

De scholingsplicht van de werkgever

TRA 2015/24

Door de invoering van de WWZ geldt per 1 juli 2015 dat een werkgever werknemers in staat moet stellen scholing te volgen. In aansluiting hierop kan een werkgever de arbeidsovereenkomst in beginsel alleen beëindigen als hiervoor een redelijke grond bestaat en herplaatsing van de werknemer in een andere functie binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Tevens kan een werknemer niet wegens disfunctioneren ontslagen worden als de ongeschiktheid het gevolg is van onvoldoende zorg voor scholing. De nieuwe scholingsbepaling en de relatie met het ontslagrecht in de WWZ.

Door de invoering van de WWZ geldt per 1 juli 2015 dat een werkgever werknemers in staat moet stellen scholing te volgen (art. 7:611a BW). Het nieuwe wetsartikel, dat door amendering in de WWZ terecht is gekomen,² sluit aan bij de bepaling dat de werkgever de arbeidsovereenkomst in beginsel alleen kan beëindigen als hiervoor een redelijke grond bestaat en herplaatsing van de werknemer in een andere functie binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, niet mogelijk is of niet in de rede ligt (art. 7:669 lid 1 BW). Ook sluit het artikel aan bij de bepaling dat een werkgever een werknemer niet wegens disfunctioneren kan ontslaan als de ongeschiktheid het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer (art. 7:669 lid 3 onder d BW). In deze bijdrage staat de vraag centraal wat de betekenis is van de relatie die is gelegd tussen de nieuwe scholingsbepaling en het ontslagrecht in de WWZ.

Reikwijdte art. 7:611a BW

Minister Asscher toonde zich positief over het amendement:

“Ik onderschrijf het enorme belang van scholing van werknemers. Zeker in deze tijd, als je ziet hoe snel de economie verandert, is het ongelooflijk belangrijk dat er permanent aandacht wordt besteed aan de ontwikkeling en de scholing van werknemers. In mijn ogen hoort dat ook al bij het goed werkgeverschap zoals we dat kennen.” Volgens de minister leverde het amendement een “extra waarborg dat de werkgever investeert in de duurzame inzetbaarheid van werknemers.”³

Anders dan deze reactie doet vermoeden is de reikwijdte van de nieuwe bepaling beperkt. De werkgever is slechts

verplicht de werknemer in staat te stellen scholing te volgen die “noodzakelijk is voor de uitoefening van zijn functie en, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden verlangd, voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst indien de functie van de werknemer komt te vervallen of de werknemer niet langer in staat is deze te vervullen”. Scholing ten behoeve van een bredere inzetbaarheid op de arbeidsmarkt valt er dus niet onder. En hoewel de minister sprak van investeringen door de werkgever, blijkt uit de bepaling niet zonneklaar dat de werkgever ook steeds alle met scholing samenhangende kosten dient te betalen. Bovendien is niet nader verduidelijkt welke inspanning redelijkerwijs van een werkgever kan worden verlangd om de werknemer om te scholen naar een andere functie in het bedrijf. Aannemelijk is dat deze inspanning in beginsel beperkt kan blijven tot het aanbieden van een kortdurende opleiding.⁴

Transitievergoeding en scholingskosten

Bij ontslag is de werkgever in beginsel een transitievergoeding verschuldigd mits de arbeidsovereenkomst minimaal 24 maanden heeft geduurd. Dat geldt ook indien de werkgever een (of meer) arbeidsovereenkomst(en) voor bepaalde tijd niet wil voortzetten en deze arbeidsovereenkomst(en) ten minste 24 maanden duurde(n).

Blijkens het Ontwerpbesluit Transitievergoeding kunnen op grond van art. 673 lid 6 BW slechts bepaalde tijdens het dienstverband gemaakte scholingskosten met de transitievergoeding worden verrekenen.⁵ Verrekenbaar zijn:

- kosten van maatregelen in verband met het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst, gericht op het voorkomen of bekorten van werkloosheid (zogenoemde *transitiekosten*); en
- kosten ter bevordering van de bredere inzetbaarheid van de werknemer die tijdens de arbeidsovereenkomst zijn gemaakt (zogenoemde *inzetbaarheidskosten*).

In de toelichting stelt de minister dat uit art. 7:611a BW, art. 7:669 lid 1 BW en art. 7:669 lid 2 onder d BW “blijkt dat de werkgever moet investeren in de voor de uitoefening van de functie noodzakelijke scholing. Bovendien moet de werkgever – alvorens tot ontslag kan worden overgegaan – eerst bezien of de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, kan worden geplaatst op een andere passende functie.” Deze investeringen komen daarom niet voor verrekening met de transitievergoeding

1 Mr. D.J.B. de Wolff is advocaat te Utrecht. Zij publiceert regelmatig over uiteenlopende arbeidsrechtelijke onderwerpen.

2 Amendement van de leden Van Weyenberg (D66) en Hamer (PvdA), *Kamerstukken II* 2013/14, 29.

3 *Handelingen II* 2013/14, 54, item 9, p. 2.

4 Bij de vraag of ontslag gerechtvaardigd is zal bezien moeten worden of de werknemer herplaatsbaar is in het eigen bedrijf, “voor zover nodig d.m.v. (kortdurende) scholing”, zie bijv. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 56 (MvA).

5 Ontwerp Besluit houdende regels met betrekking tot kosten die in mindering gebracht mogen worden op de transitievergoeding (Besluit transitievergoeding), bijlage bij de brief van de Minister van SZW aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 3 juli 2014, kenmerk 2014-0000094384, p. 5 e.v.

in aanmerking. In de loop van het dienstverband gemaakte scholingskosten kunnen alleen op de transitievergoeding in mindering worden gebracht, als de scholing “enkel gericht is op versterking van de bredere inzetbaarheid van de werknemer op de arbeidsmarkt buiten de organisatie van de werkgever”, bijvoorbeeld een niet-werkgerelateerde (talen) cursus of een cursus persoonlijke ontwikkeling. Indien de scholing zowel in enige mate de inzetbaarheid binnen het bedrijf van de werkgever bevordert als de bredere inzetbaarheid op de arbeidsmarkt, zullen de kosten niet met de transitievergoeding mogen worden verrekend. Volgens de minister zijn aftrekbaar de kosten voor een management-cursus als de werknemer op het moment dat hij de cursus wil gaan volgen “geen zicht heeft” op een management-functie in het bedrijf van zijn werkgever. Maar als de werknemer nadien bij diezelfde werkgever alsnog zo'n functie krijgt, mogen de kosten voor die cursus niet worden afgetrokken van de transitievergoeding. Zij hebben dan achteraf gezien een directe relatie met de (toekomstige) functie van de werknemer bij de werkgever en bijgedragen aan de bredere inzetbaarheid van de werknemer binnen de organisatie van de werkgever.

Voorwaarden voor aftrek van kosten van de transitievergoeding

Voor aftrek van transitie- en inzetbaarheidskosten van de transitievergoeding is schriftelijke overeenstemming tussen werkgever en werknemer vereist. Als de werkgever met (verenigingen van) werknemers afspraken heeft gemaakt over (scholings)voorzieningen waar de werknemer gebruik van maakt is de uitdrukkelijke instemming van de werknemer echter niet vereist. De werknemer die een scholingsaanbod aanvaardt doet er dan ook goed aan om na te gaan of er een (al dan niet stilzwijgend verlengd) sociaal plan of een (al dan niet nawerkende) cao op de werkgever van toepassing is waarin is bepaald dat de kosten met de transitievergoeding mogen worden verrekend. Aftrek is overigens slechts mogelijk van kosten die “in een redelijke verhouding staan tot het doel waarvoor deze kosten zijn gemaakt” (art. 3c Ontwerpbesluit). Verder kunnen kosten alleen in mindering worden gebracht als ze zijn gemaakt in de vijf jaar voorafgaand aan de dag waarop de transitievergoeding is verschuldigd, tenzij schriftelijk anders is overeengekomen (art. 4 lid 2 Ontwerpbesluit).

Ontslag na langdurige arbeidsongeschiktheid

Tijdens de eerste 104 weken van arbeidsongeschiktheid van de werknemer zijn werkgever en werknemer verplicht de re-integratie te bevorderen in het eigen, eventueel aangepaste werk, ander werk bij de werkgever of bij een andere werkgever (re-integratie in het tweede spoor). Bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid heeft de werknemer in de regel recht op een transitievergoeding. Kan de werkgever dan ook de eventuele kosten van scholing met de transitievergoeding verrekenen? De wetsgeschiedenis

zwijgt hierover. Verdedigbaar is dat de scholingskosten die enkel gemaakt zijn in verband met re-integratie in het tweede spoor, dus louter omwille van een bredere inzetbaarheid op de arbeidsmarkt, op de transitievergoeding in mindering kunnen worden gebracht.

Het niet-naleven van de verplichting van art. 7:611a BW door de werkgever

Thans rijst regelmatig de vraag of het nalaten van investeringen in de (bredere) inzetbaarheid van werknemers een opzegging door de werkgever kennelijk onredelijk maakt. Het is sterk afhankelijk van de feiten en omstandigheden of die vraag positief wordt beantwoord. In de rechtspraak zijn zaken te vinden waarin een opzegging kennelijk onredelijk werd bevonden omdat de werknemer (zeer) eenzijdige werkervaring had en (zeer) slecht toegerust was voor de arbeidsmarkt.⁶ Van een duidelijke lijn in de rechtspraak is overigens geen sprake.⁷

Nu wettelijk wordt verankerd dat de werkgever de werknemer in staat moet stellen scholing te volgen met het oog op de continuïteit van de arbeidsrelatie, is de vraag wat de gevolgen kunnen zijn van overtreding van deze verplichting. Mogelijk worden ontslaaanvragen van werknemers met een relatief slechte arbeidsmarktpositie onder de WWZ wat strenger beoordeeld, met name op de vraag of de werkgever de interne herplaatsingsmogelijkheden voldoende heeft onderzocht en bevordert. Dit zou aansluiten bij hetgeen de Hoge Raad oordeelde over ontslag wegens bedrijfseconomische redenen van werknemers die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar zijn. Van een werkgever mag dan in beginsel een extra inspanning worden verwacht om de werknemer “binnen het hem vertrouwde concern te herplaatsen.”⁸ Of schending van de verplichting van art. 7:611a BW ook kan leiden tot veroordeling tot betaling van een billijke vergoeding wegens ernstige verwijtbaarheid (art. 7:671b lid 8 onder a en c BW of art. 7:671c lid 2 onder b BW) is niet met zekerheid te zeggen. Denkbaar is dat dit verzuim zo hardnekkig, onbegrijpelijk, willekeurig dan wel discriminatoir is dat de billijke vergoeding in beeld komt. De mogelijkheid om een beroep te doen op externe (O&O-) fondsen, het voor scholing (al dan niet met de OR) vastgestelde beleid, of de werknemer op scholing heeft aangedrongen, alsmede eventuele beperkingen van de werknemer en diens

6 Zie bijv. Ktr. Haarlem 3 februari 2010, JAR 2010/77; Ktr. Eindhoven 23 juni 2011, LjN:BQ9394 JAR 2011/196, Ktr. Utrecht 24 februari 2010, LjN:BL4231.

7 In Hof Arnhem 2 oktober 2012, LjN:BX8873, JAR 2012/288 overwoog Hof Arnhem bijv. dat de werkgever niet kon worden verweten dat tijdens het dienstverband geen budget voor scholing beschikbaar was gesteld. Voor een kleine werkgever is het investeren in educatie van werknemers volgens het hof (relatief) kostbaar. Bovendien werd het gebrek gecompenseerd door de kennis en ervaring die de werknemster gedurende haar dienstverband bij de werkgever had opgedaan. In Ktr. Utrecht 5 november 2014, AR 2014-0932 kaatst de kantonrechter het verwijt van onvoldoende scholing terug naar de werknemer; deze had zelf niet om scholing gevraagd. In vergelijkbare zin de conclusie A-G bij HR 12 februari 2010, LjN:BK4472, JAR 2010/72 (Rutten/Breed).

8 HR 21 mei 2010, LjN:BL6075, JAR 2010/163 (Hoedjes/WVTI).

positie op de arbeidsmarkt zullen in die afweging een rol kunnen spelen.

Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd

Door de link tussen art. 7:611a BW en de opzegging van een arbeidsovereenkomst kan de indruk ontstaan dat de bepaling slechts geldt jegens vaste werknemers. Op een vraag hierover wees de minister op art. 7:649 BW, dat onderscheid in de arbeidsvoorwaarden verbiedt wegens het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst, behoudens een objectieve rechtvaardiging.⁹ Of art. 7:669 lid 1 BW, dat verplicht tot een onderzoek naar de interne herplaatsingsmogelijkheden bij opzegging, een objectieve rechtvaardiging inhoudt voor onderscheid in scholingsbeleid is echter tijdens de parlementaire behandeling niet gesteld. Aannemelijk is bovendien dat werkgevers hoe dan ook minder investeren in scholing van werknemers die voor bepaalde tijd in dienst zijn, al spreken onderzoeken elkaar tegen.¹⁰

Scholingskosten(beding)

Opmerkelijk is dat uit de wetsgeschiedenis niet valt af te leiden of met de woorden "in staat stellen" in art. 7:611a BW is beoogd de werkgever alle kosten te laten dragen van de scholing en de werknemer ook in staat te stellen de scholing volledig in werktijd te volgen. Wel is toegelicht dat het om *investeringen* van de werkgever gaat en dat de werkgever "gehouden" is de kosten te betalen van functiegerichte scholing en scholing gericht op een andere functie in het bedrijf als de oorspronkelijke niet meer kan worden vervuld.¹¹ Ook na 1 juli 2015 zullen niettemin studiekostenbedingen kunnen worden gesloten, inhoudende dat de werknemer, als hij vrijwillig opzegt, (een deel van) de studiekosten of het loon over opleidingsuren terugbetaalt, ongeacht het doel van des scholing.¹²

Met betrekking tot de kosten van scholing die louter gericht was op de bredere inzetbaarheid op de arbeidsmarkt geldt dat deze na vijf jaar niet meer met de transitievergoeding kunnen worden verrekend (art. 4 lid 2 Ontwerpbesluit). Dat betekent niet per se dat over die kosten geen studiekostenbeding kan worden gesloten,¹³ of dat een studiekostenbeding geen langere afschrijvingsduur dan vijf jaar zal mogen bepalen.¹⁴ Wel moet, dunkt mij, worden voorkomen dat de werknemer scholingskosten twee keer 'betaalt': een keer door verrekening met de transitievergoeding en een keer op grond van het studiekostenbeding. Anders dan scholingskosten in engere zin kunnen loonkosten over opleidingsuren niet in mindering worden gebracht op de transitievergoeding (art. 3b Ontwerpbesluit). Dat betekent niet dat deze kosten altijd op de werkgever drukken. Zo kan van de werknemer, aldus de toelichting op het Ontwerpbesluit, worden gevraagd een bijdrage te leveren door het opnemen van (al dan niet betaald) verlof. Op grond van art. 3b Ontwerpbesluit lijkt mij verdedigbaar dat een werknemer die recht heeft op een transitievergoeding niet kan worden gehouden aan een beding dat hem verplicht tot het vergoeden van het loon over opleidingsuren. Per saldo zou hij dan immers de transitievergoeding niet (volledig) ontvangen en wordt daarmee ook niet aan de norm van art. 7:611a BW voldaan.

Slotbeschouwing

Dat de werkgever binnenkort wettelijk verplicht is de werknemer in staat te stellen scholing te volgen onderstrept het belang van het *up to date* houden van functiegerichte kennis en van het belang dat in het ontslagrecht wordt gehecht aan het onderzoek naar alternatieven voor opzegging. Met het oog op het belang van continuïteit van arbeidsrelaties valt de nieuwe bepaling positief te waarderen. Punt van zorg vormen de flexibele werknemers. Voor hen is continuïteit van werk evenzeer of nog meer van belang. Of het verbod van onderscheid in de arbeidsvoorwaarden deze groep voldoende toegang tot functie- en bedrijfsgerichte scholing biedt staat te bezien, nu de nieuwe werkgeversverplichting zo nauw gelinkt is aan de opzeggingsbepalingen en niet aan het einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst.

9 Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 29 (MvA).

10 Zie Arjan Heyma en Siemen van der Werff (SEO Economisch onderzoek), *De sociaaleconomische situatie van langdurig flexibele werknemers*, 2013, p. 45 e.v. Zij stellen dat de mate waarin tijdelijke en flexibele werknemers scholing volgen wordt onderschat. Anders D. Fouarge, A. de Grip, W. Smits & R. de Vries, *Flexible Contracts and Human Capital Investments*, (<http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=23862>) en de daar op p. 5 e.v. vermelde literatuur. De regering stelde dat "een serieuze inspanning op het terrein van onderwijs en scholing cruciaal is voor de kansen op fatsoenlijk werk voor iedereen. Dit is overigens ook één van de redenen waarom de regering de doorstroom van flexibel naar vast werk wil stimuleren; volgens de meeste onderzoeken investeren werkgevers namelijk meer in de scholing van vaste werknemers dan in de scholing van vergelijkbare flexibele werknemers (Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 25).

11 Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 100. Uit cao-onderzoek blijkt dat afspraken over functiegerichte scholing gemeengoed zijn. Onbekend is echter wie de kosten van scholing voor hun rekening moeten nemen. Wel is in 66 van 100 onderzochte cao's (voor 71% van de werknemers) vastgelegd dat werknemers verlof kunnen krijgen voor scholing die gericht is op het vervullen van de huidige functie. In 58 cao's is dat betaald verlof. Ministerie van SWZ, *Cao-afspraken 2012*, oktober 2013, p. 35-38 e.v. Zie M.B. Kerkhof en S.F. Sagel, 'Scholing en collectieve arbeidsovereenkomst', in: G.J.J. Heerma van Voss (red.), *Scholing in het sociaal recht*, Deventer 2008, p. 159 voor een kritische beschouwing over scholingsafspraken in (oudere) cao's.

12 Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 100.

13 In 23 cao's (voor 10% van de werknemers) staan afspraken over verlof voor algemene scholing. Het gaat hierbij om scholing die niet direct op het vervullen van de huidige of een toekomstige functie is gericht, maar die wel bruikbaar kan zijn voor de loopbaan van de werknemer. De kosten van deze scholingsvorm worden in negen cao's gedragen door werkgever en werknemer gezamenlijk. In zeven cao's is bepaald dat de kosten voor rekening komen van de werknemer. In vijf cao's zijn de kosten alleen voor de werkgever en in twee cao's is hierover niets bepaald, zie Ministerie van SWZ, *Cao-afspraken 2012*, oktober 2013, p. 35-38 e.v.

14 Vgl. A. Keizer, 'Scholing, arbeid en overeenkomst', in: G.J.J. Heerma van Voss (red.), *Scholing in het sociaal recht*, Deventer 2008, p. 93-94. Die stelde dat het haar onjuist voorkwam "dat een cursus die niets van doen heeft met de bedongen werkzaamheden (bijv. een cursus origami voor een accountant) op een andere wijze dient te worden behandeld dan een werkgever die zijn werknemer een (consumptief) krediet verschafft."

Een werkgever kan de kosten van functie- of bedrijfsgerichte scholing niet aftrekken van een transitievergoeding. Dat geldt wel, onder voorwaarden, voor de kosten van scholing gericht op de bredere inzetbaarheid op de arbeidsmarkt. Het onderscheid tussen deze twee kostensoorten zal nog wel eens lastig te bepalen zijn. Dat de werkgever met (verenigingen van) werknemers kan afspreken dat inzetbaarheidskosten met de transitievergoeding van een individuele werknemer kunnen worden verrekend is trouwens een nouveauté. We kennen natuurlijk al sinds jaar en dag de mogelijkheid dat vakbonden of de ondernemingsraad afwijkingen van dwingend recht overeenkomen. Hier gaat het om semidwingend recht, waarvan cao-partijen, de OR, maar ook een andere collectiviteit van werknemers ten nadele van een individuele werknemer kan afwijken.

Ondanks de nieuwe bepaling kan van de werknemer voor het volgen van opleidingen bovendien nog steeds een bijdrage worden gevraagd in de vorm van inzet van vakantiedagen of zelfs een bijdrage in de kosten, al dan niet na vrijwillige beëindiging van het dienstverband door de werknemer. Over de manier waarop het studiekostenbeding interfereert met de transitievergoeding is tijdens de parlementaire behandeling van de WWZ niet gesproken.

De mate waarin een werkgever de nieuwe verplichting is nagekomen zal onderdeel uitmaken van de afweging of opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst mag plaatsvinden. In gevallen waarin de werkgever op slecht te verklaren wijze in ernstig verzuim is geweest kan oplegging van de billijke vergoeding aan de orde zijn.