

ANNOTATIE

De veranderende ruimte om bij cao van de transitievergoeding af te wijken: verleden, heden en toekomst

mr. dr. J.H. Even

Annotatie bij Hoge Raad, 29-03-2019, ECLI:NL:HR:2019:449 (AR-2019-0359, PR-2019-0038)

Waar de sociale partners oorspronkelijk de hele transitievergoeding zonder verdere voorwaarden van driekwartdwingend recht wilden maken, bood de wetgever hun een geclausuleerd alternatief. Met artikel 7:673b BW introduceerde de wetgever een bepaling die cao-partijen ruimte biedt bij cao een ‘gelijkwaardige voorziening’ te ontwerpen die in de plaats treedt van de transitievergoeding. Maar wat nu precies als ‘voorziening’ heeft te gelden en wanneer deze ‘gelijkwaardig’ moet worden geacht – de kern van artikel 7:673b BW – is steeds onderwerp van debat geweest. Bij beschikking van 29 maart 2019 (ECLI:NL:HR:2019:449) in een geschil tussen ING en een werknemster heeft de Hoge Raad artikel 7:673b BW in belangrijke mate geduid. Die beschikking zal hier worden geannoteerd. Deze duidelijkheid is natuurlijk prachtig, maar zal ons slechts kort van dienst kunnen zijn. Artikel 7:673b is immers grondig herzien.

In het onderstaande bespreek ik (1) het ontstaan van artikel 7:673b BW en (2) de noodzaak om met zekerheid te kunnen vaststellen of een cao-voorziening aan de criteria van artikel 7:673b BW voldoet om cumulatie van vergoedingen te voorkomen. Daarna constateer ik (3) dat artikel 7:673b BW die noodzakelijke duidelijkheid niet biedt en formuleer ik enkele tot voor kort openstaande vragen over de juiste interpretatie van dit artikel. Vervolgens zal (4) de hier te bespreken zaak worden toegelicht en worden stilgestaan bij de verduidelijking die de Hoge Raad hierin geeft. Dan zal ik (5) ingaan op de wijziging van artikel 7:673b BW waarna ik (6) eindig met enkele slotopmerkingen.

1 Het ontstaan van artikel 7:673b BW

Op 11 april 2013 sloten de sociale partners binnen de Stichting van de Arbeid het sociaal akkoord dat aan de basis lag van de WWZ. In dat akkoord werd de transitievergoeding gedetailleerd uitgeschreven. Die vergoeding zou in principe steeds worden betaald. Bij het

onvrijwillige einde van het dienstverband heeft volgens de sociale partners ‘iedere werknemer (...) recht op een (forfaitaire) transitievergoeding’. Hieraan werd toegevoegd: ‘Alle regelingen m.b.t. de vergoeding zijn van ¾ dwingende aard: afwijking is mogelijk bij cao en sociaal plan.’ De sociale partners wilden dus ruime mogelijkheden om via driekwartdwingend recht maatwerk te kunnen leveren.

De wetgever nam als bekend het stokje van de sociale partners over. De transitievergoeding met diverse uitwerkingen werd per 1 juli 2015 geïntroduceerd: artikel 7:673-7:673d BW. De transitievergoeding is inderdaad een forfaitaire vergoeding geworden, waarop ook volgens de wetgever in principe iedere werknemer bij onvrijwillig ontslag recht heeft en waarbij wordt geabstraheerd van de vraag of de werknemer door het ontslag schade heeft geleden. Een voorbeeld uit de parlementaire geschiedenis: ‘In reactie op de vragen van de leden van de D66-fractie merkt de regering op dat de transitievergoeding niet beschouwd dient te worden als een aanvullende inkomensvoorziening bij werkloosheid. Dit blijkt enkel al uit het feit dat de transitievergoeding verschuldigd is door de werkgever ongeacht het antwoord op de vraag of de werknemer na het eindigen van de arbeidsovereenkomst aansluitend werkloos is of aansluitend een andere arbeidsovereenkomst aan gaat. In beide genoemde situaties is de werkgever de transitievergoeding verschuldigd.’ [1]

De afwijkingsmogelijkheid van driekwartdwingend recht werd in artikel 7:673b BW opgenomen, dat in de conceptfase nog luidde: ‘De artikelen 673 en 673a zijn niet van toepassing, indien in een collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan voor werknemers als bedoeld in artikel 673, lid 1, en artikel 673a een gelijkwaardige voorziening is opgenomen, gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid.’ Met deze regeling is de wetgever naar eigen zeggen tegemoetgekomen aan de wens van de sociale partners bij cao ‘van-werk-naar-werk-transities’ mogelijk te maken. [2] De oorspronkelijke eis in artikel 7:673b BW dat de voorziening moet zijn gericht ‘op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid’ is gedurende het wetgevingstraject komen te vervallen. De wetgever vond voldoende dat er een gelijkwaardige voorziening was. De doelstelling daarvan was geen aanvullende voorwaarde. [3]

De ruimte om bij cao tot afwijking van de transitievergoeding te komen werd door de wijze waarop artikel 7:673b BW is opgesteld wel enigszins beknot vergeleken met de oorspronkelijke wens van de sociale partners uit het sociaal akkoord, waarin zij immers alle regelingen met betrekking tot de vergoeding ongeconditioneerd wilden kunnen bepalen. Op grond van de uiteindelijke tekst van artikel 7:673b BW is niet elke afwijking van de transitievergoeding geoorloofd. Het moet namelijk gaan om een ‘gelijkwaardige voorziening’. De wetgever liet op hoofdlijnen weten wat zo’n gelijkwaardige voorziening moest zijn: ‘een voorziening in geld of natura (of een combinatie daarvan) welke het equivalent vormt van hetgeen waarop een werknemer aanspraak kan maken op grond van de wettelijke regeling inzake de transitievergoeding’. [4] De regering ging ervan uit dat de afspraken in de cao op geld worden gewaardeerd. [5] Uiteindelijk zal volgens de wetgever de rechter moeten oordelen of een voorziening gelijkwaardig is. [6]

2 Geen cumulatie

De transitievergoeding kan cumuleren met andere regelingen die gelden bij het einde van de arbeidsovereenkomst. Een samenloopmogelijkheid bestaat met de afvloeiingsregeling bij voorbaat die in sommige arbeidsovereenkomsten staat. Maar de transitievergoeding kan ook cumuleren met een compensatieregeling uit een cao die bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst van toepassing is.

De wetgever vond cumulatie van de transitievergoeding met al (voorafgaande aan 1 juli 2015) afgesproken vergoedingen of voorzieningen ongewenst. Dubbele betaling moest worden voorkomen. Dat werd geregeld in het op artikel XXII lid 7 van de WWZ gebaseerde Besluit overgangsrecht transitievergoeding. Dat besluit maakte een scherp onderscheid tussen bestaande collectieve afspraken (in cao of sociaal plan) en bestaande individuele afspraken (of preciezer: overige lopende afspraken). [7]

Bij al bestaande individuele afspraken kreeg de werknemer een keuzemogelijkheid: hij mocht kiezen uit ofwel de individuele afspraak ofwel de transitievergoeding. Geen cumulatie dus. Deze regeling voor individuele afspraken was niet in tijd beperkt en bestaat onverkort. Bij al bestaande collectieve afspraken gold een ander regime. Dergelijke afspraken zouden steeds – zonder een gelijkwaardigheidstoets [8] – in de plaats treden van de transitievergoeding en hadden dus automatisch, zonder keuzemogelijkheid, voorrang boven de transitievergoeding. Deze regeling was echter in tijd beperkt en gold tot 1 juli 2016. Op die manier hadden de cao-partijen vanaf de introductie van de transitievergoeding een jaar de tijd om die collectieve afspraken desgewenst aan te passen. Daarna zou deze overgangsregel komen te vervallen, hetgeen ook is gebeurd. Als de werkgever zich niet (meer) kan beroepen op de overgangsregel treedt volgens de nota van toelichting bij het Besluit overgangsrecht transitievergoeding cumulatie op van de collectieve afspraak met de transitievergoeding. Dit systeem maakt dat het sinds 1 juli 2016 van groot belang is of een voorziening in een cao een *gelijkwaardige* voorziening in de zin van artikel 7:673b BW is. Is de cao-voorziening niet gelijkwaardig, dat moet de werkgever mogelijk twee keer betalen en mag de werknemer dus twee keer ontvangen. [9] Het is alleen al daarom relevant dat artikel 7:673b BW op alle fronten duidelijk is.

3 Openstaande vragen over artikel 7:673b BW

En dat is artikel 7:673b BW niet. Het artikel laat ruimte voor vragen. [10] Zo is het niet zonder meer duidelijk wat precies (a) een ‘voorziening’ is en wanneer deze (b) gelijkwaardig is. [11] In het onderstaande vat ik diverse vragen over de interpretatie van artikel 7:673b BW samen, welke vragen door de Hoge Raad in de in onderdeel 4 te bespreken beschikking gelukkig (grotendeels) zijn beantwoord.

a. Wat is een voorziening?

Het moet gaan om een voorziening in geld of natura of een combinatie daarvan, die in plaats van de transitievergoeding treedt. Zo veel is wel duidelijk. Het zal vanwege dat laatste in

principe gaan om een vergoeding die in verband staat met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. [12]

Maar niet elke vergoeding die bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt betaald, zal als voorziening in de zin van artikel 7:673b BW kwalificeren. Uitbetaling van vakantiedagen en vakantiegeld zullen evident niet als zo'n voorziening hebben te gelden. [13] Uitkering van een ontslagvergoeding zal dat evident wel zijn. Er zijn echter (1) tussensmaken mogelijk. Hoe zit het bijvoorbeeld met een arbeidsongeschiktheidspensioen? Advocaat-generaal Wissink merkte recent in een conclusie op dat in de rechtspraak meermaals is geoordeeld dat zo'n pensioen niet kan worden aangemerkt als voorziening in de zin van het Besluit overgangsrecht transitievergoeding (waarbij het nog de vraag is of hetzelfde geldt bij toepassing van art. 7:673b BW), kort gezegd omdat zo'n uitkering niet vanwege beëindiging van het dienstverband, maar vanwege de arbeidsongeschiktheid van de werknemer wordt toegekend. [14] Dezelfde opmerking plaatste advocaat-generaal De Bock in par. 3.34 van haar conclusie bij de onderhavige beschikking. En hoe zit het met een 'doorwerkregeling', dat wil zeggen een regeling die voorziet in het langer mogen werken in plaats van een onmiddellijk ontslag? Hiernaar heeft de Hoge Raad recent moeten kijken, maar hij hoefde uiteindelijk niet te oordelen of de doorwerkregeling een voorziening was, nu de zaak op een andere grond al gecasseerd werd. [15]

In het verlengde van deze thematiek, kan de vraag worden gesteld of (2) de cao-bepaling ontworpen moet zijn om 'van-werk-naar-werk-transities' mogelijk te maken en of deze (3) door de cao-partijen specifiek moet worden bestempeld als voorziening als bedoeld in artikel 7:673b BW. In dat verband is mogelijk relevant dat (4) de cao-bepaling al bestond voordat de WWZ in werking trad, waardoor de bepaling niet eenvoudig als 'voorziening' in de zin van artikel 7:673b BW kan worden beschouwd.

Een positief antwoord op de tweede vraag lijkt op het eerste gezicht logisch tegen de achtergrond van het feit dat de regering met deze regeling heeft beoogd 'van-werk-naar-werk-transities' mogelijk te maken. Daar staat tegenover dat gedurende het wetgevingsproces de oorspronkelijke voorwaarde van artikel 7:673b BW – de regeling moet gericht zijn 'op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid' – is komen te vervallen. Het doel van de voorziening doet er kennelijk niet toe. Toch kunnen ook daar vraagtekens bij worden geplaatst, omdat mogelijk in elk geval het doel van de transitievergoeding moet worden gediend (waarvoor de voorziening immers in de plaats treedt): het bevorderen van transitie van werk naar werk en het bieden van compensatie voor het ontslag. [16] Bovendien, als al te makkelijk een 'willekeurige' regeling uit de cao die geldt bij het einde van de arbeidsovereenkomst als gelijkwaardige voorziening kan worden beschouwd – denk bijvoorbeeld aan het verval van de terugbetalingsverplichting van studiekosten aan het einde van de arbeidsovereenkomst of iets dergelijks [17] – kan van een voorziening die bewust in de plaats is gekomen van de transitievergoeding niet steeds eenvoudig worden gesproken. Dat geldt, in verband met de vierde vraag, temeer als de cao-bepaling al bestond voordat de WWZ er was: de cao-regeling is dan evident niet in de plaats getreden van de verplichting tot het betalen van de transitievergoeding. Verhulp waarschuwde

dat het cao-partijen niet vrijstaat om een reguliere arbeidsvoorwaarde in de cao als gelijkwaardige voorziening aan te merken. [18] Maar is, de derde vraag, zo'n specifieke aanduiding vereist? Een negatief antwoord zou voornoemd probleem in elk geval verminderen. De wet schrijft zo'n specifieke aanduiding echter niet voor. [19] Wel lijkt uitdrukkelijke aandacht voor de gelijkwaardige voorziening in de cao de bedoeling van de wetgever te zijn geweest, omdat de wetgever ervan uitgaat dat de voorziening in de cao in het licht van artikel 7:673b BW op geld wordt gewaardeerd. [20] Zie hierover ook par. 3.23-3.27 van de conclusie van advocaat-generaal De Bock bij de onderhavige beschikking.

b. Wat is gelijkwaardig?

Een belangrijke vervolgvraag is hoe 'de voorziening' precies moet worden gewaardeerd. Al bij een door de Vereniging van Rotterdamse Arbeidsrecht Advocaten eind 2014 en begin 2015 georganiseerd open debat tussen rechterlijke macht en advocatuur bleek dit een lastig punt. [21] Een voorbeeld van deze problematiek. Stel dat de werknemer bij ontslag maandelijks een suppletie krijgt bovenop de WW-uitkering, waarbij mogelijk zelfs de duur van de WW-uitkering wordt verlengd. De potentiële waarde van zo'n vergoeding, als gebruikt tot het einde, kan een veelvoud zijn in vergelijking met het bedrag dat de werknemer aan transitievergoeding zou hebben ontvangen. Maar als de werknemer al na een maand een nieuwe baan heeft gevonden, waardoor zijn WW-uitkering stopt en daarmee ook zijn suppletie, dan zou de werknemer beter af zijn geweest met betaling van de transitievergoeding ineens. Kan in zo'n geval – waarin de werknemer niet meteen de vergoeding krijgt en de uiteindelijke hoogte van die vergoeding niet bij voorbaat vast staat – (5) niettemin worden gesproken van een gelijkwaardige voorziening? Maakt het hierbij (6) uit of de cao-partijen de voorziening gelijkwaardig hebben bevonden? En moet (7) de vergoeding per individuele werknemer worden getoetst (elke individuele werknemer ontvangt ten minste een equivalent van de op hem van toepassing zijnde transitievergoeding), of kan een collectieve benadering worden gebruikt (de voorziening in zijn totaliteit is ten minste gelijkwaardig aan de samengenomen transitievergoedingen)?

In de literatuur en jurisprudentie is wisselend geoordeeld over de vijfde vraag: soms wordt het standpunt gehuldigd dat de potentiële waarde van de voorziening als vertrekpunt moet worden genomen bij de vergelijking met de transitievergoeding, soms gaat men ervan uit dat de daadwerkelijk betaalde vergoeding hiermee moet worden vergeleken. Deze stand van zaken wordt goed samengevat in par. 3.71-3.78 van de conclusie van advocaat-generaal De Bock bij de onderhavige beschikking. De Bock onderschrijft de tweede visie. Met betrekking tot de zesde vraag lijkt de mening van de cao-partijen wel relevant, in het licht van het feit dat dit onderwerp bij hen is belegd. Zij mogen onder gebruikmaking van hun vrijheid van onderhandelen hierover een besluit nemen. Daar staat tegenover dat de rechter uiteindelijk bevoegd is het resultaat te toetsen: de mening van de cao-partijen is dus niet doorslaggevend. Dat houdt weer nauw verband met de zevende vraag: moet de rechter bij zijn toets het belang van de collectiviteit van de regeling betrekken? Het betrekken van die collectiviteit zou beter aansluiten bij cao-recht: solidariteit met een nadruk op de bescherming van de meer hulpbehoevenden kan ertoe leiden dat sommige werknemers nu eenmaal meer krijgen dan

anderen. De meer individuele benadering die eist dat elke werknemer ten minste het equivalent van de transitievergoeding krijgt, past weer beter bij de passages uit de wetgeschiedenis waaruit volgt dat per individuele werknemer de vergoeding moet worden onderzocht, waarbij het bovendien erg lastig is een collectieve berekening te maken. Zie par. 3.55-3.60 van de conclusie van advocaat-generaal De Bock bij de onderhavige beschikking.

4 De zaak

ING ontsloeg haar meer dan twee jaar zieke werknemster. Zij kwam in aanmerking voor een transitievergoeding groot 24.673 euro. De cao van ING voorzag in het onderhavige geval bij ontslag in premievrije opbouw van het pensioen. Het ging in totaal om een bedrag van 90.915 euro aan door ING te betalen premies. Deze regeling bestond al voor 1 juli 2015. ING stelde dat deze vergoeding als gelijkwaardige voorziening heeft te gelden, zoals ook de cao zelf aangaf. Het hof ging hier niet in mee: 'gesteld noch gebleken is dat in de CAO een op geld waardeerbare voorziening is vastgelegd waarmee invulling is gegeven aan de sinds 1 juli 2015 voor ING geldende verplichting om aan de arbeidsongeschikte werknemer die voldoet aan art. 7:673 BW (zoals de werknemster) de transitie-vergoeding te voldoen.' ING stelde hiertegen cassatie in. De Hoge Raad was hierover kort. De 'omstandigheid dat een voorziening al voor 1 juli 2015 in een op dat moment tussen partijen geldende cao was opgenomen en na 1 juli 2015 (in een nieuwe cao) is gehandhaafd, [sluit] niet zonder meer uit dat die voorziening na 1 juli 2015 wordt aangemerkt als een aan de wettelijke transitievergoeding gelijkwaardige voorziening in de zin van art. 7:673b BW.' Of de cao-voorziening een gelijkwaardige voorziening is, hangt volgens de Hoge Raad af van de omstandigheden van het geval. De klacht slaagt.

Hiermee beantwoordt de Hoge Raad de hierboven genoemde vierde vraag: een regeling die al bestond voor de introductie van de WWZ kan niettemin potentieel als gelijkwaardige voorziening worden aangemerkt. De Hoge Raad laat het daar niet bij en gaat – overigens op uitdrukkelijk verzoek van advocaat-generaal De Bock – ten overvloede dieper op artikel 7:673b BW in.

Bij de beoordeling of een in een cao opgenomen voorziening gelijkwaardig is aan de wettelijke transitievergoeding, is volgens de Hoge Raad uitgangspunt dat een vergelijking wordt gemaakt tussen enerzijds de (i) op het tijdstip van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (ii) gekapitaliseerde *potentiële* waarde van de voorziening waarop de desbetreffende werknemer volgens de cao wegens die beëindiging recht heeft en anderzijds de transitievergoeding waarop die werknemer volgens de wet recht zou hebben. Hiermee beantwoordt de Hoge Raad de vijfde vraag: in de situatie waarin de werknemer niet meteen de vergoeding krijgt en de uiteindelijke hoogte van die vergoeding niet bij voorbaat vaststaat, is deze vergoeding gelijkwaardig in de zin van artikel 7:673b BW als de potentiële vergoeding op het moment van ontslag maar ten minste even groot is als de hoogte van de transitievergoeding op datzelfde moment.

De Hoge Raad is voorstander van deze benadering, omdat deze het mogelijk maakt om ook

voorzieningen die in fasen worden gerealiseerd en met een onzeker eindtijdstip, meteen te onderzoeken op gelijkwaardigheid aan de wettelijke transitievergoeding. Dat is gewenst in verband met de vervaltermijn van artikel 7:686a lid 4 aanhef en sub b BW. Ook verzet de rechtszekerheid zich volgens de Hoge Raad ertegen dat pas geruime tijd na het einde van het dienstverband kan worden bepaald of die voorziening gelijkwaardig was aan de transitievergoeding. Deze benadering strookt volgens de Hoge Raad bovendien met het abstracte en gestandaardiseerde stelsel van de wettelijke transitievergoeding. Daarbij is als gezegd niet van belang of de werknemer na het eindigen van de arbeidsovereenkomst werkloos is of aansluitend een andere baan heeft gevonden. Evenmin doet ter zake of de werknemer die kort voor zijn pensioen wordt ontslagen een transitievergoeding ontvangt die hoger is dan het loon waarop hij tot de datum van zijn pensioen recht zou hebben gehad. [22] Dat stelsel verhoudt zich slecht met het bepalen van de 'gelijkwaardigheid' van een in een cao opgenomen voorziening aan de hand van de uiteindelijke feitelijke uitwerking van die voorziening in het concrete geval (die bovendien als gezegd vaak pas achteraf kan worden vastgesteld).

De Hoge Raad merkt verder op dat het uiteindelijk aan de rechter is overgelaten om vast te stellen of een in een cao opgenomen voorziening gelijkwaardig is in de zin van artikel 7:673b lid 1 BW. Hieruit valt volgens de Hoge Raad af te leiden dat bij de beantwoording van de vraag of een cao-voorziening gelijkwaardig is weliswaar betekenis kan toekomen aan de omstandigheid dat cao-partijen die voorziening als gelijkwaardig hebben aangemerkt, maar dat dit slechts een van de gezichtspunten is. Hiermee beantwoordt de Hoge Raad de hierboven door mij als vraag zes aangeduide vraag.

Niet is vereist dat de in de cao opgenomen voorziening is gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid. De daartoe strekkende voorwaarde in het oorspronkelijke wetsvoorstel voor artikel 7:673b BW is door de wetgever immers geschrapt. Dit neemt volgens de Hoge Raad echter niet weg dat bij de beoordeling van de 'gelijkwaardigheid' van een cao-voorziening wel kan meewegen – niet als voorwaarde, maar als factor – in hoeverre die voorziening kan beantwoorden aan de functies van de transitievergoeding die de wetgever bij haar introductie op het oog heeft gehad: de compensatie voor de gevolgen van het ontslag enerzijds en de werknemer met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken anderzijds. Vraag twee is daarmee beantwoord. Indirect geeft de Hoge Raad hiermee ook enige duiding aan vraag één: een voorziening die kort gezegd tussen een 'harde' beëindigingsregeling en een reguliere eindafrekening in zit, kan mogelijk als voorziening in de zin van artikel 7:673b BW hebben te gelden, maar het helpt erg als die voorziening is gericht op compensatie en/of transitie.

De Hoge Raad merkt tot slot op dat de omvang van de wettelijke transitievergoeding per werknemer kan verschillen. Datzelfde kan ook voor de waarde van een in een cao neergelegde gestandaardiseerde voorziening gelden, waarbij het ook mogelijk is dat deze op een andere wijze dan bij de wettelijke transitievergoeding is berekend. Dit kan ertoe leiden dat een in een cao opgenomen voorziening voor de ene werknemer gelijkwaardig wordt geacht aan de

wettelijke transitievergoeding, maar voor de andere werknemer tekortschiet. De Hoge Raad maakt dus duidelijk dat per individuele werknemer moet worden getoetst of de cao-voorziening gelijkwaardig is en beantwoordt daarmee de hierboven genoemde zevende vraag.

5 Kort genieten geblazen

De ten overvloede bespiegeling over de reikwijdte van artikel 7:673b BW is natuurlijk een cadeautje van de Hoge Raad. Helaas kunnen we maar kort genieten van deze geschonken verduidelijking. Artikel 7:673b BW gaat namelijk rigoureuus op de schop. Het nieuwe artikel 7:673b BW komt als volgt te luiden: 'Bij collectieve arbeidsovereenkomst (...) kan worden bepaald dat de transitievergoeding, bedoeld in artikel 673, lid 1, of artikel 673a, niet is verschuldigd, indien: a. de arbeidsovereenkomst is geëindigd of niet is voortgezet wegens omstandigheden als bedoeld in artikel 669, lid 3, onderdeel a; en b. op grond van de collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan recht bestaat op een voorziening die bijdraagt aan het beperken van werkloosheid, op een redelijke financiële vergoeding, of op een combinatie daarvan.' Deze nieuwe regeling is op punten helderder dan het huidige artikel 7:673b BW, op punten blijven dezelfde vragen en weer op andere punten roept het nieuwe vragen op.

Wat nu precies als een 'voorziening' heeft te gelden, is in de tekst van dit nieuwe artikel niet expliciet verhelderd ten opzichte van het huidige artikel. De wetsgeschiedenis geeft wel voorbeelden. Het kan gaan om vergoedingsregelingen, scholingsfaciliteiten, outplacement of een bovenwettelijke WW-uitkering. [23] Ik verwacht onder het nieuwe regime overigens minder onduidelijkheid over het antwoord op de vraag of een voorziening uit een cao valt onder het bereik van artikel 7:673b BW dan thans het geval is. Dat komt enerzijds omdat het nieuwe artikel 7:673b BW alleen maar van toepassing is op bedrijfseconomisch ontslag (art. 7:669 lid 3 sub a BW), zodat vraagstukken rondom vergoedingen (zoals de premievrije opbouw van pensioen bij ziekte) bij ontslag om andere redenen komen te vervallen. [24] Anderzijds vereist het nieuwe artikel dat uitdrukkelijk in de cao moet worden bepaald dat de transitievergoeding vanwege de desbetreffende voorziening niet is verschuldigd. [25] De cao-partijen moeten dus klare wijn schenken.

Verder hoeft de cao-voorziening in het nieuwe systeem niet meer aan de transitievergoeding 'gelijkwaardig' te zijn. In de memorie van toelichting wordt meermaals gememoreerd dat de gelijkwaardigheidstoets in dit verband niet bestaat. [26] Een reden om deze toets te laten vervallen, is omdat die toets volgens de minister gelijkwaardigheid op individueel niveau vereist, terwijl soms beter een collectieve benadering kan worden gekozen. [27] Hiermee vallen de soms listige vragen naar gelijkwaardigheid of niet van de cao-voorziening weg. Hiermee hoeft de cao-voorziening in principe niet meer op individueel niveau te worden getoetst. [28]

De gelijkwaardigheidstoets wordt wel door een andere toets vervangen: de voorziening moet (a) bijdragen aan het beperken van de werkloosheid, (b) een redelijke financiële vergoeding voorschrijven, of een combinatie daarvan. Hier worden door de wetgever mogelijk weer

nieuwe vraagstukken geïntroduceerd.

Waar (a) het doel van de voorziening er in het huidige artikel 7:673b BW niet toe doet, is dat wel het geval onder de nieuwe regeling. Om werkloosheid te kunnen beperken zullen regelingen volgens de memorie van toelichting ‘daadwerkelijk moeten bijdragen aan het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de duur van werkloosheid, en daarmee gericht zijn op duurzame wederinschakeling in betaalde arbeid’.[29] Het is enigszins opmerkelijk dat dit doel niet vereist is bij de transitievergoeding, maar wel bij de daarvoor in de plaats komende vergoeding van artikel 7:673b BW.

De (b) ‘redelijke financiële vergoeding’ van het nieuwe artikel 7:673b BW wordt nauwelijks onderbouwd, behalve dat een vergoeding ter grootte van de transitievergoeding wel redelijk zal zijn. ‘Onder omstandigheden’ kan een lagere vergoeding dat ook zijn, namelijk 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, of als door cao-partijen een deel van de beschikbare middelen is aangewend voor de financiering van andere voorzieningen (...)’ Klaarblijkelijk vond de wetgever het nodig om (na het afscheid nemen van de soms vage gelijkwaardigheidstoets nu weer) een vage norm – want wat is redelijk? – te introduceren in artikel 7:673b BW. De wetgever vond het mogelijk te spannend om de vergelijkbaarheidstoets weg te laten en de materie echt aan de cao-partijen te laten. Ik ga er overigens wel van uit dat rechters terughoudend gebruik zullen maken van deze redelijkheidstoets en in principe de mening ter zake van de cao-partijen zullen volgen. Ik verwijs in dat verband naar de overweging van de Hoge Raad in het arrest *Parallel Entry*, waarin hij oordeelt dat een beloning die voortvloeit uit een cao in principe moet worden gevolgd, omdat in dat geval ‘tevens het uit verscheidene verdragsbepalingen voortvloeiende zwaarwegende beginsel van de vrijheid van onderhandelen over arbeidsvoorwaarden in het geding is’. [30] Dat wil uiteraard niet zeggen dat de rechter *niet* mag toetsen. Zoals advocaat-generaal De Bock terecht opmerkt in par. 3.22 van haar conclusie bij de hier besproken beschikking mogen cao-partijen geen afspraken maken die contra legem zijn. Het is ook voor de toekomst helder dat de rechter het laatste woord heeft in de beoordeling over de juiste toepassing van artikel 7:673b BW. [31] Wel wil dit zeggen dat terughoudendheid op zijn plaats is. In de woorden van de Hoge Raad uit de onderhavige beschikking zal de opmerking van de cao-partijen dat een vergoeding redelijk is, als gezichtspunt voor de rechter hebben te gelden. Ik voeg toe dat ik dit in het licht van de vage terminologie uit het nieuwe artikel 7:673b BW (‘redelijke’ financiële vergoeding) en voornoemde overweging uit het arrest *Parallel Entry* zelfs een belangrijk gezichtspunt vind.

6 Tot slot

De wetgever gaat snel. Artikel 7:673b BW wordt nu al aangepast. We zullen in het licht van de WAB, die binnenkort waarschijnlijk door de Eerste Kamer zal worden aangenomen, op korte termijn wel met meer wijzigingen van de WWZ worden geconfronteerd. Ik sta daar dubbel in. Enerzijds is het prijzenswaardig dat de wetgever snel ingrijpt als iets niet goed werkt.

Anderzijds moeten we ons niet laten leiden door de waan van de dag. Er moet wel echt iets mis zijn moet een wettelijke bepaling al binnen enkele jaren worden aangepast.

Artikel 7:673b BW was niet goed doordacht. Er was meteen onduidelijkheid over de centrale begrippen uit de regeling, over ‘voorziening’ en ‘gelijkwaardig’. Ik kan aanpassing van de bepaling in dat licht wel begrijpen. Ook kan ik begrijpen dat het nieuwe artikel 7:673b BW is toegeschreven naar ontslag op de a-grond. Voor die grond worden in de praktijk in ieder geval de meeste cao-voorzieningen getroffen. [32] Voor de b-grond (zoals aan de orde in de onderhavige zaak) ligt een cao-alternatief voor de toekomst minder voor de hand, omdat betaling van de transitievergoeding bij ontslag na twee jaar ziekte in principe zal worden gecompenseerd. Dat zou bij het toepassen van een cao-alternatief veel lastiger worden.

Gelijktijdig valt de enigszins beperkte ruimte die de cao-partijen van de wetgever krijgen mij op. Van de onbeperkte ruimte die zij wensten om een alternatief voor de transitievergoeding bij cao te regelen, kregen zij eerst op alle ontslaggronden een geclausuleerde mogelijkheid (‘gelijkwaardige voorziening’) en krijgen zij straks op één ontslaggrond een minder geclausuleerde mogelijkheid (beperken van werkloosheid en een redelijkheidstoets bij de financiële voorziening). Kennelijk durft de wetgever het niet aan de cao-partijen meer ruimte te geven bij cao maatwerk te leveren. Hun vrijheid is, net zoals bij bijvoorbeeld de afwijkingsmogelijkheid bij cao van artikel 7:628 lid 7 en 7:668a lid 5 BW, door de wetgever ingeperkt.

Mr. dr. J.H. (Zef) Even

Noten

[1] *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 70*. Zie ook HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651.

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

[3] *Kamerstukken II 2013/14, 33988, 6, p. 47*.

[4] *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 114* en *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 60*.

[5] Zie ook *Kamerstukken I 2013/14, 33818, C (MvA), p. 24*.

[6] *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 85*.

[7] Zie in dit verband ook HR 11 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:28 (*Gemeente Den Haag*).

[8] Zie nota van toelichting bij het Besluit overgangsrecht transitievergoeding, *Stb.* 2015, 172, p. 5, voetnoot 2.

[9] Zie ook Rb. Noord-Holland 12 april 2017, ECLI:NL:RNNHO:2017:3115 (*Martinair*), par. 4.1. Zie voor een nadere analyse hierover inclusief de mogelijkheid tot terugvordering van de werkgever van de betaalde ongelijkwaardig bevonden cao-voorziening: N. Bonsen-Lemmers en M. Cancian-van Ballegooijen, ‘Gelijkwaardigheid. Feit of fictie? De eigenaardige

gelijkwaardige voorziening ex art. 7:673b BW', *TAP* 2016/4. Die terugvorderingsmogelijkheden ziet Jansen niet als in de cao geen anti-cumulatiebeding is opgenomen. Zie N. Jansen, 'De gelijkwaardige voorziening: geen gezeik iedereen rijk?', *TvO* 2017, nr. 3, par. 5.1.

[10] Zie ook A. van Zanten-Baris, 'Van gelijkwaardige voorziening naar alternatieve voorziening: ruimte voor cao-partijen', *TRA* 2018/86.

[11] Meer technische vragen, zoals de vragen of (i) de voorziening langs de weg van art. 9, 12 en 13 Wet cao op de werknemer van toepassing moet zijn en (ii) of het per se om een nog lopende cao moet gaan of dat een nawerkende cao ook volstaan, laat ik onbesproken. Rb. Gelderland 8 februari 2017, *JAR* 2017/79 achtte de artikel 14-werknemer die de cao had geaccepteerd ook gebonden aan de voorziening (die overigens niet gelijkwaardig bleek) en Rb. Noord-Holland 12 april 2017, *ECLI:NL:RNNHO:2017:3115* vond dat ook in geval van een nawerkende cao een beroep op art. 7:673b BW legitiem was. Zie over deze materie ook N. Jansen, 'De gelijkwaardige voorziening: geen gezeik iedereen rijk?', *TvO* 2017, nr. 3, par. 5.3 en 5.4.

[12] Zie in de zin ook A-G De Bock in par. 3.33 van haar conclusie bij de onderhavige beschikking.

[13] Zie ook nota van toelichting bij het Besluit overgangsrecht transitievergoeding, *Stb.* 2015, 172, p. 4.

[14] M.H. Wissink 12 oktober 2018, *ECLI:NL:PHR:2018:1154*, par. 3.10.3 en voetnoot 31. Zie ook S.A. van der Velde, 'De gelijkwaardige voorziening van art. 7:673b BW', *ArbeidsRecht* 2016/37, par. 5.

[15] HR 11 januari 2019, *ECLI:NL:HR:2019:28* (*Gemeente Den Haag*).

[16] Zie in die zin bijvoorbeeld N. Bonsen-Lemmers en M. Cancian-van Ballegooijen, 'Gelijkwaardigheid. Feit of fictie? De eigenaardige gelijkwaardige voorziening ex art. 7:673b BW', *TAP* 2016/4. Zie ook A-G De Bock, par. 3.64-3.70 in haar conclusie bij de onderhavige beschikking.

[17] Ik zeg hiermee niet dat dit type regeling geen voorziening in de zin van art. 7:673b BW kan zijn, want dat lijkt mij wel. Ik zeg louter dat een bepaalde regeling mogelijk nooit als uitruil voor een transitievergoeding is bedoeld.

[18] E. Verhulp, *T&C BW*, commentaar op art. 7:673b BW.

[19] Zie hierover ook, onder verwijzing naar Rb. Noord-Holland 12 april 2017, *ECLI:NL:RNNHO:2017:3115*, N. Jansen, 'De gelijkwaardige voorziening: geen gezeik iedereen rijk?', *TvO* 2017, nr. 3, par. 5.2.

[20] Zie ook *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C (MvA), p. 24.

[21] *WWZ in praktijk, Een voorspelling in open debat tussen rechterlijke macht en advocatuur*,

Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 53-56.

[22] HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845, r.o. 3.4.3-3.4.

[23] *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, 6, p. 12.

[24] Dat deze optie niet geldt bij langdurige ziekte is logisch tegen de achtergrond dat de werkgever bij betaling van de transitievergoeding bij een ontslag op die grond gecompenseerd zal gaan worden.

[25] *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, 4, p. 10.

[26] *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, 3, p. 9 en 12.

[27] *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, 3, p. 9.

[28] Zie in dat verband ook de brief van toenmalig minister Asscher van 21 april 2016, *Kamerstukken II* 2015/16,16, waarin hij duidelijk naar een meer collectieve benadering wilde gaan.

[29] *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, 3, p. 9.

[30] HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68.

[31] Zie ook *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, 3, p. 10.

[32] N. Jansen, 'De gelijkwaardige voorziening: geen gezeik iedereen rijk?', *TvO* 2017, nr. 3, par. 4.