

Nadere overwegingen over de compensatieregeling

TRA 2019/57

Op grond van de wet van 11 juli 2018² kunnen werkgevers onder voorwaarden gecompenseerd worden wanneer zij in verband met de beëindiging van een arbeidsovereenkomst met een langdurig zieke werknemer een beëindigingsvergoeding hebben betaald. In deze bedragen worden – aan de hand van eigen ervaringen van de schrijvers – enkele praktijkvragen besproken.

1. Achtergrond en inleiding

Bij wet van 11 juli 2018 is geregeld dat werkgevers (tot op zekere hoogte) voor betaling van de transitievergoeding worden gecompenseerd als zij overgaan tot het beëindigen van een arbeidsovereenkomst met een langdurig arbeidsongeschikte werknemer. Inmiddels is duidelijk dat de wet (hierna: 'de Compensatiewet') – zoals werd verwacht – per 1 april 2020 in werking zal treden.³ De Compensatiewet wordt neergelegd in een nieuw art. 7:673e BW. In het zeventide lid van art. 7:673e BW wordt verwezen naar een nadere regeling. Medio februari 2019 is de Regeling compensatie transitievergoeding (hierna: 'de Regeling'), gepubliceerd.⁴

Over de Compensatiewet is inmiddels het nodige geschreven.⁵ In dit artikel zullen we aan de hand van enkele vragen ingaan op specifieke praktijksituaties. In bepaalde gevallen betrekken we hierbij een niet gepubliceerd memo met daarin de visie van het UWV op dit moment (mei 2019). Dit memo heeft geen wettelijke status en is geen beleidsregel. Het is een niet voor publicatie bedoeld intern stuk, maar de inhoud mocht door middel van het onderhavige artikel wel worden besproken en geeft in ieder geval weer hoe het UWV nu bepaalde vragen beantwoordt. Aan het stuk kunnen geen aanspraken worden ontleend. Door de Wet Arbeidsmarkt in Balans zijn er wijzigingen doorgevoerd in de tekst van de Compensatiewet. Zo is in het tweede lid

ingevoegd dat compensatie wordt verstrekt voor de vergoeding die verschuldigd is na het verstrijken van de termijn van twee jaar, bedoeld in art. 7:670 lid 1, onderdeel a BW (daar waar eerst werd aangehaakt bij de termijn van 7:629 lid 1 en 2 BW, een termijn die soms korter is dan twee jaar).⁶ Ook is de Compensatiewet uitgebreid voor vergoedingen die zijn verstrekt bij beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming wegens pensionering of ziekte of overlijden. Deze uitbreiding blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.

2. Vragen en antwoorden⁷

Achtereenvolgens worden situaties met daarbij opkomende vragen besproken, die kunnen optreden wanneer de zieke werknemer herstelt, overlijdt of ander werk gaat verrichten. Tot slot wordt bekeken of recht op compensatie bestaat wanneer de salarisbetaling van de zieke werknemer op enigerlei wijze (bijvoorbeeld via een no-riskpolis of door een verzekering) is 'gedekt'.

2.1 De zieke werknemer die herstelt

Volgens de toelichting op de Regeling moet het UWV, om voor compensatie in aanmerking te komen, in ieder geval kunnen vaststellen dat de werknemer ziek uit dienst is gegaan.⁸ Dit vereiste wordt verderop in de toelichting nog enkele keren herhaald.⁹ De vraag is hoe strikt dit aspect wordt gehanteerd – in het bijzonder wanneer de navolgende, niet ondenkbare, situatie zich voordoet.

Stel dat een werkgever en een werknemer met elkaar overeenkomen dat de arbeidsovereenkomst na twee jaar ziekte door middel van een vaststellingsovereenkomst eindigt. Daarbij wordt afgesproken dat de werknemer (een bedrag gelijkstaand aan) de transitievergoeding zal ontvangen. Tussen het moment van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst en het einde van de arbeidsovereenkomst wordt de werknemer weer (volledig) arbeidsgeschikt. Hij treedt aldus arbeidsgeschikt uit dienst.

Vaststaat dat de werknemer recht heeft op de vergoeding als genoemd in de overeenkomst. De vervolgvraag is in hoeverre de werkgever echter voor compensatie in aanmerking komt, nu de werknemer is hersteld c.q. niet ziek uit dienst is gegaan. Het eerste lid van art. 7:673e BW stelt onder andere als voorwaarde dat 'de arbeidsovereenkomst is geëindigd na een periode zoals bedoeld in artikel 7:670 lid 1 en 11 BW omdat de werknemer wegens ziekte of gebrek niet meer in staat was om de bedongen arbeid te verrichten'. Dat de

¹ Pieter Fluit is advocaat bij Stadhouders Advocaten te Utrecht. Marnix Smit is advocaat bij KienhuisHoving Advocaten en Notarissen te Enschede.

² Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, *Stb.* 2018, 234.

³ Besluit van 20 februari 2019 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid (*Stb.* 2018, 234), *Stb.* 2019, 76.

⁴ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 18 februari 2019, nr. 2019-0000023811, houdende regels met betrekking tot de compensatie van de transitievergoeding bij een einde van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid (Regeling compensatie transitievergoeding).

⁵ Zie daarover onder andere P.J.B.M. Besselink, 'Slapende dienstverbanden wakker geschud door de compensatieregeling?', *TAP* 2019/3, P.S. Fluit, 'Compensatieregeling bij langdurige arbeidsongeschiktheid', *TRA* 2019/25 en E. Verhulp, 'Slapende dienstverbanden? Laten slapen of wakker kussen?', *TRA* 2019/37.

⁶ Zie ook het overgangsrecht WAB in verband hiermee: artikel XIII, lid 1.

⁷ Wij redeneren telkens vanuit de situatie dat een vaststellingsovereenkomst wordt gesloten ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De verschillende situaties kunnen zich vanzelfsprekend ook voordoen bij opzegging van de arbeidsovereenkomst.

⁸ Zie pagina 2, laatste alinea.

⁹ Zie pagina 3, tweede alinea en pagina 3, derde alinea.

werknemer na tekenen van de beëindigingsovereenkomst en voor het einde van de arbeidsovereenkomst (alsnog) herstelt, maakt dit niet anders.

Hoewel de tekst van de toelichting op de Regeling anders doet vermoeden, achten wij de situatie ten tijde van het sluiten van de overeenkomst doorslaggevend. Uit de wettekst kan immers worden gedestilleerd dat de reden van het einde van de arbeidsovereenkomst in die grond moet zijn gelegen. Dat de werknemer nadien (alsnog) herstelt, maakt dit niet anders.

Naar aanleiding van deze overweging wijzen we er ook op dat werkgevers én werknemers, zeker bij een werknemer met een lang dienstverband, er groot belang bij kunnen hebben om de periode van twee jaar ziekte 'vol te maken'. Stel dat een werknemer na een periode van langdurige arbeidsongeschiktheid voor het einde van de termijn van twee jaar dreigt te herstellen, dan wordt het voor partijen mogelijk aantrekkelijk om het herstel 'uit te stellen' tot na die periode van twee jaar. De werkgever krijgt de kosten van de transitievergoeding dan immers vergoed. De druk op de bedrijfsarts om mee te werken, kan toenemen. Kortom, dit kan tot misbruik leiden.

2.1.1 Variant

Steeds vaker komen werkgever en werknemer overeen dat de vergoeding pas op een (veel) later moment wordt uitbetaald. De achtergrond van deze keuze hangt samen met het feit dat pas per 1 april 2020 werkgevers een verzoek tot compensatie bij het UWV kunnen indienen. Met de afspraak de vergoeding pas later te betalen wordt de periode van 'voorfinancieren' aldus verkort.

Stel nu dat de werknemer arbeidsgeschikt raakt nadat de arbeidsovereenkomst een einde heeft genomen, maar vóór het moment van uitbetaling van de vergoeding. Staat dit dan aan compensatie in de weg? Volgens ons niet. Ook hier zou – evenals in het eerdere voorbeeld – moeten gelden dat de situatie ten tijde van het sluiten van de beëindigingsovereenkomst het uitgangspunt is, zodat het betaalmoment irrelevant is. Betaling van de vergoeding op termijn heeft wat ons betreft de voorkeur boven een beëindiging van de arbeidsovereenkomst op termijn. Door wel direct te beëindigen maar later te betalen wordt de situatie (en daarmee mogelijk gedoe) vermeden als de werknemer nadien herstelt en niet ziek uit dienst zou gaan.

2.2 De zieke werknemer die overlijdt

Een werknemer kan tussen het moment van sluiten van de vaststellingsovereenkomst en het moment dat de arbeidsovereenkomst een einde neemt, komen te overlijden. In dat geval eindigt de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:674, lid 1 BW door de dood van de werknemer.

Als er een beëindigingsvergoeding is overeengekomen op grond van langdurige arbeidsongeschiktheid en de betrokken werknemer overlijdt voor de einddatum, dan kan er dis-

cussie ontstaan over het recht op de eerder overeengekomen vergoeding. De erfgenamen kunnen recht hierop hebben.¹⁰ Een en ander is afhankelijk van de inhoud van de afspraken. Een extra waarborg voor de erfgenamen is (dus) dat in de vaststellingsovereenkomst wordt bepaald dat de overeengekomen vergoeding ook wordt betaald als de werknemer voor het einde van de arbeidsovereenkomst overlijdt.

De vervolgvraag is of de werkgever de vergoeding gecompenseerd zal krijgen van het UWV. Als na het sluiten van de beëindigingsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid de werknemer voor de einddatum van de arbeidsovereenkomst overlijdt, compenseert het UWV de vergoeding mogelijk niet. Voorwaarde is immers dat de overeenkomst eindigt wegens langdurige arbeidsongeschiktheid.

Deze situatie lijkt enigszins op die waarin de werknemer na het sluiten van een beëindigingsovereenkomst maar voor het einde van de arbeidsovereenkomst herstelt (zie hiervoor). In beide gevallen is de situatie op het moment van sluiten van de beëindigingsovereenkomst anders dan bij de einddatum. Wat betekent dit voor de aanspraak op compensatie? In het reeds besproken geval van herstel voor einde dienstbetrekking komt een einde aan de arbeidsovereenkomst *wegens langdurig arbeidsongeschiktheid*. Partijen hebben na twee jaar arbeidsongeschiktheid een beëindigingsovereenkomst gesloten en deze zal – tenzij anders overeengekomen – leiden tot het einde van arbeidsovereenkomst, ook al herstelt de werknemer na sluitingsdatum van de beëindigingsovereenkomst. Dat is mogelijk anders bij 'vooroverlijden' na sluiting van de beëindigingsovereenkomst. Als er geen bijzondere bepaling in de beëindigingsovereenkomst over is opgenomen eindigt in dat geval de arbeidsovereenkomst eerder wegens overlijden. Als dat onverhoopt gebeurt, dan is er voor de werkgever (mogelijk) geen aanspraak op compensatie.

Het is dan ook aan te bevelen de arbeidsovereenkomst met een ernstig zieke werknemer niet op een te lange termijn te laten eindigen en bij voorkeur ondertekening van de vaststellingsovereenkomst te laten samenvallen met beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In ieder geval doen partijen er goed aan om rekening te houden met dit risico en in de overeenkomst te regelen of er een aanspraak is op vergoeding als de werknemer eerder dan de einddatum van overeenkomst overlijdt en ongeacht of de werkgever nadien aanspraak maakt op compensatie.

¹⁰ Ktr. Hilversum 29 augustus 2012, RAR 2012/152, Ktr. Utrecht 2 maart 2011, JAR 2011/102. Als er een einde komt aan de arbeidsovereenkomst door ontbinding dan is het arrest *Laarveld/Domijn* van belang (HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2898, NJ 2016/374 (*Laarveld/Domijn*)): aan een ontbindingsbeschikking kan geen rechtskracht worden ontzegd door een eerdere beëindiging van het dienstverband door overlijden.

2.3 De zieke werknemer die ander werk is gaan verrichten

Voorts kan een discussie over het recht op compensatie ontstaan wanneer een werknemer na twee jaar ziekte ander werk gaat verrichten. Waar de werknemer er nu vaak belang bij heeft dat *passende* arbeid op enig moment *bedongen* arbeid wordt¹¹, zal dat door de compensatieregeling wellicht anders zijn. Ter toelichting het volgende voorbeeld.

Een werknemer is in dienst als Projectleider voor 40 uren per week. Hij verdient daarmee een salaris van € 4.000,- bruto per maand. Nadat de werknemer twee jaar ziek is geweest wordt de arbeidsovereenkomst niet beëindigd, maar gaat de werknemer werkzaamheden verrichten als Uitvoerder voor 10 uren per week. Hij verdient daarmee € 1.000,- bruto per maand.

Indien de functie van de werknemer als Uitvoerder kwalificeert als (nieuw) bedongen arbeid heeft dit twee consequenties.

Ten eerste zal de werkgever (uiteraard) niet in aanmerking komen voor compensatie als de werknemer *niet* opnieuw wegens ziekte uitvalt en de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Immers, de werknemer is ten tijde van het eindigen van de arbeidsovereenkomst niet arbeidsongeschikt voor de bedongen arbeid, de functie van Uitvoerder.

Ten tweede geldt het volgende. Indien de werknemer later arbeidsongeschikt wordt voor de functie Uitvoerder, deze arbeidsongeschiktheid twee jaar voortduurt en partijen besluiten de arbeidsovereenkomst te beëindigen, zal de werknemer 'slechts' recht hebben op een transitievergoeding op basis van het loon van € 1.000,- bruto per maand. Daarmee zal ook de compensatie voor de werkgever lager uitvallen.

Voorgaande brengt met zich dat het met de komst van de compensatieregeling het voor zowel werkgevers als werknemers aantrekkelijker kan worden *passende* arbeid niet *bedongen* arbeid te laten worden. Nu de werkgever in beginsel daarin gecompenseerd zal worden, zal ook zij meer belang hebben om de passende arbeid niet de bedongen arbeid te laten worden. De afweging wordt uiteraard anders als de werkgever na de teruggang van 40 naar 10 uur met de werknemer heeft afgerekend en hem een vergoeding heeft betaald over die 30 uur.¹²

2.4 De zieke werknemer wiens salarisbetaling is 'gedekt'

Uit art. 7:673e lid 2 BW volgt dat het UWV niet meer vergoedt dan het bedrag aan transitievergoeding waar de zieke

werknemer wettelijk gezien recht op had op de dag nadat de arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte 104 weken heeft geduurd. Aldus wordt de compensatie gemaximeerd. Als de arbeidsovereenkomst later is beëindigd dan na de periode van 104 weken, dan wordt er voor de hogere vergoeding die dan verschuldigd is aan de werknemer geen compensatie geboden door het UWV. Verder wordt geen wettelijke rente vergoed door het UWV, ook niet als er sprake is van betaling in termijnen. De transitievergoeding kent een maximum bedrag dat jaarlijks wordt geïndexeerd. Hierdoor is de compensatie ook niet hoger dan dit bedrag, per 1 januari 2019 vastgesteld op € 81.000,- bruto dan wel het bruto jaarsalaris als dat hoger is dan het vastgestelde maximum.

Een andere maximering van de compensatie houdt in dat de compensatie niet hoger is dan het belastbaar loon dat de werkgever tijdens de ziekteperiode van twee jaar heeft betaald aan de werknemer (art. 7:673e lid 2 BW).

De vraag naar aanleiding van deze laatstgenoemde maximering is of het UWV tot compensatie overgaat als de werkgever aanspraak kan maken op de zogeheten no riskpolis van art. 29b of 29d Ziektewet. Het UWV neemt blijkens de vragen en antwoorden Klankbordgroep Voorjaar 2019 aan dat dan recht bestaat op compensatie. Naar onze mening is dit standpunt juist, aangezien de aanspraak op een uitkering krachtens de Ziektewet onverlet laat dat de werkgever loon verschuldigd is tijdens de ziekteperiode. De werkgever kan dit loon weliswaar verrekenen met de Ziektewetuitkering ex art. 7:629 lid 5 BW, maar aan de verschuldigdheid van het loon doet deze verrekeningsmogelijkheid echter niet af.

Het ontbreken van recht op compensatie – omdat een aanspraak bestaat op een ziekteuitkering – zou ook een perverse prikkel vormen. De werkgever zou dan worden gestraft omdat hij bijvoorbeeld een arbeidsgehandicapte in dienst heeft gehouden of in dienst heeft genomen en daarvoor gecompenseerd is door middel van de no riskpolis. Natuurlijk kan evenwel betoogd worden dat de werkgever al gecompenseerd is voor het loondoorbetalingsrisico op grond van de no riskpolis en dan ook niet nog eens gecompenseerd behoeft te worden voor de betaling van de transitievergoeding.

Hoe dat ook zij, juist voor de bescherming van de positie van de arbeidsgehandicapte is het van belang dat hinderpalen om deze groep in dienst te nemen of in dienst te houden zoveel mogelijk worden weggenomen.

Een andere situatie waarin tijdens de periode van twee jaar arbeidsongeschiktheid recht bestaat op een Ziektewetuitkering is als er sprake is van ziekte ten gevolge van zwangerschap ex art. 29a Ziektewet.¹³ Ook kan gedacht worden aan de situatie dat een vervroegde IVA-uitkering wordt toegekend. Stel dat een werknemer binnen de periode van 104

11 Het belang van een werknemer is met name daarin gelegen dat – bij hernieuwde uitval – alsdan een nieuwe loondoorbetalingsperiode ex art. 7:629 BW zal aanvangen.

12 Rb. Limburg 11 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3352; in de gegeven omstandigheden was het niet redelijk en billijk om de werknemer tegen te werpen dat hij zich niet heeft gehouden aan de vervaltermijn. Zie anders: Rb. Amsterdam 3 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3304.

13 Ook bij orgaandonatie is een dergelijke situatie aan de orde.

weken in aanmerking komt voor een IVA-uitkering onder toepassing van art. 66 WIA, dan ontstaat dus een WIA-aanspraak. Daarnaast heeft de werkgever nog steeds de verplichting om het loon tijdens ziekte te betalen, zolang het dienstverband duurt. Wel mag de werkgever de IVA-uitkering in dat geval verrekenen met de loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte¹⁴.

Ook in deze situaties rijst de vraag of deze ZW-aanspraken of WIA-aanspraken die worden verrekend met het loon tijdens ziekte leiden tot een lager recht op compensatie. Net als bij de no riskpolis zal deze ZW- of WIA-aanspraak, menen wij, niet leiden tot een verlaging van de compensatie.

Ook als een werkgever het loondoorbetalingsrisico elders verzekerd heeft, moet hij aanspraak hebben op de compensatie. Aan de verschuldigdheid van het loon tijdens ziekte doet de verzekering immers niet af.

De vraag is nog wel of er aanspraak is op compensatie als de periode van twee jaar niet wordt volgemaakt en er al tijdens die periode na toekenning van de vervroegde IVA-uitkering een einde komt aan de arbeidsovereenkomst. Op grond van de tekst van art. 7:673e BW bestaat dan geen recht op compensatie. In het tweede lid wordt verwezen naar de termijn van twee jaar ziekte. In de memorie van toelichting staat daarover:

“De regering stelt daarom voor om in het onderhavige wetsvoorstel te regelen dat compensatie van de transitievergoeding in alle gevallen alleen plaats kan vinden als sprake is van twee jaar ziekte van de werknemer.”¹⁵

3. Compensatie bij deeltijdontslag

In de eerdere bijdrage over de compensatieregeling¹⁶ was nog niet duidelijk of er een aanspraak is op compensatie als de werkgever is overgegaan tot gedeeltelijke beëindiging van het dienstverband wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Er is in de genoemde bijdrage gewezen op het Kolom-uitspraak.¹⁷ Uit die uitspraak volgt dat er bij een substantiële en blijvende arbeidsurenvermindering ‘door de omstandigheden gedwongen’ aanspraak bestaat op een gedeeltelijke transitievergoeding. Langdurige arbeidsongeschiktheid wordt door de Hoge Raad als voorbeeld genoemd van ‘door de omstandigheden gedwongen’.

De vraag is of die transitievergoeding ook voor compensatie in aanmerking komt op grond van de Regeling. Uit de toelichting op de Regeling volgt dat die aanspraak op compen-

satie er is.¹⁸ Dat geeft naar onze mening voldoende grond om aan te nemen dat ook bij gedeeltelijke beëindiging er compensatie is van het UWV als er een transitievergoeding door de werkgever is betaald.

4. Einde twee jaar bereikt voor 1 juli 2015

Een vraag die nog openstaat is of er recht is op compensatie als het einde van een periode van twee jaar ziekte al voor 1 juli 2015 is gelegen. De tekst van het tweede lid van art. 7:673e BW lijkt hieraan in de weg te staan. Daarin staat immers dat de compensatie niet hoger is dan de transitievergoeding waarop de wet na twee jaar ziekte recht zou geven. Aangezien de transitievergoeding voor 1 juli 2015 niet bestond, zou dat kunnen leiden tot de conclusie dat er dan dus geen compensatie is, ook niet als de werkgever besluit om na juli 2015 nog slapende dienstverbanden te beëindigen onder toekenning van een vergoeding.

Een ander argument *tegen* een aanspraak om compensatie in dit geval vormt het gegeven dat deze oude gevallen niet slapend zijn gehouden (alleen) omdat er een transitievergoeding verschuldigd zou zijn. Die aanspraak op een vergoeding bij beëindiging na twee jaar arbeidsongeschiktheid bestond immers nog niet op het moment de arbeidsovereenkomst in slaap viel.

Een argument *voor* een aanspraak op compensatie voor slapende dienstverband voor 1 juli 2015 is dat een van de doelstellingen van de compensatieregeling lijkt te zijn de terugdringing van de praktijk van de slapende dienstverbanden.¹⁹ Deze moeten worden beëindigd, omdat het onwenselijk is voor werknemers. Daarom wordt de werkgever een compensatie geboden als hij er toe overgaat om die slapende dienstverbanden alsnog te beëindigen. Die doelstelling zou geweld worden aangedaan als er een knip zou zitten bij 1 juli 2015. Als er geen compensatie wordt toegekend, dan zullen werkgevers besluiten om deze dienstverbanden slapend te houden. Bovendien bepaalt het overgangsrecht ten aanzien van art. 7:673e BW (art. VI lid 2 van de Compensatiewet) dat gecompenseerd wordt ‘indien de arbeidsovereenkomst is beëindigd of niet is voortgezet op of na 1 juli 2015’. Daarbij wordt dus geen onderscheid gemaakt tussen wel of niet reeds slapende dienstverbanden. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat het niet ter zake doet of de arbeidsovereenkomst al voor 1 juli 2015 slapend was. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt dat onderscheid ook niet gemaakt. Er staat ‘het onderhavige wetsvoorstel regelt compensatie voor werkgever die een transitievergoeding hebben betaald voor werknemers die wegens langdurige arbeidsongeschiktheid zijn ontslagen sinds 1 juli 2015.’²⁰

14 Dit volgt uit art. 3:4 Algemeen Inkomensbesluit Sociale Zekerheidswetten.

15 Memorie van toelichting WAB, p. 66-67.

16 P.S. Fluit, ‘Compensatieregeling bij langdurige arbeidsongeschiktheid’, *TRA* 2019/25.

17 HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, *JAR* 2018/257, *TRA* 2018/110, *NJB* 2018/1706.

18 In de toelichting onder het kopje ‘algemeen’ staat: ‘Ook als een vergoeding is betaald in verband met het gedeeltelijk beëindigen van de arbeidsovereenkomst kan compensatie worden verstrekt’.

19 *Kamerstukken II* 2017/18, 34699, 6, p. 2.

20 *Kamerstukken II* 2017/18, 34699, 6, p. 2.

Het standpunt van het UWV op dit moment lijkt te zijn dat er geen aanspraak is op compensatie in dit geval.²¹ In een bericht van de Rijksoverheid van 10 mei 2019 staat onder het kopje 'Voorwaarden compensatie transitievergoeding' het volgende:

'Lag het einde van de periode van twee jaar ziekte al voor 1 juli 2015? Dan is geen compensatie mogelijk'.²²

Een vrij helder standpunt, waarop dus naar onze mening het een en ander valt af te dingen. Wel moet er duidelijk op worden gewezen dat het zeker riskant is om te rekenen op compensatie als de periode van twee jaar ziekte gelegen is voor 1 juli 2015.

5. Schadevergoeding en recht op compensatie

Dit artikel gaat niet over de vraag of een werkgever een slapend dienstverband dient te beëindigen op grond van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). Ook zullen we niet ingaan op de prejudiciële vragen die zijn gesteld aan de Hoge Raad hierover, waarbij de 'omgekeerde Stoof/Mammoet redenering' aan de orde is gesteld.²³ Verder komt niet aan de orde of het slapend houden moet worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen/nalaten. Wij volstaan met verwijzing naar de ons bekende jurisprudentie hierover op dit moment.²⁴

Wel behandelen wij de vraag of een werkgever recht heeft op compensatie als hij gehouden is een schadevergoeding te betalen wegens de schending van zijn werkgeversverplichtingen, met name de verplichting op grond van art. 7:611 BW. Terecht wijst Verhulp in zijn artikel²⁵ op deze mogelijkheid en het is ons ook bekend dat veel werknemers deze claim nu neerleggen bij hun werkgever. Naast de insteek dat sprake is van een verzoek om beëindiging van het dienstverband door de werkgever onder toekenning van een transitievergoeding en naast de ontbindingsverzoeken door de werknemer waarbij gesteld wordt dat de werkgever ernstig verwijtbaar gehandeld heeft, wordt nu veelal ook gekozen voor de weg van de schadeclaim ex art. 7:611 BW. De werkgever loopt immers het risico dat hij schadeplichtig is door het dienstverband niet te beëindigen bij bijvoorbeeld een terminaal zieke IVA-gerechtigde. Als de werkgever geen concreet belang kan opwerpen teneinde het dienstverband slapend te houden dan loopt deze werkgever het risico te

worden veroordeeld in de schade die dan bestaat uit de transitievergoeding dan wel de vergoeding waarvoor de werkgever compensatie had kunnen krijgen van het UWV.

Met name die laatste claim achten wij serieus. De werkgever zou immers kunnen stellen dat hij het dienstverband niet wil beëindigen, omdat de transitievergoeding die hij dan moet betalen hoger is dan de compensatie die hij van het UWV krijgt. Kiest de werknemer er echter voor om als schade primair of subsidiair te verzoeken teneinde de vergoeding ter hoogte van de compensatie die de werkgever had kunnen krijgen van het UWV, dan zal daarbij uiteraard de discussie spelen of die werkgever überhaupt wel een verplichting heeft om het dienstverband te beëindigen, maar ook de vraag of hij er belang bij heeft om het dienstverband in stand te laten. In dit kader stellen we echter vast dat een dergelijke schadevergoeding niet voor compensatie in aanmerking komt in onze visie. Het gaat hier immers niet om een vergoeding in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Dat is immers de grond voor aanspraak op compensatie ex art. 7:673e lid 1 BW.

6. Gevolgen verval 50+-regeling voor compensatie

Zoals bekend vervalt per 1 januari 2020 de 50+-regeling en ook de langer-dan-tien-jaar-in-dienst-regeling. Dit leidt tot aanmerkelijk lagere transitievergoedingen voor oudere werknemers. De vraag is nu wat de hoogte van de compensatieaanspraak is als in 2019 een beëindigingsovereenkomst is gesloten, er nog niet is betaald en er een vergoeding is afgesproken met daarin de afspraak dat de vergoeding wordt vastgesteld aan de hand van de 50+-regeling. Als de einddatum van de overeenkomst echter gelegen is in 2020, welke compensatie kan de werkgever dan tegemoet zien? Is dat de vergoeding die is overeengekomen in 2019 of gaat het UWV bij de toepassing van de compensatie uit van de situatie in 2020, dat is dus de situatie zonder 50+-regeling en zonder de langer-dan-tien-jaar-in-dienst-regeling. Meerdere werkgevers zitten met deze vraag en laten het dienstverband slapend, omdat werkgevers er niet zeker van zijn dat de compensatie wordt verstrekt op grond van de beëindigingsvergoeding gebaseerd op de regeling zoals die gold in 2019. In het overgangsrecht van de Wet arbeidsmarkt in balans (zie art. XIII, lid 2) is geregeld dat in dat geval de compensatie is gemaximeerd tot het lagere bedrag aan transitievergoeding zoals dat geldt ná 1 januari 2020. In de Memorie van Toelichting:²⁶

"Het kan zich daarbij voordoen dat de periode van 104 weken voor de inwerkingtreding van de wijziging van artikel 7:673 BW eindigt, terwijl de arbeidsovereenkomst pas na die inwerkingtreding wordt beëindigd. Als de arbeidsovereenkomst langer dan 10 jaar heeft geduurd, is de transitievergoeding die de werkgever dan

²¹ Dit volgt opnieuw uit de notitie van de Klankbordgroep.

²² Zie <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/ontslag/compensatie-transitievergoeding-na-2-jaar-ziekte>.

²³ Rb. Limburg 10 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3331.

²⁴ Scheidsgerecht Gezondheidszorg, arbitraal vonnis in Kort Geding van 27 december 2018, JAR 2019/21, Rechtbank Overijssel 21 maart 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1021, Rechtbank Den Haag 28 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3109, Rechtbank Limburg 3 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3208, Rechtbank Limburg 4 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3068, Rechtbank Overijssel 11 april 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1471.

²⁵ P.S. Fluit, 'Compensatieregeling bij langdurige arbeidsongeschiktheid', TRA 2019/25 en E. Verhulp, 'Slapende dienstverbanden Laten slapen of wakker kussen?', TRA 2019/37.

²⁶ Memorie van toelichting WAB, p. 153-155.

moet betalen mogelijk lager dan de transitievergoeding die betaald zou moeten worden voor inwerkingtreding van de wijziging van artikel 7:673 BW. Het ligt daarom voor de hand om de maximering van de transitievergoeding in deze situatie ook te berekenen aan de hand van artikel 7:673 BW, zoals dat na inwerkingtreding van artikel I, onderdeel J, is komen te luiden. Dat is in het tweede lid geregeld.”

Uit het overgangsrecht van de Wab volgt dat de compensatie niet hoger is dan de transitievergoeding zoals deze is berekend na 1 januari 2020 als de arbeidsovereenkomst eindigt na die periode.

7. **Vergoeding lager dan de beëindigingsvergoeding of lager dan de compensatie**

Een enkele keer hebben we ook de vraag gekregen of er recht is op compensatie van het UWV als er een beëindigingsvergoeding is overeengekomen die lager is dan een transitievergoeding of lager dan de compensatie die de werkgever had kunnen krijgen. De tekst van de regeling is wat ons betreft duidelijk. De werkgever ontvangt nooit meer compensatie dan hij feitelijk aan vergoeding heeft betaald. Als hij een vergoeding feitelijk heeft betaald die lager is dan transitievergoeding, dan is dat geen beletsel om het verzoek om compensatie te weigeren. Als er bijvoorbeeld een ‘halve transitievergoeding’ is betaald, terwijl die werknemer een ‘hele vergoeding’ had kunnen ontvangen en ook voor die hele vergoeding van compensatie in aanmerking had kunnen komen, dan zal compensatie er wel zijn maar uiteraard beperkt tot de halve transitievergoeding die feitelijk is betaald.

8. **Slot**

Over de wijze waarop uitvoering zal worden gegeven aan de regeling bestaat de nodige onzekerheid. Het is vervelend dat het nog tot april 2020 duurt voordat de regeling in werking treedt. Mede vanwege de onzekerheid houden diverse werkgevers dienstverbanden slapend. Problemen rondom voorfinanciering kunnen daarbij ook een rol spelen. Sommige werknemers kunnen of willen echter niet wachten. Te denken valt aan de ernstig zieke IVA-gerechtigde of de diegene die voor 1 april 2020 de AOW-leeftijd bereikt en daarmee zijn aanspraak op vergoeding kwijtraakt. Dit leidt dan vervolgens weer tot procedures. Mocht de uitvoering van de regeling tot veel procedures en hoge uitvoeringskosten leiden, mocht de regeling zo duur worden als Verhulp in zijn artikel over slapende dienstverbanden laat zien²⁷ en mocht de regeling fraudegevoelig blijken te zijn, dan is deze wellicht geen lang leven beschoren. De financiering van deze regeling vanuit het Algemeen Werkloosheidsfonds levert op korte termijn wellicht geen probleem op, omdat de werk-

loosheid sterk terugloopt. Op de langere termijn zou de regeling dan wellicht toch te kostbaar blijken te zijn.

²⁷ E. Verhulp, ‘Slapende dienstverbanden? Laten slapen of wakker kussen?’, TRA 2019/37.