

Slapend in dienst?

Een praktijkgericht juridisch onderzoek over de problematiek rondom slapende dienstverbanden en het 'wetsvoorstel compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid'



Maura Keij

Rotterdam, 29 mei 2017

Slapend in dienst?

Een praktijkgericht juridisch onderzoek over de problematiek rondom slapende dienstverbanden en het 'wetsvoorstel compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid'

Naam: M.S.J Keij
Studentnummer: 2081343
Opleiding: Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Locatie: Tilburg

Eerste afstudeerdocent: de heer Kooij
Tweede afstudeerdocent: mevrouw Weideveld
Afstudeerperiode: februari 2017 – mei 2017

Afstudeerorganisatie: FNV, locatie Rotterdam
Naam afstudeermentor: mevrouw Von Kriegenbergh

Plaats en datum: Rotterdam, 29 mei 2017

Voorwoord

Met trots presenteer ik u dit onderzoeksrapport over de problematiek rondom slapende dienstverbanden en het 'wetsvoorstel compensatie transitievergoeding na twee jaar ziekte'. Het recht is altijd in beweging. Dat blijkt wel uit het feit dat het wetsvoorstel tijdens dit onderzoek controversieel is verklaard. De tijd zal moeten uitwijzen of het wetsvoorstel door een nieuw kabinet wordt ingevoerd. Ik zal de ontwikkelingen in het ontslagrecht daarom op de voet blijven volgen.

Dit onderzoeksrapport is in opdracht van de FNV geschreven. Ik ben dankbaar dat de FNV mij de kans heeft gegeven om een arbeidsrechtelijk onderzoek te verrichten. Mijn passie ligt namelijk bij dit rechtsgebied. Mijn afstudeerperiode bij de FNV heb ik als plezierig en leerzaam ervaren. De toegankelijke sfeer binnen het kantoor zorgde ervoor dat ik me op mijn gemak voelde en elke dag met veel plezier naar mijn stageadres ging. Ik heb de ruimte gekregen om me optimaal op mijn scriptie te focussen en mocht ter afwisseling meekijken in het werkveld.

Dit rapport is het sluitstuk van mijn bacheloropleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool in Tilburg. Met veel passie voor het recht heb ik deze opleiding doorlopen. Ook heb ik op deze opleiding bijzondere personen leren kennen die een speciaal plekje in mijn hart hebben gekregen.

Langs deze weg wil ik graag een aantal mensen bedanken voor hun steun, aanmoedigende woorden en vertrouwen. Allereerst wil ik mijn stagementor Shirley Von Kriegenbergh bedanken voor de inhoudelijke feedback, uitstekende begeleiding en inspirerende gesprekken. Tevens wil ik procesjuristen Ron Antes en Ivo Ouwehand en beleidsadviseur Paul van den Boom van de FNV bedanken voor hun medewerking aan de interviews. Ook wil ik de overige juristen van de FNV te Rotterdam bedanken voor hun medewerking aan het praktijkgedeelte van mijn onderzoek door het ter beschikking stellen van hun dossiers. Daarnaast wil ik Pascal Kruit bedanken voor de tijd die hij vrij heeft gemaakt voor het interview en voor de tips die hij mij heeft gegeven voor mijn toekomstige loopbaan. Mijn stagedocent Mark Kooij wil ik ook hartelijk bedanken voor zijn begeleiding en constructieve feedback. Een speciaal woord van dank gaat uit naar mijn ouders voor hun onvoorwaardelijke steun en vertrouwen tijdens de opleiding en in het bijzonder tijdens deze afstudeerperiode.

Tot slot wil ik voornoemde mensen graag bedanken voor het aanwakkeren van mijn passie voor het arbeidsrecht. De praktijkervaringen en gevoerde gesprekken hebben mijn keuze bevestigd om mij verder te verdiepen in het arbeidsrecht en zo mijn ambities na te jagen.

Maura Keij

Rotterdam, mei 2017

Inhoudsopgave

Samenvatting

Lijst met afkortingen

Hoofdstuk 1 Inleiding	8
§1.1 Organisatie	8
§1.2 Probleembeschrijving	8
§1.3 Centrale vraag	9
§1.4 Doelstelling	9
§1.5 Verantwoording onderzoeksstrategieën en onderzoeksmethodiek	9
§1.6 Afbakening	10
§1.7 Leeswijzer	10
Hoofdstuk 2 Ontslagrecht voor 1 juli 2015	12
§2.1 Opzegging en ontbinding van de arbeidsovereenkomst tot 1 juli 2015	12
§2.1.1 Opzeggen via UWV	12
§2.1.2 Ontbinding door de kantonrechter	13
§2.2 Kennelijk onredelijk ontslag	14
§2.3 Duaal stelsel	15
§2.4 Wetswijziging WWZ	15
Hoofdstuk 3 De transitievergoeding en de arbeidsongeschikte werknemer	17
§3.1 De transitievergoeding	17
§3.1.1 Recht op de transitievergoeding	17
§3.1.2. Uitzondering recht op de transitievergoeding	18
§3.1.3. Hoogte	19
§3.1.4 Uitzondering hoogte transitievergoeding	20
§3.2 Langdurig zieke werknemer	21
§3.2.1 Loondoorbetaling	21
§3.2.2 Opzegverbod	21
§3.2.3 Re-integratieverplichtingen werkgever en werknemer	22
§3.2.4 Uitkering	23
§3.2.5 Eigenrisicodragerschap	23
§3.3 Slappend dienstverband	24
§3.3.1 Gevolgen voor de werknemer	24
§3.3.2 Gevolgen voor de werkgever	24
Hoofdstuk 4 Jurisprudentie slappend dienstverband	26
§4.1 Ontslagplicht	26
§4.2 Opzegging	26
§4.3 Goed werkgeverschap	27

§4.4 Wanprestatie	27
§4.5 Ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.....	27
§4.6 Pensioengerechtigde leeftijd.....	28
§4.7 Tussenconclusie.....	28
Hoofdstuk 5 Advisering bij slapende dienstverbanden	29
§5.1 Dossieronderzoek	29
§5.1.1 Uitkomsten dossiers.....	29
§5.1.2 Behandeling dossiers.....	30
§5.1.3 Gegevens dossiers	31
§5.2 Interviews procesjuristen FNV	33
§5.2.1 Arbeidsongeschiktheidspercentage.....	33
§5.2.2 Leeftijd en duur	34
§5.2.3 Procederen	34
§5.3 Interview beleidsadviseur FNV	34
§5.3.1 Beleid.....	34
§5.3.2 Behandelen dossiers.....	35
§5.4 Werkgeversperspectief	35
§5.4.1. Risico's	35
§5.4.2. Factoren.....	35
§5.5 Tussenconclusie.....	36
Hoofdstuk 6 ‘Wetsvoorstel compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid’	37
§6.1 Ontwikkelingen	37
§6.1.1 Voor invoering van de WWZ	37
§6.1.2 Knelpunten na invoering van de WWZ	38
§6.1.3 Aankondiging wetswijziging.....	38
§6.1.4 Beoogde datum inwerkingtreding	39
§6.2 Inhoud van het wetsvoorstel	39
§6.2.1 Wijzigingen	39
§6.2.2 Kosten	41
§6.3 Gevolgen van het wetsvoorstel in de praktijk.....	41
§6.4 Advies Raad van State	42
Hoofdstuk 7 Conclusie en aanbevelingen	44
§7.1 Conclusies.....	44
§7.2 Aanbevelingen.....	46
Bronnenlijst.....	48

Samenvatting

Dit onderzoeksrapport is geschreven om de juristen van de FNV te helpen de belangen van werknemers in een slapend dienstverband optimaal te behartigen. De volgende vraag staat in dit onderzoek centraal: *‘Met welke factoren, mede gelet op de gevolgen van het wetsvoorstel compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid’, moeten de juristen van de FNV rekening houden in hun advies aan langdurig zieke werknemers in een slapend dienstverband?’*. Het onderzoek is gebaseerd op rechtsbronnen- en literatuuronderzoek, onderzoek van twintig dossier van de FNV over slapende dienstverbanden en interviews met procesjuristen, een beleidsadviseur socialezekerheidsrecht van de FNV en met een arbeidsrechtadvocaat.

Sinds de wijziging van de Wet Werk en Zekerheid op 1 juli 2015 is de transitievergoeding in de wet opgenomen, met als doel ontslag te compenseren en de overgang naar een andere baan voor de werknemer te vergemakkelijken. De lasten die werkgevers hebben ten opzichte van langdurig zieke werknemers zijn sinds die wetswijziging aanzienlijk gestegen. Werkgevers zijn niet alleen nog steeds verantwoordelijk voor twee jaar loondoorbetaling bij ziekte en re-integratiekosten, maar moeten nu ook bij het beëindigen van het dienstverband een transitievergoeding betalen. Door deze situatie, die voor veel werkgevers onrechtvaardig aanvoelt, zijn er slapende dienstverbanden ontstaan. De kern van deze problematiek is dat sommige werkgevers de arbeidsovereenkomst met hun langdurig zieke werknemer niet opzeggen als de loondoorbetalingsverplichting is gestopt, waardoor de werknemer geen recht heeft op de transitievergoeding.

De minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid vindt het onfatsoenlijk van werkgevers als zij het dienstverband slapend houden met als enige reden dat zij de transitievergoeding niet willen betalen. Uit het jurisprudentie onderzoek blijkt dat de rechtsprekende macht deze gedraging van werkgevers niet ziet als: ernstig verwijtbaar, slecht werkgeverschap of wanprestatie. Een werknemer in een slapend dienstverband heeft daardoor vrijwel geen middelen in rechte om de transitievergoeding af te dwingen.

Volgens de heer Kruit is de beslissing van een werkgever omtrent het al dan niet slapend houden van een dienstverband gebaseerd op financiële afwegingen. De werkgever weegt de hoogte van de transitievergoeding af tegen het risico op re-integratie en reorganisatie. Uit het dossieronderzoek blijkt dat naarmate een werknemer in een slapend dienstverband dichterbij zijn pensioengerechtigde leeftijd komt of het dienstverband langer duurt, is de kans groter dat het dienstverband slapend blijft. Hoe lager het arbeidsongeschiktheidspercentage, hoe groter de kans dat het dienstverband wordt beëindigd.

De wetgevende macht heeft tot slot ook grote invloed op slapende dienstverbanden. Het *‘wetsvoorstel compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid’* dat een einde moet maken aan de problematiek door de transitievergoeding te vergoeden uit het Awf-fonds, is controversieel verklaard. Door de grote onzekerheid over het wetsvoorstel zijn werkgevers nog terughoudender in het beëindigen van het slapend dienstverband dan voorheen. Werknemers in een slapend dienstverband die hun pensioengerechtigde leeftijd bereiken voordat het wetsvoorstel wordt ingevoerd (als dit al gebeurt), hebben daardoor grote kans de transitievergoeding helemaal mis te lopen.

De belangrijkste aanbeveling uit dit onderzoek is dat de juristen van de FNV de factoren die van invloed zijn op het al dan niet slapend blijven van een dienstverband bij elk dossier vooraf in kaart moeten brengen, zodat zij hun argumentatie hierop af kunnen stemmen. Het geeft geen resultaat om werkgevers te blijven wijzen op het wetsvoorstel in een poging hen tot betaling te bewegen. Veel beter kan gefocust worden op de risico's die het slapend houden van het dienstverband met zich meebrengt voor werkgevers.

Lijst met afkortingen

Awf	Algemeen Werkloosheidsfonds
BW	Burgerlijk Wetboek
IBB	Individuele Belangen Behartiging
IVA	Inkomensvoorziening Volledig Arbeidsongeschikten
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VAAN	vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland
WGA	Werkhervatting Gedeeltelijk Arbeidsgeschikten
WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WW	Werkloosheidswet
WWZ	Wet Werk en Zekerheid

Hoofdstuk 1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de probleembeschrijving, de centrale vraag en de doelstelling weergegeven. Daarna volgt de verantwoording van de gekozen onderzoeksstrategieën, bronnen en methoden en de afbakening van dit onderzoek. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een leeswijzer.

§1.1 Organisatie

De FNV is de grootste vakbond van Nederland.¹ De vakbond maakt zich van oudsher sterk voor de rechten van werknemers. Ze komt op voor leden die werken, willen werken of gewerkt hebben en staat voor een rechtvaardige en solidaire verdeling van werk, welvaart, welzijn en macht.² De FNV steunt en faciliteert leden op verschillende manieren om haar doelstellingen te verwezenlijken. Een van de locaties waar dit gebeurt, is op de afdeling Individuele Belangen Behartiging (IBB) in Rotterdam. Hier werken procesjuristen aan individuele vraagstukken van leden. De procesjuristen richten zich hierbij op het adviseren van leden over juridische vraagstukken op het gebied van arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht en op het voeren van procedures.

§1.2 Probleembeschrijving

Vóór de verandering van de Wet Werk en Zekerheid (WWZ) op 1 juli 2015 konden werkgevers met toestemming van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) de arbeidsovereenkomst na twee jaar ziekte opzeggen zonder dat de werknemer recht had op een ontslagvergoeding.³ Deze kosteloze eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid is nu niet meer mogelijk. Werknemers hebben nu op grond van art. 7:673 lid 1 sub a van het Burgerlijk Wetboek (BW) in beginsel recht op een transitievergoeding als de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever wordt opgezegd, ontbonden of niet wordt voortgezet. De werkgever is de transitievergoeding niet verschuldigd als hij kan aantonen dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.⁴

Wanneer een werknemer langdurig ziek is, wordt de werkgever met hoge kosten geconfronteerd. Gedurende de ziekteperiode is de werkgever verplicht minimaal 104 weken het loon door te betalen en kosten te maken voor de re-integratie van de werknemer.⁵ Als de arbeidsovereenkomst na de periode van loondoorbetaling wordt opgezegd, komt hier de transitievergoeding nog bovenop. Er zijn werkgevers die onder de kosten van de transitievergoeding uit proberen te komen door middel van een zogenoemd 'slapend dienstverband'.⁶ De werkgever laat het dan na om de arbeidsovereenkomst op te zeggen na twee jaar ziekte, waardoor de werknemer in dienst blijft bij de werkgever. Hij is de werkgever dan geen loon meer verschuldigd. De werknemer kan dan, afhankelijk van het arbeidsongeschiktheidspercentage, in de meeste gevallen wel aanspraak maken op een uitkering op grond van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) of op grond van de Werkloosheidswet (WW). Tijdens het slapend dienstverband heeft de werkgever nog steeds re-integratieverplichtingen. Het grote voordeel van slapende dienstverbanden voor werkgevers, en tevens het nadeel voor werknemers, is dat werkgevers door deze constructie geen transitievergoeding verschuldigd zijn aan hun langdurig zieke werknemer.

¹ 'Over FNV', FNV, fnv.nl (zoek op: over fnv)

² 'Onze missie', FNV, fnv.nl (zoek op: missie)

³ 'Ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, voor en na 1 juli 2015', 23 maart 2015, rechtsgevoel.nl (zoek op: langdurige arbeidsongeschiktheid)

⁴ art. 7:673 lid 1 sub b BW

⁵ art. 7:629 BW; art. 7:658a BW

⁶ 'Eenvandaag', Avrotros NPO, 2 februari 2017

De huidige situatie roept gevoelens van onrechtvaardigheid op.⁷ De politiek heeft de problematiek binnen de huidige wetgeving erkend. Lodewijk Asscher, minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, heeft aangegeven dat het niet van fatsoenlijk werkgeverschap getuigt als het niet willen betalen van de transitievergoeding de enige reden is om een werknemer onbetaald in dienst te houden.⁸

Het 'wetsvoorstel compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid' is gemaakt om de problematiek rondom de slapende dienstverbanden op te lossen. In dit wetsvoorstel staat dat werkgevers gecompenseerd zullen worden voor de (in beginsel) volledige kosten van de transitievergoeding. De compensatie zal door het UWV worden betaald vanuit het Algemeen Werkloosheidsfonds (Awf) en daar zal een verhoging van de Awf-premie tegenover staan. Het wetsvoorstel voorziet er tevens in dat ook ontslagvergoedingen die zijn betaald in de periode tussen 1 juli 2015 (introductie van de transitievergoeding) en de datum van inwerkingtreding van de compensatieregeling, worden gecompenseerd.⁹ De beoogde datum van inwerkingtreding was aanvankelijk 1 januari 2018. Al snel werd duidelijk dat die datum niet haalbaar bleek, waardoor de datum met een jaar opgeschoven is naar 1 januari 2019.¹⁰

Leden die, na twee jaar ziekte, aanspraak willen maken op de transitievergoeding kloppen bij de FNV aan. De juristen van de FNV op de afdeling IBB willen zich hard maken voor deze werknemers. Zij willen weten met welke factoren zij rekening moeten houden in het advies dat zij aan werknemers in een slapend dienstverband geven. Ook dienen zij in hun advisering rekening te houden met het aankomende wetsvoorstel. Door de beoogde overgangsregeling heeft het wetsvoorstel namelijk ook invloed op de keuzes die nu gemaakt worden. De vraag is hoe de juristen van de FNV hier het beste op kunnen anticiperen.

§1.3 Centrale vraag

De probleembeschrijving heeft geleid tot de formulering van de centrale vraag:
“Met welke factoren, mede gelet op de gevolgen van het ‘wetsvoorstel compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid’, moeten de juristen van de FNV rekening houden in hun advies aan langdurig zieke werknemers in een slapend dienstverband?”

§1.4 Doelstelling

Op 29 mei 2017 wordt aan de FNV een praktijkgericht onderzoeksrapport opgeleverd over de factoren die van invloed zijn op het al dan niet slapend blijven van een dienstverband en over het effect dat het 'wetsvoorstel compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid' heeft op het advies dat juristen van de FNV aan werknemers geven. Aan de hand van de conclusies en aanbevelingen uit het onderzoek, kunnen de juristen bij de FNV werknemers met vragen op het gebied van slapende dienstverbanden een passend advies geven. Zo kunnen zij de belangen van deze werknemers optimaal behartigen.

§1.5 Verantwoording onderzoeksstrategieën en onderzoeksmethodiek

In dit onderzoek zijn meerdere strategieën toegepast. Voor het juridisch kader van dit onderzoeksrapport is gebruikgemaakt van het rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. De WWZ, de bijbehorende wetsgeschiedenis, vakliteratuur en jurisprudentie zijn geraadpleegd en geanalyseerd door middel van een inhoudsanalyse.

⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 64-65.

⁸ Brief van de minister van Sociale Zaken van 3 september 2015, 2015Z14478.

⁹ Kamerstukken II 2016/17, 34 351, 22, p. 5.

¹⁰ Tijdens dit onderzoek werd het wetsvoorstel controversieel verklaard, waardoor niet duidelijk is wanneer en of het wetsvoorstel in werking zal treden (zie paragraaf 6.1.4)

Voor het praktijkgerichte gedeelte van het onderzoek is gebruikgemaakt van een casestudy en interviews. De casestudy is verricht om inzicht te krijgen in de factoren die van belang zijn op het al dan niet slapend blijven van een dienstverband. In de casestudy zijn twintig dossiers van de FNV bestudeerd. De twintig dossiers zijn behandeld door acht verschillende juristen op verschillende afdelingen binnen FNV Rotterdam. De selectie van dossiers is willekeurig tot stand gekomen. Er is intern bij de FNV locatie Rotterdam een vraag uitgezet om de onderzoeker op lopende en afgeronde zaken te attenderen die betrekking hebben op slapende dienstverbanden. De geselecteerde dossiers zijn het resultaat van die vraag. Het dossieronderzoek is een combinatie van kwantitatief en kwalitatief onderzoek. Vooraf is een drietal tabellen opgesteld met relevante factoren per dossier. Deze tabellen zijn tijdens het onderzoek ingevuld.

Twee procesjuristen van de FNV zijn geïnterviewd om hun werkwijze en visie met betrekking tot slapende dienstverbanden in kaart te brengen. Paul van den Boom is geïnterviewd omdat hij als beleidsadviseur sociale zekerheid bij de FNV in het bezit is van beleidsmatige kennis over het onderwerp. Tot slot is een interview afgenomen met mr. dr. Pascal Kruit, advocaat bij Ten Holter/Noordam, die het werkgeversperspectief van het onderwerp belicht. Zijn toestemmingsverklaring voor dit interview is bijgevoegd in bijlage 8. De interviews zijn vakkundig voorbereid door het opstellen van een interviewleidraad. Deze vakkundigheid is ontstaan na het volgen van een cursus interviewtechnieken aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. Een bewijs van deelname is bijgevoegd in bijlage 1. Door de interviews op te nemen, konden de gegevens nauwkeurig verwerkt worden in interviewverslagen. Hierdoor zijn het betrouwbare bronnen. Deze verslagen zijn opgenomen als bijlage 4,5, 7 en 9.

§1.6 Afbakening

Het 'wetsvoorstel compensatie transitievergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid' dat wordt genoemd in de centrale vraag, is deel van een wetsvoorstel dat kortgezegd een tweetal wijzigingen inhoudt. De citeertitel van het wetsvoorstel luidt: 'transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid'. Vanwege de afbakening van dit onderzoek wordt de wijziging die toeziet op het onderwerp bedrijfseconomische omstandigheden buiten beschouwing gelaten. Ter verduidelijking wordt in dit onderzoek gesproken van het 'wetsvoorstel compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid' of de verwijzing 'het wetsvoorstel'.

§1.7 Leeswijzer

Hoofdstuk 2 van dit rapport geeft een globaal beeld van het ontslagrecht, zoals dat was voor de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid. Daarbij staan de ontslagvergoedingen waar (langdurig zieke) werknemers recht op konden hebben centraal. In hoofdstuk 3 draait het om het juridisch kader van de transitievergoeding en de gevolgen van een slapend dienstverband voor werknemers en werkgevers. Hoofdstuk 4 geeft door middel van een jurisprudentieanalyse weer welke mogelijkheden een werknemer in een slapend dienstverband heeft om de transitievergoeding in rechte af te dwingen. Hoofdstuk 5 is gebaseerd op onderzoek uit de praktijk en geeft weer welke factoren van invloed zijn op het al dan niet slapend blijven van het dienstverband. In hoofdstuk 6 wordt aandacht besteed aan de inhoud van het 'wetsvoorstel compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid' en de gevolgen van dit wetsvoorstel voor de problematiek rondom de slapende dienstverbanden. Tot slot geeft hoofdstuk 7 de conclusies en aanbevelingen van dit onderzoek weer.

Op 14 maart 2017, tijdens het schrijven van dit onderzoeksrapport, is het kabinet Rutte II demissionair geworden.¹¹ Waar in dit onderzoek gesproken wordt over 'het kabinet' of Lodewijk Asscher, minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, wordt bedoeld demissionair kabinet of demissionair minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

¹¹ 'Een demissionair kabinet', *Tweede Kamer*, tweedekamer.nl (zoek op: *demissionair kabinet*)

Hoofdstuk 2 Ontslagrecht voor 1 juli 2015

In dit hoofdstuk wordt een globaal beeld geschetst van het ontslagrecht, zoals dat was voor de inwerkingtreding van de WWZ op 1 juli 2015. De transitievergoeding bestond toen nog niet, waardoor slapende dienstverbanden niet werden ingezet als methode om het betalen van de transitievergoeding te ontlopen. Om het contrast te kunnen schetsen met de huidige transitievergoeding, worden de ontslagvergoedingen besproken waar (langdurig zieke) werknemers recht op konden hebben voor 1 juli 2015. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een introductie van de WWZ die de transitievergoeding in de wet heeft geregeld.

§2.1 Opzegging en ontbinding van de arbeidsovereenkomst tot 1 juli 2015

Een werkgever die voor 1 juli 2015 de arbeidsovereenkomst wilde ontbinden of op wilde zeggen, kon twee wegen bewandelen. Hij kon een ontslagvergunning verzoeken bij het UWV of de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Beide situaties worden in deze paragraaf bondig beschreven.

§2.1.1 Opzeggen via UWV

De werkgever die de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig op wilde zeggen, had voorafgaande toestemming nodig van het UWV, de zogenoemde ontslagvergunning.¹² De werkgever had deze toestemming niet nodig in de volgende gevallen:

- a) opzegging om een dringende reden (ontslag op staande voet);¹³
- b) opzegging tijdens de proeftijd;¹⁴
- c) opzegging ten gevolge van faillissement of een schuldsaneringsregeling;¹⁵
- d) ontslag met wederzijds goedvinden;¹⁶
- e) beëindiging van rechtswege;¹⁷
- f) ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter.¹⁸

De werkgever mocht de arbeidsovereenkomst niet opzeggen indien sprake was van een opzegverbod. Deze opzegverboden waren limitatief en stonden genoemd in het oude artikel 7:670 BW. Zo kon de werkgever de eerste twee jaar dat een werknemer arbeidsongeschikt was niet opzeggen volgens lid 1, tenzij sprake was van de beëindiging van een deel van of het gehele bedrijf.¹⁹ De opzegverboden golden niet indien sprake was van een van de bovenstaande situaties a t/m f.²⁰

Op basis van onderstaande ontslaggronden kon een ontslagvergunning door het UWV worden gegeven:

1. ontslag wegens bedrijfseconomische redenen;²¹
2. ontslag wegens andere dan bedrijfseconomische redenen;²²
 - a) ongeschiktheid voor de functie;²³
 - b) gewetensbezwaren;²⁴
 - c) verwijtbaar handelen of nalaten;²⁵
 - d) duurzaam verstoorde arbeidsrelatie;²⁶

¹² art. 6 lid 1 BBA 1945 (oud)

¹³ art. 6 lid 2 sub a BBA 1945 (oud)

¹⁴ art. 6 lid 2 sub b BBA 1945 (oud)

¹⁵ art. 6 lid 2 sub c BBA 1945 (oud)

¹⁶ art. 7:900 BW

¹⁷ art. 7:667 BW (oud)

¹⁸ art. 7:658 lid 1 BW (oud)

¹⁹ art. 7:670b lid 2 BW (oud)

²⁰ art. 7:670b BW (oud)

²¹ art. 4:1 t/m art. 4:5 Ontslagbesluit

²² art. 5:1 Ontslagbesluit; art. 5:2 Ontslagbesluit

²³ art. 5:1 lid 1 Ontslagbesluit

²⁴ art. 5:1 lid 2 Ontslagbesluit

²⁵ art. 5:1 lid 3 Ontslagbesluit

e) (langdurige) arbeidsongeschiktheid.²⁷

Het UWV had geen mogelijkheden om een ontslagvergoeding toe te kennen aan de werknemer.

§2.1.2 Ontbinding door de kantonrechter

Ontbinding kon bij de kantonrechter worden verzocht om twee redenen:

1. gewichtige redenen;
 - a) dringende reden;
 - b) verandering in de omstandigheden;
2. wanprestatie (toerekenbare tekortkoming).

1) Gewichtige redenen

Zowel de werknemer als de werkgever kon de kantonrechter te allen tijde verzoeken om de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden (art. 7:685 BW oud). 'Te allen tijde' betekende dat een ontbindingsverzoek ook mogelijk was als er een ontslagverbod gold of bij contracten voor bepaalde tijd waarbij geen tussentijds opzeggingsbeding was afgesproken. De kantonrechter diende wel te onderzoeken of het verzoek tot ontbinding verband hield met het bestaan van een opzegverbod.²⁸ Als er een verband was, werd 'reflexwerking' toegekend aan de ontslagverboden. Dit hield in dat de kantonrechter rekening hield met de ontslagverboden, ook al golden deze niet in een ontbindingsprocedure. Op grond van het oude artikel 7:685 lid 11 BW was het niet mogelijk in hoger beroep en cassatie te gaan bij de ontbindingsprocedure op grond van gewichtige redenen.

De ontbindingsgrond gewichtige redenen was onder te verdelen in twee categorieën:

1. alle omstandigheden die ook een dringende reden zouden kunnen zijn voor ontslag op staande voet;²⁹
2. een verandering in omstandigheden op grond van billijkheidsoverwegingen, waardoor op korte termijn een einde diende te komen aan het dienstverband.³⁰

Als de arbeidsovereenkomst werd ontbonden wegens een verandering in de omstandigheden, dan kon de rechter als dit hem billijk leek aan een van de partijen opleggen een vergoeding te betalen aan de tegenpartij. Deze ontbindingsvergoeding kon niet worden opgelegd als de dringende reden de oorzaak was van de ontbinding. De hoogte van de ontbindingsvergoeding werd vastgesteld aan de hand van de kantonrechtersformule. Deze was als volgt: aantal gewogen dienstjaren x beloning x correctiefactor. De neutrale correctiefactor was 1. Als het ontslag voornamelijk aan de werknemer te wijten was, dan werd de correctiefactor verlaagd of op nihil gesteld. Wanneer de verwijtbaarheid meer bij de werkgever lag, werd deze factor juist verhoogd.³¹ Deze factor kon lager uitvallen naarmate er sprake was van grote financiële problemen bij de werkgever. Gezien de afbakening van het onderzoek wordt niet verder ingegaan op de berekening van de kantonrechtersformule.

2) Wanprestatie

De andere reden om een arbeidsovereenkomst te laten ontbinden bij de kantonrechter was wanprestatie. Dit hield in dat een van de partijen de arbeidsovereenkomst niet of niet behoorlijk nakwam en er sprake was van een toerekenbare tekortkoming.³² Als het ging om fouten van de werknemer, moest er sprake zijn van opzet of grove schuld om de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden. In de praktijk werd bijna nooit wegens

²⁶ art. 5:1 lid 4 Ontslagbesluit

²⁷ art. 5:2 Ontslagbesluit

²⁸ art. 7:685 lid 1 BW (oud)

²⁹ art. 7:677 BW (oud); art. 7:678 BW (oud); art. 7:679 BW (oud).

³⁰ art. 7:685 lid 2 BW (oud)

³¹ Barentsen, *MvV* 2017, p 13-15.

³² art. 7:686 BW (oud)

wanprestatie ontbonden. Het lag meer voor de hand om de arbeidsovereenkomst te beëindigen door een ontslagvergunning bij het UWV aan te vragen of de rechter de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden wegens een gewichtige reden.³³

Een ontbindingsverzoek kon ook ingediend worden, nadat het UWV de ontslagvergunning had geweigerd. De rechter kon andere afwegingen maken en het verzoek inwilligen.

§2.2 Kennelijk onredelijk ontslag

Als een van de partijen de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk opzegde, was die partij schadeplichtig. Ook als het ontslag aan de wettelijke vereisten voldeed, kon het ontslag kennelijk onredelijk zijn. De wet noemde een aantal voorbeelden van deze omstandigheden:

- ontslag zonder opgaaf van redenen of onder valse redenen;³⁴
- ontslag waarbij de gevolgen voor de werknemer veel ernstiger zijn dan het belang dat de werkgever heeft bij de beëindiging;³⁵
- ontslag dat in strijd is met art. 7:670 lid 3 BW (opzegverbod militaire dienst);³⁶
- ontslag in afwijking van afspiegelingsregels;³⁷
- ontslag op grond van gewetensbezwaren van de werknemer.³⁸

Het feit dat een werknemer arbeidsongeschikt was tijdens zijn ontslag en dat de werkgever hem geen financiële vergoeding had aangeboden, maakte een ontslag op zichzelf niet kennelijk onredelijk. Voor de beantwoording van de vraag of het ontslag toch als kennelijk onredelijk te kwalificeren was, dienden alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking te worden genomen. Van belang was om in ieder geval aan te tonen dat er sprake was van een causaal verband tussen de ziekte en de werkzaamheden en/of dat de werkgever onvoldoende had gedaan aan re-integratie. De bewijslast van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag lag volledig bij de werknemer.³⁹ Als de kantonrechter oordeelde dat er sprake was van kennelijk onredelijk ontslag, kende hij een vergoeding toe wegens geleden schade, de zogenoemde kennelijkonredelijkontslagvergoeding, of herstelde hij de arbeidsovereenkomst op grond van het oude artikel 7:682 BW.

Voor een bijdrage in het vaktijdschrift *ArbeidsRecht* is door P. Kruit en C.J. Loonstra onderzoek verricht naar de statistieken van ontbindingsvergoedingen in 2010.⁴⁰ In het onderzoek is geconcludeerd dat het aantal afwijzingen van een kennelijkonredelijkontslagvergoeding in 2010 groter was dan het aantal kennelijk onredelijk ontslagoordelen (53 om 49).⁴¹ Als het al lukte om kennelijk onredelijk ontslag aan te tonen, viel de vergoeding in verhouding met de kantonrechtersformule over het algemeen lager uit.

³³ Vegter, *ArA* 2003, afl. 1, p. 68.

³⁴ art. 7:681 lid 2 sub a BW (oud)

³⁵ art. 7:681 lid 2 sub b BW (oud)

³⁶ art. 7:681 lid 2 sub c BW (oud)

³⁷ art. 7:681 lid 2 sub d BW (oud)

³⁸ art. 7:681 lid 2 sub e BW (oud)

³⁹ Hoogeveen, *AR Updates annotaties* 2009, nr. 696, p. 1.

⁴⁰ Mr. dr. Pascal Kruit is arbeidsrechtadvocaat bij Ten Holter/Noordam advocaten te Rotterdam; prof. mr. C.J. Loonstra is hoogleraar Arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en als adviseur verbonden aan Boontje Advocaten Arbeidsrecht te Amsterdam. Daarnaast is hij raadsheer bij het Gerechtshof Den Haag.

⁴¹ Houweling 2011, p. 228.

§2.3 Duaal stelsel

De situatie voor 1 juli 2015, zoals in dit hoofdstuk beschreven, is een duaal ontslagstelsel. De partijen konden zowel het UWV om toestemming voor de opzegging vragen, als de kantonrechter om ontbinding vragen, ongeacht de ontslaggrond. Beide procedures verschilden van elkaar. Deze verschillen worden hieronder uiteengezet.

Het UWV kon bij het verlenen van de ontslagvergunning geen vergoeding toekennen. Daardoor werd deze optie weleens aangemerkt als 'gratis ontslagroute'. Toch was de werkgever niet in alle gevallen zo 'goedkoop' uit. Zoals eerder is benoemd, kon de werknemer nadat de arbeidsovereenkomst was opgezegd namelijk een 'kennelijk onredelijk ontslagprocedure' bij de kantonrechter starten. Hier kon de werknemer een schadevergoeding (of herstel van de arbeidsovereenkomst) verzoeken. De bewijslast was echter hoog. Als er al een vergoeding werd toegekend, kon die kennelijkonredelijkontslagvergoeding veel lager uitvallen dan de ontbindingsvergoeding.⁴² Hoger beroep en cassatie waren mogelijk tegen deze beslissing. De procedure kon daarom langdurig zijn, waardoor partijen lang op uitsluitel moesten wachten.⁴³

Tegen een beslissing van de kantonrechter op het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kon, behoudens zeer uitzonderlijke gevallen, geen Hoger Beroep of cassatie worden ingesteld.⁴⁴ Na deze procedure was er dus een definitief oordeel. Hierdoor was deze procedure geschikt voor partijen die op korte termijn definitief uitsluitel wilden hebben. Een nadeel van deze procedure was wel dat deze prijzig kon zijn. Als de kantonrechter een verzoek inwilligde wegens veranderingen in de omstandigheden, kon hij namelijk een billijkheidsvergoeding toekennen aan de hand van de kantonrechtersformule.⁴⁵ Hoe verwijtbaarder de werkgever was, hoe hoger deze vergoeding.

Door de verschillende procedures en vergoedingen kon een soortgelijke situatie een heel ander resultaat geven. Dit zorgde voor een ongerechtvaardigd onderscheid in uitkomst van de procedures tussen ontbinding en opzegging.⁴⁶ Zoals P. Kruit en C.J. Loonstra in hun bijdrage in *ArbeidsRecht* al schreven over het verschil tussen de ontbindingsvergoeding en de kennelijkonredelijkontslagvergoeding: '*Ingrijpen van de wetgever op dit punt lijkt ons derhalve onvermijdelijk.*'⁴⁷ Deze ongelijkheid heeft er mede toe geleid dat het ontslagrecht met de Wet Werk en Zekerheid ingrijpend is gewijzigd.

§2.4 Wetswijziging WWZ

Op 11 april 2013 is een sociaal akkoord gesloten tussen het kabinet en de sociale partners.⁴⁸ Daaruit volgde het wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid.⁴⁹ Op 29 november 2013 werd dit wetsvoorstel aan de Tweede Kamer aangeboden.⁵⁰ De speerpunten van dat wetsvoorstel waren dat:

- het ontslagrecht sneller, goedkoper en eerlijker moest worden;
- de rechtspositie van flexwerkers moest worden versterkt;

⁴² Loonstra, *DAR* 2012, afl. 9, p. 2.

⁴³ Loonstra & Zondag 2015, p. 35.

⁴⁴ Het wettelijk appelverbod van art. 7:685 lid 11 BW (oud) kan volgens de Hoge raad worden doorbroken in de volgende drie gevallen: 1) de kantonrechter heeft art. 7:685 BW ten onrechte toegepast 2) de kantonrechter heeft art 7:685 BW ten onrechte niet toegepast en 3) de kantonrechter heeft in het kader van de ontbindingsprocedure essentiële vormen verzuimd (zie: De Vaate, *ARBAC* 2012, p. 3.)

⁴⁵ Loonstra & Zondag 2015, p. 36.

⁴⁶ Verburg 2010, p. 13-25.

⁴⁷ Houweling 2011, p. 228.

⁴⁸ Onder sociale partners wordt verstaan: centrale werkgevers- en werknemersorganisaties, vertegenwoordigd in de Stichting van de Arbeid.

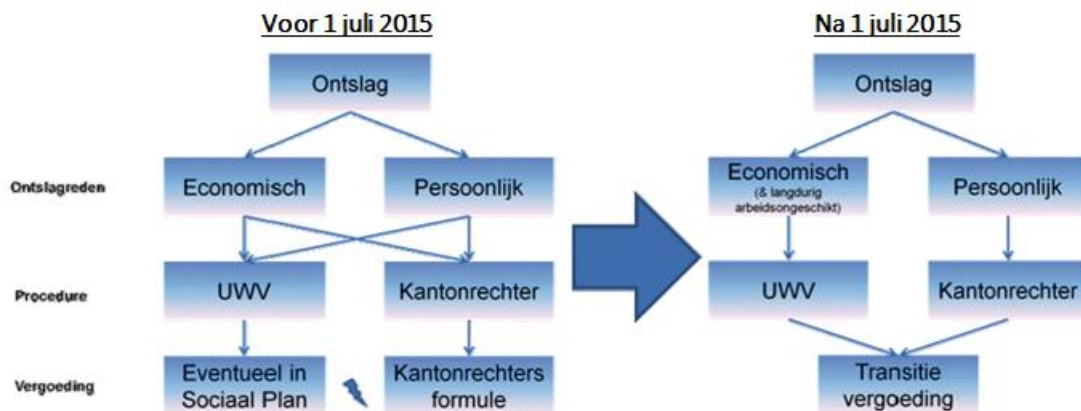
⁴⁹ Brief van de minister van Sociale Zaken van 11 april 2013, 2013-45997.

⁵⁰ Dingemans, e.a. 2015, p. 11.

- de Werkloosheidwet zich meer moest richten op het snel weer aan het werk krijgen van mensen.⁵¹

Dit wetsvoorstel is op 18 februari 2014 aangenomen door de Tweede Kamer. De wet is gefaseerd in werking getreden.⁵² Als eerste trad op 1 januari 2015 het deel over de zogenoemde 'flexbepalingen' in werking. Op 1 juli 2015 trad het 'ontslagrechtdeel' van de WWZ in werking. Vanaf dat moment hebben er ingrijpende veranderingen plaatsgevonden in het ontslagrecht.

Het grote verschil tussen de situatie voor 1 juli 2015 en de huidige situatie is dat de ontslaggrond bepalend is voor de instantie waar de procedure gevolgd moet worden. Bij het UWV kan een ontslagvergunning worden aangevraagd op basis van de volgende gronden: bedrijfseconomische/ bedrijfsorganisatorische redenen of ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid (meer dan 2 jaar).⁵³ Een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter kan worden ingediend in geval van persoonlijke redenen, bijvoorbeeld, disfunctioneren of een verstoorde arbeidsrelatie.⁵⁴ Keuzevrijheid tussen de instanties bestaat dus niet meer. De ontslaggrond is voortaan bepalend. Zoals te zien is in figuur 1, heeft de transitievergoeding de kantonrechtersformule vervangen en maakt het voor het recht op deze vergoeding niet uit of de procedure bij het UWV of bij de kantonrechter gevolgd moet worden. In het volgende hoofdstuk wordt verder ingegaan op de transitievergoeding.



Figuur 1: Illustratie ontslagprocedures voor en na 1 juli 2015⁵⁵

⁵¹ 'Wet Werk en Zekerheid naar de Tweede Kamer', *Rijksoverheid* 29 november 2013, Rijksoverheid.nl (zoek op: wetsvoorstel wwz).

⁵² Koninklijk besluit aangaande de gefaseerde inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (*Stb.* 2014, 274).

⁵³ art. 7:671a lid 1 BW; art. 7:669 lid 3 sub a-b BW

⁵⁴ art. 671b lid 1 sub a BW; art. 7:669 lid 3 sub c t/m h BW

⁵⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p.6 (MvT).

Hoofdstuk 3 De transitievergoeding en de arbeidsongeschikte werknemer

Bij de inwerkingtreding van de WWZ is het ontslagrecht ingrijpend veranderd. Zo heeft de transitievergoeding zijn plek ingenomen in de wet- en regelgeving. In dit hoofdstuk wordt het juridisch kader van de transitievergoeding geschetst. Beschreven wordt wanneer een werknemer aanspraak kan maken op de transitievergoeding en onder welke voorwaarden. Daarna wordt ingegaan op de voor dit onderzoek relevante begrippen rondom de arbeidsongeschikte werknemer, namelijk: de loondoorbetalingsplicht, het opzegverbod, de wederzijdse re-integratieverplichtingen en de arbeidsongeschiktheidsuitkering. Voornoemde onderwerpen zijn van belang om het ontstaan van de problematiek van slapende dienstverbanden te begrijpen. In de laatste paragraaf wordt aandacht besteed aan de gevolgen van het slapend dienstverband voor werknemers en werkgevers.

§3.1 De transitievergoeding

De transitievergoeding is ter vervanging gekomen van de ontbindingsvergoeding (kantonrechtformule) en de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding. De transitievergoeding is in de Wet Werk en Zekerheid opgenomen om het ontslag te compenseren en om de overgang naar een andere baan voor de werknemer, door een financiële vergoeding, te vergemakkelijken.⁵⁶ De vergoeding heeft dus een tweeledig doel.

§3.1.1 Recht op de transitievergoeding

Het recht op de transitievergoeding staat verankerd in de artikelen 7:673 t/m 7:673d BW. Art. 7:673 BW schetst de voorwaarden voor het recht op de vergoeding. De eerste voorwaarde is dat de arbeidsovereenkomst minstens 24 maanden moet hebben geduurd. Arbeidsovereenkomsten die elkaar opvolgen (met tussenpozen van ten hoogste zes maanden) worden bij elkaar opgeteld.⁵⁷ Dit geldt ook bij arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers die redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn. De wetgever heeft bewust gekozen voor de minimale duur van 24 maanden van het dienstverband. De werkgever heeft in het kader van goed werkgeverschap een zorgplicht voor de werknemer, ook bij ontslag.⁵⁸ Deze zorgplicht van de werkgever moet volgens de wetgever echter wel beperkt worden en acht de werkgever daarom niet verantwoordelijk voor het betalen van een vergoeding bij dienstverbanden korter dan twee jaar.⁵⁹

De tweede voorwaarde voor het recht op de transitievergoeding is dat de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever is opgezegd, ontbonden of na het einde van rechtswege niet door de werkgever is voortgezet. Toch kan het recht op de transitievergoeding ook bestaan als de arbeidsovereenkomst door de werknemer is opgezegd, op zijn initiatief is ontbonden of de arbeidsovereenkomst op initiatief van werknemer na einde van rechtswege niet is voortgezet. De oorzaak voor de beëindiging moet dan ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever zijn.⁶⁰

Van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever zal niet snel sprake zijn, aldus de wetgever.⁶¹ Er moet door het gedrag van de werkgever een onwerkbaar situatie zijn ontstaan. De wetgever geeft een aantal voorbeelden:

- als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag;

⁵⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 39 (MvT).

⁵⁷ art. 7:673 lid 4 sub b BW

⁵⁸ art. 7:611 BW

⁵⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 38 (MvT).

⁶⁰ art. 7:673 lid 1 sub b BW

⁶¹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 63.

- als een werkgever discrimineert, de werknemer hiertegen bezwaar maakt, er een onwerkbaar situatie ontstaat en niets anders rest dan ontslag;
- als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Te denken is hierbij aan de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd;
- Als een werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren;
- de situatie waarin een werknemer arbeidsongeschikt is geworden (en uiteindelijk wordt ontslagen) als gevolg van verwijtbaar onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden.⁶²

De rechter kan in dergelijke situaties naast de transitievergoeding ook een billijke vergoeding toekennen aan de werknemer.⁶³

De werkgever is geen transitievergoeding verschuldigd als de werknemer zelf ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of heeft nagelaten, bijvoorbeeld door diefstal of het belemmeren van de bedrijfsvoering door veelvuldig te laat komen.⁶⁴

De werknemer heeft ook geen recht op een transitievergoeding als de werknemer een verlenging van een contract voor bepaalde tijd onder gelijkwaardige of betere voorwaarden afslaat, terwijl er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.⁶⁵ Ook bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden bestaat geen wettelijk recht op de transitievergoeding. Partijen zijn wel vrij om hier afspraken over te maken in een vaststellingsovereenkomst. In de praktijk gebeurt dit ook en heeft de wetgever gelijk gehad toen hij voorspelde dat er een reflexwerking vanuit zou gaan.⁶⁶

§3.1.2. Uitzondering recht op de transitievergoeding

Het uitgangspunt is dus dat in beginsel iedere werknemer die 24 maanden of langer in dienst is recht heeft op een transitievergoeding bij een onvrijwillig einde van zijn arbeidsovereenkomst. Er zijn uitzonderingsituaties waarbij de werknemer geen recht heeft op een transitievergoeding, namelijk bij: werknemers jonger dan achttien jaar, werknemers die hun pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt en bij een slechte financiële situatie van de werkgever. Deze uitzonderingen worden in deze paragraaf kort geschetst.

1. Werknemers jonger dan achttien jaar

Als de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet voor de dag waarop de werknemer achttien jaar wordt en de gemiddelde omvang van de door werknemer verrichte arbeid twaalf uur of minder is, is geen transitievergoeding verschuldigd. De gedachte van de wetgever hierachter is dat tot het achttiende jaar in beginsel iedereen gebonden is aan de leer- of kwalificatieplicht. Arbeid is daarom voor het overgrote deel van deze groep noodzakelijkerwijs niet meer dan van bijkomstige aard.⁶⁷

2. Werknemers die hun pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt

Als de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet nadat de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd (of een hogere of lagere overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd) heeft bereikt, is de transitievergoeding niet verschuldigd.⁶⁸

⁶² Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34 (MvT).

⁶³ art. 7:673 lid 9 BW

⁶⁴ Van Genderen e.a. 2016, p. 40.

⁶⁵ Art. 7:673 lid 1 sub b onder 3 BW; Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 137 (MvT).

⁶⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. C, p. 82.

⁶⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 15 (MvT).

⁶⁸ art. 7:673 lid 7 sub b BW

3. Slechte financiële situatie van de werkgever

De transitievergoeding is ook niet verschuldigd als de werkgever door het betalen daarvan in ernstige financiële problemen komt, ofwel bij surseance van betaling of faillissement van de werkgever, of als ten aanzien van de werkgever een schuldsaneringsregeling is getroffen. Als betaling in een keer zal lijden tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering, dan is betaling in termijnen mogelijk op grond art. 7:673c lid 2 BW. De voorwaarden daarvan staan genoemd in art. 25 van de Ontslagregeling.

Vermeld dient te worden dat bij cao kan worden afgeweken van art. 7:673 en 7:673a BW, de regelingen omtrent de transitievergoeding, als in de cao een gelijkwaardige voorziening is opgenomen.⁶⁹ Onder een gelijkwaardige voorziening wordt verstaan een (som van) op geld waardeerbare voorziening(en) welke het equivalent vormt van de transitievergoeding die anders verschuldigd was geweest.⁷⁰

§3.1.3. Hoogte

Nu beschreven is in welke gevallen aanspraak gemaakt kan worden op de transitievergoeding, dient aandacht besteed te worden aan de hoogte van de vergoeding. In artikel 7:673 lid 2 BW staat hiervoor een standaardberekening opgenomen. De eerste tien jaar van het dienstverband is de vergoeding $1/6^e$ deel van het maandsalaris per zes maanden. Na die tien jaar wordt een vergoeding voorgeschreven van $1/4^e$ deel van het maandsalaris per zes maanden.⁷¹

Een rekenvoorbeeld:

Meneer A is 46 jaar en 17 jaar in dienst bij werkgever B. Zijn bruto maandsalaris is € 3.125,- inclusief 8% vakantiegeld.

- 1) De eerste tien dienstjaren ontvangt hij een derde maandsalaris per dienstjaar $10 \times 1/3 \times € 3.125 = € 10.416,66$*
- 2) Voor de zeven dienstjaren daarna ontvangt hij een half maandsalaris per gewerkt jaar: $7 \times 1/2 \times € 3.125 = € 10.937,50$*

De transitievergoeding die de heer Hoogeboom ontvangt is € 10.416,66 + € 10.937,50 = € 21.354,16.

De hoogte van de transitievergoeding is gemaximeerd. Deze mag namelijk niet hoger zijn dan €77.000,-.⁷² Als het loon over twaalf maanden hoger is dan €77.000,-, dan is dat jaarloon het maximale bedrag. Dit maximum zal echter niet snel worden bereikt. In een standaardgeval duurt het ruim 27 jaar om een jaarsalaris bij elkaar te sparen.⁷³

De belangrijkste redenen voor het op deze wijze maximeren van de transitievergoeding zijn dat te hoge ontslagkosten voor werkgevers worden voorkomen en dat werknemers met een hoger inkomen over het algemeen beschikken over een betere arbeidsmarktpositie. Een transitievergoeding van maximaal een jaarsalaris wordt volgens de wetgever voldoende geacht, omdat werknemers met een hoger salaris vaak sneller werk vinden en eerder de inkomensderving als gevolg van ontslag kunnen opvangen.⁷⁴

⁶⁹ art. 7:673b BW

⁷⁰ *Kamerstukken I 2013/14, 33818, nr. C, p. 24.*

⁷¹ Onder maandsalaris wordt verstaan het bruto maandsalaris, vermeerderd met vaste overeengekomen looncomponenten, zoals vakantietoeslag, een vaste dertiende maand, een structurele overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag (zie: *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 39.*; Regeling looncomponenten en arbeidsduur; art. 2 en 3 Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding).

⁷² De hoogte van de maximale transitievergoeding wordt jaarlijks geïndexeerd (zie: Regeling indexering transitievergoeding, *Stcrt.* 2016, 58571.).

⁷³ Wegener-Belinfante, *AR* 2014, afl. 11, p. 36.

⁷⁴ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 39 (MvT).*

Kosten die de werkgever tijdens het dienstverband heeft gemaakt om de werknemer te ondersteunen bij het vinden van een nieuwe baan of om de arbeidsmarktpositie van de werknemer te vergroten, mogen in mindering gebracht worden op de transitievergoeding op grond van art. 7:673 lid 6 BW. Denk hierbij bijvoorbeeld aan kosten voor scholing bij dreigend ontslag. De werknemer moet hiervoor wel schriftelijke toestemming geven.⁷⁵

§3.1.4 Uitzondering hoogte transitievergoeding

De berekening van de transitievergoeding is (nog) niet in alle gevallen hetzelfde. Er is een tweetal overgangsrechtbepalingen die per 1 januari 2020 vervallen. Beide worden hieronder beschreven.

1. Werknemers ouder dan vijftig jaar

Werknemers die ouder zijn dan vijftig jaar krijgen tot 1 januari 2020 een hogere transitievergoeding uitgekeerd, als zij ten minste 120 maanden (tien jaar) in dienst zijn geweest bij die werkgever.⁷⁶ De reden dat de transitievergoeding voor deze groep (tijdelijk) hoger is, is dat er gedurende lange tijd geen transitie van werk-naar-werk buiten die werkgever heeft plaatsgevonden, wat de arbeidsmarktpositie van deze werknemers minder gunstig maakt. Door toepassing van een hogere berekeningsmaatstaf van de transitievergoeding over de jaren dat een werknemer na zijn vijftigste bij een werkgever in dienst is, draagt de werkgever bij aan de bevordering van werk-naar-werk van de werknemer en wordt het gevolg van de minder gunstige arbeidsmarktpositie niet alleen door de werknemer gedragen.⁷⁷

Voor de berekening van de transitievergoeding voor deze oudere werknemers geldt dat voor elke zes maanden vanaf het moment dat de werknemer ouder dan vijftig jaar is en tenminste tien jaar in dienst geweest, de helft van het maandloon is verschuldigd.⁷⁸ Figuur 2 geeft een overzicht van de hoogte van de transitievergoeding in de reguliere situatie en in de overgangssituatie bij 50-plussers.

Hoogte transitievergoeding	Vergoeding 1 ^{ste} 10 dienstjaren	Vergoeding na 10 dienstjaren
Werknemer jonger dan 50 jaar	1/3 maandsalaris per jaar	1/2 maandsalaris per jaar
Werknemer ouder dan 50 jaar	1/3 maandsalaris per jaar	1 maandsalaris per jaar

Figuur 2. Tabel hoogte transitievergoeding (per dienstjaar)

2. Kleine werkgevers

Onder kleine werkgever wordt verstaan een werkgever met 25 werknemers of minder. Voor werkgevers die deel uitmaken van een groep worden in art. 24 van de Ontslagregeling andere regels gehanteerd.⁷⁹

Kleine werkgevers hoeven niet de volledige transitievergoeding te betalen aan werknemers die onder de 50-plus regeling vallen. Zij betalen dan een transitievergoeding volgens de normale berekening van art. 7:673 lid 2 BW. De gedachte hierachter is dat bij kleine werkgevers ontslag eerder noodzakelijk kan zijn wegens het ontbreken van mogelijkheden tot herplaatsing, terwijl kosten van een hoge transitievergoeding gelet op de grootte van de organisatie juist relatief zwaar kunnen drukken.⁸⁰

⁷⁵ Art. 2 lid 1 sub b Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding.

⁷⁶ art. 7:673a lid 1 BW

⁷⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 40 (MvT).

⁷⁸ art. 7:673a BW

⁷⁹ Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden (zie art. 2:24b BW).

⁸⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 41 (MvT).

In dit hoofdstuk zijn de uitzonderingen rondom het recht op de transitievergoeding besproken. Geconcludeerd dient te worden dat ook arbeidsongeschikte werknemers, wanneer de arbeidsovereenkomst volgens art. 7:673 BW eindigt, in principe recht hebben op een transitievergoeding. Dit is een groot verschil met de situatie voor 1 juli 2015, waar deze werknemers, uitzonderingen daargelaten, geen recht hadden op een vergoeding. De vraag rijst waarom de wetgever voor deze werknemers geen uitzondering of alternatieve regeling heeft opgenomen in de wet. In hoofdstuk 6 wordt verder ingegaan op deze vraag.

§3.2 Langdurig zieke werknemer

Nu het juridisch kader met betrekking tot de transitievergoeding geschetst is, wordt aandacht besteed aan langdurig zieke werknemers. Er wordt ingegaan op: de loondoorbetalingsplicht, het opzegverbod bij ziekte, re-integratieverplichtingen en de arbeidsongeschiktheidsuitkering waar een werknemer eventueel aanspraak op kan maken.

§3.2.1 Loondoorbetaling

Werknemers die ziek zijn behouden in beginsel gedurende ten minste twee jaar het recht op loondoorbetaling.⁸¹ De werkgever moet dit loon bij ziekte betalen, tenzij sprake is van: arbeidsongeschiktheid wegens orgaandonatie, zwangerschapsgerelateerd verzuim en een oudere en voormalig langdurig werkloze die uitvalt door ziekte.⁸² In die gevallen kan de werknemer namelijk een uitkering ontvangen op grond van art. 29 van de Ziektewet, de zogenoemde vangnetuitkering.

De hoogte van de loondoorbetaling bij ziekte varieert. De wettelijke hoogte is 70% van het periodiek verschuldigde loon, maar hier kan in de cao ten gunste van de werknemer van worden afgeweken.⁸³ Op grond van art. 7:629 lid 1 BW dient de werknemer minimaal het voor hem geldende minimumloon te ontvangen. De werknemer ontvangt maximaal het bedrag, bedoeld in artikel 17, eerste lid, van de Wet financiering sociale verzekeringen, met betrekking tot een loontijdvak van een dag. In 2017 is dit maximumdagloon vastgesteld op €205,77.⁸⁴

Na twee jaar stopt de verplichting tot loondoorbetaling. In de volgende gevallen is de werkgever daarentegen verplicht het loon langer door te betalen dan die twee jaar:

1. als een werkgever en werknemer gezamenlijk een verzoek doen om verlenging van de termijn, bijvoorbeeld om de re-integratie te realiseren;⁸⁵
 2. als het UWV een loonsanctie oplegt, om de reden dat de werkgever niet voldoende aan zijn re-integratieverplichtingen heeft voldaan;⁸⁶
 3. als de werknemer niet tijdig een aanvraag heeft gedaan voor zijn WIA-uitkering.⁸⁷
- Deze langere loondoorbetalingsverplichting (loonsanctie) duurt maximaal 52 weken.⁸⁸

§3.2.2 Opzegverbod

Net als bij het ontslagrecht voor 1 juli 2015 geldt voor zieke werknemers voor de eerste twee jaar ziekte een opzegverbod.⁸⁹ Het opzegverbod geldt niet als:

- de werknemer schriftelijk heeft ingestemd met de opzegging;⁹⁰
- het een opzegging tijdens proeftijd betreft;⁹¹

⁸¹ art. 7:629 BW; art. 7:629a BW

⁸² art. 29 lid 2 onder e ZW; art. 29a ZW; art. 29d ZW

⁸³ art. 7:629 BW

⁸⁴ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 4 november 2016, *Stcrt.* 2016, 60172.

⁸⁵ art. 7:629 lid 11 sub b BW; art. 24 WIA

⁸⁶ art. 7:629 lid 11 sub b BW; art. 25 lid 9 WIA

⁸⁷ art. 6:629 lid 11 sub a BW

⁸⁸ art. 25 lid 9 WIA

⁸⁹ art. 7:670 lid 1 BW

⁹⁰ art. 7:670a lid 2 sub a BW

- de opzegging geschiedt wegens dringende redenen;⁹²
- sprake is van bedrijfssluiting;⁹³
- de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt;⁹⁴
- het verzoek om toestemming voor ontslag van het UWV voorafgaand aan de ziekmelding is ontvangen;⁹⁵
- de zieke werknemer zich niet aan zijn re-integratieverplichtingen ex art. 7:660a BW houdt.

§3.2.3 Re-integratieverplichtingen werkgever en werknemer

Re-integratie is het geheel aan maatregelen dat erop gericht is om de arbeidsongeschikte werknemer terug te laten keren in het arbeidsproces. De werkgever en werknemer dragen beide verantwoordelijkheid voor dit proces. Zij dienen samen een plan van aanpak en een re-integratieverslag op te stellen.⁹⁶ Bij de behandeling van de WIA-aanvraag kijkt het UWV onder meer aan de hand van het re-integratieverslag of de werkgever en de werknemer hun aan re-integratieverplichtingen hebben voldaan. Diverse termijnen binnen de twee jaar zijn van belang. Tabel 3 geeft een aantal relevante verplichtingen en bijbehorende termijnen weer.

Termijn	Plicht	Actie
Binnen een week	Werkgever	Ziekmelding Arbodienst (art. 2. Lid 1 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar)
Binnen zes weken	Arbo-/bedrijfsarts	Opstellen probleemanalyse
Binnen acht weken	Arbo-/bedrijfsarts in opdracht van werkgever	Opstellen plan van aanpak
Uiterlijk na 42 weken	Werkgever	Ziekmelding bij UWV melden (38 ZW)
Uiterlijk na 21 maanden	Werkgever	Re-integratieverslag opstellen (art. 64 jo art. 25 lid 3 WIA)
Uiterlijk na 21,5 maand	Werknemer	WIA-aanvraag indienen, waarbij het re-integratieverslag wordt overlegd (art. 65 WIA)

Figuur 3: Belangrijke termijnen re-integratie eerste en tweede ziektejaar⁹⁷

Re-integratie in de eigen functie staat voorop. Alleen als dat, met eventueel nodige aanpassingen, niet mogelijk blijkt, moet de werkgever ander passend werk aanbieden. Daarbij zal de werkgever eerst binnen zijn eigen organisatie moeten kijken, voordat hij passend werk bij een andere werkgever aanbiedt (het zogenoemde tweede spoor).

De inspanningsverplichting van de werkgever voor re-integratie staat genoemd in art. 7:658a BW. Hieruit volgt dat de werkgever: onderzoek moet doen, passend werk moet aanbieden en sancties moet opleggen aan de werknemer als deze niet meewerkt. De werkgever moet initiatief nemen bij de re-integratie. Van de werkgever wordt dus een

⁹¹ art. 7:670a lid 2 sub b BW

⁹² art. 7:670a lid 2 sub c BW

⁹³ art. 7:670a lid 2 sub d BW

⁹⁴ art. 7:670a lid 2 sub e BW

⁹⁵ art. 7:670 lid 1 sub b BW

⁹⁶ art. 25 WIA

⁹⁷ Geugjes 2016, p. 125.

actieve opstelling verwacht.⁹⁸ De re-integratieplicht kan met zich meebrengen dat de werkgever de functies, arbeidsverdeling of arbeidsorganisatie aanpast.⁹⁹ Een werkgever zal moeten nagaan of een functie passend gemaakt kan worden door bijvoorbeeld het aanbieden van scholing, aanpassing van de uren of het arbeidspatroon, of herplaatsing naar een andere vestiging.¹⁰⁰

De verplichtingen die een werknemer heeft op grond van art. 7:660a BW zijn de volgende:

1. gevolg geven aan alle redelijke voorschriften en maatregelen die zijn re-integratie tot doel hebben;
2. meewerken aan het opstellen, evalueren en bijstellen van het plan van aanpak;
3. passend werk verrichten als de werkgever hem daartoe in de gelegenheid stelt.

De werknemer moet zich actief opstellen en waar mogelijk zelf met voorstellen komen voor de re-integratie.

§3.2.4 Uitkering

Als de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever is geëindigd, volgt meestal een WIA-beoordeling. Indien de werknemer aanspraak kan maken op een WIA-uitkering, dan is dit een WGA-uitkering of een IVA-uitkering. De WGA-uitkering staat voor Werkhervatting Gedeeltelijk Arbeidsgeschikten. Voor deze uitkering komen (ex-)werknemers in aanmerking die voor 35%-80% arbeidsongeschikt zijn, ofwel gedeeltelijk arbeidsongeschikten. Ook als een werknemer 80-100% arbeidsongeschikt is, maar niet duurzaam, krijgt hij een WGA-uitkering. Niet duurzaam wil zeggen dat er een redelijke kans bestaat op herstel. De IVA-uitkering staat voor Inkomensvoorziening Volledig Arbeidsgeschikten. Een (ex-)werknemer komt voor een IVA-uitkering in aanmerking als hij voor minstens 80% arbeidsongeschikt is en er weinig tot geen kans op herstel is.

Als een werknemer minder dan 35% arbeidsongeschikt is, heeft hij geen recht op een WIA-uitkering. Als hij niet meer kan werken en voldoende WW-rechten heeft opgebouwd, kan hij aanspraak maken op een WW-uitkering. Daarbij is het niet van belang of de werknemer daadwerkelijk ontslagen wordt, of in een slapend dienstverband zit. Vanwege de afbakening van het onderzoek wordt niet verder ingegaan op de voorwaarden van de verschillende uitkeringen.

§3.2.5 Eigenrisicodragerschap

Een arbeidsongeschikte werknemer heeft niet voor iedere werkgever dezelfde financiële gevolgen. In de WIA geldt voor de WGA-uitkering namelijk een systeem van eigenrisicodragerschap en premiedifferentiatie. Bij het eigenrisicodragerschap wordt uitgegaan van doorberekening van de WGA-lasten van de eerste tien jaar arbeidsongeschiktheid van de werkgever. De werkgevers die gekozen hebben voor dit systeem van eigenrisicodragerschap, betalen alleen een basispremie.¹⁰¹ De werkgevers dragen zelf het financiële risico van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid bij hun werknemers of zij verzekeren zich (deels) bij een particuliere verzekeraar. De werkgevers blijven verantwoordelijk voor de re-integratie van de werknemers, ook als deze een WGA-uitkering krijgen en uit dienst zijn. Voornoemde situatie geldt alleen als bij werknemers die waaraan een WGA-uitkering is toegekend. Als sprake is van een IVA-uitkering of geen arbeidsongeschiktheidsuitkering (<35% arbeidsongeschikt) dan hoeft de werkgever, naast de basispremie, niets te betalen.

⁹⁸ Hof Arnhem 2 september 2008, JAR 2008/275.

⁹⁹ Zie beleidsregels beoordelingskader poortwachter

¹⁰⁰ Van Genderen e.a. 2016, p. 127.

¹⁰¹ De basispremie bedraagt 6,16% van het dagloon in 2017 (zie: art. 1 Besluit premievaststelling vrijwillige verzekering WIA 2017)

Als de werkgever niet kiest voor eigenrisicodragerschap, betaalt hij naast de genoemde basispremie ook een gedifferentieerde premie die afhankelijk is van de hoogte van de WGA-instroom binnen zijn bedrijf afgezet tegen het landelijk gemiddelde.¹⁰² Dat wil zeggen dat de premie die de werkgever aan het UWV moet betalen, hoger wordt indien aan een werknemer die ziek is een WGA-uitkering wordt toegekend.

§3.3 Slapend dienstverband

Een slapend dienstverband bestaat, zoals in de probleembeschrijving al is genoemd, als de werkgever het na twee jaar ziekte nalaat om de arbeidsoverkomst op te zeggen, terwijl de werknemer geen (passende) werkzaamheden meer verricht. In deze paragraaf worden de gevolgen voor zowel de werknemer als de werkgever besproken van het slapend houden van het dienstverband.

§3.3.1 Gevolgen voor de werknemer

In een slapend dienstverband zijn werknemers officieel nog in dienst bij hun werkgever, omdat de arbeidsovereenkomst nooit is opgezegd. De werknemer verricht geen arbeid en de werkgever betaalt geen loon. In principe merkt de werknemer er ook vrijwel niets van dat deze nog in dienst is. Hij hoeft immers niet meer naar zijn werk en heeft vrijwel geen contact meer met zijn werkgever in die hoedanigheid.

Vanuit het perspectief van de werknemer zitten er nadelen aan deze situatie. Het eerste nadeel is het niet ontvangen van de transitievergoeding. Deze vergoeding kan een aardig bedrag vormen en de werknemer loopt deze mis. De vergoeding zou, zeker bij een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer, een nuttige bijdrage kunnen zijn om de transitie naar een nieuwe baan te bevorderen. Daarnaast wordt het dienstverband nooit officieel opgezegd, waardoor de werknemer ook zijn opgebouwde vakantiedagen in principe niet uitbetaald krijgt. De werkgever mag deze immers alleen uitbetalen bij het einde van het dienstverband.¹⁰³ Tot slot kan er nog een emotioneel aspect aanwezig zijn. Werknemers zijn soms al geruime tijd in trouwe dienst bij de werkgever. De transitievergoeding wordt hen 'ontnomen' en het komt voor dat werkgevers ook secundaire arbeidsvoorwaarden afschaffen voor deze werknemers, bijvoorbeeld een jubileumuitkering.¹⁰⁴

§3.3.2 Gevolgen voor de werkgever

Gelet op de financiële voordelen is het te begrijpen dat werkgevers voor de constructie van een slapend dienstverband kiezen, te meer omdat dit in jurisprudentie door rechters niet afgestraft lijkt te worden (zie hoofdstuk 4). Het slapende dienstverband lijkt positief voor werkgevers. Toch zijn er ook risico's aan verbonden.

Allereerst kan het slapende dienstverband weer 'wakker worden'. Als de werkgever herstelt, kan hij direct zijn eigen functie opeisen. Ook behoudt de werkgever zijn re-integratieverplichtingen. Als passend werk beschikbaar is, moet hij dit aan de werknemer in het slapend dienstverband aanbieden. De vraag zal blijven of passende arbeid aanwezig is. Dit kan leiden tot loonvorderingen van werknemers, als zij menen dat dit zo is, terwijl de werkgever hen geen arbeid aanbiedt. Onder bepaalde omstandigheden kan het als nieuw bedongen arbeid worden aangemerkt als een werknemer een tijd passende arbeid heeft verricht. Dit kan ertoe leiden dat als de werknemer na het uitvoeren van deze arbeid opnieuw ziek wordt, de werkgever opnieuw twee jaar loon door moet betalen en re-integratie inspanningen moet verrichten.¹⁰⁵ Als de werknemer weer passende arbeid

¹⁰² Van Genderen e.a. 2016, p. 250.

¹⁰³ art. 7:640 BW

¹⁰⁴ Dit is, afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval, toegestaan (zie: Rechtbank Limburg 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:7608)

¹⁰⁵ Van Genderen e.a. 2016, p. 110.

verricht, kan de werkgever zich ook niet meer beroepen op de ontslaggrond langdurige arbeidsongeschiktheid als hij de arbeidsovereenkomst alsnog wil beëindigen.

Een ander risico voor de werkgever is dat de werknemer re-integratiemiddelen, bijvoorbeeld een korte cursus, kan eisen als het bijdraagt aan het bevorderen van zijn kansen tot re-integratie in eigen of passend werk en/of zijn kansen op de arbeidsmarkt kan vergroten. Dit is wel altijd naar redelijkheid en billijkheid.

De werkgever loopt ook een risico als zijn bedrijf gaat reorganiseren. De werknemer in het slapend dienstverband moet namelijk worden meegenomen in het afspiegelingsbeginsel. Het afspiegelingsbeginsel houdt in het kort in dat de leeftijdsopbouw van werknemers binnen een functie voor en na de reorganisatie zo veel mogelijk gelijk blijft. Per leeftijdsgroep komt de werknemer met het kortste dienstverband als eerste voor ontslag in aanmerking.¹⁰⁶ Als de werknemer in het slapend dienstverband volgens het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komt, dan moet zijn dienstverband met toestemming van het UWV worden opgezegd. De werkgever moet dan alsnog de transitievergoeding van de werknemer betalen. Afhankelijk van de duur van het slapend dienstverband kan de transitievergoeding aardig oplopen in de periode dat het dienstverband slapend bleef, waardoor deze hoger is dan wanneer de arbeidsovereenkomst direct na het einde van de loondoorbetalingsplicht was opgezegd.

¹⁰⁶ 'Afspiegelingsbeginsel bij ontslag om bedrijfseconomische redenen', *Rijksoverheid*, [Rijksoverheid.nl](https://rijksoverheid.nl/onderwerpen/afspiegelingsbeginsel) (zoek op: *afspiegelingsbeginsel*)

Hoofdstuk 4 Jurisprudentie slapend dienstverband

Dit hoofdstuk schetst een beeld van de jurisprudentie die is gewezen over slapende dienstverbanden vanaf 1 juli 2015 tot heden. Er wordt weergegeven welke mogelijkheden een werknemer in een slapend dienstverband heeft om de transitievergoeding in rechte af te dwingen. De voornaamste bron voor dit jurisprudentieonderzoek is het artikel 'De zieke werknemer en de transitievergoeding' geschreven door C.S. Kehrer-Bot.¹⁰⁷ Dit artikel is in januari 2017 gepubliceerd in het tijdschrift Arbeidsrecht.¹⁰⁸ Bijlage 2 geeft als naslagwerk een jurisprudentieoverzicht met een indeling naar onderwerp. De jurisprudentie bestaat uit relevante jurisprudentie uit het artikel 'De zieke werknemer en de transitievergoeding' en aanvullende jurisprudentie.

§4.1 Ontslagplicht

In Nederland geldt geen ontslagplicht, waardoor een werkgever niet verplicht is de arbeidsovereenkomst na twee jaar ziekte van de werknemer te beëindigen.¹⁰⁹ De kantonrechter Rotterdam geeft in een uitspraak aan dat een werkgever niet gerechtelijk tot opzegging kan worden gedwongen. In art. 7:699 BW staat namelijk dat de werkgever kan opzeggen indien daar een redelijke grond voor is.¹¹⁰ Dit is een zogenoemde 'kanbepaling'. Er vloeit dus geen verplichting uit voort. De kantonrechter merkt op dat de werkgeefster daardoor een feitelijk inhoudsloos dienstverband in stand mag laten, maar dat zij daarbij wel het risico neemt dat werkneemster, indien er weer re-integratiemogelijkheden zijn, aanspraak kan maken op werkhervatting. Werknemers kunnen opzegging door de werkgever dus niet in rechte afdwingen om aanspraak te maken op de transitievergoeding bij ontslag na twee jaar ziekte.¹¹¹

§4.2 Opzegging

Als de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt, is hij aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd.¹¹² In een aantal zaken is discussie ontstaan over de vraag of sprake was van opzegging. Aan de kantonrechter Almelo werd een zaak voorgelegd waarbij een werknemer na twee jaar ziekte van zijn werkgever een salarisstroom ontving waarop een einddatum was vermeld en een eindafrekening was gedaan waarbij de vakantiedagen en het vakantiegeld werden uitbetaald.¹¹³ De kantonrechter Almelo oordeelde dat de eindafrekening onvoldoende was om te concluderen dat het dienstverband geëindigd is. Dat art. 7:640 BW bepaalt dat een afrekening van opgebouwde maar niet genoten vakantiedagen in principe alleen mogelijk is bij het einde van de arbeidsovereenkomst doet hier niets aan af. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft deze uitspraak in hoger beroep bevestigd.¹¹⁴

Er is ook een zaak aan de orde geweest waarbij een werkgever in een brief aan de langdurig arbeidsongeschikte werknemer bevestigde dat de periode van de verplichte loondoorbetaling was geëindigd en dat daardoor het dienstverband eindigde. Dat de werkgever niet de intentie heeft gehad om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, was in dit verband niet belang volgens de kantonrechter. Het is slechts van belang of de werknemer de brief als een opzegging mocht opvatten. De kantonrechter kwalificeerde de brief als opzegging en kende aan de werknemer een transitievergoeding toe.¹¹⁵

¹⁰⁷ Mevrouw mr. C.S. Kehrer-Bot is advocaat te Rotterdam en redactielid van het Tijdschrift voor Arbeidsrecht.

¹⁰⁸ Kehrer-Bot, AR 2017, afl. 1, p. 25-29.

¹⁰⁹ Rb. Zeeland-West-Brabant (Ktr. Breda) 22 december 2015, AR 2015/1302.

¹¹⁰ Rb. Rotterdam (Ktr. Rotterdam) 6 november 2015, AR 2015/1181

¹¹¹ Zie ook: Rb. Den Haag (Ktr. Gouda) 21 oktober 2015, AR 2015/1095

¹¹² art. 7: 673 lid 1 sub a onder 1 BW

¹¹³ Rb. Overijssel (Ktr. Almelo) 3 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5826.

¹¹⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4742.

¹¹⁵ Rb. Amsterdam (Ktr. Amsterdam) 6 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5741.

§4.3 Goed werkgeverschap

In de wet staan veel verplichtingen voor werkgevers en werknemers vastgelegd. De wetgever heeft rekening gehouden met conflictsituaties tussen werkgevers en werknemers waarbij de wet geen specifieke uitkomst biedt. In deze gevallen kan een beroep worden gedaan op het ‘kapstokartikel’ 7:611 BW. Dit artikel verplicht de werkgever en werknemer om zich als goed werkgever en goed werknemer te gedragen. Een beroep op slecht werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW is tot nu toe echter niet succesvol gebleken voor werknemers in een slapend dienstverband. Het Hof Den Haag oordeelde dat het slapend houden van het dienstverband door de werkgever niet ongeoorloofd is en dat van misbruik van bevoegdheden door de werkgever geen sprake is.¹¹⁶

§4.4 Wanprestatie

Art. 7:686 BW geeft de rechter de bevoegdheid de arbeidsovereenkomst te ontbinden of een schadevergoeding toe te kennen wegens een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. Dit wordt ook wel wanprestatie genoemd. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid vindt het in stand houden van de arbeidsovereenkomst door de werkgever met als enige reden het niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding onfatsoenlijk. Dit betekent volgens de kantonrechter Den Haag echter niet dat in een dergelijke situatie sprake is van een toerekenbare tekortkoming.¹¹⁷ In hoger beroep wordt dit door het Hof Den Haag bevestigd.¹¹⁸

§4.5 Ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever

Op grond van art. 7: 673 lid 1 sub b onder 2 BW is de werkgever aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst tenminste 24 maanden heeft geduurd en de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever op verzoek van de werknemer is ontbonden. Het beroep van een werknemer op ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever wegens het in stand houden van een slapend dienstverband is tot dusverre niet gehonoreerd.¹¹⁹ Enkele voorbeelden van uitspraken staan in bijlage 2 onder I.

Een overweging van de kantonrechter Roermond is dat ‘de spreekwoordelijke lat hoog ligt’ om ernstige verwijtbaarheid van de werkgever aan te nemen.¹²⁰ De kantonrechter gaf aan dat aan de hand van objectieve feiten moet worden beoordeeld of de door de werknemer gestelde verwijten zodanig zijn dat daaraan de conclusie dient te worden verbonden dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever. Hof Arnhem-Leeuwarden en Hof Den Haag bevestigen dat het beëindigen van de arbeidsovereenkomst met als reden dat de werkgever de transitievergoeding niet wil betalen geen ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van de werkgever oplevert.¹²¹ Het aanvoeren van art. 7: 673 lid 1 sub b onder 2 BW levert in die zin dus geen succes op voor werknemers.

Er zijn enkele uitspraken waar een beroep op ernstige verwijtbaarheid van de werkgever wel gehonoreerd werd. De ernstige verwijtbaarheid ziet bij die uitspraken echter niet toe op het in stand houden van een slapend dienstverband, maar op andere factoren. Zo speelde er een situatie waarbij de reeds ongelukkige relatie tussen werknemer en werkgever verslechterde na een kortgedingprocedure waarin een vordering van de

¹¹⁶ Hof Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036.

¹¹⁷ Rb. Den Haag (Ktr. Den Haag) 4 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14103

¹¹⁸ Hof Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036.

¹¹⁹ Kehrre-Bot, AR 2017, afl. 1, p. 26

¹²⁰ Rb. Limburg (Ktr. Roermond) 1 augustus 2016, ECLI:NL:2016:6805

¹²¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6140;
Hof Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036.

werknemer tot loondoorbetaling was toegewezen.¹²² Het maandenlang niet betalen van het loon aan de werknemer werd door de kantonrechter Leeuwarden beoordeeld als ernstig verwijtbaar nalaten van de werkgever.¹²³ De vordering van de transitievergoeding werd daarom toegewezen. De situatie achtte de kantonrechter echter niet voldoende ernstig verwijtbaar om ook een billijke vergoeding toe te wijzen. Bij een andere situatie handelde de werkgever volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden ernstig verwijtbaar door tijdens ziekte aan te (blijven) sturen op beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Er werd een transitievergoeding en billijke vergoeding toegekend.¹²⁴

Kortom, het aanvoeren van art. 7: 673 lid 1 sub b onder 2 BW om het enkele feit dat de werkgever een slapend dienstverband in stand houdt, levert geen succes op voor werknemers. Alleen als bijkomende omstandigheden voldoende zijn om ernstige verwijtbaarheid op te leveren, kan een beroep op dit artikel slagen. De werknemer in het slapend dienstverband heeft dan toch recht op de transitievergoeding. Belangrijk is om hierbij in ogenschouw te houden dat de wetgever aan heeft gegeven dat alleen in uitzonderlijke situaties sprake is van ernstig verwijtbaar handelen (zie ook paragraaf 3.1.1).¹²⁵

§4.6 Pensioengerechtigde leeftijd

Een werknemer die zijn pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, heeft geen recht op een transitievergoeding. Ook niet als hij in een slapend dienstverband zit. De kantonrechter Eindhoven heeft een uitspraak gedaan in een zaak waarbij de werknemer sinds 1978 in dienst was.¹²⁶ Met toestemming van het UWV is hij op 31 maart 2016 ontslagen per 23 augustus 2016. Deze beëindiging bleek onregelmatig en in strijd met het opzegverbod tijdens ziekte. De werknemer was pas op 10 juni 2016 twee jaar arbeidsongeschikt, waardoor de arbeidsovereenkomst pas op die datum opgezegd had mogen worden. De werknemer kreeg hiervoor een billijke vergoeding. De werknemer vorderde ook een transitievergoeding van € 73.541,42.

De kantonrechter oordeelde dat de situatie van de werknemer, omdat hij een IVA-uitkering ontving en in april 2018 AOW-gerechtigd is, in alle redelijkheid vrijwel gelijk gesteld mag worden aan die van een werknemer die ontslagen wordt wegens het bereiken van de AOW-leeftijd ingevolge art. 7:673 lid 7 sub b BW. Naar regels van redelijkheid en billijkheid achtte de rechter het onaanvaardbaar als de overeenstemming met die situatie genegeerd zou worden. De werknemer zou in tegenstelling tot werknemers in de situatie van art. 7:673 lid 7 sub b BW geen arbeidsinkomen meer ontvangen tot de datum waarop hij AOW-gerechtigd was. Daarom ontving de werknemer een gedeeltelijke transitievergoeding van € 25.000 bruto.

§4.7 Tussenconclusie

Er zijn weinig tot geen mogelijkheden voor die werknemers om de transitievergoeding in rechte af te dwingen. Zij kunnen de werkgever niet verplichten de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Ook is de kans dat een beroep op goed werkgeverschap of wanprestatie slaagt gering. Het beroep van een werknemer op ernstig verwijtbaar handelen wegens het in stand houden van een slapend dienstverband is tot dusverre niet gehonoreerd. Alleen in situaties waar er bijkomende omstandigheden zijn die de gedragingen of het nalaten van de werkgever ernstig verwijtbaar kunnen maken, kan een beroep op art. 7: 673 lid 1 sub b onder 2 BW slagen.

¹²² De werknemer was vanuit een situatie van arbeidsongeschiktheid aangenomen, waardoor art. 29b ZW op hem van toepassing was. De werkgever moest hem tijdens zijn ziekteperiode dus wel loon betalen, maar kon aan het UWV om een compensatie vragen.

¹²³ Rb. Noord-Nederland (Ktr. Leeuwarden) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:756.

¹²⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 19 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6882.

¹²⁵ Hof Den Haag 10 januari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:6.

¹²⁶ Rb. Oost-Brabant (Ktr. Eindhoven) 13 december 2016, AR 2017-0026.

Hoofdstuk 5 Advisering bij slapende dienstverbanden

Dit hoofdstuk is gebaseerd op onderzoek uit de praktijk. Voor dit praktijkonderzoek zijn twintig dossiers van de afdeling IBB van de FNV in Rotterdam onderzocht. Het doel van het dossieronderzoek was het in kaart brengen van de wijze waarop de juristen van de FNV werknemers in een slapend dienstverband adviseren. Naar aanleiding van het dossieronderzoek zijn twee procesjuristen van de FNV geïnterviewd over hun werkwijze. Daarnaast is een interview met Paul van den Boom, beleidsadviseur sociale zekerheid FNV, afgenomen om het beleid met betrekking tot de behandeling van dossiers over slapende dienstverbanden in beeld te krijgen. Het werkgeversperspectief is betrokken in het praktijkonderzoek door een interview af te nemen met mr. dr. Pascal Kruit.

§5.1 Dossieronderzoek

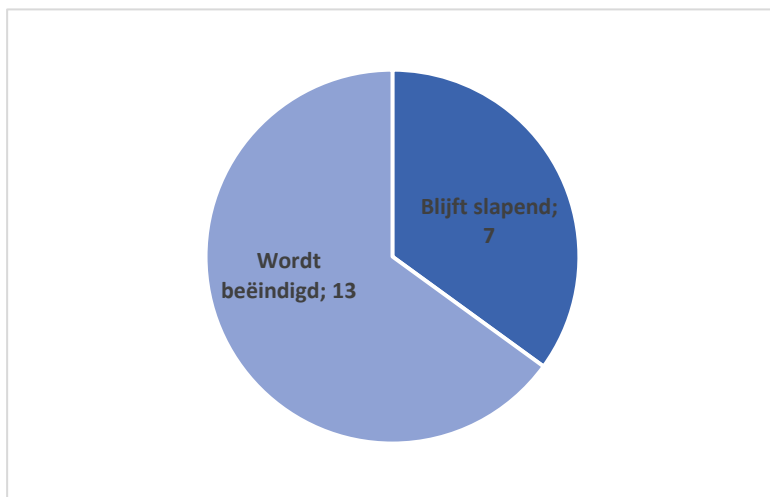
Het dossieronderzoek is systematisch uitgevoerd. Vooraf zijn categorieën gegevens gekozen op basis van bevindingen uit het literatuuronderzoek. Deze gegevens zijn in drie tabellen geplaatst, die tijdens het onderzoek per dossier zijn ingevuld. De tabellen zijn terug te vinden in bijlage 3. Elke tabel wordt afzonderlijk in een subparagraaf besproken. Aan bod komt of het dienstverband slapend blijft of niet, op welke wijze de procesjuristen de dossiers hebben behandeld en welke factoren mogelijk van invloed zijn geweest op het al dan niet slapend blijven van het dienstverband.

§5.1.1 Uitkomsten dossiers

Om per dossier te onderzoeken wat de uitkomst is geweest, is geselecteerd op de volgende onderwerpen:

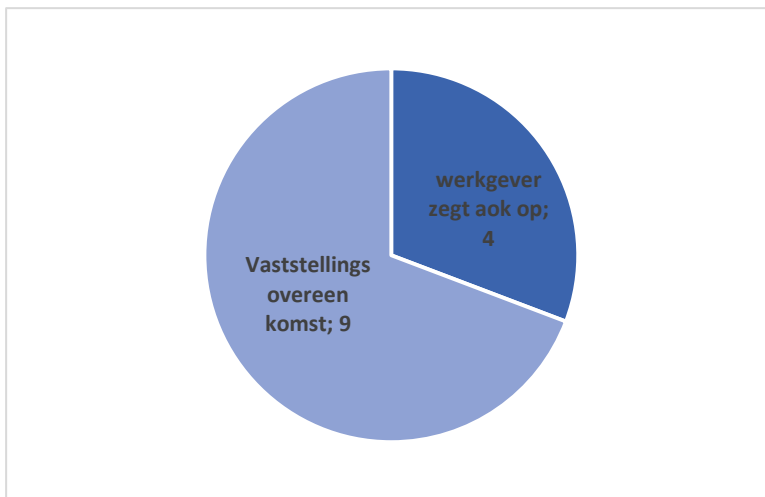
- dienstverband blijft slapend;
- vaststellingsovereenkomst;
- werkgever zegt de arbeidsovereenkomst op;
- werkgever betaalt transitievergoeding volledig of gedeeltelijk.

Zoals in figuur 4 te zien is, zijn zeven van de twintig dienstverbanden slapend gebleven en zijn dertien dienstverbanden beëindigd.



Figuur 4. Verhouding slapende en beëindigde dienstverbanden.

Figuur 5 geeft weer op welke wijze de dertien dienstverbanden zijn beëindigd. Hierin is te zien dat negen dienstverbanden zijn beëindigd omdat er een vaststellingsovereenkomst is gesloten. De overige vier zijn beëindigd omdat de werkgever een ontslagvergunning heeft aangevraagd bij het UWV en de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd.



Figuur 5. Verhouding van de wijze waarop het dienstverband beëindigd wordt

In geen van de twintig dossiers heeft de werknemer de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Met oog op het jurisprudentieonderzoek uit hoofdstuk 4 is dit verklaarbaar, omdat de werknemer bij ontbinding op eigen initiatief alleen recht heeft op een transitievergoeding als er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van de werkgever.

In de negen dossiers waarbij het dienstverband door middel van een vaststellingsovereenkomst is beëindigd, is de volledige transitievergoeding of meer uitbetaald. Wat opvalt is dat nergens een compromis is gesloten.

§5.1.2 Behandeling dossiers

Om te kijken op welke wijze de dossiers behandeld worden door de procesjuristen, zijn de volgende aspecten bestudeerd:

- procederen;
- onderhandelen;
- vervolgadvis.

Procederen

In geen van de twintig dossiers is een procedure gestart om de kantonrechter te verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Slechts in een dossier is hiermee gedreigd, maar dit is uiteindelijk niet doorgevoerd. Wel zijn andere procedures gestart, bijvoorbeeld een vordering tot uitbetaling van de transitievergoeding (zie tabel 2 in bijlage 3).

Onderhandelen

Het staat partijen vrij om in een vaststellingsovereenkomst afspraken te maken over de hoogte van een eventuele transitievergoeding. Dit was in de meeste gevallen ook de inzet van de onderhandelingen. Bij de negen dienstverbanden die beëindigd zijn met een vaststellingsovereenkomst, hebben vijf werkgevers direct een vaststellingsovereenkomst aangeboden met een correcte transitievergoeding. Vier werkgevers zijn na onderhandelingen met de procesjuristen akkoord gegaan met uitbetaling van de correcte transitievergoeding. Bij de zeven slapend blijvende dienstverbanden wilden vier werkgevers een vaststellingsovereenkomst sluiten, maar zij waren niet bereid enige vergoeding uit te betalen. In twee dossiers bood de werkgever in plaats van de volledige transitievergoeding een bedrag van €5000,- aan. In een ander dossier bood de werkgever een vaststellingsovereenkomst met volledige transitievergoeding. Dit aanbod trok hij echter terug voordat werknemer dit ondertekende (zie tabel 2 in bijlage 3).

Vervolgadvies

In vier van de zeven dossiers waarbij het dienstverband niet is beëindigd, is aan de werknemer geadviseerd het 'wetsvoorstel compensatie transitievergoeding bij twee jaar arbeidsongeschiktheid' af te wachten in verband met de daarin opgenomen compensatieregelingen. In drie van de zeven dossiers is geprobeerd in te zetten op re-integratie of het vergoed krijgen van opleidingskosten.

§5.1.3 Gegevens dossiers

In deze paragraaf wordt gekeken welke factoren van invloed zijn op het al dan niet slapend blijven van het dienstverband. De volgende factoren zijn onderzocht:

- duur dienstverband;
- duur slapend dienstverband;
- leeftijd werknemer;
- arbeidsongeschiktheidspercentage;
- eigenrisicodragerschap werkgever;
- hulpvraag van de werknemer.

Duur dienstverband

In het dossieronderzoek is gekeken naar de totale duur van dienstverband van de werknemer en de mogelijke invloed op het al dan niet slapend blijven van het dienstverband. Figuur 6 geeft een schematische uitwerking van de bevindingen met betrekking tot de duur van het dienstverband. Het verschil tussen de gemiddelde duur bij de slapende dienstverbanden en de beëindigde dienstverbanden is iets meer dan tien jaar. De dienstverbanden die wel beëindigd zijn, zijn gemiddeld het kortst.

	Slapend dienstverband (7)	Beëindigd dienstverband (13)
Kortste dienstverband	14	6
Langste dienstverband	43	38
Gemiddelde duur dienstverband	28,14	18,23

Figuur 6. Duur dienstverband (in jaren)

Duur slapend dienstverband

De duur van het slapend dienstverband is in elk dossier genoteerd. In 13 gevallen is de arbeidsovereenkomst opgezegd. Figuur 7 geeft de duur weer bij beëindiging met een vaststellingsovereenkomst en bij beëindiging door opzegging. Om de duur te bepalen, is de datum vanaf de eerste ziektedag na twee jaar ziekte genomen tot de datum waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. De opzegtermijn is hierbij inbegrepen. Uit deze gegevens blijkt dat in de gevallen waarin de arbeidsovereenkomst uiteindelijk beëindigd is, dit gemiddeld binnen een jaar tijd gebeurde.

	Vaststellingsovereenkomst (9)	Opzegging (4)
Kortste slapend dienstverband	<1	7
Langste slapend dienstverband	8	14
Gemiddelde duur slapend dienstverband	4,11	9,50

Figuur 7. Duur slapend dienstverband (in maanden)

Leeftijd werknemer

In het dossieronderzoek is gekeken naar de leeftijd van de werknemers en de mogelijke invloed daarvan op het al dan niet slapend blijven van het dienstverband. Figuur 8 geeft een schematische uitwerking van de bevindingen met betrekking tot de leeftijd van de werknemers. Uit de onderzochte gegevens is af te leiden dat de gemiddelde leeftijd van werknemers waarbij het dienstverband slapend blijft hoger ligt dan bij werknemers van

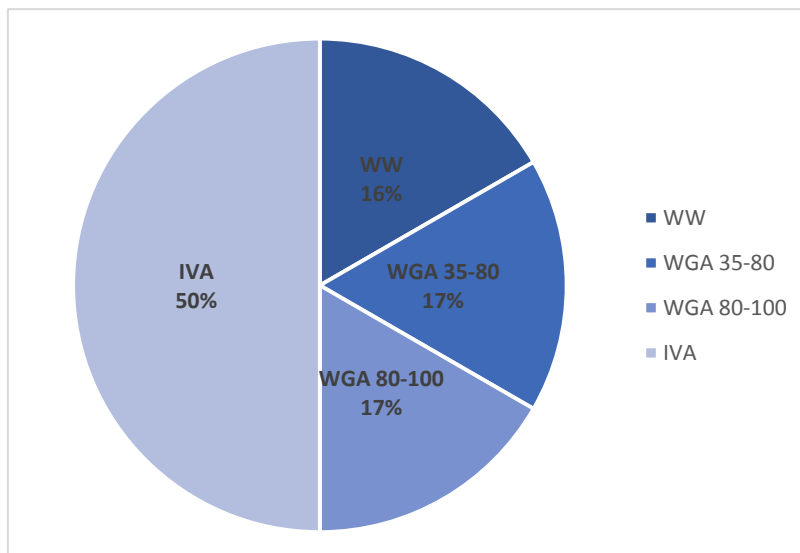
wie het dienstverband beëindigd wordt. De werknemers die in een slapend dienstverband blijven, komen dichterbij hun pensioengerechtigde leeftijd. Uitgaande van een AOW-leeftijd van 67 jaar zit de groep met het slapend blijvende dienstverband gemiddeld 5,30 jaar van het pensioen verwijderd en de groep met de beëindigde dienstverbanden gemiddeld 17,85 jaar. Het gemiddelde leeftijdsverschil tussen deze twee groepen is 12,55 jaar.

	Slapend dienstverband (7)	Beëindigd dienstverband (13)
Jongste werknemer	59	33
Oudste werknemer	64	61
Gemiddelde leeftijd	61,7	49,15

Figuur 8. Leeftijd werknemer

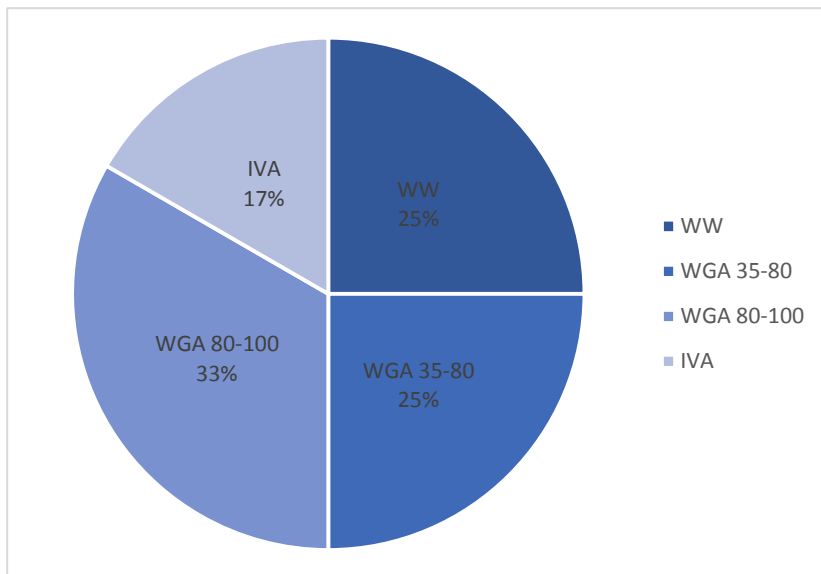
Arbeidsongeschiktheidspercentage

Er is gekeken of de soort uitkering die de werknemer ontvangt van invloed is op het al dan niet slapend blijven van het dienstverband. In figuur 9 wordt in percentages getoond welke uitkering de werknemers met een slapend dienstverband ontvingen. De gegevens van zes werknemers zijn hierin meegenomen. In een dossier is het namelijk onbekend welke uitkering de werknemer ontvangt. De grootste groep werknemers in een slapend dienstverband ontvangt een IVA-uitkering.



Figuur 9. Uitkering slapend dienstverband

In figuur 10 wordt in percentages weergegeven hoe vaak een slapend dienstverband met een specifieke uitkering werd beëindigd. De gegevens van twaalf werknemers zijn hierin meegenomen. Ook in deze groep is het in één dossier onbekend welke uitkering de werknemer ontvangt. In tegenstelling tot figuur 9 is in deze grafiek te zien dat de mensen die een IVA-uitkering ontvangen, de kleinste groep is. Uit deze gegevens blijkt dat bij de onderzochte dossiers een dienstverband sneller slapend blijft als de werknemer een IVA-uitkering ontvangt.



Figuur 10. Uitkering beëindigde dienstverbanden

Eigenrisicodragerschap

Uit slechts vijf van de twintig dossiers was af te leiden of de werkgever een eigenrisicodragerschap was of niet. Er is te weinig data verzameld over dit onderwerp om te beoordelen of deze factor van invloed is op het al dan niet slapend blijven van een dienstverband.

Hulpvraag werknemer

De hulpvragen van de werknemers waren divers. In elf dossiers was de hulpvraag van de werknemer het controleren van een vaststellingsovereenkomst. Drie keer was re-integratie het onderwerp en er kwamen nog overige onderwerpen aan bod (zie tabel 3 in bijlage 3).

§5.2 Interviews procesjuristen FNV

Deze paragraaf geeft de interviews met twee procesjuristen van de FNV weer. De eerste procesjurist die geïnterviewd is, is de heer R. Antes. Vijf dossiers uit het dossieronderzoek met betrekking tot de slapende dienstverbanden zijn door hem behandeld. De tweede geïnterviewde is de heer I. Ouwehand. Hij heeft vier van de onderzochte dossiers behandeld. Beide heren zijn sinds 1998 werkzaam bij de FNV en zijn in 2002 begonnen in hun huidige functie als procesjurist. In de interviews is hun gevraagd naar hun visie op factoren die van belang zijn bij het behandelen van een dossier over slapende dienstverbanden. Er zijn vragen gesteld over de bevindingen uit het dossieronderzoek. Daarnaast is gekeken welke ervaringen beide procesjuristen hebben met procederen op grond van ernstige verwijtbaarheid bij een slapend dienstverband. De uitgewerkte transcripten van de interviews staan in bijlage 4 en bijlage 5.

§5.2.1 Arbeidsongeschiktheidspercentage

De heer Antes vindt het risico dat een werknemer terugkeert naar de werkplek van belang. Daarmee verwijst hij indirect naar het arbeidsongeschiktheidspercentage ofwel de soort uitkering die de werknemer ontvangt. Hij geeft aan dit inderdaad van belang te achten. Hij verwacht dat bij een werknemer die een WW-uitkering ontvangt de kans groter is dat deze 'weer een keer komt aankloppen bij de werkgever'. Toch geeft hij ook aan re-integratie alleen als dreigmiddel naar de werkgevers toe te gebruiken. Bij werknemers ontbreekt volgens hem de wil om serieus te re-integreren. De heer Ouwehand vindt het lastig om te zeggen welk effect het arbeidsongeschiktheidspercentage heeft. Enerzijds zegt hij: *'Ik kan me voorstellen dat naarmate het arbeidsongeschiktheidspercentage hoger is, dat de kans dat er nog iets van re-integratie plaatsvindt beperkter is en dat betekent ook dat het risico van de werkgever kleiner is.'* Anderzijds geeft hij aan dat hij het zich bij

grote werkgevers kan voorstellen dat ze liever de kans op re-integratie nemen dan dat ze deze kans afkopen. Hij erkent dat de kans op herplaatsing een risico is voor de werkgever. Deze factor wordt dus door beide procesjuristen van belang geacht bij het behandelen van dossiers over slapende dienstverbanden. Wat betreft de bereidheid van de werknemer om te re-integreren, geeft de heer Ouwehand aan dat er werknemers zijn die in de periode van twee jaar ziekte graag hadden willen re-integreren. Soms zijn arbeidsverhoudingen volgens hem echter zo verstoord dat er niet eens over re-integratie gepraat hoeft te worden.

§5.2.2 Leeftijd en duur

De heer Antes kan zich over het algemeen vinden in de bevindingen uit het dossieronderzoek. Over de gemiddelde leeftijd van werknemers bij slapende en beëindigde dienstverbanden is hem gevraagd of hij deze lijn in de praktijk ook ziet. Zijn antwoord hierop luidt: *‘Ja, dat idee had ik natuurlijk wel, maar het is wel mooi dat je het zo bevestigd krijgt.’* De heer Ouwehand vindt dat de leeftijd twee kanten op werkt. *‘Je zou aan de ene kant kunnen zeggen dat oude werknemers langer in dienst zijn en meer geld kosten, maar als je kijkt naar het coulancegedeelte, kan je zeggen die is zo lang in dienst geweest en zo oud, die gunnen we het’.* De heer Ouwehand geeft wel aan dit laatste niet terug te zien in zijn dossiers, aangezien juist de werknemers die nog niet zo oud zijn een transitievergoeding hebben ontvangen. Ook de heer Antes acht de duur van het dienstverband van invloed. Hoe langer het dienstverband, hoe hoger de transitievergoeding. De heer Antes verwijst naar een van zijn dossiers en merkt hierbij op dat overname van eerdere dienstjaren ook grote invloed kan hebben. Als het alleen zou gaan om de dienstjaren van de werknemer bij zijn huidige werkgever, zou het wellicht nog te overzien zijn, maar omdat ook eerdere dienstjaren bij een overgang van de onderneming mee moeten worden genomen, loopt de hoogte van de transitievergoeding op. Daarmee verdwijnt wellicht ook de bereidheid van de werkgever om te betalen.

§5.2.3 Procederen

Na 1 juli 2015 ontstond de vraag in de maatschappij of het in stand houden van het dienstverband als reden om de transitievergoeding niet te hoeven betalen ernstig verwijtbaar handelen oplevert in de zin van de wet. Er is gekeken hoe de procesjuristen met deze onzekerheid zijn omgegaan. Beide procesjuristen zijn het erover eens dat de jurisprudentie ongunstig is voor werknemers. De heer Ouwehand geeft aan dat hij tijdens een cursus van een oud-collega die lesgeeft aan kantonrechters aan hem heeft gevraagd wat zijn mening was. Het was duidelijk dat geen enkele rechter een dergelijk verzoek zou honoreren. De heer Ouwehand heeft daarom iedereen geadviseerd niet te procederen. Beide procesjuristen hebben nooit een dergelijke procedure gestart.

§5.3 Interview beleidsadviseur FNV

Paul van den Boom is beleidsadviseur Sociale zekerheid bij de FNV. Hij is al langer actief binnen de vakbeweging, maar oefent deze taak nu ongeveer twaalf jaar uit. Ook zit hij vanuit collectief oogpunt aan de landelijke onderhandelingstafels. De heer Van den Boom heeft, samen met procesjurist Mandy Dielemans, een beleidsnotitie geschreven over (geen) ontslag na twee jaar ziekte (zie bijlage 6). Met oog op de behandelde dossiers en de aanwijzingen in de beleidsnotitie wordt doorgevraagd op het beleid van de FNV ten aanzien van de behandeling van dossiers over slapende dienstverbanden. Een uitgewerkt transcript van dit interview is bijgevoegd in bijlage 7.

§5.3.1 Beleid

De beleidsnotitie is, zo geeft de heer Van den Boom aan, tot stand gekomen omdat er vragen uit de praktijk kwamen. In de beleidsnotitie staat een aantal keer *‘we moeten nog kijken hoe dit zich in de praktijk ontwikkelt’*. De vraag is gesteld of er een methode is om dit te monitoren. Dit is niet het geval, althans niet heel uitgebreid. De beleidsadviseur geeft aan dat centrale informatievoorziening lastig te organiseren is en dat het dossier

daar wellicht ook niet groot genoeg voor is. Hij denkt dat buiten de organisatie ook geen gegevens worden bijgehouden. *'Ik denk niet dat mensen weten van slapende dienstverbanden anders dan vakbonden of werkgevers zelf'*. Hij verwacht niet dat er gegevens over terug te vinden zijn in de statistieken. Hij kijkt uit naar de uitkomsten van dit onderzoek.

§5.3.2 Behandelen dossiers

In het interview benadrukt de heer Van den Boom dat het benutten van re-integratiemogelijkheden altijd voorop moet staan. Alleen als re-integratie echt niet meer aan de orde is, komt beëindiging van de arbeidsovereenkomst in zicht. Hij geeft aan dat het extreem belangrijk is dat mensen aan het werk blijven. Zeker voor de groep mensen die minder dan 35% arbeidsongeschikt is en de groep mensen die 35% tot 80% arbeidsongeschikt is. Hij geeft aan dat je in de statistieken terugziet dat die mensen vaak in de bijstand eindigen als zij niet aan het werk blijven. Juist voor deze groep is de transitievergoeding belangrijk om de overgang naar ander werk te vergemakkelijken.

§5.4 Werkgeversperspectief

Om het onderzoek vanuit werkgeversperspectief te kunnen bekijken, is mr. dr. Pascal Kruit geïnterviewd, advocaat bij Ten Holter/Noordam die tevens een dag in de week arbeidsrecht doceert aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam. Hij geeft in het interview aan dat de problematiek rondom slapende dienstverbanden echt speelt in de praktijk. Hij krijgt dan ook regelmatig te maken met vragen van werkgevers over slapende dienstverbanden. De hulpvraag van de werkgevers is bijna altijd: *'Ik heb een werknemer die twee jaar ziek is. Kan ik hem nu ontslaan zonder betaling van de transitievergoeding?'* De heer Kruit helpt werkgevers de juiste afweging te maken in deze dossiers. Een uitgewerkt transcript van het interview staat in bijlage 9.

§5.4.1. Risico's

Het wel of niet beëindigen van een slapend dienstverband door de werkgever heeft volgens de heer Kruit altijd een financieel motief. Het eerste waar de heer Kruit naar kijkt wanneer hij een dossier behandelt, is wat de hoogte van de transitievergoeding zou zijn als de arbeidsovereenkomst opgezegd wordt. Vervolgens probeert hij een inschatting te maken van de risico's die gepaard gaan met het slapend houden van het dienstverband. Hij adviseert werkgevers niet bij voorbaat om een arbeidsovereenkomst slapend te houden, omdat de risico's in zijn ogen best groot zijn.

Het voornaamste risico is dat de werkgever verantwoordelijk blijft voor de re-integratie van zijn werknemer. De werkgever heeft iemand in dienst die uit het zicht is, maar wel weer kan aankloppen om zijn functie op te eisen als hij hersteld is. Het andere risico speelt bij een reorganisatie. Een werknemer met een slapend dienstverband moet worden meegenomen in het afspiegelingsbeginsel. Als die werknemer toevallig voor ontslag in aanmerking komt, moet alsnog een eindafrekening worden gemaakt. De heer Kruit vraagt werkgevers altijd hoe het er financieel voor staat in de onderneming en houdt ze voor dat dat over vijf jaar heel anders kan zijn. Als de transitievergoeding niet zo heel hoog is, adviseert hij werkgevers sneller om het dossier te sluiten door een vaststellingsovereenkomst aan te bieden, zodat de werkgever de risico's kan vermijden. Het is dus een kwestie van de risico's die gepaard gaan met een slapend dienstverband afzetten tegen de kosten van een transitievergoeding.

§5.4.2. Factoren

De heer Kruit erkent dat hij bij oudere werknemers vaker het advies geeft om het dienstverband slapend te laten. Wat meespeelt, is dat de huidige generatie 55-plussers vaak lang in dienst is bij dezelfde werkgever. De 'afkoopsommen' zijn daarom hoog, aldus de heer Kruit. Hij wijst tijdens het interview naar zijn dossierkast en zegt: *'Dat zal je later ook wel gaan merken als je in de praktijk werkzaam bent. Uiteindelijk is bijna elke zaak*

die hier in de kast staat een kosten-batenafweging.’ De heer Kruit staat positief tegenover het adviseren van een compromis. Hij spreekt dan over het aanbieden van één bedrag dat voor de werkgever acceptabel is als risico-afkoop. De FNV is terughoudend geweest in het aannemen van compromissen, aldus de heer Kruit. *‘Die willen dan toch altijd het volle pond’.* Wat betreft werknemers die dichtbij hun pensioen komen, heeft de heer Kruit de indruk dat deze niet snel akkoord gaan met een compromis. De heer Kruit adviseert dat €10.000,- ongeveer het maximum is wat werkgevers moeten geven. Het maakt daarbij niet uit of de transitievergoeding waar de werknemer recht op zou hebben rond de €20.000,- of de €60.000,- ligt. Aangezien de transitievergoeding voor de oudere groep werknemers vaak veel hoger is, wordt het gat te groot. *‘Die werknemer zou sneller zeggen ‘ik verlies €50.000,- en denkt dan niet vanuit het perspectief ‘ik win €10.000,-.’ Ze denken eerder dat ze iets wordt afgenomen waar ze recht op hebben.’* Werknemers die waarschijnlijk met pensioen gaan voordat het wetsvoorstel wordt aangenomen, heeft de heer Kruit nog niet voorbij zien komen. Zeker die groep moet volgens de werkgeversadvocaat echter ‘eieren voor zijn geld kiezen’ en een compromis sluiten.

Het arbeidsongeschiktheidspercentage weegt de heer Kruit in zijn dossiers niet mee als doorslaggevend argument. Hij houdt werkgevers heel duidelijk voor dat als de werknemer toch weer in staat is om te werken, dat hij de werknemer werk moet aanbieden. Volgens de heer Kruit is het probleem *‘Dat werknemers, zeker als zij op een gegeven moment vragen om de transitievergoeding, helemaal niet terug willen.’* Het kan natuurlijk wel, zegt hij, maar dat is dan een risico dat de werkgever moet nemen. In de afgelopen twee jaar heeft de heer Kruit het nog niet één keer meegemaakt dat een werknemer zich weer meldde bij de werkgever omdat hij weer kon werken. Hij merkt op dat de drempel voor een werknemer om weer aan te kloppen bij de werkgever hoog is als de werknemer een aantal jaar niet op zijn werk is geweest’.

§5.5 Tussenconclusie

Naar aanleiding van het dossieronderzoek is een aantal conclusies te trekken. De leeftijd, het arbeidsongeschiktheidspercentage en de duur van het dienstverband zijn van invloed op het al dan niet slapend blijven van een dienstverband. Hoe dichter de werknemer bij zijn pensioengerechtigde leeftijd zit, hoe groter de kans dat zijn arbeidsovereenkomst slapend wordt gehouden door de werkgever. De geïnterviewden bevestigen dit beeld. Werkgevers maken een kosten-batenanalyse en oudere werknemers blijken te duur. De duur van het dienstverband is hier vaak de oorzaak van. Werkgevers zijn vaak bereid om het risico op re-integratie op de koop toe te nemen, zeker als de transitievergoeding relatief hoog is. Onder werkgevers is namelijk het beeld ontstaan dat werknemers toch niet terug zullen keren in de organisatie.

Een ander risico van het slapend dienstverband voor werkgevers is dat werknemers in een slapend dienstverband bij een reorganisatie moeten worden meegewogen in het afspiegelingsbeginsel. Hierdoor kan het voorkomen dat een dienstverband met die werknemer alsnog beëindigd moet worden, met uitbetaling van een volledige transitievergoeding als gevolg. Dit is een argument dat in de onderzochte dossiers niet één keer is gebruikt.

Hoofdstuk 6 ‘Wetsvoorstel compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid’

In dit hoofdstuk wordt een beeld geschetst van de totstandkoming van het ‘wetsvoorstel compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid’. De inhoud van het wetsvoorstel komt aan bod en er wordt besproken welke gevolgen het wetsvoorstel heeft voor de problematiek rondom de slapende dienstverbanden.

§6.1 Ontwikkelingen

De problematiek rondom de slapende dienstverbanden is reeds beschreven. De vraag is hoe het mogelijk is dat die constructie zo gangbaar is geworden. In deze paragraaf wordt besproken welke overwegingen van de wetgever vooraf zijn gegaan aan het invoeren van de transitievergoeding voor langdurig arbeidsongeschikte werknemers, welke knelpunten er met betrekking tot de slapende dienstverbanden zijn ervaren en hoe dit geleid heeft tot het ‘wetsvoorstel compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid’.

§6.1.1 Voor invoering van de WWZ

In de memorie van toelichting van de WWZ is niets genoemd over de eventuele gevolgen van toekenning van een transitievergoeding aan langdurig arbeidsongeschikte werknemers. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer zijn wel door diverse fracties kritische vragen over dit onderwerp gesteld.¹²⁷ De gesignaleerde problemen zijn door de wetgever in de memorie van antwoord besproken.¹²⁸ In deze paragraaf is een aantal van die onderwerpen uitgelicht om weer te geven welke afwegingen het kabinet heeft gemaakt met betrekking tot de transitievergoeding bij langdurig arbeidsongeschikte werknemers.

Kosten re-integratie aftrekken van de transitievergoeding

Zoals aangehaald in paragraaf 3.1.3, kunnen werkgevers onder bepaalde voorwaarden kosten aftrekken van de transitievergoeding. De leden van de CDA-fractie vragen waarom kosten voor re-integratie niet kunnen worden afgetrokken van de transitievergoeding. De wetgever beredeneert dat de kosten die volgens art. 7:673 lid 6 BW in aanmerking komen voor de vermindering van een hele andere aard zijn dan de kosten die de werkgever maakt op grond van zijn wettelijke verplichtingen voor re-integratie. Tevens merkt de wetgever op dat voor aftrek van de kosten eerst overeenstemming bereikt moet worden tussen werkgever en werknemer. Als laatste argument wordt gegeven dat het aftrekken van die kosten ertoe zou leiden dat een werknemer die arbeidsongeschikt is (geweest) anders wordt behandeld dan een andere werknemer en dat hiervoor naar het oordeel van de regering geen rechtvaardiging bestaat.¹²⁹

Onderscheid pensioengerechtigden en IVA-gerechtigden

De vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) stelt de vraag waarom een pensioengerechtigde werknemer die langer door wenst te werken geen recht heeft op een transitievergoeding, terwijl een IVA-gerechtigde werknemer daar wel recht op heeft. De VAAN beredeneert daarbij dat een IVA-gerechtigde volgens hen geen schade lijdt en niet zal transigeren. De regering is van mening dat er geen rechtvaardiging bestaat om arbeidsongeschikte werknemers anders te behandelen op grond van het feit dat zij volledig arbeidsongeschikt zijn.¹³⁰ Ook moet er, zo zeggen zij, een natuurlijk moment blijven waarop een arbeidsovereenkomst op latere leeftijd van de werknemer zonder inhoudelijke toets en zonder kosten voor de werkgever eindigt. AOW'ers zijn in beginsel ook niet langer aangewezen op het verrichten van arbeid om te voorzien in hun inkomen.

¹²⁷ Kamerstukken I 2013/14, 33818, B, p.1.

¹²⁸ Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 50.

¹²⁹ Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 38-39.

¹³⁰ Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 96.

Tot slot is het niet geheel uit te sluiten dat er verbetering plaatsvindt in de arbeidsmarktsituatie van een IVA-uitkeringsgerechtigde.¹³¹

Verhouding flex en vast

Door leden van de D66-fractie wordt de zorg uitgesproken dat ondernemers door de verplichtingen en financiële risico's bij arbeidsongeschiktheid mogelijk vaker voor 'zzp-achtige' constructies zullen kiezen. De regering laat in antwoord hierop weten dat zij een effectief beleid voert, waarmee werkgevers worden gestimuleerd om arbeidsongeschiktheid van hun werknemers te voorkomen of te beperken. Met de WWZ beoogt zij een eenvoudiger en goedkoper ontslagrecht, een betere bescherming van flexibele werknemers en de bestrijding van oneigenlijke zzp-constructies. Naar de mening van de regering zou dit de totaalbalans tussen het vaste contract en de zzp-constructie als gevolg van het wetsvoorstel niet verstoren.¹³²

§6.1.2 Knelpunten na invoering van de WWZ

Na invoering van de WWZ werden enkele knelpunten ontdekt op het gebied van de transitievergoeding bij langdurig arbeidsongeschikte werknemers. Kamerleden Vermeij en Tanamal (PvdA) hebben naar aanleiding van deze knelpunten Kamervragen gesteld. In een brief van 3 september 2015 reageert minister Asscher op deze Kamervragen. Hij geeft hierbij aan dat als de enige reden voor het onbetaald in dienst houden van een werknemer het niet willen betalen van een transitievergoeding is, dat in zijn ogen getuigt van niet fatsoenlijk werkgeverschap.¹³³ Ook werd aan de minister gevraagd welke maatregelen de overheid kan nemen om die vorm van ontwijking tegen te gaan. De minister antwoordt hierop dat een werknemer zich tot de rechter kan wenden als hij meent dat een werkgever zijn verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst niet nakomt. Hij kan de rechter dan verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Als de rechter oordeelt dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, kan hij aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen en heeft de werknemer recht op een transitievergoeding. De minister geeft hierbij aan dat hij meent dat hiermee kan worden volstaan en er geen aanvullende maatregelen nodig zijn.¹³⁴

Naar aanleiding van een uitspraak waarbij de rechter oordeelde dat er geen sprake was van ernstig verwijtbaar handelen en geen transitievergoeding werd toegekend, zijn opnieuw Kamervragen gesteld.¹³⁵ De minister wordt gevraagd in hoeverre hij vindt dat het niet nakomen van re-integratieverplichtingen door een werkgever moet worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen. Hij antwoordt daarop dat de feiten en omstandigheden van het geval bepalend zijn voor het antwoord op die vraag. Wel geeft hij aan dat een door het UWV opgelegde loonsanctie een aanwijzing kan zijn dat hier sprake van is. Zoals dat van hem als wetgevende macht verlangd wordt, geeft de minister echter aan niet op de stoel van de rechter te gaan zitten.¹³⁶

§6.1.3 Aankondiging wetswijziging

De knelpunten rondom de slapende dienstverbanden waren uiteindelijk aanleiding voor de minister om aanvullende maatregelen te nemen. Bij brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 21 april 2016 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid namelijk aangekondigd dat de regering voornemens was om een aantal wijzigingen aan te brengen in bepalingen die met de WWZ in titel 7:10 van het Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen. Hij kondigt aan dat werkgevers de kosten van de

¹³¹ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p.96.

¹³² *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p.50-51.

¹³³ Brief van de minister van Sociale Zaken van 3 september 2015, 2015Z14478, p. 3.

¹³⁴ Brief van de minister van Sociale Zaken van 3 september 2015, 2015Z14478, p. 3.

¹³⁵ Rb. Midden-Nederland (Ktr. Almere) 2 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015.

¹³⁶ Brief van de minister van Sociale Zaken van 12 januari 2016, 2015-0000314045, p. 3.

transitievergoeding voor langdurig zieke werknemers vergoed zullen krijgen uit het Awf.¹³⁷ Na aankondiging van dit voorstel was volgens beleidsadviseur Van den Boom kortstondig een kleine opleving te zien in het aantal slapende dienstverbanden dat werd beëindigd (zie bijlage 7).

§6.1.4 Beoogde datum inwerkingtreding

Bij de aankondiging van het wetsvoorstel werd 1 januari 2018 als beoogde ingangsdatum gegeven.¹³⁸ Op 1 december 2016 heeft minister Asscher in zijn derde voortgangsbrief WWZ aan de Tweede Kamer laten weten dat 1 januari 2018 niet haalbaar is. De beoogde inwerkingtredingsdatum zou worden uitgesteld tot 1 januari 2019.¹³⁹

In februari 2017 worden opnieuw Kamervragen gesteld door de leden Kerstens en Tanamal over de problematiek rondom de slapende dienstverbanden. De vraag wordt gesteld of het, gezien de onwenselijke situatie waar werknemers in een slapend dienstverband in zitten, mogelijk is om het wetsvoorstel eerder in te voeren. Dit acht de regering niet mogelijk, omdat de invoering hiervan een grote impact heeft op de (digitale) processen van het UWV, die de nieuwe wettelijke taak krijgt. Op de vraag of hij andere mogelijkheden ziet en wil benutten om nu al een einde te maken aan het ongewenste gedrag van werkgevers, antwoordt hij: 'nee'. De minister geeft aan dat in samenhang met het feit dat aan het voorgenomen wetsvoorstel terugwerkende kracht zal worden verleend, er voor werkgevers geen reden meer is om de praktijk van slapende dienstverbanden in stand te houden.¹⁴⁰

Tijdens het schrijven van dit onderzoeksrapport werd het wetsvoorstel controversieel verklaard.¹⁴¹ Om het wetsvoorstel op 1 januari 2019 in te laten gaan, dient het UWV uiterlijk op 1 juli 2017 de implementatieopdracht te ontvangen. Die opdracht kan echter pas gegeven worden als de Tweede Kamer heeft ingestemd met het wetsvoorstel. Controversieel verklaring van het wetsvoorstel heeft tot gevolg dat, als het wetsvoorstel al wordt aangenomen door het nieuwe kabinet, de met het wetsvoorstel beoogde doelen pas op een later moment kunnen worden bereikt.¹⁴²

§6.2 Inhoud van het wetsvoorstel

Op 24 maart 2017 is het 'wetsvoorstel compensatie transitievergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid' bij de Tweede Kamer ingediend en daarmee openbaar geworden. In deze paragraaf wordt behandeld welke wijzigingen beoogd zijn met het wetsvoorstel en welke gevolgen die wijzigingen met zich meebrengen.

§6.2.1 Wijzigingen

Met het wetsvoorstel wordt geprobeerd tegemoet te komen aan zorgen van werkgevers over de hoge kosten die zij maken in verband met langdurig arbeidsongeschikte werknemers. Vanuit dat oogpunt zullen werkgevers gecompenseerd worden voor (in beginsel) de betaalde transitievergoeding en de eventueel daarop in mindering gebrachte transitie- en inzetbaarheidskosten.¹⁴³ De compensatie zal door het UWV verstrekt worden vanuit het Algemeen werkloosheidsfonds (Awf). Hier zal een verhoging van de (uniforme) premie tegenover staan.

¹³⁷ Kamerstukken II 2015/16, 34351, 16, p. 3-4.

¹³⁸ Kamerstukken II 2015/16, 34351, 16, p. 4.

¹³⁹ Brief van de minister van Sociale Zaken van 1 december 2016, 2016-0000256795, p. 5.

¹⁴⁰ Aanhangsel Handelingen II 2016/17, 1587, p. 2.

¹⁴¹ Vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Besluitenlijst van de procedurevergadering van woensdag 12 april 2017*, 13 april 2017, p. 1-2.

¹⁴² Brief van de minister van Sociale Zaken van 7 april 2017, 2017-0000061625, p. 1-3.

¹⁴³ Zie art. 7:673 lid 6 BW en het Besluit voorwaarden in mindering brengen op kosten transitievergoeding

Om als werkgever in aanmerking te komen voor de vergoeding is de wijze waarop de arbeidsovereenkomst beëindigd is niet van belang. De regeling heeft dus ook betrekking op arbeidsovereenkomsten die met wederzijds goedvinden zijn beëindigd. Als de werkgever zich verplicht tot het UVW of de rechter zou moeten wenden voor de beëindiging, zou dit negatieve gevolgen hebben voor de werklust van deze instellingen.¹⁴⁴ Ook wordt geen onderscheid gemaakt naar de aard van de arbeidsovereenkomst. De regeling geldt niet alleen bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde of bepaalde tijd die vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid na twee jaar ziekte worden opgezegd of ontbonden, maar ook als een tijdelijke arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt terwijl de werknemer ziek is.¹⁴⁵

In het wetsvoorstel worden zes beperkingen gesteld voor de hoogte van de compensatie die aan een werkgever wordt verleend. Die beperkingen worden hieronder kort beschreven.

1. De compensatie bedraagt niet meer dan de transitievergoeding waar een werknemer recht op heeft op het moment dat de loondoorbetalingsverplichting eindigt.
2. De compensatie bedraagt niet meer dan het bedrag van het tijdens ziekte van de werknemer betaalde brutoloon. De compensatie ziet immers toe op het voorkomen van opeenstapeling van de loondoorbetalingskosten tijdens ziekte en de transitievergoeding.
3. Als aan de werkgever een loonsanctie is opgelegd (in verband met het niet naleven van re-integratieverplichtingen), wordt die periode niet meegeteld bij de berekening van de hoogte van de compensatie. De hogere transitievergoeding is dan immers aan de werkgever zelf te wijten.
4. Bij beëindiging met wederzijds goedvinden is de compensatie nooit hoger dan de transitievergoeding waar de werknemer recht op zou hebben gehad als de arbeidsovereenkomst door ontbinding of opzegging was geëindigd.
5. Bij elkaar opvolgende ziekteperiodes worden deze periodes alleen in aanmerking genomen bij de bepaling van het tijdens ziekte betaalde loon als zij elkaar met een onderbreking van minder dan vier weken opvolgen. Deze regeling geldt immers ook bij het bepalen van de termijn waarvoor een werkgever verplicht is het loon bij ziekte door te betalen.
6. Als er sprake is van elkaar opvolgende tijdelijke contracten bij dezelfde werkgever die meetellen voor de berekening van de transitievergoeding en een werknemer tijdens die contracten (deels) ziek is geweest, tellen die periodes mee voor bepalen van het bedrag aan loon dat tijdens ziekte betaald is. Indien juist sprake is van elkaar opvolgende tijdelijke contracten bij verschillende elkaar opvolgende werkgevers, telt alleen het loon tijdens ziekte mee dat is betaald door de werkgever die een transitievergoeding verschuldigd is.¹⁴⁶

De werkgever moet aannemelijk maken dat het recht op compensatie bestaat en zal de omvang hiervan aan moeten tonen. Hij moet dit onder andere doen door de arbeidsovereenkomst met de betreffende werknemer te overhandigen aan het UWV en de ontslagvergunning van het UWV, de beschikking van de kantonrechter waaruit blijkt dat de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid is ontbonden of de beëindigingsovereenkomst te overleggen. Het UWV kan het een en ander verifiëren aan de hand van eigen informatie betreffende de toekenning van ziektegeld op grond van de Ziektewet of de beschikking betreffende de aanvraag voor een WIA-uitkering. Ontbreken deze gegevens, dan wordt van de werkgever een verklaring van de bedrijfsarts

¹⁴⁴ *Kamerstukken II 2016/17, 34699, 3, p. 8 (MvT).*

¹⁴⁵ Als een contract van rechtswege eindigt terwijl de werknemer ziek is, maakt deze in de regel aanspraak op een ziektewetuitkering op grond van de Ziektewet

¹⁴⁶ *Kamerstukken II 2016/17, 34699, 3, p. 8 (MvT)*

verlangd.¹⁴⁷ Regels met betrekking tot de aanvraag en verstrekking van de compensatie zullen nog bij ministeriele regeling worden gesteld. Hierin zullen onder andere termijnen waarbinnen de aanvraag moet plaatsvinden en de beslistermijn van het UWV worden opgenomen.¹⁴⁸

Het UWV wil misbruik voorkomen. Daarom zal het UWV, als blijkt dat bewust of onbewust verkeerde informatie is verstrekt en dit heeft geleid tot het ten onrechte toekennen van compensatie of dat ten onrechte een te hoge compensatie is toegekend, geen of een lagere compensatie toekennen of hetgeen te veel betaald is terugvorderen bij de werkgever. Bij fraude zal het UWV aangifte doen bij het Openbaar Ministerie.¹⁴⁹

§6.2.2 Kosten

‘Jaarlijks komen ongeveer 25.4000 werknemers na 2 jaar loondoorbetaling bij ziekte bij de WIA-poort. De inschatting is dat voor 13.300 van hen compensatie van de transitievergoeding aan de orde is (het wetsvoorstel heeft geen betrekking op overheidswerknemers, bovendien zullen niet alle werknemers na 2 jaar ziekte ontslagen worden.’, zo staat in de memorie van toelichting van het wetsvoorstel.

Overheidswerkgevers zijn uitgezonderd, omdat zij bij ontslag geen transitievergoeding verschuldigd zijn.¹⁵⁰ Met een gemiddelde vergoeding van € 13.700,- per werknemer wordt geschat € 180 miljoen aan uitkeringslasten per jaar te hebben. Aangezien de regeling ook van toepassing wordt verklaard op situaties waarin de arbeidsovereenkomst op of na 1 juli 2015 is geëindigd, worden de kosten in het aanvangsjaar op 4,5 keer hoger geschat. Figuur 11 geeft een beeld van de geschatte kosten.

	2019	2020	2021	Structureel
Uitkeringslasten	970	180	180	180
Uitvoeringslasten	40	8	8	8
Totaal	1010	188	188	188

Figuur 11 Kosten van het voorstel (in miljoen euro)¹⁵¹

De verstrekking van de compensatie zal plaatsvinden vanuit het Awf. Daar zal een verhoging van de Awf-premie tegenover staan. De Awf-premie zal als gevolg van de wijziging in 2019 met 0,5% verhoogd worden en structureel met ongeveer 0,1%.¹⁵²

§6.3 Gevolgen van het wetsvoorstel in de praktijk

De aankondiging van het wetsvoorstel heeft gevolgen gehad voor de behandelingswijze van dossiers van werknemers in een slapend dienstverband. Een oorzaak daarvan is dat de regeling het wetsvoorstel ook van toepassing verklaard op situaties waarin de arbeidsovereenkomst op of na 1 juli 2015 is geëindigd. Hierbij wordt alleen dat deel van de transitievergoeding waar de werknemer recht op heeft op het moment dat de loondoorbetalingsverplichting eindigt, vergoed aan de werkgever. De stijging van de transitievergoeding in de periode dat het dienstverband slapend blijft, komt dus voor rekening van de werkgever. De regering heeft deze regeling onder andere opgenomen om werkgevers te stimuleren de arbeidsovereenkomst nu al te beëindigen. De minister geeft te kennen dat door het met terugwerkende kracht in laten gaan van de compensatieregeling de reden voor het slapend houdend van het dienstverband wordt weggenomen.¹⁵³

¹⁴⁷ Kamerstukken II 2016/17, 34699, 3, p. 9-10 (MvT).

¹⁴⁸ Kamerstukken II 2016/17, 34699, 3, p. 9 (MvT).

¹⁴⁹ Kamerstukken II 2016/17, 34699, 3, p. 9 (MvT).

¹⁵⁰ Kamerstukken II 2016/17, 34699, 3, p. 10 (MvT).

¹⁵¹ Kamerstukken II 2016/17, 34699, 3, p. 11 (MvT).

¹⁵² Kamerstukken II 2016/17, 34699, 3, p. 11 (MvT).

¹⁵³ Kamerstukken II 2016/17, 34707, 2, p. 2-3.

Procesjuristen hebben dit argument naar werkgevers toe gebruikt. Procesjurist Ron Antes van de FNV had verwacht dat hij door de compensatieregeling de werkgevers zo ver zou krijgen slapende dienstverbanden te beëindigen. Hij zegt echter *'Het bleek het tegenovergestelde. Werkgevers doen uit onzekerheid over het wetsvoorstel liever niets.'* De heer Ouwehand (procesjurist FNV) en de heer Van den Boom (beleidsadviseur FNV) bevestigen dit beeld. Werkgeversadvocaat de heer Kruit noemt dit deel van de regeling 'een stukje symboolwetgeving'. Hij adviseert werkgevers alleen dat bedrag aan te bieden dat hij vergoed krijgt uit het fonds. Gaan werknemers niet akkoord, dan blijft het dienstverband slapend ten koste van de werknemer. De heer Kruit verwacht niet dat er een werkgever is die dat gedeelte van de transitievergoeding zelf gaat betalen. Ook geeft hij aan dat werkgevers door het wetsvoorstel helemaal niet gemotiveerd zijn om het slapend dienstverband te beëindigen, omdat zij de regeling onzeker vinden. Dit is te meer zo nu het wetsvoorstel controversieel is verklaard en een nieuw kabinet moet beslissen over het voorstel.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid geeft aan dat het controversieel verklaren van het wetsvoorstel, gelet op de voor werkgevers beoogde kostenbesparing, met name voor werkgevers nadelig is.¹⁵⁴ Dit is niet correct, aangezien werkgevers nog steeds de mogelijkheid hebben om de arbeidsovereenkomst slapend te houden. Er is immers geen ontslagplicht. Juist werknemers lijden door het controversieel verklaren van het wetsvoorstel. Dit geldt in het bijzonder voor werknemers die dicht bij hun pensioengerechtigde leeftijd zitten. Als werknemers in een slapend dienstverband met pensioen gaan voordat het wetsvoorstel in werking treedt, kunnen zij namelijk geen enkele aanspraak maken op de transitievergoeding. Werkgevers realiseren zich dit ook, aldus de heer Kruit. Werkgevers moeten afwegen hoe lang het nog duurt totdat de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt en hoe groot de kans is dat de werknemer in die periode wil re-integreren. Juist omdat werkgevers de risico's van het slapend dienstverband maar kort hoeven te dragen en de kans op re-integratie klein is, blijven dienstverbanden met werknemers dichtbij hun pensioengerechtigde leeftijd sneller slapend.

Als het wetsvoorstel wordt aangenomen, zal de problematiek rondom de slapende dienstverbanden naar verwachting grotendeels worden opgelost. De heer Van den Boom geeft aan dat hij verwacht dat het aantal ontslagen substantieel zal toenemen. Ook de heer Kruit ziet dan geen enkele reden meer voor de werkgever om niet af te rekenen. Hij maakt bij het afrekenen wel de kanttekening *'tot dat deel wat de werkgever vergoed krijgt uit het fonds.'*

§6.4 Advies Raad van State

Op 23 januari 2017 heeft de afdeling Advisering van de Raad van State een advies uitgebracht over het wetsvoorstel. Dit advies is gelijktijdig met het wetsvoorstel openbaar geworden. De Raad van State is kritisch over het wetsvoorstel: *'Met de vergoedingsregeling wordt een nieuwe regeling toegevoegd aan de al bestaande regelingen, in plaats van dat gekozen wordt voor het aanpakken van de werkelijke oorzaak van de cumulatie van financiële verplichtingen voor werkgevers. De afdeling Advisering vindt dat extra bezwaarlijk nu de vergoedingsregeling naar verwachting relatief kostbaar zal zijn om uit te voeren en veel van het UWV zal vergen. Zij adviseert dan ook de vergoedingsregeling te heroverwegen.'*¹⁵⁵ De heer Kruit kan zich vinden in dit advies. Hij vindt dat we in Nederland moeten stoppen met 'het pampieren van werknemers' en 'een beetje in de pas moeten lopen met de rest van Europa'. Als de bescherming van zieke werknemers, met de lange loondoorbetalingsverplichting en het gelijkdurende

¹⁵⁴ Kamerstukken II 2016/17, 34707, 2, p. 2-3.

¹⁵⁵ 'Samenvatting advies wetsvoorstel transitievergoeding bij ontslag' Raad Van State 24 maart 2017, raadvanstate.nl (zoek op wetsvoorstel transitievergoeding bij ontslag)

opzegverbod, enorm zou worden teruggedrongen, zijn werkgevers volgens de heer Kruit ook sneller bereid om de ontslagregels normaal toe te passen.

Het kabinet ziet echter geen aanleiding om de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte aan te passen als alternatief voor het wetsvoorstel. De minister geeft aan dat het kabinet niet vooruit wenst te lopen op de uitkomst van een onderzoek dat de SER hiernaar verricht. Dat onderzoek ziet toe op de knelpunten die werkgevers ervaren rondom de loondoorbetalingsverplichtingen en re-integratieverplichtingen.¹⁵⁶ Ook ziet het kabinet geen aanleiding om de vergoedingsregeling te heroverwegen.¹⁵⁷ Zij vindt het niet wenselijk om langdurig arbeidsongeschikten het recht op de transitievergoeding te ontnemen. De transitievergoeding is namelijk mede bedoeld als compensatie voor de (gevolgen van) ontslag. Daarnaast kan een transitievergoeding van belang zijn bij het vinden van een nieuwe baan. Dit geldt ook voor langdurig arbeidsongeschikte werknemers. Bovendien meent het kabinet dat het ontnemen van het recht op de transitievergoeding onmogelijk en onwenselijk is, omdat dit in strijd zou zijn met het beginsel van gelijke behandeling.¹⁵⁸ De heer Van den Boom geeft te kennen dat hij wel begrijpt dat de minister ondanks het negatieve advies van de Raad van State toch doorzet met dit wetsvoorstel. Hij heeft immers nog geen betere oplossing gezien.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II 2015/16, 29544, nr. 679.*

¹⁵⁷ *Kamerstukken II 2016/17, 34699, 4, p. 8.*

¹⁵⁸ *Kamerstukken II 2016/17, 34699, 4, p. 7.*

Hoofdstuk 7 Conclusie en aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden de conclusies weergegeven die getrokken kunnen worden uit de voorgaande hoofdstukken. Daarnaast zullen aanbevelingen worden weergegeven die uit deze conclusies voortvloeien. Met de conclusies en aanbevelingen wordt antwoord gegeven op de volgende centrale vraag: 'Met welke factoren, mede gelet op de gevolgen van het wetsvoorstel 'compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid', moeten de juristen van de FNV rekening houden in hun advies aan langdurig zieke werknemers in een slapend dienstverband?'.

§7.1 Conclusies

Uit het literatuuronderzoek blijkt dat de positie van langdurig zieke werknemers voor de invoering van de WWZ op 1 juli 2015 niet zoveel verschilt met die van langdurig zieke werknemers die nu in een slapend dienstverband zitten. Beide situaties geven werknemers namelijk geen recht op een ontslagvergoeding (behoudens bijzondere situaties). Zowel voor 1 juli 2015 als daarna zijn werkgevers niet verplicht de arbeidsovereenkomst met de werknemer op te zeggen na twee jaar ziekte. In het oude recht werd dit doorgaans wel gedaan, omdat de ontslagroute via het UWV de werkgever vrijwel niets kostte. Nu werkgevers bij opzegging van de arbeidsovereenkomst een transitievergoeding zijn verschuldigd, is een trend ontstaan van werkgevers die het dienstverband slapend houden, zodat het afscheid van de werknemer hen geen transitievergoeding kost. Dit valt werkgevers bijna niet te verwijten, daar de lasten die werkgevers hebben ten opzichte van langdurig zieke werknemers sinds de wijziging van het ontslagrecht aanzienlijk zijn gestegen. Werkgevers zijn niet alleen nog steeds verantwoordelijk voor twee jaar loondoorbetaling bij ziekte en re-integratiekosten, maar moeten nu dus ook bij het beëindigen van het dienstverband een transitievergoeding betalen.

De rechtspraak heeft zich over de problematiek rondom de slapende dienstverbanden gebogen. Op basis van de jurisprudentieanalyse kan geconcludeerd worden dat werknemers in een slapend dienstverband weinig tot geen mogelijkheden hebben om de transitievergoeding in rechte af te dwingen. Ten eerste wordt het in stand houden van een slapend dienstverband, met als enige reden het niet betalen van de transitievergoeding, door de rechter niet gezien als wanprestatie in de zin van art. 7: 686 BW. Daarnaast wordt een beroep op slecht werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW wegens het in stand houden van een slapend dienstverband niet zonder meer gehonoreerd. Daar zijn namelijk bijkomende omstandigheden voor nodig. Lodewijk Asscher, minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, vindt het onfatsoenlijk van werkgevers als zij het dienstverband slapend houden met als enige reden het niet willen betalen van een transitievergoeding. Uit dit onderzoek blijkt dat de rechtsprekende macht deze gedraging van werkgevers niet ziet als ernstig verwijtbaar. Kantonrechters en gerechtshoven hebben, om de reden van het slapend houden van een dienstverband, een beroep op art. 7: 673 lid 1 sub b onder 2 BW, tot op heden niet gehonoreerd. Dit alles leidt tot de conclusie dat procederen om het enkele feit dat een werkgever het dienstverband niet beëindigt af te raden is.

Toch zijn er situaties denkbaar waarbij het wel zinvol kan zijn om een procedure bij de kantonrechter aan te vangen. Als een werkgever zich los van het slapend houden van het dienstverband zodanig heeft gedragen dat de rechter dit als ernstig verwijtbaar beoordeelt, heeft de werknemer alsnog recht op een transitievergoeding. In ogenschouw moet worden genomen dat zowel rechters als de wetgevende macht slechts in uiterste gevallen vinden dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. De werkgever moet dus door zijn handelen of nalaten een onwerkbare situatie hebben gecreëerd voor zijn werknemer.

Een gang naar de rechter zou voor werknemers tevens zijn vruchten af kunnen werpen als een werkgever na de verplichte loondoorbetalingsperiode van twee jaar aanwijzingen geeft dat het dienstverband beëindigd is. Het is daarbij niet van belang of de werkgever de intentie heeft gehad om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Het is slechts van belang of de werknemer de handeling van de werkgever als opzegging mocht opvatten.

Naar aanleiding van het dossieronderzoek en de gehouden interviews is een aantal conclusies te trekken. De leeftijd, het arbeidsongeschiktheidspercentage en de duur van het dienstverband zijn van invloed op het al dan niet slapend blijven van een dienstverband. Naarmate een werknemer in een slapend dienstverband dichterbij zijn pensioengerechtigde leeftijd komt, neemt de kans toe dat het dienstverband slapend wordt gehouden door de werkgever. De reden hiervoor is dat werkgevers aan een pensioengerechtigde werknemer geen transitievergoeding zijn verschuldigd. Het dienstverband wordt ook sneller slapend gehouden naarmate het dienstverband langer is. De transitievergoeding wordt immers hoger naarmate het dienstverband langer aanhoudt. Het opzeggen van een lang dienstverband kan daardoor voor werkgevers duur zijn.

Ook het arbeidsongeschiktheidspercentage is van invloed. Hoe lager dit is, hoe groter de kans is dat het dienstverband wordt beëindigd. De kans dat een werknemer met een laag arbeidsongeschiktheidspercentage terugkeert naar de werkvloer is namelijk groter dan wanneer het arbeidsongeschiktheidspercentage erg hoog is. Hoe minder beperkingen, hoe meer mogelijkheden er kunnen zijn voor passend werk binnen de organisatie van de werkgever. Dit geldt met name voor de groep werknemers met een arbeidsongeschiktheidspercentage van minder dan 35%. Deze groep komt niet in aanmerking voor een WIA-uitkering en heeft het meeste belang bij terugkeer naar passende werkzaamheden bij de werkgever. Ook bij een arbeidsongeschiktheidspercentage van 35-80% hebben werknemers echter groot belang bij terugkeer naar de werkgever voor passende werkzaamheden. Als deze mensen uiteindelijk geen werk vinden, kunnen zij in de bijstand eindigen.

Werkgevers geven weleens aan werknemers aan dat zij het dienstverband in het belang van de werknemer niet beëindigen, zodat deze de kans krijgt op termijn nog te re-integreren. Dit wordt enkel als argument richting werknemers gebruikt. Het financiële motief is namelijk doorslaggevend voor de beslissing van de werkgever. Werkgevers wegen de risico's van het in stand houden van het dienstverband af tegen de hoogte van de transitievergoeding. Het eerste risico is reeds genoemd, namelijk het risico dat de werkgever op een later tijdstip wil re-integreren in de organisatie. Toch wordt dit door werkgevers niet altijd als een reëel risico beschouwd. Zij hebben vaak de gedachte dat werknemers geen oprechte intentie hebben om te re-integreren. Een tweede risico is dat werknemers in een slapend dienstverband bij een mogelijke reorganisatie meegenomen moeten worden in het afspiegelingsbeginsel. Als de werknemer in een slapend dienstverband voor ontslag in aanmerking komt, moet aan hem alsnog een transitievergoeding worden betaald. De transitievergoeding is dan hoger dan wanneer de werkgever voor het slapend dienstverband afscheid had genomen van deze werknemer. Procesjuristen bij de FNV wijzen werkgevers nooit op dit laatste risico in een poging de werkgever te bewegen tot betaling van de transitievergoeding. Toch zou dit een aanleiding kunnen zijn voor de werkgever om het zekere voor het onzekere te nemen door het dienstverband te beëindigen.

Het 'wetsvoorstel compensatie transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid' is gemaakt om de problematiek rondom slapende dienstverbanden op te lossen. Het wetsvoorstel houdt in dat werkgevers gecompenseerd worden voor (in beginsel) de volledige betaalde transitievergoeding en de eventueel daarop in mindering gebrachte transitie- en inzetbaarheidskosten. Deze compensatie zal door het UWV verstrekt worden vanuit het Awf. Hier staat een verhoging van de Awf-premie tegenover. Het wetsvoorstel

is controversieel verklaard, waardoor een nog nieuw te vormen kabinet over dit voorstel gaat beslissen.

De minister verwachtte dat door het wetsvoorstel, in samenhang met het feit dat daaraan terugwerkende kracht zal worden verleend tot 1 juli 2015, er voor werkgevers geen reden meer was om de praktijk van slapende dienstverbanden in stand te houden. De minister heeft op dat punt een inschattingsfout gemaakt. Het wetsvoorstel heeft namelijk geen positieve invloed gehad op de problematiek rondom slapende dienstverbanden. Na de aankondiging van het wetsvoorstel was een kleine opleving te zien in het aantal werkgevers dat slapende dienstverband beëindigden. Al snel waren veel werkgevers echter niet meer gemotiveerd een slapend dienstverband te beëindigen. De onzekerheid met betrekking tot het wel of niet invoeren van het wetsvoorstel maakt juist dat werkgevers blijven afwachten.

Als het wetsvoorstel wordt ingevoerd, zal dit de problematiek rondom slapende dienstverbanden grotendeels oplossen. Werkgevers hebben dan geen reden meer om het dienstverband slapend te houden. Het zal dan, net als voor 1 juli 2015, weer gangbaar worden voor werkgevers om de arbeidsovereenkomst na het verstrijken van de loondoorbetalingsplicht op te zeggen. De kosten van de transitievergoeding rusten dan immers niet meer op de werkgever. Het eerdergenoemde argument dat financiën voor werkgevers de doorslag geven, zal hier ten gunste van de werknemer uitvallen.

Wel dient opgemerkt te worden dat het fonds alleen dat deel van de transitievergoeding vergoedt tot het moment waarop de werknemer twee jaar ziek was. Het deel van de transitievergoeding dat oploopt gedurende de periode van het slapende dienstverband zou volgens de wetgever voor eigen rekening van de werkgever moeten komen. Dit is echter symboolwetgeving. Werkgevers kunnen na invoering van het wetsvoorstel namelijk een vaststellingsovereenkomst aanbieden aan de werknemer, waarin zij het bedrag kunnen invullen wat zij vergoed krijgen uit het fonds en het hierbij laten. De werkgever kan zich hier een 'take it or leave it' houding permitteren. Werkgevers zijn dus niet vatbaar voor het argument dat het de werkgever meer kost als hij het slapend dienstverband op een later tijdstip alsnog beëindigt.

§7.2 Aanbevelingen

Naar aanleiding van hetgeen dat geconcludeerd is in paragraaf 7.1 blijken bepaalde factoren van invloed op het al dan niet slapend blijven van het dienstverband. Aan deze factoren wordt tot op heden niet altijd voldoende aandacht besteed door de juristen. Om ervoor te zorgen dat de belangen van een werknemer in een slapend dienstverband zo goed mogelijk worden behartigd, wordt het onderstaande aanbevolen aan de juristen van FNV.

- Kijk bij aanvang van een dossier naar de leeftijd van de werknemer, de duur van het dienstverband en het arbeidsongeschiktheidspercentage. Als deze gegevens in kaart gebracht zijn, kan op basis van bovenstaande conclusies een beeld gevormd worden van de kans op een bepaalde uitkomst. Door daarop te anticiperen, kan de jurist een sterkere argumentatie naar de werkgever neerzetten.
- Let in het bijzonder op de wijze waarop een werkgever de periode van loondoorbetaling afsluit met zijn werknemer. Als hij in deze communicatie een handeling doet die de werknemer als opzegging mag opvatten, is het aan te raden een procedure te starten bij de kantonrechter.
- Bespreek bij de intake de volledige situatie van de werknemer. Kijk naar hoe hij ziek is geworden, hoe de re-integratie is verlopen, hoe de werkgever zich heeft gedragen en of er bijzondere omstandigheden zijn. Deze informatie helpt bij het vaststellen of de werkgever zich ernstig verwijtbaar heeft gedragen.

- Let bij werknemers in een slapend dienstverband waarbij het dienstverband wordt opgezegd wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd extra goed op of de werkgever de juiste beëindigingsdatum gebruikt. Als onregelmatig opgezegd wordt en de werknemer hierdoor al voor het bereiken van zijn pensioengerechtigde leeftijd uit dienst is, kan de werknemer alsnog recht hebben op een vergoeding.
- Gebruik het jurisprudentieoverzicht uit bijlage 2 als naslagwerk bij voorbereiding van een procedure bij de kantonrechter
- Speel als jurist meer in op de risico's die voor werkgevers gepaard gaan met het slapend houden van het dienstverband. Er is een beeld ontstaan dat werknemers geen intentie hebben om terug te keren bij hun werkgever als zij eenmaal in een slapend dienstverband zitten. Probeer dit beeld in individuele gevallen te beïnvloeden door de werkgever consequent te wijzen op re-integratieverplichtingen en hieraan concrete eisen te koppelen, zoals een vergoeding voor een bepaalde opleiding. Laat de wil van de werkgever om terug te komen duidelijk en herhaaldelijk blijken.
- Vergeet als jurist het risico op reorganisatie niet te benoemen aan de werkgever. Dit wordt nu niet of nauwelijks gedaan. Dit kan een reëel risico zijn voor de werkgever, terwijl hij daar wellicht niet bij stil staat.
- Het is onzeker of en wanneer het wetsvoorstel wordt ingevoerd. Werkgevers nemen daarom een afwachtende houding aan. Het geeft geen resultaat om werkgevers te blijven wijzen op het wetsvoorstel in een poging hen tot betaling te bewegen. Laat dit argument dus varen. Veel beter kan, zoals in voorgaande aanbevelingen is beschreven, gefocust worden op de risico's voor werkgevers.
- Werknemers in een slapend dienstverband waarbij de kans groot is dat zij hun pensioengerechtigde leeftijd bereiken voordat het wetsvoorstel wordt ingevoerd, lopen de transitievergoeding hoogstwaarschijnlijk mis. Probeer bij deze werknemers tijdig een compromis met de werkgever te bereiken. De kans dat de werkgever de volledige transitievergoeding zal betalen, is gering. Zij beseffen immers vaak ook dat het hen niets kost als zij het dienstverband nog een aantal jaar slapend houden. Toch lopen zij ook in die jaren nog het risico van een reorganisatie. Probeer daarom een compromis te bereiken met de werkgever met in het achterhoofd 'iets is beter dan niets'.
- Als het wetsvoorstel wordt ingevoerd, kunnen de hulpvragen van werknemers in een slapend dienstverband aanzienlijk toenemen. Probeer hier op organisatorisch vlak op voor te bereiden. Maak bijvoorbeeld een gestandaardiseerde brief om werknemers die eerder om hulp gevraagd hebben van de FNV maar waarbij het niet gelukt is het slapend dienstverband te beëindigen te informeren.

Bronnenlijst

I. Boeken

Dingemans e.a. 2015

C. Dingemans e.a., *Nationaal WWZ event: transitienacht van de arbeid. VAAN-VvA 30 juni-1 juli 2015*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015.

Genderen, van, e.a. 2016

D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016.

Geugjes 2016

H.C. Geugjes, *Socialezekerheidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2016.

Houweling 2011

A.R. Houweling, *Commentaar rechtspraak arbeidsrecht AR Updates 2009/2010*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Loonstra & Zondag 2015

C. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Verburg 2010

L.G. Verburg, *Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom*, Deventer: Kluwer 2010.

II. Elektronische bronnen

FNV.nl

'Over FNV', *FNV*, *fnv.nl* (zoek op: *over fnv*)

'Onze missie', *FNV*, *fnv.nl* (zoek op: *missie*)

Ploum.nl

A. van Toledo, 'WWZ uitspraken: de transitievergoeding', *Ploum* 21 maart 2016, *ploum.nl* (zoek op: *transitievergoeding*)

Raadvanstate.nl

'Samenvatting advies wetsvoorstel transitievergoeding bij ontslag' *Raad Van State* 24 maart 2017, *raadvanstate.nl* (zoek op *wetsvoorstel transitievergoeding bij ontslag*)

Rechtsgevoel.nl

'Ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, voor en na 1 juli 2015', *rechtsgevoel* 23 maart 2015, *rechtsgevoel.nl* (zoek op: *langdurige arbeidsongeschiktheid*)

Rijksoverheid.nl

'Wet Werk en Zekerheid naar de Tweede Kamer', *Rijksoverheid* 29 november 2013, *Rijksoverheid.nl* (zoek op: *wetsvoorstel wwz*).

'Afspiegelingsbeginsel bij ontslag om bedrijfseconomische redenen', *Rijksoverheid*, *Rijksoverheid.nl* (zoek op: *afspiegelingsbeginsel*)

Tweedekamer.nl

'Een demissionair kabinet', *Tweede Kamer*, tweedekamer.nl (zoek op: *demissionair kabinet*)

III. Jurisprudentie

Gerechtshoven

Hof Arnhem 2 september 2008, *JAR* 2008/275.

Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4742.

Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6140.

Hof Arnhem-Leeuwarden 19 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6882.

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

Hof Den Haag 10 januari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:6.

Rechtbanken

Rb. Den Haag (Ktr. Gouda) 21 oktober 2015, *AR* 2015/1095

Rb. Rotterdam (Ktr. Rotterdam) 6 november 2015, *AR* 2015/1181

Rb. Midden-Nederland (Ktr. Almere) 2 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015.

Rb. Overijssel (Ktr. Almelo) 3 december 2015, ECLI:NL:ROVE:2015:5826.

Rb. Zeeland-West-Brabant (Ktr. Breda) 22 december 2015, *AR* 2015/1302.

Rb. Noord-Nederland (Ktr. Leeuwarden) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:756.

Rb. Den Haag (Ktr. Den Haag) 4 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14103

Rb. Limburg (Ktr. Roermond) 1 augustus 2016, ECLI:NL:2016:6805

Rb. Limburg (Ktr. Roermond) 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:7608

Rb. Amsterdam (Ktr. Amsterdam) 6 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5741.

Rb. Oost-Brabant (Ktr. Eindhoven) 13 december 2016, *AR* 2017-0026.

IV. Berichten uit andere media

Avrotros NPO 2017, 2 februari 2017

'Eenvandaag', Avrotros NPO, 2 februari 2017

V. Vakliteratuur

Barentsen, *MvV* 2017

B. Barentsen, 'De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst', *MvV* 2013.

Hoogeveen, *AR Updates annotaties* 2009, nr. 696

E.M. Hoogeveen, 'De samenloop van de schadevergoeding ex art. 7:658 en de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding ex art. 7:681 BW', *AR Updates annotaties* 2009, nr. 696.

Kehrer-Bot, *AR* 2017, afl. 1.

C.S. Kehrer-Bot, 'De zieke werknemer en de transitievergoeding', *ArbeidsRecht* 2017, afl.1.

Loonstra, *DAR* 2012, afl. 9

C.J. Loonstra, 'Dossier Arbeid & Recht Special september 2012', *DAR* 2012, afl. 9.

De Vaate, *ARBAC* 2012

V. Bij de Vaate, 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure. Deel 1: Het rechtsmiddelenverbod', *ARBAC* 2012.

Vegter, *ArA* 2003, afl. 1

M.S.A. Vegter, 'Schadevergoeding en ontslagvergoeding', *ArA* 2003, afl. 1.

Wegener-Belinfante, AR 2014, afl. 11, p. 36.

T.M.J. Wegener-Belinfante, De transitievergoeding: een praktijkgericht overzicht, *ArbeidsRecht* 2014, afl. 11.

VI. Parlementaire stukken

Stukken van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Kamerstukken I 2013/14, 33818, B.

Stukken van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7.

Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3 (MvT).

Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. C.

Kamerstukken II 2015/16, 34351, 16.

Kamerstukken II 2015/16, 29544, nr. 679.

Kamerstukken II 2016/17, 34707, 2.

Kamerstukken II 2016/17, 34 351, 22.

Kamerstukken II 2016/17, 34699, 3 (MvT).

VII. Wet- en regelgeving

Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (oud)

Boek 7 Burgerlijk Wetboek (oud)

Ontslagbesluit (oud)

Boek 7 Burgerlijk Wetboek, specifiek de Wet Werk en Zekerheid

Beleidsregels beoordelingskader poortwachter

Besluit premievaststelling vrijwillige verzekering WIA 2017

Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding

Regeling indexering transitievergoeding, *Stcrt.* 2016, 58571.

VIII. Overige bronnen

Brief van de minister van Sociale Zaken van 11 april 2013, 2013-45997.

Brief van de minister van Sociale Zaken van 3 september 2015, 2015Z14478.

Brief van de minister van Sociale Zaken van 12 januari 2016, 2015-0000314045.

Brief van de minister van Sociale Zaken van 1 december 2016, 2016-0000256795.

Brief van de minister van Sociale Zaken van 7 april 2017, 2017-0000061625.

Vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Besluitenlijst van de procedurevergadering van woensdag 12 april 2017*, 13 april 2017.

Aanhangsel Handelingen II 2016/17, 1587.

