

# 96. Nooit meer slapen?

MR. J. DOP

**Slapende dienstverbanden staan volop in de belangstelling. Met de invoering van de Regeling Compensatie Transitievergoeding, art. 7:673e BW en de Xella-beschikking van de Hoge Raad zijn nieuwe hoofdlijnen uitgezet. Is hiermee de anomalie 'ontslagplicht' geïntroduceerd in het arbeidsrecht? Welke gevolgen hebben de Kolom-beschikking en recent de Hoge Raadbeschikking inzake de gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor de transitievergoeding bij 'halfslapende' dienstverbanden? En wat betekenen de nieuwe berekeningswijze van de transitievergoeding per 1 januari 2020 en het verschil tussen transitievergoeding en schadevergoeding voor de opties die werkgevers en werknemers hebben?**

In dit artikel bespreek ik na een kort historisch overzicht de gevolgen van het verschil tussen transitievergoeding en schadevergoeding en behandel ik enkele aandachtspunten rondom transitievergoeding en gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Vervolgens ga ik in op de gevolgen die de keuze voor transitievergoeding dan wel schadevergoeding heeft voor werknemers respectievelijk werkgevers. Ik sluit af met de vraag welke incentives overblijven voor werkgevers om slapende dienstverbanden zo snel mogelijk te beëindigen en of er nieuwe maatregelen nodig zijn.

## Van geen transitievergoeding naar schadevergoeding

In het arbeidsrecht van voor de WWZ kon de werkgever een werknemer die twee jaar of langer ziek of arbeidsongeschikt was in principe ontslaan met vergunning van het UWV zonder dat daarbij een vergoeding verschuldigd was aan de werknemer. Een uitzondering gold wanneer de ziekte/arbeitsongeschiktheid aan de werkgever te wijten was, bijvoorbeeld door slechte arbeidsomstandigheden.<sup>1</sup> In het arrest *Boulidam* werd in 1999 vastgelegd dat een dergelijk ontslag ook in andere uitzonderlijke gevallen kennelijk onredelijk kon zijn en dat de werkgever dan toch een vergoeding verschuldigd was.<sup>2</sup> In het arrest *Chromalloy* werd dit uitgewerkt aan de hand van een gezichtspuntencatalogus.<sup>3</sup> Ook in het pre-WWZ-tijdperk kwamen daarom

slapende dienstverbanden met langdurig zieke werknemers voor. Werknemers die een ontbindings- of billijkheidsvergoeding trachtten te verkrijgen, vingen doorgaans bot of kregen slechts een geringe vergoeding.<sup>4</sup>

Met de invoering van de WWZ per 1 juli 2015 heeft iedere werknemer wiens dienstverband op initiatief van de werkgever wordt beëindigd en die twee jaar in dienst is, recht gekregen op een transitievergoeding. Sinds de invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans per 1 januari 2020 bestaat dit recht al vanaf de eerste dag van het dienstverband. Ook de werknemer die wordt ontslagen na twee jaar ziekte of arbeidsongeschiktheid heeft recht op de transitievergoeding. Betaling hiervan kan vermeden worden door de arbeidsovereenkomst niet te beëindigen, oftewel te laten slapen.

Werknemers konden weinig doen tegen een slapend dienstverband, aangezien rechters hierin geen ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever zagen, de enige grond waarop bij een werknemersverzoek een transitievergoeding kan worden toegekend.<sup>5</sup> De Rotterdamse Kantonrechter wees op de mogelijkheid dat de werknemer bij het in stand houden van een dienstverband om de transitievergoeding te vermijden een vordering kon indienen op grond van slecht werkgeverschap<sup>6</sup>, een voorstel dat door M.L.G. Otto verder werd uitgewerkt<sup>7</sup>. Ook deze optie haalde het echter toen nog niet. Enkele dagen voor het verschijnen van Otto's artikel had het Hof Den Haag deze route afgewezen: 'onfat-

1 Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters versie 2009, p. 12.

2 HR 25 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2935, NJ 1999/601.

3 HR 15 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2206.

4 Zie onder meer Ktr. Utrecht 12 januari 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:BG0262 en Ktr. Rotterdam 29 mei 1998, «JAR» 1998/173.

5 Zie het overzicht in de conclusie van A-G R.H. de Bock 18 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:899, noot 128. Ook in «JAR» 2019/312 m.nt. Otto.

6 Ktr. Rotterdam 6 november 2015, <https://www.ploum.nl/wp-content/uploads/Uitspraak-kantonrechter-06-11-2015-arbeitsongeschiktheid-en-ontslagvergoeding.pdf>.

7 M.L.G. Otto, 'Slapend dienstverband of slapende werknemers: goed werkgeverschap als doorbraak van de impasse', TRA 2016/93.

soenlijk' werkgeverschap was niet gelijk aan 'wanprestatie op grond van art. 7:611 BW'.<sup>8</sup>

Omdat de politiek dit een onwenselijke situatie vond, werd de Wet compensatieregeling transitievergoeding van 11 juli 2018 geïntroduceerd.<sup>9</sup> Deze regelt dat de werkgever de transitievergoeding na twee jaar ziekte gecompenseerd kan krijgen en is met art. 7:673e BW per 1 april 2020 in werking getreden met terugwerkende kracht tot en met 1 juli 2015. De invoering van de compensatieregeling loste echter niet het probleem op dat de werknemer door zelf om beëindiging te verzoeken het recht op de transitievergoeding verspeelde. De eerste die bij een werknemersverzoek een transitievergoeding toekende was het Scheidsrecht Gezondheidszorg in een uitspraak van 27 december 2018.<sup>10</sup> Gezien het bestaan van de compensatieregeling was de werkgever volgens het Scheidsrecht verplicht om als goed werkgever de arbeidsovereenkomst te beëindigen en de transitievergoeding te betalen. In de literatuur was deze 'ontslagplicht' via de band van het goed werkgeverschap zeer omstreden<sup>11</sup> en ook de rechtspraak gaf geen duidelijk beeld. De redenering van het scheidsrecht werd gevolgd door voorzieningenrecht in Den Haag en Arnhem. De meerderheid volgde echter niet. Zo wezen recht in Almelo, 's-Hertogenbosch (tweemaal), Maastricht en Rotterdam het beroep op art. 7:611 BW af.<sup>12</sup>

De onduidelijkheid hierover was voor de Kantonrechter Roermond aanleiding om op 10 april 2019 – mede gesouffleerd door prof. mr. S.F. Sagel – een aantal prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.<sup>13</sup> Deze heeft die vragen beantwoord in zijn prejudiciële beslissing van 8 november 2019.<sup>14</sup> Hierin oordeelde de Hoge Raad dat het in strijd is met de verplichting te handelen als goed werkgever uit art. 7:611 BW wanneer de werkgever ondanks de publicatie van de compensatieregeling van 11 juli 2018 niet instemt met een verzoek van de zieke werknemer om de arbeidsovereenkomst te beëindigen onder toekenning van een vergoeding ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding. De werknemer heeft in dit geval recht op een schadevergoeding die tenminste gelijk is aan de transitievergoeding op de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid de arbeidsovereenkomst zou kunnen beëindigen, maar die ook niet hoger hoeft te zijn dan deze vergoeding. Hiermee kan de werknemer in rechte afdwingen dat hij bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op

eigen verzoek toch een bedrag gelijk aan de transitievergoeding krijgt.

Door de verplichting van de werkgever direct als zelfstandige norm te verbinden met het goed werkgeverschap en niet indirect via de door Sagel voorgestelde omgekeerde *Stoof/Mammoet*, heeft de Hoge Raad de systematiek van de transitievergoeding en het goed werkgeverschap zo min mogelijk aangetast. Hierdoor is er ook geen noodzaak meer om een gezichtspuntencatalogus samen te stellen op grond waarvan de langdurig zieke werknemer soms wel en soms geen recht op de transitievergoeding zou hebben.<sup>15</sup> Daarnaast is de schadevergoeding even forfaitair als de transitievergoeding zelf: de transitievergoeding op de dag van beëindiging na twee jaar ziekte.

### Recht op schadevergoeding

De werknemer moet op grond van de Hoge Raadbeslissing aan drie voorwaarden voldoen, wil sprake zijn van een recht op schadevergoeding op grond van art. 7:611 BW:

1. Het einde van de twee jaar wachttijd bij ziekte of langdurige arbeidsongeschiktheid valt op of na 1 juli 2015. Als er geen recht is op transitievergoeding is er immers ook geen recht op schadevergoeding.<sup>16</sup>
2. De werknemer moet hebben gevraagd om beëindiging van het dienstverband en de transitievergoeding na twee jaar ziekte (piepplicht).
3. De werkgever moet het verzoek van de werknemer hebben geweigerd na publicatie van de compensatieregeling op 11 juli 2018. Dat kan ook zijn gebeurd door in het geheel niet te reageren.

Deze voorwaarden gelden zowel voor werknemers van wie het dienstverband nog slaapt, als voor degenen van wie het dienstverband reeds is geëindigd, maar die nog voor afloop 'gepiept' hebben bij hun werkgever.

Ten aanzien van de eerste voorwaarde geldt dat wanneer na einde wachttijd er nog herstel te verwachten is, geen sprake is van een dienstverband dat beëindigd had kunnen worden. Dit brengt in die situatie mee dat wanneer het einde van de wachttijd voor 1 juli 2015 lag, maar (nog) niet beëindigd kon worden, omdat er nog herstelmogelijkheden voorzien waren, recht bestaat op schadevergoeding wanneer alsnog volledige uitval plaatsvindt na 1 juli 2015.<sup>17</sup> Daarnaast kan een loonsanctie van het UWV in de periode na 1 juli 2014 tot gevolg hebben dat het einde van de wachttijd na 1 juli 2015 komt te liggen, wat naast de sanctie op zichzelf ook het gevolg heeft dat bij beëindiging een transitievergoeding moet worden betaald. Voor de werkgever kan dit extra zuur worden omdat door de fixatie op de dag na afloop van de twee jaar wachttijd deze mogelijk geen beroep kan doen op de compensatieregeling.

8 Hof Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036.

9 'Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid', *Stb.* 2018, 234.

10 Scheidsrecht Gezondheidszorg 27 december 2018, «JAR» 2019/21 m.nt. Koole; O. van der Kind, 'Het verplichte ontslag', *AR-Updates* 2019-0065.

11 Naast Koole en Van der Kind achtte ook Besselink dat hiermee het begrip goed werkgeverschap '(te) ver opgerekt' werd. P.J.B.M. Besselink, 'Slapende dienstverbanden wakker geschud door de compensatieregeling?', *TAP* 2019/3, p. 23.

12 Zie het overzicht in de conclusie van A-G R.H. de Bock 18 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:899, 16.5-16.18.

13 Ktr. Roermond 10 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3331, «JAR» 2019/100.

14 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734, «JAR» 2019/312 m.nt. Otto.

15 Een voorstel voor een nieuwe gezichtspuntencatalogus was gedaan door E. Wits in haar commentaar bij de prejudiciële vragen. E. Wits, 'Gaat de Hoge Raad recycelen?', *AR-Updates* 2019-0390.

16 Zie Ktr. Amsterdam 19 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:997, «JAR» 2020/74 en Vzr. Ktr. Utrecht 19 februari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:563.

17 Hof Den Haag 4 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:146 en Ktr. Zwolle 24 maart 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1282.

Dat ook dienstverbanden die voor 1 juli 2015 slapend waren, beëindigd moeten worden met toekenning van transitievergoeding of schadevergoeding, zoals de Kantonrechter Zwolle oordeelt, lijkt mij onjuist. Een werkgever die een oud – voor 1 juli 2015 – slapend dienstverband niet beëindigt, lijkt niet in strijd met het goed werkgeverschap te handelen, juist omdat die werkgever op het moment dat hij het dienstverband kon beëindigen geen transitievergoeding verschuldigd was. In dat geval wordt ook niet voldaan aan de criteria uit het *Xella*-arrest van de Hoge Raad. Beëindigt de werkgever het dienstverband na 1 juli 2015 uit vrije wil, dan is zonder meer de transitievergoeding verschuldigd. Dat is echter anders bij een verzoek om beëindiging met schadevergoeding zoals in deze uitspraak.<sup>18</sup>

De werknemer kan ook recht hebben op de schadevergoeding wanneer het dienstverband reeds beëindigd is vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, hoewel dan volgens art. 7:673 lid 7 sub b BW geen recht bestaat op de transitievergoeding. De schadevergoeding is namelijk niet gekoppeld aan het beëindigen van het dienstverband, maar aan de weigering van de werkgever in te gaan op het beëindigingsvoorstel van de werknemer. Voorwaarde is wel dat de werknemer het verzoek om beëindiging met toekenning van de transitievergoeding moet hebben gedaan tijdens het dienstverband en na de publicatie van de compensatiewet.<sup>19</sup> De schadevergoeding moet tenminste gelijk zijn aan de transitievergoeding bij ontslag meteen na het voltooiën van de wachttijd van twee jaar, zoals bedoeld in art. 7:670 lid 1 onderdeel a en lid 11 BW. Deze vergoeding kan door de werkgever gemaximeerd worden op het bedrag waarop de werknemer op dat moment recht zou hebben gehad, eventueel met aftrek van kosten zoals bepaald in art. 7:673 lid 6 BW.<sup>20</sup> Dit is het bedrag dat de werkgever maximaal gecompenseerd kan krijgen. De werkgever hoeft dus – ook bij beëindiging met wederzijds goedvinden – niet de transitievergoeding te betalen over de periode dat deze het dienstverband slapend heeft gehouden. De ‘slaapboete’ die ontstaat door het laten doorlopen van het dienstverband komt in dit geval dus te vervallen.

Het recht van de langdurig zieke werknemer op schadevergoeding bestaat ook als de werkgever niet voor volledige compensatie van de transitievergoeding in aanmerking komt. De Hoge Raad verwijst hierbij als voorbeeld naar de regeling waarbij het UWV niet meer hoeft te compenseren dan het tijdens de twee jaar doorbetaalde loon, indien dit loon lager is dan de transitievergoeding. Deze regeling is echter tot nader order uitgesteld, aangezien de werkgever ook minder loon hoeft te betalen wanneer de werknemer een arbeidsongeschiktheidsuitkering ontvangt of de werkgever een loonkostensubsidie. In dat geval zou wat met de

ene hand wordt gegeven (uitkering of subsidie) weer met de andere hand worden teruggenomen (lagere compensatie wanneer de werknemer opnieuw ziek wordt).<sup>21</sup>

## Het recht van de langdurig zieke werknemer op schadevergoeding bestaat ook als de werkgever niet voor volledige compensatie van de transitievergoeding in aanmerking komt

Indien de werkgever niet ingaat op het redelijke voorstel van de werknemer, heeft de werknemer recht op schadevergoeding. Dit kan ook het geval zijn wanneer de werkgever voor de werknemer nadelige voorwaarden verbindt aan de beëindiging, zoals finale kwijting, waardoor de werknemer andere vorderingen dient op te geven, of een geheimhoudingsbeding met boete.<sup>22</sup> De schadevergoeding kan bij de rechter worden afgedwongen.<sup>23</sup> Op de schadevergoeding zijn de gebruikelijke verjaringsregels uit art. 3:310 lid 1 BW van toepassing. Dit betekent dat de vordering niet zoals de transitievergoeding al na drie maanden vervalt (art. 7:686a lid 4 sub b BW), maar pas verjaart na vijf jaar na het bekend worden met het recht op schadevergoeding of twintig jaar na het ontstaan van de vordering. Bij deeltijdontslag geldt wel de termijn van drie maanden, aangezien daar de arbeidsovereenkomst (gedeeltelijk) beëindigd wordt. De wettelijke rente begint te lopen vanaf het tijdstip waarop de werkgever weigert te voldoen aan het verzoek van de werknemer of niet binnen een redelijke termijn reageert.<sup>24</sup>

## Uitzondering op beëindigingsplicht

De werkgever mag het slapend dienstverband bij een verzoek van de werknemer tot beëindiging met toekenning van de transitievergoeding alleen in stand houden als de werkgever een gerechtvaardigd belang daarbij heeft. Hieronder valt uitdrukkelijk niet dat de werknemer bijna pensioengerechtigd is, in welk geval er op korte termijn geen recht op transitievergoeding meer zou zijn. Financiële onmogelijkheid om de transitievergoeding te betalen geldt evenmin als reden voor het slapend houden van het dienstverband. De werkgever mag namelijk de vergoeding in termijnen betalen, terwijl door de inwerkingtreding van de compensatiewet per 1 april 2020 het probleem van de voorfinanciering beperkt is. Bij nieuwe zaken waarin de twee jaar wachttijd op of na 1 april 2020 verstreken is, bedraagt de beslistermijn acht weken, voor de oudere zaken geldt een termijn van zes maanden.<sup>25</sup>

18 Ktr. Zwolle 24 maart 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1282.

19 Hof Den Bosch 9 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:31, «JAR» 2020/32 m.nt. Dop.

20 De geplande verruiming per 1 januari 2020 van de mogelijkheid om scholingskosten in mindering te brengen op de transitievergoeding is nog niet voorgelegd aan de Tweede Kamer.

21 Kamerstukken II 2019/20, 34699 nr. 8, p. 2 (Kamerbrief).

22 Ktr. Rotterdam 24 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10266, «JAR» 2020/42 m.nt. Otto en Ktr. Arnhem 12 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1717.

23 Ook bij wege van voorlopige voorziening, Vzr. Ktr. Alkmaar 23 december 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:10491, «JAR» 2020/41, m.nt. Otto.

24 Hof Den Haag 4 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:146.

25 Regeling compensatie transitievergoeding, *Strct.* 2019, 10547.

De enige uitzondering die de Hoge Raad noemt zijn reële re-integratiemogelijkheden van de werknemer. Wanneer is hiervan sprake? Dit zal vooral het geval zijn bij nog gedeeltelijk arbeidsgeschikte werknemers. Wits stelt dat het moet gaan om *'wat reëel is vanuit het perspectief en de belangen van de werknemer'* en formuleert van daaruit drie voorwaarden waaraan de re-integratiemogelijkheid zou moeten voldoen:

1. Het aanbod moet concreet zijn, dat wil zeggen de functie moet duidelijk zijn beschreven en gewaardeerd en werkelijk bestaan.
2. De functie moet binnen de belastbaarheid van de werknemer blijven.
3. De loonwaarde moet minstens 65% van het oorspronkelijke loon zijn, tenzij de restverdiencapaciteit van de werknemer lager ligt. In dat geval dient de loonwaarde ten minste gelijk te zijn aan de restverdiencapaciteit.

Het is mogelijk dat de werknemer die minder dan 35% arbeidsongeschikt is, verplicht is om een aanbod van de werkgever te aanvaarden dat niet aan voorwaarde 3 voldoet. In het kader van de Werkloosheidswet is namelijk alle gangbare arbeid passend.<sup>26</sup>

## Deeltijdontslag

Sinds de *Kolom*-uitspraak dient ook bij een gedwongen structurele vermindering van de arbeidsduur van ten minste 20% een transitievergoeding naar rato te worden betaald. Een vrijwillige vermindering van het aantal uren valt hier niet onder, een wijziging wegens gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer wel.<sup>27</sup> In de toelichting op de Regeling compensatie transitievergoeding is opgenomen dat *'(o)ok als een vergoeding is betaald in verband met het gedeeltelijk beëindigen van de arbeidsovereenkomst kan compensatie worden verstrekt.'*<sup>28</sup> Bij een structurele vermindering van het salaris zonder vermindering van de arbeidsduur is geen transitievergoeding verschuldigd.<sup>29</sup>

Om de werknemer recht te geven op een transitievergoeding moet deze gedeeltelijke beëindiging wel op de juiste wijze plaatsvinden. Deeltijdontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid staat het UWV niet toe.<sup>30</sup> In een recente uitspraak heeft de Hoge Raad aangegeven wanneer een gedeeltelijke beëindiging wel recht kan geven op een transitievergoeding en wanneer dat niet het geval is.<sup>31</sup> Wel recht op een transitievergoeding kan er zijn bij:

1. een algeheel ontslag gevolgd door een nieuwe arbeidsovereenkomst;
2. een voorstel van de werknemer tot wijziging van de arbeidsovereenkomst waarmee de werkgever op grond van de *Stoof/Mammoet*-maatstaf gehouden is in te stemmen;
3. een verzoek van de werknemer waarmee de werkgever op grond van de Wet flexibel werken of goed werkgeverschap gehouden is in te stemmen;

Geen recht op transitievergoeding is er bij:

4. een schriftelijke overeenkomst van werkgever en werknemer om de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk te beëindigen;<sup>32</sup>
5. een gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van een tekortkoming in de nakoming ervan, zoals bedoeld in art. 7:686 BW in samenhang met art. 6:265 en 6:270 BW.

Binnen welke termijn dient de werknemer te verzoeken om uitbetaling van de transitievergoeding bij wat ik gemakshalve toch maar deeltijdontslag noem? Omdat de arbeidsovereenkomst (gedeeltelijk) beëindigd is, geldt de termijn van drie maanden uit art. 7:686a lid 4 sub b. Juist omdat een dergelijk deeltijdontslag doorgaans zonder duidelijke beëindigingshandeling plaatsvindt, bijvoorbeeld door het sluiten van een addendum op de arbeidsovereenkomst of een schriftelijke bevestiging van het gewijzigd aantal uren, moet de werknemer dus goed op deze termijn letten.<sup>33</sup>

**De werkgever is pas gehouden tot beëindiging van het dienstverband over te gaan, nadat de werknemer hierom heeft verzocht, de 'piepplicht'**

Frikkee doet in haar commentaar bij de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch een beroep op de Hoge Raad om vanwege de vaak onoverzichtelijke wijze waarop het deeltijdontslag plaatsvindt, het deel waarvoor het dienstverband is beëindigd te beschouwen als een omzetting naar een slapend dienstverband. Dan zou de verjaringstermijn voor schadevergoeding gelden in plaats van de driemaandentermijn. Die laatste heeft de rechter tot nu toe slechts zelden ter zijde gesteld en vooral als sprake is van bewuste misleiding door de werkgever.<sup>34</sup> Naar mijn mening kan dit probleem beter worden opgelost door de werkgever te verplichten om de werknemer te informeren over diens

26 E. Wits, 'Slapende dienstverbanden en de reële re-integratiemogelijkheid: een dubbele wake-up call?', *ArbeidsRecht* 2020/9.

27 HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, «JAR» 2018/257 m.nt. Dop (*Kolom*).

28 'Regeling compensatie transitievergoeding', *Stcrt.* 2019, 10547.

29 HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749. Dit is een prejudiciële beslissing in antwoord op vragen van het Hof Amsterdam 15 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3717, «JAR» 2019/288 m.nt. Koole. De uitspraak van de Hoge Raad sluit aan bij de conclusie van A-G R.H. de Bock van 28 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:202.

30 *Uitvoeringsregels ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid* (versie oktober 2019), hfdst. 6.

31 HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283, r.o. 3.3.3 en 3.3.4.

32 Gezien de verwijzing naar de Kolombeschikking voor het recht op transitievergoeding in r.o. 3.3.4 zal het hier gaan om een vrijwillige gedeeltelijke beëindiging. Volgens de Kolombeschikking is er recht op transitievergoeding *'ongeacht of (...) de vermindering van de arbeidsduur heeft plaatsgevonden in de vorm van (i) een gedeeltelijke beëindiging, (ii) een algeheel ontslag gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst dan wel (iii) aanpassing van de arbeidsovereenkomst.'* HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, r.o. 3.5.5.

33 Hof 's-Hertogenbosch 14 november 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4187, «JAR» 2019/309.

34 C.J. Frikkee, 'Kolom-vervaltermijn of slapend dienstverband?', *TRA* 2020/16.

recht op transitievergoeding. Ik kom hierop later in dit artikel terug.

Verhulp suggereert dat bij een algeheel ontslag gevolgd door een nieuwe arbeidsovereenkomst voor kortere tijd de volledige transitievergoeding verschuldigd zou kunnen zijn.<sup>35</sup> Ook Fluit is deze mening toegedaan. Hij waarschuwt ervoor dat dit misbruik van de compensatieregeling uitlokt.<sup>36</sup> Mocht de arbeidsovereenkomst namelijk later om een andere reden worden beëindigd dan is de compensatieregeling niet meer van toepassing, zodat het zowel voor de werkgever als de werknemer verleidelijk is om alvast te ‘cashen’.<sup>37</sup>

### Opties voor werkgevers en werknemers

Ook na de Hoge Raaduitspraak is de werkgever niet verplicht om uit eigen beweging een slapende arbeidsovereenkomst te beëindigen. Van de introductie van een ontslagplicht is daarmee dus nog steeds geen sprake. De werkgever is pas gehouden tot beëindiging van het dienstverband over te gaan, nadat de werknemer hierom heeft verzocht, de eerdergenoemde ‘piepplicht’. Een beëindiging uit eigen beweging is doorgaans niet in het belang van de werkgever. Bij beëindiging op initiatief van de werkgever via UWV of rechter en zonder overleg of instemming van de werknemer is namelijk de op het moment van de beëindiging geldende transitievergoeding verschuldigd en niet de op grond van de compensatieregeling gemaximeerde vergoeding uit de Hoge Raaduitspraak, dus inclusief de ‘slaapboete’.

In sommige gevallen kan zelf beëindigen toch in het voordeel van de werkgever zijn. Door de invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans en het vervallen van enkele tijdelijke bepalingen uit de Wet werk en zekerheid is per 1 januari 2020 de berekening van de transitievergoeding gewijzigd. De hogere transitievergoeding voor werknemers met meer dan tien jaar dienstverband en werknemers boven de vijftig is hierdoor vervallen.

### De Hoge Raaduitspraak geeft geen plicht aan de werkgever, noch een incentive, om het slapend dienstverband te beëindigen en ook de compensatiewet doet dit niet

De schadevergoeding is gefixeerd op de transitievergoeding op het moment dat de wachttijd van twee jaar is afgelopen. Ligt dat moment voor 1 januari 2020 dan geldt de oude berekeningswijze, ligt dat moment op of na 1 januari 2020 dan geldt de nieuwe berekeningswijze. Voor de berekening van de compensatie geldt echter een andere regeling.

Hier geldt de datum waarop de procedure tot beëindiging van het dienstverband in gang is gezet als norm. Is deze na 1 januari 2020 gestart dan geldt de nieuwe berekeningswijze. Voor beëindiging met wederzijds goedvinden geldt dat voor 1 januari 2020 overeenstemming had moeten zijn bereikt.<sup>38</sup> De werkgever die niet tijdig de beëindiging van het dienstverband in gang heeft gezet kan door deze regeling feitelijk alsnog geconfronteerd worden met een ‘langslaapboete’. Hij krijgt immers bij werknemers met meer dan tien jaar dienstverband en werknemers boven de vijftig niet alles gecompenseerd, als deze tijdig ‘gepiept’ hebben.

De werkgever van de werknemer met een al vóór 1 januari 2020 slapend dienstverband en die nog niet ‘gepiept’ heeft, kan volgens mij kiezen tussen een beëindiging via het UWV, op eigen initiatief, met een transitievergoeding op basis van de nieuwe berekening of afwachten tot de werknemer alsnog ‘piept’ waarna mogelijk de schadevergoeding moet betaald worden volgens de oude berekeningswijze. Dat kan bij een oudere werknemer met een lang dienstverband een aanzienlijk verschil opleveren. Het gat tussen de compensatie die de werkgever krijgt van het UWV op grond van de compensatieregeling en de te betalen transitievergoeding kan bij zelf beëindigen kleiner zijn dan bij het betalen van de gefixeerde schadevergoeding. Voor de werknemer die tussen 11 juli 2018 en 1 januari 2020 gepiept heeft geldt dat deze de omgekeerde afweging kan maken als de werkgever, dus een hogere schadevergoeding in plaats van een lagere transitievergoeding.

Lastiger te beantwoorden is de vraag wat er gebeurt als werkgever en werknemer verschillende voorstellen voor de vergoeding bij de beëindiging doen. Duidelijk is dat de werknemer het moet accepteren wanneer de werkgever niet meer aan transitievergoeding wil betalen dan deze na afloop van twee jaar wachttijd zou hebben moeten doen, dus zonder de ‘slaapboete’. Dat bedrag is immers tenminste gelijk aan het bedrag dat de werkgever maximaal gecompenseerd kan krijgen en daardoor is de weigering meer te betalen niet in strijd met het goed werkgeverschap. Een poging van de werknemer om via de rechter alsnog de hogere transitievergoeding in plaats van de schadevergoeding toegekend te krijgen lijkt dan ook kansloos.

Als het gaat om de kwestie van vergoeding volgens de oude of volgens de nieuwe berekening wordt het ingewikkelder. Als de werknemer voor 1 januari 2020 gepiept heeft dan kan deze schadevergoeding vorderen volgens de oude berekeningswijze. Piept de werknemer na 1 januari 2020 voor het eerst dan lijkt deze akkoord te moeten gaan met een voorstel van de werkgever om de lagere transitievergoeding inclusief ‘slaapboete’ te betalen. De werkgever weigert alsdan immers niet om te beëindigen en betaalt de transitievergoeding die op dat moment verschuldigd is. Van strijdigheid met goed werkgeverschap lijkt geen sprake en schadevergoeding is in dat geval niet aan de orde. Als de werkgever niet wenst te beëindigen met betaling van de transitievergoeding kan de werknemer alsnog bij de rechter de schadevergoeding volgens de oude berekening vorderen.

35 E. Verhulp, ‘Slapende dienstverbanden? Laten slapen of wakker kussen?’, *TRA* 2019/37.

36 P.S. Fluit, ‘Compensatieregeling bij arbeidsongeschiktheid’, *TRA* 2019/25.

37 C.S. Kehrer-Bot & P.A. Charbon, ‘Slapende arbeidsovereenkomsten en compensatie van de transitievergoeding’, *ArbeidsRecht* 2019/31.

38 *Kamerstukken II* 2019/20, 34699 nr. 8, p. 2 (Kamerbrief).



De door de Hoge Raad gebruikte formulering in de *Xella*-beslissing laat nog wel ruimte voor de vraag of de schadevergoeding berekend moet worden op de dag na het einde van de wachttijd of per de eerste dag dat kan worden opgezegd, dat wil zeggen na het einde van de wachttijd plus de toepasselijke opzegtermijn. Een beëindiging, ook via een vaststellingsovereenkomst, vergt normaal gesproken enige tijd en samen met de inachtneming van de opzegtermijn leiden tot een langere duur van het dienstverband en dus een (iets) hogere transitievergoeding.<sup>39</sup> Het lijkt aannemelijk dat de rechtspraak zal kiezen voor een interpretatie die gelijkloopt met de formulering van art. 7:673e lid 2 BW, oftewel een fixatie van de vergoeding gelijk aan de transitievergoeding per de dag na afloop wachttijd.<sup>40</sup> Het zou goed zijn als de minister of het UWV hierover duidelijkheid verschaft.

### Informatieplicht werkgever

Zoals geconstateerd geeft de Hoge Raaduitspraak geen plicht aan de werkgever, noch een incentive, om het slapend dienstverband te beëindigen en ook de compensatiewet doet dit niet. De reden dat er na de uitspraak toch een groot aantal slapende dienstverbanden is beëindigd was de ‘schaar’ die er per 1 januari 2020 ontstaan is tussen de schadevergoeding die verschuldigd is en het bedrag dat gecompenseerd wordt. Die reden is nu vervallen. Omdat de hoogte van de schadevergoeding al vaststaat, heeft de (onwelwillende?) werkgever de mogelijkheid om af te wachten of de werknemer al dan niet verzoekt om beëindiging en transitievergoeding. De wettelijke rente gaat namelijk pas lopen vanaf het moment dat het verzoek van de werknemer geweigerd wordt of de redelijke termijn om op een dergelijk verzoek te antwoorden is verstreken. Het initiatief ligt dus nu volledig bij de werknemer. Deze is echter vaak niet op de hoogte van het feit dat hij recht heeft op transitievergoeding, zeker niet als sprake is van een gedeeltelijk ontslag.<sup>41</sup>

### Er zullen bewust of onbewust slapende dienstverbanden blijven bestaan. Daar zou een ‘slaapboete’ of infoplicht voor de werkgever tegen kunnen helpen

Bij deeltijdontslag speelt dan nog het hiervoor genoemde grote risico dat de vervaltermijn van drie maanden toepassing heeft en de werknemer dus heel goed moet opletten

dat hij tijdig om betaling van een gedeeltelijke transitievergoeding vraagt.

Houweling pleit er daarom mijns inziens terecht voor om in deze situatie een informatieplicht voor de werkgever aan te nemen op grond van goed werkgeverschap, zoals dat bijvoorbeeld ook al bij het vervallen van vakantiedagen het geval is.<sup>42</sup> Dit zou ook de huidige onduidelijkheid in de rechtspraak oplossen over het beroep van werkgevers op de vervaltermijn voor het instellen van een vordering tot betaling van de transitievergoeding. Hoewel de meeste rechters dit beroep honoreren,<sup>43</sup> zijn er de laatste tijd ook enkele uitzonderingen hierop, juist in gevallen met een slapend dienstverband. Deze werden erop gegrond dat de werkgever de vervaltermijn niet in redelijkheid aan de werknemer kon tegenwerpen. Zo wist een werknemer wiens dienstverband in 2017 was gehalveerd pas na de *Kolom*-beschikking uit 2018 dat hij recht had op een transitievergoeding.<sup>44</sup> In een andere zaak diende een werkgever die systematisch speculeerde op het verstrijken van de vervaltermijn om onder de betaling van de transitievergoeding uit te komen, deze te voldoen op grond van strijd met goed werkgeverschap.<sup>45</sup> Daarmee ontstaat een vordering tot schadevergoeding en zijn de daarvoor geldende verjaringstermijnen van toepassing.

### Ernstige verwijtbaarheid

De Hoge Raad heeft in zijn beslissing geen duidelijkheid verschaft over de vraag of het niet beëindigen van het slapend dienstverband terwijl er een compensatieregeling bestaat, ernstig verwijtbaar is, aangezien deze kwestie niet aan de orde kwam in de prejudiciële vragen. Beëindiging op grond van ernstige verwijtbaarheid heeft voor de werknemer het voordeel dat de transitievergoeding wordt berekend aan de hand van het einde van het dienstverband en niet op basis van de dag na het aflopen van de twee jaar wachttijd. Bovendien kan er ook nog recht bestaan op een billijke vergoeding naast de transitievergoeding. Daar staat tegenover dat van ernstige verwijtbaarheid slechts in uitzonderlijke omstandigheden sprake kan zijn. Mijns inziens kan de werknemer daarom alleen op deze grond een beroep doen als er naast het slapend dienstverband bijkomende redenen zijn om ernstige verwijtbaarheid van de werkgever aan te nemen. De werknemer doet er verstandig aan om ook in dat geval de schadevergoeding als subsidiaire vordering in te dienen.

Dit beeld wordt bevestigd door de rechtspraak. Sinds de invoering van de compensatiewet heeft de rechter in de op rechtspraak.nl gepubliceerde zaken slechts twee keer geoordeeld dat sprake was van ernstige verwijtbaarheid bij het

39 De werkgever heeft immers bij beëindiging, zowel bij opzegging met UWV-vergunning als bij beëindiging met wederzijds goedvinden waarbij de werknemer om inachtneming van de opzegtermijn verzoekt, te maken met de contractuele opzegtermijn dan wel de wettelijke opzegtermijnen uit art. 7:672 BW.

40 A.R. Houweling, ‘En ze leefden nog lang en gelukkig... Over de werkgeversplicht tot beëindiging van slapend dienstverbanden en betaling van transitievergoedingen aan Doornroosjes’, *AR-Updates* 2019-1182, 5.4.

41 C.J. Frikkee, ‘Kolom-vervaltermijn of slapend dienstverband?’, *TRA* 2020/16.

42 A.R. Houweling, ‘En ze leefden nog lang en gelukkig...’ *AR-Updates* 2019-1182, 5.2. Voor de informatieplicht bij vakantiedagen zie HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:874, C-684/16, «JAR» 2018/318 m.nt. Funke.

43 C.J. Frikkee, ‘Kolom-vervaltermijn of slapend dienstverband?’, *TRA* 2020/16.

44 Hof’s-Hertogenbosch 14 november 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4187.

45 Hof Den Haag 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2618 r.o. 9 (*Kwik-Fit*).

slapend houden van het dienstverband.<sup>46</sup> In beide gevallen oordeelde de rechter dat de werkgever ernstig verwijtbaar handelde door zich niet als goed werkgever te gedragen. In de Rotterdamse zaak was de reden hiervoor dat de werknemer vanwege het naderen van de pensioendatum geen andere mogelijkheid meer had om de transitievergoeding te ontvangen, terwijl uit de kort daarvoor gepubliceerde conclusie van de advocaat-generaal bleek dat de werknemer daar zeer waarschijnlijk wel recht op zou hebben.<sup>47</sup> Dat de Hoge Raad zou kiezen voor een schadevergoeding, waarop ook de reeds gepensioneerde werknemer recht kan hebben, was op dat moment nog niet bekend. In de Arnhemse zaak ging het om een werkgever die zich niet eenmaal, maar structureel als slecht werkgever had gedragen door alle verzoeken van de werknemer te weigeren of te traineren en door bijkomende voorwaarden te stellen aan de toekenning van de transitievergoeding.

## Tot slot

Nooit meer slapen is overdreven. Er zullen bewust of onbewust slapende dienstverbanden blijven bestaan. Bewust, omdat er werkgevers zullen zijn die de gok nemen dat een werknemer onwetend blijft van zijn rechten tot hij pensionneert of overlijdt. Daar zou een 'slaapboete' of infoplicht voor de werkgever tegen kunnen helpen. Deze infoplicht zal met name van belang kunnen zijn waar het gaat om een gedeeltelijk einde van de dienstbetrekking.<sup>48</sup>

### Over de auteur



#### Mr. J. (Jan) Dop

Advocaat en partner bij Russell Advocaten B.V. in Amsterdam.

<sup>46</sup> Ktr. Rotterdam 27 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7646 en Ktr. Arnhem 12 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1717.

<sup>47</sup> Conclusie van A-G R.H. de Bock 18 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:899.

<sup>48</sup> Ik dank dr. A.Th. Boone voor zijn commentaar op eerdere versies van dit artikel.