

ANNOTATIE

# Your Bad Valentine: over het temporele en personele bereik van de Xella-plicht

*prof. mr. dr. A.R. Houweling*

*Annotatie bij Hoge Raad, 11-02-2022, ECLI:NL:PHR:2022:136 (AR-2022-0223)*

## **Annotatie bij AR 2022-0223 en AR 2022-0224**

### **1 Inleiding: my Valentine**

Op 14 februari 2022 ontvingen wij een tweetal conclusies van advocaat-generaal (A-G) De Bock. Hoewel de werken zelf de datum van 11 februari 2022 droegen, werden zij pas op Valentijnsdag onthuld. En misschien niet zonder reden op die dag. Opnieuw zijn de conclusies doorwrocht, strak gestructureerd, uitputtend gedocumenteerd en geschreven met overtuiging. Inmiddels is het bij ons allen bekend: de gemiddelde conclusie van De Bock kan met een kaft eromheen doorgaan als een arbeidsrechtelijke monografie. Ik denk dat wij allen, maar zeker ik, daarvan enorm onder de indruk zijn. We mogen ons als (sub)discipline in het recht gelukkig prijzen met zo'n wel ingelezen en gedreven A-G. De werken getuigen immers van liefde voor ons vakgebied. En als die werken dan ook nog eens op Valentijnsdag worden gepubliceerd, dan kan zo'n professionele liefdesverklaring niet onbeantwoord blijven. Vandaar dat ik toch – want hoewel 'slechts' conclusies van de A-G en geen beschikkingen van de Hoge Raad – besloot een korte reflectie te geven op de conclusies Ammeraal<sup>[1]</sup> en ESD-SIC.<sup>[2]</sup> Bovendien, de zaken gaan echt ergens over. En om maar gelijk met de deur in huis te vallen: ik vrees dat ik deze Valentijn(sverklaringen) moet afwijzen.

### **2 Ammeraal en ESD-SIC: alle slapers vallen met terugwerkende kracht onder de Xella-plicht (veelal met vergoeding)**

#### *2.1 Ammeraal: personele bereik van Xella*

Wat is er ook alweer aan de hand? In de *Ammeraal*-zaak staat kortgezegd de vraag centraal of (het verkrijgen van) compensatie van het UWV voor de transitievergoeding voorwaardelijk is voor de werkgever om in te stemmen met een beëindigingsvoorstel van de werknemer onder toekenning van die transitievergoeding. Volgens A-G De Bock is dat niet het geval. Dit betekent dat werkgevers ook dienstverbanden moeten beëindigen (en transitievergoedingen

verschuldigd zijn) als het UWV geen compensatie biedt. Daarbij maakt De Bock een onderscheid in een drietal typen slapers, te weten:

- (a) *diepslapers* (einde wachttijd 104-weken en ontslagbevoegdheid liggen voor 1 juli 2015);
- (b) *semidiepslapers* (einde wachttijd 104-weken ligt voor 1 juli 2015, maar ontslagbevoegdheid ontstaat pas vanaf 1 juli 2015 omdat er nog mogelijkheden tot herstel zijn (er is niet voldaan aan de 26 weken-eis)); en
- (c) *verlate slapers* (einde wachttijd 104-weken ligt voor 1 juli 2015, maar vanwege loonsanctie UWV wordt deze wachttijd verlengd waardoor ontslagbevoegdheid pas vanaf 1 juli 2015 ontstaat).

De drie typen slapers hebben met elkaar gemeen dat op grond van artikel 7:673e lid 2 BW het UWV de eventueel door de werkgever betaalde transitievergoeding zal compenseren met een 'nihilstellingsbeschikking': dus *geen* compensatie. Het UWV compenseert immers de transitievergoeding zoals die zou zijn geweest einde wachttijd 'twee jaar, bedoeld in artikel 670, lid 1, onderdeel a'. En bij alle drie de gevalstypen ligt de einde wachttijd vóór 1 juli 2015, zodat er geen transitievergoeding verschuldigd zou zijn geweest en er dus niets te compenseren valt.

Inmiddels lopen er diverse procedures bij de bestuursrechter waarin deze strikte toepassing van de Wet compensatie transitievergoeding (WCT) ter discussie wordt gesteld. In het merendeel van deze zaken wordt het UWV veroordeeld toch over te gaan tot compensatie.[3] De CRvB heeft nog geen uitspraak gedaan in deze kwesties.

De plicht het dienstverband te beëindigen als de werknemer daarom vraagt, geldt ook voor diepslapers. Deze categorie 'slapers' heeft volgens de A-G evenwel *geen* recht op een transitievergoeding, omdat die vergoeding 'niet meer behoeft te bedragen dan hetgeen aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) beëindigen'. En omdat bij diepslapers 'die dag' ligt vóór 1 juli 2015 (invoering transitievergoedingsplicht) is er geen transitievergoeding verschuldigd bij beëindiging met wederzijds goedvinden (ook niet bij een beëindiging vanaf 1 juli 2015).[4]

## 2.2 ESD-SIC: temporele bereik van Xella

In de ESD-SIC-zaak staat de vraag centraal vanaf wanneer werkgevers verweten kan worden zich niet als goed werkgever te hebben gedragen door niet mee te werken aan een beëindiging van het dienstverband van een 'slaper'. Volgens De Bock werkt de Xella-plicht terug tot 1 juli 2015 (invoering wettelijke transitievergoeding). Dit heeft als gevolg dat werknemers die in bijvoorbeeld 2016 beëindiging van het dienstverband hebben verzocht onder toekenning van een transitievergoeding en kort daarna met AOW-pensioen zijn gegaan, hun werkgever aansprakelijk kunnen stellen wegens schending van artikel 7:611 BW (tekortkoming in de

nakoming). Hiervoor geldt een verjaringstermijn van vijf jaar en de door de werkgever te betalen schadevergoeding zal niet verhaalbaar zijn via artikel 7:673e BW.

### 3 Drie vragen naar aanleiding van Valentijnsdag

3.1 *Xella als uitwerking van dwingendrechtelijke transitievergoeding artikel 7:673 BW en dus geen (causaal) verband tussen Xella en recht op compensatie?*

In de lijvige conclusie bij Ammeraal is het een beetje zoeken naar wat nu precies de argumentatielijn is om slapers waarvoor geen compensatie geboden wordt, toch onder de *Xella*-norm te laten vallen. Zie ik het goed (o.a. in concl. 11.4-11.10) dan beschouwt De Bock de *Xella*-norm als een specifieke uitwerking – via het goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW – van artikel 7:673 BW, waarin het recht van de werknemer op de transitievergoeding is neergelegd. Dit recht geldt in de verhouding van de werknemer tot zijn werkgever. De compensatieregeling geldt in de verhouding van de werkgever tot het UWV. Artikel 7:673 BW bevat de voorwaarden voor het recht op de transitievergoeding. Maar in artikel 7:673 BW noch in een van de daarop volgende bepalingen is als voorwaarde gesteld dat de werkgever aanspraak kan maken op compensatie van de transitievergoeding. Daarmee ontbreekt een wettelijke grondslag voor het stellen van die eis, aldus De Bock. In concl. 11.7-11.8 vervolgt zij ‘Het (...) komt er dus op neer dat de *Xella*-vergoeding in de kern de transitievergoeding betreft. Tegen die achtergrond is het mijns inziens in strijd met het wettelijke systeem om aan de verschuldigdheid een extra voorwaarde te stellen, namelijk het recht op compensatie van de werkgever. Zoals hiervoor is besproken, is dat recht op compensatie een aanspraak van de werkgever jegens het UWV. De werknemer staat daar buiten. Het is bovendien een bestuursrechtelijk vraagstuk, wat binnen de beoordelingsbevoegdheid van de bestuursrechter valt, en niet van de civiele rechter.’

Klopt deze analyse van de A-G wel? In r.o. 2.7.2 van *Xella* overweegt de Hoge Raad het volgende: ‘2.7.2 De wetgever beoogt met de Wet compensatieregeling transitievergoeding een einde te maken aan het verschijnsel “slapende dienstverbanden”. De compensatieregeling en de voor invoering daarvan in de wetsgeschiedenis gegeven redenen brengen mee dat als norm van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW geldt dat een ‘slapend dienstverband’ in beginsel behoort te worden beëindigd als de werknemer dat wenst en de werkgever geen redelijk belang heeft bij voortdurende daarvan. Die norm brengt tevens mee dat in dat geval in beginsel door de werkgever aan de werknemer een vergoeding behoort te worden toegekend.’

Volgens mij wordt door de Hoge Raad een duidelijk (causaal) verband gelegd tussen de WCT en de plicht op grond van artikel 7:611 BW mee te werken aan beëindiging van het dienstverband. Of zoals ook de A-G zelf opmerkt in concl. 11.3 ‘*het bestaan* van de compensatieregeling [is] essentieel geweest voor de formulering van de *Xella*-norm. Dat wil zeggen: als er geen compensatieregeling in het leven zou zijn geroepen, dan is het de vraag of de Hoge Raad ruimte zou hebben gezien voor het aannemen van een algemene werkgeversverplichting tot het instemmen met een beëindigingsvoorstel van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer onder betaling van een vergoeding.’

Deze causaliteit is ook terug te lezen in r.o. 2.5 waarin de Hoge Raad samenvattend overweegt, dat de wens van de wetgever om slapende dienstverbanden te beëindigen en de gerechtvaardigde bezwaren van werkgevers om na een periode van 104-weken loondoorbetaling ook nog eens een transitievergoeding te moeten betalen, hebben geleid tot de WCT om aan deze bezwaren tegemoet te komen, ook als partijen met wederzijds goedvinden uit elkaar gaan.

De *Xella*-norm houdt dan in dat (tegen de achtergrond van) de WCT met zich brengt dat werkgevers zich als niet goed werkgever gedragen als zij niet meewerken aan een beëindiging van een 'nuttelos dienstverband' (want slapend) onder toekenning van een vergoeding gelijk aan de transitievergoeding. Het recht op compensatie kleurt hier de norm van het goed werkgeverschap. Scherper geformuleerd: zonder compensatie kun je van een werkgever niet verwachten dat hij meewerkt aan een beëindiging. En die beëindiging is cruciaal om bij de tweede stap te komen: betaling van een vergoeding gelijk aan de transitievergoeding. De A-G lijkt deze tussenstap van 'gedwongen medewerking aan beëindiging' over te slaan, althans niet belangrijk te achten. We noemen het een soort bo(c)kensprong. Toch lijkt mij die stap niet onbelangrijk en enkel te rechtvaardigen vanuit de gedachte van compensatie.

De Hoge Raad vervolgt in r.o. 2.7.2, tweede alinea, over de *hoogte* van die vergoeding met de volgende overwegingen: 'Anders dan in de prejudiciële vraag wordt verondersteld, dient voor de hoogte van die vergoeding niet te worden aangesloten bij de hoogte van het bedrag dat de werkgever ingevolge de compensatieregeling op het UWV kan verhalen. Die door de werkgever te verkrijgen compensatie kan onder omstandigheden lager zijn dan het bedrag aan transitievergoeding waarop de werknemer recht zou hebben bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever. Dit is bijvoorbeeld het geval als het totale bedrag aan brutoloon dat de werkgever tijdens de periode van arbeidsongeschiktheid heeft doorbetaald, lager is dan de wettelijke transitievergoeding (art. 7:673e lid 2 BW). Art. 7:673e BW beoogt slechts om met de geboden compensatie te voorkomen dat de kosten cumuleren die de werkgever heeft gemaakt door de loondoorbetaling tijdens arbeidsongeschiktheid en door de betaling van de transitievergoeding. Aan die strekking wordt recht gedaan indien de vergoeding die de werkgever aan de werknemer toekent ten minste gelijk is aan het bedrag aan transitievergoeding dat verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) beëindigen. Dit geldt ongeacht of de aanspraak van de werkgever bestaat in compensatie van het bedrag van het tijdens de arbeidsongeschiktheid doorbetaalde brutoloon of van het bedrag aan transitievergoeding.'

Opnieuw blijkt een duidelijk causaal verband tussen compensatie en de *Xella*-vergoeding. Aan de strekking dat *de geboden compensatie* de cumulatie van ontslag- en ziektekosten voorkomt, wordt immers recht gedaan door betaling van een bedrag aan transitievergoeding dat verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) beëindigen. De hoogte van de *Xella*-vergoeding wordt hier *afgestemd* op de mogelijke compensatie. De *Xella*-vergoeding is alleen daarom al

geen transitievergoeding omdat het de vergoeding fixeert op een tijdstip dat losstaat van het moment van beëindiging.[5] Kortom, van een via artikel 7:611 BW werkende 7:673 BW-vergoeding is geen sprake. Het is een gefixeerde jurisprudentiële vergoeding die een (gedeeltelijk) gecompenseerde goed werkgever aan zijn werknemer dient mee te geven bij beëindiging van het dienstverband. Aan die *Xella*-plicht mag de werkgever geen additionele eisen stellen, zoals bijvoorbeeld finale kwijting.[6]

Uit de laatste zin van deze rechtsoverweging zouden we nog kunnen afleiden dat er geen causaal verband is tussen *Xella* en de WCT, omdat de hoogte van de compensatie kan verschillen van de hoogte van de verschuldigde transitievergoeding. Toch is dat niet zo. De Hoge Raad had in deze rechtsoverweging oog voor het feit dat in de oorspronkelijke WCT een nadere beperking – dus naast de maximering tot het bedrag dat bij einde wachttijd verschuldigd zou zijn – was opgenomen: de compensatie kon niet méér bedragen dan het totale brutoloon dat de werkgever tijdens de ziekte van de werknemer heeft doorbetaald. De WCT diende immers ter compensatie van cumulatie van ontslag- en ziekteloonkosten. Als die cumulatie er niet of minder is, dan is er ook niet of minder recht op compensatie. De inwerkingtreding van deze nadere beperking is echter uitgesteld en vervolgens met de Verzamelwet SZW 2021 geschrapt, zodat dit aspect nooit in werking is getreden.[7] Met het schrappen van deze ‘loonsombeperving’ komt de laatste zin van r.o. 2.7.2 eigenlijk ook te vervallen. Belangrijker is dat uit die zin duidelijk volgt dat de Hoge Raad voor ogen had dat er compensatie plaatsvindt, maar hooguit een discrepantie kan (lees: zal) ontstaan tussen de hoogte van compensatie en de *Xella*-vergoeding.

Het loslaten van causaliteit tussen compensatie en *Xella*-plicht zou overigens tot opmerkelijke situaties kunnen leiden. Stel, een werknemer wordt strafrechtelijk veroordeeld wegens in privé-tijd overtreden van de Wegenverkeerswet en krijgt acht maanden onvoorwaardelijke gevangenisstraf opgelegd. De werknemer is op leeftijd en besluit deze acht maanden uit te zitten direct voorafgaand aan zijn AOW. Het dienstverband wordt slapend. Er is op grond van artikel 7:628 BW geen loonverplichting, omdat de werknemer geen invulling kan geven aan zijn dienstverband. Kan deze werknemer op grond van het goed werkgeverschap van zijn werkgever verlangen dit ‘nutteloze dienstverband’ voor het bereiken van de AOW-leeftijd te beëindigen? Nee, want de Hoge Raad heeft het in *Xella* over slapers ‘na twee jaar arbeidsongeschiktheid’. Maar maakt niet de WCT het grote verschil in deze ‘verkeerscasus’? Als werkgevers bij alle slapende dienstverbanden een beroep op WCT zouden kunnen doen, dan pakt mijn verkeerscasus waarschijnlijk ook anders uit. En dat laat precies het verband zien.

### 3.2 *Xella* werkt terug tot 1 juli 2015, omdat...

De aan- of afwezigheid van een causaal verband tussen compensatie en de *Xella*-plicht werkt volgens mij door in de vraag naar het temporele bereik van *Xella*. Immers, beschouwt men de WCT als belangrijke voorwaarde voor invulling van het goed werkgeverschap om mee te werken aan een einde van de arbeidsovereenkomst onder betaling van vergoeding, dan dringt de vraag zich op ‘vanaf welk moment een goed werkgever erop mocht vertrouwen dat er

gecompenseerd zou gaan worden'. Beschouwt men de *Xella*-norm als een bijzondere vorm van de transitievergoeding voor heel specifieke gevallen, dan kan het antwoord simpel zijn: alle slapende dienstverbanden dienen vanaf 1 juli 2015 te worden beëindigd onder toekenning van een vergoeding.

De A-G geeft in de ESD-SIC-conclusie een mooie uiteenzetting hoe (onderbelicht) het temporele bereik van rechterlijke uitspraken is. Er zijn grofweg drie manieren waarop een rechterlijke uitspraak temporele werking kan hebben. Onderscheid valt te maken tussen (1) terugwerkende kracht, al dan niet tot op zekere hoogte, (2) onmiddellijke werking en (3) uitgestelde werking. De hoofdregel (b)lijkt te zijn dat een rechterlijke uitspraak terugwerkende kracht heeft: de uitspraak wordt toegepast op, en verbindt dus rechtsgevolgen aan, rechtsfeiten en rechtshandelingen die ontstaan zijn vóór de datum waarop de rechterlijke uitspraak gezag van gewijsde krijgt.[8] In het uitgangspunt van terugwerkende kracht is de zogenoemde declaratoire visie op rechtspraak te zien, namelijk de gedachte dat de rechter niet méér doet dan verklaren hoe het recht altijd al was en begrepen had moeten worden. De uitspraak van de rechter brengt dus geen verandering in het recht teweeg.[9] Omdat de Hoge Raad geen begrenzing in tijd heeft aangebracht, luidt de logische conclusie van de A-G dat de *Xella*-plicht terugwerkt tot 1 juli 2015.

In concl. 9.5 voegt de A-G hieraan nog het volgende toe: 'Terugwerkende kracht van de *Xella*-norm tot 1 juli 2015 strookt met het feit dat de compensatieregeling terugwerkende kracht heeft gekregen tot die datum. Dat was een bewuste keuze van de wetgever (zie onder 7.7-7.31). De terugwerkende kracht van de compensatieregeling leidt ertoe dat werkgevers in alle gevallen dat zij slapende dienstverbanden hebben beëindigd en de werknemer een beëindigingsvergoeding hebben betaald – conform de *Xella*-norm – in beginsel aanspraak hebben kunnen maken op compensatie, óók als het ging om dienstverbanden die al vóór de *Xella*-uitspraak slapend waren geworden (terugwerkend tot 1 juli 2015).' Deze overweging is interessant omdat voor het temporele bereik een verband wordt gelegd met de WCT, die in de *Ammeraal*-zaak juist niet gezien wil worden.

Zoals hierboven onder 3.1 geschetst, lees ik de *Xella*-beschikking zo dat vanwege de WCT een goed werkgever dient in te stemmen met een beëindigingswens van de werknemer onder betaling van een vergoeding gelijk aan de transitievergoeding. Die koppeling met de WCT maakt dat werkgevers niet eerder een verwijt kan worden gemaakt dan vanaf het moment dat de WCT ook daadwerkelijk door de Eerste Kamer werd aangenomen (en de WCT werd gepubliceerd): 20 juli 2018 (en misschien nog beter 20 februari 2019 (inwerkingtredingsbesluit)). Als artikel 7:611 BW de 'redelijkheid en billijkheid' van artikel 6:248 BW vertolkt in het arbeidsrecht, dan kan worden betoogd dat eerst vanaf deze datum werkgevers er in alle redelijkheid van uit mochten gaan dat toegekende vergoedingen onder de uit de tekst van de WCT voortvloeiende condities zouden worden gecompenseerd. Het alsdan niet meewerken aan een beëindiging (omdat iemand daags voor een pensioenleeftijd of in een terminale toestand verkeert[10]) leidt tot schending van hoe een goed werkgever behoort te handelen. Of je kunt betogen dat een werkgever als slecht werkgever handelde door in december 2015 te weigeren mee te werken aan beëindiging van een slapend dienstverband,

omdat de werknemer twee weken later met pensioen zou gaan en na ruim twee jaar doorbetaling van loon zonder reële re-integratiemogelijkheden bij de werkgever graag de maximale transitievergoeding van € 75.000 ontvangt om gezellig met zijn partner te gaan cruisen, vind ik ingewikkeld op te schrijven. Er was toen geen uitzicht op een compensatieregeling. Voor zover er al rechterlijke uitspraken waren, wezen die allemaal verzoeken tot betaling van transitievergoeding af. Achteraf de werkgever verwijten geen ‘Xella-norm’ te hebben gevolgd, komt op mij over als *hindsight bias*.

### 3.3 Welk probleem zijn we eigenlijk aan het oplossen?

De wetgever heeft met de invoering van de transitievergoeding in 2015 geen uitzondering willen aanvaarden voor arbeidsongeschikte werknemers. Vanuit het oogpunt van mogelijke strijdigheid met EU-recht bij ‘arbeidsgehandicapten’, is die afweging niet eens onverstandig te noemen. Wat de wetgever minder goed heeft ingeschat, is het fenomeen van slapende dienstverbanden. Als averechts recht bracht de transitievergoeding een financiële (soms zeer zware) prikkel voor werkgevers meer en langer slapende dienstverbanden in stand te houden. De wetgever heeft dit onwenselijk geacht en vervolgens een compensatieregeling ontworpen. Die regeling blijkt evenwel tal van situaties niet (voldoende) te adresseren. Daardoor lopen nu civielrechtelijke procedures bij de Hoge Raad en bestuursrechtelijke procedures bij rechtbanken en CRvB.

Maar is de werkelijke conclusie niet dat de wetgever met (spoed)reparatiewetgeving dit probleem moet oplossen? Wat betreft het personele bereik van de Xella-plicht zou dit vrij eenvoudig kunnen door in artikel 7:673e lid 2 BW uit te gaan van een ‘fictieve transitievergoeding’ vóór 1 juli 2015. Het effect is dan dat vergoedingen aan zowel de verlate slapers, diepslapers als semidietslapers allemaal voor compensatie in aanmerking komen. Daarmee is de *Ammerlaan*-kwestie opgelost en voorkomen we dat we diepslapers zonder vergoeding naar huis sturen en de andere twee slapers met vergoeding (maar zonder compensatie).

Wat het temporele bereik betreft, zou de wetgever een eenmalige ‘inkeercompensatie’ kunnen openstellen voor alle gevallen waarin werkgevers tussen 1 juli 2015 en wat mij betreft 1 januari 2020 om wat voor reden dan ook niet of verkeerd hebben meegewerkt aan een beëindigingsverzoek van een slapend dienstverband. Dit betekent dat werknemers die vanaf 1 juli 2015 met pensioen zijn gegaan of erfgenamen van werknemers van hun ex-werkgevers een vergoeding ontvangen die voor compensatie in aanmerking komt. Of je zover moet gaan om ook Xella-schadevergoedingen te compenseren, is een politieke afweging. Toch denk ik dat dit de juiste ‘*way forward*’ is.

Juist om de politieke urgentie tot betere wetgeving op te voeren is het verstandig om een causaal verband tussen WCT en Xella-plicht vast te houden. De terugwerkende kracht van de norm wordt dan bepaald door de mate van compensatie. Ik denk aan de Hoge Raad in onder meer Care4Care:[11] ‘Voor zover de toepassing van de regels van art. 7:691 BW in nieuwe driehoeksrelaties als payrolling zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met

hetgeen de wetgever bij de regeling van de art. 7:690-7:691 BW voor ogen heeft gestaan, is het in de eerste plaats aan de wetgever om hier grenzen te stellen.’ Dat arrest zorgde ervoor dat payrollong een wettelijke basis kreeg in artikel 7:692 BW.

Het gevaar van dieper het moeras in belanden als we buitenwettelijke aansprakelijkheden gaan aannemen, heeft de Hoge Raad eerder al eens tot een pijnlijk halt doen besluiten. Ik denk dan aan de uitdijende verzekeringsplicht bij verkeersongevallen: ‘Op zichzelf bestaan goede argumenten om werknemers een verdergaande, algemene bescherming tegen het risico van ongevallen in verband met hun werkzaamheden te bieden dan art. 7:658 thans biedt, maar het ligt op de weg van de wetgever om een regeling daarvoor te maken; een dergelijke algemene regeling gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten. (...). Hoezeer ook elke afbakening tot op zekere hoogte een arbitrair karakter heeft, valt hierbij te bedenken dat (...).’[12]

Bij dit alles moet worden bedacht dat de *Xella*-plicht, hoe je het ook wendt of keert, op zeer gespannen voet staat met het ontslagrecht. In zekere zin wordt immers een ontslagbevoegdheid van een werkgever omgezet in een ontslagplicht. Het verder oprekken van deze plicht zonder een deugdelijke wettelijke grondslag gaat de rechtsvormende taak van de Hoge Raad misschien toch ook te buiten.

#### 4 Your Bad Valentine

*Love is blindness, I don't wanna see.* De (voor)liefde voor een transitievergoeding die ik overigens sterk met de A-G deel, maakt dat we wellicht de duidelijk zichtbare imperfecties van de huidige wettelijke regeling niet willen zien. En met stopverf als artikel 7:611 BW kunnen we veel met de mantel der liefde bedekken, maar meestal leidt dat vroeg of laat tot problemen. Ik twijfel sterk of de insteek van de Valentijnsboodschap een duurzame oplossing biedt voor de gesignaleerde ‘slapersproblematiek’. De nog niet gestelde vraag aan de Hoge Raad is bijvoorbeeld of je als werkgever ook ‘actief’ je werknemers moet ‘wakker schudden’ (de zogenoemde piepplicht)[13] en hoe om te gaan met een permanent gedeeltelijk slapend dienstverband van voor 1 juli 2015 (gedeeltelijk comateuze slapers). En zo kunnen we nog wel even doorgaan. Nee, wij als juristen moeten dit probleem van gebrekkige wetgeving loslaten. Wij slapen niet. Wij zijn wakker, nu de wetgever nog. *Your Bad Valentine*.

*To let it go. Oh now, and so to fade away*

*I'm wide awake, I'm wide awake*

*Wide awake*

*I'm not sleeping*

Bad – U2

- [1] Parket bij de HR 11 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:136.
- [2] Parket bij de HR 11 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:137.
- [3] Rb. Limburg 18 januari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:334; Rb. Limburg 18 januari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:332; Rb. Limburg 18 januari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:333; Rb. Den Haag 6 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13705; Rb. Rotterdam 28 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7051; Rb. Zeeland-West-Brabant 10 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:81; Rb. Zeeland-West-Brabant 26 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:365; Rb. Zeeland-West-Brabant 28 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:427; Rb. Zeeland-West-Brabant 28 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:429; Rb. Zeeland-West-Brabant 28 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:431; Rb. Zeeland-West-Brabant 28 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:432; Rb. Zeeland-West-Brabant 28 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:433. Zie anders: Rb. Utrecht 28 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3534.
- [4] Zie concl. *Ammeraal*, 12.26.
- [5] Zie kritisch over dit peilmoment A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag/Arbeidsrechtelijke Themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 12.7.5.
- [6] HR 21 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:63.
- [7] Zie: *Stb.* 2020, 496 (Verzamelwet SZW 2021), in lijn met de voorgestelde aanpassing uit de eerste nota van wijziging bij deze wet (*Kamerstukken II* 2019/20, 35494, nr. 6). Deze definitieve wijziging van lid 2 is per 1 januari 2021 in werking getreden, zie *Stb.* 2020, 497.
- [8] Volgens Smits kan nog een vierde manier, de eerbiedigende werking, worden onderscheiden. Dit is een variant op onmiddellijke werking, met eerbiediging van reeds voltrokken rechtshandelingen. Zie: J.M. Smits, 'Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie', *BW-krant* 2000-16, p. 11-26.
- [9] Aldus de A-G onder verwijzing naar S.A.M. Verstraelen, *Rechterlijk overgangsrecht* (diss.), Cambridge/Antwerpen: Intersentia 2015, p. 131-135.
- [10] Scheidsgerecht Gezondheidszorg 17 december 2018, AR 2019-0065, m.nt. O. van der Kind.
- [11] HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356.
- [12] HR 11 november 2015, ECLI:NL:HR:2011:BR5215.
- [13] Zie ook concl. 13.6 bij *Ammeraal*.