

# De zieke werknemer en de transitievergoeding

*ArbeidsRecht* 2017/5

Als gevolg van het feit dat veel werkgevers, na de loondoorbetalingsverplichting van twee jaar en alle met de re-integratie van de zieke werknemer samenhangende kosten en inspanningen, het ook nog moeten betalen van de transitievergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst als onrechtvaardig ervaren, wordt sinds de inwerkingtreding van de Wwz het dienstverband van deze werknemers (ondanks het vervallen van het ontslagverbod) na ommekomst van de 'poortwachter-periode' veelal 'slapend' gehouden. In een poging toch een transitievergoeding te bemachtigen hebben werknemers hun geluk beproefd bij de rechter met een ontbindingsverzoek en een (neven)verzoek tot toekenning van de transitievergoeding. In dit artikel volgt een overzicht van relevante jurisprudentie over dit onderwerp en de kans van slagen van verschillende aangevoerde gronden. Ook het beroep van werkgevers op ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van de werknemer ter afwenteling van de wettelijke betalingsverplichting van de transitievergoeding wordt belicht.

## 1. Wet en wetsgeschiedenis

Sinds 1 juli 2015 heeft iedere werknemer die twee jaar of langer bij dezelfde werkgever, althans bij de rechtsopvolger daarvan, in dienst is geweest ingevolge art. 7:673 BW in beginsel recht op een wettelijke forfaitaire ontslagvergoeding. De transitievergoeding is steeds verschuldigd als de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever wordt opgezegd, ontbonden of niet wordt voortgezet (bij een einde van rechtswege) tenzij de werkgever kan aantonen dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer.

Een werkgever is de transitievergoeding ook verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst na twee jaar ziekte met toestemming van het UWV wordt opgezegd. Eerst tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Wet werk en zekerheid in de Eerste Kamer, is naar aanleiding van vragen van de VAAN met zoveel woorden aandacht besteed aan de verschuldigdheid van de transitievergoeding bij ontslag na twee jaar ziekte. De vraagstelling was beperkt tot de situatie waarin een werknemer na twee jaar (volledig) arbeidsongeschikt te zijn geweest een IVA-uitkering ontvangt en derhalve (min of meer) vaststaat dat de betreffende werknemer niet meer in staat is arbeid te verrichten. Het antwoord van de regering<sup>2</sup> is niet voor tweeërlei uitleg vatbaar en luidt als volgt:

"Gelet op het doel van de transitievergoeding, dat tweeledig is (compensatie voor ontslag en bevordering van transitie van-werk-naar-werk) bestaat er geen rechtvaardiging om onderscheid te maken tussen arbeidsongeschikte werknemers (met een IVA-uitkering) en andere werknemers."

In reactie op vragen van de VAAN heeft de regering dit standpunt nogmaals herhaald. Vermeldenswaardig is tot slot dat de regering met zoveel woorden opmerkt 'dat de mogelijkheid tot het optreden van verbetering van de arbeidsongeschiktheidssituatie van een IVA-uitkeringsgerechtigde niet geheel uitgesloten is'.<sup>3</sup>

## 2. Slapend dienstverband, welke werknemers?

Een slapend dienstverband is voor werkgevers vooral aantrekkelijk bij duurzaam en volledig arbeidsongeschikte werknemers met een IVA-uitkering en, indien herstel op korte termijn niet te verwachten is, bij volledig maar niet duurzaam arbeidsongeschikte werknemers met een WGA-uitkering op basis van 80-100%. Het slapend houden van de arbeidsovereenkomst van werknemers met een WGA-uitkering met lager arbeidsongeschiktheidspercentage (35-80%) dan wel werknemers die volledig maar niet duurzaam arbeidsongeschikt zijn bevonden (80-100%), behelst immers het mogelijke risico dat de betreffende werknemer zich op enig moment (al dan niet na een herbeoordeling door het UWV) weer beschikbaar stelt voor het verrichten van passend werk bij de werkgever. De werkgever zal de werknemer in dat geval (passend) werk moeten aanbieden, tenzij hij gemotiveerd kan onderbouwen dat dergelijk werk niet (meer) beschikbaar is. Het risico van een 'herleven' van het dienstverband werd door de Kantonrechter Rotterdam met zoveel woorden benoemd<sup>4</sup> in een situatie waarin weliswaar geen sprake was van arbeidsongeschiktheid voor de WIA maar wel sprake was van volledig en duurzame arbeidsongeschiktheid voor de functie van schoonmaakster bij werkgever. Indien het risico van een 'herleven' van het dienstverband aanwezig is doordat de werknemer aanspraak kan maken op passend werk dat bij de werkgever beschikbaar is (bijvoorbeeld na gedeeltelijk herstel of omdat er alsnog een vacature is ontstaan voor dergelijk werk), lijkt de route van het 'slapend dienstverband' minder opportuun en ligt de keuze van een werkgever voor een beëindiging van de arbeidsovereenkomst (en betaling van de transitievergoeding) om die reden dan ook meer voor de hand.

<sup>1</sup> Mevrouw mr. C.S. Kehrer-Bot is advocaat te Rotterdam en redactielid van het Tijdschrift voor Arbeidsrecht.

<sup>2</sup> Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 96.

<sup>3</sup> Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 96.

<sup>4</sup> Ktr. Rotterdam 6 november 2015, AR 2015/1181.

### 3. Geen ontslagplicht/recht op vrije arbeidskeuze

Dat een werkgever niet tot opzegging kan worden gedwongen en de werkgever daarvan om hem moverende redenen (zoals het niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding) kan afzien wordt met zoveel woorden onderschreven door de Kantonrechter Rotterdam<sup>5</sup>. De kantonrechter sluit af met de suggestie aan werkneemster een ontbindingsverzoek in te dienen en daarbij met een beroep op 'slecht werkgeverschap' een billijke vergoeding te vragen. Dat deze weg vrij vruchteloos is, blijkt wel uit hierna te bespreken jurisprudentie. De Kantonrechter Breda<sup>6</sup> overweegt dat 'in Nederland geen ontslagplicht geldt'. Het in stand laten van de arbeidsovereenkomst na twee jaar ziekte is 'weliswaar onfatsoenlijk', maar leidt niet tot de conclusie dat werkgever misbruik maakt van recht of in strijd met het goed werkgeverschap handelt.

Gelet op het (grond)recht van arbeidskeuze wordt daarentegen een verzoek van een werknemer tot ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst steeds gehonoreerd<sup>7</sup>. Daarbij spelen de bijzondere opzegverboden geen rol. Opvallende uitzondering is de (niet gepubliceerde) uitspraak van de Kantonrechter Den Haag<sup>8</sup>, die een werknemersverzoek afwijst met de volgende overweging: 'de enkele uitspraak van de minister (...) dat de werkgever onfatsoenlijk handelt indien de voortzetting louter is ingegeven om betaling van de transitievergoeding te vermijden' betekent niet dat sprake is 'van een toerekenbare tekortkoming, althans handelen in strijd met goed werkgeverschap'. In de belangenafweging neemt de kantonrechter mee dat 'verzoekster een uitkering voor gedeeltelijk arbeidsongeschikten krijgt, terwijl verweerster de verplichtingen behoudt die aan een arbeidsovereenkomst zijn verbonden. Het enkel niet ontvangen door verzoekster van een schadevergoeding ter hoogte van de transitievergoeding betekent niet dat die afweging in haar voordeel dient door te slaan'. Nog daargelaten dat deze afweging opmerkelijk is, kan die in ieder geval niet leiden tot een afwijzing van het werknemersverzoek. In hoger beroep werd het verzoek van de werknemer alsnog gehonoreerd.<sup>9</sup>

### 4. Ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever

De transitievergoeding is ook verschuldigd als de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werknemer wordt opgezegd, ontbonden of niet wordt voortgezet als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Daarvan zal niet snel sprake zijn maar zal zich bijvoorbeeld kunnen voordoen indien de werkgever grovelijk

de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst, waaronder de op hem rustende re-integratieverplichtingen uit hoofde van de Wet verbetering poortwachter.

Het beroep van een werknemer op 'ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever' uitsluitend vanwege het in stand houden van een dienstverband na twee jaar ziekte is tot dusverre niet gehonoreerd. Zo werd het verzoek van een langdurig zieke werknemer met een dienstverband van 28 jaar tot betaling van de transitievergoeding en een billijke vergoeding door de Kantonrechter Roermond<sup>10</sup> afgewezen<sup>11</sup>. Hoewel hij begrip heeft voor de persoonlijke situatie van werknemer, dient 'aan de hand van objectieve feiten' te worden beoordeeld of de door de werknemer gestelde verwijten zodanig zijn dat daaraan de conclusie verbonden dient te worden dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Dat is niet het geval.<sup>12</sup> De kantonrechter overweegt in dit kader dat voor het aannemen van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever 'de spreekwoordelijke lat hoog ligt'. In de eerder aangehaalde uitspraak van de Kantonrechter Almere<sup>13</sup> onderbouwde de werkneemster haar beroep op ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever door te stellen dat de werkgever (1) verzuimd had zorg te dragen voor goede arbeidsomstandigheden; (2) haar re-integratieverplichtingen grovelijk had veronachtzaamd<sup>14</sup> (hetgeen volgens de werknemer onder meer haar bevestiging vond in de door het UWV opgelegde loonsanctie); en (3) weigerde de arbeidsovereenkomst op te zeggen. De kantonrechter oordeelt dat geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid. De kantonrechter overweegt vervolgens dat de wetgever 'bij de totstandkoming van de WWZ bij de toekenning van de transitievergoeding geen onderscheid heeft gemaakt tussen arbeidsgeschikte en arbeidsongeschikte werknemers (...). Vanuit werkgeversperspectief wordt dat (veelal) niet als billijk ervaren vanwege het feit dat de werkgever veel kosten en inspanningen heeft moeten getroosten om de werknemer te herplaatsen gedurende minimaal twee jaar bij een arbeidsongeschikte werknemer. Daar staat tegenover dat de ratio van een transitievergoeding er niet alleen in is gelegen om de transitie naar een andere baan makkelijker te maken maar ook om een forfaitaire vergoeding te geven voor het verlies van de baan als zodanig. Dit argument gaat bij een verlies van de baan na twee jaar ziekte eveneens op'.

In een procedure voor de Kantonrechter Haarlem<sup>15</sup> deed de werkgever op inventieve wijze een beroep op dit tweeledige doel van de transitievergoeding door te stellen dat zij de transitiecomponent van de transitievergoeding niet hoefde te betalen omdat de werknemer niet actief op zoek is naar ander werk en zelf heeft aangegeven ook niet voornemens

5 Ktr. Rotterdam 6 november 2015, AR 2015/1181.

6 Ktr. Breda 22 december 2015, AR 2015/1302.

7 Zie bijvoorbeeld Ktr. Almere 2 december 2015, ECLI:RBMNE:2015:8495 (werkneemster/Stichting Leger des Heils), Ktr. Breda 11 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1637.

8 Ktr. Den Haag 4 april 2016, nr. 4735568/16-50011.

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

10 Ktr. Roermond 1 augustus 2016, ECLI:NL:2016:6805.

11 Zie in dit kader ook Ktr. Maastricht 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:7608 waarbij het om een werknemersverzoek ging die 40 jaar in dienst was van Akzo Nobel Nederland B.V.

12 Zie ook bijvoorbeeld Ktr. Breda 11 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1637.

13 Ktr. Almere 2 december 2015, ECLI:RBMNE:2015:8495 (werkneemster/Stichting Leger des Heils).

14 Zie voor een beroep op het niet serieus oppakken van de re-integratieverplichtingen ook Ktr. Roermond 23 mei 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:4343.

15 Ktr. Haarlem 20 juni 2016, ECLI:RBNHO:2016:4704.

te zijn om dit te gaan doen. De kantonrechter wijst dit weer af omdat *'de wet voor een dergelijke zienswijze geen aanknopingspunt biedt'*.

Zowel Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>16</sup> als Hof Den Haag<sup>17</sup> bevestigen dat het niet willen betalen van de transitievergoeding als reden om de arbeidsovereenkomst niet te beëindigen geen ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de kant van werkgever oplevert. Een verplichting voor werkgever om werknemer zo snel mogelijk te ontslaan na ommekomst van de loondoorbetalingstermijn bestaat immers niet.

In beide zaken deed de werknemer onder meer een beroep op wanprestatie ex artikel 7:686 BW, waaraan opmerkelijk genoeg weinig overwegingen worden gewijd. Hof Den Haag gaat niet mee in de stelling van de werknemer dat de handelwijze van de werkgever van *'slecht werkgeverschap getuigt in de zin van art 7:611 BW (hetgeen moet worden gezien als een beroep op wanprestatie) en van misbruik van bevoegdheid'*. De handelwijze van de werkgever is niet ongeoorloofd en van wanprestatie op grond van art. 7:611 BW en/of misbruik van bevoegdheid is dan ook geen sprake.

Een van de weinige uitspraken waarin wel tot *'ernstige verwijtbaarheid'* aan de zijde van werkgever werd gekomen betreft de uitspraak van de kantonrechter Leeuwarden<sup>18</sup>. Dit ernstig verwijtbaar handelen (of nalaten) zag echter niet op het in stand houden van een slapend dienstverband, maar op het gedurende een aanzienlijk aantal maanden niet betalen van loon. Dit werd als ernstig verwijtbaar nalatig bestempeld en leidde tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer en toekenning van de transitievergoeding. De omstandigheid dat werkgever de (oudere) werknemer vanuit een arbeidsongeschiktheidssituatie had aangenomen, terwijl ook voor een goedkopere jongere had kunnen worden gekozen, vormde voldoende aanleiding de daarnaast gevorderde billijke vergoeding af te wijzen.

Bijzondere omstandigheden werden door Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>19</sup> ook aanwezig geacht bij een werkgever die een zieke mentaal kwetsbare werkneemster tijdens haar ziekte blijft lastigvallen met voorstellen tot beëindiging van de arbeidsverhouding en het de re-integratieverplichtingen ernstig veronachtzaamde. Daarmee was volgens het hof voldaan aan de criteria voor toekenning van een billijke vergoeding ad € 15.000,-. Ten aanzien van de hoogte van de billijke vergoeding overweegt het hof dat deze een zodanig substantieel bedrag dient te beslaan dat daarmee een dergelijk handelen in de toekomst wordt voorkomen en de vergoeding in dat verband een zeker afschrikwekkend en punitief karakter moet hebben. Bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding wordt geen rekening gehouden met de duur van het dienstverband nu deze al is verdisconteerd in de transitievergoeding.

## 5. Ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer

Het niet meewerken aan re-integratie door werknemer werd door een aantal kantonrechters wél als ernstig verwijtbaar gekwalificeerd. Zo achtte de Kantonrechter Alkmaar<sup>20</sup> het negeren van twee waarschuwingen, het ondanks de andersluidende bevindingen van de bedrijfsarts, arbeidsdeskundige en de deskundigen van het UWV weigeren om te re-integreren en het nalaten contact te zoeken met de werkgever ernstig verwijtbaar. Het bij herhaling niet verschijnen op het spreekuur, weigeren een zogenaamde *'Machtiging Medische Informatie'* af te geven aan de bedrijfsarts en het niet meewerken aan re-integratie werd ook door de Kantonrechter Utrecht<sup>21</sup> voldoende bevonden om de transitievergoeding te weigeren.

De Kantonrechter Utrecht was in april van dit jaar milder en oordeelde dat weliswaar sprake was van verwijtbaar handelen bij een weigering om sterk aangepaste werkzaamheden te verrichten, maar geen sprake was van ernstig verwijtbaar handelen, omdat de werkneemster voldoende aannemelijk had gemaakt van goede wil te zijn en wel te willen werken als zij zich hiertoe in staat zou voelen<sup>22</sup>.

Tot slot werd een beroep van werkgever op ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer wegens het zonder toestemming van werkgever en bedrijfsarts op vakantie gaan en het onvoldoende meewerken aan de re-integratie (slechte bereikbaarheid, niet verschijnen op afspraken) door het Hof Amsterdam<sup>23</sup> afgewezen:

“werknemer heeft onmiskenbaar door zijn handelen het vertrouwen van werkgever in een normaal verloop van zijn re-integratieproces geschonden. In die zin is de ontbinding ook aan hem te wijten. Anderzijds laat het hof bij zijn oordeel meewegen dat de arbeidsongeschiktheid van werknemer een belangrijke psychische component heeft, waarbij niet valt uit te sluiten dat dit aspect mede van invloed is geweest op zijn gedragingen. Maar ook indien dit niet het geval is geweest (...) dan nog dient in beschouwing te worden betrokken dat niet elk verwijtbaar handelen als ook ernstig verwijtbaar kan worden aangemerkt. Daartoe dienen bijzondere omstandigheden worden gesteld die een dergelijke kwalificatie rechtvaardigen.”

## 6. Is er sprake van opzegging?

Interessant is een aantal uitspraken waarin de vraag aan de orde was of wel sprake was van een opzegging. Doordat de werkgever in geval van opzegging na twee jaar ziekte de transitievergoeding verschuldigd is, is het antwoord op die vraag veel belangrijker geworden dan onder oude situatie (waarin in kennelijk onredelijk ontslagprocedures het uit-

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

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

18 Ktr. Leeuwarden 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:756.

19 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6882.

20 Ktr. Alkmaar 28 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:8197.

21 Ktr. Utrecht 6 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1748; zie ook Ktr. Zaanstad 26 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10552.

22 Ktr. Utrecht 13 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2115.

23 Hof Amsterdam 26 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3088.

gangspunt was dat na twee jaar ziekte geen ontslagvergoeding verschuldigd was).<sup>24</sup>

Een werknemer die na twee jaar ziekte recht heeft op een IVA-uitkering ontvangt van zijn werkgever een salarisstrook waarop een einddatum is vermeld en een eindafrekening waarin de vakantiedagen en het vakantiegeld worden uitbetaald. De salarisadministrateur bevestigt telefonisch dat het dienstverband is geëindigd. De Kantonrechter Almelo<sup>25</sup> acht de eindafrekening (waaronder een afrekening ter zake van opgebouwde maar niet genoten vakantiedagen, hetgeen op grond van artikel 7:641 BW in principe alleen mogelijk is bij het einde van de arbeidsovereenkomst) en de vermelding van een einddatum door werkgever onvoldoende voor het aannemen van een opzegging door werkgever. Ook het verzoek tot betaling van de transitievergoeding op grond van de 'redelijkheid en billijkheid' (voor het geval niet zou zijn opgezegd) wordt afgewezen. De werkgever handelt onder de gegeven omstandigheden niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid door het dienstverband met de werknemer (nog) niet op te zeggen. Aardig in dit verband is dat de werkgever zich tijdens de procedure (anders dan werknemer) op het standpunt heeft gesteld dat terugkeer van werknemer niet was uitgesloten en het binnen het concern gebruikelijk was werknemers in ieder geval gedurende de zogenaamde 26 weken termijn nog in dienst te houden. In hoger beroep wordt de uitspraak van de kantonrechter door Hof Arnhem-Leeuwarden bevestigd.<sup>26</sup>

Een brief waarin de werkgever bevestigt dat de periode van verplichte loondoorbetaling is geëindigd in verband met het ontvangen van een WIA uitkering als gevolg waarvan het dienstverband eindigt, kwalificeert de kantonrechter Amsterdam<sup>27</sup> wél als een opzegging en kent de werknemer om die reden een transitievergoeding toe.

## 7. Transitievergoeding bij herplaatsing in passende functie?

De kantonrechter Rotterdam<sup>28</sup> oordeelt in geval van herplaatsing van een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer in een passende functie bij de eigen werkgever dat een door de werkgever verleende 'akte van ontslag' en gelijktijdige 'akte van benoeming' niet als opzegging kwalificeert, nu deze op grond van in het bijzonder onderwijs gebruikelijke vorm en terminologie in feite slechts een bevestiging inhoudt van een functiewijziging en herplaatsing. Er was geen sprake van een beëindiging en het opnieuw aangaan van de arbeidsovereenkomst en werknemer kon dientengevolge geen aanspraak maken op een transitievergoeding. Er was in feite sprake van een doorlopende arbeidsovereenkomst, zij het op basis van andere arbeidsvoorwaarden. In hoger beroep bevestigt het Hof Den Haag<sup>29</sup> de uitspraak van de kantonrechter:

"uit de feitelijke situatie blijkt niet dat partijen met de akte van ontslag en de akte van benoeming een ander doel hadden dan herplaatsing bij de eigen werkgever in de voor haar passend bevonden functie van onderwijssistent (...)."

Van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:673 lid 1 BW is naar het oordeel van het hof dan ook geen sprake. Ten overvloede overweegt het hof dat de stelling van werknemer dat zij inkomsten derft als gevolg van het ontslag (in welk verband werknemer erop heeft gewezen dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat compensatie van inkomensgevolgen van het ontslag een van de doelstellingen van de transitievergoeding is) niet juist is. De inkomensachteruitgang is het gevolg van de omstandigheid dat de werknemer niet langer in staat is haar oude werk te verrichten. Niet gesteld of gebleken is dat indien zij niet herplaatst had kunnen worden en het dienstverband 'slapend' had voortgeduurd er op werkgever na ommekomst van twee ziektejaren een loondoorbetalingsverplichting had gerust. In dat geval zou evenzeer sprake zijn van inkomensderving.

## 8. Hoogte transitievergoeding

De wijze waarop de transitievergoeding berekend dient te worden was onderwerp van geschil in de procedure voor de Kantonrechter Arnhem<sup>30</sup>. De werkgever hanteerde het loon waarop de werknemer aanspraak kon maken ten tijde van het eindigen van de arbeidsovereenkomst als uitgangspunt en niet wat werknemer zou hebben verdiend als hij niet arbeidsongeschikt zou zijn geweest. In verband met de reeds geëindigde loondoorbetalingsverplichting na twee jaar ziekte was dat loon 'nul', aldus de werkgever, en de transitievergoeding dientengevolge ook op een bedrag van nul uitkwam. Het loonbegrip van artikel 7:673 lid 2 is uitgewerkt in het Besluit loonbegrip<sup>31</sup>. De vraag die de kantonrechter diende te beantwoorden was of het loon in de zin van het Besluit loonbegrip gelijk is aan het tussen partijen overeengekomen bruto uurloon of dat tevens vereist is dat er op dat moment ook *recht bestaat* op uitbetaling daarvan. De kantonrechter overweegt dat uit de tekst van het artikel niet volgt dat het moet gaan om opeisbaar loon en voorts dat een dergelijke interpretatie niet met de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:673 BW zou stroken. M.i. had de kantonrechter eenvoudigweg kunnen volstaan met een verwijzing naar de tekst van en de toelichting op artikel 2 Besluit loonbegrip.

## 9. Besluit overgangsrecht transitievergoeding ('Besluit')

In een aantal zaken werd de vraag voorgelegd of arbeidsongeschiktheidsuitkeringen uit hoofde van in het onderwijs bestaande regelingen en voorzieningen kwalificeren als een tussen werkgever of vereniging van werkgevers gemaakte

24 HR 15 februari 2008, BC2206 (Wüstlich/Chromalloy)

25 Ktr. Almelo 3 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5826.

26 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4742.

27 Ktr. Amsterdam 6 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5741.

28 Ktr. Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2465.

29 Hof Den Haag 6 september 2016, nr. 4566251.

30 Rb. Gelderland, zittingsplaats Arnhem, 28 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3511.

31 Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding, Stb. 2014,538.

afspraken als bedoeld in artikel XXII lid 7 Wwz en het daarop gebaseerde Besluit, als gevolg waarvan de transitievergoeding niet verschuldigd zou zijn. Blijkens de toelichting op deze regeling is het de bedoeling van de regering om dubbele betalingen door de werkgever te voorkomen. Uit de uitspraken volgt dat dit beroep uitsluitend slaagt indien de betreffende regeling of voorziening daadwerkelijk een uitkering betreft die ziet op werkloosheid.

De aanspraak op de bovenwettelijke WW-uitkering uit hoofde van de zogenaamde WOVO (Werkloosheidsuitkering Onderwijspersoneel Voortgezet Onderwijs) regeling valt onder de in artikel 2 Besluit genoemde voorzieningen, aldus de Kantonrechter Zwolle.<sup>32</sup> In hoger beroep<sup>33</sup> stelde de werknemer zich op het standpunt dat hij niet in aanmerking kwam voor een uitkering op grond van de WOVO maar vanwege zijn ziekmelding recht had op een uitkering krachtens de Ziekte- en arbeidsongeschiktheidsregeling voortgezet onderwijs (ZAVO). Omdat de ZAVO uitkering een regeling betreft wegens arbeidsongeschiktheid en ziekte kan deze niet worden aangemerkt als een uitkering in de zin van artikel XXII lid 7 Wwz en het daaruit voortvloeiende Besluit en werd het beroep daarop van de werkgever alsnog door het hof afgewezen en had de werknemer toch recht op de transitievergoeding. De Kantonrechter Den Haag<sup>34</sup> is van oordeel dat de zogenaamde AAOP-uitkering (ABP arbeidsongeschiktheids-pensioen) aangemerkt moet worden als een individuele aanspraak op arbeidsongeschiktheidspensioen die niet voortvloeit uit een door werkgever of vereniging van werkgevers en de werknemer of vereniging van werknemers gemaakte afspraak en die geen verband houdt met een eventueel einde van de arbeidsovereenkomst. De AAOP is daarom geen voorziening wegens de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de zin van het Besluit. In een eerdere uitspraak in een vergelijkbare casus oordeelde de Kantonrechter Den Haag<sup>35</sup> in gelijke zin. In hoger beroep overwoog het Hof Den Haag<sup>36</sup> met zoveel woorden dat de AAOP-regeling een regeling is wegens arbeidsongeschiktheid en ziekte, die voortvloeit uit deelname van de werknemer aan de pensioenregeling van het ABP en niet kan worden aangemerkt als een regeling wegens beëindiging van het dienstverband in de zin van het Besluit. Ook de zogenaamde IPAP-uitkering (Invaliditeitspensioen Aanvullingsplan) valt niet onder artikel XXII lid 7 Wwz, nu dit een aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekering betreft.

## 10. Nieuwe ontwikkelingen

De minister heeft de Tweede Kamer bij brief van 21 april 2016<sup>37</sup> geïnformeerd dat hij in overleg met sociale partners

voornemens is een aantal wijzigingen aan te brengen in de Wet werk en zekerheid die onder meer betrekking hebben op de transitievergoeding in relatie tot ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Deze 'voorgenomen wijziging' behelst een regeling op grond waarvan werkgevers worden gecompenseerd voor de kosten van een bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid verschuldigde transitievergoeding. Zodra deze maatregel is ingevoerd, aldus de minister, zal er voor werkgevers geen aanleiding meer zijn om een arbeidsovereenkomst van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer uitsluitend in stand te laten om de transitievergoeding niet te hoeven betalen zodat er ook geen andere maatregelen hoeven te worden genomen om dit tegen te gaan. Anticipatie op deze aangekondigde maatregel werd door de Kantonrechter Haarlem<sup>38</sup> en de Kantonrechter Amsterdam<sup>39</sup> afgewezen.

Bij het ter perse gaan van dit artikel is de inhoud van het concept voorstel van wet 'houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid' bekend geworden.<sup>40</sup> Het voorstel beoogt met ingang van 1 januari 2018 met terugwerkende kracht tot 1 juli 2015 een nieuw artikel 7:673e BW te introduceren, waarin een compensatie voor werkgevers is opgenomen voor de (in beginsel volledige) kosten van de transitievergoeding. De vergoeding zal worden gefinancierd vanuit het Algemene Werkloosheidsfonds (Awf), waartegenover een verhoging van de (uniforme) premie zal staan. In het wetsvoorstel wordt geen onderscheid gemaakt naar de wijze waarop het dienstverband door een werkgever wordt beëindigd, dit kan zelfs met wederzijds goedvinden geschieden, zolang de reden van de beëindiging of niet voortzetting van de arbeidsovereenkomst maar gelegen is in het feit dat de werknemer wegens ziekte of gebreken niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten. Ter voorkoming van misbruik is een aantal beperkingen<sup>41</sup> aangebracht. Bij ministeriële regeling zullen regels worden gesteld met betrekking tot de aanvraag en verstrekking van de compensatie. Uit de op 1 december 2016 aan de Tweede Kamer toegezonden derde voortgangsbrief WWZ<sup>42</sup> blijkt dat de eerder genoemde inwerkingtredingsdatum van 1 januari 2018 niet haalbaar is en met een jaar (tot 1 januari 2019) zal worden uitgesteld.

38 Ktr. Haarlem 20 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4704, waarbij de kantonrechter opmerkt dat de aangekondigde maatregel ziet op verlegging van de betalingsplicht naar het UWV en niet leidt tot afschaffing van het recht op de transitievergoeding.

39 Ktr. Amsterdam 6 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5741.

40 Het wetsvoorstel is nog niet ingediend bij de Tweede Kamer en is nog niet gepubliceerd op openbare websites.

41 (1) Er wordt niet meer aan compensatie betaald dan de transitievergoeding waar een werknemer recht op zou hebben op het moment dat de loon- doorbetalingsplicht eindigt; (2) de compensatie zal niet meer bedragen dan het bedrag gelijk aan het tijdens ziekte van de werknemer betaalde loon. Als de kosten van loonbetaling tijdens ziekte beperkt zijn, bijvoorbeeld bij tijdelijke arbeidsovereenkomsten waar een beperkte periode van loonbetaling voor geldt is volledige compensatie van de transitievergoeding niet aan de orde; (3) indien een loonsanctie is opgelegd, telt die periode niet mee bij de berekening van de hoogte van de compensatie.

42 Kamerstukken II, 34351, 22.

32 Ktr. Zwolle 10 november 2015, nr. 4434001/HA VERZ 15-178.

33 Hof Arnhem- Leeuwarden 29 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5337.

34 Ktr. Den Haag 17 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5248.

35 Ktr. Den Haag 9 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10078 (niet gepubliceerd).

36 Hof Den Haag 1 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3264.

37 Kamerstukken II 2015/16, 34351, 16.