



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Het slapend dienstverband: van onfatsoenlijk tot slecht werkgeverschap

Jansen, N.

**DOI**

[10.5553/TvO/254253152019003002004](https://doi.org/10.5553/TvO/254253152019003002004)

**Publication date**

2019

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Tijdschrift voor Ontslagrecht

**License**

Other

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Jansen, N. (2019). Het slapend dienstverband: van onfatsoenlijk tot slecht werkgeverschap. *Tijdschrift voor Ontslagrecht*, 2019(2), 57-62.  
<https://doi.org/10.5553/TvO/254253152019003002004>

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Het slapend dienstverband: van onfatsoenlijk tot slecht werkgeverschap

Mr. dr. Niels Jansen\*

## 1. Inleiding

Asscher, toenmalig minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, vond het in 2015 niet getuigen van fatsoenlijk werkgeverschap als de enige reden voor het onbetaald in dienst houden van een werknemer is het niet willen betalen van een transitievergoeding.<sup>1</sup> Aanvullende wettelijke maatregelen om dit tegen te gaan, achtte hij op dat moment niet nodig omdat werknemers naar de rechter zouden kunnen gaan wanneer een werkgever de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen niet zou nakomen (lees: niet zou opzeggen). Pogingen van werknemers met een slapend dienstverband om via de rechter betaling van de transitievergoeding af te dwingen, strandden de afgelopen jaren echter steevast. Het werd vaste lijn in de rechtspraak dat een werkgever noch ernstig verwijtbaar noch in strijd met goed werkgeverschap handelde indien hij een arbeidsovereenkomst na twee jaar ziekte ‘slapend’ hield. Voor de minister was dit reden toch een aanvullende wettelijke regeling te ontwerpen. De minister kwam met een compensatieregeling die werkgevers – kort gezegd – compenseert voor de betaalde transitievergoeding.<sup>2</sup> Sinds de Regeling compensatie transitievergoeding (of compensatieregeling) is aangenomen door de Tweede Kamer,<sup>3</sup> is de lijn in de rechtspraak met betrekking tot de kwalificatie van het werkgeversgedrag bij slapende dienstverbanden niet zo vast meer. In navolging van het Scheidsgerecht Gezondheidszorg<sup>4</sup> oordeelde Rechtbank Den Haag<sup>5</sup> onlangs dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap onder omstandigheden verplicht kan zijn tot beëindiging van de slapende arbeidsovereenkomst over te gaan. Beide uitspraken zijn overwegend

kritisch ontvangen, maar de vraag is hoe vreemd de gedachte eigenlijk is dat een werkgever in strijd met het goed werkgeverschap kan handelen door een dienstverband niet te beëindigen. Op die vraag geef ik in deze bijdrage antwoord. Na een betrekkelijk rustige periode worden werkgevers nu weer in toenemende mate aangesproken slapende dienstverbanden op te zeggen en onlangs stelde Kantonrechter Roermond daarom prejudiciële vragen aan de Hoge Raad over deze kwestie. Ook aan die vragen besteed ik in deze bijdrage aandacht.<sup>6</sup>

## 2. Een paradigmaverschuiving?

Voor de Wwz bestond een systeem waarbij de werkgever ongeacht de ontslaggrond de ontslagroute kon kiezen. Een te betalen ontslagvergoeding was daarbij afhankelijk van de gekozen route. Bij een beëindiging door de kantonrechter werd in de regel een ontslagvergoeding toegekend op basis van de zogenoemde kantonrecht-formule, terwijl bij een beëindiging via het UWV geen vergoeding verschuldigd was, tenzij sprake was van een kennelijk onredelijke opzegging. Van een kennelijk onredelijke opzegging was in beginsel geen sprake wanneer na twee jaar ziekte de arbeidsovereenkomst werd beëindigd. De Hoge Raad bevestigde in een arrest uit 2008 dat de beëindiging van een (langdurig) dienstverband wegens arbeidsongeschiktheid op zichzelf beschouwd geen reden is voor de toekenning van een ontslagvergoeding.<sup>7</sup> Van kennelijke onredelijkheid kon wel sprake zijn indien bijvoorbeeld de arbeidsongeschiktheid was veroorzaakt door het werk of wanneer de werkgever was tekortgeschoten in zijn re-integratieverplichtingen.<sup>8</sup> Vóór de Wwz was bij de beëindiging van een dienstverband na twee jaar ziekte het uitgangspunt aldus dat de werkgever geen ontslagvergoeding verschuldigd was, tenzij sprake was van bijzondere omstandigheden.

Met de Wwz is ervoor gekozen de ontslagvergoedingen onafhankelijk te maken van de gekozen ontslagroute en ontslaggrond. Een ontslagvergoeding is (in beginsel) verschuldigd als de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever wordt beëindigd en dus ook wanneer de (langdurige) arbeidsongeschiktheid van de werknemer de ontslagreden is. Vergeet de gedachte dat

57

\* Niels Jansen is universitair docent aan de Universiteit van Amsterdam en verbonden aan de vakgroep arbeidsrecht.

1. *Kamerstukken II 2014/15*, aanhangsel van de handelingen, 3304.

2. De compensatie is overigens niet meer dan het loon dat de werkgever gedurende de 104 weken ziekte heeft betaald (art. 7:673e lid 2 BW), waarmee de werkgever dus niet zozeer wordt gecompenseerd voor de betaalde transitievergoeding, maar voor het betalen van loon bij ziekte en de transitievergoeding.

3. Wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid.

4. Scheidsgerecht Gezondheidszorg 27 december 2018, SG 18/24, *JAR* 2019/21.

5. Rb. Den Haag 28 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3109.

6. Rb. Limburg 10 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3331.

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

8. Zie bijvoorbeeld: HR 25 juni 1999, *JAR* 1999/149 (Boulidam).

dit een weeffout van de Wwz is, want dat is het niet.<sup>9</sup> Tijdens de parlementaire behandeling is door de VAAN expliciet gevraagd wat de rechtvaardiging is voor de toekenning van een transitievergoeding in de situatie waarin een werknemer na twee jaar (volledig) arbeidsongeschikt te zijn geweest een IVA-uitkering ontvangt (en wiens dienstverband wordt beëindigd). Het antwoord van de minister was dat er gelet op het tweeledige doel van de transitievergoeding geen rechtvaardiging bestaat onderscheid te maken tussen arbeidsongeschikte werknemers (met een IVA-uitkering) en andere werknemers.<sup>10</sup> Veel werkgevers vonden de betaling van een transitievergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid onrechtvaardig omdat zij al twee jaar lang het loon moeten doorbetalen en moeten investeren in de re-integratie van een zieke werknemer. Om te ontkomen aan de lastenverzwaring in de vorm van de betaling van een transitievergoeding, kozen veel werkgevers er na inwerkingtreding van de Wwz voor dienstverbanden met zieke werknemers niet te beëindigen als daartoe op zichzelf wel een reden bestond. De minister vond dit – zoals gezegd – onfatsoenlijk, maar in de rechtspraak werd het niet-opzeggen van werkgevers niet gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar of strijdig met het goed werkgeverschap.<sup>11</sup> Werkgevers hadden daar immers een groot financieel belang bij. Hof Arnhem-Leeuwarden overwoog dat een verplichting voor de werkgever een zieke werknemer zo snel mogelijk te ontslaan na ommekomst van de loondoorbetalingsverplichting niet bestaat en dat een werkgever dus ook niet ernstig verwijtbaar handelt als hij niet overgaat tot ontslag.<sup>12</sup> Hof Den Haag overwoog dat de minister het bewust slapend houden van een dienstverband dan wel als onfatsoenlijk mag kwalificeren, maar ongeoorloofd is het (daarmee) niet en van strijd met goed werkgeverschap is geen sprake.<sup>13</sup> De minister kan zich er natuurlijk best bij neerleggen dat rechters niet helemaal doen wat hij had gehoopt dat ze zouden doen. En soms doet de minister er zelfs verstandig aan dat te doen. Maar als de minister het principiële oneens is met de stand van het recht, dan staat het hem uiteraard vrij een voorstel te doen in een poging daar iets aan te doen. Sterker, dat is de taak van de minister en precies dat heeft de minister gedaan met de Regeling compensatie transitievergoeding. De compensatieregeling moet financiële drempels die ertoe leiden dat dienstverbanden slapend worden gehouden, weg nemen.<sup>14</sup>

Uit de bespreking van de verschillende opties in de toelichting op de compensatieregeling, waaronder het schrappen van de transitievergoeding na twee jaar ziek-

te, volgt dat de minister er onverkort aan wil vasthouden dat werknemers ook (in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst) na twee jaar arbeidsongeschiktheid recht hebben op een transitievergoeding.<sup>15</sup> Anders dan de minister ben ik van mening dat het tweeledige doel van de transitievergoeding juist een andere behandeling van arbeidsongeschikte werknemers (met een IVA-uitkering) en gewone werknemers zou hebben gerechtvaardigd.<sup>16</sup> Werknemers met een IVA-uitkering zullen naar alle waarschijnlijkheid immers geen transitie meer maken en voor het verlies aan inkomen worden zij gecompenseerd via de uitkering. Waarom zouden zij dan nog ter aanvulling een transitievergoeding moeten ontvangen? Voor werknemers met een WGA-uitkering is dit anders, omdat van hen verwacht wordt een transitie te maken teneinde hun restverdiencapaciteit te verzilveren. Daar staat tegenover dat zij via de loongerelateerde WGA-uitkering gedeeltelijk gecompenseerd worden voor het verlies aan inkomen, maar dat geldt voor een gewone werknemer met recht op WW ook. Of het maken van onderscheid ontoelaatbaar is op grond van artikel 4 Wgbh/cz, zoals de minister heeft gesteld, bespreek ik in deze bijdrage niet uitvoerig. Maar op deze stelling is naar mijn mening wel wat af te dingen, althans die stelling verdient wel nadere toelichting van de minister. Niet ieder ontslag wegens ziekte is immers in strijd met artikel 4 Wgbh/cz en geldt dat dan – in het verlengde daarvan – ook niet voor de gevolgen die de wet aan dat ontslag verbindt? De wetgever heeft ondanks deze bedenkingen een duidelijke en weloverwogen keuze gemaakt en dat is dat arbeidsongeschikte werknemers recht hebben op een transitievergoeding als zij worden ontslagen na twee jaar arbeidsongeschiktheid. De compensatieregeling moet ertoe leiden dat werkgevers daadwerkelijk overgaan tot ontslag omdat financiële prikkels om niet te ontslaan zijn weggenomen. Anders gezegd, werkgevers hebben niet langer een financieel belang om het dienstverband slapend te houden tegenover een groot financieel belang van werknemers bij beëindiging. Een ontslagverplichting voor werkgevers bevat de regeling niet.

Door de Wwz en de compensatieregeling lijkt van een paradigmaverschuiving ten aanzien van de ontslagvergoeding en de langdurige zieke werknemer sprake te zijn. Voorheen was het de werknemer die bijkomende omstandigheden moest stellen om aanspraak te kunnen maken op een ontslagvergoeding wanneer hij na twee jaar arbeidsongeschiktheid werd ontslagen en thans is de gedachte dat de werkgever bijkomende omstandigheden zal moeten stellen om onder betaling van een ontslagvergoeding uit te komen door een zieke werknemer juist niet te ontslaan.

9. *Kamerstukken II 2013/14, 33818, C, p. 96.* Zie ook: P.J.B.M. Besselink, 'Slapende dienstverbanden wakker geschud door de compensatieregeling?', *TAP 2019/3*.

10. *Kamerstukken II 2013/14, 33818, C, p. 96.*

11. Zie voor een uitgebreid overzicht van de rechtspraak: P.J.B.M. Besselink, 'Slapende dienstverbanden wakker geschud door de compensatieregeling?', *TAP 2019/3*.

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

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

14. *Kamerstukken II 2018/19, 34352, 136.*

15. *Kamerstukken II 2016/17, 34699, 3.*

16. Zie ook E. Verhulp, 'Slapende dienstverbanden? Laten slapen of wakker kussen?', *TRA 2019/37*.

### 3. Schending van goed werkgeverschap en een ontslagplicht

Tot het moment dat de minister werk ging maken van de compensatieregeling was vaste lijn in de rechtspraak dat het slapend houden van een dienstverband na twee jaar arbeidsongeschiktheid niet kwalificeerde als strijdig met goed werkgeverschap of ernstig verwijtbaar nalaten. Anders gezegd, het goed werkgeverschap bracht niet mee dat op een werkgever de verplichting rustte een arbeidsovereenkomst na twee jaar arbeidsongeschiktheid te beëindigen. Door de komst van de compensatieregeling zijn rechters verdeeld over het antwoord op de vraag hoe de handelwijze van werkgevers te kwalificeren wanneer zij (zonder belang) een dienstverband slapend houden.

#### 3.1. Rechtspraak

Scheidsgerecht Gezondheidszorg overwoog in 2018 in een arbitraal vonnis op grond van hetgeen ik in de vorige paragraaf heb uiteengezet, dat moet worden aangenomen dat de werkgever op grond van goed werkgeverschap onder omstandigheden verplicht kan zijn tot beëindiging van de slapende arbeidsovereenkomst over te gaan en daartoe veroordeeld kan worden. In de zaak die speelde bij het Scheidsgerecht ging het om een terminaal zieke werknemer die nog maar kort te leven had, terwijl de werkgever geen enkele reden had de arbeidsovereenkomst niet te beëindigen, behalve dan het voorkomen van de betaling van een transitievergoeding. Het willen voorkomen van de betaling van de transitievergoeding vond het Scheidsgerecht in het licht van de compensatieregeling geen te respecteren belang meer en het Scheidsgerecht oordeelde dat de werkgever in kwestie handelde in strijd met goed werkgeverschap door het dienstverband slapend te houden. De werkgever werd veroordeeld de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen, zodanig dat werkgever verplicht werd aan het UWV toestemming te vragen de arbeidsovereenkomst op te zeggen. De schending van het goed werkgeverschap leidde volgens het Scheidsgerecht dus niet tot de verplichting de schade te vergoeden, maar tot een ontslagplicht.

Rechtbank Den Haag overwoog in maart 2019 dat de compensatieregeling tot doel heeft het voortbestaan van slapende dienstverbanden tegen te gaan en in het licht van die uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever is het volgens de rechtbank niet langer vol te houden dat het slapend houden van een dienstverband geen strijd met goed werkgeverschap kan opleveren. Of het slapend houden van een dienstverband in strijd is met goed werkgeverschap, hangt wel af van de omstandigheden van het geval. In de zaak die speelde bij de rechtbank ging het om een ernstig zieke werknemer waarvan het statutair directeurschap al was geëindigd, maar het dienstverband nog niet. Volgens de rechtbank was de

arbeidsovereenkomst vanwege zowel de arbeidsongeschiktheid als de verbroken vennootschapsrechtelijke band een lege huls geworden. Het enige belang dat de werkgever aanvoerde voor het slapend houden van het dienstverband was een financieel belang, namelijk het voorkomen van de betaling van een transitievergoeding. Een interessant verweer van de werkgever was dat werkgevers de compensatie voor de betaalde transitievergoeding zelf financieren via het Algemeen werkloosheidsfonds en dat hij er daarom, net als andere werkgevers, belang bij heeft dat de aanspraken op het fonds zo laag mogelijk blijven. De rechtbank passeerde dit verweer met de opmerking dat het gezamenlijk belang van werkgevers (en het belang van de zorg, omdat er door het betalen van transitievergoedingen minder geld is voor zorg), het aflegt tegen het belang van werknemers dat zij een transitievergoeding ontvangen. Ik deel het oordeel van de rechtbank dat de wijze waarop de compensatieregeling gefinancierd wordt onvoldoende gewicht in de schaal legt op individueel niveau. Uit de toelichting op de compensatieregeling volgt dat met de compensatie een stijging van 0,1% van de premie voor het Algemeen werkloosheidsfonds is gemoeid.<sup>17</sup> Die stijging is zeer beperkt en anders dan Verhulp<sup>18</sup> ben ik van mening dat – en mede in het licht van het belang van de werknemer bij betaling – dit onvoldoende financieel tegenwicht biedt om niet tot betaling van de transitievergoeding over te gaan.<sup>19</sup> De rechtbank oordeelde uiteindelijk dat het goed werkgeverschap meebrengt dat werkgever over dient te gaan tot een opzeggingshandeling en hij veroordeelde werkgever de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen. Net als het Scheidsgerecht verbindt de rechtbank dus geen schadevergoeding aan de schending van het goed werkgeverschap, maar verbindt zij daaraan een ontslagplicht. Bijzonder aan het oordeel van Rechtbank Den Haag is nog dat werkgever is veroordeeld de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang en dus onregelmatig op te zeggen.

#### 3.2. Literatuur

In de literatuur zijn naar aanleiding van de uitspraak van het Scheidsgerecht vraagtekens gezet bij het oordeel dat een werkgever strijdig met goed werkgeverschap kan handelen als hij niet ontslaat, alsmede de daaraan gekoppelde ontslagplicht. Door Besselink is erop gewezen dat werkgevers op grond van artikel 7:669 BW de arbeidsovereenkomst *mogen* opzeggen bij de aanwezigheid van een redelijke grond. Noch uit de wettekst noch uit de wetgeschiedenis is volgens Besselink af te leiden dat werkgevers *moeten* opzeggen bij de aanwezigheid van

17. *Kamerstukken II* 2017/18, 34699, 6, par. 2.1.

18. E. Verhulp, 'Slapende dienstverbanden? Laten slapen of wakker kussen?', *TRA* 2019/37.

19. Dat neemt overigens niet weg dat de met de compensatieregeling gepaard gaande collectieve kosten, hoewel zij op individueel niveau meevallen, mede pleiten voor terugkeer naar het oude systeem, dus geen vergoeding bij een beëindiging na twee jaar arbeidsongeschiktheid.

een redelijke grond.<sup>20</sup> De verwijzing naar artikel 7:669 BW en de uitleg van dit artikel vind ik niet overtuigend in deze kwestie, omdat het gaat om de vraag waartoe schending van goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW zou moeten leiden. Artikel 7:611 BW kan worden beschouwd als de arbeidsrechtelijke inkleuring van artikel 6:248 BW en net als de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan meebrengen dat nieuwe rechten en plichten ontstaan, zou artikel 7:611 BW dat dus ook kunnen doen. De redelijkheid en billijkheid en dus ook het goed werkgeverschap kunnen de rechtsbetrekking op verschillende manieren aanvullen. Het kan bijvoorbeeld de aansprakelijkheid uitbreiden,<sup>21</sup> maar ook een verplichting tot doen<sup>22</sup> of laten in het leven roepen. Zo beschouwd is de aanname van een ontslagplicht niet zo'n hele grote stap als wordt aangenomen dat het niet beëindigen van een arbeidsovereenkomst in strijd is met goed werkgeverschap. Koole denkt hierover overigens anders en hij stelt dat nu de ontslagregels van het BW (*lex specialis*) geen ontslagplicht kennen, zo'n plicht ook niet kan worden gebaseerd op de algemene regel van het goed werkgeverschap (*lex generalis*).<sup>23</sup> Verhulp acht een ontslagplicht niet passend in het systeem. Hij wijst erop dat een werkgever de arbeidsovereenkomst *kan* opzeggen en dat een werknemer op zijn beurt altijd zelf ontslag kan nemen als hij meent dat voortzetten van de arbeidsovereenkomst geen zin meer heeft. Arbeidsongeschiktheid is volgens Verhulp ook geen werkgeversrisico, tenzij de werkgever van de arbeidsongeschiktheid een verwijt kan worden gemaakt, maar in dat geval kan een werknemer een beroep doen op artikel 7:658 BW. Overigens is Verhulp er niet van overtuigd dat het slapend houden van een dienstverband slecht werkgeverschap is en als dat inderdaad niet zo is, kom je aan een ontslagplicht al helemaal niet toe. Ik ben het met Verhulp eens dat werkgevers valide redenen kunnen hebben een slapend dienstverband niet te beëindigen. Te denken is aan de omstandigheid dat een zieke werknemer herplaatst kan worden en dat herstel van de werknemer te verwachten is. Is re-integratie mogelijk, maar herstel niet meer te verwachten, dan verschuift de discussie van beëindiging naar aanpassing van de bedongen arbeid. Een werknemer heeft met het oog op de Kolombeschikking<sup>24</sup> belang bij aanpassing, terwijl een werkgever er belang bij heeft een werknemer zo lang mogelijk 'ziek' te houden.<sup>25</sup> Niet alleen ter voorkoming van de betaling van een gedeeltelijke transitievergoeding, maar ook ter voorkoming van het 'binnenhalen' van een nieuwe periode van 104 weken loonbetaling bij ziekte indien de werknemer opnieuw uitvalt. Een andere reden die Verhulp noemt om een slapend dienstverband niet te beëindigen, is het ontbreken van de bereidheid de tran-

sitievergoeding te betalen. Volgens Verhulp is dat een te rechtvaardigen belang wegens financieringsproblemen (voorfinancieren en daaronder versta ik voor het gemak ook uitvoeringsproblemen).

Rechtbank Overijssel is diezelfde mening toegedaan, maar overweegt daarbij wel dat na inwerkingtreding van de compensatieregeling en nadat in de praktijk is gebleken hoe het zit met de beoordeling en afhandeling, een situatie kan ontstaan waardoor het slapend houden van een dienstverband van een zieke werknemer na twee jaar (zonder uitzicht op herstel) onder omstandigheden kan uitgroeien tot ernstige verwijtbaarheid van de werkgever. Daarbij is volgens Rechtbank Overijssel in het bijzonder te denken aan het geval dat de werkgever geen enkel ander rechtens te respecteren belang meer heeft dan uitsluitend het voorkomen dat een transitievergoeding moet worden uitgekeerd in weerwil van het besef dat deze geheel of gedeeltelijk wordt gecompenseerd.<sup>26</sup> Ik ben wel gevoelig voor de financieringsproblemen als een te respecteren werkgeversbelang, maar tegelijkertijd is dat maar een tijdelijk belang dat door werknemers ook omzeild kan worden door voor te stellen de betaling van de transitievergoeding uit te stellen tot 1 april 2020 en mogelijk zelfs onder de voorwaarde dat de werkgever gecompenseerd wordt. Wat blijft er dan nog over aan belangen om niet te betalen? Ik denk aan het belang dat compensatie (en dus betaling) maatschappelijk ongewenst is, maar is dat station niet al gepasseerd doordat de wetgever heeft gesproken (en dan heb ik het ook over de wijze van financieren van de compensatie via het Algemeen werkloosheidsfonds)?

Ik maak nog de vergelijking met het Zutphense Juffrouw-arrest uit lang vervlogen tijden.<sup>27</sup> Juffrouw De Vries weigerde zonder reden de hoofdkraan dicht te draaien toen door een breuk in de waterleiding een voorraad leer van Nijhuis beschadigd dreigde te raken. Dat was niet onrechtmatig volgens de Hoge Raad, omdat geen sprake was van de schending van een wettelijke plicht of een recht. Maar dat was nog vóór Lindenbaum/Cohen<sup>28</sup> en sinds dat arrest kan ook sprake zijn van onrechtmatig handelen indien in strijd wordt gehandeld met – kort gezegd – de maatschappelijke betamelijkheid. Is een werkgever die weigert de arbeidsovereenkomst op te zeggen omdat hij niet bereid is de transitievergoeding te betalen niet een soort mevrouw De Vries? Een zieke werknemer leidt weliswaar geen directe schade door het niet opzeggen, maar hij mist wel een voordeel dat hem toekomt als de hoofdkraan wordt dichtgedraaid. De vergelijking past niet een-op-een, dat geef ik toe en met name ten aanzien van de schade en het gemiste voordeel gaat de vergelijking mank, want de transitievergoeding is een compensatie voor de opzegging en het maken van een transitie, terwijl de opzegging nu juist niet heeft plaatsgevonden en een transitie mogelijk (vanwege de ziekte) niet aan de orde is. Waar

20. P.J.B.M. Besselink, 'Slapende dienstverbanden wakker geschud door de compensatieregeling?', *TAP* 2019/3.

21. HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235 (De Bont/Oudenallen Betonbouw).

22. HR 12 december 2003, *NJ* 2004/117.

23. M.W. Koole, noot bij *JAR* 2019/21.

24. HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617.

25. Art. 7:629 lid 12 BW bepaalt dat indien een werknemer passende arbeid verricht, de arbeidsovereenkomst onverkort in stand blijft.

26. Rb. Overijssel 21 maart 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1021. Zie anders: Rb. Limburg 3 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3068.

27. HR 10 juni 1910, *W* 9038.

28. HR 31 januari 1919, *NJ* 1919/161.

de vergelijking wel past, is dat een werkgever net als mevrouw De Vries geen belang kan hebben bij zijn weigerachtige houding, terwijl Nijhuis en de zieke werknemer beiden er juist een groot belang bij hebben dat wel gehandeld wordt. In die constellatie vind ik het niet passend dat een werkgever ‘ongestraft’ op zijn handen zou mogen blijven zitten. Daar denk ik anders over wanneer een werkgever wel een wezenlijk belang heeft bij niet beëindigen vanwege bijvoorbeeld voldoende re-integratiemogelijkheden van een werknemer en de aanwezigheid van passend werk in de onderneming of financieringsproblemen met betrekking tot het betalen van de transitievergoeding. Stel dat mevrouw De Vries door een half ondergelopen en glibberige gang had moeten om de hoofdkraan dicht te draaien of dat zij zelf een wezenlijk belang had gehad bij een werkende kraan in haar huis. Zou in dat geval mevrouw De Vries nog steeds onrechtmatig hebben gehandeld door de hoofdkraan niet dicht te draaien? Ik durf dat te betwijfelen.

Tot slot nog iets over de ontslagplicht als strijd met goed werkgeverschap wordt aangenomen. Een ontslagplicht mag wellicht niet helemaal passen in het systeem, maar het alternatief, de betaling van een schadevergoeding, is voor werkgevers veel erger omdat een schadevergoeding niet wordt gecompenseerd.<sup>29</sup>

#### 4. Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en de omgekeerde Stoof/Mammoet

In de zaak waarin Rechtbank Limburg prejudiciële vragen heeft gesteld, heeft de zieke werknemer de schending van het goed werkgeverschap van zijn werkgever Xella juridisch als volgt geconstrueerd. Tussen werkgever en werknemer zijn meerdere voorstellen gewisseld waarbij de werknemer zijn aanspraak op een ontslagvergoeding uiteindelijk heeft beperkt tot een bedrag waarvoor werkgever gecompenseerd zal gaan worden. Dit voorstel is niet aanvaard en volgens werknemer is die weigering het voorstel tot wijziging te aanvaarden in strijd met goed werkgeverschap. Werknemer heeft daarbij verwezen naar het arrest Stoof/Mammoet.<sup>30</sup> In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat een werkgever, hiertoe door gewijzigde omstandigheden genoodzaakt, een redelijk voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden kan doen en dat de werknemer daar positief op moet reageren tenzij dat in redelijkheid niet van hem gevergd kan worden. Volgens werknemer geldt deze wijzigingsleer ook in de omgekeerde situatie waarin een werknemer een voorstel doet. Rechtbank Limburg heeft

de Hoge Raad gevraagd of: (1) de Stoof/Mammoet-leer ook omgekeerd geldt, (2) of een redelijk voorstel ook een voorstel tot beëindiging met wederzijds goedvinden kan behelzen, (3) of de vervulde ontslaggrond van artikel 7:669 lid 3 sub b BW een gewijzigde omstandigheid is en (4) of anderszins sprake is van schending van goed werkgeverschap als een dienstverband slapend wordt gehouden en een werkgever niet positief reageert op een redelijk voorstel van de werknemer.

Wijziging en beëindiging zijn niet hetzelfde en dat roept de vraag op of een voorstel tot beëindiging wel via de Stoof/Mammoet-weg (als de omgekeerde Stoof/Mammoet al wordt aangenomen) kan worden opgelost. Over de verhouding tussen wijziging en beëindiging is in de literatuur in het kader van de overgang van ondernemingen wel geschreven. Veel gehoord is de gedachte dat wie het meerdere mag, ook het mindere zou mogen,<sup>31</sup> waarbij ontslag als het meerdere van wijziging wordt gezien. De vraag is of ontslag wel het meerdere van wijziging is. Beltzer heeft verwezen naar de algemene regels van het privaatrecht, waaruit volgt dat de wijziging van een overeenkomst juridisch gezien veel lastiger is dan de beëindiging.<sup>32</sup> Duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd zijn in beginsel opzegbaar, maar zijn niet zonder meer eenzijdig te wijzigen.<sup>33</sup> Hoe ontslag zich ook verhoudt tot wijziging, het meerdere of juist het mindere, zij zijn niet hetzelfde en ik ben geneigd te stellen dat de Stoof/Mammoet-leer niet ziet op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar alleen van toepassing is op de wijziging van die overeenkomst. Zou dit anders zijn, dan zou de Stoof/Mammoet-leer werkgevers een extra ontslagweg bieden, namelijk dat ook de werknemer in voorkomende gevallen een redelijk beëindigingsvoorstel zou moeten accepteren en dat lijkt me in strijd met het systeem.

Toch zie ik wel toegevoegde waarde voor zieke werknemers van de omgekeerde Stoof/Mammoet-leer en dat is wanneer zieke werknemers na 104 weken passend werk blijven verrichten bij dezelfde werkgever. Als duidelijk is dat herstel niet meer mogelijk is, terwijl het passende werk structurele werkzaamheden betreft, dan brengen die omstandigheden naar mijn mening mee dat zieke werknemers de werkgever het voorstel kunnen doen de arbeidsovereenkomst aan te passen, in die zin dat de passende arbeid de nieuwe bedongen arbeid wordt. De wijziging van de arbeidsovereenkomst op dit punt zet op grond van de Kolom-beschikking de weg naar een gedeeltelijke transitievergoeding open, omdat ook wijziging grond voor vergoeding kan zijn. Uiteraard moet wel sprake zijn van een structurele en substantiële vermindering van de arbeidsomvang in de passende functie. Deze wijziging biedt werknemers bovendien het voordeel van loondoorbetaling wanneer zij opnieuw uitvallen wegens ziekte. Daar staat tegenover dat zij daar-

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

30. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847.

31. Zie bijvoorbeeld J.M. van Slooten, ‘Overgang van onderneming en arbeidsvoorwaarden’, *ArbeidsRecht* 2000/5 (p. 15).

32. Noot R.M. Beltzer bij Ktr. Zaanstad 12 april 2018, *JAR* 2018/118.

33. Zie o.a. HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854.

mee wel een terugkeer naar het oude werk opgeven. Dat is dan weer niet zo bezwaarlijk, omdat zij die werkzaamheden gelet op hun beperkingen in de toekomst toch niet meer zullen gaan verrichten.

## 5. Conclusie

Het behoort tot de keuzevrijheid van een werkgever een arbeidsovereenkomst met een werknemer die meer dan twee jaar arbeidsongeschikt is door opzegging te beëindigen. De wet legt niet de verplichting op de werkgever om een slapend dienstverband te beëindigen. Dit laat onverlet dat de minister het onfatsoenlijk vindt wanneer werkgevers het dienstverband slapend houden en dat per 1 april 2020 de compensatieregeling in werking treedt die meebrengt dat – kort gezegd – een door de werkgever betaalde transitievergoeding na twee jaar ziekte wordt gecompenseerd. De bedoeling van de compensatieregeling is klip en klaar, namelijk het wegnemen van financiële prikkels om dienstverbanden slapend te houden. Er is dus weliswaar geen verplichting tot ontslag, maar de wetgever heeft het systeem zo ingericht dat werkgevers geen (of slechts een beperkt) financieel belang (meer) hebben bij niet-opzeggen. Toch zijn er werkgevers die dat nog steeds niet doen en zij hebben een punt als zij dat niet doen vanwege allerlei financieringsproblemen. Als werknemers bereid zijn bij de aanspraak die zij nu reeds maken rekening te houden met deze financieringsproblemen, bijvoorbeeld door de aanspraak op een vergoeding te beperken tot het bedrag dat wordt gecompenseerd en door ermee in te stemmen dat de vergoeding slechts is verschuldigd onder de voorwaarde van compensatie, dan lijkt het toch in strijd met goed werkgeverschap dat werkgevers nog steeds niet-opzeggen of niet willen meewerken aan beëindiging. Wat eerst alleen nog onfatsoenlijk was, kan sinds de komst van de compensatieregeling onder omstandigheden in strijd met goed werkgeverschap zijn. Dat is ook de denkrichting in de uitspraken van Scheidsrecht Gezondheidszorg, Rechtbank Den Haag en in zekere zin ook Rechtbank Overijssel. Hoewel in de literatuur kritiek op deze uitspraken is geuit, kan ik deze uitspraken wel volgen, maar dat neemt niet weg dat ik de compensatieregeling buitengewoon ongelukkig vind, net als de keuze om ten aanzien van ontslagvergoedingen bij arbeidsongeschikte werknemers te breken met het verleden. Ik vind het nog steeds goed verdedigbaar dat werknemers die na twee jaar ziekte worden ontslagen in beginsel geen aanspraak maken op een ontslagvergoeding, tenzij sprake is van bijkomende omstandigheden. Met Verhulp ben ik van mening dat voor het betalen van een transitievergoeding aan de werknemers van wie de arbeidsovereenkomst na twee jaar wordt opgezegd weinig goede juridische argumenten te vinden zijn, maar de regering denkt daarover duidelijk anders.