

ANNOTATIE

Een jaar wakker: rechtspraak na Xella

C.J. Herman de Groot en P.L.M. Schneider

*Annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 10-11-2020,
ECLI:NL:GHARL:2020:9239 (AR-2020-1379)*

1 Inleiding

Op 8 november 2019 wees de Hoge Raad de *Xella*-beschikking.^[1] Daarin oordeelde hij dat een werkgever verplicht kan zijn om mee te werken aan een verzoek van een werknemer tot beëindiging van diens slapende dienstverband (hierna: '*Xella*-verplichting'^[2]), onder toekenning van een vergoeding ter hoogte van de transitievergoeding ('*Xella*-vergoeding'). Over deze verplichting en vergoeding zijn sinds de beschikking diverse uitspraken gepubliceerd die wij in het navolgende beschrijven. Achtereenvolgens komen aan bod (uitspraken over): de inhoud, aard en reikwijdte van de *Xella*-verplichting (par. 2), de daarop (al dan niet) aanvaarde uitzonderingen (par. 3) en een aantal kwesties rondom de *Xella*-vergoeding (par. 4).

2 De Xella-verplichting

2.1 Inhoud

De Hoge Raad aanvaardde de *Xella*-verplichting in de situatie waarin is voldaan aan de vereisten van artikel 7:669 lid 1 en 3 aanhef en onder b BW (hierna ook: 'b-grond').^[3] Dit betekent dat:

- a. herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn^[4] niet mogelijk is (of niet in de rede ligt);
- b. de wachttijd van 104 weken is verstreken;

- c. de werknemer alsdan nog altijd arbeidsongeschikt is voor de bedongen werkzaamheden; en
- d. hervatting in die werkzaamheden, al dan niet in aangepaste vorm, niet te verwachten valt binnen een tijdsbestek van 26 weken.

2.2 Aard: informatie- of piepplicht?

De eerste hier te behandelen vraag luidt of uit de *Xella*-beschikking een plicht voor werkgevers voortvloeit om werknemers met een slapend dienstverband ('slapers') actief te benaderen en te informeren over hun rechtspositie. Een ontkennend antwoord op die vraag is gegeven door het Hof Leeuwarden en de Kantonrechter Rotterdam, terwijl een bevestigend antwoord lijkt te zijn gegeven in een beschikking van de Kantonrechter Arnhem (zij het dat deze beschikking sterk op de feiten van het voorliggende geval is toegesneden).

2.2.1 Geen informatie- maar een piepplicht

Naar het oordeel van het Hof Leeuwarden heeft de Hoge Raad in *Xella* 'niet beslist dat de beginselen van goed werkgeverschap eisen dat een werkgever een beëindigingsvoorstel aan de werknemer moet doen, maar juist dat de werkgever onder omstandigheden gehouden is in te stemmen met een beëindigingsvoorstel van de werknemer'.^[5]

De Kantonrechter Rotterdam overweegt dat een informatieplicht van de werkgever in de *Xella*-uitspraak niet aan de orde was en de Hoge Raad zich daarover dan ook niet heeft uitgelaten. Vervolgens stelt de kantonrechter dat de *Xella*-uitspraak ook geen aanknopingspunten biedt voor het aannemen van een dergelijke informatieverplichting.^[6] Terzijde wijst de kantonrechter daarbij op de *Victoria-beschikking*^[7] waarin voor de gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst ook het initiatief bij de werknemer is gelegd en geen informatieverplichting van de werkgever is gecreëerd op basis van goed werkgeverschap.

Ten aanzien van de door de werknemer naar voren gebrachte stelling^[8] dat de werkgever niet mag worden 'beloond' voor stilzitten (van 12 december 2019 tot 20 januari 2020), overweegt de kantonrechter dat van beloning geen sprake is. Weliswaar is de werkgever een lagere transitievergoeding verschuldigd als gevolg van de invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) per 1 januari 2020, maar ook de compensatie daarvan vindt plaats op basis van de per 1 januari 2020 geldende transitievergoeding.^[9] De werkgever wordt aldus van stilzitten niet beter.

De slotsom moet volgens de Kantonrechter Rotterdam dan ook luiden dat uit de *Xella*-beschikking (geen informatieplicht voor de werkgever, maar) een 'piepplicht' voor de werknemer volgt.

2.2.2 *Geen piep-, maar een informatieplicht*

Tot een ander oordeel kwam de Kantonrechter Arnhem in een uitspraak van 4 november 2020. Hoewel (ook) deze kantonrechter vooropstelt dat uit de *Xella*-uitspraak van de Hoge Raad geen algemene informatieplicht voor werkgevers voortvloeit,^[10] is de strekking van de *Xella*-uitspraak dat – indachtig de invoering van de compensatieregeling – werkgevers naar de beëindiging van slapende dienstverbanden moeten streven. Tegen deze achtergrond oordeelde de kantonrechter dan ook dat de werkgever had moeten onderzoeken wat zijn slaper met diens ‘verzoek om een eindafrekening’ bedoelde en hem daarbij ‘deugdelijk had moeten informeren’ over zijn aanspraken op een *Xella*-vergoeding. Nu de werkgever dat had nagelaten – sterker: de slaper in reactie op diens verzoek ten onrechte in de veronderstelling had gebracht dat een einde van zijn dienstverband op z’n vroegst per de pensioendatum kon plaatsvinden – concludeerde de kantonrechter tot handelen in strijd met het goed werkgeverschap met schadeplichtigheid tot gevolg.^[11]

2.3 *Reikwijdte: een ‘slapend dienstverband’?*

Een volgende vraag, inmiddels een aantal keren in de lagere rechtspraak aan de orde gesteld, is wanneer er nu van een slapend dienstverband kan worden gesproken.

Een slapend dienstverband, aldus de Hoge Raad in de *Xella*-beschikking, is ‘een dienstverband dat een werkgever na twee jaar arbeidsongeschiktheid van een werknemer niet heeft opgezegd, hoewel hij daartoe wel bevoegd is, en waarbij hij de werknemer geen loon meer betaalt’.^[12]

Afgaande op deze omschrijving voldoet een slapend dienstverband (dus) aan twee voorwaarden. In de eerste plaats moet een werkgever ‘bevoegd’ zijn tot opzegging. En in de tweede plaats dient de werkgever de loonbetaling aan de werknemer te hebben gestaakt. Dat een dienstverband niet beantwoordde aan (één van) deze twee voorwaarden, is in de lagere rechtspraak vooralsnog zevenmaal voorgekomen.

2.3.1 *De bevoegdheid tot opzegging van het dienstverband ontbreekt*

Zowel door het Hof Leeuwarden als door kantonrechters te Alkmaar, Haarlem, Enschede en Arnhem is geoordeeld dat er bij gebreke van een ‘opzeggingsbevoegdheid’ niet van een slapend dienstverband kon worden gesproken. In deze zaken werd telkens aangenomen dat een dergelijke bevoegdheid ontbrak, omdat er ten tijde van het beëindigingsvoorstel niet zou zijn voldaan aan (alle) vereisten van de b-grond.

Zo werd in de Leeuwarder en de Haarlemmer zaak binnen een redelijke termijn een

hervatting verwacht van de bedongen werkzaamheden (in aangepaste vorm), terwijl in de Enschedese zaak een herplaatsing van de werknemer in een passende functie voor mogelijk werd gehouden.^[13]

In de Alkmaarse zaak was door de werknemer bepleit dat ook in een geval van situatieve arbeidsongeschiktheid sprake kan zijn van een slapend dienstverband in de zin van de *Xella*-beschikking. De werknemer werd daarin niet gevolgd door de kantonrechter. De *Xella*-verplichting, aldus deze kantonrechter, is 'luid en duidelijk' beperkt tot gevallen waarin voldaan is aan de vereisten van de b-grond, en er is geen aanleiding of aanwijzing om aan te nemen dat die beschikking ook ziet op situaties van situatieve arbeidsongeschiktheid (waarin juist geen langdurige arbeidsongeschiktheid wegens ziekte aan de orde is). Ook is sprake van een wezenlijk verschil in die zin, dat in het ene geval (ziekte) aanspraak bestaat op compensatie van het UWV voor de betaling van de transitievergoeding en in het andere geval (situatieve arbeidsongeschiktheid) niet.^[14] De vordering van de situatief-arbeidsongeschikte werknemer tot opzegging onder toekenning van een transitievergoeding werd in deze Alkmaarse zaak dan ook afgewezen.

Wanneer de werknemer kan worden herplaatst in een passende functie is, aldus ook de Kantonrechter Arnhem, van een slapend dienstverband als bedoeld in de *Xella*-uitspraak geen sprake. Daarbij is niet van belang dat de arbeidsovereenkomst voorafgaand aan het beschikbaar worden van de passende functie feitelijk inhoudsloos is geworden. Dit laatste leidde wel tot toewijzing van het verzoek van de werknemer om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, maar zonder transitievergoeding en billijke vergoeding nu geen sprake was van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.^[15]

2.3.2 Stopzetting van de loondoorbetaling

Het bestaan van een slapend dienstverband werd evenmin aangenomen door kantonrechters te Nijmegen en Zwolle, ditmaal omdat de 'pseudoslaper' na 104 weken ziekte nog loon ontving.

In de Nijmeegse zaak was aan een 'slaper' na het verstrijken van die wachttijd 70% van zijn loon doorbetaald, omdat de toepasselijke cao de werkgever daartoe nu eenmaal verplichtte. Dat hier sprake is van een slapend dienstverband zou volgens de kantonrechter niet stroken met de Wet Compensatieregeling transitievergoeding. Met die wet is immers beoogd om belemmeringen tot de beëindiging van dienstverbanden die inhoudsloos zijn geworden, weg te nemen'.^[16] Nu de arbeidsovereenkomst in deze zaak – alleen al vanwege de loondoorbetalingsverplichting – niet inhoudsloos was, kon er volgens de kantonrechter geen *Xella*-verplichting worden aangenomen.

Tot eenzelfde oordeel kwam de Kantonrechter Zwolle in een zaak waarin de werkgever na de wachttijd een loonsanctie was opgelegd. Aangezien de werknemer nadien niet alleen zijn loon kreeg doorbetaald, maar op enig moment in het derde ziektejaar ook werkzaamheden was gaan verrichten, hield deze kantonrechter het ervoor dat ook in deze zaak geen sprake was van een slapend dienstverband in de zin van de *Xella*-beschikking.^[17]

2.4 Reikwijdte: ook van toepassing op 'diepslapers'?

Ten slotte de vraag of de *Xella*-verplichting ook geldt ten aanzien van werknemers met een dienstverband dat al slapend was vóór 1 juli 2015 (toen er nog geen transitievergoeding bestond).

Dat een dergelijke 'diepslaper' ook recht heeft op een beëindiging van zijn dienstverband onder toekenning van een *Xella*-vergoeding is vooralsnog maar eenmaal aangenomen (door de Kantonrechter Zwolle).^[18] Tegenover deze ene uitspraak laat zich een vijftal uitspraken plaatsen (van het Hof Leeuwarden en kantonrechters te Amsterdam (2x), Utrecht en Alkmaar), waarin het tegenovergestelde standpunt is ingenomen.

2.4.1 Niet van toepassing op diepslapers

Het meerderheidsstandpunt in de rechtspraak lijkt te zijn dat de *Xella*-verplichting zich niet over diepslapers uitstrekt. Dit standpunt is treffend verwoord in een beschikking van 28 augustus 2020 van de Kantonrechter Amsterdam, waarin wordt aangeknoopt bij eerdere beschikkingen van ambtsgenoten in Utrecht en Amsterdam.^[19]

De werknemer in deze zaak legde de *Xella*-beschikking zo uit, dat ook dienstverbanden die vóór 1 juli 2015 slapend zijn geworden op voorstel van de werknemer en tegen betaling van een vergoeding beëindigd moeten worden. Die uitleg werd door de Kantonrechter Amsterdam niet gevolgd. Aan deze uitleg zou namelijk in de weg staan dat de werkgever in zulke gevallen geen recht heeft op compensatie. Dit volgt volgens de kantonrechter uit de *Xella*-beschikking, waarin de Hoge Raad de *Xella*-verplichting uitdrukkelijk heeft gekoppeld aan het gecompenseerd kunnen krijgen van de *Xella*-vergoeding.^[20] Dat 'oude slapers' door deze uitleg met lege handen achterblijven, bracht de kantonrechter niet tot een ander oordeel. De ongelijke behandeling ten opzichte van 'nieuwe slapers' is immers het gevolg van een wetswijziging (invoering Wet werk en zekerheid (WWZ) en compensatieregeling). En een wijziging in wetgeving pleegt altijd een arbitrair karakter te hebben, nu die is gekoppeld aan een datum. Bovendien betwijfelt de kantonrechter of hier wel van gelijke gevallen kan worden gesproken, nu een oude slaper een WAO-uitkering (Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering) zal ontvangen, terwijl nieuwe slapers doorgaans aangewezen zullen zijn op een (financieel minder gunstige) WIA-uitkering (Wet werk en

inkomen naar arbeidsvermogen).^[21] Een en ander betekent volgens de kantonrechter dat er onvoldoende grond is om de door de werknemer gevorderde *Xella*-vergoeding toe te wijzen.

Het Hof Leeuwarden kwam in een uitspraak van recenter datum (26 oktober 2020) tot een vergelijkbare uitkomst. Anders dan de kantonrechter in eerste aanleg^[22] overweegt het hof dat een werkgever in beginsel niet is gehouden om in te stemmen met het '*Xella*-voorstel' van de werknemer als hij niet in aanmerking komt voor compensatie. Voor de vaststelling van zowel de aanspraak op de *Xella*-vergoeding als de aanspraak op compensatie daarvan acht het hof bepalend, niet het moment waarop de arbeidsovereenkomst is beëindigd, maar het moment waarop de werkgever het dienstverband met de werknemer vanwege zijn langdurige arbeidsongeschiktheid *had kunnen* beëindigen. Is dat, zoals hier, vóór 1 juli 2015, dan moet worden aangenomen dat geen aanspraak bestaat op een vergoeding omdat de transitievergoeding vóór 1 juli 2015 niet bestond, en evenmin op compensatie. Is het dienstverband echter na 1 juli 2015 slapend geworden, dan komt de werknemer volgens het hof in beginsel wel voor een transitievergoeding in aanmerking en kan de werkgever ook aanspraak maken op compensatie. Voor het abstraheren van het feit dat de transitievergoeding pas sinds 1 juli 2015 bestaat, heeft het hof in de (wetsgeschiedenis van de) WWZ en het overgangsrecht respectievelijk de *Xella*-beschikking geen aanknopingspunten kunnen vinden. Bij gebreke van zulke aanknopingspunten concludeert het hof dan ook tot afwijzing van het beroep van de diepslaper op de *Xella*-beschikking.^[23]

Uit de *Xella*-beschikking leidde ook de Kantonrechter Alkmaar af dat bepalend voor het antwoord op de vraag of er recht op de transitievergoeding bestaat, is of de wachttijd voor of na 1 juli 2015 is verstreken. In die zaak oordeelde de kantonrechter echter dat dat moment niet, zoals door de werkgever aangevoerd vóór 1 juli 2015 lag, maar pas op 14 maart 2017 was bereikt, zodat de werkgever een transitievergoeding was verschuldigd.^[24]

Tot slot een recente uitspraak van de Kantonrechter Arnhem. In deze uitspraak is geoordeeld dat de werkgever niet kan worden verplicht tot opzegging van een reeds in 2013 slapend geworden dienstverband. Naar het oordeel van de kantonrechter valt uit de *Xella*-uitspraak niet af te leiden dat een werkgever ook in strijd met goed werkgeverschap handelt indien hij weigert mee te werken aan een wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst, anders dan een beëindiging met wederzijds goedvinden, die meebrengt dat hij een (transitie)vergoeding moet betalen die hoger is dan het bedrag dat hij aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn geweest bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst direct na ommekomst van twee jaar arbeidsongeschiktheid. Daargelaten of de werkgever thans bij opzegging recht zou hebben op enige compensatie uit hoofde van artikel 7:673e BW, waarover partijen twisten, is die compensatie nooit hoger dan het bedrag aan transitievergoeding dat verschuldigd zou zijn geweest bij een beëindiging in 2013. Nu de hoogte van de

transitievergoeding afhankelijk is gemaakt van de duur van het dienstverband (art. 7:673 lid 2 BW), is de compensatie, als daarvan al sprake zou zijn, zonder meer lager dan de wettelijke transitievergoeding die de werkgever thans bij opzegging verschuldigd zou worden.[25]

2.4.2 Wel van toepassing op diepslapers

Tegenover deze afwijzingen laat zich, als gezegd, de uitspraak van de Kantonrechter Zwolle van 24 maart 2020 zetten. Deze kantonrechter vroeg zich af of het al dan niet slapend zijn van het dienstverband vóór 1 juli 2015 wel zo beslissend is (antwoord kantonrechter: nee) en zag in (o.m.) de wetsgeschiedenis van de compensatieregeling en de *Xella*-beschikking wel aanknopingspunten voor de aanname dat de compensatieregeling ook beoogt compensatie te bieden voor overeenkomsten die al voor 1 juli 2015 slapend zijn geworden, maar pas na 1 juli 2015 worden beëindigd.[26]

3 Uitzonderingen op de Xella-verplichting

3.1 Algemeen: gerechtvaardigde belangen

Dat de *Xella*-verplichting niet absoluut is, volgt uit de uitzondering die de Hoge Raad heeft aanvaard voor de situatie waarin de werkgever – ‘op grond van door hem te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden – [...] 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 zijn gelegen in de omstandigheid dat de werknemer op het moment dat hij zijn beëindigingsvoorstel doet, de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt’.[27] De vraag wat als een ‘gerechtvaardigd werkgeversbelang’ kwalificeert, staat in de komende subparagrafen centraal.

3.2 Reële re-integratiemogelijkheden

Over reële re-integratiemogelijkheden zijn, voor zover ons bekend, inmiddels vier uitspraken gepubliceerd. Drie van deze uitspraken hebben betrekking op de inhoud van de mogelijkheden en één uitspraak gaat over de vraag op welk moment sprake moet zijn van reële re-integratiemogelijkheden.

Om met laatstgenoemde te beginnen: het bestaan van een reële re-integratiemogelijkheid moet worden beoordeeld, niet op het moment dat de wachttijd is verstreken, maar op het moment dat de vraag om mee te werken aan beëindiging van de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk op tafel ligt, aldus de Kantonrechter Roermond.[28] Of dan gefixeerd moet worden op het moment waarop het verzoek tot het meewerken aan beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor het eerst wordt gedaan, of dat ook ontwikkelingen die zich na die

datum voordoen bij de beoordeling mogen worden betrokken, liet de kantonrechter in het midden, omdat hem van reële re-integratiemogelijkheden 'op grond van door de werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden' niet is gebleken. De werkgever had slechts gesteld dat het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) voornemens was nog een heronderzoek naar de arbeidsongeschiktheid van de werknemer uit te voeren en dat hij hem zelf (nogmaals) had willen laten onderzoeken door zijn eigen bedrijfsarts. Zelfs als die stellingen betrokken mogen worden bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van reële re-integratiemogelijkheden is het antwoord op die vraag nog steeds een duidelijk neen, aldus de kantonrechter. De vordering van de werknemer (schadevergoeding ter hoogte van transitievergoeding einde wachttijd) werd toegewezen.

De Haarlemse kantonrechter^[29] oordeelde dat de werknemer weliswaar langer dan 104 weken arbeidsongeschikt is geweest (oktober 2016 - oktober 2018) maar stelde vast dat de bedrijfsarts in oktober 2017 had geoordeeld dat de werknemer kon starten met re-integreren en de werknemer zich op 14 maart 2019 bij de werkgever beschikbaar had gesteld om werkzaamheden te verrichten, althans aan te vangen met de re-integratie. Daarbij kwam dat de werknemer na een herkeuring in mei 2019 nog slechts voor 33,04% arbeidsongeschikt was. Aan de vereisten voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid was aldus niet voldaan én de werkgever had een gerechtvaardigd belang bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. Het ontbindingsverzoek van de werknemer werd toegewezen (met intrekkingmogelijkheid) en de gevraagde vergoedingen afgewezen omdat er nog reële re-integratiemogelijkheden waren.

In februari 2020 oordeelde het Hof Den Haag in de situatie waarin er, in theorie, nog re-integratiemogelijkheden bij andere werkgevers waren. De werkgever had daarbij gewezen op het relatief lage arbeidsongeschiktheidspercentage van de werknemer (17,35%), het oordeel van het UWV in het kader van de WIA-beoordeling en op het gegeven dat een zestal functies voor de werknemer geschikt waren geacht. Het hof oordeelde dat zonder bijkomende omstandigheden, die gesteld noch gebleken zijn, niet valt niet in te zien welk rechtens te respecteren belang de werkgever heeft bij instandhouding van het dienstverband wegens re-integratiemogelijkheden bij andere werkgevers, reden waarom niet kan worden aangenomen dat dit reële re-integratiemogelijkheden betrof in de zin van de *Xella*-beslissing.^[30]

De Kantonrechter Amsterdam oordeelde in een, in verband met de te verwachten *Xella*-uitspraak aangehouden, uitspraak (onder meer) dat hoewel er kennelijk re-integratiemogelijkheden waren voor de werknemer, vaststond dat die mogelijkheden niet tot een herplaatsing hadden geleid. De werkgever had concrete feiten en omstandigheden moeten stellen die tot het oordeel kunnen leiden dat sprake is (geweest) van reële re-integratiemogelijkheden. Evenmin werd geconstateerd dat de werkgever een

gerechtvaardigd belang had bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst, nu vast stond dat de werkgever na het einde van de wachttijd afwijzend had gereageerd op het voorstel van de werknemer om in overleg te onderzoeken op welke afdeling hij als administratief medewerker dan wel boekhouder dan wel chauffeur aan het werk kan (kon).^[31]

3.3 Bereiken pensioengerechtigde leeftijd?

Het feit dat het dienstverband toch bijna eindigt omdat de pensioenleeftijd zich aandient (in welk geval geen transitievergoeding verschuldigd is), levert *geen* gerechtvaardigd werkgeversbelang op (zie ook par. 3.1).

De vraag die in dit verband is gerezen, luidt of de inmiddels gepensioneerde slaper die nog tijdens de looptijd van zijn slapend dienstverband een beëindigingsvoorstel heeft gedaan waarop de werkgever niet is ingegaan, alsnog recht heeft op de *Xella*-vergoeding.^[32] Deze vraag is louter bevestigend beantwoord. Gewezen zij in dit verband op beslissingen van het Hof Den Bosch, het Hof Den Haag en de Kantonrechter Arnhem.^[33]

Het argument dat de werknemer inmiddels met pensioen is en daarom van transitie van werk naar werk geen sprake kan zijn, werd door het Haagse hof niet gehonoreerd, net zomin als het argument dat het doel van de Compensatieregeling – de beëindiging van slapende dienstverbanden – reeds is verwezenlijkt zodra de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt.^[34]

In de Arnhemmer zaak werd verder korte metten gemaakt met het verweer van de werkgever dat de werknemer te laat was met zijn verzoek, omdat de arbeidsovereenkomst inmiddels als gevolg van het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd was geëindigd. De werknemer (aan wie met ingang van 17 december 2018 een WGA-uitkering (Werkhervatting gedeeltelijk arbeidsgeschikten) was toegekend) had in maart 2019 van de werkgever begrepen dat het dienstverband pas zou eindigen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd en dat alsdan een eindafrekening zou worden opgemaakt. Op 18 november 2019 echter, de dag voordat de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bereikte, vroeg hij via zijn gemachtigde alsnog om beëindiging van het dienstverband en uitbetaling van de transitievergoeding. De kantonrechter achtte dit ‘op tijd, net op tijd’, zij het wel onhandig omdat in de e-mail van de gemachtigde een reactietermijn was opgenomen die lag na de datum van pensionering. De kantonrechter vond in de omstandigheden van dit concrete geval (niettemin) aanleiding om de werkgever te veroordelen tot betaling van het netto-equivalent van de transitievergoeding bij wijze van schadevergoeding.^[35]

4 De Xella-vergoeding

In de *Xella*-beschikking ging het om de beëindiging van een arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Wordt de slapende arbeidsovereenkomst opgezegd of ontbonden, dan geldt – als aan de voorwaarden van artikel 7:673 lid 1 BW is voldaan – dat aan de werknemer een ‘gewone’ transitievergoeding toekomt, waarvan de hoogte (in beginsel^[36]) wordt bepaald per de datum van het einde van het dienstverband, en niet per ‘de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) beëindigen’. Dat is althans wat men zou verwachten.

Die verwachting blijkt echter niet altijd uit te komen. Onder omstandigheden kan het, zo volgt uit een aantal uitspraken, zo zijn dat voor de hoogte van de (transitie)vergoeding niet wordt aangesloten bij artikel 7:673 lid 1 BW maar bij de *Xella*-vergoeding die de werkgever verschuldigd zou zijn geweest wanneer partijen op de *Xella*-wijze (met wederzijds goedvinden) uit elkaar waren gegaan. In de hier bedoelde zaken is op initiatief van de werknemer onderhandeld over een *Xella*-beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar hebben de onderhandelingen niet tot overeenstemming geleid en komt de arbeidsovereenkomst later – met vertraging – tot een einde (door opzegging of ontbinding).

Welke vergoeding de werkgever dan verschuldigd is (*Xella*, transitievergoeding of ergens daartussenin?), blijkt in deze zaken afhankelijk van het antwoord op de vraag voor wiens rekening de vertraging dient te komen. In een drietal zaken werd de vergoeding (lager) vastgesteld op de hoogte van de *Xella*-vergoeding, omdat de vertraging niet voor rekening van de werkgever kwam (par. 4.1), in drie zaken kwam de vertraging wel voor rekening van de werkgever (par. 4.2) en in één zaak kwam de vertraging voor rekening van beide partijen en werd de pijn verdeeld (par. 4.3).

4.1 Vertraging voor rekening werknemer: lager transitievergoeding/geen billijke vergoeding

De Kantonrechter Den Haag oordeelde het niet redelijk om de werkgever te veroordelen een vergoeding te betalen, berekend per 1 mei 2020, de datum waartegen was opgezegd. Dat partijen niet in 2019 tot overeenstemming waren gekomen had te maken met het feit dat bij de berekening van de toe te kennen (transitie)vergoeding een geschil ontstond over de omvang van het dienstverband, een omstandigheid die de kantonrechter (kennelijk) niet aan de werkgever toerekende. Aan de werknemer werd niettegenstaande de opzegging per 1 mei 2020, de (lagere) vergoeding toegekend, berekend op het moment van het einde van de wachttijd (september 2019). Daarbij overwoog de kantonrechter dat toewijzing van het verzoek (om transitievergoeding 2020) zou impliceren dat een werknemer de onderhandelingen bewust kan frustreren om te bewerkstelligen dat de transitievergoeding over een langere termijn wordt berekend.^[37]

Ook de Kantonrechter Amsterdam oordeelde dat niet een vergoeding verschuldigd was ter hoogte van de transitievergoeding na opzegging in 2020, maar een vergoeding ter hoogte van de (lagere) transitievergoeding einde wachttijd (2018).^[38] In deze zaak achtte de kantonrechter het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de werknemer door de gekozen beëindigingsroute aanspraak zou kunnen maken op een hogere vergoeding, zeker nu ter zitting ook geen (andere) reden was gegeven voor de wijze waarop deze zaak was ingestoken. De werkgever werd veroordeeld om de arbeidsovereenkomst op te zeggen^[39] en daarbij aan de werknemer een transitievergoeding te betalen berekend op een bedrag verschuldigd 'per einde wachttijd'.

In een aan het Hof Arnhem-Leeuwarden voorgelegde zaak stelde de werknemer zich op het standpunt dat een eerdere beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden op verzoek van de werknemer was gestrand op een aan de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst door de werkgever verbonden voorwaarde van finale kwijting. Zij beriep zich daarbij op artikel 7:611 BW en stelde onder verwijzing naar een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam (die hierna nog aan de orde komt) dat het koppelen van de voorwaarde van finale kwijting aan de beëindiging met wederzijds goedvinden en betaling van de transitievergoeding in strijd is met het goed werkgeverschap. Het hof overweegt dat niet de kwijtingsvoorwaarde van de werkgever de afwikkeling op basis van de *Xella*-beschikking blokkeerde, maar de wens van de werknemer om de mogelijkheid open te houden om een billijke vergoeding te vorderen via de weg van artikel 7:671c BW (na beëindiging met wederzijds goedvinden bestond daarvoor immers geen grondslag meer). Die opstelling werd voor risico van de werknemer gelaten. Van handelen in strijd met artikel 7:611 BW was dan ook geen sprake en de vordering tot betaling van een (billijke) vergoeding gelijk aan de transitievergoeding op grond van artikel 7:611 BW was volgens het hof dan ook terecht afgewezen in eerste aanleg.^[40]

4.2 Vertraging voor rekening werkgever: toewijzing verzoek werknemer met Xella-vergoeding

De Kantonrechter Middelburg oordeelde recent dat de werkgever het over zichzelf heeft afgeroepen dat de arbeidsovereenkomst niet met wederzijds goedvinden is beëindigd. Het voorstel van de werknemer van 19 april 2019 tot beëindiging met toekenning van een vergoeding van € 53.520 bruto heeft hij niet aanvaard, maar door het stellen van een voorwaarde verworpen. De voorwaarde kwam erop neer dat indien het UWV een lagere dan de verzochte transitievergoeding zou compenseren, de werknemer het verschil moest terugbetalen op straffe van een forse boete. De werknemer hoefde die voorwaarden naar het oordeel van de kantonrechter niet te aanvaarden. Uiteindelijk zag de werkgever weliswaar af van deze voorwaarde, maar stelde hij zich tegelijkertijd op het standpunt dat de transitievergoeding niet meer dan € 47.817 bruto bedroeg. De kantonrechter hield als

peildatum voor de transitievergoeding vervolgens 31 juli 2020 aan, resulterend in een bedrag van € 74.894 bruto. De onverkorte toepassing van artikel 7:673 achtte de kantonrechter niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.^[41]

De Arnhemse kantonrechter oordeelde in een door de werknemer aanhangig gemaakte procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst dat de werkgever ernstig verwijtbaar had gehandeld en kende de door de werknemer gevraagde transitievergoeding toe. Het 'geheel overziend' was sprake van een situatie waarin het de werknemer tot het laatst toe moeilijk, zo niet onmogelijk, is gemaakt om tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden te komen. Over de aan de werknemer voorgelegde vaststellingsovereenkomst merkt de kantonrechter op dat werkgevers aan de 'Xella-beëindiging' in het algemeen geen nadere voorwaarden mogen verbinden, zoals de werkgever in dit geval wel had gedaan. De werkgever had een geheimhoudingsclausule met boetebeding bedongen en verlangde dat de echtgenote van werknemer mee zou tekenen. Door het stellen van dergelijke voorwaarden wordt, naar het oordeel van deze kantonrechter, niet voldaan aan de invulling die de Hoge Raad aan de norm van goed werkgeverschap voor gevallen als deze (de Xella-norm) heeft gegeven.^[42]

De Kantonrechter Rotterdam oordeelde op 24 december 2019 dat het stellen van de voorwaarde van finale kwijting in de weg had gestaan aan de Xella-beëindiging en achtte dat in strijd met het goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW. De kantonrechter wees het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van de werknemer toe en veroordeelde de werkgever tot betaling van een vergoeding ter hoogte van de maximale transitievergoeding (beschouwd als een met het einde van de arbeidsovereenkomst verband houdende nevenvordering als bedoeld in artikel 7:686a lid 3 BW). De gevraagde billijke vergoeding werd afgewezen.^[43]

4.3 Vertraging voor rekening werkgever en werknemer: ieder 50%

De Kantonrechter Haarlem, tot slot, oordeelde dat de onderhandelingen vanaf 24 december 2019 waren spaakgelopen wegens een eerst op die datum namens de werknemer ter sprake gebrachte (vermeende) aanspraak op een jubileumuitkering, terwijl de werkgever in de eerste periode van onderhandelingen (tot 24 december 2019) in strijd heeft gehandeld met artikel 7:611 BW door aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst de voorwaarde te verbinden dat partijen elkaar finale kwijting verlenen. De arbeidsovereenkomst is inmiddels opgezegd per 31 juli 2020 en de werkgever heeft aan de werknemer de per die datum berekende transitievergoeding betaald. Omdat beide partijen is aan te rekenen dat niet al in december 2019 tot een beëindiging met wederzijds goedvinden is gekomen, wordt de werkgever veroordeeld om 50% van het verschil tussen de (hogere) transitievergoeding 2019 en de

betaalde transitievergoeding 2020 aan de werknemer te betalen.^[44]

5 Slotsom

Wij hebben ernaar gestreefd een zo volledig mogelijk overzicht te geven van de vragen die het afgelopen jaar zijn gerezen rondom slapende dienstverbanden. Dat alle wakker geworden slapers als gevolg van de *Xella*-beschikking in een gespreid bedje terecht zijn gekomen, is daarbij niet gebleken.

Rotterdam, 22 december 2020

Mr. C.J. (Jacqueline) Herman de Groot is als Professional Support Lawyer verbonden aan Employment Law Support (E.L.S.) te Den Haag

Mr. P.L.M. (Pieter) Schneider is als jurist verbonden aan AKD N.V. te Rotterdam

[1] HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (*Xella*).

[2] Door Houweling aangeduid als de Doornroosje-verplichting (het beëindigen van de slaaptoestand met een riante kus (de (transitie)vergoeding), zie A.R. Houweling, 'En ze leefden nog lang en gelukkig...', AR Updates Commentaar 2019/1182, onder 2.7.3.

[3] HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (*Xella*), r.o. 2.7.3.

[4] Let op: uit art. 10 lid 2 van de Ontslagregeling volgt dat de herplaatsingstermijn voor werknemers met een zogeheten arbeidshandicap niet – zoals gebruikelijk – gelijk is aan de opzegtermijn, maar daarentegen 26 weken bedraagt. Uit art. 10 lid 3 onder b van de Ontslagregeling volgt vervolgens dat onder meer werknemers met een WIA-uitkering 'arbeidsgehandicapt' zijn als bedoeld in art. 10 lid 2 Ontslagregeling.

[5] Hof Arnhem-Leeuwarden (zp. Leeuwarden) 10 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9239 (Autobedrijf Roelfsema), r.o. 4.9.

[6] Ktr. Rotterdam 24 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3997 (*Renewi*), r.o. 5.5.1.

[7] Vgl. HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283, JAR 2020/73 m.nt. M. van Eck & M. van Ruijsenaars (*Victoria*).

[8] De werknemer baseert deze stelling op de uitspraak van het Europese Hof van Justitie inzake Max Planck (waaruit blijkt dat op de werkgever een inspanningsplicht rust om de werknemer in staat te stellen om vakantie op te nemen om verval van aanspraken te

voorkomen, HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:874, JAR 2018/318, m.nt. H.J. Funke (Max Planck Gesellschaft).

[9] Vanwege die gewijzigde systematiek kan de werknemer zijn aanspraak op een substantieel hogere transitievergoeding verliezen. Hoewel dit – ook volgens de kantonrechter – ‘zuur’ is, kan een werknemer dat niet aan de werkgever tegenwerpen. Een dergelijk verlies, aldus de kantonrechter, is immers het gevolg van een wettelijke systeemwijziging waaraan de werkgever part noch deel heeft gehad.

[10] Ktr. Arnhem 4 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5890, r.o. 4.5.

[11] Aan die conclusie droeg overigens nog bij dat deze werkgever ten tijde van het verzoek van de slaper om een eindafrekening op de hoogte moet zijn geweest van het bestaan van de CRT. In diezelfde periode was hij namelijk met een collega-slaper (wél) tot afspraken gekomen over een beëindiging van diens slapende dienstverband onder toekenning van een (bij het UWV te declareren) transitievergoeding. Zie Ktr. Arnhem 4 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5890, r.o. 4.7.

[12] HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (Xella), r.o. 2.1.

[13] Vgl. Hof Leeuwarden 10 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9239 (Autobedrijf Roelfsema), r.o. 4.7 en Ktr. Haarlem 2 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2440, r.o. 5.6 met Ktr. Enschede 3 november 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:3768 (St. ROC Twente).

[14] Ktr. Alkmaar 14 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5545 (De Jongh Uitvaartverzorging), r.o. 4.9 en 4.10.

[15] Ktr. Arnhem 20 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2513 (European Metal Recycling).

[16] Ktr. Nijmegen 28 augustus 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:4402, JAR 2020/240, m.nt. P. Hufman, TRA 2020/82, m.nt. C.J. Frikkee (Radboud UMC), r.o. 2.4.

[17] Ktr. Zwolle 24 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:239 (Distributie Transport Zwolle), r.o. 4.8.

[18] Ktr. Zwolle 24 maart 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1282 (Trivium Packaging).

[19] Vgl. Ktr. Amsterdam 28 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5427 (Krämer Bouw) met Ktr. Amsterdam 19 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:997 en Ktr. Utrecht 19 februari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:563 (Arbo Unie B.V.).

[20] Zie Hoge Raad in HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (Xella), r.o. 2.7.4: ‘De Wet

compensatie transitievergoeding treedt in werking op 1 april 2020. Een aanspraak op compensatie is mogelijk voor arbeidsovereenkomsten op of na 1 juli 2015 zijn geëindigd’.

[21] Ktr. Amsterdam 28 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5427 (Krämer Bouw), r.o. 20 en 21.

[22] Ktr. Leeuwarden 21 februari 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:912 (Pax Bouw- en Industrieservice).

[23] Hof Leeuwarden 26 oktober 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8645 (Pax Bouw- en Industrieservice), r.o. 6.17.

[24] Ktr. Alkmaar 23 december 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:10491.

[25] Ktr. Arnhem 2 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6531.

[26] Onduidelijk daarbij was, volgens de kantonrechter, of de in de destijds op rijksoverheid.nl gepubliceerde voorlichting waarin ‘klip en klaar’ stond dat geen compensatie mogelijk is wanneer het einde van de wachttijd voor 1 juli 2015 ligt, ‘echt de wil van de wetgever is’ of dat ‘een ijverige rijksambtenaar gemeend heeft dat deze voorlichting correct is’. De kantonrechter stelde de partijen in de gelegenheid zich nader uit te laten over de gesignaleerde onzekerheden, waarbij hij de suggestie deed de transitievergoeding op een geblokkeerde bankrekening te storten en de uitkomsten van een verzoek om compensatie af te wachten.

[27] HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (Xella), r.o. 2.7.3.

[28] Ktr. Roermond 26 augustus 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:6374.

[29] Ktr. Haarlem 3 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2440.

[30] Hof Den Haag 4 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:146 (Marine Service Zuid West).

[31] Ktr. Amsterdam 28 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1757 (Technische Unie).

[32] Over de vraag of een werknemer die tijdens de looptijd van zijn slapende dienstverband geen beëindigingsvoorstel heeft gedaan na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd nog recht heeft op een Xella-vergoeding is, voor zover ons bekend, (nog?) geen rechtspraak verschenen.

[33] Vgl. Hof Den Bosch 9 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:31, JAR 2020/32, m.nt. J. Dop met Hof Den Haag 4 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2421 (Marine Service Zuid West) en Ktr. Arnhem 4 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5890.

[34] Hof Den Haag 4 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2421 (Marine Service Zuid West), r.o. 3.16.

[35] Ktr. Arnhem 4 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5890, r.o. 4.8.

[36] Zie HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1286 (Nayak Aircraft Service Netherlands). Bij onregelmatige opzegging door de werkgever moet het recht op en de hoogte van de wettelijke transitievergoeding worden bepaald aan de hand van het tijdstip waarop die arbeidsovereenkomst zou zijn geëindigd als de werkgever deze regelmatig zou hebben opgezegd. (r.o. 3.3.9.).

[37] Ktr. Den Haag 12 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10305.

[38] Ktr. Amsterdam 17 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1765.

[39] Daarbij werd, gezien art. 7:671a lid 1 BW, verondersteld dat de werknemer 'door indiening van dit verzoekschrift' met de opzegging instemt.

[40] Hof Arnhem-Leeuwarden 14 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7182.

[41] Ktr. Middelburg 8 december 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:6127.

[42] Ktr. Arnhem 12 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1717

[43] Ktr. Rotterdam 24 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10266.

[44] Ktr. Haarlem 14 oktober 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:8628.