

ANNOTATIE

En ze leefden nog lang en gelukkig... Over de werkgeversplicht tot beëindiging van slapend dienstverbanden en betaling van transitievergoedingen aan Doornroosjes

prof. mr. dr. A.R. Houweling

Annotatie bij Hoge Raad, 08-11-2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (PR-2019-0172, AR-2019-1182)

1 Inleiding

Hoe is het eigenlijk afgelopen met Doornroosje? Het sprookje – althans de versie van Grimm – leert ons dat de schone slaapster die na een prik met een naald in slaap valt op grond van een voorspelling of vervloeking bij haar geboorte, op een goede dag wordt wakker gekust door een elegante prins. In veel versies van het sprookje lezen we vervolgens dat de prins met Doornroosje trouwt en zij nog lang en gelukkig samenleefden. [1] Maar is dit ook werkelijk zo gegaan? Wie heeft dat gecontroleerd? Wellicht was het helemaal geen gelukkig huwelijk? Moesten de prins en Doornroosje in het begin enige tijd aan elkaar wennen en kende de relaties ups en downs? Of erger... kuste de prins nog andere schone slaapsters en brachten Doornroosje en de prins heel wat uren in coaching en therapie door? We weten het niet en houden ons maar vast aan de slotzin: ‘...en ze leefden nog lang en gelukkig.’

Bij het bestuderen van de beschikking van de Hoge Raad in de zaak *werknemer/Xella* bekruipt mij een beetje het gevoel van het lezen van een sprookje. Bij eerste lezing een mooi verhaal, een feel good story. Maar hoe langer je over het verhaal nadenkt, hoe meer vragen ontstaan. De Hoge Raad is penvoerder en laat ons zien dat de (natuur)wetten soms niet te letterlijk moeten worden genomen (het wakkerkussen van iemand die jaren in coma verkeert, is even onwaarschijnlijk als het impliciet introduceren van een ontslagplicht voor een werkgever, zou de kritische ouder – althans deze ouder – denken bij het voorlezen van het sprookje – of in mijn geval de beschikking van de Hoge Raad – aan zijn kind). De slapende dienstverbanden

moeten onder omstandigheden worden beëindigd (slapers wakker worden gekust) en als gevolg daarvan moet een transitievergoeding worden betaald (ze leefden nog lang en gelukkig). Eind goed, al goed. Maar daar waar het verhaal ophoudt, start de praktijk. Oftewel... hoe verder nadat Doornroosje is ontwaakt?

In deze annotatie zal een eerste analyse plaatsvinden van de beschikking van de Hoge Raad. Daartoe zullen in paragraaf 2 kort de feiten die aanleiding gaven tot de prejudiciële vragen worden geschetst. Daarna volgt in paragraaf 3 een beschouwing van het antwoord op de eerste drie prejudiciële vragen (de omgekeerde 'Stoof') waarna vervolgens in paragraaf 4 de kernoverwegingen van de Hoge Raad ten aanzien van de vierde prejudiciële vraag worden beantwoord. Nadat we de beschikking hebben ontleed (paragraaf 5, sta ik stil bij de implicaties voor de praktijk en de vraag of de wijzigingen per 1 januari 2020 als gevolg van de WAB (en het aflopen van de tijdelijke maatregelen WWZ) van invloed zijn op (proces)strategieën (paragraaf 6). Ik sluit af met een conclusie (paragraaf 7).

2 Er was eens...

Er was eens een werknemer (geboren 1963) die in 1986 in dienst trad bij Xella als allround monteur/specialist. In 2009 liep de werknemer rugklachten op tijdens de uitvoering van zijn werk. Hij werd vervolgens aan zijn rug geopereerd. In 2010 heeft hij zijn werkzaamheden hervat. Zijn rugpijn is in de loop der jaren teruggekomen en in januari 2016 is hij opnieuw arbeidsongeschikt geraakt. Vanaf 9 januari 2018 ontving de werknemer een WIA-uitkering (IVA). Hij was 80-100% duurzaam arbeidsongeschikt. Er waren geen mogelijkheden tot werkhervatting, en verbetering van de belastbaarheid was niet of nauwelijks te verwachten. Werknemer had schulden in de vorm van een consumptief krediet voor een maximaal bedrag van € 46.800. Hij had op dat moment geen financiële mogelijkheden om de schuld maandelijks af te lossen. Vanwege zijn financiële situatie maakte werknemer gebruik van de voedselbank. De echtgenote van werknemer was ernstig ziek en moest het bed houden. Werknemer verzorgde haar. [2] Werknemer had Xella na 9 januari 2018 een aantal keren voorgesteld de arbeidsovereenkomst te beëindigen onder toekenning van een transitievergoeding. Xella heeft dit voorstel telkens afgewezen. In kort geding vorderde de werknemer veroordeling van Xella tot betaling van € 25.000 als voorschot op schadevergoeding. De werknemer had aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat Xella de norm van goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW heeft geschonden en daardoor schadeplichtig is geworden. Xella had het voorstel van de werknemer niet mogen afwijzen. Dit voorstel hield in de arbeidsovereenkomst te beëindigen met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een schadevergoeding aan de werknemer ter hoogte van de transitievergoeding, beperkt tot het bedrag waarvoor het UWV Xella zou compenseren op grond van de Wet compensatie transitievergoeding. De kantonrechter te Roermond stelde vervolgens prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. [3]

3 Het antwoord van de Hoge Raad op vragen 1-3: de Foots, is Footsie

De prejudiciële vragen 1 tot en met 3 stelden aan de orde of de maatstaf van het arrest

Stoof/Mammoet [4] zich leent voor ‘omgekeerde toepassing’ bij het beantwoorden van de vraag of een werkgever gehouden is een voorstel van de werknemer tot beëindiging van een ‘slapend dienstverband’ te aanvaarden, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer. Net als de A-G (De Bock) voelt de Hoge Raad niet veel voor de zogenoemde ‘omgekeerde Stoof-maatstaf’, door de cassatieadvocaat ook wel ‘Foots’ genoemd. Die maatstaf is immers gegeven voor *wijziging* van een arbeidsovereenkomst en niet voor *gehele beëindiging* daarvan. Daarbij komt dat de positie van een werkgever zodanig verschilt van die van een werknemer dat de maatstaf van het arrest Stoof/Mammoet zich ook om die reden niet leent voor ‘omgekeerde toepassing’. De werkgever staat immers in een gezagsverhouding tot de werknemer en dient bij de uitoefening van zijn bevoegdheden niet alleen het belang van de individuele werknemer te betrekken, maar ook andere belangen, waaronder de belangen van andere werknemers, aldus de Hoge Raad (r.o. 2.6.3).

Dat een wijziging iets anders is dan een beëindiging, lijkt mij evident. Voor wijziging van arbeidsvoorwaarden gelden bijvoorbeeld andere spelregels dan voor beëindiging. Anderzijds liggen de twee modaliteiten soms dicht bij elkaar. Onder omstandigheden heeft de Hoge Raad bovendien een wijzigingsontslag gehonoreerd. [5] En zou het resultaat niet evengoed kunnen zijn bereikt door in plaats van een beëindiging een substantiële wijziging van de arbeidsduur via Stoof/Mammoet af te dwingen? Bijvoorbeeld een wijziging van 99,99% van de arbeidsduur. Voor dat deel zou dan op grond van de Kolom-beschikking een transitievergoeding verschuldigd zijn. [6] Kortom, zo heel gek is het nou ook weer niet om via wijziging tot een (gedeeltelijke) beëindiging te komen.

Het tweede argument van de Hoge Raad snijdt in mijn ogen meer hout. De werknemer komt simpelweg geen beroep toe op de omgekeerde Stoof/Mammoet omdat de gezagsverhouding niet wederkerig is. Essentieel (nog steeds) voor het zijn van werknemer is werken in ondergeschiktheid aan de werkgever. En hoewel wij als Nederlanders vinden dat we overal een mening over mogen hebben en die graag ventileren, ontbreekt de grondslag voor het hanteren van de omgekeerde Stoof/Mammoet-maatstaf. Was dit anders, dan zou de Wet flexibel werken (Wfw) in zekere zin overbodig zijn, omdat een werknemer op grond van artikel 7:611 BW reeds voorstellen kan doen die in redelijkheid van de werkgever gevergd kunnen worden wat de arbeidsomvang en arbeidsplaats betreffen. Stoof/Mammoet beschermt de werknemer tegen gezagsuitoefening van de werkgever. Niet omgekeerd. De overweging dat de werkgever rekening dient te houden met meer belangen, waaronder die van andere werknemers, lijkt op de institutionele leer te duiden. De institutionele leer rechtvaardigt aanpassingen in de arbeidsorganisatie en legitimeert inbreuken op contracten door gezagsuitoefening. Waarom dit aan de wederkerigheid in de weg staat en de impliciete stelling dat werknemers (kennelijk) niet de belangen van anderen hoeven te betrekken, ontgaat mij eerlijk gezegd. Dat deel van de overweging is niet sterk en evenmin nodig.

Zou de omgekeerde Stoof in zijn algemeenheid zijn aanvaard, dan had dit tot de volgende vragen kunnen leiden. Werknemer neemt de praktijk van de met zwangerschaps- en bevallingsverlof afwezige collega waar. De werknemer doet het voorstel aan de werkgever het brutoloon dat werkneemster normaliter in deze periode geniet aan zijn salaris toe te voegen.

De werkgever wordt immers (grotendeels) gecompenseerd door het UWV in deze periode. Of, toen de werknemer in dienst trad, was zijn loon-omzet-verhouding 1:10.000. Inmiddels is het bedrijf uitgegroeid tot een internationale speler met miljardenomzet. Mag de werknemer voorstellen dat de werkgever de loon-omzet-verhouding bij indiensttreding blijft toepassen? Allemaal mooie vragen die via een omgekeerde Stoof tot talloze jurisprudentie had kunnen leiden. De Hoge Raad gelooft echter niet in dit sprookje en beantwoordt de drie prejudiciële vragen ontkennend. De Fouts, is foutsie...

4 Het antwoord van de Hoge Raad op vraag 4: een goed werkgever beëindigt het slapend dienstverband en betaalt een (transitie)vergoeding

De vierde vraag luidde of de norm van goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW de werkgever onder omstandigheden ertoe verplicht in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van een ‘slapend dienstverband’, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van het bedrag dat de werkgever op grond van de Wet compensatie transitievergoeding kan verhalen op het UWV.

De Hoge Raad beantwoordt deze vraag positief. Ik citeer:

‘2.7.2 De wetgever beoogt met de Wet compensatieregeling transitievergoeding een einde te maken aan het verschijnsel “slapende dienstverbanden”. De compensatieregeling en de invoering daarvan in de wetsgeschiedenis gegeven redenen brengen mee dat als norm van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW geldt dat een “slapend dienstverband” in beginsel behoort te worden beëindigd als de werknemer dat wenst en de werkgever geen redelijk belang heeft bij voortdurende daarvan. Die norm brengt tevens mee dat in dat geval in beginsel door de werkgever aan de werknemer een vergoeding behoort te worden toegekend.

Anders dan in de prejudiciële vraag wordt verondersteld, dient voor de hoogte van die vergoeding niet te worden aangesloten bij de hoogte van het bedrag dat de werkgever ingevolge de compensatieregeling op het UWV kan verhalen. Die door de werkgever te verkrijgen compensatie kan onder omstandigheden lager zijn dan het bedrag aan transitievergoeding waarop de werknemer recht zou hebben bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever. Dit is bijvoorbeeld het geval als het totale bedrag aan brutoloon dat de werkgever tijdens de periode van arbeidsongeschiktheid heeft doorbetaald, lager is dan de wettelijke transitievergoeding (art. 7:673e lid 2 BW). Art. 7:673e BW beoogt slechts om met de geboden compensatie te voorkomen dat de kosten cumuleren die de werkgever heeft gemaakt door de loondoorbetaling tijdens arbeidsongeschiktheid en door de betaling van de transitievergoeding. Aan die strekking wordt recht gedaan indien de vergoeding die de werkgever aan de werknemer toekent ten minste gelijk is aan het bedrag aan transitievergoeding dat 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. Dit geldt ongeacht of de aanspraak van de werkgever bestaat in compensatie van het bedrag van het tijdens de arbeidsongeschiktheid doorbetaalde brutoloon of van het bedrag aan transitievergoeding.

2.7.3 Het voorgaande brengt mee dat de vierde prejudiciële vraag als volgt moet worden beantwoord.

Als is voldaan aan de vereisten van art. 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 behoeft 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.'

Kortom, de werkgever dient onder omstandigheden mee te werken aan een beëindiging van het slapend dienstverband onder toekenning van een vergoeding gelijk aan de transitievergoeding. Ik noem dit de Doornroosje-verplichting (het beëindigen van de slaaptoestand met een riante kus (de (transitie)vergoeding)).

Net als bij de Kolom-beschikking, kan ook hier principieel bezwaar worden geuit tegen het oprekken van de wettelijke kaders. [7] En natuurlijk heeft de Hoge Raad dit in het arbeidsrecht vaker gedaan. Denk bijvoorbeeld aan de introductie van de verzekeringsplicht bij verkeersongevallen. [8] Maar het introduceren van een impliciete ontslagplicht is – naar mijn weten – nog niet eerder aanvaard en zet het ontslagstelsel toch wel op scherp. Het roept natuurlijk onmiddellijk vragen op of ook in andere gevallen dan hier aan de orde een ontslagplicht kan ontstaan. Nee, zal men zeggen, omdat de ontslagplicht in Xella echt heel bijzonder is. Mag ik dan in herinnering roepen dat de algemene verzekeringsplicht bij verkeersongevallen ook ooit in een heel bijzondere casus is ontstaan en uiteindelijk een eigen leven is gaan leiden? [9] Gaan we zo meteen meemaken dat een niet-arbeidsongeschikte werknemer de werkgever op grond van artikel 7:611 BW dwingt de arbeidsovereenkomst te beëindigen onder toekenning van een transitievergoeding, omdat de werknemer bijna de AOW-leeftijd bereikt en toch graag nog even 'casht'? En anders gaat deze werknemer gewoon een half jaar voor de AOW-leeftijd aanmerkelijk minder goed functioneren en doet hij een d-grond-voorstel aan de werkgever omdat is voldaan aan de redelijke grond van disfunctioneren. En wat te denken van een werknemer die wil overstappen, maar gevangen zit in de gouden kooi van de werkgever vanwege de hoge aanspraak op een transitievergoeding? Is het niet heel redelijk dat de werkgever dit uitbetaalt gelijk aan de openstaande

vakantiedagen bij einde dienstverband? Het is toch bovendien zo dat de transitievergoedingsaanspraak tot matige loonontwikkeling heeft geleid in Nederland, zodat het eigenlijk heel redelijk is dat werkgevers altijd een transitievergoeding uitbetalen? Zo gek is dat toch niet? Ik zeg niet dat ik dit vind, ik signaleer enkel dat we een afslag hebben genomen die uiteindelijk tot dit soort (absurde) vragen zal leiden bij de Hoge Raad.

En brengt de omstandigheid dat de *wetgever* heeft gekozen voor een compensatiestelsel *nadat* de transitievergoeding door de werkgever is betaald in plaats van een vergoeding op voorhand door het UWV van werknemers die wegens de *b-grond* worden ontslagen, niet met zich dat de keuze voor wel of niet ontslaan aan de werkgever is overgelaten? De Hoge Raad lijkt voor dit systeemdenken weinig gevoelig.

Maar laten we de rechtsoverwegingen eens ontleden.

5 Ontleden van de rechtsoverwegingen

5.1 Twee rechtsoverwegingen, verschillende formuleringen

Het eerste dat opvalt, is dat er qua formulering 'licht zit' tussen rechtsoverweging 2.7.2 en rechtsoverweging 2.7.3. Zo overweegt de Hoge Raad in rechtsoverweging 2.7.2 dat een slapend dienstverband in beginsel dient te worden *beëindigd*, terwijl in rechtsoverweging 2.7.3 de beëindiging een 'instemming met wederzijds goedvinden' blijkt te zijn. Hetzelfde geldt voor 'slapend dienstverband' in rechtsoverweging 2.7.2 en een voldragen *b-grond* in rechtsoverweging 2.7.3. De verschillen zijn wellicht logisch te verklaren daar in de laatste rechtsoverweging antwoord wordt gegeven op de prejudiciële vraag die de specifieke elementen bevatte, terwijl in rechtsoverweging 2.7.2 het algemene kader door de Hoge Raad wordt geschetst.

Hieruit leid ik af dat de rechtsoverwegingen vooral in onderlinge samenhang moeten worden gelezen en niet te veel nadruk moet liggen op de formulering van enkel rechtsoverweging 2.7.3. Indien in plaats van wederzijds goedvinden wordt voorgesteld de arbeidsovereenkomst op te zeggen (met toestemming van het UWV), dan is dit ook een beëindigingsvorm van de arbeidsovereenkomst en valt niet in te zien waarom de werkgever niet ook aan dit verzoek zou moeten meewerken, tenzij sprake is van gerechtvaardigde belangen van de werkgever dit niet te doen. Of een eventueel hogere transitievergoedingsplicht doordat wordt opgezegd en daardoor in tijd later wordt beëindigd een dergelijk 'gerechtvaardigd belang' oplevert, is nog maar de vraag.

Het tweede dat opvalt, is dat in beide rechtsoverwegingen wordt gesproken van 'in beginsel' en 'als uitgangspunt'. Op de geformuleerde maatstaf zijn dus uitzonderingen mogelijk, waarvan de Hoge Raad er eentje noemt (reële re-integratiemogelijkheden) en eentje benoemt als zijnde geen uitzondering (bereiken van AOW-leeftijd). Zie hierna paragraaf 5.3.

5.2 Wanneer ontstaat de Doornroosje-verplichting?

In beide rechtsoverwegingen lijkt het initiatief tot beëindiging bij de werknemer te liggen. De

werkgever dient op grond van artikel 7:611 BW de arbeidsovereenkomst bij een slapend dienstverband in beginsel te beëindigen ‘indien de werknemer dit wenst’ (r.o. 2.7.2); of ‘in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging’ (r.o. 2.7.3).

Wilsuiting wel of niet vereist voor fixatie succesvolle claim?

Het lijkt er dus op dat de werknemer eerst moet ‘piepen’. Dit lijkt een theoretische discussie, maar dat is het allerm minst. Ontstaat de 611-verplichting pas als de werknemer de wens heeft geuit het slapend dienstverband te beëindigen, dan dient de werknemer als eerste in actie te komen. Uit de werknemer deze wens pas voor het eerst in 2020, terwijl zijn dienstverband reeds sinds 2018 slapende is en de werkgever weigert hieraan gehoor te geven, dan pleegt de werkgever wanprestatie [10] per die datum in 2020 (en niet per datum einde wachttijd 104-weken in 2018). Immers, de Hoge Raad verlangt medewerking aan een verzoek van de werknemer. Weigert de werkgever dit, dan ontstaat er een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst. Of dit voor de *omvang* van schadevergoeding veel uitmaakt is nog maar de vraag (zie paragraaf 5.4). Het lijkt er sterk op dat de Hoge Raad de fixatie van de schadevergoeding koppelt aan einde wachttijd 104-weken en niet aan moment schending Doornroosje-plicht. In ieder geval vangt de wettelijke rente over de schadevergoeding pas aan op dit moment in 2020.

Als de verplichting tot beëindiging afhankelijk is van de ‘wilsuiting’ van een werknemer, dan kan dit tot gevolg hebben dat groepen werknemers hun transitievergoeding mislopen omdat zij de wil tot *beëindiging van de arbeidsovereenkomst* niet meer kunnen uiten, omdat de arbeidsovereenkomst vanwege overlijden of bereiken van de pensioenleeftijd reeds is geëindigd. Stel, de 104-weken-termijn eindigt per 1 januari 2018 en per 1 november 2019 eindigt het dienstverband vanwege het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Pas na kennisneming van de uitspraak van de Hoge Raad op 8 november 2019 vraagt werknemer aan zijn werkgever uitbetaling van de transitievergoeding. Naar de letter van de beschikking kan de werknemer dan niets ondernemen (hooguit nog een poging tot schadevergoeding wegens schending informatieplicht tijdens dienstverband, zie hierna). Zou de werknemer wel de AOW-leeftijd hebben bereikt, maar het dienstverband nog immer slapend zijn, dan kan de werknemer verzoeken de arbeidsovereenkomst te beëindigen onder toekenning van de transitievergoeding zoals die gold einde wachttijd, ondanks het feit dat een AOW-plusser geen transitievergoeding meer toekomt (zie paragraaf 5.4). Dit voelt toch een beetje als een merkwaardige uitkomst.

De gevallen waarin de werknemer wel voor het bereiken van de AOW-leeftijd om beëindiging van het slapend dienstverband heeft verzocht en inmiddels door tijdsverloop de arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens het bereiken van de AOW-leeftijd, geeft de werknemer wel recht op vergoeding.

Finale kwijting

En wat nu als de werknemer zijn wil tot beëindiging heeft geuit en door middel van vaststellingsovereenkomst in maart 2019 heeft ingestemd met 50% van de geldende

transitievergoeding? Kan hij de resterende 50% alsnog verhalen op de werkgever? Het antwoord zal grotendeels afhangen van (de uitleg van) het finalekwijtingsbeding. Ik denk dat finale kwijting niet in strijd is met dwingend recht. Artikel 7:902 BW voorziet bij uitstek in deze situatie. [11]

Actieve informatieplicht werkgever bij Doornroosjes

Tot besluit zou men nog dit kunnen betogen. Dient een goed werkgever zijn werknemer op of omstreeks de 104-weken-termijn niet volledig te informeren over diens rechtspositie? Een parallel met de vakantiedagenjurisprudentie doemt op: de werkgever mag niet door stilzitten worden beloond en dient onder omstandigheden zijn werknemer formeel aan te zetten zijn rechten te effectueren. [12] Is het een heel gekke gedachte dat de werkgever die een belangrijke verantwoordelijkheid heeft bij de re-integratie van zijn zieke werknemer rond de WIA-toets zijn werknemer informeert over de mogelijkheden en gevolgen van een gehele of gedeeltelijke beëindiging? Temeer, nu de Hoge Raad de nadruk legt op het doel van de Wet compensatie transitievergoeding tot beëindiging van slapende dienstverbanden, ligt hier op z'n minst een gedeelde verantwoordelijkheid (en dus informatieplicht) in de rede.

Dit betekent mijns inziens dat een werkgever zijn slapende-dienstverbanders actief dient te benaderen en te informeren over hun rechtspositie. Verkiezen de slapers een beëindiging (geformuleerd in een 'wens' of 'voorstel') dan dient de werkgever hieraan mee te werken. Verkiezen de slapers voortzetting van hun soms comateuze toestand, dan is dat hun goed recht. Ik geef toe dat deze actieve benadering niet in de rechtsoverweging van de Hoge Raad is terug te vinden, maar verdedigbaar is ze niettemin. [13] Er ontstaan dan mogelijk twee verschillende 611-aansprakelijkheidsgronden. Schending van de informatieplicht (einde wachttijd 104-weken) en schending Doornroosje-plicht (niet beëindigen van het slapend dienstverband op verzoek van werknemer). Ten aanzien van de informatieplicht zou nog betoogd kunnen worden dat deze verplichting pas geldt vanaf 8 november 2019, omdat dit eerder nog niet duidelijk was.

5.3 Uitzondering op de Doornroosje-verplichting is beperkt: gerechtvaardigde werkgeversbelangen bij instandhouding arbeidsovereenkomst

In rechtsoverweging 2.7.2 vervolgt de Hoge Raad de beëindigingsplicht met 'en de werkgever geen redelijk belang heeft bij voortdurend [van de arbeidsovereenkomst]'. In rechtsoverweging 2.7.3 staat het scherper geformuleerd, te weten dat 'gerechtvaardigde werkgeversbelangen bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst' een uitzondering op de hoofdregel vormen. De werkgever draagt hiervan de bewijslast.

Uitzondering is uitzonderlijk

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de Hoge Raad (ook) op dit punt de A-G volgt dat het om een echte uitzondering gaat. De A-G wijst erop dat het niet om een belangenafweging gaat. Om die reden is zij geen voorstander van een 'uitzonderingencatalogus' zoals in de literatuur [14] verdedigd; een 'slapend dienstverband' behoort te worden beëindigd, tenzij de

werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij het in stand houden van het dienstverband. Kortom, de werkgever zal van goede huize moeten komen om een succesvol beroep op de uitzondering te kunnen doen. De uitzondering is weliswaar *open* maar *restrictief* geformuleerd.

Uitzondering: reële re-integratiemogelijkheden

Als voorbeeld wordt door zowel de Hoge Raad als de A-G genoemd reële mogelijkheden tot re-integratie. Die re-integratie moet ook echt reël zijn en geen argument voor de werkgever om maar geen transitievergoeding te hoeven betalen. Wanneer een re-integratie reël is, zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. Kan ten minste 65% (omgekeerde WIA-toets) van de loonwaarde worden gerealiseerd, dan is dit misschien een reële mogelijkheid tot re-integratie. Maar ook bij een WGA-uitkering is reële re-integratie (op termijn) denkbaar.

En hoe te oordelen over een werknemer die zelf zijn re-integratieverplichtingen verzaakt tijdens de 104-wekenperiode? De re-integratie is moeizaam verlopen en heeft de werkgever veel geld gekost. Moet de werkgever dan toch meewerken aan beëindiging of is dit een gerechtvaardigd werkgeversbelang tot instandhouding arbeidsovereenkomst? Ik denk niet dat hier sprake is van een gerechtvaardigd belang. Wel acht ik verdedigbaar dat bij de berekening van de vergoeding betoogd kan worden dat werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en daarom geen aanspraak maakt op een transitievergoeding en dus ook niet op een 611-vergoeding.

(Temporele) Uitzondering: ernstige financiële gevolgen (voor)financiering

Begrijp ik de A-G en de Hoge Raad goed, dan leveren de financiële gevolgen voor de werkgever niet snel een gerechtvaardigd belang op. In rechtsoverweging 2.7.4 overweegt de Hoge Raad:

‘(...) Als de werkgever aannemelijk maakt dat die voorfinanciering leidt tot ernstige financiële problemen, kan de rechter [15] beslissen dat betaling aan de werknemer in termijnen plaatsvindt of wordt opgeschort tot na 1 april 2020. Vanaf 1 april 2020 geldt echter ingevolge art. 2 Regeling compensatie transitievergoeding dat voor een aanvraag op grond van de Wet compensatie transitievergoeding vereist is dat de volledige vergoeding aan de werknemer is voldaan, hetgeen de werkgever verplicht tot voorfinanciering.’

Hieruit lijkt voort te vloeien dat een voorfinancieringsprobleem tot 1 april 2020 een argument kan zijn, indien dit leidt tot ‘ernstige problemen’. Vanaf 1 april 2020 is voorfinanciering een gegeven en zal dit argument geen gewicht meer in de schaal leggen. Omdat geen transitievergoeding – maar een bedrag gelijk aan de transitievergoeding – wordt toegekend, is direct toepassing van artikel 7:673c lid 2 BW jo. artikel 25 Ontslagregeling niet aan de orde. Een zekere reflexwerking zal hier wel mogen plaatsvinden (zes maanden maximale spreiding van uitbetaling).

Overigens vraag ik mij af of de Hoge Raad zich heeft gerealiseerd dat voor de oude zaken een

beslistermijn van zes maanden geldt. Voor nieuwe zaken geldt een reguliere beslistermijn van acht weken met mogelijkheid tot verlenging. Voor werkgevers die het moeten hebben van de rekening-courant, kan een tijdelijke liquiditeitsvermindering van duizenden euro's grote impact hebben.

Uitzondering: slapers van voor 1 juli 2015?

Deze vraag lijkt evident te beantwoorden, te weten: slapende-dienstverbanders vanaf 1 juli 2015. Oftewel, de groep werknemers voor wie de werkgever in beginsel compensatie krijgt op grond van de Wet compensatie transitievergoeding. Omdat de Hoge Raad in rechtsoverweging 2.7.2 evenwel de band tussen compensatie en vergoeding loskoppelt, zou hieraan getwijfeld kunnen worden. De A-G formuleerde het niet (of gedeeltelijk) vergoed krijgen van de transitievergoeding nog als mogelijke uitzondering op de Doornroosje-plicht. De Hoge Raad neemt deze uitsluitingsgrond niet over. Toch blijkt uit de hele beschikking dat de compensatieregeling een voorwaarde is voor toewijzing van het 611-verzoek. Ik vrees dan ook dat slapers van voor 1 juli 2015 nog steeds geen aanspraak kunnen maken op hun transitievergoeding. Temeer ook omdat de vergoedingsplicht wordt gekoppeld aan de omvang van de transitievergoeding op of omstreeks einde wachttijd. Voor slapers van voor 1 juli 2015 bestaat geen aanspraak op de transitievergoeding einde wachttijd. Deze slapers zullen als een echte Doornroosje nog even geduld moeten hebben (bij Doornroosje duurde het 100 jaar voordat zij werd wakker gekust).

Geen uitzondering: financiering van Awf en bijna bereiken pensioen

Een beroep van de werkgever op het collectieve belang om de compensatieregeling betaalbaar te houden is geen argument dat gewicht in de schaal legt aan de zijde van de werkgever. Hetzelfde geldt voor het argument dat onzeker is onder welke voorwaarden het UWV precies de compensatie zal gaan verstrekken. De enkele omstandigheid dat sprake is van eigen risicodragerschap is evenmin voldoende. [16] Ten slotte maakt zowel de Hoge Raad als de A-G duidelijk dat het laten slapen van het dienstverband omdat de pensioenleeftijd zich aandient (en dan geen transitievergoeding verschuldigd is), geen gerechtvaardigd belang van de werkgever is. Dit laatste past overigens ook wel bij de uitspraak van de Hoge Raad dat geen pensioenplafond bij de transitievergoedingsplicht wordt aanvaard. [17]

5.4 Hoogte vergoeding gelijk aan wettelijke transitievergoeding (en niet wat UWV maximaal compenseert)

Wie niet alles vraagt, krijgt soms meer. Voor- en tegenstanders van het verplicht meewerken aan beëindiging van het slapend dienstverband, zullen toch wel verrast zijn door wat de Hoge Raad over het te vergoeden bedrag overweegt. In rechtsoverweging 2.7.2 overweegt de Hoge Raad: 'Anders dan in de prejudiciële vraag wordt verondersteld, dient voor de hoogte van die vergoeding niet te worden aangesloten bij de hoogte van het bedrag dat de werkgever ingevolge de compensatieregeling op het UWV kan verhalen.' Volgens de Hoge Raad dient steeds de wettelijke transitievergoeding als uitgangspunt voor de vergoeding en niet het maximaal te compenseren bedrag van het UWV. Dit compensatiebedrag kan namelijk lager

zijn, omdat tijdens de 104-weken-termijn minder brutoloon is betaald dan de hoogte van de transitievergoeding aan het einde van die wachttijd bedraagt. In dat geval compenseert het UWV niet meer dan het brutoloon. Het doel van de compensatieregeling is immers tegemoetkoming in de dubbele lasten van loondoorbetaling en transitiekosten.

‘Aan die strekking wordt recht gedaan indien de vergoeding die de werkgever aan de werknemer toekent *ten minste gelijk is aan* het bedrag aan transitievergoeding dat 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. Dit geldt ongeacht of de aanspraak van de werkgever bestaat in compensatie van het bedrag van het tijdens de arbeidsongeschiktheid doorbetaalde brutoloon of van het bedrag aan transitievergoeding.’ [cursivering ARH]

En in rechtsoverweging 2.7.3: ‘Daarbij geldt dat die vergoeding *niet meer behoeft 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.’ [cursivering ARH]

Wat staat hier nu precies? Wat in ieder geval opvalt, is dat op dit punt de twee rechtsoverwegingen toch echt iets anders weergeven: ‘...ten minste gelijk is aan...’ versus ‘...niet meer behoeft te bedragen dan...’. Ik begrijp het zo dat qua vergoeding de wettelijke transitievergoeding zoals die zou zijn geweest op het tijdstip dat de arbeidsovereenkomst op de b-grond beëindigd had kunnen worden de juiste maatstaf is. De Hoge Raad kiest hier voor de fictie van een werkelijke beëindiging en niet voor de formulering van artikel 7:673e BW ‘beëindiging op de dag na het verstrijken van de twee jaar, bedoeld in artikel 7:670, lid 1 onderdeel a, of (...)’. Welk moment de beëindiging in het voorbeeld van de Hoge Raad precies betreft, is daardoor lastig te zeggen. Een opzegging op de b-grond met inachtneming van de opzegtermijn, leidt tot een feitelijk einde soms maanden na einde wachttijd en verschilt van geval tot geval. Een beëindiging met wederzijds goedvinden kan uitkomst bieden. Ik kan mij overigens voorstellen dat de (feiten)rechtspraak toch gewoon aansluiting zal zoeken bij de maatstaf die het UWV hanteert voor compensatieberekening, en dat is einde wachttijd 104-weken. Een andere benadering voor de vergoedingsfixatie is het moment waarop de werknemer zijn ‘wens’ heeft geuit. Dit laatste moment wordt dan wel vrij arbitrair. De werknemer zou bewust niet ‘piepen’ om zodoende zijn vergoeding op te laten lopen. Anderzijds staat het de werkgever natuurlijk vrij zelf initiatief te nemen en te beëindigen als de werknemer zijn wens niet uit. Zoals hiervoor in paragraaf 5.2 betoogd, denk ik dat de ‘wilsuiting’ los staat van de vergoedingsfixatie. De Hoge Raad lijkt die toch wel heel duidelijk rondom einde wachttijd 104-weken te plaatsen.

Wat de overweging sowieso met zich brengt, is dat de zogenoemde ‘slaapboete’ geen rol speelt. De maximale vergoeding lijkt steeds te worden gefixeerd in het verleden. De slaapjaren waarover een transitievergoeding wordt opgebouwd maar niet gecompenseerd, (b)lijken niet onder de Doornroosje-verplichting te vallen.

5.5 Hoogte vergoeding per 1 januari 2020 naar nieuw of oud recht?

De Hoge Raad rept met geen woord over de gevolgen voor de transitievergoeding per 1 januari 2020. Op grond van de WAB en de WWZ pakt de transitievergoeding voor werknemers per die datum aanmerkelijk lager uit. [18] Als we de rechtsoverweging van de Hoge Raad juist interpreteren, dan is de datum waarop de arbeidsovereenkomst op de b-grond beëindigd had kunnen worden doorslaggevend voor de vergoedingsmaatstaf en niet hetgeen UWV compenseert.

Kortom, stel dat op 1 januari 2018 de wachttijd is geëindigd en werknemer sindsdien een zogenoemde slaper is. Op 1 januari 2018 bedroeg de transitievergoeding € 40.000. De werkgever beëindigt het dienstverband met wederzijds goedvinden pas op 1 april 2020. Het UWV zal maximaal de transitievergoeding compenseren zoals die geldt op 1 april 2020 (laten we zeggen € 25.000). De Hoge Raad verplicht de werkgever evenwel een bedrag te betalen gelijk aan de transitievergoeding zoals die gold 'op de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) beëindigen'. Dit zal een transitievergoeding naar oud recht zijn (€ 40.000). Dit verschil van € 15.000 krijgt werkgever niet vergoed via het UWV.

Of deze uitkomst (gedeeltelijke compensatie) ook past in de door de Hoge Raad gegeven rechtvaardiging van 'de strekking van de (compensatie)wet' – voorkomen van dubbele lasten – vraag ik me af. Dit is toch een wezenlijk andere situatie dan die waarin de werkgever minder loonkosten heeft gemaakt tijdens de 104-weken-periode, omdat bijvoorbeeld sprake was van een no-riskpolis. Ik zou menen dat een werkgever die op grond van het overgangsrecht maar een deel van de transitievergoeding krijgt gecompenseerd, niet de strekking van de compensatiewet genoten heeft en derhalve argumenten heeft ook maar een deel van de vergoeding aan de werknemer toe te kennen.

Men zou hier een analoge toepassing van het overgangsrecht 7:673e BW (art. XIII WAB) kunnen betogen, inhoudende dat als het nieuwe recht geldt, de nieuwe spelregels ook gelden voor de berekening van de transitievergoeding bij einde wachttijd 104-weken. De (transitie)vergoeding zal dan lager uitpakken voor de werknemer (in ons voorbeeld € 20.000 als we de nieuwe spelregels toepassen op de situatie per 1 januari 2018). Het merkwaardige aan deze uitkomst is dat de wettelijke transitievergoeding per 1 april 2020 meer bedraagt (namelijk € 25.000) dan de werknemer op grond van de Doornroosje-verplichting aan vergoeding zal ontvangen. Dit is het gevolg van het niet-vergoeden van de slaapjaren, vanwege de fixatie omstreeks einde wachttijd.

5.6 Wat is de sanctie als de werkgever geen gehoor geeft aan de rechtsregel uit deze beschikking?

De Hoge Raad vertelt ons niet wat het gevolg is als we de Doornroosje-verplichting verzuimen. De insteek van de hele procedure bij de Hoge Raad was een (voorschot op de) schadevergoeding wegens schending van artikel 7:611 BW. Een werkgever werkt mee aan de beëindiging van het slapend dienstverband en krijgt op grond van artikel 7:673e BW (gedeeltelijke) compensatie of hij werkt niet mee en schendt daarmee zijn verplichtingen zich

als goed werkgever te gedragen. In het laatste geval pleegt hij wanprestatie (art. 6:74 BW) en zal hij (uiteindelijk) schadeplichtig zijn. [19]

Zoals gezegd is de wanprestatie gelegen in het niet-nakomen van de verplichting mee te werken aan de beëindiging van het slapend dienstverband. Dit is dan ook het moment waarop de wettelijke rente over de schadevergoeding gaat lopen. De schadevergoeding is ten minste gelijk aan het bedrag dat de werkgever had moeten betalen bij nakoming van de Doornroosje-plicht.

Als het inderdaad juist is dat de vergoedingsplicht door de Hoge Raad wordt gefixeerd in het verleden (einde wachttijd), dan zal de wanprestatie van de werkgever leiden tot een schadevergoedingsplicht van de vergoeding die betaald had moeten worden op dat tijdstip (einde wachttijd). Uiteraard is ook een gebodsactie tot alsnog beëindiging onder toekenning van diezelfde vergoeding denkbaar (komt in de praktijk waarschijnlijk op hetzelfde neer).

6 Als het sprookje uit is, volgt de weerbarstige realiteit...

En dan nu terug naar het begin. Hoe zal het aflopen met Doornroosje nu de Hoge Raad de boel heeft wakker geschud (gekust)?

Strategie werkgever

Omdat de veroordeling tot betaling van schadevergoeding wegens wanprestatie (vooralsnog) [20] niet wordt gecompenseerd door het UWV en bovendien onduidelijk is welk moment nu bepalend is voor de vaststelling van de schadeomvang (is dit het gefixeerde moment in paragraaf 5.4/5.5 of het moment waarop de werknemer in actie komt, paragraaf 5.2?), lijkt het beste advies voor werkgever te zijn om voor 1 januari 2020 de arbeidsovereenkomst met slapers te (doen) beëindigen en daarbij een vergoeding gelijk aan de transitievergoeding toe te kennen zoals die gold einde wachttijd 104-weeken. Over deze situatie kan immers regie worden gevoerd en dit leidt tot optimale compensatie bij UWV.

Het overgangsrecht van de WAB (art. XII en XV) geeft aan op welke wijze onder het oude recht kan worden opgezegd/ontbonden, als onmiddellijke beëindiging door middel van een vaststellingsovereenkomst niet mogelijk is of niet gewenst is (bijvoorbeeld omdat partijen per se de opzegtermijn willen respecteren).

Laat een werkgever het erop aankomen, dan loopt hij het risico in 2020 veroordeeld te worden wegens schending van het goed werkgeverschap. Het verschil tussen de door de werkgever betaalde transitievergoeding en de vergoeding die hij bij einde wachttijd in bijvoorbeeld 2018 had moeten betalen, krijgt hij dan alsnog voor zijn kiezen. De relatieve onzekerheid over moment van fixatie en belang van de wilsuiting, zou ik als werkgever(sadvocaat) niet snel aangrijpen om nog maar even af te wachten.

Strategie werknemer

Zolang onduidelijk is op welk moment exact de vergoeding wordt gefixeerd (einde wachttijd,

wilsuiting werknemer of eerste mogelijkheid tot ontslag al dan niet na wilsuiting), adviseer ik werknemers die reeds slapen en nog de oude transitievergoeding wensen veilig te stellen, zekerheidshalve maar een 'wilsuiting' te doen voor 1 januari 2020. Better to be safe than sorry. Ik denk niet dat dit nodig is, maar het geeft hoe dan ook aanleiding met elkaar in gesprek te raken en mogelijk een deal te sluiten voor het einde van het jaar. Uiteraard kan bij die wilsuiting een dreiging met een niet-compensabele 611-wanprestatie-actie gepaard gaan. Een goed geïnformeerde werkgever zal dan eieren voor zijn geld kiezen.

Voor werknemers die aan de vooravond van het bereiken van de AOW-leeftijd staan, geldt dat het uiten van de wens voor de AOW-leeftijd(ontslag) verstandig is (zie hierboven).

Strategie van de gokkers...

Maar wat nu als ik als werkgever een slaper actief benader in de resterende weken van 2019 om het dienstverband te beëindigen, maar deze slaper weigert mee te werken aan een beëindiging met wederzijds goedvinden, omdat hij – de slaper – meent dat naast de transitievergoeding einde wachttijd ook de niet-genoten opzegtermijn moet worden vergoed? Natuurlijk kan ik de arbeidsovereenkomst dan opzeggen (met toestemming UWV), maar op grond van het overgangsrecht WAB (art. XII WAB) blijft de 'oude' transitievergoeding dan gelden inclusief alle slaapjaren. Die vergoeding is dan meer dan de Doornroosje-verplichting met zich brengt. En als de werknemer mij aan het lijntje houdt tot 1 januari 2020, dan kan ik niet meer opzeggen met behoud van het overgangsrecht en loop ik als werkgever serieus risico dat wanneer ik dan alsnog de Doornroosje-verplichting nakom, ik maar een deel van de vergoeding van UWV krijg gecompenseerd.

Maar kan de werknemer in 2020 dan alsnog een vergoeding conform oud recht ontvangen bij wijze van schadevergoeding?

Ik kan mij voorstellen dat indien de werkgever het aanbod uitdrukkelijk heeft gedaan conform de voorwaarden die de Hoge Raad in deze beschikking stelt, geen sprake meer is van schending van artikel 7:611 BW, althans dat de werkgever de tekortkoming in de nakoming heeft willen opheffen, dan wel de schade heeft willen vergoeden. Doet de werknemer in 2020 zelf een voorstel tot beëindiging dan is verdedigbaar dat door eigen schuld een deel van de schade (het niet-compensabele transitievergoedingsdeel) niet voor vergoeding vatbaar is. De vergoeding bedraagt dan niet meer dan de transitievergoeding naar nieuw recht. Een zuivere toepassing van artikel 6:101 BW lijkt mij overigens niet aan de orde, daar er geen sprake is van medeschuld aan de schadeveroorzakende gebeurtenis noch van een zuivere schadebeperkingsplicht. Immers, de schade voor de werknemer neemt niet toe en behoeft derhalve beperking, maar de compensatie voor de werkgever neemt af. Dat is net iets anders.

Wellicht dat hier de gewone 'Stoof/Mammoet' een rol kan spelen: ik doe als werkgever een redelijk voorstel, te weten beëindiging onder oud recht met maximale vergoeding, dat in alle redelijkheid door jou, werknemer, moet worden aanvaard gezien de gewijzigde omstandigheden. Nietwaar?

Toch kan ik mij voorstellen dat veel werkgevers het risico te groot vinden geconfronteerd te worden met een gedeeltelijke compensatie en om die reden geneigd zullen zijn toe te geven aan wensen van werknemers, als ‘de transitievergoeding inclusief slaapperiode’ en ‘de opzegtermijn in geld uitbetaald’.

...en o ja, de opzegtermijnen bij slapers kunnen kostbaar zijn

Bedacht moet ten slotte nog worden dat ‘nog even snel onregelmatige opzeggen’, leidt tot gefixeerde schadevergoeding ook ingeval er feitelijk geen loondoorbetaling meer is. [21]
Overigens staat onregelmatige opzegging niet aan compensatie van de transitievergoeding in de weg, althans de voorwaarde voor regelmatige opzegging wordt niet in de wet genoemd. [22]

7 ...en ze leefden nog lang en gelukkig

Werkgever en werknemer zijn wat het slapend dienstverband betreft – zeker in het licht van de overgang van oud naar nieuw, de verschillende interpretaties van moment van schadeveroorzakende situatie, de ruimte in de uitzondering op de hoofdregel en de tikkende klok van de inwerkingtreding van de WAB – voorlopig nog niet klaar. E-mails met formele ‘wilsuitingen’, vso’s, dreigen met kort gedingen en bodemprocedures... het kan allemaal niet op. November en december zouden zomaar eens drukke (feest)maanden kunnen worden. Of de Doornroosjes en hun prinses reflecteren op een gelukkig huwelijk, valt in veel gevallen te betwijfelen. Maar de (commerciële) rechtsbijstandverleners leefden nog lang en gelukkig...

A.R. Houweling

Noten

[1] Overigens zijn andere versies van ‘De schone slaapster’ minder kindvriendelijk. In de versie van Giambattista Basile wordt de weerloze slaapster verkracht en raakt zij zwanger van een tweeling, waarna een van de twee kinderen die zij baart de vlasnaald uit haar vinger zuigt, waardoor de vloek wordt verbroken. In de versie van Perceforest is het de ‘held’ Troylus die met de slapende prinses, Zellandine, vrijt en haar bezwangert. De zoon die Zellandine in haar slaap baart, zuigt de vlasnaald uit haar vinger en doorbreekt de vloek van godin Themis. Zie uitvoerig: <https://nl.wikipedia.org/wiki/Doornroosje>.

[2] Zie Ktr. Roermond 10 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3331, AR 2019-0390, r.o. 2.6.

[3] Zie uitvoerig o.a. E. Wits, ‘Gaaf de Hoge Raad recycelen?’, AR 2019-0390. E. Verhulp, ‘Slapende dienstverbanden? Laten slapen of wakker kussen?’, TRA 2019/37.

[4] HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, AR 2008-0437.

[5] P.L.M. Schneider, ‘De Vries/Stichting Woonzorg Nederland: de introductie van een nieuwe eenzijdige wijzigingsmodaliteit?’, TAP 2011, p. 130 e.v.

[6] HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, m.nt. J.P.M. van Zijl, ‘Pro rata transitievergoeding bij gedeeltelijke beëindiging arbeidsovereenkomst. Eén vraag beantwoord.

Nieuwe vragen te beantwoorden', *AR* 2018-1037.

[7] Vgl. ook de verzuchting van Kruit bij eerdere rechtspraak van de Hoge Raad in het ontslagrecht. P. Kruit, 'Herstel van de arbeidsovereenkomst na de Amsta-beschikking: de zoektocht naar het juiste petitum', *AR* 2019-0103.

[8] Zie onder meer HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/56 (*Maasman/Akzo Nobel*) en HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/57 (*Kooiker/Taxicentrale*); A.R. Houweling, 'Verzekeringplicht ook bij niet-gemotoriseerde werkgerelateerde verkeersongevallen?', *TAP* 2008/1, p. 2-4.

[9] A.R. Houweling, 'Wie a zegt, hoeft niet altijd b te zeggen: over het bereik van de verzekeringplicht ex artikel 7:611 BW voor arbeidsongevallen', *AR* 2011-0923.

[10] HR 14 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9995 (*Bonna Vianen Beton*).

[11] HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:19 (*Blue Taxi*).

[12] HvJ EU 6 november 2018, *AR* 2018-1273 (*Max Planck*) en uitvoerig J.R. Vos, 'Op reis met de vakantiewetgeving: het Handvest biedt nieuw uitzicht', *ArA* 2019, 2, p. 50 e.v.

[13] Vergelijk ook HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4043 (*Bos/Pax*) over vergaande consequenties van schending informatieplicht ex art. 7:611 BW bij overgang van onderneming. Ik realiseer mij dat bij overgang van onderneming een bijzondere informatieplicht geldt. Recentelijk oordeelde het Hof Den Haag dat het bewust stilzitten en niet uitkeren van een transitievergoeding in de hoop dat de vervaltermijn verstrijkt, in strijd is met art. 7:611 BW. Zie Hof Den Haag 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2618.

[14] E. Wits, 'Gaaf de Hoge Raad recycfen?', *AR* 2019-0390.

[15] Mij is niet geheel duidelijk waarom hier opeens over een 'rechter' wordt gesproken. Het gaat immers om een voorstel tot beëindiging met wederzijds goedvinden. Het lijkt nu net alsof voor een gespreide betaling eerst een verklaring voor recht nodig is. Dat kan niet de bedoeling zijn, want partijen kunnen dit gewoon afspreken, lijkt mij. De enige restrictie is dat de vergoeding moet zijn betaald voordat de compensatie kan worden aangevraagd.

[16] Vgl. conclusie A-G, r.o. 19.14 e.v.

[17] HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845, *AR* 2018-1145.

[18] Zie uitvoerig met rekenvoorbeelden en overgangsrecht Van Zijl: <https://www.vanzijl-advocaten.nl/juridische-producten/weblog/meer-risico-s-dan-gedacht-bij-slapend-houden-van-arbeidsovereenkomst-met-langdurig-arbeidsongeschikte-werknemer.php>.

[19] Zie HR 14 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9995 (*Bonna Vianen Beton*).

[20] Ik zie overigens niet in waarom het UWV dit in de toekomst wel zou gaan compenseren.

[21] HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984/255.

[22] Vgl. Ktr. Dordrecht 23 oktober 2019, AR 2019-1155.