

Laura Gringhuis
Advocaat

Advies aan Hoge Raad: werkgever in beginsel verplicht slapend dienstverband op verzoek van een langdurige arbeidsongeschikte werknemer te beëindigen

[Arbeidsrecht & Medezeggenschap](#)

18 september 2019

Inleiding

Het slapend dienstverband. Een fenomeen waar de afgelopen maanden, zo niet jaren, veel om te doen is geweest. Door de recente ophef lijkt het een nieuwe trend: een dienstverband van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer in stand laten, nadat de loondoorbetalingsverplichting gedurende 104 weken is verstreken. Het slapend dienstverband kwam echter ook voor voordat het geldende ontslagrecht op 1 juli 2015 inwerking trad. Het verschil met een slapend dienstverband voor 1 juli 2015 en na 1 juli 2015 is echter dat een werkgever vóór 1 juli 2015 bij een beëindiging van een dienstverband met een langdurig arbeidsongeschikte werknemer, in beginsel geen ontslagvergoeding verschuldigd was.[1] Een werknemer liep door het in slaap houden van het dienstverband daarom ook geen vergoeding mis. Door de invoering van het recht op een transitievergoeding, is hier verandering in gekomen. Ondanks dat er discussie is geweest over de vraag of het wenselijk is dat een werkgever gehouden is een transitievergoeding te betalen - nadat gedurende 104 weken het loon is doorbetaald - staat vast dat een langdurige arbeidsongeschikte werknemer wiens arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, aanspraak maakt op een transitievergoeding.[2] Omdat een werkgever hierdoor met grote financiële lasten wordt geconfronteerd, worden dienstverbanden slapend gehouden om de transitievergoeding niet te hoeven uitbetalen. Er zijn door meerdere arbeidsongeschikte werknemers verwoede pogingen gedaan om rechters zo ver te krijgen een uitspraak te doen om een werkgever te verplichten het dienstverband te beëindigen, ofwel de transitievergoeding te betalen. Aangezien er duidelijk een behoefte bestaat om dit vraagstuk opgehelderd te krijgen, heeft de Rechtbank Limburg op 10 april 2019 prejudiciële vragen

gesteld aan de Hoge Raad. Inmiddels heeft de Advocaat-Generaal (A-G) van het parket bij de Hoge Raad een advies uitgebracht over de beantwoording van deze vragen.

Advies A-G

De A-G stelt voorop dat het de wetgever voor ogen staat om een einde te maken aan de bestaande praktijk van slapende dienstverbanden.^[3] Het belangrijkste motief van werkgevers om een dienstverband niet te beëindigen en slapend te houden, is het vermijden van de financiële belasting van het moeten betalen van de transitievergoeding. Er is immers al 104 weken het loon doorbetaald.^[4] Door de invoering van de Wet compensatie transitievergoeding – die per 1 april 2020 inwerking treedt – is deze financiële belasting weggenomen. Een einde maken aan slapende dienstverbanden, is ook één van de doelen van de Wet compensatie transitievergoeding. De A-G geeft aan dat met de beantwoording van de prejudiciële vragen, zoveel mogelijk het door de wetgever beoogde doel – beëindiging van de praktijk met slapende dienstverbanden – moet worden bereikt.^[5] De A-G bespreekt vervolgens hoe dit doel juridisch kan worden vormgegeven.

De prejudiciële vragen

De Rechtbank Limburg heeft vier vragen gesteld aan de Hoge Raad. De eerste drie vragen zien op een mogelijkheid om een einde te maken aan het slapend dienstverband door middel van een omkering van de in de Stoof-Mammoet-uitspraak ontwikkelde maatstaf. De vierde vraag ziet op een mogelijkheid op grond van het goed werkgeverschap, opgenomen in artikel 7:611 BW.

Stoof-Mammoet

De toepassing van de eerste drie vragen komt neer op het volgende:

- De werknemer kan in beginsel in de gewijzigde omstandigheden (lees: twee jaar arbeidsongeschikt en niet de verwachting dat binnen 26 weken herstel optreedt) een voorstel doen aan de werkgever tot beëindiging van het dienstverband, onder toekenning van een transitievergoeding;
- Door de werknemer gedane voorstel is in beginsel redelijk, althans als de werknemer bereid is om in zijn voorstel op te nemen dat de transitievergoeding die de werkgever moet betalen, beperkt is tot het bedrag dat de werkgever op grond van de Wet compensatie transitievergoeding vergoed krijgt;
- Tot slot moet onderzocht worden of aanvaarding van het door de werknemer gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werkgever gevergd kan worden.

De A-G noemt vier argumenten waarom een ‘omgekeerde Stoof-Mammoet-benadering’ als oplossing voor de problematiek van de slapende dienstverbanden minder voor de hand

ligt.^[6] De A-G geeft allereerst aan dat de maatstaf is ontwikkeld voor de wijziging van de arbeidsovereenkomst; hier gaat om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Daarnaast is de maatstaf ontwikkeld ten behoeve van de wijzingsbevoegdheid van de werkgever, gelet op diens specifieke positie. De maatstaf leent zich in mindere mate voor een omgekeerde toepassing, te weten ten behoeve van de werknemer. De 'omgekeerde Stoof-Mammoet-benadering' brengt daarnaast met zich mee dat het de werknemer is die de eerste horde moet nemen: de werknemer moet stellen en bewijzen dat aan de criteria wordt voldaan. Deze horde verhoudt zich volgens de A-G niet goed met de bedoeling van de regeling en parlement om een einde te maken aan het slapende dienstverband. Tot slot zou het aanknopen bij deze maatstaf opleveren dat moet worden getoetst aan de omstandigheden van het geval en dit zou een onvoldoende duidelijk richtsnoer opleveren.

Goed werkgeverschap

De vierde vraag ziet op het goed werkgeverschap op grond van artikel 7:611 BW. De A-G verwijst bij de bespreking van deze vraag naar parlementaire geschiedenis over artikel 7:611 BW, waaruit volgens de A-G kan worden opgemaakt dat de norm van goed werkgeverschap een 'dynamisch-rechtscheppende karakter' heeft. Dit blijkt namelijk uit de veelheid aan normstellingen die in de loop der jaren aan de norm van goed werkgeverschap zijn opgehangen.^[7] Via de open norm van goed werkgeverschap is er dus zowel een specifieke norm, als een samenstel van normen voor de werkgever geformuleerd. De A-G verwijst nogmaals naar het doel dat de regering en het parlement voor ogen heeft: een einde maken aan de slapende dienstverbanden. De wetgever heeft hiermee volgens de A-G een norm geformuleerd, namelijk dat slapende dienstverbanden in beginsel behoren te worden beëindigd als de werknemer dit wenst. De A-G is van mening dat het voor de hand ligt om deze specifieke norm via de open norm van het goed werkgeverschap te expliciteren. Hierbij wordt benadrukt dat de norm niet bestaat uit een plicht tot ontslag, maar uit het - in beginsel - beëindigen van de praktijk van de slapende dienstverbanden als de werknemer dit wenst.

Het naleven van deze norm leidt er volgens de A-G toe dat de werkgever gehouden is om in te stemmen met het voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder betaling van een bedrag ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding aan de werknemer.^[8] Op dit uitgangspunt geldt een uitzondering (door de werkgever gesteld en (zo nodig) bewezen) indien moet worden geoordeeld dat een aanvaarding van het voorstel van de werknemer redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden gevergd.

De volgende mogelijke omstandigheden worden genoemd:

- het bestaan van reële re-integratiemogelijkheden voor de werknemer, waardoor de werkgever een belang heeft bij het in dienst houden van de werknemer;

- voor de periode tot aan de inwerkingtreding van de Wet compensatie transitievergoeding: financiële problemen van de werkgever door het moeten voorfinancieren van de transitievergoeding;
- het niet (geheel of gedeeltelijk) gecompenseerd zullen krijgen van de transitievergoeding. Hierbij zou een onderscheid kunnen worden gemaakt tussen omstandigheden (die debet zijn aan het niet of niet volledig gecompenseerd krijgen van de transitievergoeding) die in de risicosfeer van de werkgever liggen, en omstandigheden die in de risicosfeer van de werknemer liggen;
- mogelijke andere belangen van de werkgever bij het in dienst houden van de werknemer, anders dan de enkele wens om de transitievergoeding niet te hoeven betalen.

Het feit dat een werkgever eigenrisicodragers is voor de WIA, is volgens de A-G niet zonder meer een relevante factor. Een werkgever blijft in dat geval namelijk ook verantwoordelijk voor de re-integratie als de werknemer uit dienst is. Door de werkgever zou wel kunnen worden betoogd dat het makkelijker is om een werknemer binnen de werkgever te re-integreren als het dienstverband nog bestaat.

Conclusie A-G

De A-G komt tot de conclusie dat de eerste vraag over de 'omgekeerde Stoof-Mammoet-benadering' ontkennend moet worden beantwoord. De tweede en derde vraag behoeven om die reden ook geen beantwoording. De vierde vraag - met betrekking tot de norm van het goed werkgeverschap - wordt wel bevestigend beantwoord. Als uitgangspunt heeft te gelezen dat een werkgever op grond van de norm van goed werkgeverschap gehouden is om in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van het bedrag ter hoogte van de transitievergoeding.

Volgens de A-G kan een dergelijke normstelling bijdragen aan de rechtszekerheid en duidelijkheid in de rechtspraktijk. Door de uitzonderingsclausule is daarnaast ook ruimte voor maatwerk. Het formuleren van een omstandighedenclausule (waarbij rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval) acht de A-G niet passend. Hiermee wordt namelijk verondersteld dat sprake is van een afweging, maar dit is niet het geval. Een slapend dienstverband behoort te worden beëindigd, *tenzij* de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij het in stand houden van het dienstverband.

En nu?

Bovenstaande uiteenzetting is een advies van de A-G aan de Hoge Raad over de beantwoording van de prejudiciële vragen. De Hoge Raad is vrij om het advies al dan niet te volgen. In veel gevallen neemt de Hoge Raad het advies over, maar dit hoeft dus niet. Wanneer de Hoge Raad uitspraak doet, is niet bekend. Tot die tijd is het kiezen voor het

slapend houden van dienstverbanden niet zonder meer zonder risico's. De Wet compensatie transitievergoeding treedt dan wel per 1 april 2020 in werking, het deel dat wordt opgebouwd tussen de 104 weken en het daadwerkelijke einde dienstverband wordt niet vergoed!

[1] De werknemer had de mogelijkheid om - na toestemming van het UWV - het ontslag voor te leggen aan de rechter wegens een 'kennelijk onredelijkheid'. Indien hier sprake van was, dan kon de werkgever aan de werknemer een schadevergoeding verschuldigd zijn. Indien sprake was van K-O dan kon wel een vergoeding worden toegekend. In een ontbindingsprocedure bij de rechtbank stond het de rechter wel vrij om een vergoeding toe te kennen, maar dit deed de rechter in beginsel niet bij een beëindiging wegens langdurige arbeidsongeschiktheid.

[2] Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2019:899, r.o. 10.3

[3] Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2019:899, r.o. 15.4

[4] Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2019:899, r.o. 15.1

[5] Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2019:899, r.o. 15.1

[6] Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2019:899, r.o. 18.11 t/m 18.4

[7] Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2019:899, r.o. 19.3

[8] Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2019:899, r.o. 19.9