



Mr. (P.J.B.M.) Pascal Besselink CPL
Senior jurist arbeidsrecht en pensioenrecht bij DAS

Als er één onderwerp is dat arbeidsrechtelijk Nederland in 2018 en 2019 heeft beziggehouden, is het wel het vraagstuk rondom de slapende dienstverbanden. Op 8 november 2019 gaf de Hoge Raad het verlossende antwoord. Kort en goed: de werkgever is verplicht om na twee jaar arbeidsongeschiktheid van de werknemer in te stemmen met het voorstel de arbeidsovereenkomst te beëindigen onder toekenning van de transitievergoeding. De beslissing van de Hoge Raad lijkt een voorlopig sluitstuk, maar roept tegelijkertijd ook weer nieuwe vragen op. Arbeidsrechtelijke, maar ook op pensioengebied.

5 voor 12 wakker geschud: slapend dienstverband als nieuwe vorm van vroegpensioen?

SLAPENDE DIENSTVERBANDEN, HOE ZAT HET OOK ALWEER?

Met de invoering van de Wet werk en zekerheid (hierna: Wwz)¹ is in artikel 7:673 BW, zoals dat vanaf 1 juli 2015 van toepassing is, bepaald dat de werkgever aan de werknemer een transitievergoeding is verschuldigd als de arbeidsovereenkomst, die 24 maanden of langer heeft geduurd², op initiatief van de werkgever wordt beëindigd of niet wordt voortgezet. Dit ongeacht de redelijke grond (ex artikel 7:669 lid 3 BW) die voor de opzegging wordt aangevoerd.

Dit geldt dus ook als sprake is van ontslag na langdurige arbeidsongeschiktheid. Voor invoering van de Wwz gold deze verplichting niet. De (nieuwe) situatie dat de werkgever ook in geval van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst na 104 weken arbeidsongeschiktheid gehouden is de transitievergoeding te betalen, leidde er toe dat veel werkgevers er voor kozen om de arbeidsovereenkomst met de langdurig arbeidsongeschikte werknemer niet op te zeggen. En daarmee ontstond het 'slapend dienstverband'. Slapend, omdat er door de werknemer geen arbeid meer wordt verricht en door de werkgever geen loon meer hoeft te worden betaald.

.....
UWV compenseert de
werkgever op verzoek
..... >

1 Wet werk en zekerheid, Staatsblad 2014, 216.

2 Met ingang van 1 januari 2020 is artikel 7:673 BW (met invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans (hierna: Wab), Staatsblad 2019, 266) gewijzigd en is de werkgever ongeacht de duur van de arbeidsovereenkomst een transitievergoeding verschuldigd als de arbeidsovereenkomst op zijn initiatief eindigt of niet wordt voortgezet.

Over de vraag of de werkgever gerechtigd is de langdurig arbeidsongeschikte werknemer slapend in dienst te houden, is veelvuldig geprocedeerd.¹ Rode lijn in de rechtspraak tot (in ieder geval) eind 2018 was dat het niet opzeggen van de arbeidsovereenkomst met een langdurig zieke werknemer niet kon worden gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten en/of strijdig met goed werkgeverschap. Alle vorderingen van slapende werknemers werden dan ook afgewezen. Ondertussen werd, omdat de slapende dienstverbanden de wetgever een doorn in het oog waren, de Wet compensatie transitievergoeding² ingevoerd. Deze wet bepaalt, kort gezegd, dat het UWV, op verzoek van de werkgever die een transitievergoeding aan de werknemer heeft betaald na beëindiging van de arbeidsovereenkomst na en in verband met 104 weken arbeidsongeschiktheid, die vergoeding vergoedt/compenseert.³

PREJUDICIËLE BESLISSING HOGE RAAD

Omdat zelfs na invoering van deze compensatieregeling er nog steeds werkgevers waren die arbeidsovereenkomsten slapend hielden, zijn aan de Hoge Raad op 10 april 2019⁴ prejudiciële vragen gesteld om zo, voor eens en altijd, duidelijkheid te krijgen over de vraag of het slapend houden van de arbeidsovereenkomst door de werkgever (enkel om geen transitievergoeding te hoeven betalen) in strijd is met goed werkgeverschap. De Hoge Raad beantwoordde deze vragen, uiteindelijk, op 8 november 2019.⁵ De Hoge Raad oordeelde als volgt:

- 1 Zie o.a. N. Jansen, *Het slapend dienstverband: van onfatsoenlijk tot slecht werkgeverschap*, TvO 2019/2, P.J.B.M. Besselink, *Slapende dienstverbanden wakker geschud door de compensatieregeling?*, TAP 2019/3, C.J. Frikkee, *Slapende dienstverbanden, opzegrecht of niet? That is the question*, TRA 2019/70 en E. Verhulp, *Slapende dienstverbanden? Laten slapen of wakker kussen?* TRA 2019/37.
- 2 Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid.
- 3 Voor de hoogte, voorwaarden waaronder en de wijze waarop compensatie aan UWV kan worden verzocht zie: <https://www.uwv.nl/werkgevers/werkgever-entoeslag/na-ontslag/detail/compensatie-transitievergoeding-bij-ontslag-langdurige-arbeidsongeschiktheid>.
- 4 Kantonrechter Roermond 10 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3331.
- 5 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734.

“Als is voldaan aan de vereisten van artikel 7:669 lid 1 en lid 3, aanhef en onder b, BW voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, geldt als uitgangspunt dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW, gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding. Daarbij geldt dat die vergoeding niet meer hoeft te bedragen dan hetgeen aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) beëindigen. Op dit uitgangspunt moet een uitzondering worden aanvaard als – op grond van door de werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden – de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. Zo’n belang kan bijvoorbeeld gelegen zijn in reële re-integratiemogelijkheden voor de werknemer. Zo’n belang kan niet gelegen zijn in de omstandigheid dat de werknemer op het moment dat hij zijn beëindigingsvoorstel doet, de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt.” (onderstreping: PB)

Na voornoemde beslissing van de Hoge Raad hebben werkgevers nog maar nauwelijks gronden om niet in te hoeven gaan op verzoeken van werknemers om de met hen bestaande slapende dienstverbanden te beëindigen onder toekenning van de (door UWV vanaf 1 april 2020 te compenseren) transitievergoeding. Gevolg van de beslissing is dan ook dat veruit de meeste slapende dienstverbanden inmiddels zijn of nog zullen worden beëindigd, al dan niet op last van de rechter.⁶

PENSIOENGEVOLG

Naast arbeidsrechtelijke consequenties kan het slapend houden van de arbeidsovereenkomst ook pensi-

- 6 Kantonrechter Alkmaar 23 december 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:10491, Kantonrechter Rotterdam 24 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10266, Kantonrechter Maastricht 9 januari 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:172.

oengevolgen hebben.¹ Op één specifiek pensioengevolg van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad zal hier worden ingegaan.

Werknemers kunnen langdurige arbeidsongeschiktheid registreren

Artikel 7:673 lid 7 onder b BW bepaalt dat de transitievergoeding niet is verschuldigd indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst geschiedt in verband met of na het bereiken van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd geldt, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd. Kort gezegd bestaat er geen aanspraak op transitievergoeding als de arbeidsovereenkomst eindigt in verband met het bereiken van de pensioenleeftijd.

Nu de Hoge Raad heeft geoordeeld dat werkgevers verplicht zijn om na twee jaar arbeidsongeschiktheid van de werknemer in te stemmen met een voorstel om de arbeidsovereenkomst te beëindigen onder toekenning van de transitievergoeding en een gerechtvaardigd belang van instandhouding van de arbeidsovereenkomst niet gelegen kan zijn in de omstandigheid dat de werknemer op het moment dat hij zijn beëindigingsvoorstel doet de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt², werpt dit de vraag

op of werknemers die net iets meer dan twee jaar voor hun pensioengerechtigde leeftijd zitten en al enige tijd 'kwakkelen' met hun gezondheid zich nu mogelijk eerder langdurig arbeidsongeschikt zullen melden. Door dit te doen en de periode van 104 weken arbeidsongeschiktheid 'vol' te maken, kunnen die werknemers namelijk alsnog kort voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd aanspraak maken op de volledige transitievergoeding. Volledig, want de regeling van de transitievergoeding in artikel 7:673 BW is immers van dwingendrechtelijke aard. Volgens de Hoge Raad³ heeft de wetgever onder ogen gezien dat de wettelijke regeling van de transitievergoeding ertoe kan leiden dat een werknemer die kort voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd wordt ontslagen, recht heeft op een transitievergoeding die hoger is dan het loon dat hij zou hebben ontvangen wanneer hij in dienst zou zijn gebleven. Sinds invoering van de Wwz (en dat is met de Wab ongewijzigd) geldt er dus geen zogenoemd pensioenplafond meer.

LANGDURIGE ARBEIDSONGESCHIKTHEID ALS NIEUWE VORM VAN VROEGPENSIOEN

Nu de werknemer waarvan de arbeidsovereenkomst in verband met het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd eindigt niets krijgt en de werknemer waarvan de arbeidsovereenkomst op zijn verzoek wordt beëindigd in verband met twee jaar arbeidsongeschiktheid, zelfs als dit kort voor het bereiken van diezelfde pensioengerechtigde leeftijd is, aanspraak heeft op de volledige transitievergoeding, zou de beslissing van de Hoge Raad wel eens het (ongewenste) gevolg kunnen hebben dat werknemers zich iets meer dan twee jaar voor 'de eindstreep' ziek melden en (trachten dit te) blijven gedurende 104 weken. Met name werknemers met een lang arbeidsverleden in zware beroepen die, zeker met het verhogen van de pensioengerechtigde leeftijd, mogelijk al enige tijd op hun tenen lopen⁴, zouden, in plaats van de laatste twee jaren met pijn en moeite nog vol te maken, nu sneller kunnen besluiten zich ziek te melden. Criticasters zullen dan stellen dat het nog altijd aan de bedrijfsarts (en UWV) is te oordelen of de ziek gemelde werknemer daadwerkelijk arbeidsongeschikt is en

1 Voor enkele publicaties zie: F. Hoppers, *Slapende dienstverbanden: vergeet de pensioengevolgen niet*, <https://www.dirkzwager.nl/kennis/artikelen/slapende-dienstverbanden-vergeet-de-pensioengevolgen-niet/> en E. Beckers, *Arbeidsongeschikt, en mijn pensioen dan?*, p. 47-59 https://www.vvpensioenrecht.nl/source/2017_Arbeidsongeschiktheid_VP-bundel_binnenwerk.pdf.

2 Hof 's-Hertogenbosch oordeelde inmiddels zelfs dat de omstandigheid dat de werknemer na de weigering van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te beëindigen en voor de uitspraak van de Hoge Raad van 8 november 2019 de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt daaraan niet af doet (Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:31).

3 Hoge Raad 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845.

4 'Instroom voor de arbeidsongeschiktheidsuitkering blijft maar toenemen'; Trouw 2 januari 2020 <https://www.trouw.nl/economie/instroom-voor-de-arbeidsongeschiktheids-uitkering-blijft-maar-toenemen~b3d91f5b/>.

(gedurende 104 weken) blijft, maar er zijn zeker situaties denkbaar waarin werknemers langdurige arbeidsongeschiktheid kunnen registreren.¹ Regie is nog meer te voeren wanneer de (ook niet ondenkbare) situatie zich voordoet waarin een ziekmelding door een werknemer iets meer dan twee jaar voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd plaatsvindt in overleg met diens werkgever. De al met zijn gezondheid kwakkelende werknemer van, laten we zeggen, 64 jaar oud zou met zijn werkgever kunnen afspreken dat hij zich ziek meldt en de periode van twee jaar arbeidsongeschiktheid vol probeert te maken. De werkgever en de werknemer kunnen vervolgens met elkaar afspreken dat als die twee jaren worden vol gemaakt de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden wordt beëindigd onder toekenning van de transitievergoeding. Die vergoeding kan de werkgever dan weer ter compensatie indienen bij het UWV. Met deze constructie ontstaat als het ware een nieuwe vorm van vroegpensioen met als bonus betaling van de (door UWV te compenseren) transitievergoeding. Deze nieuwe vorm van vroegpensioen kan in verschillende varianten, al dan niet begeleid en gefaciliteerd door de werkgever en diens bedrijfsarts, worden opgetuigd.

AKKOORDJES EN PERVERSE PRIKKELS

Verhulp, hoogleraar arbeidsrecht, waarschuwde twee dagen na de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad al voor perverse prikkels. De regeling nodigt volgens hem uit tot akkoordjes.² De vrees van Verhulp is niet onterecht, temeer nu een pensioenplafond ontbreekt. De vraag is of de Hoge Raad de ongewenste gevolgen van zijn beslissing voldoende in ogenschouw heeft gehad. Andere vraag is of de wetgever, met invoering van de Wab, het pensioenplafond niet opnieuw, al dan niet in een vergelijkbare vorm zoals die voor in-

voering van de Wwz bestond³, had moeten invoeren. Ik ben van mening dat hier alle reden voor was. Een rechtvaardiging waarom de transitievergoeding niet beperkt zou mogen worden tot inkomensverlies tot aan het pensioen is er niet. Het gelijke behandelingscriterium was bij de invoering van de Wwz o.a. de rechtvaardiging om ook langdurig arbeidsongeschikte werknemers in aanmerking te laten komen voor een transitievergoeding. Ik meen dat datzelfde criterium rechtvaardigt dat een langdurig arbeidsongeschikte werknemer niet in een financieel gunstiger situatie behoort terecht te komen dan de niet-arbeidsongeschikte werknemer die zonder transitievergoeding bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd uit dienst treedt.

Alle reden om pensioenplafond in te voeren

CONCLUSIE

De uitspraak van de Hoge Raad van 8 november 2019 in combinatie met de afwezigheid van een pensioenplafond kan tot het ongewenste gevolg leiden dat met gezondheid kwakkelende werknemers (al dan niet door middel van het sluiten van 'akkoordjes' met hun werkgevers) zich iets meer dan twee jaar voor de pensioengerechtigde leeftijd ziek melden en na 104 weken arbeidsongeschiktheid met de werkgever een beëindigingsovereenkomst sluiten onder toekenning van de transitievergoeding die door de werkgever vervolgens ter compensatie bij UWV wordt ingediend. Daarmee wordt een nieuwe (ongewenste) vorm van vroegpensioen in het leven geroepen. De pot⁴ waaruit de compensatie door UWV wordt gefinancierd zal dan nog sneller leeg raken. Dit is goede grond om het pensioenplafond alsnog heel snel weer in te voeren.

- 1 Per 1 januari 2021 wordt het medisch advies van de bedrijfsarts bij re-integratie overigens leidend bij de toetsing van het re-integratieverslag (RIV). De verzekeringsarts van het UWV vormt straks niet langer een eigen medisch oordeel, maar zal het medisch advies van de bedrijfsarts (die daarmee dus een belangrijker rol krijgt) volgen.
- 2 'Samenleving draait op voor mislukte re-integratie werknemers'; Volkskrant 10 november 2019 <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/samenleving-draait-op-voor-mislukte-re-integratie-van-zieke-werknemers~be4c5462/>.

- 3 Aanbeveling van de Kring van Kantonrechters, 30 oktober 2008 (Aanbeveling 3.5).
- 4 Door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is hiervoor voor 2020 een bedrag van een miljard euro ter beschikking gesteld. In de volgende jaren is het UWV naar verwachting 200 miljoen euro kwijt aan compensatie. Zie noot 14.