

RECHTBANK OOST-BRABANT

Civiel Recht
Zittingsplaats 's-Hertogenbosch

Zaaknummer: 7697136 CV EXPL 19-2707

Vonnis in kort geding van 29 mei 2019

in de zaak van:

██████████
wonende te ██████████
eiser,
gemachtigde: mr. G.D. van der Heiden (CNV Vakmensen).

tegen:

██████████ B.V.,
gevestigd te ██████████
gedaagde,
gemachtigde: mr. D.J.L. Siegers.

Partijen worden hierna genoemd "██████████" en "██████████".

1. Het procesverloop

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit het volgende:
- de inleidende dagvaarding in kort geding van 29 april 2019 met 9 producties;
 - de brief van de gemachtigde van ██████████ van 7 mei 2019 met 4 producties;
 - de mondelinge behandeling, die op 9 mei 2019 heeft plaatsgevonden en waarbij beide partijen zijn verschenen en hun standpunt hebben toegelicht en de gemachtigden van beide partijen pleitaantekeningen hebben overgelegd.

1.2. Vervolgens is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. ██████████ is op ██████████ 1987 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij (een rechtsvoorganger van) ██████████

2.2. De laatste functie die ██████████ vervulde, is die van "██████████" met een salaris van € 4.850,00 bruto per maand exclusief emolumenten.

2.3. Op de arbeidsovereenkomst is de cao Groothandel In Levensmiddelen (GIL) van toepassing.

2.4. Op 2 maart 2015 is ██████████ arbeidsongeschikt geworden.

2.5. Bij brief van 22 februari 2017 heeft [REDACTED] aan [REDACTED] bevestigd dat op 2 maart 2017 haar loondoorbetalingsverplichting eindigt en dat zij de arbeidsovereenkomst met [REDACTED] in stand houdt. In de brief is aangegeven dat indien de belastbaarheid van [REDACTED] in de toekomst verbetert, [REDACTED] verzoekt om haar daarover te informeren zodat er kan worden gekeken naar mogelijkheden voor werkhervatting.

2.6. Vanaf 27 februari 2017 ontvangt [REDACTED] een WIA-uitkering (IVA). Het UWV heeft vastgesteld dat [REDACTED] voor 80 tot 100% arbeidsongeschikt is en dat er geen of geringe kans op herstel is.

2.7. Bij e-mail van 14 januari 2019 en 28 februari 2019 heeft (de gemachtigde van) [REDACTED] verzocht om mee te werken aan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van de transitievergoeding. Bij e-mail van 21 januari 2019 en 11 maart 2019 heeft (de gemachtigde van) [REDACTED] zulks geweigerd.

2.8. Op [REDACTED] juni 2019 zal [REDACTED] de pensioengerechtigde leeftijd bereiken. Op grond van artikel 17a lid 10 van de cao GIL eindigt de arbeidsovereenkomst op die datum van rechtswege.

3. Het verzoek en verweer

3.1. [REDACTED]s vordert - zakelijk weergegeven - [REDACTED] te bevelen om de arbeidsovereenkomst met [REDACTED] met onmiddellijke ingang, althans op een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen datum doch ruimschoots vóór [REDACTED] juni 2019, op te zeggen op grond van artikel 7:671 lid 1 BW, onder toekenning van de wettelijke transitievergoeding van € 77.000,00 bruto, op straffe van een dwangsom en met veroordeling van [REDACTED] in de kosten van de procedure.

3.2. Daartoe voert [REDACTED] - samengevat - het volgende aan. Er is sprake van een slapend dienstverband met geen enkel zicht op hervatting van de werkzaamheden door [REDACTED]. Sinds februari 2017 is de arbeidsovereenkomst een lege huls. Gelet op het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd per [REDACTED] juni 2019 en het gegeven dat per die datum de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, heeft [REDACTED] een spoedeisend belang om de arbeidsovereenkomst door middel van opzegging door [REDACTED] beëindigd te krijgen en zijn aanspraak op een transitievergoeding geldend te maken. Ten tijde van het toekennen van de IVA-uitkering, eind februari 2017, heeft [REDACTED] aan [REDACTED] toegezegd "als er een regeling vanuit de regering zou komen dat die transitievergoeding dan alsnog aan [REDACTED] zou worden uitbetaald." [REDACTED] wijst op de Wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid (Wet van 11 juli 2018, Stb 2018, 234, hierna: de Wet compensatie transitievergoedingen ofwel WCT) en het nieuwe artikel 7:673e BW waarin wordt geregeld dat een werkgever die wegens beëindiging van een arbeidsovereenkomst na twee jaar arbeidsongeschiktheid door ontbinding, opzegging of met wederzijds goedvinden een transitievergoeding heeft betaald, daarvoor wordt gecompenseerd door het UWV vanuit het Werkloosheidsfonds. De WCT zal in werking treden op 1 april 2020 en artikel 7:673e BW is ook van toepassing op arbeidsovereenkomsten die voor de inwerkingtreding van de wet, maar na 1 juli 2015 zijn beëindigd. Gelet op de WCT, de "Regeling compensatie transitievergoeding" en de op de site van het UWV gepubliceerde uitvoeringsregels is thans sprake van een regeling zoals

bedoeld in de toezegging van [REDACTED] beroept zich dan ook op nakoming van de toezegging.

Ten tweede beroept [REDACTED] zich op artikel 7:611 BW stellende dat [REDACTED] handelt in strijd met goed werkgeverschap door de arbeidsovereenkomst niet op te zeggen, zeker in het licht van de WCT.

3.3. [REDACTED] voert - zakelijk weergegeven - het volgende verweer. [REDACTED] betwist dat de in februari 2017 gesteld gedane toezegging aan [REDACTED] is gedaan. [REDACTED] heeft als goed werkgever gehandeld door [REDACTED] gedurende de eerste twee ziektejaren ruim meer dan het wettelijk minimum te betalen en voor de periode daarna een aanvulling op de WIA-uitkering alsook door te investeren in een uitvoerig re-integratietraject. Het enkele feit dat [REDACTED] kans heeft dat een aan [REDACTED] betaalde transitievergoeding in 2020 zal worden gecompenseerd op basis van de WCT, maakt niet dat [REDACTED] tot opzegging van de arbeidsovereenkomst is verplicht. De wetgever heeft met de compensatieregeling enkel beoogd (financiële) drempels weg te nemen voor werkgevers om tot beëindiging van "slapende dienstverbanden" over te gaan. Daaruit kan niet de verplichting worden afgeleid om daadwerkelijk tot beëindiging over te gaan, laat staan dat zo'n verplichting al moet worden aangenomen voordat de nieuwe wet van kracht is geworden. [REDACTED] heeft nog geen definitief beleid vastgesteld hoe om te gaan met slapende dienstverbanden vanaf 1 januari 2020. Tot de inwerkingtredingsdatum onderneemt [REDACTED] geen actie. Bij [REDACTED] zijn inmiddels twee "slapende dienstverbanden" geëindigd wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd zonder betaling van een transitievergoeding. Voorts voert [REDACTED] aan dat de vóór 1 januari 2020 betaalde transitievergoedingen naar verwachting pas na oktober 2020 door het UWV zullen worden vergoed. [REDACTED] heeft een financieel belang om niet nu al tot beëindiging over te gaan, omdat zij de transitievergoeding moet voorfinancieren terwijl onzekerheid bestaat over de vraag wanneer en hoeveel [REDACTED] uiteindelijk terug zal krijgen. [REDACTED] concludeert tot afwijzing van de vorderingen.

4. De beoordeling

Formele procespartij gedaagde

4.1. Bij exploit van 29 april 2019 is gedagvaard [REDACTED], statutair gevestigd en kantoorhoudend te [REDACTED]. In de procedure is [REDACTED] B.V., statutair gevestigd te [REDACTED] verschenen. Ter zitting heeft de gemachtigde van [REDACTED] aangevoerd dat [REDACTED], de moedermaatschappij waartoe [REDACTED] behoort, geen werkgever is van [REDACTED]. [REDACTED] is werkgever van alle medewerkers in dienst bij [REDACTED] en zij dient daarom als procespartij te worden aangehouden. Dit wordt niet door [REDACTED] betwist. Om deze reden heeft de kantonrechter de formele aanduiding van de gedaagde partij in de aanhef van dit vonnis ambtshalve aangepast.

Spoedeisendheid

4.2. De spoedeisendheid van de vordering is door [REDACTED] voldoende gesteld en door [REDACTED] niet bestreden. De kantonrechter acht het belang van [REDACTED] voldoende spoedeisend, nu tussen partijen vast staat dat wanneer de arbeidsovereenkomst op 1 juni 2019 eindigt als gevolg van het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, [REDACTED] geen aanspraak meer kan maken op de transitievergoeding. Met de gevorderde voorziening beoogt [REDACTED] te bewerkstelligen dat de arbeidsovereenkomst eerder dan 1 juni 2019

eindigt door opzegging van de kant van [REDACTED] is daarom ontvankelijk in zijn vordering.

Inhoudelijke beoordeling

4.3. De kantonrechter stelt voorop dat in een procedure als de onderhavige, strekkende tot het treffen van een voorlopige voorziening, een vordering slechts kan worden toegewezen indien voldoende aannemelijk is dat de kantonrechter een overeenkomstige vordering in de bodemprocedure zal toewijzen, waarbij tevens de wederzijdse belangen van partijen, waaronder het belang bij onverwijld toewijzing enerzijds en het restitutierisico anderzijds, dienen te worden afgewogen.

4.4. Tussen partijen is in geschil de vraag of [REDACTED], vóórdat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zal eindigen op [REDACTED] juni 2019, is gehouden om tot opzegging van de arbeidsovereenkomst en betaling van de transitievergoeding over te gaan. De kantonrechter is voorshands van oordeel dat dit niet het geval is. Daartoe overweegt zij als volgt.

Mondelinge toezegging

4.5. [REDACTED] stelt dat [REDACTED] (bij monde van [REDACTED] casemanager, en [REDACTED] medewerker P&O) in februari 2017 een mondelinge toezegging heeft gedaan om hem een transitievergoeding te betalen indien er een wettelijke compensatieregeling zou komen, hetgeen volgens [REDACTED] door [REDACTED] werd genoemd "de kers op de taart". Een dergelijke mondelinge toezegging wordt door [REDACTED] bij gebrek aan wetenschap betwist. Genoemde [REDACTED] en [REDACTED] zijn niet meer werkzaam bij [REDACTED]. Ter zitting heeft [REDACTED] aangegeven dat zij tevergeefs heeft geprobeerd om voornoemde personen te bereiken, maar dat zij deze stelling van [REDACTED] niet heeft kunnen verifiëren. [REDACTED] onderbouwt haar betwisting met een verwijzing naar de in r.ov. 2.5. genoemde brief van 22 februari 2017 welke brief een bevestiging is van het gesprek van 20 februari 2017 van [REDACTED] met [REDACTED] en [REDACTED] over het eindigen van de loondoorbetalingsverplichting en het in stand blijven van de arbeidsovereenkomst en waarin niet over (de mogelijkheid van) het ontvangen van een transitievergoeding wordt gesproken. In reactie op deze betwisting heeft [REDACTED] aangegeven dat [REDACTED] de mondelinge toezegging destijds niet schriftelijk heeft willen bevestigen omdat het onzeker was of er een compensatieregeling kwam. [REDACTED] heeft evenmin naar aanleiding van deze procedure contact gehad met voornoemde personen. Gelet op het voorgaande acht de voorzieningenrechter het thans niet voldoende aannemelijk dat een mondelinge toezegging is gedaan. Deze toezegging kan dan ook geen grondslag vormen voor toewijzing van de vordering.

Goed werkgeverschap

4.6. Over de vraag of de werkgever in geval van een slapend dienstverband waarbij de werknemer geen arbeid verricht en de werkgever geen loonbetalingsverplichting heeft, is gehouden de arbeidsovereenkomst op te zeggen, zijn diverse procedures gevoerd met als rode lijn (i) dat geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten indien een werkgever bij een slapende arbeidsovereenkomst niet tot ontslag overgaat zodat de werknemer een transitievergoeding misloopt; en (ii) dat de werkgever ook niet op grond van zijn verplichtingen als goed werkgever (artikel 7:611 BW) verplicht kan worden over te gaan tot opzegging van de arbeidsovereenkomst. Voormelde rechtspraak dateert van vóór de totstandkoming van de WCT. De vraag is of de WCT dit anders maakt. In dat kader heeft de

Rechtbank Limburg bij vonnis van 10 april 2019 (ECLI:NL:RBLIM:2019:3331) prejudiciële vragen voorgelegd aan de Hoge Raad. De prejudiciële vragen gaan onder meer over de gehoudenheid van een werkgever om akkoord te gaan met een redelijk voorstel van een werknemer tot beëindiging van het dienstverband wegens langdurige arbeidsongeschiktheid onder betaling van een transitievergoeding gelijk aan het maximum wat wordt vergoed op basis van de WCT. Hoewel er in de onderhavige zaak geen voorstel van de werknemer tot wederzijdse beëindiging is gedaan en de gemachtigde van [REDACTED] ter zitting expliciet heeft aangegeven geen beroep te doen op het arrest Stoof/Mammoet, valt niet uit te sluiten dat de antwoorden op de prejudiciële vragen ook relevant kunnen zijn in het geval dat de werknemer op grond van goed werkgeverschap rechtens beoogt af te dwingen dat de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt. De kantonrechter kan echter de beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad niet afwachten nu de arbeidsovereenkomst van [REDACTED] op [REDACTED] juni 2019 van rechtswege zal eindigen en er dus voor die datum en ook voordat de Hoge Raad arrest zal hebben gewezen, moet worden beslist op de vordering van [REDACTED].

4.7. De kantonrechter ziet vooralsnog geen reden om vooruitlopend op de beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad af te wijken van de tot dusver bestendige jurisprudentie. De kantonrechter stelt voorop dat het behoort tot de keuzevrijheid/beleidsvrijheid van een werkgever om een arbeidsovereenkomst met een werknemer die meer dan twee jaar arbeidsongeschikt is door opzegging te beëindigen. Artikel 7:669 lid 1 juncto lid 2 aanhef en onder b BW bepaalt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst *kan* opzeggen indien de werknemer door ziekte of gebreken niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten, mits de periode dat het loon tijdens ziekte doorbetaald dient te worden is verstreken. Uit dit artikel noch uit de wetsgeschiedenis volgt dat de werkgever een ontslag*plicht* heeft als aan deze voorwaarden is voldaan.

4.8. [REDACTED] wijst erop dat uit de memorie van toelichting bij de WCT blijkt dat de gedachte achter de regeling is dat werkgevers het vaak als onbillijk ervaren dat zij na twee jaar doorbetaling van loon ook nog een transitievergoeding moeten betalen en dat, hoewel dat niet met zoveel woorden is terug te vinden in de memorie van toelichting, moet worden aangenomen dat de regeling is bedoeld om het laten voortbestaan van een slapend dienstverband na twee jaar arbeidsongeschiktheid teneinde te voorkomen dat een transitievergoeding moet worden betaald, tegen te gaan. [REDACTED] verwijst in dit verband naar de brief van 7 november 2018 van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid waarin deze bij herhaling heeft geschreven dat de compensatieregeling de prikkel moet wegnemen om slapende arbeidsovereenkomsten in stand te houden. Werknemers die voldoen aan het bepaalde in art. 7:669 lid 2 aanhef en onder b BW, hebben immers niet zonder meer recht op een transitievergoeding. Dat recht ontstaat eerst in geval van opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Als de redenering van [REDACTED] gevolgd zou moeten worden, namelijk dat een werkgever ingeval van een slapend dienstverband verplicht is de arbeidsovereenkomst op te zeggen, wordt in wezen een dergelijk recht in het leven geroepen. De wetgever heeft daar niet voor gekozen, wat er zij van de opmerkingen en kanttekeningen van de minister in het kader van de totstandkoming van de WCT.

4.9. [REDACTED] wijst ook op de uitspraak van de voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 28-03-2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3109 waarin de werkgever is veroordeeld de arbeidsovereenkomst met de werknemer op te zeggen. [REDACTED] vergelijkt de zich in die uitspraak voordoende situatie van terminale ziekte en de daarmee samenhangende tijdsdruk met de tijdsdruk bij [REDACTED] wegens het naderen van de AOW-leeftijd. Anders dan [REDACTED] ziet de kantonrechter in de (aanstaande inwerkingtreding van de) WCT en de

uitspraak van de Haagse voorzieningenrechter onvoldoende grond om af te wijken van de hiervoor in 4.6. geschetste bestendige jurisprudentie. Dat de wetgever slapende dienstverbanden zoals die van [REDACTED] wil tegengaan en dat sprake is van een rechtsontwikkeling die inhoudt dat slapende dienstverbanden als ongewenst worden beschouwd, staat wel vast. Om werkgevers te stimuleren deze dienstverbanden te beëindigen, heeft de wetgever de WCT in het leven geroepen. Dit laat echter onverlet dat de werkgever nog steeds niet verplicht is dan de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Die verplichting heeft de wetgever niet opgelegd en kan ook niet uit de WCT worden afgeleid. Evenmin bevat de WCT de verplichting om ook bij langdurige arbeidsongeschiktheid de transitievergoeding "af te rekenen". De tijdsdruk die voortvloeit uit het onafwendbaar naderen van de AOW-leeftijd maakt dit niet anders. Een streven van de wetgever om ongewenste situaties tegen te gaan vormt, ook naar maatstaven van goed werkgeverschap, geen verbod (aan individuele werkgevers) tot het laten voortbestaan van die situaties.

4.10. [REDACTED] heeft aangevoerd dat [REDACTED] geen rechtens te respecteren belang heeft bij haar weigering tot opzegging van de arbeidsovereenkomst met [REDACTED]. [REDACTED] zal op grond van de WCT immers grotendeels worden gecompenseerd, aldus [REDACTED]. Het verweer van [REDACTED] dat zij het bedrag ter grootte van de transitievergoeding dan moet voorfinancieren moet volgens [REDACTED] worden afgewezen omdat hij bereid is de rentelasten voor zijn rekening te nemen. Ook dit betoog verwerpt de kantonrechter. In geval van betaling van de transitievergoeding dient [REDACTED] dit bedrag voor te schieten. [REDACTED] heeft ter zitting toegelicht dat bij haar thans sprake is van 25 slapende dienstverbanden waarmee transitievergoedingen in de orde van grootte van € 750.000,- zijn gemoeid waarbij nog geen rekening is gehouden met de werknemers die vóór 1 april 2020 de AOW-leeftijd bereiken. Ook op grond daarvan heeft [REDACTED] belang bij haar weigering om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Verder staat vast dat de compensatie zal worden betaald vanuit het Algemeen werkloosheidsfonds. Dit fonds wordt gefinancierd uit werkgeverspremies en daarmee is de compensatie (deels) een sigaar uit eigen doos. Bovendien zullen die premies verhoogd kunnen worden indien (te) veel gebruik gemaakt zal worden van de WCT. Ook hieruit volgt dat [REDACTED] belang heeft bij haar weigering op te zeggen.

4.11. Als een werkgever het beleid heeft om de arbeidsovereenkomsten met werknemers met een slapend dienstverband op te zeggen, zou het (wellicht) wel in strijd met goed werkgeverschap kunnen zijn als de werkgever dat in een individueel geval niet doet. Van een dergelijk beleid is in deze zaak echter niet gebleken. [REDACTED] heeft ter zitting toegelicht dat zij per geval een afweging maakt of zij door middel van opzegging een slapend dienstverband beëindigt. Voorts heeft zij aangevoerd dat zij doende is met het opstellen van beleid op dit punt en dat een van de uitgangspunten daarin zal zijn dat slapende dienstverbanden van (bijna) AOW-gerechtigde werknemers niet zullen worden opgezegd omdat die arbeidsovereenkomsten toch eindigen door het bereiken van de AOW-leeftijd en dat eventueel op termijn te ontvangen compensatie dit niet anders maakt. [REDACTED] heeft ter zitting benadrukt dat niet nu al duidelijk is dat vooruitlopend op of na inwerkingtreding van de WCT alle slapende dienstverbanden worden beëindigd en dat dit een individuele afweging blijft. Tegen dit betoog heeft [REDACTED] niets concreets ingebracht. [REDACTED] heeft niet betwist dat ondanks de WCT twee werknemers met een slapend dienstverband de AOW-leeftijd hebben bereikt zonder dat [REDACTED] aan hen een transitievergoeding heeft betaald. Van een situatie van ongelijke behandeling is dus evenmin sprake.

4.12. Gelet op het voorgaande concludeert de kantonrechter dat [REDACTED] niet handelt in strijd met goed werkgeverschap door de arbeidsovereenkomst met [REDACTED] niet op te zeggen ook niet nu het dienstverband van [REDACTED] op [REDACTED] juni 2019 vanwege het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd van rechtswege zal eindigen. Dat is immers het gevolg

van een wettelijke regeling waarop de werkgever geen invloed heeft. Dat [REDACTED] bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd geen recht heeft op een transitievergoeding maakt het voorgaande evenmin anders nu dit het gevolg is van een wettelijke bepaling (artikel 7:673 lid 7 sub b BW).

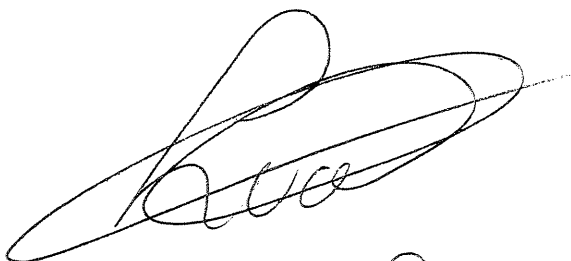
4.13. Samengevat betekent dit dat de vorderingen van [REDACTED] zullen worden afgewezen. Als de in het ongelijk gestelde partij zal [REDACTED] worden veroordeeld tot betaling van de kosten van dit geding.

5. De beslissing

De kantonrechter rechtdoende als voorzieningenrechter:

- 5.1. wijst de vorderingen af;
- 5.2. veroordeelt [REDACTED] tot betaling van de proceskosten, te weten € 720,00 aan salaris gemachtigde;
- 5.3. verklaart onderdeel 5.2. van dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.F.M.T. Franke, kantonrechter en op 29 mei 2019 in het openbaar uitgesproken in aanwezigheid van de griffier.



"VOOR GROSSE"
De griffier van de rechtbank Oost-Brabant



29 MEI 2019