

173. Gelijkwaardigheid. Feit of fictie? De eigenaardige gelijkwaardige voorziening ex art. 7:673b BW

MR. M. BONSEN-LEMMERS EN MR. N. CANCIAN-VAN BALLEGOOIJEN

Indien een werkgever de arbeidsovereenkomst die ten minste 24 maanden heeft geduurd beëindigt, ontstaat voor de werknemer een aanspraak op de wettelijke transitievergoeding. Sociale partners kunnen bij cao een afwijkende voorziening overeenkomen, mits deze 'gelijkwaardig' is aan de transitievergoeding. Maar wat is 'gelijkwaardig'? Een daadwerkelijk ontvangen voorziening of een potentiële voorziening (bijvoorbeeld een wachtgeldregeling)? Ook complicaties als het toetsingskader van de rechter, waardering van de componenten, de gevolgen van ongelijkwaardigheid en de positie van ongebonden werknemers worden besproken. Een recent wetsvoorstel van minister Asscher beoogt deze complicaties weg te nemen. Maar het is de vraag of hiermee alles is opgelost.

Inleiding

Met de invoering van de transitievergoeding onder de WWZ is – buiten gevallen van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten – wettelijk vastgelegd op welke vergoeding de werknemer recht heeft bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De toets of het ontslag kennelijk onredelijk is – mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen om deze gevolgen te verzachten – is vervallen.¹ De transitievergoeding wordt geacht het gevolgcriterium te omvatten en heeft als doel het bevorderen van de transitie van werk naar werk en het bieden van compensatie voor het ontslag.

Art. 7:673b BW bepaalt dat indien in een cao (of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan) een gelijkwaardige voorziening is opgenomen, art. 7:673 en 673a BW (die bij driekwart dwingend recht bepalen dat een transitievergoeding verschuldigd is) niet van toepassing zijn.

Naast het vereiste van een gelijkwaardige voorziening, stelt art. 7:673b lid 2 BW representativiteitseisen aan de vakbond die de cao afsluit.

De vraag is wat in de praktijk onder een 'gelijkwaardige voorziening' wordt verstaan. Daarbij speelt de waardering van de voorziening een rol. Gaat het om een potentiële vergoeding of de daadwerkelijke uitkomst? Geldt hier de institutionele benadering en gaat het dus over gelijkwaardigheid op collectief niveau of is gelijkwaardigheid op individueel niveau bedoeld? Hoe zal de kantonrechter de

regeling toetsen en houdt hij daarbij rekening met de vraag of de individuele werknemer gebonden is aan de cao of niet? Wat is vervolgens de consequentie als de rechter de voorziening niet gelijkwaardig acht?

In onderstaande bijdrage worden deze vragen aan de hand van de wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie besproken.

De problematiek van waardebepaling

De WWZ geeft geen definitie van of toelichting op het begrip 'gelijkwaardige voorziening'. Moet de voorziening gelijkwaardig zijn in hoogte of in soort in vergelijking tot de transitievergoeding? Duidelijk is dat de wetgever ervan uitgegaan is dat sprake moet zijn van een voorziening in geld of natura (of een combinatie) welke het equivalent vormt van hetgeen waarop de werknemer aanspraak kan maken op grond van de wettelijke regeling van de transitievergoeding.²

De wetgever is ervan uitgegaan dat de voorzieningen in de cao op geld kunnen worden gewaardeerd.³ De voorziening kan dan goed vergeleken worden met de transitievergoeding. Daaruit kan worden afgeleid dat de voorziening in hoogte gelijk zou moeten zijn aan de transitievergoeding. Maar voor volledige gelijkwaardigheid moet de voorziening ons inziens in ieder geval de doelstelling van de transitievergoeding delen: het bevorderen van de transitie van werk naar werk en het bieden van compensatie voor het ontslag. De waarde van een wachtgeldregeling of van andere voorzieningen als een outplacementregeling of een mobili-

¹ Memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61.

² *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 42.

³ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 24.

teitsperiode is vaak lastig te bepalen en te vergelijken met de transitievergoeding. Dit komt door complex geformuleerde regelingen (wachtgeld) of grote verschillen tussen inkoop- en marktwaarde bij interne faciliteiten als bijvoorbeeld een outplacementbureau.⁴

De problematiek van waardebeoordeling is eerder ook in de memorie van toelichting bij het Besluit overgangsrecht transitievergoeding aan de orde gesteld.⁵ Dit Besluit sluit samenloop tussen voorzieningen op basis van een met een vakbond afgesloten cao en de transitievergoeding uit. Uit de memorie van toelichting valt af te leiden dat uitdrukkelijk niet is gekozen voor vermindering van de transitievergoeding met (de waarde van) de vergoedingen en voorzieningen uit de cao omdat die waardebeoordeling “vaak onmogelijk is”, aldus de wetgever.

Oud recht

Onder het oude recht deed de problematiek van waardebeoordeling zich ook voor, met name waar het gaat om wachtgeldregelingen. Voor de reikwijdte van deze bijdrage is van belang te constateren dat kantonrechters in ontbindingsprocedures bij de vraag of naast het wachtgeld nog een vergoeding moest worden toegekend, keken naar de gekapitaliseerde waarde van de wachtgeldregeling. Indien de waarde van de wachtgeldregeling gelijk of hoger was dan de kantonrechtersformule werd veelal afgezien van het toekennen van een aanvullende vergoeding.^{6,7} Daarbij lijkt voor het oordeel van de rechter niet van belang te zijn geweest of, en zo ja hoelang, de werknemer uiteindelijk gebruik kon maken van de wachtgeldregeling.⁸

Ook in kennelijk-onredelijk-ontslagprocedures werd vaak de vraag voorgelegd of de getroffen wachtgeld-/suppletie-regeling de werknemer voldoende compensatie bood voor de financiële gevolgen van het ontslag. Sinds *Rutten/Breed*⁹ werd voor vaststelling van de kennelijke onredelijkheid niet uitsluitend naar het niveau van de getroffen voorzieningen gekeken, maar naar alle omstandigheden van het geval. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de kennelijk-onredelijk-ontslaguitspraken ons in het algemeen weinig te zeggen hebben over de waardering van de wachtgeldrege-

lingen. Maar wat uit de desbetreffende uitspraken in ieder geval wel kan worden afgeleid is dat het niet eenvoudig is om de waarde van een wachtgeldregeling vast te stellen, omdat niet zeker is of – en zo ja hoelang – deze tot uitkering

Bij beoordeling van de voorziening speelt de waardering een rol. Gaat het om een potentiële vergoeding of de daadwerkelijke uitkomst?

komt. Zo kwam de kantonrechter Heerlen in 2005¹⁰ tot het oordeel dat het sociaal plan voor werknemer onbillijk uitpakte omdat de wachtgeldregeling geen aanvulling bood op een lager salaris elders. De werknemer in die zaak kreeg geen werkloosheidsuitkering, maar verdiende in zijn nieuwe baan wel € 514,- per maand minder. De kantonrechter loste het praktisch op en veroordeelde de werkgever gedurende 34 maanden tot betaling van een aanvulling op dat lagere salaris, als equivalent van de wachtgelduitkering zoals die voor werknemer zou hebben gegolden bij werkloosheid. Eigenlijk geldt bij alle voorzieningen in een sociaal plan dat het vooraf onduidelijk is of en hoelang een individuele werknemer er aanspraak op zal maken.

Cash versus vangnet; gelijkwaardige voorzieningen?!

Wat wordt verstaan onder een *voorziening* in de zin van art. 7:673b BW? Als voorziening kan de potentiële waarde van een regeling bedoeld worden of de daadwerkelijke uitkomst daarvan. Denk bij potentiële regeling bijvoorbeeld aan een wachtgeldregeling waarop geen aanspraak gemaakt kan worden als gevolg van het vinden van een (lager betaalde) andere baan. Hoewel de collectieve voorziening in potentie gelijkwaardig is, pakt de regeling in dit individuele geval slechter uit.

Houweling e.a.¹¹ zeggen over deze problematiek dat het aanwezig zijn van een potentiële regeling rust en zekerheid biedt, hetgeen ook een bepaalde waarde vertegenwoordigt. Even¹² is van mening dat het beter bij van-werk-naar-werktrajecten past om ook de *potentie* van een regeling als voorziening te beschouwen.

Dat kan wel waar zijn, maar het levert de werknemer in ons voorbeeld vooral een behoorlijke teleurstelling op. Ook kan de werknemer vaak niet terugvallen op de wachtgeldregeling als hij de proeftijd niet doorkomt of na afloop van een contract voor bepaalde tijd. Dit zou pleiten *tegen* gelijkwaardigheid: de voorziening is in potentie qua hoogte gelijk aan de transitievergoeding, maar biedt de werknemer financieel gezien minder compensatie.

Argumenten vóór het aannemen van gelijkwaardigheid

4 Zie ook R. Hansma, *VAAN Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid: commentaar en aanbevelingen*, 11 februari 2014, p. 69-70.

5 Memorie van toelichting, Besluit overgangsrecht transitievergoeding 23 april 2015, *Stb.* 2015, 172, p. 5.

6 Ktr. Eindhoven 1 november 2012, «JAR» 2012/300, Hof Amsterdam 15 maart 2011, «JAR» 2011/105, Ktr. Deventer 6 augustus 2007, «JAR» 2007/217, Ktr. Amsterdam 9 november 2001, «JAR» 2002/1, Ktr. Arnhem 5 december 1996, «JAR» 1997/30.

7 Er waren echter ook kantonrechters die dat wel deden. Voorbeelden hiervan zijn «JAR» 2009/80 en «JAR» 2006/75. In de laatste zaak overwoog de kantonrechter geen rekening te houden met de bovenwettelijke uitkering waarop de werknemer aanspraak kan maken omdat de toe te kennen vergoeding naar billijkheid gebaseerd is op de wederzijdse verwijtbaarheid, terwijl bedoelde uitkering enkel een inkomensaanvullend en dus ander karakter heeft.

8 Ktr. Nijmegen 21 februari 2013, «JAR» 2013/98, Ktr. Arnhem 5 december 1996, «JAR» 1997/30.

9 HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472.

10 Ktr. Heerlen 12 januari 2005, «JAR» 2005/87.

11 A.R. Houweling, G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet (red.), *Loonstra & Zondag Arbeidsrechtelijke Thematia*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2015, p. 712.

12 J.H. Even, 'Driekwart dwingend ontslagrecht', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2014, nr. 4, p. 130.

zijn: zowel een wachtgeldregeling als de transitievergoeding voldoen aan het uitgangspunt van de wetgever dat zij ‘op geld waardeerbaar’ zijn. Ook de potentiële regeling biedt ‘compensatie van het ontslag’, ongeacht de vraag of en hoelang de regeling tot uitkering komt. De veronderstelling van de wetgever dat de voorziening ook in natura kan plaatsvinden ondersteunt dit standpunt.

Bovendien: als een *potentiële* regeling nooit gelijkwaardig zou kunnen zijn, maar uitsluitend gekeken moet worden naar de daadwerkelijke uitkomst, zou dat tot gevolg hebben dat iedere voorziening als bedoeld in art. 7:673b BW alleen maar gelijk aan of hoger dan de transitievergoeding zou kunnen uitkomen. De daadwerkelijke uitkomst is pas achteraf bekend. Dat is nooit het uitgangspunt van de sociale partners geweest, die hun onderhandelingsvrijheid op dit punt wilden behouden.

De toets van art. 7:673b BW zal op collectief niveau plaatsvinden. Dit kan voor de individuele werknemer nadelig uitpakken

Wij zijn op grond van het bovenstaande van mening dat een potentiële regeling een aan de transitievergoeding gelijkwaardige voorziening kan zijn. Maar essentieel voor gelijkwaardigheid is ons inziens wel dat voldaan wordt aan dezelfde doelstellingen als de transitievergoeding: bevordering van de transitie van werk naar werk en compensatie van de gevolgen bij ontslag.

Het toetsingskader van de rechter

Met de conclusie dat een potentiële regeling een gelijkwaardige voorziening kan zijn, zijn wij er nog niet. Hoe moet de rechter de gelijkwaardigheid in voorkomende gevallen toetsen?

Met de WWZ is de vergaande discretionaire bevoegdheid van de rechter bij de vaststelling van de vergoeding ex art. 7:685 BW (oud) en art. 7:681 BW (oud) verdwenen. Bij de beoordeling van de gelijkwaardigheid van de cao-vergoeding ex art. 7:673b BW kan de rechter – net als dat het geval is bij de transitievergoeding – geen rekening meer houden met de bijzondere positie van de werknemer of het gevolgcriterium.

Het toetsingskader van *Bulut/Troost* (‘het aanwijzingscriterium’)¹³ of de toets van de evident onbillijke uitkomst¹⁴ zijn evenmin aan de orde. De rechter zal uitsluitend kunnen beoordelen of de voorziening van de cao ex art. 7:673b BW gelijkwaardig is aan de transitievergoeding of niet. Die gelijkwaardigheid is immers een van de twee wettelijke voorwaarden om af te wijken van de transitievergoeding. Het toetsingskader van de rechter is daardoor

beperkt. Dit is een essentieel verschil met het oude recht, waar de kantonrechter bekeek hoe de collectief getroffen voorziening in het individuele geval uitpakte.

De toets van art. 7:673b BW zal een toets op collectief niveau zijn. Terwijl een collectieve voorziening in potentie gelijkwaardig is, kan de regeling voor de individuele werknemer nadelig uitpakken. Onder de WWZ kan de rechter deze situatie in beginsel niet meer repareren.

Op individueel niveau biedt alleen de onaanvaardbaarheid ex art. 6:248 lid 2 BW uitkomst. Het moet dan wel gaan om uitzonderlijke en schrijnende situaties.

Kwalificatie van gelijkwaardigheid

Om tot het oordeel van gelijkwaardigheid te komen, beoordeelt de rechter of het pakket aan voorzieningen een voldoende alternatief biedt voor de transitievergoeding. Daarbij zal hij oog moeten hebben voor de waarde van de afzonderlijke componenten.

Bij de waardering van die componenten komt grote vrijheid toe aan de cao-partijen. Die ruimte vloeit voort uit de fundamentele vrijheid van collectieve onderhandelingen, waarover de sociale partners beschikken.¹⁵ Houweling e.a.¹⁶ pleiten ervoor om die waardering door de cao-partijen zelf, vooraf, te laten plaatsvinden en inzichtelijk te maken in het sociaal plan.

Wij voegen hieraan toe dat cao-partijen hierbij ook inzicht moeten geven in de wijze van en de grondslagen voor de waardering. Wil van een voldoende alternatief voor de transitievergoeding sprake zijn dan dient het sociaal plan bovendien een voorziening voor bijzondere groepen werknemers (ouderen, arbeidsgehandicapten, jongeren zonder arbeidsverleden, etc.) en een hardheidsclausule te bevatten.

Naast maatregelen ter bevordering van de transitie van werk naar werk dient een gelijkwaardige voorziening ons inziens ook een vangnet voor alle betrokken werknemers te bevatten ter financiële compensatie van het ontslag. Daarmee komt het doel van de voorziening immers pas geheel overeen met dat van de transitievergoeding.

Een voorziening bij cao met uitsluitend maatregelen ter bevordering van de transitie van werk naar werk is ons inziens niet gelijkwaardig in de zin van art. 7:673b BW.

Procedurale complicaties

De werknemer die de in de cao geboden voorziening niet gelijkwaardig vindt, kan tot drie maanden na de dag waarop zijn arbeidsovereenkomst is geëindigd een verzoekschrift indienen bij de rechter (art. 7:686a BW). Tegen de beschikking van de kantonrechter staan vervolgens hoger beroep en cassatie open. Van de werknemer wordt snelle

13 HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1533.

14 De Kring van Kantonrechters nam in Aanbeveling 3.7 aan dat het met representatieve vakorganisaties afgesloten sociaal plan leidend was, tenzij bleek dat onverkorte toepassing daarvan zou leiden tot een evident onbillijke uitkomst voor de betrokken werknemer.

15 HR 30 januari 2004, «JAR» 2004/68 (Parallel Entry).

16 Zie A.R. Houweling, G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet (red.), *Loonstra & Zondag Arbeidsrechtelijke Thematia*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 712 en J.H. Even, ‘Driekwart dwingend ontslagrecht’, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2014, nr. 4, p. 130.

actie vereist: binnen drie maanden moet hij zich van de ongelijkwaardigheid bewust zijn of deze ervaren. Dit vereist veel en snel inzicht van de werknemer, maar ook een grote informatieverplichting over de mogelijke (financiële) gevolgen van het ontslag voor een zorgvuldig werkgever.

Consequentie ongelijkwaardigheid

Indien de voorziening ongelijkwaardig is kan de rechter deze op grond van art. 3:40 lid 2 jo. 3:51 BW vernietigen.¹⁷ De rechter moet dan de transitievergoeding toekennen. Immers, de gelijkwaardigheid is een van de twee voorwaarden om af te kunnen wijken van de transitievergoeding. Wordt aan één van beide voorwaarden niet voldaan, dan komt art. 7:673 BW alsnog in beeld.

De vraag is wat de rechter zal doen met de conform het sociaal plan eerder verstrekte – en genoten – voorzieningen (bijv. outplacementtraject, vrijstelling van werkzaamheden). Ontstaat er een teruggaveverplichting voor de werknemer of een ongedaanmakingsverbintenis uit hoofde van art. 6:203 jo. 6:210 BW?

Dat lijkt ons niet voor alle componenten van de vernietigde voorziening waarschijnlijk. De vernietiging heeft terugwerkende kracht, als gevolg waarvan de reeds uitgevoerde voorzieningen onverschuldigd betaald zijn. De werknemer dient reeds betaalde termijnen van een wachtgeldregeling aan werkgever terug te betalen op grond van art. 6:203 lid 2 BW. Het gaat daarbij immers om een geldsom.

Voor andere elementen, zoals een outplacementtraject of een periode van vrijstelling van werk, welke ‘prestaties’ naar hun aard niet ongedaan gemaakt kunnen worden, zou een ongedaanmakingsverbintenis kunnen gelden.

Ingevolge art. 6:210 BW zou hiervoor – voor zover dat redelijk is – een vergoeding van de waarde van deze ‘prestatie’ van de werkgever in de plaats kunnen komen. Daarvoor geldt dat sprake moet zijn van een van de drie limitatief in de wet genoemde gevallen, namelijk: a. de ontvanger (lees: de werknemer) is door de prestatie verrijkt, b. het is de ontvanger toe te rekenen dat de prestatie is verricht, of c. de ontvanger heeft erin toegestemd een tegenprestatie te verrichten.

Het eerdergenoemde outplacementtraject en de periode van vrijstelling van werk kunnen niet eenvoudig worden ondergebracht in een van de drie genoemde gevallen. Die lijn volgend, ontstaat geen ongedaanmakingsverbintenis en mogen deze eerder geboden voorzieningen niet verrekend worden. Dat zou anders kunnen zijn voor een aangeboden scholing, waarmee de werknemer zou zijn verrijkt.

De ongebonden werknemer en het sociaal plan

Waar de gebonden werknemer door contract (lidmaatschap, incorporatie) of AVV in beginsel niet om de gelijkwaardige voorziening heen kan, is het de vraag of dat ook voor de

ongebonden werknemer geldt.

Aan de cao/het sociaal plan komt in Nederland een sterk institutioneel karakter toe, de solidariteit prevaleert boven individualiteit. Dat uitgangspunt – vóór invoering van de WWZ overgenomen door de Kring van Kantonrechters¹⁸ – geldt sinds de arresten *Bulut/Troost*¹⁹ en *Bollemeijer/TPG*²⁰ niet alleen voor gebonden werknemers, maar ook voor ongebonden werknemers. Representativiteit van de betrokken bonden is daarvoor – net als bij art. 7:673b lid 2 BW – steeds een terugkerende voorwaarde.

Met de invoering van de mogelijkheid om bij cao een ontslagcommissie in te stellen en bij cao afwijkende criteria voor het afspiegelingsbeginsel overeen te komen, is een semi-institutioneel systeem in het leven geroepen.²¹ Bij deze tussenfiguur – tussen de institutionele benadering van de WAVV en de contractuele benadering van de Wet CAO – is voor de binding van werknemers doorslaggevend of hun werkgever gebonden is.

Het is de vraag wat de rechter na vernietiging van de voorziening zal doen met eerder verstrekte – en genoten – voorzieningen

De wetgever heeft zich wel expliciet uitgelaten over de gebondenheid van werknemers aan een cao in het kader van art. 7:669 lid 6 BW en art. 7:671a lid 2 BW. Namelijk: *“Een CAO ontslagcommissie geldt volgens de wetgever voor alle onder de CAO vallende werknemers in dienst van gebonden werkgevers. Het feit dat de werkgever gebonden is aan de CAO waarmee een sectorale commissie is ingesteld is bepalend voor de te volgen rechtsgang (...) Het enkele feit dat de werknemer niet direct, door lidmaatschap of door AVV, gebonden is door de CAO doet daar niet aan af.”*²²

Opvallend genoeg laat de wetgever zich niet uit over de gebondenheid van werknemers aan een cao in het kader van de gelijkwaardige voorziening.

Naar de tekst van de wet kan een ‘art. 14-werknemer’ zich verzetten tegen de toepasselijkheid van een gelijkwaardige voorziening. Maar wij betwijfelen sterk of de wetgever dat heeft bedoeld, gelet op de institutionele gedachte bij de andere twee afwijkingsmogelijkheden.

Sociale partners die gebruik willen maken van een gelijkwaardige voorziening doen er zekerheidshalve goed aan om te zorgen voor incorporatie of AVV van de desbetreffende cao.

Het sociaal plan na de WWZ

De bewegingsvrijheid van partijen bij het collectief regelen van de ontslagvergoeding – een van de belangrijkste

17 Art. 3:40 lid 2 BW, vgl. HR 24 september 1999, «JAR» 1999/214 (*Welgelegen c.s./Bonden*).

18 Zie noot 14.

19 HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1533.

20 HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF2166.

21 J.H. Even, ‘Driekwart dwingend ontslagrecht’, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2014, nr. 4, p. 130.

22 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 50 en 131.

redenen om een sociaal plan af te sluiten – is door invoering van de WWZ sterk ingeperkt. Toch blijkt dat er ook na invoering van de wettelijke transitievergoeding nog altijd op ruime schaal sociale plannen worden afgesloten. Naast het feit dat een sociaal plan het reorganisatieproces in goede banen kan leiden, schrijft art. 25 lid 3 WOR voor dat een ondernemer in zijn adviesaanvraag aan de OR een overzicht moet verstrekken van de gevolgen van de voorgenomen reorganisatie voor de in de onderneming werkzame personen en de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen. In de memorie van toelichting bij art. 25 WOR staat dat het hier gaat om het opstellen van een sociaal plan.²³ Uit de rechtspraak blijkt dat de ondernemer de voorgenomen maatregelen ook kan opnemen in de adviesaanvraag zelf. Hoe dan ook: het is van belang dat de ondernemer een volledig overzicht geeft van de te verwachten gevolgen en de te treffen maatregelen. Doet de ondernemer dat niet dan is het reorganisatiebesluit kennelijk onredelijk.

Opvallend genoeg laat de wetgever zich niet uit over de gebondenheid van werknemers aan een gelijkwaardige voorziening bij cao

De Ondernemingskamer te Amsterdam heeft op 24 februari 2012 uitgesproken dat een voorgenomen besluit tot reorganisatie waarbij de werkgever niet aangaf welke maatregelen getroffen zouden worden voor de situatie na beëindiging dienstverband (afvloeiingsregelingen) in ieder geval kennelijk onredelijk is.²⁴ Met de invoering van de transitievergoeding komt aan deze eis geringe(re) betekenis toe. Het is echter wel van belang dat de ondernemer inzicht geeft in de overige maatregelen zoals (her)plaatsing, de definitie van passende functies, de duur van de bemiddeling en begeleiding van werk naar werk. Neemt een ondernemer over deze onderwerpen niets op dan zal het voorgenomen besluit waarschijnlijk stranden bij de Ondernemingskamer. Dit zal in de regel niet het geval zijn als de ondernemer met de bonden tot een akkoord is gekomen over deze maatregelen.²⁵ De (juridische) basis voor het afsluiten van een sociaal plan blijft daarmee in ieder geval behouden. Uit het recente onderzoek van AWWN²⁶ waarin veertig regelingen in sociale plannen zijn vergeleken, blijkt dat bijna alle onderzochte regelingen maatregelen over de genoemde onderwerpen bevatten. Overigens is opmerkelijk dat de vergoedingen alle boven de transitievergoeding lagen en dat de kantonrechttersformule nog steeds de norm is. Dit is een opmerkelijke signalering. De discussie over invoering van de wettelijke transitievergoeding door sociale partners is op centraal niveau gevoerd en gesteld kan worden dat

daarmee in principe de rechtvaardiging om nu in het kader van sociale plannen hogere ontslagvergoedingen te eisen, is komen te vervallen.

Conclusie

De wettelijke mogelijkheid ex art. 7:673b BW om af te wijken van de transitievergoeding brengt veel complicaties met zich mee. Ook een potentiële regeling kan kwalificeren als een gelijkwaardige voorziening. Het moet gaan om gelijkwaardigheid op collectief niveau. Voorwaarden voor gelijkwaardigheid zijn:

1. Cao-partijen moeten vooraf inzicht bieden in wijze en grondslagen van waardering van de componenten van de voorziening.
2. Een gelijkwaardige voorziening voldoet aan beide doelstellingen van de transitievergoeding en bevat naast transitie-/inzetbaarheidsmaatregelen een financieel vangnet bij ontslag voor alle betrokken werknemers.
3. Het sociaal plan bevat bijzondere regelingen voor bijzondere groepen en een hardheidsclausule.

De rechter heeft een marginale ruimte bij de gelijkwaardigheidstoets. Hij heeft – behoudens de onaanvaardbaarheidstoets ex art. 6:248 lid 2 BW – geen ruimte voor individuele belangenafweging. Acht de rechter de voorziening (collectief) niet gelijkwaardig, dan is deze vernietigbaar. De transitievergoeding is dan alsnog verschuldigd en voor sommige reeds genoten voorzieningen bestaat dan een terugbetalings- of ongedaanmakingsverplichting. De ongebonden werknemer kan zich in theorie verzetten tegen de toepasselijkheid van de gelijkwaardige voorziening. Gelet op de in deze bijdrage besproken complicaties zal van art. 7:673b BW in de praktijk waarschijnlijk weinig gebruik gemaakt worden.²⁷

Naschrift

Daags vóór plaatsing van deze bijdrage heeft minister Asscher een aanpassing van de WWZ aangekondigd.²⁸ Een van de punten van wijziging betreft de gelijkwaardige voorziening. Het voorstel is om de term ‘gelijkwaardig’ uit de wet te schrappen en cao-partijen de vrijheid te bieden lager dan de transitievergoeding uit te komen. Afwijken van de transitievergoeding bij cao mag voortaan alleen in gevallen van bedrijfseconomisch ontslag (waaronder bedrijfssluiting). De voorgestelde nieuwe cao-voorziening mag ook alleen uit een van-werk-naar-werkarrangement bestaan. Daarmee komt Asscher onder meer tegemoet aan het door hem omschreven bezwaar dat het praktisch ondoenlijk is om de met de gelijkwaardige voorziening

23 Memorie van toelichting, Wet op de ondernemingsraden, Kamerstukken II 1969/70, 10335, p. 23.

24 Hof Amsterdam 24 februari 2012, «JAR» 2012/124 (Gemeente Leeuwarden).

25 C. Nekeman & L. van Donselaar, *Arbeidsrecht* 2014/2.

26 AWWN, *Marktbeeld sociale plannen*, externe versie, maart 2016, p. 3.

27 W.A. Zondag, A.R. Houweling & P.G. Vesterling, *Sdu Commentaar, Arbeidsrecht 2016 Thematisch*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016, deel I, C. 6, p. 1429 e.v.

28 Kamerbrief ‘Aanpassing Wet werk en zekerheid en indiening Tweede nota van wijziging wetsvoorstel arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie’ van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 21 april 2016, p. 2-3.

verbonden kosten toe te rekenen aan de individuele werknemer. Dit op basis van de gedachte dat de (gekapitaliseerde) waarde van de voorziening onder de huidige wettekst gelijk moet zijn aan de transitievergoeding waarop de individuele werknemer recht zou hebben gehad. De parlementaire geschiedenis geeft voor deze gedachte geen aanwijzing en het is evenmin duidelijk welke invulling in de praktijk aan art. 7:673b BW zal worden gegeven.

Dat de gelijkwaardige voorziening complicaties meebrengt, moge op grond van onze bijdrage duidelijk zijn. De voorgestane aanpassing van Asscher lost echter nog niet alles op. Het voorstel levert op haar beurt nieuwe vragen op. De beperking tot de a-grond vloeit vaak al voort uit bepalingen in het sociaal plan zelf. Waar dit niet het geval is, kan de beperking tot de a-grond ertoe leiden dat ondernemers ook overige ontslagen onder de a-grond (het sociaal plan) zullen proberen te schuiven om zo onder de (volledige) transitievergoeding uit te komen. Het voorstel creëert een ongelijke positie voor niet onder de cao vallende kleine mkb-werkgevers, nu zij geen gelegenheid hebben om naar beneden af te wijken van de transitievergoeding. De cao-partijen wordt voor de invulling van de voorziening nog meer vrijheid geboden, terwijl bij een institutionele benadering ook ongebonden werknemers met de afwijkende regelingen worden geconfronteerd. Hierover is niets gezegd.

De inwerkingtredingsdatum waarnaar gestreefd wordt, is 1 januari 2018. Dat gunt minister Asscher tijd om de aanpassing verder uit te werken. Afgezien van de vorm lijkt ons een alternatieve cao-voorziening waaraan minimale eisen worden gesteld – in lijn met het tweeledig doel van

de transitievergoeding – tegemoet te komen aan de wens van de sociale partners. Bescherming van werknemers en tegengaan van oneerlijke concurrentie is ook een taak van de wetgever. Een wettelijke verduidelijking van het toetsingskader en toepassingsbereik van de afwijkende voorziening lijkt daarom meer in de rede te liggen dan het bieden van volledige contractsvrijheid aan cao-partijen. Intussen geldt dat afwijking van de transitievergoeding alleen mogelijk is op basis van gelijkwaardigheid. Zoals wij – onder meer op basis van het AWWN-onderzoek – hebben vastgesteld, is het nog maar de vraag of de vakbonden met regelingen akkoord gaan waarbij de voorzieningen niet minimaal op het niveau van de transitievergoeding liggen.



Over de auteurs

Mr. M. Bonsen-Lemmers is advocaat/partner bij FrankfortSluis Advocaten te Haarlem.



Mr. N. Cancian-van Ballegooijen is advocaat/partner bij Avocare Arbeidsrecht te Haarlem.