

JURIDISCH UP TO DATE



Vaktijdschrift voor de juridische praktijk

Juridisch up to Date is een uitgave van Fiscaal up to Date – onderdeel van Rendement Uitgeverij BV

Conradstraat 38
3013 AP Rotterdam
E-mail: redactie@futd.nl

Hoofdredactie

Mr. dr. J. (Harry) van Drongelen
(emer.) universitair hoofddocent Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg & (gepens.) senior wetgevingsjurist Ministerie SZW

Mr. A.D.M. (André) van Rijs
Docent bij de Vakgroep Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg

Uitgever

Drs. M.P. Hoogerwerf

Abonnementenadministratie

Rendement Uitgeverij BV
Postbus 27020
3003 LA Rotterdam
Telefoon: (010) 243 39 33
E-mail: info@rendement.nl

Abonnementen

Juridisch Up to Date verschijnt 12 keer per jaar. (Proef) abonnementen kunnen ieder moment ingaan, maar slechts worden beëindigd indien uiterlijk twee maanden voor het einde van de abonnementsperiode is opgezegd. Zonder of bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch verlengd met een jaar. Abonnementen worden geacht zakelijk te zijn. Wilt u een particulier abonnement, dan dient u dit binnen één maand na het aangaan van het abonnement aan ons door te geven. Rendement behoudt zich het recht voor om prijzen en inhoud van de algemene voorwaarden te wijzigen. U kunt de volledige algemene voorwaarden nalezen op www.rendement.nl/av

ISSN 0924-9451

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

© Rendement Uitgeverij BV 2023

27^e jaargang | 27 januari 2023 | nummer 1

ARBEID

Mr. M.J. (Margot) van Herwerden¹

De transitievergoeding en arbeidsongeschiktheid: de stand per januari 2023

2023-0001

De transitievergoeding bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid heeft de gemoederen de afgelopen jaren flink beziggehouden. Eerst de introductie van de compensatieregeling vanaf 1 juli 2015 voor transitievergoedingen, betaald na ten minste twee jaar arbeidsongeschiktheid. Gevolgd door de introductie van een gedeeltelijke transitievergoeding bij deeltijdontslag wegens bedrijfseconomische redenen en arbeidsongeschiktheid in 2018 (Kolom). Vanaf 2018 zijn werkgevers verplicht om mee te werken aan het beëindigen van een slapend dienstverband onder toekenning van een transitievergoeding (Xella). Eind 2022 heeft de Hoge Raad twee belangrijke arresten gewezen waarin wordt verduidelijkt hoever de verplichting om in te stemmen met een beëindigingsvoorstel van de werknemer in de tijd teruggaat en of deze verplichting ook geldt als de werkgever al vóór 1 juli 2015 een opzeggingsbevoegdheid had. Het begin van een nieuw jaar leek mij een goed moment om vast te stellen of hiermee alle onduidelijkheden omtrent de transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid zijn opgelost.

Compensatie transitievergoeding

Met de invoering van de Wet werk en zekerheid met ingang van 1 juli 2015 werden werkgevers verplicht tot betaling van een transitievergoeding als de arbeidsovereenkomst eindigt op initiatief van de werkgever. Die verplichting geldt ook na twee jaar arbeidsongeschiktheid. Veel werkgevers vonden het onterecht dat zij na twee en soms drie jaar loondoorbetaling ook de transitievergoeding moesten betalen. Zie hier de praktijk van de slapende dienstverbanden. Werkgevers hielden de dienstverbanden van werknemers die langer dan twee jaar arbeidsongeschikt waren en inmiddels een WIA-uitkering ontvingen in stand om zo te ontkomen aan de betaling van een transitievergoeding. De wetgever verwachtte aan deze praktijk een einde te maken door de invoering van de Wet compensatieregeling transitievergoeding. De werkgever, die een transitievergoeding heeft betaald vanwege de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met een werknemer die twee jaar of langer arbeidsongeschikt is, kan vanaf 1 juli 2015 door het UWV worden gecompenseerd voor de transitievergoeding.

De compensatieregeling is verankerd in artikel 7:673e Burgerlijk Wetboek (BW), die met ingang van 1 april 2020 in werking is getreden. De invoering van de compensatieregeling is mede van doorslaggevende betekenis geweest in de Xella-beschikking, maar niet

in de Kolom-beschikking en de daarop volgende uitspraken.

Kolom: de gedeeltelijke transitievergoeding

In de Kolom-zaak speelde het volgende.² De werknemer, in dienst als lerares op bijna fulltime basis (factor 0,9894), werd op 15 november 2013 arbeidsongeschikt. Vanaf 16 november 2015 ontving zij een WIA-uitkering op basis van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 43,83%. De aanstelling van de lerares werd op 29 februari 2016 wegens langdurige arbeidsongeschiktheid beëindigd. Met ingang van 1 maart 2016 werd zij opnieuw benoemd tot lerares op basis van parttime factor 0,55. De lerares heeft per brief van 29 februari 2016 betaling van de transitievergoeding gevorderd in verband met de beëindiging van haar oorspronkelijke aanstelling, dan wel een gedeeltelijke transitievergoeding voor het deel van het dienstverband dat werd beëindigd (43,94%). De kantonrechter heeft het verzoek tot een gedeeltelijke transitievergoeding toegewezen. Het hof heeft die beschikking vernietigd en de vordering afgewezen, omdat de omzetting van het dienstverband naar een lagere deeltijdfactor geen (gedeeltelijk) einde van de arbeidsovereenkomst behelst.

In cassatie overweegt de Hoge Raad dat in de wet niet is voorzien in een aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding in geval van vermindering van de arbeidsduur. Toch moet de mogelijkheid van gedeeltelijk ontslag met daaraan gekoppeld de aanspraak op een

gedeeltelijke transitievergoeding wel worden aanvaard voor het bijzondere geval dat, door omstandigheden gedwongen, wordt overgegaan tot een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer. Hierbij valt te denken aan het noodzakelijkerwijs gedeeltelijk vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en aan blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Van een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst is sprake als een vermindering van de arbeidsduur heeft plaatsgevonden in de vorm van (1) een gedeeltelijke beëindiging, (2) een algeheel ontslag gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst dan wel (3) aanpassing van de arbeidsovereenkomst. Op grond van de gedeeltelijke beëindiging bestaat in de hier bedoelde gevallen aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding. Volgens de Hoge Raad wordt met een "substantiële vermindering van de arbeidstijd" een vermindering bedoeld van ten minste 20%. De gedeeltelijke transitievergoeding dient vervolgens berekend te worden naar evenredigheid van vermindering van de arbeidstijd en uitgaande van het loon waarop voorheen aanspraak bestond.

De Kolom-beschikking heeft veel losgemaakt in de arbeidsrechtpraktijk, omdat een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst altijd als onverenigbaar met het gesloten ontslagstelsel werd gezien. In de rechtspraak die op de Kolom-zaak volgde, heeft onder meer de Hoge Raad zelf de Kolom-beschikking nader geduid.³

Rechtspraak na Kolom

Zo oordeelde de Hoge Raad in 2020 dat geen aanspraak ontstaat op een gedeeltelijke transitievergoeding bij een inkomensachteruitgang door herplaatsing in een functie met een lager salaris.⁴ Herplaatsing in een andere passende functie (zonder urenverlies) is geen vorm van beëindiging als bedoeld in artikel 7:673 BW. Een dergelijke herplaatsing door de werkgever wordt in het wettelijke stelsel juist gezien als een manier om te voorkomen dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Naar aanleiding van de Kolom-beschikking hebben meerdere werknemers geprobeerd om alsnog een gedeeltelijke transitievergoeding te vorderen, ook als de vermindering in arbeidsduur al had plaatsgevonden voor het verschijnen van de Kolom-beschikking. De Kolom-beschikking bevat geen beperking in de tijd. Zo ook in een zaak waarover het Hof Den Bosch zich moest buigen.⁵

De werknemer was op 25 april 2015 uitgevallen wegens arbeidsongeschiktheid. Vanaf 25 april 2017 ontving hij een WIA-uitkering in de categorie 45-55%. Vanaf diezelfde datum is de werknemer zijn gebruikelijke werkzaamheden voor 50% gaan verrichten tegen een

aangepast loon, hetgeen op 2 mei 2017 door de werkgever schriftelijk is bevestigd. Op de voet van de Kolom-beschikking heeft de werknemer betaling van de gedeeltelijke transitievergoeding gevorderd. De kantonrechter heeft deze vordering toegekend ondanks de vervaltermijn van artikel 7:686a lid 4 BW van drie maanden. De werkgever heeft hoger beroep ingesteld. Het hof overweegt dat de Hoge Raad in de Kolom-beschikking geen zelfstandige grondslag heeft gecreëerd voor het recht op een gedeeltelijke transitievergoeding, maar aansluiting heeft gezocht bij artikel 7:673 BW. De vervaltermijn die geldt voor de aanspraak op de reguliere transitievergoeding geldt daarom óók voor de pro rata vergoeding. Het beroep van de werkgever op de vervaltermijn is niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Het feit dat de werknemer tot aan de Kolom-beschikking niet wist dat hij recht had op een transitievergoeding, maakt dit niet anders. Het zou in strijd zijn met de rechtszekerheid wanneer de toepasselijkheid of aanvang van een vervaltermijn afhankelijk zou zijn van kennis van de verzoeker van de juiste juridische feiten. Bovendien had de werknemer ook zelf om een gedeeltelijke transitievergoeding kunnen vragen, zoals de werknemster in de Kolom-zaak. Dat de werkgever mogelijk een compensatie kan ontvangen voor de aan de werknemer te betalen transitievergoeding, leidt niet tot een ander oordeel. De vervaltermijn kan slechts in uitzonderlijke situaties buiten toepassing blijven, bijvoorbeeld wanneer de werkgever de mogelijkheid voor de werknemer om aanspraak te maken op een transitievergoeding heeft belemmerd. Die situatie deed zich niet voor.

Het Hof Amsterdam denkt er hetzelfde over. De vervaltermijn kan dus in de weg staan aan een vordering tot betaling van de gedeeltelijke transitievergoeding, ook als de vordering dateert van ná de Kolom-beschikking, tenzij het toepassen van de vervaltermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat laatste was bijvoorbeeld het geval in een zaak van het Hof Den Haag.⁶ In deze zaak had de werkgever de arbeidsovereenkomst met een werknemer die langdurig arbeidsongeschikt was opgezegd tegen 1 juli 2016. Voor aanvang van de ontslagprocedure heeft de werkgever een brief gestuurd aan de werknemer waarin tevens was vermeld dat de werkgever na verleende toestemming de arbeidsovereenkomst zou opzeggen, een eindafrekening zou opmaken en de transitievergoeding zou uitbetalen. De werkgever heeft een eindafrekening opgesteld maar geen transitievergoeding uitbetaald. Op 27 september 2016 heeft de werknemer schriftelijk om betaling van de transitievergoeding verzocht. Bij brief van 11 oktober 2016, de vervaltermijn was toen inmiddels verstreken, heeft de werkgever de werknemer op de vervaltermijn gewezen.

Omdat de werknemer op basis van de eerdere brief van de werkgever er niet aan behoefde te twijfelen dat de transitievergoeding zou worden uitbetaald, is het hof van oordeel dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om aan het ongebruikt verstrijken van de vervaltermijn de conclusie te verbinden dat de werknemer niet om betaling van de transitievergoeding zou kunnen verzoeken.

De voorwaarden voor het recht op een gedeeltelijke transitievergoeding bij vermindering van de arbeidsduur als gevolg van arbeidsongeschiktheid zijn met de rechtspraak die volgde op de Kolom-beschikking vrij helder. Of werkgevers in de praktijk automatisch tot betaling ervan overgaan, is nog maar de vraag. Ik heb de indruk dat veel werkgevers hiermee onvoldoende bekend zijn. Discussies over toepasselijkheid van de vervaltermijn zullen denk ik ook in 2023 blijven voorkomen.

Xella: geen slapende dienstverband meer

De invoering van de Wet compensatieregeling transitievergoeding speelt wel een essentiële rol in de Xella-beschikking. Daarin zijn de volgende feiten van belang.⁷ De werknemer, in dienst sinds 1986, was werkzaam als allround monteur/specialist. Hij ontwikkelde rugklachten tijdens de uitvoering van zijn werk en is aan zijn rug geopereerd. In 2010 heeft hij zijn werkzaamheden hervat, maar de rugklachten bleven terugkomen en in januari 2016 werd hij opnieuw arbeidsongeschikt. Vanaf 9 januari 2018 ontving de werknemer een IVA-uitkering op basis van 80-100% arbeidsongeschiktheid. Er waren geen mogelijkheden tot werkhervatting, en verbetering van de belastbaarheid was niet of nauwelijks te verwachten. Vanaf deze datum heeft de werknemer een aantal keer voorgesteld de arbeidsovereenkomst te beëindigen onder toekenning van een transitievergoeding. De werkgever heeft dit voorstel telkens afgewezen. De werknemer heeft in kort geding een voorschot op schadevergoeding gevorderd, waaraan hij ten grondslag heeft gelegd dat de werkgever de norm van goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW heeft geschonden en daardoor schadeplichtig is geworden. De kantonrechter heeft vervolgens prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld over slapende dienstverbanden.

In antwoord op deze vragen overweegt de Hoge Raad dat de wetgever met de Wet compensatieregeling transitievergoeding heeft beoogd een einde te maken aan het verschijnsel "slapende dienstverbanden". Als is voldaan aan de vereisten van artikel 7:669 lid 1 en lid 3 aanhef en onderdeel 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 artikel 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 (de Xella-norm). Een uitzondering geldt als 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, maar niet in de omstandigheid dat de werknemer op het moment dat hij zijn beëindigingsvoorstel doet, de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt.

Uitspraken Hoge Raad van november 2022

Naar aanleiding van de Xella-beschikking zijn veel slapende dienstverbanden alsnog beëindigd. Er bleef echter een aantal onduidelijkheden bestaan. De eerste vraag is vanaf welk moment de werkgever verplicht is om in te stemmen met een voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de werknemer onder toekenning van de transitievergoeding in geval van een slapend dienstverband. Het antwoord daarop is bepalend voor de rechtspositie van de werkgever die voorafgaand aan de Xella-beschikking weigerde om in te stemmen met een voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de arbeidsovereenkomst nadien zonder toekenning van een vergoeding is beëindigd. Dit was aan de orde in één van de uitspraken van november 2022.⁸

De werknemer was sinds 1985 in dienst en werd in 2014 volledig arbeidsongeschikt. Re-integratie was niet meer mogelijk. Vanaf 25 juni 2016 was sprake van een slapend dienstverband. Op 23 januari 2017 heeft de werknemer de werkgever verzocht om, voorafgaand aan het bereiken van zijn AOW-leeftijd, zijn arbeidsovereenkomst te beëindigen onder toekenning van de transitievergoeding. De werkgever wilde meewerken, maar niet aan betaling van de transitievergoeding. Bij brief van zijn advocaat heeft de werknemer in maart 2020 zijn werkgever verzocht een schadevergoeding te betalen ter hoogte van de transitievergoeding. De werkgever heeft dit niet gedaan, waarop de werknemer een procedure is gestart. De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen en het hof heeft dit vonnis bekrachtigd. Ten tijde van het slapend worden van het dienstverband handelde de werkgever nog niet ernstig verwijtbaar dan wel in strijd met goed werkgeverschap door de arbeidsovereenkomst slapend te houden. Dit is pas anders geworden na de invoering van de compensatieregeling. In cassatie heeft de Hoge Raad overwogen dat de gehoudenheid van de werkgever uit hoofde van goed werkgeverschap om, als hij bevoegd is tot opzegging, in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder

toekenning van de transitievergoeding, erop berust dat de werkgever ter zake de vergoeding aanspraak kan maken op compensatie en daarom in beginsel geen redelijk belang heeft bij het voortduren van de arbeidsovereenkomst. Deze Xella-norm gold eerst vanaf het moment waarop werkgevers ervan konden uitgaan dat die aanspraak er zou komen. Vanaf dat moment kon van hen redelijkerwijs worden verwacht dat zij hun gedrag daarop afstemden. Hoewel al ruim voordien sprake was van een daartoe strekkend voornemen, was de komst van een wettelijke aanspraak op compensatie pas voldoende zeker met de publicatie van de Wet compensatieregeling transitievergoeding in het Staatsblad op 20 juli 2018. Dat de regeling terugwerkende kracht heeft tot 1 juli 2015 maakt dit niet anders. In deze zaak hoefde dus geen transitievergoeding te worden betaald, omdat het verzoek dateerde van voor 20 juli 2018.

Uitleg Xella-norm

In de andere zaak uit november 2022 was de vraag of de werkgever verplicht is in te stemmen met een beëindiging als zijn opzeggingsbevoegdheid vóór 1 juli 2015 is ontstaan.⁹ De werkneemster in deze zaak was vanaf 2000 perioden arbeidsongeschikt geweest. Voor het eerst in 2001 was aan haar een WAO-uitkering toegekend. In januari 2015 is sprake van einde wachttijd en is haar arbeidsongeschiktheid vastgesteld op 80-100%. Op 7 september 2015 is zij begonnen met re-integreren. Het arbeidsongeschiktheidspercentage bleef ongewijzigd. De werkneemster heeft op 21 november 2019 aan de werkgever verzocht in te stemmen met een beëindiging van de arbeidsovereenkomst in wederzijds goedvinden onder betaling van de transitievergoeding. De werkgever is daartoe niet overgegaan, waarop de werk-

neemster een procedure is gestart om de werkgever te verplichten de arbeidsovereenkomst op te zeggen en de transitievergoeding te betalen. De kantonrechter heeft deze vordering toegewezen. Het hof heeft het vonnis vernietigd en de vordering afgewezen. Volgens het hof is er sprake van een slapend dienstverband als de werkgever bevoegd is tot opzegging en er dus geen re-integratiemogelijkheden meer zijn. Ook zou uit de Xella-beschikking volgen dat de werkgever alleen verplicht is tot opzegging als de transitievergoeding kan worden gecompenseerd door het UWV. Nu voor 1 juli 2015 nog geen transitievergoeding bestond, hoefde de werkgever niet in te stemmen met de opzegging.

De Hoge Raad overweegt dat een werkgever die tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst overgaat na 1 juli 2015 op grond van artikel 7:673e BW aanspraak kan maken op compensatie, ook als het gaat om een werknemer van wie de wachttijd voor 1 juli 2015 was verstreken. Daarbij is niet van belang of de bevoegdheid tot opzegging voor die datum is ontstaan, dan wel op of na die datum ("diepslapers" respectievelijk "semi-diepslapers"). Dit betekent dat ook werkgevers die de arbeidsovereenkomst reeds voor 1 juli 2015 hadden kunnen opzeggen, verplicht zijn om in te stemmen met een voorstel van een werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van de transitievergoeding, zij het dat dit geldt voor voorstellen gedaan op of na 20 juli 2018. Beide uitspraken zijn mijns inziens logisch.

Uit de Kolom- en Xella-jurisprudentie volgt dat met name de data van belang van zijn. Onderstaand overzicht kan hierbij behulpzaam zijn.

Recht/verplichting	Vanaf datum	Om rekening mee te houden
Recht werkgever op compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid werknemer	1 juli 2015	Aanvraag bij het UWV moet binnen zes maanden na betaling transitievergoeding worden gedaan
Recht werknemer op instemming werkgever met voorstel beëindiging arbeidsovereenkomst onder toekenning van transitievergoeding	20 juli 2018	Ongeacht of opzeggingsbevoegdheid werkgever al voor 1 juli 2015 bestond, en Werknemer moet voorstel na 20 juli 2018 hebben gedaan
Recht werknemer op gedeeltelijke transitievergoeding	14 september 2018 ¹⁰	Vervaltermijn van drie maanden kan in de weg staan aan betaling gedeeltelijke transitievergoeding

Tot besluit

Met de rechtspraak na Kolom en Xella zijn de rechten van de arbeidsongeschikte werknemer op een gedeeltelijke transitievergoeding of op een beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van de transitievergoeding in tijd beperkt. De eerste door de toepassing van de vervalttermijn en de tweede door het moment van publicatie van de Wet compensatieregeling transitievergoeding. Met deze beperkingen verwacht ik dat hierover in 2023 minder discussie ontstaat en de rechtspraak op deze onderwerpen afneemt. Voor het geval u toch een zaak op één van deze onderwerpen aan

de hand heeft, houdt dan vooral bovenstaande data goed in het oog.

Noten:

1. Mr. M.J. van Herwerden werkzaam bij Houthoff, Amsterdam.
2. HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617.
3. Zie voor een nadere duiding van de gedeeltelijke beëindiging de Victoria-beschikking, HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283.
4. HR 14 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749, in antwoord op prejudiciële vragen. Zie ook: Hof Amsterdam 15 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3717.
5. Hof Den Bosch 14 november 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4187.
6. Hof Den Haag 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:88.
7. HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734, zie voor de A-G-conclusie ECLI:NL:PHR:2019:899.
8. HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1576.
9. HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1575.
10. Claims van eerdere datum zijn theoretisch mogelijk, Kolom kent geen beperking in tijd, maar zullen meestal zijn vervallen.