

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de beschikking in de zaak 6270701 AZ VERZ 17-118 van de rechtbank Limburg van 30 november 2017;
- b. de beschikking in de zaak 200.234.449 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 12 juli 2018. (...; red.)

2. Beoordeling van het middel in het principale beroep

De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Nu het middel in het principale beroep faalt, komt het voorwaardelijk ingestelde incidentele beroep niet aan de orde.

3. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwierpt het principale beroep;
- veroordeelt de werkneemster in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Cicero begroot op € 2.704,07 aan verschotten en € 1.800,= voor salaris.

312

Werkgever moet meewerken aan beëindiging slapend dienstverband

Hoge Raad

8 november 2019, nr. 19/01873,

ECLI:NL:HR:2019:1734

(mr. Numann, mr. Du Perron, mr. Kroeze, mr.

Sieburgh, mr. Lock)

(Concl. A-G De Bock)

Noot mr. M.L.G. Otto

Slapend dienstverband. Transitievergoeding. Goed werkgeverschap. Verplichting om dienstverband te beëindigen.

[BW art. 7:611, 7:669 lid 3 sub b, 7:673; Rv art. 392]

De werknemer, in dienst sinds 1986, is in januari 2016 arbeidsongeschikt geraakt. Vanaf 9 januari 2018 ontvangt hij een IVA-uitkering. Hij is 80-100% arbeidsongeschikt. Er zijn geen mogelijkheden tot werkhervatting, en verbetering van de belastbaarheid is niet of nauwelijks te verwachten. De werknemer heeft de werkgever na 9 januari 2018 een aantal keer voorgesteld de arbeidsovereenkomst te beëindigen onder toekenning van een transitievergoeding, maar de werkgever heeft dit voorstel telkens afgewezen. In het vervolg door de werknemer aangespannen kort geding heeft de kantonrechter de Hoge Raad via een aantal prejudiciële vragen gevraagd of de werkgever gehouden is mee te werken aan beëindiging van het dienstverband met betaling van de transitievergoeding.

In antwoord op de prejudiciële vragen 1 tot en met 3 overweegt de Hoge Raad dat de maatstaf van het arrest Stoof/Mammoet van 11 juli 2008 zich niet leent voor 'omgekeerde toepassing' in die zin dat de werkgever gehouden is een redelijk voorstel van de werknemer tot beëindiging van een slapend dienstverband te aanvaarden onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer. De maatstaf van Stoof/Mammoet is gegeven voor wijziging van een arbeidsovereenkomst en niet voor gehele beëindiging ervan. Bovendien leent de maatstaf zich niet voor 'omgekeerde toe-

passing', nu de werkgever in een gezagsverhouding staat tot de werknemer en bij de uitoefening van zijn bevoegdheden niet alleen het belang van de individuele werknemer dient te betrekken, maar ook andere belangen, waaronder die van andere werknemers. Op de vierde prejudiciële vraag antwoordt de Hoge Raad dat een werkgever als goed werkgever wel dient in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding. Daarbij geldt dat die vergoeding niet meer behoeft te bedragen dan hetgeen aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) beëindigen. Op dit uitgangspunt moet een uitzondering worden aanvaard als de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld vanwege reële re-integratiemogelijkheden voor de werknemer. Zo'n belang kan echter niet gelegen zijn in de omstandigheid dat de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt.

NB. Zie «JAR» 2019/100 voor de uitspraak van de kantonrechter. Over het al dan niet bestaan van een verplichting van de werkgever tot het beëindigen van een slapend dienstverband zijn sterk wisselende uitspraken gedaan, zoals in «JAR» 2019/21, m.nt. Koole, «JAR» 2019/102 en «JAR» 2019/193. In de meeste uitspraken is geoordeeld dat de werkgever geen 'ontslagplicht' heeft. De Hoge Raad komt nu, in navolging van de conclusie van de A-G, tot een andere conclusie.

De werknemer te (...),
eiser in eerste aanleg,
advocaten in de prejudiciële procedure: mr. S.F. Sagel en mr. I.L.N. Timp,
tegen
Xella Kalkzandsteenfabriek De Hazelaar BV te Koningsbosch,
verweerster in eerste aanleg,
advocaat in de prejudiciële procedure: mr. H.J.W. Alt.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. De Bock)

Vanwege de omvang van de conclusie heeft de redactie besloten deze alleen online te publiceren: zie opmaat.sdu.nl.

Hoge Raad

1. De prejudiciële procedure

Bij tussenvonnis in de zaak 7567109\CV EXPL 19-1150 van 10 april 2019 heeft de kantonrechter te Roermond op de voet van art. 392 Rv prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.
(...; red.)

2. Beantwoording van de prejudiciële vragen

2.1. Deze zaak gaat over het zogenoemde 'slapende dienstverband'. Dat is een dienstverband dat een werkgever na twee jaar arbeidsongeschiktheid van een werknemer niet heeft opgezegd, hoewel hij daartoe wel bevoegd is, en waarbij hij de werknemer geen loon meer betaalt. Doordat de arbeidsovereenkomst niet is beëindigd, is de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd. In deze procedure is de vraag aan de orde of een werkgever op grond van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer om een 'slapend dienstverband' te beëindigen, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer.

2.2. Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten: (i) Xella exploiteert een fabriek voor de productie van kalkzandsteen.

(ii) De werknemer, geboren in 1963, is in 1986 in dienst getreden bij Xella als allround monteur/specialist.

(iii) In 2009 liep de werknemer rugklachten op tijdens de uitvoering van zijn werk. Hij is vervolgens aan zijn rug geopereerd. In 2010 heeft hij zijn werkzaamheden hervat. Zijn rugpijn is in de loop der jaren teruggekomen en in januari 2016 is hij opnieuw arbeidsongeschikt geraakt.

(iv) Vanaf 9 januari 2018 ontvangt de werknemer een WIA-uitkering (IVA). Hij is 80-100% duurzaam arbeidsongeschikt. Er zijn geen mogelijkheden tot werkhervatting, en verbetering van de belastbaarheid is niet of nauwelijks te verwachten.

(v) De werknemer heeft Xella na 9 januari 2018 een aantal keer voorgesteld de arbeidsovereenkomst te beëindigen onder toekenning van een

transitievergoeding. Xella heeft dit voorstel telkens afgewezen.

2.3. In dit kort geding vordert de werknemer veroordeling van Xella tot betaling van € 25.000,= als voorschot op schadevergoeding. De werknemer heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat Xella de norm van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW heeft geschonden en daardoor schadelijkt is geworden. Xella had het voorstel van de werknemer niet mogen afwijzen. Dit voorstel hield in de arbeidsovereenkomst te beëindigen met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een schadevergoeding aan de werknemer ter hoogte van de transitievergoeding, beperkt tot het bedrag waarvoor het UWV Xella zou compenseren op grond van de Wet compensatie transitievergoeding.

2.4. De kantonrechter heeft in een tussenvonnissen geconstateerd dat er veel zaken zijn over 'slapende dienstverbanden' en overwogen dat er behoefte is aan een oordeel van de Hoge Raad. Om die reden heeft hij op de voet van art. 392 Rv de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:

1. Geldt de in HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (Stoof/Mammoet) ontwikkelde maatstaf ter beoordeling of een werknemer op grond van artikel 7:611 BW gehouden is om een voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst te aanvaarden dat hem *door de werkgever* in verband met gewijzigde omstandigheden op het werk is gedaan, ook in het spiegelbeeldige geval, waarin *de werknemer* in verband met zulke gewijzigde omstandigheden een wijzigingsvoorstel doet aan de werkgever? Met andere woorden: is een werkgever, wanneer (i) sprake is van gewijzigde omstandigheden op het werk waarin de werknemer als goed werknemer aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, (ii) geoordeeld moet worden dat het voorstel van de werknemer, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is en (iii) niet gezegd kan worden dat aanvaarding van dat voorstel redelijkerwijze niet van de werkgever gevergd kan worden, op grond van art. 7:611 BW verplicht dat voorstel te aanvaarden?

2. Indien vraag 1 bevestigend beantwoord wordt, kan het in die vraag bedoelde redelijke voorstel van de werknemer ook een voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden behelzen?

3. Indien de vragen 1 en 2 bevestigend worden beantwoord,

(a) vormt dan het feit dat een werknemer wegens ziekte of gebreken niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten en de periode bedoeld in art. 7:670 lid 1 en 11 BW is verstreken en aanneemelijk is dat binnen 26 weken, geen herstel zal optreden en binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht – zodat de in artikel 7:669 lid 3, onder b, BW bedoelde ontslaggrond is vervuld – dan een *gewijzigde omstandigheid* waarin de werknemer, handelend als goed werknemer, aanleiding kan zien tot het doen van een voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden (al dan niet mede in aanmerking genomen de Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid (Stb. 2018, 234))?

en, zo ja:

(b) heeft dan in de regel, dat wil zeggen: behoudens bijzondere omstandigheden, dan wel in beginsel, te gelden dat sprake is van een redelijk (beëindigings)-voorstel van de kant van de werknemer voor zover dat voorstel behelst dat de beëindiging met wederzijds goedvinden plaatsvindt onder betaling door de werkgever van een ontslagvergoeding ter hoogte van het bedrag dat de werkgever op grond van de Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische of langdurige arbeidsongeschiktheid (Stb. 2018, 234) kan verhalen op het UWV?

4. Indien de vragen 1 tot en met 3 (deels) ontkennend worden beantwoord, kan de werkgever dan toch onder omstandigheden gelet op het bepaalde in art. 7:611 BW gehouden zijn om akkoord te gaan met een voorstel tot beëindiging met wederzijds goedvinden van de arbeidsovereenkomst van een werknemer ten aanzien waarvan de in art. 7:669 lid 3, onder b, BW genoemde ontslaggrond vervuld is, wanneer dat voorstel van de werknemer behelst dat de werkgever aan hem een ontslagvergoeding betaalt ter hoogte van het bedrag dat de werkgever op grond van de Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid (Stb. 2018, 234) kan verhalen op het UWV? Zo ja, aan welke voor-

waarden dient dan getoetst te worden of een dergelijke gehoudenheid van de werkgever om zo een voorstel te aanvaarden, bestaat?

2.5. Voor de beantwoording van de prejudiciële vragen is het volgende van belang.

Art. 7:673 BW bepaalt dat de werkgever aan de werknemer een transitievergoeding is verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. De werkgever is deze vergoeding ook verschuldigd als hij de arbeidsovereenkomst opzegt omdat de werknemer door ziekte of gebreken niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten (art. 7:669 lid 3, onder b, BW).

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat werkgevers het in veel gevallen onrechtvaardig vinden dat zij een transitievergoeding moeten betalen na een opzegging wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Zij hebben immers voorafgaand aan die opzegging veelal gedurende twee jaar het loon doorbetaald en kosten gemaakt gericht op de re-integratie van de werknemer.¹

De Wet compensatie transitievergoeding beoogt aan deze bezwaren tegemoet te komen en de belangrijkste beweegredenen voor werkgevers weg te nemen om dienstverbanden na twee jaar arbeidsongeschiktheid slapend te houden.² Zij leidt onder meer tot invoering van art. 7:673e BW.³ Daarin is voorzien in een compensatieregeling voor werkgevers die na beëindiging van een dienstverband wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, waaronder begrepen een beëindiging met wederzijds goedvinden, een transitievergoeding hebben betaald. Een aanspraak op compensatie is mogelijk voor arbeidsovereenkomsten die op of na 1 juli 2015 zijn geëindigd. De compensatie komt ten laste van het Algemeen werkloosheidsfonds (Awf) en wordt verstrekt door het UWV. Tegenover de compensatie staat een verhoging van de Awf-premie, die ten laste komt van de werkgevers.

2.6.1. De prejudiciële vragen 1 tot en met 3 stellen, kort gezegd en in samenhang gelezen, aan de orde of de maatstaf van het arrest *Stoof/Mammoet* van 11 juli 2008⁴ zich leent voor 'omgekeerde toepassing' bij het beantwoorden van de vraag of een werkgever gehouden is een voorstel van de werknemer tot beëindiging van een 'slapend dienstverband' te aanvaarden, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer.

2.6.2. Art. 7:611 BW bepaalt dat de werkgever en de werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen. Op de grondslag van art. 7:611 BW heeft de Hoge Raad in het arrest *Stoof/Mammoet* een maatstaf gegeven voor de beoordeling of een werknemer gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst. Kort gezegd houdt die maatstaf in dat onderzocht moet worden (i) of de werkgever in gewijzigde omstandigheden op het werk als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, (ii) of het door hem gedane voorstel redelijk is en (iii) of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden.

2.6.3. De maatstaf van het arrest *Stoof/Mammoet* leent zich niet voor de hiervoor in 2.6.1 bedoelde 'omgekeerde toepassing'. Die maatstaf is immers gegeven voor wijziging van een arbeidsovereenkomst en niet voor gehele beëindiging daarvan. Daarbij komt dat de positie van een werkgever zodanig verschilt van die van een werknemer dat de maatstaf van het arrest *Stoof/Mammoet* zich ook om die reden niet leent voor 'omgekeerde toepassing'. De werkgever staat immers in een gezagsverhouding tot de werknemer en dient bij de uitoefening van zijn bevoegdheden niet alleen het belang van de individuele werknemer te betrekken, maar ook andere belangen, waaronder de belangen van andere werknemers.⁵ Het antwoord op de vragen 1 tot en met 3 is dan ook dat een 'omgekeerde toepassing' van de maatstaf van het arrest *Stoof/Mammoet* niet geschikt is om de gehoudenheid te beoordelen van de werkgever

1 Kamerstukken II 2016/17, 34699, nr. 3, p. 2-3.

2 Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, Stb. 2018, 234. Bij besluit van 20 februari 2019 is als tijdstip van inwerkingtreding – voor zover hier relevant – vastgesteld 1 april 2020, zie Stb. 2019, 76.

3 De tekst van deze bepaling wordt gewijzigd door de Wet arbeidsmarkt in balans (Stb. 2019, 219).

4 ECLI:NL:HR:2008:BD1847, rov. 3.3.2.

5 Zie voor een en ander ook de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 18.11-18.14.

om een voorstel van de werknemer tot beëindiging van een 'slapend dienstverband' te aanvaarden, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer.

2.7.1. Nu de prejudiciële vragen 1 tot en met 3 hiervoor in 2.6.3 ontkennend zijn beantwoord, komt de Hoge Raad toe aan de vierde prejudiciële vraag. Die vraag luidt, kort gezegd, of de norm van goed werkgeverschap van art. 7:611 BW de werkgever onder omstandigheden ertoe verplicht in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van een 'slapend dienstverband', onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van het bedrag dat de werkgever op grond van de Wet compensatie transitievergoeding kan verhalen op het UWV.

2.7.2. De wetgever beoogt met de Wet compensatieregeling transitievergoeding een einde te maken aan het verschijnsel 'slapende dienstverbanden'.⁶ De compensatieregeling en de voor invoering daarvan in de wetgeschiedenis gegeven redenen brengen mee dat als norm van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW geldt dat een 'slapend dienstverband' in beginsel behoort te worden beëindigd als de werknemer dat wenst en de werkgever geen redelijk belang heeft bij voortdurende daarvan. Die norm brengt tevens mee dat in dat geval in beginsel door de werkgever aan de werknemer een vergoeding behoort te worden toegekend.

Anders dan in de prejudiciële vraag wordt verondersteld, dient voor de hoogte van die vergoeding niet te worden aangesloten bij de hoogte van het bedrag dat de werkgever ingevolge de compensatieregeling op het UWV kan verhalen. Die door de werkgever te verkrijgen compensatie kan onder omstandigheden lager zijn dan het bedrag aan transitievergoeding waarop de werknemer recht zou hebben bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever. Dit is bijvoorbeeld het geval als het totale bedrag aan brutoloon dat de werkgever tijdens de periode van arbeidsongeschiktheid heeft doorbetaald, lager is dan de wettelijke transitievergoeding (art. 7:673e lid 2 BW). Art. 7:673e BW beoogt slechts om met de geboden compensatie te voorkomen dat de kosten cumuleren die de werkgever heeft

gemaakt door de loondoorbetaling tijdens arbeidsongeschiktheid en door de betaling van de transitievergoeding.⁷ Aan die strekking wordt recht gedaan indien de vergoeding die de werkgever aan de werknemer toekent ten minste gelijk is aan het bedrag aan transitievergoeding dat verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) beëindigen. Dit geldt ongeacht of de aanspraak van de werkgever bestaat in compensatie van het bedrag van het tijdens de arbeidsongeschiktheid doorbetaalde brutoloon of van het bedrag aan transitievergoeding.

2.7.3. Het voorgaande brengt mee dat de vierde prejudiciële vraag als volgt moet worden beantwoord.

Als is voldaan aan de vereisten van art. 7:669 lid 1 en lid 3, aanhef en onder b, BW voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, geldt als uitgangspunt dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW, gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding. Daarbij geldt dat die vergoeding niet meer behoeft te bedragen dan hetgeen aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) beëindigen.

Op dit uitgangspunt moet een uitzondering worden aanvaard als – op grond van door de werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden – de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. Zo'n belang kan bijvoorbeeld gelegen zijn in reële re-integratiemogelijkheden voor de werknemer. Zo'n belang kan niet gelegen zijn in de omstandigheid dat de werknemer op het moment dat hij zijn beëindigingsvoorstel doet, de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt.

2.7.4. De Wet compensatie transitievergoeding treedt in werking op 1 april 2020. Een aanspraak

6 Zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 15.1 en de verwijzingen naar de wetgeschiedenis op de aldaar genoemde vindplaatsen.

7 Kamerstukken II 2016/17, 34699, nr. 3, p. 4-5.

op compensatie is mogelijk voor arbeidsovereenkomsten die op of na 1 juli 2015 zijn geëindigd. Het antwoord op de vierde prejudiciële vraag hiervoor in 2.7.3 leidt ertoe dat de werkgever de vergoeding voor de werknemer moet voorfinancieren totdat de Wet compensatie transitievergoeding in werking is getreden. Als de werkgever aannemelijk maakt dat die voorfinanciering leidt tot ernstige financiële problemen, kan de rechter beslissen dat betaling aan de werknemer in termijnen plaatsvindt of wordt opgeschort tot na 1 april 2020. Vanaf 1 april 2020 geldt echter ingevolge art. 2 Regeling compensatie transitievergoeding dat voor een aanvraag op grond van de Wet compensatie transitievergoeding vereist is dat de volledige vergoeding aan de werknemer is voldaan, hetgeen de werkgever verplicht tot voorfinanciering.⁸

3. Beslissing

De Hoge Raad:

- beantwoordt de vragen op de hiervoor in 2.6.3, 2.7.3 en 2.7.4 weergegeven wijze;
- begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op € 1.800,= aan de zijde van de werknemer en op € 1.800,= aan de zijde van Xella.

NOOT

Door deze uitspraak is er eindelijk duidelijkheid over de rechtspositie van een werknemer met een slapend dienstverband: een werkgever is op grond van goed werkgeverschap verplicht een 'slapend dienstverband' te beëindigen indien de werknemer dit wenst, tenzij de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. De transitievergoeding die een werkgever dient te betalen is gelijk aan de vergoeding die de werkgever verschuldigd zou zijn als hij de arbeidsovereenkomst meteen had beëindigd zodra is voldaan aan de vereisten van art. 7:669 lid 2 sub b BW. Over de mogelijkheid om een beroep te doen op goed

werkgeverschap schreef ik in 2016 een artikel voor het *Tijdschrift Recht en Arbeid* (M.L.G. Otto, 'Slapend dienstverband of slapende werknemers: goed werkgeverschap als doorbraak van de impasse?', *TRA* 2016/93).

Indien een werkgever weigert de arbeidsovereenkomst te beëindigen zonder gerechtvaardigd belang, dan voldoet de werkgever niet aan zijn verplichting die voortvloeit uit het beginsel van goed werkgeverschap. Dergelijke verplichtingen vormen zelfstandig afdwingbare verbintenissen, die de werknemer dezelfde bevoegdheden geven bij niet-nakomen als bij andere afdwingbare verbintenissen (HR 23 februari 1923, *NJ* 1923, p. 802 (*Hofman/Triezenberg*)). Een werknemer kan er dus voor kiezen om een schadevergoeding ter grootte van de misgelopen transitievergoeding te claimen (art. 6:74 BW) of te vorderen dat zijn werkgever het tussen partijen bestaande dienstverband beëindigt (art. 3:296 BW). Dit laatste houdt feitelijk een 'ontslagplicht' in. Een aantal schrijvers vindt dat een ontslagplicht zich niet verenigt met de discretionaire ontslagbevoegdheid van de werkgever (zie bijvoorbeeld O. van der Kind, annotatie onder Scheidsgerecht Gezondheidszorg 27 december 2018, 18/24, *AR-Updates.nl* 2019-0065). Mijns inziens staat de discretionaire ontslagbevoegdheid van de werkgever niet aan deze vordering in de weg. Ook de wijze waarop een werkgever van zijn bevoegdheid gebruik maakt, kan namelijk worden getoetst (G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht* (reeks VvA 29), Deventer: Kluwer 1999, p. 34).

Hoewel het kader dat de Hoge Raad schetst duidelijk en rechtlijnig is, is er toch nog een aantal aspecten van deze uitspraak dat het bespreken waard is.

Als eerste is het nog onduidelijk in hoeverre de toepasselijkheid van de compensatieregeling een voorwaarde is voor een beroep op goed werkgeverschap. Voor beide standpunten valt iets te zeggen. De Hoge Raad oordeelt dat de transitievergoeding moet worden betaald op het moment dat de werkgever bevoegd is om de werknemer te ontslaan en niet de vergoeding die wordt gecompenseerd. Daaruit lijkt voort te vloeien dat de toepasselijkheid van de compensatieregeling

⁸ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 18 februari 2019, nr. 2019-0000023811, houdende regels met betrekking tot de compensatie van de transitievergoeding bij een einde van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid (Regeling compensatie transitievergoeding), Stcrt. 2019, 10547.

géén voorwaarde is, omdat de band tussen compensatie en vergoeding wordt doorbroken. Houweling leest deze voorwaarde wel in de uitspraak (A.R. Houweling, annotatie bij HR 8 november 2019, *AR* 2019/1182, p. 6). Ik ben het daarmee oneens. Ook zonder compensatie blijft een situatie bestaan waarbij een werkgever het slapend dienstverband in stand laat om te ontkomen aan de transitievergoeding, terwijl de werknemer geen reële re-integratiemogelijkheden meer heeft. Dat is wat mij betreft voldoende om tot de kwalificatie 'slecht werkgeverschap' te komen. Het lijkt ook te volgen uit de wetgeschiedenis. Daaruit blijkt dat de wetgever het van groot belang vindt dat 'slapende dienstverbanden' worden beëindigd en dat de compensatieregeling slechts dient om de belemmeringen aan werkeverszijde weg te nemen, zodat zij zelfstandig tot het beëindigen van deze dienstverbanden overgaan en geen nadere overheidsmaatregelen nodig zijn. Zie daartoe de brief van Minister Asscher van 21 april 2016 (*Kamerstukken II* 2015/16, 34351, nr. 16, p. 3-4). Het ligt dus niet in lijn met de bedoeling van de wetgever om een vordering op grond van goed werkgeverschap af te laten hangen van de vraag of de werkgever de transitievergoeding krijgt gecompenseerd.

Als tweede valt op dat de werkgever kan volstaan met het betalen van de transitievergoeding die de werkgever had moeten betalen als hij direct tot ontslag zou zijn overgegaan op het moment dat is voldaan aan de vereisten van art. 7:669 lid 2 sub b BW. Deze benadering is niet in lijn met het dwingendrechtelijke systeem van de transitievergoeding, dat voorschrijft dat de daadwerkelijke ontslagdatum bepalend is voor de vergoeding die moet worden betaald. Een mogelijke verklaring voor dit oordeel van de Hoge Raad, is dat wordt uitgegaan van een vordering tot schadevergoeding wegens schending van het 'goed werkgeverschap' (art. 6:74 BW). In dat geval is de werkgever gehouden om de schade te vergoeden die de werknemer lijdt, doordat de werkgever niet aan zijn verplichting voldoet om de arbeidsovereenkomst te beëindigen zodra is voldaan aan de vereisten van art 7:669 lid 2 sub b BW. Logisch doorredenerend is de schade gelijk aan de transitievergoeding die de werknemer had gekregen als hij wel op dát concrete moment meteen zou zijn ontslagen. Dat zou im-

mers het resultaat zijn als de werkgever aan zijn (rechts)plicht had voldaan.

Indien een werknemer op grond van 'goed werkgeverschap' vordert dat de werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigt, zie ik echter geen grond om een lagere transitievergoeding te betalen dan op basis van de wet is verschuldigd. Art. 7:673 BW biedt hiervoor geen ruimte. Het mogelijke onwenselijke gevolg hiervan is echter dat de hoogte van de vergoeding afhankelijk wordt van welke concrete vordering wordt ingesteld.

Als laatste wil ik de gevolgen van deze uitspraak voor het ontslagrecht behandelen. Houweling vraagt zich af of deze uitspraak ertoe gaat leiden dat ook in andere situaties een 'ontslagplicht' zal worden aangenomen (A.R. Houweling, annotatie bij HR 8 november 2019, *AR* 2019/1182, p. 3). Naar mijn mening dient de 'ontslagplicht' in deze zaak als een (zeer) uitzonderlijk geval te worden beschouwd. Het bijzondere aan de situatie van het 'slapend dienstverband' is dat (1) de arbeidsovereenkomst inhoudsloos en zonder concreet uitzicht op re-integratie wordt voorgezet, (2) zonder dat de werkgever gehouden is tot loon(door)betaling, (3) met als (voornaamste) reden om géén transitievergoeding te hoeven betalen, terwijl (4) de werkgever wel de bevoegdheid heeft om de werknemer te ontslaan. In de meeste andere gevallen wordt 'gewoon' arbeid verricht tegen loonbetaling, waardoor beide partijen een belang hebben bij het voortbestaan van de arbeidsrelatie. Dan past een 'ontslagplicht' niet. Zolang als de werkgever belang heeft bij de arbeid van de werknemer, hoeft hij wat mij betreft niet tot ontslag over te gaan. Dat het soms (financieel) gunstiger is voor de werknemer om juist wel te worden ontslagen, verandert dit niet. Om die reden kan ik mij alleen voorstellen dat een 'ontslagplicht' wordt aangenomen in een situatie waarbij geen arbeid wordt verricht, de werkgever een redelijke grond heeft voor ontslag en hij dit ontslag uitstelt om goedkoper het dienstverband te kunnen beëindigen (denk aan het verlopen van overgangsrecht). In elk ander geval doet de werknemer er verstandig om géén poging te ondernemen om slapende honden wakker te maken.

mr. M.L.G. Otto
advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten