

ANNOTATIE

Het verplichte ontslag

mr. O. van der Kind*Annotatie bij Scheidsgerecht Gezondheidszorg, 17-12-2018, (AR-2019-0065)*

Feiten

De werknemer verzoekt in arbitraal kort geding primair om zijn werkgeefster (hierna: de stichting) te bevelen de arbeidsovereenkomst met hem op te zeggen op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel b BW. De stichting zou daartoe binnen twee dagen na betekening van het arbitraal vonnis een verzoek moeten indienen bij het UWV om de arbeidsovereenkomst met de werknemer op te mogen zeggen. De bedoeling van het verzoek is dat de werknemer de transitievergoeding van € 144.659 bruto kan ontvangen. Subsidiair verzoekt de werknemer de stichting te bevelen een beëindigingsovereenkomst met hem aan te gaan waardoor de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden eindigt met ingang van 24 december 2018 onder toekenning van genoemd bedrag. Dit alles, uiteraard, onder druk van dwangsommen. Ter onderbouwing van zijn verzoeken wijst de werknemer erop dat hij bijna drie jaar arbeidsongeschikt is en inmiddels een IVA-uitkering ontvangt. Het dienstverband tussen partijen is volledig inhoudsloos en hij verwacht op korte termijn te overlijden. De stichting wenst de arbeidsovereenkomst echter niet te beëindigen. Naar het oordeel van de werknemer heeft de stichting evenwel geen belang bij het laten voortduren van de arbeidsovereenkomst. De stichting wenst namelijk te voorkomen dat zij de transitievergoeding moet betalen, maar dat is geen te respecteren belang (meer) omdat zij te zijner tijd de door haar betaalde transitievergoeding volledig gecompenseerd zal krijgen op grond van de Wet compensatie transitievergoeding (Wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, 11 juli 2018, *Stb.* 2018, 234), aldus de werknemer.

De stichting stelt dat niet duidelijk is of de transitievergoeding gecompenseerd zal worden. De Wet compensatie transitievergoeding is immers nog niet in werking getreden. Ook meent de stichting dat de transitievergoeding niet is bedoeld voor een geval als aan de orde omdat de werknemer spoedig zal komen te overlijden en dus nooit naar ander werk zal transigeren. Verder meent de stichting dat de door de werknemer gekozen weg niet de juiste is. In plaats van de ingediende verzoeken had hij op grond van artikel 7:671c BW om ontbinding moeten vragen. Dan zou beoordeeld kunnen worden of de stichting ernstig verwijtbaar heeft

gehandeld of nagelaten door niet te beëindigen. Overigens lijkt een rol te spelen dat tussen partijen (naast het geschil over het al dan niet beëindigen van de arbeidsovereenkomst en het betalen van de transitievergoeding) een arbeidsconflict speelt. De werknemer heeft het eerder opgenomen voor een collega in diens arbeidsconflict met de stichting. In dat kader heeft de werknemer een voor de stichting nadelige verklaring afgelegd, welke verklaring in een van de procedures tussen de stichting en de collega is overgelegd.

Het Scheidsgerecht beslist dat de stichting de arbeidsovereenkomst met de werknemer dient op te zeggen op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel b BW en in dat kader binnen twee werkdagen na betekening van het arbitraal vonnis een verzoek bij het UWV moet indienen om te mogen opzeggen. De stichting dient voorts toe te zeggen dat de transitievergoeding wordt betaald. Het Scheidsgerecht overweegt daartoe dat de Wet compensatie transitievergoeding inmiddels tot stand is gekomen en voorziet in de mogelijkheid dat de werkgever, die wegens beëindiging van de arbeidsovereenkomst na twee jaar arbeidsongeschiktheid een transitievergoeding heeft betaald, daarvoor in beginsel volledig wordt gecompenseerd. De gedachte achter de wet is volgens het Scheidsgerecht het voortbestaan van slapende dienstverbanden tegen te gaan. Dit alles maakt dat de stichting geen goede reden heeft niet tot beëindiging over te gaan. Zou het verzoek niet worden toegewezen, dan zou door stilzitten van de stichting de arbeidsovereenkomst eindigen door het overlijden van de werknemer en geen transitievergoeding verschuldigd zijn. Daarom heeft de werknemer volgens het Scheidsgerecht een dringend spoedeisend belang om nog vóór zijn overlijden de arbeidsovereenkomst beëindigd te krijgen. Het gegeven dat de werknemer zelf niet (lang) van de transitievergoeding profijt zal hebben en dat vooral zijn nagelaten betrekkingen zullen profiteren van de transitievergoeding, is van geen belang. Het argument van de stichting dat de werknemer op korte termijn ontbinding van de arbeidsovereenkomst in een bodemprocedure had moeten zoeken, gaat volgens het Scheidsgerecht niet op. Het zou immers de vraag zijn of de werknemer daartoe voldoende tijd rest, maar ook of hij dan aanspraak op een transitievergoeding zou kunnen verkrijgen langs de weg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de stichting. Ook meent het Scheidsgerecht dat de werknemer er een emotioneel belang bij heeft dat in zijn laatste levensfase op korte termijn duidelijkheid komt over de afwikkeling van zijn arbeidsovereenkomst met de stichting. Het Scheidsgerecht overweegt dat de stichting op grond van het goedwerkgeverschap verplicht is op korte termijn langs de weg van opzegging de arbeidsovereenkomst te beëindigen en wel zonder inachtneming van een opzegtermijn en onder toezegging van betaling van de transitievergoeding.

Commentaar

Het leerstuk van de slapende dienstverbanden krijgt op dit moment veel aandacht en niet alleen van arbeidsrechtjuristen. Zo verschenen onlangs in de *NRC* (7 februari 2019, 'Ik wil helemaal geen loonstrook, ik wil ontslagen worden') en *Trouw* (9 februari 2019, 'Al jaren ziek thuis, geen cent salaris, maar nog altijd in dienst') artikelen hierover. Ook tijdens de plenaire behandeling in de Tweede Kamer van de Wet arbeidsmarkt in balans, op 31 januari 2019, is de kwestie van de slapende dienstverbanden aan de orde gekomen. Minister Koolmees heeft daarbij alle werkgevers opgeroepen zo snel mogelijk een einde te maken aan de slapende

dienstverbanden, stellende dat de compensatieregeling van de Wet compensatie transitievergoeding alle belemmeringen voor beëindiging door werkgevers wegneemt.

Alvorens ik nader inga op de problematiek van de slapende dienstverbanden en hoe die te benaderen (ook naar aanleiding van de hier besproken uitspraak) sta ik stil bij een meer principieel punt dat door deze uitspraak wordt geraakt, namelijk of het goedwerkgeverschap de verplichting kan inhouden een arbeidsovereenkomst te beëindigen. Artikel 7:611 BW bepaalt dat werkgever en werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen. Het artikel heeft daarmee tot doel de arbeidsverhouding nader in te kleuren/inhoud te geven. Het lijkt tegenstrijdig dat de verplichting als goed werkgever te handelen dan kan inhouden dat de arbeidsverhouding moet worden beëindigd. Sowieso lijkt moeilijk aanvaardbaar dat een partij bij een overeenkomst verplicht kan worden tegen zijn wens in de overeenkomst te beëindigen. Het raakt mijns inziens (de andere zijde van) de contractvrijheid, namelijk dat niemand kan worden verplicht een contract tegen zijn zin of belang in te beëindigen. Dat beginsel weegt zwaar. Zo volgt uit artikel 16 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, althans de toelichting erop, dat contractvrijheid ('de contractuele vrijheid') moet worden gezien als grondrecht. Dat grondrecht heeft blijkens HvJ EU 21 december 2016 (ECLI:EU:C:2016:972, *AGET Iraklis*) ook werking tussen werkgever en werknemer. Het Hof overwoog dat de vrijheid van ondernemerschap in het bijzonder behelst 'de contractvrijheid waarover ondernemingen in beginsel beschikken – met name ten aanzien van de werknemers in hun dienst – (...)'. Ook in de relatie tussen werkgever en werknemer is contractvrijheid dus belangrijk, als niet leidend. Op nationaal niveau kent ons Burgerlijk Wetboek naar mijn weten ook geen bepaling die een opzegverplichting met zoveel woorden noemt. Daarmee komt men al gauw uit bij de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 1 en 2 BW. In het verzekeringsrecht is op die grond wel beargumenteerd dat een verzekeraar de plicht heeft de verzekeringsovereenkomst op te zeggen als de verzekeringsnemer is gestopt met het betalen van de verzekeringspremies, de verzekering daarom is geschorst, maar de verplichting tot betaling van de premies doorloopt. De Hoge Raad besliste echter in zijn uitspraak van 16 januari 1987 (*NJ* 1987, 554) dat in zijn algemeenheid niet kan worden aanvaard dat het niet opzeggen door de verzekeraar in strijd is met de goede trouw. Hij overwoog: 'Evenmin handelt de verzekeraar in strijd met de goede trouw door nakoming te vorderen in plaats van gebruik te maken van zijn door de Rb. bedoelde opzeggingsbevoegdheid. Bijzondere omstandigheden waaruit anders zou kunnen voortvloeien heeft de Rb. niet vastgesteld.' In HR 3 december 1999 (ECLI:NL:HR:1999:AA3825) is dit bevestigd, zij het in minder expliciete bewoordingen. In die zaak had het hof geoordeeld dat in de gegeven omstandigheden noch de aanvullende noch de beperkende werking van de redelijkheid meebracht dat de verzekeraar gehouden was de overeenkomst (eerder) te beëindigen, welk oordeel de Hoge Raad in stand liet. Hoewel de verzekeringsnemers ongelijk kregen, kan uit deze uitspraken worden afgeleid dat bijzondere omstandigheden kunnen maken dat een partij verplicht is de overeenkomst met zijn wederpartij op te zeggen, ook al wil hij dat niet. De verzekeraars hadden echter een belang om niet op te zeggen, namelijk het kunnen blijven ontvangen van de verzekeringspremies. Die bleven verschuldigd ondanks de schorsing van de verzekering. Dit is een belangrijk verschil met de zaak die tot de hier

besproken uitspraak heeft geleid. Afgaande op de motivering van de uitspraak had de stichting geen enkel belang meer bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst. De werknemer was al langere tijd uit beeld en zou hoe dan ook niet terugkeren vanwege zijn medische situatie. Ook het bij opzegging van de arbeidsovereenkomst moeten betalen van de transitievergoeding leverde geen te respecteren belang op om niet op te zeggen, omdat de betaling van de vergoeding op grond van de wet gecompenseerd zou worden. Dit moet echter worden genuanceerd. Allereerst betreft de te ontvangen compensatie het bedrag aan transitievergoeding dat is opgebouwd tot en met de periode van 104 weken ziekte. Als de werknemer nog enige tijd na deze periode in dienst is gebleven (in het geval van de hier besproken uitspraak was bijvoorbeeld een loonsanctie opgelegd waardoor de periode van 104 weken was verlengd met bijna een jaar) kan de transitievergoeding daardoor zijn toegenomen. In dat geval wordt dus niet het gehele bedrag aan transitievergoeding gecompenseerd. Dat kan voor een werkgever een belang opleveren om dan maar niet te beëindigen. Ten tweede: onduidelijk is hoe lang het gaat duren voordat de compensatie wordt ontvangen. Het Scheidsgerecht heeft opgemerkt dat dit 'te zijner tijd' zal zijn en er terloops op gewezen dat de beoogde inwerkingtredingsdatum van de wet 1 april 2020 is. Ook hier kan een belang voor de werkgever zitten om niet verplicht te worden op te zeggen, althans niet op voorhand. Voorstelbaar is dat het voor een werkgever financieel niet wenselijk is de transitievergoeding te betalen (zo men wil: voor te schieten) zonder zicht te hebben op spoedige compensatie. Erger wordt het als het voor hem financieel niet haalbaar is de vergoeding alvast te betalen, ook niet in termijnen (art. 7:673c lid 2 BW). Het lijkt mij dat dit dan kan betekenen dat van hem niet kan worden verlangd dat hij de arbeidsovereenkomst alvast opzegt. In deze zaak zou dit argument wellicht nog sterker hebben kunnen zijn omdat de wet nog niet in werking is getreden waardoor er überhaupt nog geen verzoek om compensatie kan worden ingediend terwijl de transitievergoeding een relatief hoog bedrag is. Uit de uitspraak wordt niet duidelijk of hier een beroep op is gedaan.

Hoewel dit niet speelde in de zaak tussen de werknemer en de stichting, kunnen ook andere belangen voor een werkgever bestaan om niet verplicht te worden op te zeggen – laat staan onregelmatig, zoals in deze casus. Denkbaar is dat bepaalde contractuele bedingen bij opzegging door de werkgever komen te vervallen (bijvoorbeeld een geheimhoudingsbeding omdat is overeengekomen dat dit niet geldt bij opzegging door de werkgever – dergelijke bepalingen komen voor, hoewel niet vaak) of bepaalde rechten in werking treden (bijvoorbeeld een recht op een aanvullende ontslagvergoeding of suppletierегeling). De vraag is dan telkens hoe zwaar deze voor de werkgever nadelige omstandigheden wegen in verhouding tot het belang van de werknemer bij spoedige opzegging (zie over een mogelijk belangenconflict bij het moeten handelen als goed werkgever ook mijn noot onder HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:569, *Het eigenbelang van de goede werkgever*, AR 2017-0393). Hierbij mag niet worden vergeten dat de hier besproken zaak een even bijzondere als trieste omstandigheid kent, namelijk dat de werknemer spoedig zou komen te overlijden. De stichting heeft daar geen argument tegenover kunnen plaatsen om niet op te hoeven zeggen, behalve dat de Wet compensatie transitievergoeding nog niet in werking is getreden. Net als Besselink ('Slapende dienstverbanden wakker geschud door de compensatieregeling?', *TAP*

2019/3) vraag ik mij dan ook af of de uitspraak veel navolging zal krijgen met andere zaken, ook omdat een werkgever niet zelden toch wel een belang zal kunnen noemen om de arbeidsovereenkomst niet op te hoeven zeggen. Het enkele feit dat minister Koolmees werkgevers inmiddels heeft opgeroepen slapende dienstverbanden te beëindigen, acht ik in ieder geval onvoldoende. Die oproep lijkt nobel, maar niet vergeten mag worden dat een werkgever de compensatie uiteindelijk zelf financiert. De compensatie wordt immers betaald uit het Algemeen werkloosheidsfonds (Awf), dat wordt gevuld door werkgeversbijdragen. Werkgevers hebben er dus hoe dan ook belang bij dat de instroom in en aanspraak op het fonds zo laag mogelijk blijven.

Gezien de bijzondere omstandigheden van de zaak acht ik de uitkomst ervan wel juist. De wijze waarop tot die uitkomst is gekomen, vind ik echter weinig elegant. Dat heeft deels te maken met de door de werknemer gekozen weg (het indienen van een verzoek om de werkgever te bevelen op te zeggen) en deels met de overwegingen van het Scheidsgerecht. Waarom heeft de werknemer niet op grond van artikel 7:671c BW een ontbindingsverzoek ingediend? Zijn ziektebeeld is mij onbekend, maar moeilijk voorstelbaar lijkt dat onvoldoende tijd resteerde voor een ontbindingsprocedure. Temeer omdat het Scheidsgerecht heeft overwogen dat de partijen 'in de afgelopen maanden' gesprekken hebben gevoerd met het oog op beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de werknemer nog kort heeft te leven, 'mogelijk slechts enkele maanden'. Er was daarmee tijd voor een ontbindingsprocedure, lijkt mij. Ik vermoed dat de keuze er vooral mee te maken heeft gehad dat verschillende rechters hebben geoordeeld dat het door de werkgever niet beëindigen van een slapend dienstverband niet ernstig verwijtbaar is. Het Scheidsgerecht heeft in dat verband gewezen op Hof Den Haag 14 oktober 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:3036). Die uitspraak is echter gedaan in een periode waarin het vooruitzicht op compensatie van de te betalen transitievergoeding niet bestond althans niet concreet was (de Wet compensatie transitievergoeding dateert van 11 juli 2018). Gezien deze toch wel belangrijke wijziging van het recht en de bijzondere omstandigheden van de zaak had mijns inziens met reële kans op succes bepleit kunnen worden dat het niet opzeggen ernstig verwijtbaar handelen of nalaten oplevert. Hierin zit ook mijn kritiek op de uitspraak: het Scheidsgerecht heeft overwogen dat van de werknemer onder meer niet kon worden verlangd dat hij een ontbindingsprocedure zou starten omdat het de vraag is of de werknemer een aanspraak op de transitievergoeding 'langs de weg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van [de stichting, OvdK] zou kunnen verwezenlijken'. Dat is wel het criterium voor toekenning van de transitievergoeding als de werknemer vanwege de omstandigheden van de zaak meent dat de arbeidsovereenkomst dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. Aangezien het Scheidsgerecht eraan twijfelt of met de gestelde omstandigheden de stichting ernstig verwijtbaar handelen of nalaten zou kunnen worden verweten, heeft het dit criterium kennelijk losgelaten. In plaats van dit criterium toe te passen, heeft het geoordeeld dat diezelfde omstandigheden zodanig zijn dat de stichting verplicht is de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Ik zou menen dat als die verplichting bestaat en de werkgever daar niet naar handelt, dit ernstig verwijtbaar handelen of nalaten oplevert. Zo bezien was de weg van artikel 7:671c BW dus aangewezen.

Het is mij onduidelijk waarom de werknemer het scheidsgerecht heeft verzocht te bevelen dat de stichting de arbeidsovereenkomst opzegt en in dat kader het UWV verzoekt om toestemming op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel b BW. Was er geen kortere weg? Artikel 7:671 lid 1 BW bepaalt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig kan opzeggen zonder schriftelijke instemming van de werknemer, waarna een aantal uitzonderingen wordt opgesomd waaronder het hebben van toestemming van het UWV (art. 7:671a BW). Een opzegging is dus ook rechtsgeldig als de werknemer schriftelijk instemt met de opzegging. Mijns inziens had de werknemer kunnen volstaan met het verzoek te bevelen dat de stichting de arbeidsovereenkomst opzegt, waarna de werknemer zich met die opzegging akkoord verklaart (voor zover hij zich niet op voorhand daarmee akkoord heeft verklaard). Koole heeft in zijn noot onder JAR 2019/21 dezelfde opmerking gemaakt en er daarbij op gewezen dat beargumenteerd kan worden dat het Scheidsgerecht de ruimte had om binnen het geformuleerde petitum zo te beslissen. Maar mogelijk is er nog een kortere weg. Artikel 3:300 BW bepaalt dat als iemand jegens een ander gehouden is een rechtshandeling te verrichten, de rechter dan op vordering van de gerechtigde kan bepalen dat zijn uitspraak dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte van degene die tot de rechtshandeling gehouden is, tenzij de aard van de rechtshandeling zich hiertegen verzet. Deze bepaling heeft ook werking binnen het arbeidsrecht, zo heeft de Hoge Raad onlangs beslist in zijn beschikking van 25 januari 2019 (ECLI:NL:HR:2019:80, *Amsta*). De Raad overwoog dat mede gelet op het algemeen geldende artikel 3:300 BW moet worden geoordeeld dat het stelsel van de Wwz zich niet ertegen verzet dat de rechter zelf de arbeidsovereenkomst herstelt indien hierom is verzocht. De Hoge Raad lijkt voor wat betreft het herstel van de arbeidsovereenkomst ook een lichte voorkeur te hebben voor deze mogelijkheid omdat daarmee direct in de procedure en onder rechterlijk toezicht komt vast te staan in welke vorm en met welk tijdstip de arbeidsovereenkomst is of wordt hersteld. Niet valt in te zien dat dit niet kan gelden voor de omgekeerde situatie waarin de werkgever verplicht is de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Als de omstandigheden maken dat een verplichting tot opzegging van de arbeidsovereenkomst voor de werkgever bestaat, zou de werknemer dus kunnen vorderen dat de rechter met toepassing van artikel 3:300 BW bepaalt dat de werkgever verplicht is op te zeggen en dat zijn uitspraak dezelfde kracht heeft als een opzegging door de werkgever en daarvoor dus in de plaats treedt. De rechter kan dan meteen vaststellen met ingang van welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt.

Dat brengt mij bij de overweging van het Scheidsgerecht dat de werkgever de opzegtermijn niet in acht mag nemen en dus onregelmatig moet opzeggen. Het lijkt erop dat het Scheidsgerecht de werknemer hiermee een handje heeft willen helpen. Uit de uitspraak blijkt in ieder geval niet dat dit door de werknemer was verzocht. De vraag is of een werkgever – als hem al kan worden bevolen op te zeggen – (ook) verplicht kan worden onregelmatig, en dus in strijd met de wettelijke opzegebepalingen, de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Dat gaat, om het populair te zeggen, wel erg ver. Ik houd het er maar op dat het Scheidsgerecht in zijn wijsheid heeft gemeend dat dit nu eenmaal nodig was vanwege de levensverwachting van de werknemer en ga ervan uit dat de werknemer zich niet op het standpunt heeft gesteld dat de stichting thans ook de vergoeding van artikel 7:672 lid 10 BW verschuldigd is. Dat standpunt

zou zonder meer in strijd zijn met de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid, het beginsel dat in deze zaak zo'n belangrijke rol lijkt te hebben gespeeld, zij het via artikel 7:611 BW.

Wat men ook van de uitspraak van het Scheidsgerecht vindt, duidelijk is dat het inmiddels zeer wordt aangemoedigd slapende dienstverbanden te beëindigen. Ik zou graag zien dat in voorkomend geval daarvoor de weg van artikel 7:671c BW wordt gevolgd. Mede gezien de Wet compensatie transitievergoeding kan worden beargumenteerd dat het ernstig verwijtbaar is zonder goede grond een arbeidsovereenkomst in stand te laten, en daarmee de werknemer een belangrijk voordeel te ontnemen. Een discussie over de vraag of een partij bij een overeenkomst (de werkgever) verplicht kan worden op te zeggen ondanks het beginsel van contractvrijheid, wordt daarmee voorkomen. Partijen blijven dan binnen het wettelijk systeem van ontslagrecht. Er hoeft dan niet een ontslag afgedwongen te worden op grond van artikel 7:611 BW, een bepaling die mijns inziens primair als doel heeft de arbeidsrelatie vorm en inhoud te geven.

Olav van der Kind