

University of Groningen

Transitiefunctie in het arbeidsrecht en werkloosheidsrecht

Oldenhuis, G.R.

Published in:
 Tijdschrift voor Recht en Arbeid

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Final author's version (accepted by publisher, after peer review)

Publication date:
 2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
 Oldenhuis, G. R. (2019). Transitiefunctie in het arbeidsrecht en werkloosheidsrecht. *Tijdschrift voor Recht en Arbeid*, 2019(5), [TRA 2019/45].

Copyright

Other than for strictly personal use, 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), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Transitiefunctie in het arbeidsrecht en werkloosheidsrecht

Mr. G.R. Oldenhuis, datum 15-04-2019

Datum

15-04-2019

Auteur

Mr. G.R. Oldenhuis^[1]

Auteursprofiel

[G.R. Oldenhuis](#)

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS47622:1

Vakgebied(en)

Arbeidsrecht / Algemeen

Wetgeving

art. 7:673 BW; art. 7:673b BW; art. 7:611a BW; art. 7:668 BW; art. 7:669 lid 1 BW; art. 24 lid 1 onderdeel b WW

De wetgever heeft aan de wettelijke transitievergoeding een hybride karakter toegekend, nu deze enerzijds is bedoeld als compensatie voor ontslag en anderzijds als middel om een snelle transitie naar ander werk te bevorderen. In deze bijdrage wordt besproken wat de transitiefunctie inhoudt en wordt onderzocht of er naast de transitievergoeding nog andere regelingen binnen het arbeidsrecht en werkloosheidsrecht zijn die, niet alleen formeel maar ook materieel, een transitiefunctie vervullen.

1. Inleiding

Met de Wet werk en zekerheid (Wwz) is de door maatwerk gekenmerkte 'oude' ontbindingsvergoeding vervuld voor een abstracte, gestandaardiseerde ontslagvergoeding, de transitievergoeding, die mede is bedoeld om een van-werk-naar-werk transitie van de ontslagen werknemer te (kunnen) faciliteren. Hiermee heeft de wetgever voor het eerst expliciet een – wat ik noem – 'transitiefunctie' toegekend aan een ontslagvergoeding. Het doel van dit artikel is om na te gaan wat de transitiefunctie inhoudt en in hoeverre deze functie formeel en materieel in andere regelingen in het arbeids- en werkloosheidsrecht besloten ligt. Door systematische bestudering van deze vraag kan worden achterhaald of het transitiedenken louter een vergezicht is dat wordt gepresenteerd in beleidsnotities of wel degelijk een zuivere doelstelling is die de inrichting van het sociaal recht beïnvloedt. De analyse bestrijkt de wettelijke regeling van de transitievergoeding, de recente jurisprudentie van de Hoge Raad over de transitievergoeding, enkele onderdelen uit het arbeidsrecht en werkloosheidsrecht en enkele voorstellen uit het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (Wab).

Om de centrale vraagstelling te kunnen beantwoorden, zal in paragraaf 2 eerst het begrip 'transitiefunctie' worden afgebakend en geplaatst in de context van overkoepelende (Europese) beleidsconcepten. Vervolgens wordt in paragraaf 3 onderzocht of en in hoeverre in het arbeids- en werkloosheidsrecht formeel en materieel een transitiefunctie is opgenomen. De bijdrage sluit af met een conclusie.

2. Transitiefunctie

Transitie behelst verandering, de overgang naar een andere toestand of fase. Transities van en naar de arbeidsmarkt kennen vele verschijningsvormen, waaronder transities tussen scholing en arbeid, werkloosheid en arbeid, zorg en arbeid, pensionering en arbeid, betaalde en onbetaalde arbeid en van en naar betaalde arbeid.^[2] In de Wwz staat enkel het bevorderen van de transities van en naar betaalde arbeid centraal, aangeduid als van-werk-naar-werk transities. De wetgever heeft met de bevordering van deze transities beoogd om werkloosheid te voorkomen, dan wel de duur daarvan te beperken.^[3] Onder 'transitiefunctie' versta ik de gerichtheid van een regeling (of onderdeel daarvan) op het bevorderen van van-werk-naar-werk transities van ontslagen, of met ontslag bedreigde, werknemers. Deze functie komt daarmee toe aan regelingen die door hun doelstelling, inhoud, vormgeving of effect in de praktijk gericht zijn op het bevorderen van snelle transities van bedoelde (ex-)werknemers. In onderdelen van het arbeids- en werkloosheidsrecht kan een dergelijke

transitiefunctie expliciet of impliciet besloten liggen. Soms zal deze functie zijn geëxpliciteerd in parlementaire stukken en beleidsnota's, soms zal dit niet of in mindere mate het geval zijn.

Het Nederlandse arbeidsmarktbeleid wordt beïnvloed door de Europese beleidsagenda. Deze beleidsagenda is gericht op werkzekerheid, waarmee doorgaans de zekerheid wordt bedoeld dat de werknemer in staat is om nieuw emploi te vinden en zich te kunnen ontwikkelen op de arbeidsmarkt, maar niet per definitie bij dezelfde werkgever.^[4] De individuele inzetbaarheid van de werknemer binnen of buiten de onderneming, vaak aangeduid als *employability*, wordt gezien als een element van werkzekerheid.^[5]

Werkzekerheid is een zeer ruim begrip dat een resultaat impliceert dat moeilijk toetsbaar is, nu bijvoorbeeld ook een factor als conjunctuur bepalend kan zijn voor het resultaat. Bij de door mij gedefinieerde transitiefunctie staat de inrichting van de regeling centraal. Is de regeling gericht op transitiebevordering van ontslagen en met ontslag bedreigde werknemers? Het kan dan gaan om regelingen die gericht zijn op verbetering van de individuele inzetbaarheid van werknemers (*employability*), zoals scholingsregelingen. Scholing kan immers het aanpassingsvermogen van werknemers op de arbeidsmarkt vergroten en ervoor zorgen dat zij beter toegerust zijn om van-werk-naar-werk transitie te maken.^[6] Het kan verder bijvoorbeeld gaan om regelingen die financiële prikkels voor werknemers bevatten om snel nieuw werk te vinden of die juist (financiële of herplaatsings)verplichtingen aan werkgevers opleggen. Zulke regelingen zullen in het algemeen 'transitiebevorderend' werken, maar zij leiden niet per definitie tot 'werkzekerere' werknemers.

In Nederland zijn al eerder voorstellen gedaan tot aanpassing van het ontslag- en werkloosheidsrecht waarin de transitiefunctie duidelijk naar voren kwam. Zo opperde de WRR in 2007 om zowel de loondoorbetaling gedurende de opzegtermijn als de ontslagvergoeding om te zetten in een actieve zoekperiode én de re-integratie inspanningen van werkgever, werknemer en UWV gelijktijdig te bundelen om een snelle en effectieve re-integratie te bevorderen.^[7] Er zou derhalve een sterke transitiefunctie zijn weggelegd voor deze voorgestelde zoekperiode en verschillende actoren zouden worden belast met – wat ik noem – transitieverantwoordelijkheid. Hoewel de regering enkele uitgangspunten uit de rapportage onderschreef, zijn deze voorstellen niet tot uitvoering gekomen. Eenzelfde lot waren de voorstellen van de Commissie Arbeidsparticipatie uit 2008 beschoren. Deze adviescommissie ontvouwde in haar rapport enkele voorstellen die de arbeidsparticipatie dienden te verhogen, waarbij het investeren in inzetbaarheid het uitgangspunt vormde. De Commissie stelde voor om de WW om te vormen tot een werkverzekering, gericht op het investeren in inzetbaarheid en op het beperken van de duur van inactiviteit. Daarnaast zou de invoering van een individueel werkbudget werknemers in staat moeten stellen tot talentontwikkeling en het verwerven van vaardigheden. Volgens de Commissie lag het voor de hand om dit werkbudget te gebruiken bij het realiseren van van-werk-naar-werk transitie.^[8] Eenzelfde overweging lijkt ten grondslag te liggen aan de transitievergoeding, waaraan de Wwz-wetgever immers expliciet een transitiefunctie heeft verbonden en waarop inzetbaarheidskosten in mindering kunnen worden gebracht.^[9]

De voornoemde ontwikkelingen laten zien dat *transitiedenken* zijn intrede heeft gedaan binnen het Nederlandse arbeidsmarktbeleid, nu bevordering van snelle van-werk-naar-werk transitie van belang wordt geacht voor een goed functioneren van de arbeidsmarkt.

3. Toetsing van de transitiefunctie

3.1 Inleiding

In deze paragraaf zal worden beoordeeld in hoeverre in onderdelen van het arbeidsrecht en werkloosheidsrecht een transitiefunctie besloten ligt. Deze beoordeling is tweeledig: er zal worden onderzocht of de regeling wat betreft de doelstellingen een geëxpliciteerde transitiefunctie heeft (*formele transitiefunctie*) en of de regeling wat betreft vorm en inhoud een transitiefunctie heeft (*materiële transitiefunctie*). Toetsing van de transitiebevorderende uitwerking in de praktijk (*effectieve transitiefunctie*) valt buiten het bestek van dit artikel, nu dit empirisch onderzoek vereist.

De introductie van de transitievergoeding, waaraan de wetgever expliciet een transitiefunctie heeft toegeschreven, vormt de aanleiding voor deze exercitie. Dit is reden om in de eerste plaats de transitiefunctie van deze ontslagvergoeding uitvoerig te bespreken en te beoordelen. Vervolgens worden andere regelingen uit het arbeidsrecht en werkloosheidsrecht getoetst op hun formele en materiële transitiefunctie. Na de toetsing van bedoelde wettelijke regelingen, wordt aandacht besteed aan de betekenis van recente jurisprudentie van de Hoge Raad en van enkele voorstellen uit het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans ter zake van de transitiefunctie.

3.2 Transitiefunctie in de wettelijke regeling van de transitievergoeding

3.2.1 Nieuwe functie ontslagvergoeding

De invoering van de wettelijke regeling van de transitievergoeding in 2015 betekende een breuk met het tot dan geldende ontslagvergoedingensysteem. De verschillen hebben onder meer betrekking op de wijze waarop de transitievergoeding en

de ontbindingsvergoeding (art. 7:685 (oud) BW) zijn vormgegeven. Van belang voor deze bijdrage is dat de wetgever de ontslagvergoeding (in ieder geval op papier), naast de ontslagcompensatiefunctie, een nieuwe functie heeft gegeven: de transitiefunctie. Dit blijkt uit de door de Wwz-wetgever geëxpliciteerde doelstellingen van de transitievergoeding: het gaat niet alleen om ontslagcompensatie, maar ook om het faciliteren van van-werk-naar-werk transitie.^[10] De doelstelling van de transitievergoeding is derhalve tweeledig. Bij invoering van de ontbindingsvergoeding is slechts door de wetgever opgemerkt dat het in geval van ontbinding wegens verandering in de omstandigheden billijk kan zijn de ontbinding niet zonder vergoeding uit te spreken.^[11] Aangenomen kan worden dat ontslagcompensatie de voornaamste doelstelling was van de oude ontbindingsvergoeding. Dit laat onverlet dat verschillende redenen ten grondslag konden liggen aan de rechterlijke beslissing om de werknemer voor het ontslag te compenseren.^[12] De ontbindingsvergoeding was door haar maatwerk karakter en compensatiedoelstelling met name een instrument van ontslagbescherming, waarin de individuele rechtvaardigheid prevaleerde. Deze compensatiedoelstelling zien we ook terug in de transitievergoeding maar in geabstraheerde vorm, los van de werkelijke schade die de individuele werknemer als gevolg van het ontslag lijdt. Volgens de Wwz-wetgever is in die vergoeding immers het zogenoemde gevolgcriterium, dat onder het oude ontslagrecht een centrale rol speelde bij de toekenning van een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, verdisconteerd.^[13]

Dat de wetgever formeel een transitiefunctie heeft toegekend aan de transitievergoeding, blijkt uit het feit dat de wetgever meerdere malen heeft benadrukt dat deze vergoeding mede is bestemd om van-werk-naar-werk transitie mogelijk te maken.^[14] Meer impliciet blijkt dit ook uit zijn opmerkingen over de mogelijkheid om de kosten van scholing in mindering te brengen op de transitievergoeding.^[15] De verhouding tussen de ontslagcompensatiefunctie en de transitiefunctie van de transitievergoeding is door de wetgever evenwel niet geduid. De regering heeft hierover slechts cryptisch opgemerkt dat het aanwenden van de transitievergoeding voor een van-werk-naar-werk transitie niet het compensatiekarakter van deze vergoeding ontnemt, “nu compensatie niet steeds hoeft te worden geboden in geld”.^[16]

De wetgever lijkt de ontslagvergoeding te hebben verrijkt met een nieuwe rechtsgrond, nu de transitievergoeding ook de transitie van de werknemer dient te bevorderen. De vraag is in hoeverre dit daadwerkelijk kan worden gestaafd door de materiële wijzigingen die hebben plaatsgevonden.

3.2.2 Toetsing transitiefunctie in de wettelijke regeling van de transitievergoeding

Hoewel de wetgever een duidelijke formele transitiefunctie heeft toegeschreven aan de regeling van de transitievergoeding, heeft de transitievergoeding materieel nauwelijks of geen transitiefunctie. Dit komt in de eerste plaats doordat de werknemer de vergoeding pas ontvangt bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst, waardoor deze pas in een (te) laat stadium kan worden aangewend voor transitiebevorderende maatregelen zoals een van-werk-naar-werk traject of scholing. Ten tweede is de werknemer vrij om de transitievergoeding al dan niet te besteden aan transitie. Deze vrijblijvendheid van het gebruik van de vergoeding, die ook op stevige kritiek van de Raad van State kon rekenen,^[17] staat aan effectiviteit van de formeel beoogde transitiefunctie in de weg. De regering achtte het karakter van de vergoeding niet vrijblijvend, omdat dit mede afhangt “van de wijze waarop hiermee wordt omgegaan door de sociale partners en door individuele werkgevers en werknemers”. Daarbij wees de regering op de gelijkwaardige voorziening in de plaats van de transitievergoeding en de mogelijkheid om scholings- en inzetbaarheidskosten in mindering te brengen op de vergoeding.^[18] Daarmee is mijns inziens de kritiek op het vrijblijvende karakter van de transitievergoeding niet weerlegd, maar wordt de validiteit daarvan juist onderstreept. Het antwoord op de vraag of de transitievergoeding wordt aangewend voor transitiebevorderende doeleinden, blijft immers afhankelijk van de keuze die werkgever, werknemer of sociale partners hierin maken. De derde reden voor het ontbreken van een materiële transitiefunctie ligt in de aanspraak op transitievergoeding. Ook de werknemer die aansluitend aan de beëindiging van het dienstverband nieuw werk heeft gevonden heeft aanspraak op transitievergoeding. Dit kan verdedigbaar zijn gelet op de functie van ontslagcompensatie, maar past niet bij de transitiefunctie.

Mijns inziens kan alleen aan het onderdeel van de regeling dat ziet op de mogelijkheid tot aftrek van scholings- en inzetbaarheidskosten voor de werkgever een materiële transitiefunctie worden toegeschreven. Die regeling kan de werkgever namelijk stimuleren om de werknemer daadwerkelijk scholing aan te bieden en dus te investeren in zijn individuele inzetbaarheid (de kosten mag hij immers later van de transitievergoeding aftrekken). Deze materiële transitiefunctie is echter flinterdun, nu de aftrekmogelijkheid voor de werkgever beperkt en onzeker is. Die mogelijkheid is vooralsnog beperkt door de strenge vereisten die het Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding daaraan stelt.^[19] Verder kunnen scholingskosten alleen in mindering worden gebracht indien na het eindigen van het dienstverband daadwerkelijk aanspraak bestaat op transitievergoeding. Dit zal onder andere niet het geval zijn bij vrijwillige ontslagname door de werknemer.

3.3 Transitiefunctie in jurisprudentie Hoge Raad

De Hoge Raad heeft inmiddels meerdere malen uitleg gegeven aan de wettelijke regeling van de transitievergoeding. In twee recente uitspraken van de Hoge Raad is de aandacht met name uitgegaan naar de *aanspraak* op transitievergoeding. In de *Kolom*-beschikking van 14 september 2018 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de mogelijkheid tot deeltijdontslag met daaraan gekoppeld een pro rata transitievergoeding moet worden aanvaard “in het bijzondere geval dat, door

omstandigheden gedwongen, wordt overgegaan tot een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer".^[20] Deze uitspraak is vooral gericht op de ontslagcompensatiefunctie van de transitievergoeding en niet op de transitiefunctie. Datzelfde kan worden opgemerkt ten aanzien van het arrest van de Hoge Raad van 5 oktober 2018 (*Stichting Katholieke Scholengroep/werknemer*), waarin de Hoge Raad besliste dat ook in het geval dat de arbeidsovereenkomst kort voor de pensioenleeftijd wordt beëindigd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, de werknemer aanspraak heeft op een transitievergoeding.^[21] In zijn uitspraak van 20 april 2018 (*werknemer/Stichting Diakonessenhuis*) heeft de Hoge Raad evenwel de transitiefunctie in zekere zin bevestigd en afgebakend. In die zaak heeft de Hoge Raad de prejudiciële vraag of de uitsluiting van het recht op transitievergoeding voor AOW-gerechtigden als bedoeld in art. 7:673 lid 7 aanhef en onderdeel b BW in strijd is met Richtlijn 2000/78/EG, ontkennend beantwoord. De bedoelde uitsluiting behelst een direct onderscheid op grond van leeftijd. Bij de beantwoording van de vraag of dat onderscheid wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel als bedoeld in art. 6 lid 1 van de Richtlijn, zijn volgens de Hoge Raad de achtergronden en de doelstellingen van zowel de regeling van de transitievergoeding als van de uitzondering van de betreffende AOW-gerechtigde werknemers van belang. De Hoge Raad overweegt onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis dat de wetgever met de regeling van de transitievergoeding heeft beoogd het ontslagrecht eenvoudiger, sneller en voor werkgevers minder kostbaar te maken en het stelsel meer te richten op het vinden van een nieuwe baan.^[22] Uit deze overwegingen en de overige aangehaalde onderdelen uit de wetsgeschiedenis leidt de Hoge Raad af dat de transitievergoeding is bedoeld voor werknemers die zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien. In de eerste plaats blijkt dit volgens de Hoge Raad daaruit dat met de transitievergoeding wordt beoogd om de werknemer met de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen om de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. Ook uit het door de wetgever bedoelde ontslagcompensatiekarakter van de transitievergoeding moet volgens de Hoge Raad worden afgeleid dat dit betrekking heeft op de situatie waarin de werknemer nog is aangewezen op het verrichten van arbeid om in zijn levensonderhoud te voorzien. De transitievergoeding compenseert (in zekere mate) het wegvallen van het voor zijn levensonderhoud benodigde inkomen uit arbeid.^[23] De Hoge Raad koppelt de transitievergoeding daarmee uitdrukkelijk aan het voor het levensonderhoud afhankelijk zijn van het verwerven van een inkomen uit arbeid, waarmee kracht wordt bijgezet aan de transitiefunctie van de vergoeding.

3.4 Transitiefunctie in andere delen van het arbeidsrecht

3.4.1 Gelijkwaardige voorziening

De aan de transitievergoeding gelijkwaardige voorziening is opgenomen in art. 7:673b BW. De wetgever stelt dat de gelijkwaardige voorziening op verzoek van de sociale partners is ingevoerd, omdat zij wensten zelf regels te kunnen treffen ter bevordering van van-werk-naar-werk transitie.^[24] Transitiebevordering is daarmee een expliciete doelstelling van de gelijkwaardige voorziening, waardoor sprake is van een formele transitiefunctie. Het aanvankelijk voorgestelde vereiste dat de gelijkwaardige voorziening moet zijn gericht op het voorkomen van werkloosheid of het beperken van de duur daarvan, is geschrapt.^[25] Dat neemt niet weg dat de regeling zowel qua doelstelling als qua inhoud een transitiefunctie heeft. Wat betreft de inhoud: een gelijkwaardige voorziening wordt getroffen bij cao of bestuurlijke regeling en dient het equivalent te vormen van datgene waar de werknemer aanspraak op kan maken op grond van de wettelijke regeling van de transitievergoeding. De voorziening kan worden geboden in geld of in natura.^[26] Met name bij een voorziening in natura – bijvoorbeeld een van-werk-naar-werk begeleidingstraject of (om)scholing gericht op nieuw werk – of een specifiek aan (om)scholing gekoppelde geldsom, is er een duidelijke materiële transitiefunctie.

De Hoge Raad heeft recentelijk enkele gezichtspunten geformuleerd die behulpzaam kunnen zijn bij de beantwoording van de vraag of een voorziening in een cao kwalificeert als een gelijkwaardige voorziening.^[27] Voor de transitiefunctie is van belang dat de Hoge Raad benadrukt dat een in de cao opgenomen voorziening niet gericht hoeft te zijn op het voorkomen van werkloosheid of het beperken van de duur daarvan, aangezien de wetgever deze in het oorspronkelijke wetsvoorstel opgenomen voorwaarde heeft geschrapt. De wetgever heeft bij deze wijziging aangegeven dat het voldoende is dat er een gelijkwaardige voorziening is en dat de doelstelling daarvan geen aanvullende voorwaarde vormt.^[28] Echter: dit neemt volgens de Hoge Raad niet weg dat bij de beoordeling van de vraag of een voorziening gelijkwaardig is kan meewegen – “niet als voorwaarde, maar als factor”^[29] – in hoeverre die voorziening kan beantwoorden aan de twee functies van de transitievergoeding die de wetgever bij de introductie daarvan voor ogen heeft gehad. Dit betekent dat ook de mate waarin de gelijkwaardige voorziening een transitiefunctie kan vervullen, een rol kan spelen bij de beoordeling van de gelijkwaardigheid van die voorziening.

Recentelijk is een wetsvoorstel aangenomen dat werkgevers de mogelijkheid biedt om bij cao af te wijken van de transitievergoeding in geval van bedrijfseconomisch ontslag (waaronder bedrijfssluiting) en in plaats daarvan in de cao een voorziening te bieden.^[30] De equivalentie-eis is ten aanzien van een voorziening in natura losgelaten, maar nu geldt wél het vereiste dat een voorziening daadwerkelijk moet kunnen bijdragen aan het voorkomen van werkloosheid of het beperken van de duur daarvan.^[31] De transitiefunctie wordt hier dus nog sterker benadrukt.

3.4.2. Scholingsplicht

De scholingsplicht in het huidige art. 7:611a BW is per amendement toegevoegd aan het oorspronkelijke wetsvoorstel Wwz en vloeit voort uit de norm van goed werkgeverschap.^[32] De werkgever dient de werknemer in staat te stellen om scholing te volgen die noodzakelijk is voor de vervulling van de eigen functie óf, voor zover dit van de werkgever kan worden verlangd, voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst indien de functie vervalt of de werknemer niet meer instaat is om deze te vervullen. De kosten van deze scholing kunnen niet in mindering worden gebracht op de transitievergoeding. Volgens de regering reiken de verplichtingen van een werkgever niet zover dat hij ook gehouden is om scholing te faciliteren gericht op het verwerven van arbeid buiten het dienstverband. De werknemer heeft ter zake van die scholing een eigen verantwoordelijkheid.^[33] De scholingsplicht wordt door de wetgever met name geplaatst in het kader van de verplichtingen van de (goed) werkgever en niet in het kader van transitie. Daarmee is er geen sprake van een formele transitiefunctie.

Er is wél sprake van een materiële transitiefunctie. De regeling is namelijk gericht op het bevorderen van inzetbaarheid van de individuele werknemer, mede in de situatie dat zijn functie komt te vervallen of hij deze niet langer kan vervullen. Daarmee is zij ook gericht op de bevordering van de transitie naar ander werk, zij het bij dezelfde werkgever, van een met ontslag bedreigde werknemer.

3.4.3 Aanzegverplichting

De wettelijke regeling van de aanzegverplichting van art. 7:668 BW heeft duidelijk een formele transitiefunctie. In de nota naar aanleiding van het verslag merkt de wetgever op:

“Door de voorgestelde aanzegtermijn is voor werknemers met een tijdelijk contract eerder duidelijk of zij op zoek moeten naar een andere baan, hetgeen de transitie van-werk-naar-werk kan bevorderen en ertoe leidt dat de werknemer wellicht geen beroep hoeft te doen op een uitkering.”^[34]

Aan de regeling kan een indirecte materiële transitiefunctie worden toegeschreven, nu de voorwaarden en verplichtingen van de regeling niet direct gericht zijn op transitie, maar op het tijdig bieden van duidelijkheid aan de werknemer over het al dan niet voortzetten van diens arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Het niet nakomen van deze verplichting maakt de werkgever schadelijkt (art. 7:668, lid 3 BW).

3.4.4 Herplaatsingsplicht

De wettelijke herplaatsingsplicht is door de Wwz geïntroduceerd in art. 7:669 lid 1 BW. De werkgever kan slechts de arbeidsovereenkomst met de werknemer opzeggen indien er sprake is van een redelijke grond voor ontslag en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Daarmee is het onderzoeken van de herplaatsingsmogelijkheden door de werkgever een constitutieve voorwaarde geworden voor ontslag.^[35] De poortwachtersrol van werkgevers voor de WW begint derhalve al in een vroeg stadium. Lid 5 onderdeel a verwijst naar de Ontslagregeling, waarin nadere regels worden gesteld met betrekking tot de herplaatsing van de werknemer. Met redelijke termijn wordt ingevolge art. 10 Ontslagregeling de wettelijke opzegtermijn bedoeld. Herplaatsing ligt in ieder geval niet in de rede indien de werknemer wordt ontslagen wegens verwijtbaar handelen (art. 7:669 lid 3 onderdeel e BW). De herplaatsingsplicht is afgeleid uit het voorheen geldende Ontslagbesluit en de Beleidsregels Ontslagtaak UWV.

De wetgever verwacht van werkgevers dat zij een met ontslag bedreigde werknemer herplaatsen op een beschikbare functie binnen de onderneming, waardoor er sprake is van een formele transitiefunctie. Bij beoordeling van de herplaatsingsmogelijkheden dienen de passende functies binnen de redelijke termijn te worden betrokken, waarbij ook dient te worden onderzocht of kortdurende scholing kan bijdragen aan het plaatsen van de werknemer in een andere passende functie.^[36] De voorwaarden en verplichtingen in de regeling zijn dus gericht op transitiebevordering binnen het bedrijf van de werkgever, waarmee tevens sprake is van een materiële transitiefunctie. Hoe verstrekkend die materiële transitiefunctie is, blijkt uit de concernbrede herplaatsingsplicht uit art. 9 lid 2 Ontslagregeling. Maakt de onderneming van de werkgever deel uit van een groep, dan dienen bij de beoordeling of een passende functie beschikbaar is, ook arbeidsplaatsen in andere tot de groep behorende ondernemingen te worden betrokken. Voor het begrip ‘groep’ wordt ex art. 1 onderdeel e Ontslagregeling aangesloten bij het begrip uit art. 2:24b BW. Het is niet vereist dat er een nauwe verwevenheid bestaat tussen de concernonderdelen, nu de herplaatsingsplicht zich uitstrekt over *alle* vennootschappen die onderdeel zijn van het concern. Dit betekent dat indien de werkgever onderdeel is van een concern, bij de beantwoording van de vraag of er herplaatsingsmogelijkheden zijn de mogelijkheden binnen *alle* vennootschappen dienen te worden onderzocht. Is een dergelijke intraconcern-herplaatsing succesvol, dan eindigt de arbeidsovereenkomst met de huidige werkgever en wordt een nieuwe arbeidsovereenkomst gesloten tussen de werknemer en de nieuwe werkgever. Slaagt een herplaatsing, dan maakt de werknemer een van-werk-naar-werk transitie binnen of, in het geval dat de onderneming van de werkgever deel uitmaakt van een groep, buiten de onderneming van de werkgever.

3.5 Transitiefunctie in het werkloosheidsrecht

3.5.1 Werkbereidheidsvereisten

Art. 24 lid 1 onderdeel b WW geeft het UWV de bevoegdheid om de WW-uitkeringsgerechtigde een sanctie op te leggen indien deze – kort gezegd – door eigen toedoen passende arbeid niet heeft verkregen, behouden of aanvaard. Er is geen sprake van een formele transitiefunctie, nu deze regeling niet is gericht op transitiebevordering, maar op sanctionering van ongewenst gedrag. De wetgever achtte verwijtbare werkloosheid namelijk “maatschappelijk niet aanvaardbaar en een grove miskennis van de solidariteit die aan het sociale zekerheidssysteem ten grondslag ligt”.^[37] Materieel kan het werkbereidheidsvereiste van de WW in samenhang met de steun die het UWV-werkbedrijf biedt of geacht wordt te bieden bij het vinden van nieuw werk, natuurlijk gemakkelijk in het kader van het transitiedenken worden geplaatst. Hiervan geef ik enkele illustraties.

Voldoet de (ex)werknemer verwijtbaar niet aan de verplichtingen die art. 24 lid 1 onderdeel b WW hem oplegt, dan kan hij worden geconfronteerd met een verlaging van de WW-uitkering. Uit de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie blijkt dat deze verplichtingen zowel gelden in situaties vóór het intreden van werkloosheid als tijdens werkloosheid.^[38] Van de werknemer wordt al gedurende het dienstverband verwacht dat hij voldoende activiteiten ontplooit om niet werkloos te raken. De vormgeving van deze regeling is dus gericht op transitiebevordering en bekleedt daardoor een materiële transitiefunctie. Deze transitiefunctie onderscheidt zich van die in de ontslagregelingen omdat deze is gericht op *werknemerszijde* in plaats van *werkgeverszijde*. Hier wordt dus de ‘transitieverantwoordelijkheid’ van de werknemer aangesproken.

De verplichtingen in de WW mogen er niet toe leiden dat werknemers gevangen blijven in hun baan. Dat blijkt uit CRvB 24 juni 2009, waarin de Raad nadere invulling geeft aan zijn rechtspraak ten aanzien van verwijtbare werkloosheid (art. 24 lid 1 onderdeel a jo. lid 2 WW).^[39] De werknemer die een transitie heeft gemaakt naar een andere baan en een reëel uitzicht heeft op een dienstverband van ten minste 26 weken (de wekeneis voor het recht op WW), is volgens de Raad niet verwijtbaar werkloos. Dit is een afwijking van eerdere jurisprudentie waarin in een dergelijke situatie wel onderzoek moest worden verricht naar de redenen van een baanwisseling. Door de nieuwe interpretatie kan de werknemer eenvoudiger een van-werk-naar-werk transitie maken, zonder dat hij later wordt geconfronteerd met weigering van zijn WW-uitkering wegens verwijtbare werkloosheid. De CRvB motiveert deze jurisprudentie door erop te wijzen dat de wetgever in recente aanpassingen van de WW heeft willen voorkomen dat de WW de mobiliteit op de arbeidsmarkt beperkt. In die zin wordt in de jurisprudentie van de CRvB kracht bijgezet aan het transitiedenken van de wetgever.

Ook het bepaalde in art. 76 WW staat in het teken van transitiebevordering. Voor het recht op WW is vereist dat de werknemer beschikbaar is om arbeid te verrichten. Aan dit vereiste is ingevolge art. 16 lid 4 WW ook voldaan indien de werknemer voor hem noodzakelijke scholing volgt of gaat volgen, als bedoeld in art. 76 WW. Dergelijke scholing kan bijdragen aan verhoging van inzetbaarheid, waarmee deze regeling een transitiefunctie vervult.

3.5.2 Hoogte WW-uitkering

Ingevolge art. 47 lid 1 WW bedraagt de WW-uitkering gedurende de eerste twee maanden 75% van het dagloon. Vanaf de derde maand bedraagt de uitkering 70% van het dagloon. De wetgever heeft opgemerkt dat gedurende de eerste twee maanden mensen relatief veel inkomenszekerheid hebben. Volgens de wetgever kan dit vooral bij personen met een laag inkomen de prikkel verminderen om werkloosheid te voorkomen of snel te beëindigen. Anderzijds stelt de wetgever dat de verlaging van de uitkering vanaf de derde maand een prikkel vormt om actief op zoek te gaan naar werk.^[40] Transitiebevordering is derhalve een onderliggende doelstelling van deze regeling, waardoor er sprake is van een formele transitiefunctie. De voorwaarden en verplichtingen in de regeling leiden ertoe dat de uitkeringsgerechtigde financieel nadeel ondervindt van het langer dan twee maanden uitkeringsafhankelijk zijn, hetgeen wijst op een – indirecte – materiële transitiefunctie.

3.6 Transitiefunctie in de Wet arbeidsmarkt in balans

Het wetsvoorstel Wab is volgens de regering onderdeel van een breder pakket van maatregelen die erop gericht zijn de balans op de arbeidsmarkt te verbeteren.^[41] Dit voorstel bevat een aantal maatregelen die interessant zijn in het licht van de transitiefunctie.^[42]

Het laten vervallen van de huidige referte-eis van twee jaren voor de transitievergoeding, betekent dat werknemers vanaf de eerste dag van het dienstverband aanspraak krijgen op transitievergoeding. Dit kan op zich als een verruiming van de transitiefunctie worden aangemerkt. Zo krijgt immers *elke* ontslagen werknemer een bedrag mee dat hij, indien hij dat wenst, kan inzetten om zijn kansen op een (snelle) transitie te vergroten. Daarbij past wel de kanttekening dat de transitievergoeding na het eindigen van een kort dienstverband slechts gering van omvang zal zijn en het dus onwaarschijnlijk is dat daarmee bijvoorbeeld her- of omscholing kan worden bekostigd. De regering suggereert dat de werknemer de transitievergoeding kan opsparen tot een substantieel bedrag is bereikt. Hoewel deze suggestie van ‘transitiedenken’ getuigt, legt zij precies bloot welke twee elementen in de huidige regeling van de transitievergoeding ontbreken, waardoor deze geen materiële transitiefunctie vervult. Dit betreft het ontbreken van een verplicht bestedingsdoel én het ontbreken van een opspaarbaarheid, waarbij de werknemer de niet (geheel) gebruikte transitievergoeding kan opsparen tot het moment dat dit middel weer nodig is voor een transitie.

Het voorstel om de inzetbaarheidskosten die de werkgever heeft gemaakt teneinde de werknemer geschikt te maken voor een andere functie in zijn bedrijf onder voorwaarden aftrekbaar te maken van de transitievergoeding, kan een verruiming van de transitiefunctie betekenen. Het scenario dat de transitievergoeding daadwerkelijk wordt aangewend voor transitiebevordering, wordt daarmee immers waarschijnlijker. Het huidige art. 2 lid 1 onderdeel b Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding (hierna: Besluit), waarin is bepaald dat de werknemer vooraf schriftelijk toestemming dient te geven voor de aftrek van scholingskosten op de transitievergoeding, kan echter nog een drempel opwerpen.^[43] Wil de regering de verruiming van de kostenaftrekmogelijkheid daadwerkelijk laten aansluiten bij de gememoreerde transitiedoelstelling van de transitievergoeding,^[44] dan is nader sleutelwerk aan het Besluit nodig.

De introductie van de cumulatiegrondvergoeding roept ten aanzien van de waardering van de transitievergoeding door de wetgever de nodige vragen op. In de concept memorie van toelichting stelde de regering nog dat deze vergoeding een ander karakter heeft dan de transitievergoeding, die mede strekt tot het vergemakkelijken van transitie.^[45] In de definitieve memorie is deze opmerking niet teruggekeerd en is slechts opgemerkt dat de vergoeding bovenop de transitievergoeding toegekend kan worden en het mogelijk blijft om een billijke vergoeding toe te kennen.^[46] De keuze voor een nadere compensatie voor afzonderlijk niet vervulde ontslaggronden oogt bijzonder, gelet op het feit dat de transitievergoeding mede een compensatiefunctie omvat. De vraag is waarom het kabinet hier kennelijk de compensatiefunctie van de transitievergoeding ontoereikend acht. Is het omdat de cumulatiegrond een inferieure ontslaggrond is ten opzichte van andere, geheel vervulde ontslaggronden? Dekker en Even hebben reeds beargumenteerd dat dit niet zonder meer in de rede ligt, nu bijvoorbeeld twee bijna geheel vervulde ontslaggronden tezamen even redelijk kunnen zijn als een n et voldragen andere ontslaggrond.^[47] Ik voeg daaraan toe dat daarbij mogelijk ook de verschillende functies van de transitievergoeding een rol spelen. De achterliggende gedachte zou kunnen zijn dat de wetgever de transitievergoeding door de twee onderscheiden functies van de transitievergoeding in bijzondere gevallen (toch) niet toereikend acht als ontslagcompensatie. Die transitievergoeding is volgens de wetgever immers niet louter een instrument van ontslagbescherming, maar tevens een transitie-instrument. Een deel van de transitievergoeding ziet dus op dat laatste en voorts valt de vergoeding ook nog eens lager uit als de werkgever scholing- en inzetbaarheidskosten mag aftrekken. Die lijn volgend kan, mede gelet op de verruiming van de aftrekmogelijkheden van genoemde kosten, worden gezegd dat de Wab een sterkere nadruk legt op de transitiefunctie van de regeling van de transitievergoeding.

4. Conclusie

In deze bijdrage heb ik in de eerste plaats de transitiefunctie in het arbeidsrecht en het werkloosheidsrecht onderzocht. Het door de wetgever aan de transitievergoeding toegekende hybride karakter – ontslagcompensatie  n transitiebevordering – vormde de aanleiding voor het verkennen van de zogenoemde transitiefunctie. Daaronder versta ik de gerichtheid van een regeling (door doelstelling, inhoud, vormgeving of effect in de praktijk) op het bevorderen van van-werk-naar-werk transities van ontslagen of met ontslag bedreigde werknemers. Hoewel de wetgever expliciet een transitiefunctie heeft toegeschreven aan de regeling van de transitievergoeding, is die functie in de huidige regeling zelf nauwelijks terug te vinden. De Hoge Raad kent echter betekenis toe aan de transitiefunctie van de transitievergoeding, door het recht op transitievergoeding uitdrukkelijk te koppelen aan het voor de verwerving van inkomen aangewezen zijn op het verrichten van arbeid.

In andere regelingen in het arbeidsrecht en werkloosheidsrecht is juist sprake van een omgekeerde situatie. De wetgever schrijft veelal geen transitiefunctie toe aan regelingen, maar de regelingen kunnen wel geacht worden een materiële transitiefunctie te vervullen. De regelingen zijn dus door hun vorm of inhoud gericht op transitiebevordering. Dit geldt ook voor enkele voorstellen uit de Wab. Hierin zijn instrumenten – zoals het vervallen van de tweejaarsdrempel voor het recht op transitievergoeding – opgenomen die de transitiefunctie kunnen verruimen, zonder dat transitiebevordering hieraan als doelstelling wordt verbonden. Andere regelingen – zoals de aanzegverplichting voor de werkgever en de hoogte van de WW-uitkering – hebben zowel een formele als een materiële transitiefunctie. De wetgever streeft dus ook in andere regelingen dan de wettelijke transitievergoeding expliciet transitiebevordering na. Transitiebevordering lijkt daardoor wel degelijk een zuivere doelstelling te zijn die van invloed is op de inrichting van het sociaal recht.

Gelet op de huidige Nederlandse en Europese beleidskaders kan worden verwacht dat ook toekomstige wijzigingen in het arbeidsrecht en werkloosheidsrecht impliciet of expliciet in het teken van transitiebevordering zullen staan. Een meer systematische benadering van het transitiedenken, waarvan transitiebevordering deel uitmaakt, is echter gewenst. Daarvoor zijn verschillende redenen aan te wijzen. Hoewel door de aantrekkende economie het werkloosheidscijfer sinds 2014 daalt en meer personen een vaste baan vinden, groeit ook het aantal personen met een tijdelijk arbeidscontract.^[48] Deze zullen met regelmaat een van-werk-naar-werk transitie moeten maken. Daarnaast zorgen niet alleen conjuncturele ontwikkelingen, maar ook toegenomen concurrentie en technologische innovatie ervoor dat functies worden opgeheven of gewijzigd, wat kan leiden tot gedwongen ontslag.^[49] Bevordering van spoedige van-werk-naar-werk transities blijft derhalve van belang voor een goed functionerende arbeidsmarkt. Bij toekomstige wijzigingen in het arbeidsrecht en werkloosheidsrecht zou de wetgever daarom aandacht moeten besteden aan de formele en materiële gerichtheid van een regeling op

transitiebevordering. Daarnaast is het wenselijk dat er – voor zover mogelijk – empirisch onderzoek wordt verricht naar de effectieve transitiefunctie van bestaande regelingen. Recentelijk uitgevoerd empirisch onderzoek naar van-werk-naar-werk-beleid en -trajecten laat in ieder geval zien dat een effectieve transitiefunctie is weggelegd voor scholing van de werknemer.^[50]

Voetnoten

[1]

Gerdien Oldenhuis is promovenda en docent arbeidsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zij bereidt een proefschrift voor over de transitiefunctie.

[2]

G. Schmid, 'Towards a theory of transitional labour markets', in: G. Schmid & G. Gazier (red.) *The dynamics of full employment. Social integration through transitional labour markets*, Cheltenham: Edward Elgar 2002, p. 187-189.

[3]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3](#), p. 3, 6.

[4]

S. Klosse & A.C.J.M. Wilthagen, 'Nieuwe tijden, nieuwe zekerheden', *SMA* 2008/09, p. 347.

[5]

N. Zekic, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 36.

[6]

De Europese Commissie onderstreept het belang van het verwerven van nieuwe vaardigheden, zodat werknemers zich kunnen voorbereiden op nieuwe omstandigheden en eventuele loopbaanveranderingen. Europese Commissie, *Samen werken aan werkgelegenheid en groei. Een nieuwe start voor de Lissabon- strategie*, COM (2005) 24, p. 32; Europese Commissie, *Europa 2020. Een strategie voor 2010*, COM (2010) 2020, p. 20.

[7]

WRR, *Investeren in werkzekerheid*, Den Haag/Amsterdam: WRR/Amsterdam University Press 2007.

[8]

Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, 16 juni 2008, p. 76, 79.

[9]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3](#), p. 34, 74.

[10]

Zie o.a. [Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3](#), p. 34-38; [Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7](#), p. 69; [Kamerstukken I 2013/14, 33818, C](#), p. 13.

[11]

[Kamerstukken II 1947/48, 881, 3](#), p. 10.

[12]

Zie hierover: A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (diss. Amsterdam Uva), Deventer: Kluwer 2009.

[13]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4](#), p. 15.

[14]

Zie o.a. [Kamerstukken I 2013/14, 33818, C](#), p. 64, 84, 96.

[15]

[Kamerstukken I 2013/14, 33818, C](#), p. 10, 13, 64.

[16]

[Kamerstukken I 2013/14, 33818, C](#), p. 84.

[17]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4](#), p. 11.

[18]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4](#), p. 14-15.

[19]

Stb. 2015, 171.

[20]

HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, *AR* 2018/4818, r.o. 3.5.3.

[21]

HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845, AR 2018/5233.

[22]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3](#), p. 5 en 7, p. 71.

[23]

HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651, AR 2018/2137, r.o. 3.3.6 - 3.3.8, 3.4.

[24]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3](#), p. 42.

[25]

[Kamerstukken II 2013/14, 33988, 6](#), p. 47.

[26]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3](#), p. 42; [Kamerstukken I 2013/14, 33818, C](#), p. 62-63.

[27]

HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:449, AR 2019/1797 (*ING Bank Personeel B.V./werkneemster*), r.o. 4.3.5 - 4.3.9.

[28]

[Kamerstukken II 2013/14, 33988, 6](#), p. 47.

[29]

R.o. 4.3.9.

[30]

Stb. 2018, 234. Treedt vermoedelijk per 1 april 2020 inwerking.

[31]

[Kamerstukken II 2016/17, 34699, 3](#), p. 9.

[32]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 29](#).

[33]

[Kamerstukken I 2013/14, 33818, C](#), p. 85, 100.

[34]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7](#), p. 35.

[35]

P. Kruit & J. Sap, 'De herplaatsingsplicht in de praktijk', *TvO* 2018/2, p. 32.

[36]

[Kamerstukken I 2013/14, 33818, C](#), p. 56.

[37]

[Kamerstukken II 1985/86, 19261, 3](#), p. 54.

[38]

[Kamerstukken II 1985/86, 19261, 3](#), p. 141; CRvB 26 februari 1991, ECLI:NL:CRVB:1991:AK9279, RSV 1991/191; CRvB 12 januari 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP0952, RSV 2011/193, m.nt. A.H. Rebel.

[39]

CRvB 24 juni 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ2443, RSV 2009/224, m.nt. A.H. Rebel.

[40]

[Kamerstukken II 2005/06, 30370, 3](#), p. 12-13.

[41]

[Kamerstukken II 2018/19, 35074, 3](#), p. 1.

[42]

Zie over die maatregelen de themanummers Wet arbeidsmarkt in balans: *TRA* 2018/9-10 en *TAP* 2018/4.

[43]

Zie ook Notitie VAAN-Vva Werkgroep Internetconsultatie WAB lagere regelgeving, 10 december 2018, p. 9.

[44]

[Kamerstukken II 2018/19, 35074, 3](#), p. 63.

[45]

Concept MvT Wab, p. 62-63.

[46]

[Kamerstukken II 2018/19, 35074, 3](#), p. 56-57.

[47]

F.M. Dekker & J.H. Even, 'Cumulatiegrond en vergoeding', *TAP* 2018/153, p. 30.

[48]

Zie de recente cijfers van het CBS aangaande de ontwikkelingen in flexwerk en arbeidsdeelname: www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-flexwerk/hoofdcategorieen/ontwikkelingen-flexwerk; www.cbs.nl/nl-nl/visualisaties/dashboard-arbeidsmarkt/werkenden (laatst geraadpleegd 19-03-2019).

[49]

Overstappen op de arbeidsmarkt. *Een onderzoek naar Van Werk Naar Werk -beleid en -trajecten*. Tilburg University 2019, p. 7.

[50]

Overstappen op de arbeidsmarkt, p. 45, 57.