

Hoe de transitievergoeding productiever zou kunnen worden ingericht bij het vinden van nieuw werk

TRA 2015/47

Het kabinet vindt dat de huidige ontslagvergoedingen onvoldoende productief worden ingezet voor het vinden van nieuw werk. Om daaraan iets te doen introduceert de Wet werk en zekerheid een nieuwe ontslagvergoeding: de transitievergoeding. Bij dreigend ontslag beoogt deze nieuwe forfaitaire vergoeding onder andere de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. Naar mijn overtuiging schiet de transitievergoeding daarin om een aantal redenen tekort. In deze bijdrage ga ik in op die redenen en doe ik een paar suggesties waarmee de transitievergoeding haar naam meer eer aan kan doen.

1. Inleiding

Eén van de centrale doelstellingen van de Wet werk en zekerheid (WWZ)² is de bevordering van werkzekerheid, wat zoveel betekent als een leven lang werken, maar niet per se bij dezelfde werkgever. Met deze actieve focus op arbeidsmobiliteit wil het kabinet niet alleen het beroep op de werkloosheidsverzekering verminderen, maar ook het evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid verbeteren.³ In het verlengde hiervan kent het ontslagrecht vanaf 1 juli 2015 nog maar één – algemeen geldende forfaitaire – ontslagvergoeding: de transitievergoeding.⁴ Deze vergoeding is zowel bedoeld als compensatie voor het ontslag als voor het vergemakkelijken van de overgang naar nieuw werk.⁵ Ontslagvergoedingen moeten de transitie naar nieuw werk niet in de weg staan, maar veeleer faciliteren, vindt het kabinet.⁶ Of de transitievergoeding wel beantwoordt aan dit doel valt echter te betwijfelen. In deze bijdrage wordt eerst beargumenteerd waarom hierbij vraagtekens kunnen worden gezet. Vervolgens worden een paar alternatieve mogelijkheden en *good practices* belicht die van nut kunnen zijn bij de vorming van ideeën over de manier waarop ontslagvergoedingen productiever zouden kunnen worden ingezet bij het vinden van nieuw werk.

2. De transitievergoeding: een paar kritische kanttekeningen

2.1 Geen vastomlijnd doel

Eén van de grootste tekortkomingen van de transitievergoeding als transitie-instrument ligt in de vrijblijvendheid van haar besteding. In de huidige vorm kan de transitievergoeding worden aangewend voor scholing of begeleiding naar ander werk, maar dat hoeft niet.⁷ Een werknemer kan daarvan ook een caravan kopen. Dat vergroot weliswaar de mobiliteit, maar laat zich niet rijmen met het door de wetgever gekozen uitgangspunt van werkzekerheid. Van Zanten-Baris werpt dan ook terecht de vraag op waarom de vergoeding 'transitievergoeding' moet heten als die vergoeding mag worden gebruikt voor andere zaken dan het vinden van een nieuwe baan.⁸ Er ontbreekt een duidelijke keuze tussen enerzijds compensatie voor het ontslag en anderzijds het vergemakkelijken van de overgang naar nieuw werk. Deze twee doeleinden zijn uitwisselbaar, maar in beginsel niet verenigbaar. De Raad van State heeft zich over deze vrijblijvendheid eveneens kritisch uitgelaten. Naar het oordeel van de Raad leidt de transitievergoeding in de huidige vorm louter tot een verlaging van de ontslagvergoeding zonder waarborgen dat de transitievergoeding op een nuttige wijze wordt gebruikt voor de brede inzetbaarheid en transitie naar ander werk.⁹

2.2 Probleem van de sociale partners

Doordat de WWZ zich beperkt tot de vaststelling van kaders, is het aan de sociale partners om een succes te maken van werkzekerheid. Zij kunnen afspreken dat bepaalde kosten van de transitievergoeding kunnen worden afgetrokken. Het gaat daarbij om kosten voor de brede inzetbaarheid en het faciliteren van de overgang naar nieuw werk. Denk aan kosten voor (om)scholing, outplacement of verlenging van de opzegtermijn.¹⁰ Ook kunnen bij cao andere afspraken worden gemaakt waardoor het wettelijke recht op een transitievergoeding niet van toepassing is, mits de werknemers aanspraak maken op een gelijkwaardige voorziening.¹¹ Daaronder moet worden verstaan een voorziening die ten minste het equivalent vormt van hetgeen waarop een werknemer aanspraak kan maken op grond van de wettelijke regeling inzake de transitievergoeding.¹² Onduidelijk is wanneer sprake is van een voldoende adequaat niveau van voorzieningen, vooral ook omdat uit het artikel is geschrapt dat de getroffen voorziening moet zijn gericht op het voor-

1 Mr. drs. H.J.M. Richters (m) is advocaat bij Capra advocaten te 's-Hertogenbosch en buitenpromovendus bij de Universiteit Maastricht.

2 Wet van 14 juni 2014 *Stb.* 2014, 216; Inwerkingtredingsbesluit van 10 juli 2014, *Stb.* 2014, 274.

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

4 De transitievergoeding is geregeld in art. 7:673-673c BW (nieuw).

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

6 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, C, p. 3 en 44.

7 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 110.

8 A. van Zanten-Baris, 'Een 'kleurloze' (transitie)vergoeding bij ontslag?', *TRA* 2014/27, afl. 3, p. 56.

9 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 11 en 14.

10 Art. 7:673 lid 6 BW (nieuw) en nader uitgewerkt in het Ontwerpbesluit transitievergoedingen d.d. 3 juli 2014.

11 Art. 7:673b BW (nieuw).

12 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 114.

komen van werkloosheid of het bekorten van de duur van werkloosheid.¹³ De druk om iets in gang te zetten in de sfeer van transitie komt dan ook niet vanuit de transitievergoeding zelf, maar moet komen van het feit dat de sociale partners zelf aanvullingen op de verkorting van de duur van de werkloosheidsuitkering zullen moeten betalen. Ze hebben er daardoor belang bij om iets te regelen om werkloosheid te voorkomen of de werkloosheidsduur te bekorten, omdat daarmee kosten kunnen worden bespaard. Ook al zou dit werken, dan blijft het de vraag of je dit soort zaken wel bij cao moet regelen. Net als nu zal werkzekerheid ad hoc en versnipperd geregeld blijven. Het probleem van cao's is dat deze sectorgebonden zijn en zij daardoor beperkt mogelijkheden kunnen bieden om arbeidsmobiliteit tussen sectoren te bevorderen. Bovendien hebben cao's maar een beperkte geldingsduur. Arbeidsmobiliteit is daarmee niet duurzaam gegarandeerd.

2.3 *Averechtse effecten: focus op baanbehoud*

In de praktijk steekt de transitievergoeding qua hoogte schril af bij de huidige ontslagvergoedingen. Het belang van baanbehoud wordt daarmee juist groter voor de werknemer die met een beëindiging van zijn dienstverband wordt geconfronteerd. Het belang om zich te verzetten tegen een onvrijwillig ontslag wordt daarmee ook groter.¹⁴ Het moge duidelijk zijn, dat de focus op baanbehoud niet bijdraagt aan de overstap naar ander werk. Verder zullen partijen, vanwege de onzekerheid of het ontslag standhoudt, alsook vanwege het feit dat ontslagprocedures jaren kunnen duren, vaker door middel van een vaststellingsovereenkomst uit elkaar gaan. Partijen willen nu eenmaal snel duidelijkheid. Dat zal in de regel tot hogere kosten voor de werkgever leiden. Partijen zijn immers vrij om bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst een hogere vergoeding af te spreken dan het bedrag waarop een werknemer aanspraak kan maken op grond van de wettelijke regeling inzake de transitievergoeding.¹⁵ Een gevolg van een beëindiging met wederzijds goedvinden is dat geen kostenafrek mogelijk is, want er is dan geen transitievergoeding. Een ander aspect waarop ik hier de aandacht wil vestigen, is dat uit de WWZ volgt dat de rechter niet bevoegd is om een hogere ontslagvergoeding toe te kennen dan de transitievergoeding. Slechts in uitzonderlijke gevallen (het zogenoemde 'muiszengaatje') kan de rechter een additionele vergoeding toekennen.¹⁶ Kantonrechters willen weliswaar nog wel eens pragmatisch zijn, maar het is – nu cassatie is opengesteld – de vraag of de Hoge Raad een ruime uitleg aan de additionele vergoeding toelaat. Kantonrechters zullen niet proberen om het muiszengaatje open te breken, maar zij zullen zich vaker geroepen voelen om tot afwijzing van het ontbindingsverzoek of vernietiging van het ontslag over te gaan. Arbeidsmobiliteit

blijft als gevolg daarvan uit, terwijl het goed denkbaar is dat de houdbaarheidsdatum van een dienstverband toch echt verlopen is.¹⁷

2.4 *Geen optimale allocatie*

De transitievergoeding zorgt tot slot niet voor een optimale allocatie. Degenen die het meest gebaat zijn bij scholing en begeleiding bij het vinden van ander werk lopen het risico niet voor een transitievergoeding in aanmerking te komen. Denk bijvoorbeeld aan de flexwerker met een dienstverband van minder dan 24 maanden. Deze flexwerker wordt in feite tweemaal benadeeld. Immers, werkgevers investeren in de regel niet in scholing en opleiding voor flexwerkers en zij krijgen ook geen transitievergoeding, terwijl ze die vergoeding juist nodig hebben om scholing of andere transitiefaciliteiten te bekostigen. Ook het relateren van de transitievergoeding aan de lengte van het dienstverband zorgt niet voor een optimale allocatie. Het gevolg hiervan is dat jongeren met een dienstverband van langer dan 24 maanden bijna per definitie een lagere transitievergoeding krijgen dan ouderen, terwijl zij wellicht meer transitiekosten moeten maken bij het vinden van een andere baan dan ouderen die in de regel beschikken over veel meer werker-
varing.¹⁸

3. **Good practices waaruit lering kan worden getrokken**

Het vorenstaande leert dat er op de transitievergoeding als transitie-instrument het nodige valt af te dingen. Er is dan ook reden te meer om nader te bezien welke mogelijkheden er zijn om hierin verbetering te brengen. Eén van die mogelijkheden is de regering tijdens de parlementaire behandeling van de WWZ op een presenteerblaadje aangereikt. Dat betreft het instellen van transitieakkoorden en transitiefondsen, bijvoorbeeld naar Zweeds model.¹⁹ Daarnaast zou wellicht lering kunnen worden getrokken uit ervaringen die zijn opgedaan in het ambtenarenrecht met constructies die tot doel hebben werkloosheid te voorkomen. Beide mogelijkheden worden hieronder toegelicht.

3.1 *Transitiefonds(en)*

De instelling van transitiefondsen naar Zweeds model komt er in de kern op neer dat de werkgever een bepaald percentage over de totale loonsom afdraagt aan een transitiefonds. Als een werknemer wordt ontslagen, kan hij een beroep doen op zo'n fonds, dat hulp biedt in de vorm van maatwerk. Het transitiefonds werkt als waarborgfonds, in die zin dat

¹³ Verslag I 2014/15, 9, item 7.

¹⁴ P. Kruit, 'De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar forfaitair, of toch weer billijkheid', *TAP* 2014/8, afl. 1, p. 57.

¹⁵ Let wel, de Wet normering topinkomens publieke en semipublieke sector (*Stb.* 2012, 584) stelt andere grenzen aan de hoogte van de ontslagvergoeding voor topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 34; art. 7:671b lid 8, art. 7:671c lid 3, art. 7:682 lid 1-3 en art. 7:673 lid 9 BW (nieuw).

¹⁷ B. Schouten, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muiszengaatje', *TAP* 2014/9, afl. 1, p. 71. Volgens Schouten vereist het systeem van het ontslagrecht een modaliteit om te voorkomen dat enerzijds arbeidsovereenkomsten ongewenst blijven voortbestaan en anderzijds werknemers niet kunnen worden gecompenseerd voor verlies aan ontslagbescherming.

¹⁸ Zie ook P. Kruit, 'De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar forfaitair, of toch weer billijkheid', *TAP* 2014/8, afl. 1, p. 56.

¹⁹ I.W.C.M. Borghouts-Van de Pas, *Securing job-to-job transitions in the labour market, a comparative study of employment security systems in European countries*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

het een vangnet is voor elke werkende en geen hinder ondervindt van sectorale beperkingen van de cao's. Het mes snijdt ook nog eens aan twee kanten. De werkgever komt bij een ontslag niet ineens voor een grote kostenpost te staan, wat maakt dat zo'n fonds ook voor het midden- en kleinbedrijf aantrekkelijk is, en de werknemer kan aanspraak blijven maken op het fonds, ook al verandert hij van werkgever binnen of buiten zijn eigen sector.²⁰ De transitiefondsen zouden door de sociale partners kunnen worden opgericht dan wel kunnen worden ingebed in de nieuwe, regionale vorm van arbeidsbemiddeling die zich aan het ontwikkelen is.²¹ Een mengvorm van beide is ook denkbaar.

De sociale partners zien wel iets in de instelling van transitiefondsen. Zo heeft Heerts aangegeven de arbeids- en opleidingsfondsen en opleidings- en ontwikkelingsfondsen (de zogeheten A&O- en O&O-fondsen) zo veel mogelijk te willen verbinden met transitiefondsen. Volgens hem wordt dat in de komende jaren een van de allergrootste opdrachten van de FNV.²² De wetgever heeft deze mogelijkheid echter afgewezen omdat nu eenmaal met de sociale partners is afgesproken dat de transitievergoeding een facultatief karakter heeft. Daar komt bij dat het gebruikmaken van een transitiefonds een groot aantal vragen oproept: waar zal een dergelijk fonds moeten worden ondergebracht, wie ziet erop toe dat de daarin gestorte gelden ook daadwerkelijk worden aangewend voor activiteiten gericht op transitie van werk naar werk en wie neemt de uitvoeringskosten hiervan voor zijn rekening?²³ Nu de sociale partners wel iets zien in dit idee is het aan hen om adequate antwoorden te vinden op deze vragen.

3.2 *Good practices uit het ambtenarenrecht*

Het ambtenarenrecht kent enkele *good practices* die in de praktijk behulpzaam zijn gebleken bij het voorkomen van werkloosheid door werkzoekenden aan het werk te helpen. Eén daarvan is te vinden in de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers (Wet APPA).²⁴ Deze wet regelt de uitkering van politieke ambtsdragers na hun aftreden. Sinds 2010 hebben politieke ambtsdragers die een APPA-uitkering ontvangen een sollicitatieplicht.²⁵ De wet verplicht de gewezen politieke ambtsdrager om zich hierbij te laten begeleiden door een door de werkgever aangewezen re-integratiebedrijf. Partijen moeten daarbij afspraken vastleggen, met als doel zo snel mogelijk terug te keren in het arbeidsproces. Als

de gewezen politieke ambtsdrager zich niet aan de afspraken houdt of hij weigert mee te werken aan het opstellen van een plan, dan kan de werkgever een sanctie opleggen die bestaat uit het gedeeltelijk of geheel inhouden van de APPA-uitkering.

Verder kennen de meeste ambtelijke rechtspositieregelingen al diverse voorzieningen die zijn gericht op de transitie van werk naar werk en het voorkomen van werkloosheid. Zo bepaalt de rechtspositieregeling in de gemeentelijke sector, de CAR/UWO, dat voordat een ontslag wegens disfunctioneren (art. 8:6 CAR/UWO) intreedt eerst een re-integratiefase worden doorlopen van ten minste vier en maximaal twaalf maanden, afhankelijk van de duur van het dienstverband. In die fase leggen werkgever en ambtenaar afspraken vast over de re-integratie met als doel werkloosheid zo veel mogelijk te voorkomen. Partijen zijn in dat verband verplicht tot het opstellen van een re-integratieplan, waarin onder meer afspraken over activiteiten, begeleiding, doelen en termijnen worden opgenomen. Wanneer de werkgever zich niet aan de gemaakte afspraken houdt, wordt de re-integratiefase verlengd. Indien de ambtenaar zich niet aan het plan houdt, dan leidt dat tot het eindigen van de re-integratie en tot het vervallen van het recht op een sectorale aanvullende uitkering en na-wettelijke uitkering. De CAR/UWO kent eveneens voorzieningen voor de ambtenaar die wegens reorganisatie niet kan terugkeren in een functie en ontslag krijgt (art. 8:3 CAR/UWO). Sinds 1 april 2013 heeft de ambtenaar in die situatie recht op een 'van werk naar werk'-traject dat maximaal twee jaar duurt. Voordat een ambtenaar op deze grond ontslag mag worden verleend, moeten werkgever en ambtenaar er eerst alles aan doen om plaatsing in een passende of geschikte functie of aanvaarding van een functie buiten de organisatie te laten slagen. Ook in dit traject leggen partijen afspraken vast, onder meer over activiteiten, begeleiding, doelen, termijnen, beschikbare faciliteiten en wat verstaan wordt onder passende en geschikte functies. Houdt de werkgever zich niet aan de gemaakte afspraken, dan kan de ambtenaar eisen dat het 'van werk naar werk'-traject wordt verlengd. Als de ambtenaar zich niet aan de afspraken houdt, dan kan dat leiden tot het eindigen van het traject en kan de werkgever het recht op sectorale bovenwettelijke uitkeringen laten vervallen.

4. **Afsluiting**

De transitievergoeding schiet de facto tekort als instrument om de transitie van werk naar werk te bevorderen. De transitievergoeding zou één doel moeten hebben: het vergemakkelijken van de overgang naar nieuw werk. Dat neemt niet weg dat er nu al wel degelijk mogelijkheden zijn om hierin verbetering te brengen. De sociale partners kunnen die taak op zich nemen door het maken van afspraken over de kostenafrek op de transitievergoeding. Ook kunnen de sociale partners bij cao gelijkwaardige voorzieningen treffen die in de plaats komen van de transitievergoeding. Vergelijkbaar met het ambtenarenrecht zouden cao's zo kunnen worden ingericht, dat in de fase voorafgaand aan het

20 W.H.A.C.M. Bouwens, rede op VAAN Symposium 21 januari 2014 'Wetsvoorstel werk en zekerheid, 33 818 in de praktijk gebracht.', zie Samenvattend verslag d.d. 29 januari 2014, p. 28.

21 Zie ook Sociaal akkoord *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*, stvda.nl, 11 april 2013, p. 8; Sociaal-Economische Raad *Advies Werkloosheid voorkomen, beperken en goed verzekeren, Een toekomstbestendige arbeidsinfrastructuur en Werkloosheidswet*, SER Den Haag 2015.

22 A.J.M. Heerts, rede op VAAN Symposium 21 januari 2014, *Wetsvoorstel werk en zekerheid: '33 818 in de praktijk gebracht'*, zie Samenvattend verslag d.d. 29 januari 2014, p. 8.

23 *Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 13.*

24 Wet van 10 december 1969, *Stb.* 1969, 594.

25 Besluit Sollicitatieplicht Appa voor gewezen politieke ambtsdragers, besluit van 18 november 2010, *Stb.* 2010, 788.

intreden van het ontslag de werkgever verplicht is te zorgen voor planmatige begeleiding en eventueel outplacement. Die begeleiding hoeft de werkgever niet zelf te doen, maar kan hij uitbesteden aan een transitiefonds of de transitieinstantie die wordt ingebed in de regionale arbeidsmarktinfrastuctuur. Op die wijze wordt de werkgever niet verantwoordelijk gemaakt voor het voorkomen van werkloosheid, naast de al op hem rustende verplichtingen bij uitval van de werknemer vanwege ziekte. Zou de werkgever ook daarmee zijn belast, dan stimuleert dat ontduikingsgedrag in de vorm van een verdere vlucht in flexcontracten. Ten aanzien van de sectorgebonden cao's is er het voordeel dat transitieinstanties meer sectoroverstijgend kunnen samenwerken, zodat het voor werknemers makkelijker wordt om over te stappen van de ene sector naar de andere. De kosten van activiteiten die de transitie-instantie onderneemt, kunnen worden gedekt door de A&O- en O&O-fondsen of wellicht uit de WW-gelden. Wanneer de werkgever zich onvoldoende inspant in de fase voorafgaand aan het intreden van het ontslag komen de kosten voor zijn rekening. Als de werknemer onvoldoende meewerkt, dan wordt hij gekort op zijn werkloosheidsuitkering.²⁶ In deze vorm is er een arrangement – in de plaats van de thans tekortschietende transitievergoeding – waarbij werknemers gefaciliteerd kunnen overstappen van de ene baan naar de andere, en, als werkloosheid dreigt, om wellicht zonder ontslag van werk naar werk te gaan. Daarmee wordt voldaan aan de ambitieuze doelstelling van het kabinet van werkzekerheid.

26 Op de voet van het Besluit sollicitatieplicht WW en IOW 2012, besluit van 20 maart 2012, *Stcrt.* 2012, 6355.