

RECHTSPRAAK

Conclusie A-G over personele bereik van Xella-norm.*Feiten*

Werkneemster is op 1 april 1978 fulltime in dienst getreden van de rechtsvoorganger van Ammega Holding Nederland B.V. (hierna: Ammeraal) in de functie van secretaresse. In 2000 is werkneemster uitgevallen met RSI- (gerelateerde) klachten. Met ingang van 2001 is aan werkneemster een gedeeltelijke uitkering op basis van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) toegekend, berekend naar een arbeidsongeschiktheidspercentage van 25-35%. Sindsdien ontving werkneemster, naast haar WAO-uitkering, een aanvulling uit een arbeidsongeschiktheidsverzekering van Nationale Nederlanden en een loonaanvulling van Ammeraal. Met ingang van 7 januari 2013 heeft werkneemster zich volledig ziek gemeld in de functie die zij op dat moment vervulde. Blijkens de verzuimgegevens van Arboned heeft werkneemster na een korte periode van volledige uitval weer gedeeltelijk gewerkt en is zij met ingang van 13 februari 2015 – de datum waarop zij aan haar schouder werd geopereerd – opnieuw voor 100% ziek gemeld. Bij besluit van het UWV van 26 januari 2015 in het kader van de herbeoordeling van de WAO, is de mate van arbeidsongeschiktheid vastgesteld op 80-100%, en is aan werkneemster een loondervingsuitkering toegekend met ingang van 5 januari 2015. Werkneemster is na de operatie aan haar schouder op 13 februari 2015 met ingang van 7 september 2015 begonnen met re-integreren. Werkneemster is op 8 juni 2016 opnieuw aan haar schouder geopereerd. Bij brief van 19 mei 2017 heeft Ammeraal aan werkneemster bevestigd dat het UWV heeft geoordeeld dat het arbeidsongeschiktheidspercentage ongewijzigd 80-100% zou blijven, dat Ammeraal het dienstverband niet zou beëindigen en zou stoppen met de aanvulling van de WAO-uitkering. Werkneemster heeft op 21 november 2017 Ammeraal verzocht in te stemmen met haar voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden onder uitbetaling van de wettelijke transitievergoeding. Ammeraal heeft dit geweigerd.

Eerste en tweede aanleg

Werkneemster heeft in eerste aanleg onder meer gevorderd dat de kantonrechter Ammeraal zou bevelen tot opzegging van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van de transitievergoeding. De kantonrechter heeft de vordering van werkneemster toegewezen. Tegen de beslissing van de kantonrechter en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Ammeraal in hoger beroep op.

Het hof oordeelde dat de vraag of het dienstverband vóór of na 1 juli 2015 slapend is geworden, geen beantwoording behoeft omdat ook in het geval aangenomen moet worden dat de

bevoegdheid tot opzegging aan de zijde van Ammeraal – en daarmee het slapend worden van het dienstverband – pas is ontstaan na 1 juli 2015, Ammeraal niet gehouden was het dienstverband met werknemster op te zeggen onder toekenning van een transitievergoeding, omdat Ammeraal in het onderhavige geval, waarin het einde van de wachttijd is gelegen voor 1 juli 2015, geen aanspraak zou hebben kunnen maken op compensatie van (de gehele of een deel van) de transitievergoeding die zij in dat geval had moeten betalen.

Conclusie A-G de Bock

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) *semidietslapers* (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. De CRvB heeft nog geen uitspraak gedaan in deze kwesties.

De *Xella*-norm is een bijzondere uitwerking van de transitievergoeding via het goed werkgeverschap. Dat geen compensatie plaatsvindt, staat niet aan toewijzing van de dwingendrechtelijke vergoeding in de weg.

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).

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 11-02-2022

ECLI: ECLI:NL:PHR:2022:136

Zaaknummer: 21/01230

Advocaten: M.J. van Basten Batenburg, S.F. Sagel en I.L.N. Timp

Wetsartikelen: 7:673 BW en 7:673e BW