Ik heb in elk geval in 9 van de bijna 100 onderzochte cao's (en sociaal plannen) een gelijkwaardige voorziening gevonden.²⁰ In veel gevallen is de gelijkwaardige voorziening inderdaad gekoppeld aan een ontslag wegens bedrijfseconomische reden, maar daarvan is niet altijd sprake. Zo voorziet de Cao GVB 2016 in een bovenwettelijke WW-uitkering die in het algemeen verschuldigd is bij werkloosheid, ongeacht de ontslagreden.²¹ De Cao Rabobank (2017-2020), de Cao ING (2015-2017) en de Cao Nationale Nederlanden (2016-2018) voorzien mede in een arbeidsongeschiktheidspensioen indien een werknemer na 104 weken wordt ontslagen wegens langdurige arbeidsongeschik-

14. *Kamerstukken II 2016/17, 34699, 3, p. 8.*

15. *Kamerstukken II 2016/17, 34699, 3, p. 10.*

16. *Kamerstukken II 2016/17, 34707, 8, p. 19.* Zie ook: Kamerbrief van 7 april 2017, ref. 2017-0000061625, betreft: gevolgen controversieel verklaren wetsvoorstellen, p. 2 en 3.

17. *Kamerstukken II 2016/17, 34699, 4.*

18. *Kamerstukken II 2016/17, 34699, 11.*

19. Zie ook: N. Zekic, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht* (diss. Tilburg, Tilburg University), Deventer: Kluwer 2014, p. 10 e.v.

20. Cao NS 2015-2017, hoofdstuk 11, art. 1 sub d (cumulatie van vergoedingen); Cao Welzijn 2016-2017, art. 7.5 (overgangsregeling wachtgeld of transitievergoeding); Sociaal Plan 2016-2017, hoofdstuk 5 (transitievergoeding plus aanvulling), hoofdstuk 5; Sociaal Plan Flora-Holland 2015-2017 art. 12 (transitievergoeding plus aanvulling); Cao GVB 2016, art. 17.24 (bovenwettelijke WW-uitkering); Sociaal Plan ABN 2017-2020, art. 5.2 sub e (vertrekpremie); Sociaal Plan ING 2015-2017, art. 7.9 (beëindigingsvergoeding); Cao ING 2015-2017, art. 6.4 (arbeidsongeschiktheidspensioen); Cao Rabobank 2017-2020, Deel II, art. 5.5 (arbeidsongeschiktheidspensioen) en Deel III, art. 6.4.4 (beëindigingsvergoeding); Sociaal Plan UWV 2017-2019, art. 2 (zoektermijn en suppletierregeling); Cao Nationale Nederlanden 2016-2018, art. 7.4.6 (arbeidsongeschiktheidspensioen).

21. Cao GVB 2016, hoofdstuk 17.

heid en dit pensioen is aangemerkt als gelijkwaardige voorziening.

5. Een aantal knelpunten

5.1 Gelijkwaardig op individueel niveau

Op het moment van invoering van de Wwz was nog niet helemaal helder of de gelijkwaardige voorziening ex artikel 7:673b BW meebracht dat de cao-voorziening op individueel niveau gelijkwaardig diende te zijn. De toelichting van de minister in de hiervoor besproken brief van 21 april 2016 en de memorie van toelichting bij het controversieel verklaarde wetsvoorstel hebben op dit punt helderheid verschaft. Bij de huidige regeling moet het inderdaad gaan om een gelijkwaardige voorziening op individueel niveau. Opmerkelijk in dit verband is een recente uitspraak van Kantonrechter Groningen die overwoog dat de wet er niet toe dwingt dat wordt bekeken hoe een in de cao opgenomen voorziening achteraf individueel uitwerkt.²² Daartoe dwingt de letterlijke tekst van de wet inderdaad niet, maar het standpunt van de minister wijst ontegenzeggelijk in die richting.

Dat een cao-voorziening op individueel niveau gelijkwaardig dient te zijn, roept de vraag op of het hiervoor genoemde arbeidsongeschiktheidspensioen dat in de Cao Rabobank, Cao ING en Cao Nationale Nederlanden is opgenomen, wel steeds als gelijkwaardige voorziening in de zin van artikel 7:673b BW kan worden aangemerkt. Als de gekapitaliseerde waarde van het arbeidsongeschiktheidspensioen in een concreet geval immers lager is dan de transitievergoeding, kan dan nog wel worden gesproken van een gelijkwaardige voorziening? Kantonrechter Arnhem oordeelde van niet. De contante waarde van de premievrije opbouw van het pensioen kwam op grond van de Cao Nationale Nederlanden in een concreet geval neer op € 58 000 terwijl de transitievergoeding € 77 000 bedroeg, zodat in dat concrete geval niet gesproken kon worden van een gelijkwaardige voorziening.²³

Een gevolg van dit oordeel was dat Kantonrechter Arnhem de gevorderde transitievergoeding van € 77 000 volledig toewees. De werkgever betoogde dat de werknemer bij verschuldigheid van de transitievergoeding zou moeten afzien van de cao-voorziening, maar daarover heeft de kantonrechter zich niet uitgelaten. Hoewel ik het standpunt van de werkgever begrijp, omdat samenloop van vergoedingen kennelijk niet bedoeld is door cao-partijen, biedt de wet geen aanknopingspunt voor dit standpunt. De wet wijst eerder in tegengestelde richting. In dit kader wijs ik op het Besluit overgangsrecht transitievergoeding. Op basis van dit besluit was geen transitievergoeding verschuldigd indien een vóór 1 juli 2015 aangegane cao aanspraak gaf op een voorziening bij ontslag (die niet per se gelijkwaardige hoefde te

zijn). De cao-voorziening ging op basis van dit besluit voor de transitievergoeding en voorkwam samenloop. Het overgangsrecht gold evenwel tot 1 juli 2016. Tot 1 juli 2016 hadden cao-partijen de mogelijkheid om cao-afspraken aan te passen aan de wettelijke transitievergoeding. Wanneer op 1 juli 2016 nog collectieve afspraken golden ten aanzien van vergoedingen en voorzieningen bij ontslag, gingen die niet meer voor op de transitievergoeding en was sprake van samenloop.²⁴ Samenloop van de cao-voorzieningen met de wettelijke transitievergoeding na 1 juli 2016 kon en kan worden voorkomen door in de cao een anticumulatieregeling op te nemen of wanneer de cao-voorziening wordt aangemerkt als gelijkwaardige voorziening. Het arbeidsongeschiktheidspensioen in de Cao Nationale Nederlanden was in de Arnhemse zaak niet gelijkwaardig en in de cao ontbreekt een anticumulatieregeling. Het gevolg daarvan is dat de cao-voorziening en de transitievergoeding sinds 1 juli 2016 samenlopen. De werkgever is dus naast de transitievergoeding de cao-voorziening verschuldigd, tenzij nakoming van de cao-voorziening naast de transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

In de Cao GVB 2016 is – zoals hiervoor aangestipt – de bovenwettelijke WW-uitkering aangemerkt als gelijkwaardige voorziening. In de cao wordt er rekening mee gehouden dat op individueel niveau sprake moet zijn van gelijkwaardigheid. De cao vermeldt immers dat de WW-aanvulling wordt gezien als een gelijkwaardige voorziening, indien gegarandeerd wordt dat het bedrag dat de medewerker daadwerkelijk zal ontvangen, ten minste gelijk is aan de transitievergoeding. Als de gekapitaliseerde waarde van de WW-aanvulling dus lager is dan de transitievergoeding is geen sprake van een gelijkwaardige voorziening en is de werkgever de transitievergoeding verschuldigd. De cao voorziet in dat geval in een anticumulatieregeling die meebrengt dat wanneer de transitievergoeding verschuldigd is, het recht op de bovenwettelijke WW-uitkering vervalt.²⁵

5.2 Toepasselijkheid van 7:673b BW expliciet benoemen?

Artikel 7:673b BW schrijft niet voor dat in de cao expliciet moet zijn opgenomen dat een voorziening gelijkwaardig is in de zin van artikel 7:673b BW en uit de toelichting bij artikel 7:673b BW volgt dat het aan de rechter is om te oordelen over de gelijkwaardigheid.²⁶ Dit kan meebrengen dat een door cao-partijen als gelijkwaardig aangemerkte voorziening niet gelijkwaardig is, maar ook dat een in de cao opgenomen voorziening of vergoeding bij ontslag door de rechter als gelijkwaardig wordt aangemerkt zonder dat cao-partijen zich daarover in de cao hebben uitgelaten. Voor Kantonrechter Haarlem stond het ontbreken van een expliciete verwijzing naar artikel 7:673 BW (of het ontbreken van de term

22. Ktr. Groningen 4 januari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:884.

23. Ktr. Arnhem 8 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1079.

24. Besluit van 23 april 2015, houdende voorwaarden waaronder de transitievergoeding niet verschuldigd is, *Stb.* 2015, 172, p. 9.

25. Cao GVB 2016 art. 17.24 lid 2.

26. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, B, p. 4.

‘gelijkwaardige voorziening’) er niet aan in de weg een uit de cao voortvloeiende beëindigingsregeling aan te merken als een gelijkwaardige voorziening. Het ging bij Kantonrechter Haarlem om een boventalligheids-/overtolligheidsregeling uit de Martinair Cao van 2012–2013. Op basis van deze nawerkende cao-regeling ontving werknemer ruim € 380 000 en daarbovenop vorderde hij een transitievergoeding. Martinair stelde zich op het standpunt dat de boventalligheids-/overtolligheidsregeling uit de Martinair Cao van 2012–2013 moest worden aangemerkt als gelijkwaardige voorziening en dit standpunt werd door Kantonrechter Haarlem gehonoreerd.²⁷

In zijn advies met betrekking tot het wetsvoorstel tot wijziging van de huidige regeling heeft de Raad van State op dit punt een aanbeveling gedaan. De Raad van State heeft opgemerkt dat het op basis van de nieuwe regeling – en die opmerking geldt ook voor de huidige regeling – niet altijd duidelijk zal zijn of een bepaalde maatregel in een cao bedoeld is als vervangende voorziening en dat die onduidelijkheid aanleiding kan geven tot juridische procedures. In het onderwijs geldt bijvoorbeeld al jaren een bovenwettelijke werkloosheidsregeling, terwijl deze in de verschillende cao’s niet is aangemerkt als gelijkwaardige voorziening en dat roept inderdaad – net als in de hierboven besproken Martinair-zaak – de vraag op of de werkloosheidsregeling in de plaats komt van alle mogelijke ontslagvergoedingen of dat vakverenigingen deze regeling veelal hebben beschouwd als een aanvulling. Volgens de Afdeling zou het vanwege deze onduidelijkheid goed zijn wettelijk te regelen dat cao’s uitdrukkelijk bepalen dat een bepaalde maatregel beoogt te dienen als vervangende voorziening voor de transitievergoeding.²⁸ Ik wijs in dit kader op de Cao apotheken 2016–2017. Deze cao voorziet in artikel 6 van hoofdstuk 3 in een uitkering in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst en in deze cao is expliciet opgenomen dat de aanvulling niet bedoeld is als gelijkwaardige voorziening in het kader van de transitievergoeding. De huidige wettelijke regeling bevat geen verplichting voor cao-partijen dat zij in de cao duidelijkheid verschaffen over de aard van een voorziening, zodat de rechter voorlopig het laatste woord heeft. Hij heeft aldus niet alleen de ruimte een cao-voorziening niet aan te merken als gelijkwaardig, maar ook de ruimte een cao-voorziening juist wel aan te merken als gelijkwaardig, ook al volgt dat niet zonder meer uit de tekst van de cao. De minister heeft deze aanbeveling van de Afdeling overigens overgenomen in het wetsvoorstel.

5.3 Toepasselijke cao

Bij cao is het mogelijk af te wijken van de wettelijke transitievergoeding, waarmee de regeling dus van driekwartdwingend recht is.²⁹ De afwijking van de transitie-

vergoeding bij cao dient daarmee hetzelfde te worden behandeld als alle andere afwijkingen van driekwartdwingend recht.³⁰ Over het antwoord op de vraag of een ongebonden werkgever gebruik mag maken van dergelijke afwijkingen is men in de literatuur verdeeld.³¹ Een aan de cao gebonden werkgever mag in elk geval een beroep doen op de in de cao opgenomen afwijkingsmogelijkheid,³² maar daarvoor is wel vereist dat de cao op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. Voor aan de cao gebonden werknemers geldt de toepasselijkheid van de cao op grond van artikel 9 Wet Cao van rechtswege en voor ongebonden werknemers geldt dat toepasselijkheid van de cao dient te worden overeengekomen. Die overeenstemming hoeft niet uitdrukkelijk te geschieden. Als een werknemer niet protesteert tegen de feitelijke toepassing van een cao door een aan de cao gebonden werkgever, kan daaruit onder omstandigheden worden afgeleid dat hij toepasselijkheid van de cao stilzwijgend heeft aanvaard.³³

Men zou kunnen betogen dat de aanspraak op een transitievergoeding vervalt wanneer een cao een gelijkwaardige voorziening bevat waaraan de werkgever is gebonden, ongeacht of een werknemer door lidmaatschap of contractuele afspraak aan die cao is gebonden. Hoewel in het algemeen best iets valt te zeggen voor de institutionele benadering van het cao-recht, dat wil zeggen dat bij de toepasselijkheid van een cao het lidmaatschap van een vakbond aan werknemerszijde geen rol speelt, mag niet uit het oog worden verloren dat het Nederlandse cao-recht thans nog een contractuele basis heeft. Als deze contractuele basis dient te worden verlaten, is het aan de wetgever de Wet Cao aan te passen. In verband met de contractuele grondslag van ons cao-systeem kan de institutionele benadering ten aanzien van de cao-ontslagcommissie op weinig steun rekenen in de literatuur.³⁴

De Raad van State heeft in haar advies overigens benadrukt dat de wetgever in de nieuwe regeling expliciet zou moeten aanknopen bij de contractuele grondslag van het cao-recht.³⁵ In een reactie heeft de minister opgemerkt dat werknemers die niet zijn gebonden door een cao (waarmee wordt bedoeld door lidmaatschap of contractueel) inderdaad aanspraak kunnen maken op de wettelijke transitievergoeding, waarmee de minister de

27. Ktr. Haarlem 12 april 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:3115.

28. *Kamerstukken II 2016/17*, 34699, 4, p. 9.

29. Zie ook: *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020. Verantwoordelijkheid nemen én dragen, kansen creëren én benutten*, Stichting van de Arbeid 11 april 2013, p. 30.

30. Zie ook: *Kamerstukken II 2016/17*, 34699, 3, p. 10, waarin de minister dit bevestigt.

31. Zie enerzijds E. Verhulp, ‘Komt de ongebonden werkgever een beroep toe op afwijking van driekwart dwingend recht?’, *SMA 2008/2* en anderzijds W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Driekwart-dwingend recht en de niet rechtstreeks toepasselijke cao’, *ARA 2003/2*.

32. HR 20 december 2002, *JAR 2003/19* (TPG/Bollemeijer).

33. Ktr. Arnhem 8 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1079, r.o. 4.10.

34. Zie o.a.: J.H. Even, ‘Driekwart dwingend ontslagrecht’, *TAO 2014*, nr. 4; J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 103 t/m 105; A.R. Houweling, J.H. Even, G.W. van der Voet en E. van Vliet, *Arbeidsrechtelijke Thematia*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015; J. van Drongelen, ‘De zogenoemde ‘cao-ontslagcommissie’ nader beschouwd’, *TRA 2014/85*.

35. *Kamerstukken II 2016/17*, 34699, 4, p. 9.

institutionele benadering heeft verworpen. De minister heeft daarbij opgemerkt dat dit ook geldt voor alle andere cao-bepalingen waarin wordt afgeweken van een wettelijk voorschrift,³⁶ waarmee hij direct ook een definitief einde lijkt te hebben gemaakt aan de hiervoor reeds aangehaalde discussie over de cao-ontslagcommissie.

5.4 Nawerking

Herleeft het recht op een transitievergoeding wanneer een cao waarin een gelijkwaardige voorziening is opgenomen expireert? Het Nederlandse cao-recht brengt mee dat arbeidsvoorwaarden uit de cao na afloop van de cao hun gelding behouden omdat zij onderdeel zijn geworden van de cao. Men noemt dit nawerking van cao-bepalingen. Op grond van deze nawerking blijven uit de cao voortvloeiende vergoedingen of voorzieningen bij ontslag ook na afloop van de cao gelden, voor zover zij een normatief karakter hebben. Daarmee is evenwel niet gezegd dat door deze nawerking van cao-bepalingen ook de wettelijke transitievergoeding vervallen blijft. Zoals gezegd betreft de afwijking bij cao in artikel 7:673b BW een afwijking van driekwartdwingend recht. De gedachte achter deze afwijkingen is dat het wettelijke regime plaatsmaakt voor een door cao-partijen zelf gekozen regime. Als dit eigen regime eindigt (door expiratie van de cao) herleeft het wettelijke regime weer. In het licht hiervan ben ik van mening dat een werkgever na afloop van de cao geen gebruik meer kan maken van uit de geëxpireerde cao voortvloeiende afwijkingen van driekwartdwingend recht. Toegepast op de gelijkwaardige voorziening brengt dit mee dat na afloop van de cao de wettelijke transitievergoeding herleeft. Het gevolg daarvan kan zijn dat een werknemer zowel aanspraak maakt op de voorzieningen uit de cao als op de wettelijke transitievergoeding. Deze samenloop kan eenvoudig worden voorkomen door in de cao een anticumulatieregeling op te nemen. Kantonrechter Haarlem overwoog onlangs in tegengestelde richting en oordeelde dat in artikel 7:673b BW niet staat dat het moet gaan om een geldende cao. Volgens Kantonrechter Haarlem dient de nadruk te liggen op de wijze van totstandkoming van de voorziening (en daarmee de oorsprong) en niet op de wijze waarop de werknemer daaraan rechten kan ontleen (direct of via nawerking). De kantonrechter verwees daarbij naar het Besluit overgangsrecht transitievergoeding waarin deze gedachte door de minister is verwoord.³⁷ De analoge toepassing van het Besluit overgangsrecht transitievergoeding vind ik niet zo gelukkig, vanwege het bijzondere karakter van dit besluit. Dit besluit voorziet in een tijdelijke situatie teneinde onvoorzien samenloop te voorkomen. Inmiddels hebben cao-partijen voldoende tijd gehad om cao-afspraken aan te passen aan het nieuwe wettelijke regime.

6. Afsluiting

De reden voor de minister de gelijkwaardige voorziening in een nieuwe regeling beperkt te houden tot het bedrijfseconomisch ontslag is niet goed te begrijpen, althans zijn argumenten daarvoor zijn naar mijn mening onvoldoende. In de eerste plaats verwijst de minister naar de praktijk, maar hij heeft zich beperkt tot sociaal plannen waarin gelijkwaardige voorzieningen voorkomen. Sociaal plannen zijn geschreven voor bedrijfseconomische ontslagen en het is daarom logisch dat de gelijkwaardige voorzieningen die daarin voorkomen ook gekoppeld zijn aan bedrijfseconomische ontslagen. In door mij onderzochte cao's komen gelijkwaardige voorzieningen voor die niet alleen betrekking hebben op bedrijfseconomische ontslagen, maar ook op ontslagen wegens bijvoorbeeld langdurige ongeschiktheid. Soms is de ontslaggrond zelfs helemaal niet relevant voor toekenning van een gelijkwaardige voorziening. Het tweede argument van de werkgever houdt verband met de verwijtbaarheid van werkgevers. Verwijtbaar handelende werkgevers zouden niet moeten kunnen profiteren van een lagere cao-voorziening. Op zich kan ik de minister daarin volgen, maar werkgevers kunnen ook verwijtbaar handelen bij een bedrijfseconomisch ontslag, dus dit vormt geen rechtvaardiging voor een beperking van de gelijkwaardige voorziening tot alleen het bedrijfseconomisch ontslag. Dat, tot slot, het betalen van een transitievergoeding onder omstandigheden te duur is bij ontslag, geldt ook niet alleen bij ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen.

Ik kan niettemin erkennen dat de meeste cao-voorzieningen in cao's en sociaal plannen zien op het bedrijfseconomisch ontslag, dat eventuele verwijtbaarheid aan werkgeverszijde zich vaker zal voordoen bij ontslagen wegens in de persoon gelegen omstandigheden en dat bij een bedrijfseconomisch ontslag het betalen van een transitievergoeding vaker bezwaarlijk zal zijn dan bij andere ontslagen, maar dat rechtvaardigt naar mijn mening niet dat de gelijkwaardige voorziening wordt beperkt tot de bedrijfseconomische ontslagen. Het rechtvaardigt naar mijn mening wel enig onderscheid in ontslaggronden en in dat kader is mijn aanbeveling om de huidige regeling te behouden voor alle andere ontslaggronden dan de bedrijfseconomische. Dat brengt mee dat de gelijkwaardige voorziening voor het bedrijfseconomisch ontslag niet langer op individueel niveau gelijkwaardig hoeft te zijn, maar bij alle andere ontslaggronden wel.

Verder kan ik mij vinden in de op- en aanmerkingen van de Raad van State en verdient het aanbeveling dat cao-partijen verplicht worden in de cao aan te geven of een voorziening moet worden aangemerkt als gelijkwaardige voorziening of niet, teneinde een veelvoud aan juridische procedures daarover te voorkomen. Tot slot merk ik op dat de minister ten aanzien van de bindingsproblematiek met betrekking tot de gelijkwaardige voorziening en de cao-ontslagcommissie een knoop lijkt te hebben doorgemaakt door op te merken dat geen andere juridi-

36. *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, 4, p. 9.

37. Ktr. Haarlem 12 april 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:3115.

sche benadering is beoogd dan geldt voor alle andere cao-bepalingen waarin van de wet wordt afgeweken. Het cao-recht is dus onverkort van toepassing op deze Wwz-elementen. Daarmee is mogelijk wel de deur geopend voor allerlei procedures over de toepasselijkheid van een cao in een individueel geval, omdat het belang daarvan gaat toenemen. Een ongebonden werknemer die zijn transitievergoeding ziet verdampen heeft wel wat te winnen, lijkt me.