

Advies van de Geschillencommissie Provincies

Inzake het verschil van mening tussen

{naam werknemer} (hierna te noemen: 'verzoeker')
namens deze: [naam en kantoor gemachtigde]

en

[naam werkgever], [naam geplaatste werkgever] (hierna te noemen: 'werkgever'),
namens deze: [gemachtigden geplaatste werkgever]

gezamenlijk aan te duiden als: 'Partijen'

1. Samenstelling commissie

De Geschillencommissie Provincies (hierna te noemen: 'de commissie') bestaat in deze kwestie uit mevrouw mr. B.L. van Wijhe, voorzitter, de heer drs. F. Petit, lid op voordracht van werkgeverszijde, en de heer mr. J.M. van Stel, lid op voordracht van werknemerszijde. De commissie wordt ondersteund door secretaris mevrouw mr. J.H.E. Opdam van het CAOP te Den Haag.

2. Feiten en procesverloop

- 2.1. Verzoeker was sinds [datum indiensttreding] in dienst bij [naam werkgever], sinds 1 februari 2015 heeft [naam werkgever] verzoeker vast geplaatst bij [naam geplaatste werkgever] als [functie werknemer]. Het civiele dienstverband van verzoeker is per 1 januari 2020 beëindigd na een beslissing van de kantonrechter.
- 2.2. Verzoeker heeft na aanvankelijke ziekte een WW-uitkering gekregen per 29 juli 2020 en op 14 september 2020 heeft APG besloten dat zij een bovenwettelijke uitkering toegekend kreeg per 29 juli 2020. De WW-uitkering is gestopt per 1 augustus 2020, omdat verzoeker een baan heeft gevonden.
- 2.3. Bij e-mail van 15 september 2020 heeft verzoeker [werkgever] verzocht om over te gaan tot afkoop van de bovenwettelijke uitkering.
- 2.4. Bij brief van 20 oktober 2020, welke verzoeker enkel per e-mail van 30 oktober 2020 ontvangen heeft, wijst [naam geplaatste werkgever] het verzoek tot afkoop af.
- 2.5. Bij brief van 12 november 2020 reageert de gemachtigde van verzoeker aan [naam werkgever] op de afwijzing en verzoekt te komen tot een minnelijke oplossing. [Naam werkgever] heeft geen reactie gezonden.
- 2.6. Op 25 november 2020 heeft verzoeker bij de commissie een verzoek ingediend. Verzoeker heeft de gronden van het verzoek uiteengezet en daarbij (desgevraagd) producties ingediend.
- 2.7. Bij e-mails van 26 november en 2 december 2020 heeft de commissie [naam werkgever] een kopie van het ingediende verzoek met bijlagen toegezonden, met het verzoek beschikbaarheid aan te geven voor een hoorzitting en de mogelijkheid geboden voor een schriftelijke reactie.
- 2.8. Bij e-mail van 15 december 2020 heeft [naam geplaatste werkgever] de commissie verzocht om uitstel, aangezien de e-mails bij [naam werkgever] zijn aangekomen, terwijl verzoeker bij [naam geplaatste werkgever] werkzaam was waarvan de directeur een volmacht heeft voor personele aangelegenheden. De commissie beslist twee weken uitstel te geven voor verweer.

-
- 2.9. Bij e-mail van 24 december 2020 heeft werkgever de gronden van verweer uiteengezet en daarbij producties ingediend.
 - 2.10. Bij e-mail van 6 januari 2021 heeft de gemachtigde van verzoeker een nadere reactie gezonden op het verweerschrift.
 - 2.11. De hoorzitting heeft digitaal plaatsgevonden via MS Teams op 15 januari 2021, vanwege de Covid-19 maatregelen. Het verslag van de zitting is bij punt 5 van dit advies opgenomen.

3. Verzoek

- 3.1. Verzoeker vat in het verzoekschrift van 25 november 2020 samen dat werkgever in het besluit van 30 oktober 2020 haar verzoek tot afkoop van de bovenwettelijke uitkering heeft afgewezen, omdat de mogelijkheid tot afkoop een bevoegdheid is van de werkgever. Daarnaast geldt als voorwaarde dat daarmee de werkloosheid geheel of gedeeltelijk moet worden opgeheven. Omdat de werkloosheid van verzoeker al was opgeheven, is er volgens werkgever geen grond voor toekenning van het verzoek tot afkoop.
- 3.2. Verzoeker stelt zich op het standpunt dat de aangevoerde redenen om te komen tot een afwijzing van het verzoek tot afkoop niet juist zijn en niet in overeenstemming met (het doel van) de regelgeving.
- 3.3. Verzoeker stelt dat het besluit in strijd is met rechtsoverweging 5.3. van de ontslagbeschikking van de kantonrechter waarin voor recht is verklaard dat zij op grond van artikel 2 lid 3 van de Regeling AVW en artikel 11.4.1 van de CAP jegens werkgever aanspraak heeft op aanvullende voorziening bij werkloosheid en daarom geen recht heeft op de wettelijke transitievergoeding. Uit deze beschikking, alsook uit artikel 10.4.4. lid 3 cao 2020, blijkt volgens verzoeker dat de aanvullende voorziening in plaats komt van de transitievergoeding. Dat brengt met zich mee, dat wanneer er om afkoop wordt verzocht door de werknemer op grond van artikel 10.7.2 cao 2020 (artikel 11.7.3 CAP 2018), omdat daarmee de werkloosheid geheel of gedeeltelijk kan worden opgeheven, dit verzoek ook in dat licht moet worden bezien.
- 3.4. Verzoeker heeft slechts drie dagen een aanvullende uitkering ontvangen, aangezien zij zo snel een andere baan had waardoor haar werkloosheid werd opgeheven. Het bedrag aan transitievergoeding zou vele malen hoger zijn, dan het recht op de aanvullende voorziening, waarvan zij gebruik heeft moeten maken.
- 3.5. Verzoeker stelt dat zij voldoet aan de voorwaarden voor afkoop en dit zou recht doen aan hetgeen de rechter in de beschikking heeft overwogen. Daarnaast loopt de werkgever bij afkoop geen risico meer op herleving van de aanvullende uitkering.
- 3.6. (Het bestuur van) [naam werkgever] is als werkgever bevoegd om te besluiten over het verzoek, niet [naam geplaatste werkgever].

4. Reactie van werkgever

- 4.1. De gemachtigde van werkgever stelt zich in het verweerschrift van 24 december 2020 op de volgende standpunten.
Bevoegdheid directeur van [naam geplaatste werkgever]
- 4.2. Verzoeker was sinds februari 2010 en tot 1 januari 2020 op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst van [naam werkgever]. Sinds februari 2015 was zij feitelijk werkzaam bij [naam geplaatste werkgever], onderdeel van [naam werkgever]. De directeur van [naam geplaatste werkgever] verwijst voor haar bevoegdheid om de voormalige werkgever te vertegenwoordigen en rechtshandelingen te verrichten namens [naam werkgever] (waaronder ten aanzien van personeel) ten behoeve van [naam geplaatste werkgever], naar verstrekte algemene volmacht en bijzondere ondervolmacht.

Bevoegdheid Geschillencommissie

- 4.3. De commissie is niet bevoegd om te adviseren, aangezien zij in het leven is geroepen voor geschillen over de uitvoering van de Cao provinciale sector 2020. Deze cao is nooit van toepassing geworden op de arbeidsovereenkomst van verzoeker, aangezien op de datum van inwerkingtreding op 1 januari 2020 de arbeidsovereenkomst was geëindigd door de kantonrechter. De cao waar de commissie de bevoegdheid aan ontleent was niet op verzoeker van toepassing en daarmee is de commissie niet bevoegd van het geschil kennis te nemen. De CAP 2018 was van overeenkomstige toepassing op grond van artikel A.2 van de Arbeidsvoorwaardenregeling [naam werkgever]. In de CAP 2018 was geen algemene geschillenprocedure opgenomen. De CAP 2018 voorzag alleen in een procedure bij geschillen voor ambtenaren over de begeleiding van werk naar werk bij reorganisaties. Verzoeker was bij [werkgever] niet als ambtenaar werkzaam. [Naam werkgever] is geen overheidsorganisatie waardoor op de relatie tussen [naam werkgever] en verzoeker het burgerlijk recht van toepassing was. Uit rechtsoverweging 2.10. van de kantonrechter blijkt dat partijen de CAP 2018 volgen.

Niet-ontvankelijk

- 4.4. Verweerder stelt dat het verzoek niet-ontvankelijk is daar niet is voldaan aan alle voorwaarden van artikel 5 onder a tot en met i van het reglement van de commissie. Verzoeker moet volgens de voorwaarden ambtenaar zijn en er moet sprake zijn van een (actieve) dienstbetrekking. In ieder geval blijkt uit genoemde bepaling niet dat de geschillenprocedure openstaat voor oud-ambtenaren of oud-werknemers. Verzoeker was geen ambtenaar en ten tijde van het verzoek en de afwijzing was er geen sprake van een dienstbetrekking.
- 4.5. Verweerder stelt dat in artikel 5 onder f van het reglement de voorwaarde staat dat het geschil geen betrekking heeft op ontslag, daaruit volgt dat geschillen over de toepassing van hoofdstuk 10 van de cao niet onder de werking van het reglement vallen. Dit geschil betreft een bepaling uit dit hoofdstuk en, zoals uit de uitspraak van de kantonrechter blijkt, kan het recht op een dergelijk ontslaguitkering niet los worden gezien van het ontslag.

Afwijzing van het verzoek tot afkoop

- 4.6. Verweerder stelt dat [werkgever] het verzoek van verzoeker terecht heeft afgewezen. Artikel 11.7.3, lid 1 van de CAP 2018 is correct toegepast en verzoeker heeft geen recht op afkoop van een aanvullende WW-uitkering. Een oud-ambtenaar kan verzoeken om het recht op de aanvullende en nawettelijke uitkering geheel of gedeeltelijk af te kopen als daarmee de werkloosheid geheel of gedeeltelijk kan worden opgeheven. Verzoeker heeft van 1 januari 2020 tot 29 juli 2020 haar volledige salaris ontvangen in verband met ziekte. Daarna heeft zij na herstel tussen 29 juli en 1 augustus een WW-uitkering en aanvullende uitkering ontvangen. Sinds 1 augustus 2020 is zij niet langer werkloos door een nieuwe baan op ongeveer hetzelfde salarisniveau. Toen verzoeker het verzoek tot afkoop deed had zij geen recht meer op een WW-uitkering of aanvullende uitkering omdat zij niet meer werkloos was. Het geheel of gedeeltelijk opheffen van de werkloosheid was dus niet aan de orde, waardoor niet aan de voorwaarde voor afkoop wordt voldaan.
- 4.7. Het al dan niet honoreren van een verzoek om afkoop is een bevoegdheid ('kan'-bepaling) van de werkgever en geen verplichting.
- 4.8. De kantonrechter heeft bij de ontbinding bepaald dat verzoeker gedurende de periode dat zij recht heeft op een WW-uitkering aanspraak heeft op aanvullende voorzieningen bij werkloosheid op grond van artikel 11.4.1, derde lid van de CAP 2018 en artikel 2, derde lid van de Regeling Aanvullende Voorzieningen bij Werkloosheid van de provincie Zuid-Holland (r.o. 5.3 en 5.4 van de beschikking van de kantonrechter). Voor zover verzoeker meent recht te hebben op een transitievergoeding, verwijst verweerder naar de beschikking van de

kantonrechter (r.o. 5.3) waarin expliciet is bepaald dat zij geen recht heeft op een transitievergoeding. Het ingestelde hoger beroep is door het Hof verworpen.

- 4.9. De aanvullende voorziening bij werkloosheid is een aan een transitievergoeding gelijkwaardige voorziening (art. 11.4.4 CAP 2018 en r.o. 2.11 van de beschikking van de kantonrechter). Het verschil is dat een transitievergoeding een bedrag ineens is, ongeacht de duur van de werkloosheid. De aanvullende WW-uitkering is meer een vangnet dat gedurende een langere duur tijdens werkloosheid kan voorzien in financiële ondersteuning.

5. Nadere reactie van verzoeker

- 5.1. Bij e-mail van 6 januari 2020 heeft de gemachtigde van verzoeker nader gereageerd op het verweer van werkgever.

Bevoegdheid (directeuren van) [naam werkgever en naam geplaatste werkgever]

- 5.2. Onder verwijzing naar de statuten van [naam werkgever], de CAP en de verstrekte volmachten stelt de gemachtigde van verzoeker dat alleen het bestuur van [naam werkgever] bevoegd is voorgenoemd besluit te nemen, mede vanwege de data van het besluit en nadien volgende volmachten.

Bevoegdheid commissie

- 5.3. De commissie is wel bevoegd kennis te nemen van het verzoek.
- 5.4. De cao is in het voorjaar van 2019 afgesloten met een looptijd van 1 januari 2019 tot en met 31 december 2020. Het eerste jaar van de cao valt onder het Ambtenarenrecht en het tweede jaar is de eerste cao onder het civiele arbeidsrecht. De geschillencommissie is ingericht in 2020. De preambule 2019-2020 was in 2019 al van toepassing op de arbeidsovereenkomst van verzoeker, omdat zij toen nog een arbeidsovereenkomst met [naam werkgever] had. In 5.2. van de preambule is o.a. een toelichting opgenomen over de instelling van de commissie.
- 5.5. De (voorwaarden voor) afkoop van de bovenwettelijke aanvulling op de WW is vanaf de cao 2019/2020 inhoudelijk niet veranderd en het conflict dat is ontstaan kan daarom wel door de commissie worden behandeld, omdat het over de interpretatie van de cao gaat en een gang naar de rechter kan voorkomen. Bovendien doet verzoeker in 2020 het verzoek en zou gesteld kunnen worden dat dit verzoek op artikel 10.7.2 cao Provinciale sector 2020 is gebaseerd en daarmee dus onder de reikwijdte van de commissie valt. Verzoeker had het verzoek ook niet eerder dan in 2020 kunnen doen, gelet op het feit dat haar ontslag eerst pas in 2020 is geëffectueerd.

Geen ambtenaar

- 5.6. De gemachtigde van verzoeker verwijst ten aanzien van de stelling dat verzoeker geen ambtenaar was naar artikel 1.2. van de CAP. Volgens de arbeidsvoorwaardenregeling [naam werkgever] volgen zij de nadere regels inzake de rechtspositie die de provincie Zuid-Holland heeft vastgesteld of zal vaststellen ter uitvoering van dit artikel en ter uitvoering van artikel B.5, nadat hierover overeenkomstig hoofdstuk 1 van de CAP overleg met de vakorganisaties van overheidspersoneel heeft plaatsgevonden.
- 5.7. Verzoeker wordt in de berichtgeving van APG als (oud)ambtenaar omschreven.
- 5.8. Het feit dat verzoeker een WW-uitkering en aanvullende uitkering ontving, maakt dat zij materieel gezien op grond van de CAP (oud) en de cao als (oud)ambtenaar wordt aangemerkt.

Niet-ontvankelijk

- 5.9. Verzoeker voldoet aan alle voorwaarden van het reglement en het geschil valt niet onder ontslag (dat is immers niet betwist) maar onder artikel 5 onder e van het reglement. Het is niet nodig dat er sprake is van een actieve dienstbetrekking en verzoeker moet (materieelrechtelijk) worden beschouwd als (oud)ambtenaar.

Afwijzing van het verzoek tot afkoop

- 5.10. In de beleving van verzoeker had zij volgens de wet recht op een transitievergoeding. In de beschikking van de rechter is de transitievergoeding vervangen door de bovenwettelijke aanvulling op WW, zijnde een gelijkwaardige transitievergoeding. Nu WW niet langer nodig is meent verzoeker recht te hebben op afkoop van deze bovenwettelijke aanvulling, temeer daar zij voldoet aan de voorwaarden op uitbetaling namelijk dat zij niet langer werkloos is.

- 5.11. Verzoeker verwijst naar: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/ontslag/vraag-en-antwoord/heb-ik-recht-op-een-vergoeding-als-ik-wordontslagen>

- 5.12. Het feit dat verzoeker enige tijd een ziektebewaking heeft ontvangen conform cao heeft geen relatie met de transitievergoeding en/of bovenwettelijke aanvulling op de WW. Het betreft immers een ander recht. Verzoeker schetst het verloop van de aanvraag, afwijzing en toekenning bij APG.

- 5.13. Verzoeker heeft geen baan op ongeveer hetzelfde salarisniveau, maar één schaal en bijna 600 euro bruto per maand lager. Het verschil in inkomsten rechtvaardigt de afkoop van de aanvulling op de WW als transitievergoeding. Temeer daar het doel van de transitievergoeding bij de invoering van de WAB als tweeledig werd aangegeven als compensatie voor het ontslag en om de transitie van werknemers naar een andere baan te vergemakkelijken. Het verzoek om afkoop geeft invulling aan het gestelde doel van de transitievergoeding. Verzoeker heeft immers maar zeer kort gebruik gemaakt van de aanvulling en kan met de afkoop het verschil in salaris compenseren, waarmee de transitie naar de nieuwe baan kan worden vergemakkelijkt en wordt daarmee de werkloosheid opgeheven. Afkoop afwijzen op de grond zoals verweerder die aanvoert doet geen recht aan de uitspraak van de rechter, noch aan het doel van de transitievergoeding.

Goed werkgeverschap, gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel

- 5.14. Werkgever heeft met de weigering het goed werkgeverschap, het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel geschonden. Navraag bij APG heeft opgeleverd dat een werkgever zelden weigert de afkoop uit te voeren.
- 5.15. Werknemers die in dezelfde situatie zitten als collega's, moeten volgens het gelijkheidsbeginsel op dezelfde manier worden behandeld. Voortrekkerij of indirect pestgedrag door de werkgever zijn geen goed werkgeverschap.
- 5.16. Beslissingen van de werkgever zijn over het algemeen gemaakt in het belang van de werkgever. Het is echter niet toegestaan om voor een klein belang van de werkgever een groot belang van de werknemer te schenden. Wanneer het door de werkgever nagestreefde belang niet onevenredig is aan het geschade belang van de werknemer, is er sprake van een schending van het evenredigheidsbeginsel en goed werkgeverschap.

6. Hoorzitting

Op 15 januari 2021 vond een hoorzitting plaats via MS Teams. De commissie heeft partijen tijdens de hoorzitting in de gelegenheid gesteld het verzoek en verweer nader toe te lichten. De commissie heeft tijdens de zitting enkele vragen gesteld. Naast de voornoemde gronden van het verzoek en verweer zijn de volgende punten als volgt, samengevat, aan de orde gekomen:

- 6.1. Werkgever acht de commissie volgens het reglement alleen bevoegd te adviseren als werkgever en werknemer gezamenlijk een advies wensen, aangezien werkgever anders op kosten gejaagd kan worden. De gemachtigde van verzoeker leest in het reglement dat een werknemer ook zonder instemming van werkgever een geschil mag voorleggen, zij acht de commissie bij een dergelijke gang van zaken een dode instantie. Werkgever geeft aan dat zij over de bezwaren t.a.v. van de bevoegdheid van de commissie voor oud-ambtenaren heen had kunnen stappen.
- 6.2. Verzoeker stelt dat het geschil niet ziet op ontslag, maar op de toekenning van de bovenwettelijke WW in 2020 en de aanvraag tot afkoop. Beiden hebben plaatsgevonden in 2020, hierbij is de huidige cao van toepassing en is niet terugverwezen naar de CAP. De werkgever stelt dat de regels blijven gelden die ten tijde van de arbeidsovereenkomst en het ontslag van toepassing waren, in dit geval de CAP 2018. Werkgever licht toe dat verzoeker voor dit geschil naar de kantonrechter moet en niet naar de commissie of een bezwaaradviescommissie, aangezien het bestuursrecht niet van toepassing was op de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst van verzoeker bij [naam werkgever].
- 6.3. Werkgever licht toe dat [naam geplaatste werkgever] als uitvoeringsorganisatie een onderdeel is van [naam werkgever], het is geen zelfstandige rechtspersoon en verzoeker was in dienst bij [naam werkgever]. De directeur van [naam werkgever] is gevolmachtigd door het bestuur van [naam werkgever], hij heeft de directeur van [naam geplaatste werkgever] gevolmachtigd voor alle rechtshandelingen binnen kaders van formatie en begroting voor [naam geplaatste werkgever], waaronder de personeelsaangelegenheden. De gemachtigde van werkgever geeft aan dat de directeur van [naam werkgever] geen beslissing mag nemen over individuele gevallen of formatie/begroting, waardoor hij ook geen volmacht kan geven. Het bestuur van [naam werkgever] dient individuele beslissingen te nemen. De nadien opgemaakte volmachten acht verzoeker een noodgreep. De afkoopregeling valt onder het eigen risicodragerschap van [naam werkgever] en niet [naam geplaatste werkgever]. Werkgever weerspreekt dit en geeft aan dat [naam geplaatste werkgever] de kosten draagt met een eigen begroting en voorziening voor personeelskosten. De directeur heeft een volmacht voor alle rechtshandelingen binnen formatie en beleid, de doormandatering aan directeuren is vergelijkbaar geregeld bij provincies. De gemachtigde van verzoeker wil de volmachten ontvangen, maar concludeert dat de bevoegdheid van [naam werkgever] of [naam geplaatste werkgever] er uiteindelijk inhoudelijk niet op aan komt, maar het staat wel in de stukken en [naam werkgever] stuurt het zonder reactie door naar [naam geplaatste werkgever] waar verzoeker een arbeidsconflict mee had. Verzoeker had graag een zuiver besluit gehad van het onafhankelijke bestuur, zonder rancune waarbij iedereen dezelfde behandeling krijgt.
- 6.4. Werkgever acht het verzoek niet ontvankelijk, aangezien verzoeker geen oud-ambtenaar was. De gemachtigde van verzoeker reageert dat zij ten tijde van het verzoek tot afkoop voldeed aan de definitie van oud-ambtenaar en APG merkt haar als zodanig aan. Het doel van de geest van de geschillencommissie is juist om de gang naar de kantonrechter te voorkomen. Werkgever antwoordt dat dit expliciet opgenomen had moeten zijn.
- 6.5. Verzoeker licht toe dat zij in juli wist dat zij een andere baan had per 1 augustus, zij had een proeftijd van twee maanden en kwam uit de ziektewet waardoor zij niet wist of zij het werk kon volhouden. Op 1 augustus 2020 is de WW en aanvullende uitkering gestopt. Op 14 september 2020 kreeg zij per 28 juli 2020 de toekenning van APG na een heroverweging. Verzoeker heeft op 15 september het verzoek tot afkoop gedaan, omdat verzoeker toen wist dat zij het werk vol kon houden, zij eerst een toekenning van het recht moest hebben voordat afkoop gevraagd kan worden en een dienstverband een voorwaarde was voor afkoop ter opheffing van werkloosheid.

- 6.6. Verzoeker licht toe dat [naam werkgever] de kantonrechter heeft gevraagd om geen transitievergoeding toe te kennen. Zij wilde haar baan terug en anders aanspraak op de bovenwettelijke uitkering conform de cao.
- 6.7. Werkgever herhaalt het standpunt dat een afkoop werkloosheid moet opheffen en aan die voorwaarde niet is voldaan nu verzoeker al een andere baan had op het moment van aanvraag tot afkoop. De gemachtigde van werkgever antwoordt dat dat niet correct is, bij een opheffing van werkloosheid moet er een andere baan tegenover staan. Verzoeker vult aan dat zij moest procederen voor de toekenning van de uitkering en zij vanwege ziekte pas laat en kort WW heeft gekregen. Als zij eerder een toekenning had gekregen zou zij per 1 augustus een aanvraag hebben kunnen doen.
- 6.8. Werkgever geeft aan dat afkoop van de uitkering wel gelijkwaardig maar niet gelijk staat aan de transitievergoeding. Het zijn andere instrumenten met andere doelen, waarbij de transitievergoeding een uitkering in één keer is en aanvullende WW langdurig kan zijn.
- 6.9. Verzoeker licht toe dat zij in april beëindiging van het dienstverband heeft geweigerd, omdat de werkgever het door werkgever eenzijdig opgestelde en ambitieuze verbeterplan na één maand beëindigde.
- 6.10. Werkgever acht de kwestie afgesloten met de beslissing van de kantonrechter en wenst geen nader gesprek om er samen uit te komen. De werkgever wenst een zwaarwegend advies als de commissie bevoegd en ontvankelijk is, verzoeker conformeert zich hier aan.

7. Juridisch kader

Artikel 10.7.2 cao Provinciale sector en artikel 11.7.3 CAP (gelijkluidend):

Afkoop

1. *Op verzoek van de oud-ambtenaar kan het recht op de aanvullende en nawettelijke uitkering geheel of gedeeltelijk worden afgekocht als daarmee de werkloosheid geheel of gedeeltelijk kan worden opgeheven.*
2. *Bij gehele of gedeeltelijke afkoop eindigt het recht op de aanvullende en nawettelijke uitkering geheel of voor het afgekochte deel.*

8. Beoordeling

De gronden van het verzoek en het verweer leiden bij de commissie tot de volgende overwegingen en beoordelingen.

- 8.1. De commissie stelt vast dat partijen een zwaarwegend advies wensen.
- 8.2. De commissie acht zich bevoegd te adviseren over geschillen bij de toepassing van de Cao provinciale sector. Het verzoek tot afkoop is gedaan op 15 september 2020, het besluit om de vergoeding niet toe te kennen is genomen op 20 oktober 2020 en gemotiveerd met verwijzing naar de artikelen van zowel de CAP als de nieuwe cao Provinciale sector. Gezien de tijdstippen van het verzoek en de afwijzing dient de geldende Cao provinciale sector toegepast te worden waardoor de commissie bevoegd is. Materieel gezien heeft het voorgaande voor de inhoud van de beoordeling geen effect, gezien de gelijklopende strekking van de artikelen. De commissie acht zich bevoegd te adviseren over geschillen van oud-ambtenaren en oud-werknemers, daar de cao in artikel 1, eerst lid, sub 4 een bredere civielrechtelijke definitie hanteert van een ambtenaar en oud-ambtenaren c.q. oud-werknemers niet uitgesloten zijn in het reglement. De commissie acht het niet in lijn met doel en aard van de door sociale partners ingestelde adviserende geschillencommissie dat werkgever en werknemer slechts gezamenlijk een geschil kunnen aankaarten en het gehele hoofdstuk t.a.v. ontslag

niet van toepassing zou zijn. Het laatste blijkt daarnaast niet uit de bewoordingen van het reglement. Concluderend acht de commissie zich bevoegd en het geschil ontvankelijk.

- 8.3. De commissie acht de directeur van [naam geplaatste werkgever] op basis van de geleverde (onder)volmachten gemachtigd om te beslissen over het individuele verzoek dat voorligt.
- 8.4. Artikel 10.7.2 cao Provinciale sector en artikel 11.7.3 CAP (gelijkluidend) zijn bepalingen op basis waarvan het recht op aanvullende of nawettelijke uitkering geheel of gedeeltelijk kan worden afgekocht als daarmee de werkloosheid geheel of gedeeltelijk kan worden opgeheven. De eerste 'kan' in de artikelen wijst naar een zogenoemde 'kan-bepaling' waarbij de werkgever een discretionaire bevoegdheid heeft om wegens haar moverende redenen te beslissen om het verzoek wel of niet toe te wijzen. De commissie leest in het artikel geen recht voor de verzoeker om afkoop af te dwingen. Daarnaast is het tweede deel van het artikel een voorwaarde, waarbij de afkoop dient te leiden tot gehele of gedeeltelijke opheffing van de werkloosheid. Verzoeker heeft werkgever op 15 september 2020 verzocht om de afkoop, terwijl zij per 1 augustus 2020 een andere baan heeft gevonden. Daarmee kan niet meer voldaan worden aan de voorwaarde, aangezien er op 15 september geen sprake meer was van werkloosheid. Uit de toegezonden stukken blijkt niet dat het feit dat het salaris van verzoeker bij haar nieuwe baan lager ligt resulteert in een resterende werkloosheid. Verzoeker heeft volgens de beslissing van de kantonrechter geen recht op een transitievergoeding, maar op de bovenwettelijke aanvulling op WW als een gelijkwaardige transitievergoeding. De commissie ziet in de beslissing van de kantonrechter geen grond zich te scharen achter de visie van verzoeker dat zij recht zou hebben op een transitievergoeding of afkoop van de bovenwettelijke aanvulling, gezien de doelen van de transitievergoeding en de korte aanspraakperiode. Uit de beslissing van de kantonrechter blijkt duidelijk dat de aanvullende uitkering een gelijkwaardige voorziening betreft, waarover de bij cao afgesproken regels van toepassing zijn. In de wetsgeschiedenis of jurisprudentie leest de commissie geen afdwingbaar recht of noodzaak tot meewegen van de doelen van de niet toepasselijke transitievergoeding bij een verzoek tot afkoop van een dergelijke voorziening.
- 8.5. Verzoeker heeft onvoldoende onderbouwing verstrekt voor het beroep op het gelijkheidsbeginsel, zoals informatie over (aantallen) collega's van [naam werkgever] of [naam geplaatste werkgever] in gelijke omstandigheden waarbij wel een afkoop overeengekomen is. Het beroep op het evenredigheidsbeginsel slaagt niet, nu de werkgever een discretionaire bevoegdheid heeft om het verzoek af te wijzen, een financieel belang heeft bij de afwijzing en de verzoeker geen zwaarwegender belang heeft bij de afkoop door haar inkomen uit de nieuwe baan en aanspraken op herstel van de voorziening bij werkloosheid.

9. Advies

Op grond van het bovenstaande luidt het advies van de commissie als volgt.

De commissie adviseert dat de weigering tot afkoop van de bovenwettelijke aanvulling op de WW in de onderhavige casus past binnen de discretionaire bevoegdheden die artikel 10.7.2. van de cao Provincies biedt en stelt vast dat de handelswijze daarmee niet in strijd is.

Aldus vastgesteld op 1 februari 2021.

mevrouw mr. B.L. van Wijhe
voorzitter