

# Artikel

## De Hoge Raad zet de wekker op 20 juli 2018, óók voor (semi-)diepslapers en verlate slapers

mr. Frank Dekker en mr. Leon 't Mannetje\*

### 1. Inleiding

Op 11 november 2022 deed de Hoge Raad twee langverwachte uitspraken in de zaken ESD<sup>1</sup> en Ammeraal<sup>2</sup> over toepassing van de Xella-norm. Hiermee lijkt de discussie over slapende dienstverbanden en de Xella-norm grotendeels uitgekristalliseerd. In dit artikel maken wij de balans op.

### 2. Achtergrond: slapende dienstverbanden en Xella

Al jaren speelt de discussie over het zogeheten 'slapende dienstverband'. Dat is een dienstverband waarbij een werknemer langer dan twee jaar ziek is, geen loon meer ontvangt en de werkgever de arbeidsovereenkomst niet opzegt, hoewel hij daartoe op grond van artikel 7:669 lid 3 sub b BW (b-grond) wel bevoegd is.

Vóór inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (Wwz) kon de werkgever een slapend dienstverband in de meeste gevallen nagenoeg kosteloos opzeggen. Dat veranderde toen op 1 juli 2015 de Wwz (grotendeels) in werking trad. Sindsdien geldt namelijk als uitgangspunt dat óók langdurig arbeidsongeschikte werknemers bij

ontslag in aanmerking komen voor een transitievergoeding. Om betaling van die vergoeding te voorkomen koos een toenemend aantal werkgevers ervoor de arbeidsovereenkomst niet op te zeggen en het dienstverband slapend voort te zetten. Hierdoor nam het aantal slapende dienstverbanden onder de Wwz toe.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft sinds 7 september 2015 het standpunt ingenomen dat het slapend houden van een dienstverband met als enige reden het niet willen betalen van een transitievergoeding 'niet getuigt van fatsoenlijk werkgeverschap'.<sup>3</sup> Gesteund door deze uitlating hebben meerdere 'slapende' werknemers op verschillende manieren geprobeerd om werkgevers via de rechter te dwingen om het dienstverband te beëindigen en een transitievergoeding te betalen. Zij liepen er echter tegenaan dat bij een einde van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werknemer géén aanspraak bestaat op een transitievergoeding, tenzij is voldaan aan de hoge drempel van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever (art. 7:673 lid 1 sub b BW). Volgens de toen heersende lijn in de rechtspraak was het enkele in stand houden van een slapend dienstverband niet ernstig verwijtbaar,<sup>4</sup> niet in strijd met goed werkgeverschap,<sup>5</sup> niet naar maatstaven

11

\* Frank Dekker is cassatie- en arbeidsrechtadvocaat bij BarentsKrans te Den Haag. Leon 't Mannetje is arbeidsrechtadvocaat bij BarentsKrans te Den Haag.

1 HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1576 (ESD).

2 HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1575 (Ammeraal).

3 Zie onder meer *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, nr. 3304, p. 2; en *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, nr. 1328, p. 1.

4 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036, r.o. 11; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6140, r.o. 4.6; Ktr. Limburg 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:7608, r.o. 4.7; Ktr. Limburg 23 mei 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:4343, r.o. 4.8; Ktr. Zeeland-West-Brabant 11 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1637, r.o. 5.7; Ktr. Midden-Nederland 2 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8495, r.o. 4.10.

5 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036, r.o. 8; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6140, r.o. 4.6; Ktr. Limburg 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7394, r.o. 4.4.

van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar<sup>6</sup> en leverde het ook geen ernstige wanprestatie op.<sup>7</sup> Het stond werkgevers dus vrij om dienstverbanden slapend te houden.

Mede om slapende dienstverbanden alsnog tegen te gaan,<sup>8</sup> is in 2018 de Wet compensatieregeling transitievergoeding (Wct) aangenomen. De Wct voorziet in compensatie voor werkgevers die de transitievergoeding moeten betalen bij ontslag van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer. Deze in artikel 7:673e BW opgenomen compensatieregeling is op 1 april 2020 in werking getreden en heeft terugwerkende kracht tot 1 juli 2015. De compensatieregeling neemt de financiële prikkel voor werkgevers om een dienstverband slapend te houden (nagenoeg) weg. De Wct *dwingt* een werkgever echter niet tot ontslag.

De Hoge Raad doet dat wel. In de Xella-uitspraak<sup>9</sup> uit 2019 oordeelde de Hoge Raad namelijk dat een goed werkgever in beginsel moet instemmen met een voorstel van een werknemer om een slapend dienstverband met wederzijds goedvinden te beëindigen onder toekenning van een vergoeding ter hoogte van de transitievergoeding (de Xella-norm). Hierbij geldt dat die vergoeding niet méér hoeft te bedragen dan de transitievergoeding die de werkgever verschuldigd zou zijn in geval van ontslag op het moment dat de werkgever het dienstverband voor het eerst kon beëindigen op de b-grond. Uit de uitspraak van de Hoge Raad blijkt dat de Xella-norm mede is ingegeven door de Wct:

‘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.’

De Xella-uitspraak bracht geen einde aan de discussie over slapende dienstverbanden. Hoewel de Xella-norm duidelijk maakt dat werkgevers doorgaans moeten meewerken aan het beëindigen van slapende dienstverbanden, bestond nog onduidelijkheid over de exacte reikwijdte van de Xella-norm.

### 3. Temporeel bereik Xella-norm: ESD

In de zaak ESD<sup>10</sup> staat de vraag centraal vanaf welk moment de Xella-norm geldt. Dit is van belang voor de beoordeling van de rechtspositie van een werkgever die in de periode voorafgaand aan de Xella-uitspraak op 8 november 2019 heeft geweigerd in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van een slapend dienstverband.

Het gaat in deze zaak om een werknemer die sinds juni 2014 volledig arbeidsongeschikt is en van wie het dienstverband op 25 juni 2016 in slaap is gevallen. Op 23 januari 2017 heeft de werknemer aan ESD verzocht om zijn arbeidsovereenkomst te beëindigen. ESD wilde hieraan wel meewerken, maar zonder toekenning van de door de werknemer gewenste transitievergoeding. Later in 2017 is de arbeidsovereenkomst tussen partijen vanwege het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd door de werknemer van rechtswege geëindigd. Vervolgens verzocht de werknemer in maart 2020 – dus na de Xella-uitspraak – aan ESD om een schadevergoeding ter hoogte van de transitievergoeding, omdat ESD in strijd met het goed werkgeverschap zou hebben gehandeld door in 2017 afwijzend te reageren op het verzoek tot beëindiging van het dienstverband onder toekenning van een transitievergoeding. Na de weigering van ESD stapte de werknemer naar de rechter. De vraag is of de Xella-norm in 2017 al gold.

Voordat de Hoge Raad deze vraag beantwoordt, beslecht hij eerst een procedurele kwestie. De Hoge Raad oordeelt namelijk ambtshalve of de werknemer wel voor de juiste rechtsingang heeft gekozen door de procedure met een verzoekschrift in plaats van een dagvaarding in te leiden. Het verzoek van de werknemer strekt tot betaling door ESD van een schadevergoeding op de grond dat ESD in strijd zou hebben gehandeld met de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende Xella-norm. Een dergelijk verzoek valt volgens de Hoge Raad onder het toepassingsbereik van artikel 7:686a lid 2 BW, zodat de werknemer terecht voor een verzoekschrift heeft gekozen.

Dit is voor de werknemer gelijk ook het enige positieve aan de uitspraak. De Hoge Raad oordeelt vervolgens namelijk dat de in Xella aangenomen verplichting van een werkgever om mee te werken aan een verzoek tot beëindiging van een slapend dienstverband onder toekenning van een vergoeding ter hoogte van de transitievergoeding erop berust dat de werkgever die vergoeding gecompenseerd kan krijgen. Dáárom heeft de werkgever in beginsel geen redelijk belang om het verzoek van de werknemer te weigeren en de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Hierbij past het volgens de Hoge Raad te aanvaarden dat de Xella-norm eerst gold vanaf het moment waarop werkgevers ervan konden uitgaan dat

6 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 20 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3376, r.o. 3.9.

7 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036, r.o. 7.

8 Kamerstukken II 2016/17, 34707, nr. 2, p. 3.

9 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (Xella).

10 HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1576 (ESD).

de compensatie er zou komen. Vanaf dat moment kon van hen redelijkerwijs worden verwacht dat zij hun gedrag daarop afstemden. Hoewel al ruim daarvoor sprake was van een voornemen van de regering om een compensatieregeling in te voeren, was de komst van een wettelijke aanspraak op compensatie volgens de Hoge Raad pas voldoende zeker met de publicatie van de Wct in het *Staatsblad*, dat wil zeggen op 20 juli 2018. Aangezien het geweigerde Xella-verzoek van vóór die datum dateert, is ESD geen schadevergoeding verschuldigd.

## 4. De Xella-norm en (semi-) diepslapers: Ammeraal

Een andere vraag die de Xella-uitspraak oproept, is of de Xella-norm ook geldt voor dienstverbanden die vóór 1 juli 2015 slapend zijn geworden.

De heersende opvatting in de rechtspraak en literatuur was dat dit niet het geval is.<sup>11</sup> Deze gedachte was gebaseerd op de overweging van de Hoge Raad dat een Xella-vergoeding niet méér hoeft te bedragen dan de transitievergoeding die de werkgever verschuldigd zou zijn bij ontslag direct na het ontstaan van de bevoegdheid van de werkgever om de werknemer te ontslaan wegens langdurige arbeidsongeschiktheid.<sup>12</sup> Dit werd dan kennelijk zo gelezen dat men terug moest gaan in de tijd naar de dag waarop de ontslagbevoegdheid ontstond. Dit is meestal de eerste dag nadat de WIA-wachttijd van twee ziektejaren is verstreken (art. 7:670 lid 1 sub a BW). Lag die dag vóór 1 juli 2015 dan zou volgens deze gedachtegang moeten worden geconstateerd dat de vergoeding nihil zou bedragen, omdat de transitievergoeding toen nog niet bestond.

Een vergelijkbare redenering werd erop nagehouden met betrekking tot de reikwijdte van de compensatieregeling van de Wct. De compensatie is in artikel 7:673e lid 2 BW gemaximeerd op het bedrag aan transitievergoeding dat de werkgever verschuldigd zou zijn bij ontslag op de dag na het verstrijken van de termijn van het opzegverbod tijdens ziekte uit artikel 7:670 lid 1 sub a BW. Uit een letterlijke lezing van de wettekst volgt dan dat geen recht op compensatie bestaat als het reguliere opzegverbod van twee jaar vóór 1 juli 2015 is verstreken, omdat de transitievergoeding toen nog niet bestond.<sup>13</sup> De Centrale Raad van Beroep (CRvB) haalde in 2022 een

streep door deze gedachtegang.<sup>14</sup> Uit de wettekst, het doel van de compensatie en de wetsgeschiedenis van de Wct blijkt volgens de CRvB dat met de maximeringsbepaling slechts is beoogd dat het deel van de transitievergoeding dat wordt opgebouwd in de periode ná het verstrijken van het opzegverbod tijdens ziekte bij de hoogte van de compensatie buiten beschouwing blijft.<sup>15</sup> De maximeringsbepaling van de Wct is dus slechts een rekenvoorschrift dat bepalend is voor de factor ‘duur van het dienstverband’ bij de berekening van het deel van de transitievergoeding dat voor compensatie in aanmerking komt. Of bij een ontslag op het in artikel 7:673e lid 2 BW genoemde moment al dan niet recht zou bestaan op een transitievergoeding is hierbij niet van belang. Kortom: compensatie op basis van de Wct is ook mogelijk bij dienstverbanden die vóór 1 juli 2015 slapend zijn geworden.

Onduidelijk was of deze uitspraak van de CRvB een-opeen kan worden toegepast op de Xella-norm. Oftewel: of de Xella-norm óók geldt voor dienstverbanden die vóór 1 juli 2015 slapend zijn geworden. Vóór die opvatting pleit dat de Xella-norm mede is ingegeven door de compensatieregeling van de Wct. Bovendien lijkt het gegeven dat de Hoge Raad de Xella-vergoeding heeft gemaximeerd verband te houden met de maximering van de compensatie in artikel 7:673e lid 2 BW. Hier staat tegenover dat de Hoge Raad de hoogte van de Xella-vergoeding expliciet loskoppelt van de compensatie van de Wct:

‘2.7.2. (...) voor de hoogte van die vergoeding [dient] 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.’<sup>16</sup>

In Ammeraal<sup>17</sup> staat de vraag centraal of voor de Xella-norm van belang is of het dienstverband vóór of na 1 juli 2015 slapend is geworden.

A-G De Bock pleit in haar conclusie in deze zaak voor een vernieuwend en complex systeem met – naast ‘gewone’ slapers – een onderscheid tussen diepslapers, semi-diepslapers en verlate slapers. Van een ‘diepslaper’ is sprake als de WIA-wachttijd vóór 1 juli 2015 is verstreken en ook de ontslagbevoegdheid toen al is ontstaan. Als de wachttijd vóór 1 juli 2015 is verstreken maar de ontslagbevoegdheid pas op of na die datum is ontstaan, is sprake van een ‘semi-diepslaper’. Bij een ‘verlate slaper’ liggen de eerste twee ziektejaren weliswaar vóór 1 juli 2015, maar eindigt de WIA-wachttijd door een

11 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 8 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2156, r.o. 3.4.2 en 3.4.5; Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:514, r.o. 3.3; Ktr. Amsterdam 28 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5427, r.o. 15 en 16; Vznr. Utrecht 19 februari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:563, r.o. 3.9 en 3.10; G. Brandt, ‘De doorslaper: het recht op vergoeding en het recht op compensatie’, *TvO* 2022/1, p. 13; P. Besselink, ‘Een jaar na Xella: is iedereen wakker?’, *TvO* 2021/1, p. 10-11; A.R. Houweling, annotatie bij Xella in *AR-updates* 2019-1182, par. 5.3.

12 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (Xella), r.o. 2.7.3.

13 Bijvoorbeeld: Rb. Midden-Nederland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3534, r.o. 14 en 15. Zie voor kritiek op deze opvatting F.M. Dekker, ‘Een nieuw speelveld voor diepslapers?’, *TRA* 2022/3, nr. 23.

14 CRvB 1 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1180, r.o. 7.3 t/m 7.6.

15 CRvB 1 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1180, r.o. 7.4.7.

16 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (Xella), r.o. 2.7.2.

17 HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1575 (Ammeraal).

loonsanctie pas op of na die datum en ontstaat dus ook de ontslagbevoegdheid pas op of na 1 juli 2015. Volgens de A-G moet de Xella-norm worden losgekoppeld van het recht van de werkgever op compensatie op grond van artikel 7:673e BW. Samengevat concludeert de A-G dat de Xella-norm van toepassing is op alle slapende dienstverbanden, maar dat alleen bij gewone slapers, semi-diepslapers en verlate slapers een beëindigingsvergoeding hoeft te worden betaald.<sup>18</sup>

De Hoge Raad komt tot een eenvoudigere uitkomst. De Hoge Raad stelt, net als in ESD, voorop dat de in Xella aangenomen verplichting om mee te werken aan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met toekenning van (ongeveer) de transitievergoeding, erop berust dat de werkgever de vergoeding gecompenseerd kan krijgen en daarom in beginsel geen redelijk belang heeft bij voortdurende van de arbeidsovereenkomst. Daarom is volgens de Hoge Raad van belang onder welke voorwaarden uit hoofde van artikel 7:673e BW aanspraak kan worden gemaakt op compensatie. Daarvoor is – ervan uitgaande dat ook voor het overige is voldaan aan de voorwaarden uit artikel 7:673e lid 1 sub a BW – slechts van belang of de werkgever het dienstverband op of na 1 juli 2015 heeft beëindigd. Het bepaalde in het tweede lid van artikel 7:673e BW doet hier niet aan af. Hierin wordt de hoogte van de compensatie gemaximeerd door voor de berekening daarvan de duur van de arbeidsovereenkomst fictief te bekorten tot de datum waarop de wachttijd als bedoeld in artikel 7:670 lid 1 sub a BW is verstreken. Deze bepaling brengt, aldus de Hoge Raad, *niet* mee dat wanneer het einde van de wachttijd vóór 1 juli 2015 lag, de compensatie nihil is omdat de transitievergoeding toen nog niet ingevoerd was. Aangezien werkgevers voor alle soorten slapers in aanmerking kunnen komen voor compensatie op grond van artikel 7:673e BW, geldt de Xella-norm dus ook voor alle soorten slapers.

## 5. Verzoekschrift of dagvaarding?

Zoals vermeld, besteedt de Hoge Raad in ESD eerst aandacht aan een procedureel punt. Hij stelt en beantwoordt de vraag of de werknemer de procedure terecht met een verzoekschrift heeft ingeleid. De werknemer onderbouwde zijn keuze voor deze procesgang met een verwijzing naar artikel 7:686a lid 3 BW. In het inleidende verzoekschrift is hierover het volgende opgenomen:

‘Daar de vordering verband houdt met andere vorderingen van boek 7, titel 10, afdeling 9 van het BW is de

vordering ingeleid met een verzoekschrift conform artikel 7:686a lid 3 BW.’<sup>19</sup>

Deze onderbouwing lijkt ons niet steekhoudend. Artikel 7:686a lid 3 BW voorziet in de mogelijkheid om een vordering als *nevenverzoek* te combineren met een verzoek op grond van afdeling 9 van titel 7.10 BW. Dit artikellid veronderstelt dus dat er nog een andere claim is die op grond van artikel 7:686a lid 2 BW met een verzoekschrift moet worden ingeleid. Die situatie is hier niet aan de orde. Uit de uitspraak blijkt in ieder geval niet dat de werknemer ook nog iets anders verzocht dan schadevergoeding wegens schending van het goed werkgeverschap. Artikel 7:686a lid 3 BW kan niet als grondslag dienen voor het zelfstandig met een verzoekschrift inleiden van een vordering.

Waarschijnlijk is dit de reden dat de Hoge Raad de rechtvaardiging voor de verzoekschriftprocedure op het tweede lid van artikel 7:686a BW baseert. Uit dit artikellid volgt dat gedingen die op het ‘in, bij of krachtens’ afdeling 7.10.9 BW bepaalde zijn gebaseerd met een verzoekschrift worden ingeleid. Het is jammer dat de Hoge Raad volstaat met de constatering dat het betrokken verzoek onder het toepassingsbereik van artikel 7:686a lid 2 BW valt, zonder dit verder te motiveren. Naar onze mening is dit namelijk niet zo vanzelfsprekend als de Hoge Raad het doet voorkomen. Het verzoek van de werknemer ‘strekt’, in de woorden van de Hoge Raad, ‘tot betaling door ESD van schadevergoeding op de grond dat ESD in strijd heeft gehandeld met haar uit art. 7:611 BW voortvloeiende verplichting om de arbeidsovereenkomst met de werknemer te beëindigen onder toekenning van een transitievergoeding’.<sup>20</sup> De aanspraak op schadevergoeding vindt zijn basis niet in afdeling 9 van titel 7.10 BW, maar in Boek 6 BW.<sup>21</sup> Zelfs de door de werkgever geschonden norm – te weten: artikel 7:611 BW – is niet in die afdeling te vinden. Strikt genomen is dus niet voldaan aan de voorwaarde dat sprake moet zijn van een geding gebaseerd op het ‘in, bij of krachtens’ afdeling 7.10.9 BW bepaalde. Het zou daarom behulpzaam zijn geweest als de Hoge Raad had gemotiveerd waarom hij meent dat het verzoek toch onder het toepassingsbereik van artikel 7:686a lid 2 BW valt. Dat zou de praktijk hebben geholpen, aangezien niet altijd duidelijk is of een procedure moet worden gestart met een verzoekschrift of een dagvaarding.<sup>22</sup>

18 Conclusie A-G De Bock 11 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:136 (ESD), punt 11.1 t/m 13.6.

19 Aangehaald door A-G De Bock in haar conclusie, punt 13.2 (ECLI:NL:PHR:2022:137).

20 HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1576 (ESD), r.o. 3.

21 Schending van de norm van goed werkgeverschap als bedoeld in art. 7:611 BW levert namelijk wanprestatie op waarvoor de werkgever schadeplichtig is op grond van art. 6:74 BW (vergelijk HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9995, r.o. 3.3.2).

22 Zie hierover uitvoerig het tweeluik van Quist: J.P. Quist, ‘Dagvaarding of verzoekschrift? That’s the question (deel I)’, TAP 2021/8, p. 20-30; en J.P. Quist, ‘Dagvaarding of verzoekschrift? That’s the question (deel II)’, TAP 2022/1, p. 21-40.



A-G De Bock lijkt dit te onderkennen en gaat in haar conclusie voor ESD dieper op de problematiek in.<sup>23</sup> Op grond van de wetsgeschiedenis komt zij tot de conclusie dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om alle ontslagzaken verzoekschriftprocedures te laten zijn. De vraag is volgens de A-G daarom of een schadevergoedingsvordering wegens schending van de Xella-norm onlosmakelijk is verbonden met de bepalingen uit afdeling 7.10.9 BW. Deze vraag beantwoordt A-G De Bock vanwege de samenhang tussen de Xella-norm en het ontslagrecht – in het bijzonder met de bepalingen over de transitievergoeding uit afdeling 7.10.9 – begrijpelijkerwijs bevestigend. Aangezien de Hoge Raad zijn oordeel niet onderbouwt, gaan wij ervan uit dat hij de redenering van zijn A-G op dit punt volgt.

Hoe dat ook zij: duidelijk is in ieder geval dat de Hoge Raad er een ruime interpretatie van artikel 7:686a lid 2 BW op nahoudt en dat dit artikellid niet is beperkt tot gedingen die in letterlijke zin op het ‘in, bij of krachtens’ afdeling 7.10.9 BW bepaalde zijn gebaseerd. Als de Hoge Raad inderdaad heeft bedoeld de A-G te volgen op dit punt, dan lijkt iedere ontslaggerelateerde procedure met een verzoekschrift te kunnen worden ingeleid.

In Ammeraal stelt de Hoge Raad niet de vraag of de juiste rechtsingang is gekozen. Dat is op het eerste gezicht opmerkelijk, aangezien die procedure – anders dan ESD – met een dagvaarding is ingeleid. Bij nadere beschouwing is dit evenwel goed te verklaren. Cruciaal verschil tussen ESD en Ammeraal is dat laatstgenoemde zaak een kort geding is. Een kort geding wordt ingevolge artikel 254 Rv met een dagvaarding ingeleid. Zo is te verklaren dat de Hoge Raad over hetzelfde onderwerp in de éne zaak een beschikking geeft en in de ándere zaak een arrest wijst.

## 6. Peildatum 20 juli 2018

Over het algemeen wordt aangenomen dat de rechter het recht niet creëert, maar alleen ‘vindt’. De rechter stelt slechts vast wat altijd al gold. Rechterlijke uitspraken werken om die reden niet alleen voor de toekomst, maar gelden ook voor het verleden. Op deze hoofdregel zijn echter uitzonderingen mogelijk. De rechter kan grenzen stellen aan de temporele werking van een uitspraak. Dit kan de rechter in de betrokken uitspraak zelf doen, maar ook in een volgende uitspraak. ESD vormt een voorbeeld van dit laatste. De Hoge Raad bepaalt daarin immers dat de Xella-norm pas sinds 20 juli 2018 onderdeel van het positieve recht is.

A-G De Bock toonde zich in haar conclusie pleitbezorger van een verdergaande terugwerkende kracht.<sup>24</sup> Zij

meende dat ‘gewoon’ van de hoofdregel zou moeten worden uitgegaan. In dat geval zou de Xella-norm sinds 1 juli 2015 gelden.<sup>25</sup> Dat strookt volgens de A-G met het feit dat aan de compensatieregeling terugwerkende kracht is toegekend tot die datum. A-G De Bock wordt hierin bijgevallen door Otto.<sup>26</sup> In zijn annotatie bij de ESD-beschikking schrijft hij dat de terugwerkende kracht van de compensatieregeling met de uitspraak van de Hoge Raad weer gedeeltelijk ongedaan wordt gemaakt. Otto vindt het daarnaast ook niet problematisch in verband met de rechtszekerheid als de werkgever achteraf wordt geconfronteerd met een verplichting waarvan hij het bestaan niet kon kennen, omdat de transitievergoeding die hierdoor moet worden betaald volgens hem toch wordt gecompenseerd.

Wij zijn het hier niet mee eens. De Bock en Otto gaan eraan voorbij dat het om twee verschillende zaken gaat. De terugwerkende kracht van de compensatieregeling houdt in dat ook werkgevers die vóór 1 april 2020 – de inwerkingtredingsdatum van de Wct – een slapend dienstverband hebben beëindigd, de daarbij uitgekeerde vergoeding van het UWV terug kunnen krijgen. Dat is een andere vraag dan die naar de temporele werking van de Xella-norm. Dat de grens hiervoor op 20 juli 2018 is bepaald, vormt geen inbreuk op de terugwerkende kracht van de compensatieregeling. Dit betekent immers niet dat de werkgever die vóór 20 juli 2018 een einde heeft gemaakt aan een slapend dienstverband, geen recht zou hebben op compensatie voor de daarbij uitbetaalde vergoeding.

Het is in onze ogen niet rechtvaardig om de Xella-norm eveneens tot 1 juli 2015 te laten terugwerken. In de periode vóór de Wct waren werkgevers volgens de heersende lijn in de rechtspraak niet verplicht een slapend dienstverband te beëindigen. Het zou niet eerlijk zijn om daar nu met terugwerkende kracht anders over te denken en die werkgevers alsnog handelen in strijd met het goed werkgeverschap aan te wrijven. Dan zou het verleden te zeer worden bekeken door de bril van nu. Anders dan Otto lijkt te veronderstellen, zou dit ook niet een onschuldige inbreuk op de rechtszekerheid vormen zonder noemenswaardige consequenties voor werkgevers. Gevolg van schending van de Xella-norm is immers niet dat de werkgever alsnog een transitievergoeding moet betalen, maar dat hij de eventuele schade die de werknemer hierdoor lijdt moet vergoeden. En een schadevergoeding komt – zo denken wij – niet voor compensatie in aanmerking (zie hierna, par. 7).

Het is zodoende terecht dat de Hoge Raad voor de temporele werking van de Xella-norm aanknoopt bij het moment waarop voor werkgevers voldoende zekerheid bestond dat de compensatieregeling er zou komen. Er is wel wat af te dingen op de gekozen datum van 20 juli 2018, maar dat geldt evengoed voor iedere andere

23 Conclusie A-G De Bock 11 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:137 (ESD), punt 13.1 t/m 13.18.

24 Conclusie A-G De Bock 11 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:137 (ESD), punt 8.1 t/m 12.16.

25 Terugwerkende kracht tot een eerder moment dan 1 juli 2015 is zinloos, omdat de transitievergoeding vóór die datum nog niet bestond.

26 Zie zijn annotatie bij ESD in JAR 2022/303.

datum.<sup>27</sup> De datum van 20 juli 2018 is goed te rechtvaardigen, aangezien op die datum staatsrechtelijk gezien sprake was van een wet.<sup>28</sup> Een ‘betere’ datum is er in onze ogen in ieder geval niet.

Wat betekent het nu concreet dat de temporele werking van de Xella-norm is beperkt tot 20 juli 2018? Dit betekent om te beginnen dat werkgevers die vóór die datum hebben geweigerd mee te werken aan een beëindiging van een slapend dienstverband de dans ontspringen. Werkgevers die dat op of na die datum hebben gedaan, zijn aansprakelijk voor de schade die de werknemer daardoor lijdt. Of er schade is, hangt af van de concrete situatie. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen (i) de situatie dat de arbeidsovereenkomst inmiddels zonder vergoeding is geëindigd, bijvoorbeeld doordat de werknemer in de tussentijd de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt, en (ii) de situatie dat de werknemer nog in dienst is:

- In het eerste scenario zal de schade in de regel gelijk zijn aan de door de werknemer misgelopen Xella-vergoeding. De werkgever zal die schade moeten vergoeden.<sup>29</sup> Wij zijn ervan overtuigd dat de werkgever niet in aanmerking komt voor compensatie van deze schadevergoeding (zie hierna, par. 7).
- In het tweede scenario kan de schade beperkter of nihil zijn, omdat alsnog een Xella-beëindiging kan plaatsvinden. Doordat de aan te bieden vergoeding ingevolge Xella niet méér hoeft te bedragen dan de transitievergoeding die de werkgever verschuldigd zou zijn geweest in geval van ontslag op het moment dat hij het dienstverband voor het eerst kon beëindigen op de b-grond, maakt het voor de bij de hoogte van de Xella-vergoeding in acht te nemen anciënniteit niet uit dat sinds het geweigerde Xella-verzoek geruime tijd is verstreken. Dat wil echter niet zeggen dat de werkgever in dit scenario volledig *off the hook* is. De transitievergoeding is per 1 januari 2020 versoberd. Sindsdien telt diensttijd na het tiende dienstjaar (art. 7:673 lid 2 (oud) BW) en/of na het vijftigste levensjaar (art. 7:673a (oud) BW) niet meer zwaarder. Hierdoor kan het zo zijn dat de Xella-vergoeding ten tijde van de alsnog-Xella-beëin-

diging lager is dan deze bij honorering van het oorspronkelijke Xella-verzoek zou zijn geweest. Het verschil zal de werkgever alsnog moeten bijplussen in de vorm van een schadevergoeding. In dit scenario komt de werkgever er wel een stuk genadiger van af, omdat hij voor de Xella-vergoeding compensatie kan aanvragen. Vermoedelijk zal de werkgever dus alleen de eventuele aanvullende schadevergoeding uit eigen zak moeten betalen.

## 7. Recht op compensatie als voorwaarde voor toepassing van de Xella-norm?

Hiervóór is al opgemerkt dat uit Xella volgt dat een werkgever onder omstandigheden gehouden kan zijn om mee te werken aan de wens van een ‘slapende’ werknemer om de arbeidsovereenkomst te beëindigen onder uitbetaling van een vergoeding. In de praktijk is de vraag gerezen of deze plicht ervan afhankelijk is of de werkgever op de voet van artikel 7:673e BW voor die vergoeding zal worden gecompenseerd. In de lagere rechtspraak is hier wisselend over geoordeeld.<sup>30</sup> De Hoge Raad is nu duidelijk. Zowel in ESD als in Ammeraal stelt hij immers expliciet voorop dat de in Xella aangenomen medewerkingsplicht erop berust dat de werkgever de uit te betalen ontslagvergoeding gecompenseerd kan krijgen en daarom in beginsel geen redelijk belang heeft bij voortdurende van de arbeidsovereenkomst. In onze woorden: een werkgever heeft in principe geen redelijk belang bij een afwijzende reactie op een beëindigingsverzoek onder uitbetaling van een (transitie)vergoeding, *omdat* hij die vergoeding weer terugkrijgt.

Vanwege deze koppeling tussen de medewerkingsplicht en het recht op compensatie, is van belang onder welke voorwaarden op grond van artikel 7:673e BW aanspraak kan worden gemaakt op compensatie. In Ammeraal oordeelt de Hoge Raad – simpel gezegd – dat recht op compensatie bestaat in alle gevallen waarin een slapend dienstverband op of na 1 juli 2015 is beëindigd. Het is niet van belang wanneer het dienstverband slapend is geworden. De Xella-norm geldt dus voor alle soorten slapers, óók de ‘diepslaper’, de ‘semi-diepslaper’ en de ‘verlate slaper’.

Artikel 7:673e BW ziet op de verhouding tussen werkgever en het UWV. Het gaat hier dus om een bestuursrechtelijke rechtsverhouding. Dat de bepaling in het BW is opgenomen doet hieraan niet af. Geschillen over artikel 7:673e BW horen thuis bij de bestuursrechter, met de

27 Zie Conclusie A-G De Bock 11 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:137 (ESD), punt 9.4 t/m 9.27 en 12.9.

28 Volledige zekerheid dat een in het *Staatsblad* gepubliceerde wet ook daadwerkelijk (in die vorm) in werking zal treden is er overigens niet. De Wct biedt hiervan een fraai voorbeeld. De op 20 juli 2018 in het *Staatsblad* (Stb. 2018, 234) gepubliceerde versie van art. 7:673e BW wijkt immers af van de versie die op 1 april 2020 in werking is getreden. De oorspronkelijke versie voorzag in lid 2 in een extra plafond voor de compensatie. De compensatie zou volgens dat plafond niet meer kunnen bedragen dan het loon dat de werkgever gedurende de ziekteperiode aan de werknemer heeft doorbetaald. Het inwerkingtredingsbesluit van 20 februari 2019 (Stb. 2019, 76) ging nog uit van een volledige inwerkingtreding van deze versie van art. 7:673e BW. Dit is bij besluit van 5 december 2019 evenwel gewijzigd (Stb. 2019, 474). Met dat besluit is het bedoelde plafond als het ware uit lid 2 geknipt doordat is bepaald dat de betrokken zinsnede niet in werking zou treden. Met de Verzamelwet SZW 2021 is het plafond definitief geschrapt (Stb. 2020, 496).

29 Dit zou onder omstandigheden anders kunnen zijn, bijvoorbeeld als de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden is beëindigd en finale kwijting is overeengekomen.

30 Zie voor een ontkennende beantwoording van deze vraag: Ktr. Zaanstad 25 maart 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2421, r.o. 4.7; en Ktr. Leeuwarden 21 februari 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:912, r.o. 4.16. En voor een bevestigende beantwoording: Ktr. Amsterdam 28 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5427, r.o. 18; en Ktr. Utrecht 19 februari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:563, r.o. 3.9.

CRvB als hoogste instantie.<sup>31</sup> Het valt dus te betwijfelen of de Hoge Raad als hoogste civiele rechter bevoegd was om over de reikwijdte van artikel 7:673e BW te oordelen.<sup>32</sup> Het oordeel van de Hoge Raad is evenwel in lijn met dat van de CRvB van 1 juni 2022,<sup>33</sup> waar de Hoge Raad overigens ook naar verwijst. Daarom levert het naar verwachting in de praktijk geen probleem op als de Hoge Raad in deze situatie buiten zijn bevoegdheid is getreden.

A-G De Bock kwam op dit punt tot een andere uitkomst dan de Hoge Raad. Zij meende dat de Xella-norm losstaat van het recht van de werkgever op compensatie. De A-G komt echter tot deze conclusie op basis van een denkfout, namelijk dat de Xella-norm slechts een uitwerking zou geven aan artikel 7:673 BW en dat de door de werkgever ingevolge die norm aan te bieden vergoeding dus 'gewoon' de transitievergoeding zou zijn. Aangezien artikel 7:673 BW voor het recht op de transitievergoeding niet als voorwaarde stelt dat de werkgever aanspraak kan maken op compensatie, zou die voorwaarde volgens de A-G ook niet gelden voor het recht op de Xella-vergoeding.<sup>34</sup>

Deze gelijkstelling tussen de Xella-vergoeding en de transitievergoeding is niet terecht. Zien wij het goed, dan zijn drie verschillende vergoedingen te onderscheiden:

i. Transitievergoeding

De transitievergoeding is – (te) kort gezegd – verschuldigd als de arbeidsovereenkomst door de werkgever wordt *opgezegd*, op zijn verzoek wordt *ontbonden* of, in geval van een tijdelijk contract, op zijn initiatief niet wordt verlengd. De transitievergoeding wordt berekend op basis van de anciënniteit van de werknemer tot en met de laatste dag van het dienstverband.

ii. Xella-vergoeding

De Xella-vergoeding verschilt in twee opzichten van de transitievergoeding. Het eerste verschil betreft de situatie waarin deze verschuldigd is. De Xella-vergoeding is namelijk niet verschuldigd in geval van een opzegging, ontbinding of niet-verlenging van de arbeidsovereenkomst, maar wanneer deze met *wederzijds goedvinden* wordt beëindigd. De Xella-norm houdt immers in dat de werkgever uit hoofde van goed werkgeverschap gehouden is 'in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met we-

derzijds goedvinden'.<sup>35</sup> Het tweede verschil betreft de hoogte van de vergoeding. De Xella-vergoeding is weliswaar gebaseerd op de transitievergoeding, maar is gemaximeerd op hetgeen aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn geweest bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op het moment waarop de werkgever deze voor het eerst op de b-grond kon beëindigen. De duur van de arbeidsovereenkomst wordt dus fictief bekort, met een lagere vergoeding tot gevolg.

Het plafond van de Xella-vergoeding is overigens niet gelijk aan dat van de compensatieregeling. In beide gevallen wordt de anciënniteit van de werknemer weliswaar fictief bekort, maar tot verschillende momenten in de tijd. Voor de berekening van de compensatie wordt het dienstverband bekort tot en met de laatste dag van het tweede ziektejaar, terwijl de peildatum voor de Xella-vergoeding ligt op het moment waarop de werkgever de arbeidsovereenkomst voor het eerst op de b-grond kon beëindigen. Deze momenten zullen vaak samenvallen, maar dat hoeft niet per se. In sommige gevallen kan de peildatum voor de Xella-vergoeding later liggen dan die van de compensatieregeling, bijvoorbeeld wanneer een loonsanctie wordt opgelegd of wanneer na afloop van de wachttijd uit artikel 7:670 lid 1 sub a BW binnen 26 weken herstel te verwachten is (dan is geen sprake van een voldragen b-grond). In die gevallen valt de compensatie lager uit dan de Xella-vergoeding. In een situatie waarin de relevante momenten niet samenvallen is het verschil ten aanzien van de in acht te nemen anciënniteit als volgt schematisch weer te geven:



iii. Schadevergoeding

Een schadevergoeding kan verschuldigd zijn wanneer de werkgever op of na 20 juli 2018 heeft geweigerd mee te werken aan een beëindiging van een slapend dienstverband onder uitbetaling van de Xella-vergoeding. De schadevergoeding zal in de regel gelijk zijn aan het verschil tussen de aan de werknemer uitgekeerde vergoeding en de misgelopen Xella-vergoeding. Belangrijk verschil met de Xella-vergoeding is evenwel – zo denken wij althans – dat de werkgever een schadevergoeding niet gecompenseerd kan krijgen. Ingevolge artikel 7:673e lid 1 BW komt immers alleen een transitievergoe-

31 Zie ook Conclusie A-G De Bock 11 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:136 (Ammeraal), punt 9.3 en 10.5.

32 Ook A-G De Bock meent dat de civiele rechter op dit vlak niet bevoegd is (Conclusie A-G De Bock 11 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:136 (Ammeraal), punt 11.8).

33 CRvB 1 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1180. Deze uitspraak ging strikt genomen over een 'verlate slaper', maar de overwegingen van de CRvB zijn naar onze mening breder te trekken en gelden evengoed voor de diepslaper en de semi-diepslaper.

34 Conclusie A-G De Bock 11 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:136 (ESD), punt 11.4 t/m 11.7.

35 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (Xella), r.o. 2.7.3.



ding voor compensatie in aanmerking.<sup>36</sup> Daarnaast zal in de gevallen waarin de arbeidsovereenkomst inmiddels is geëindigd, meestal niet zijn voldaan aan de voorwaarde van artikel 7:673e lid 1 sub a onder 1 BW, dat de arbeidsovereenkomst is beëindigd *omdat* (dus niet: nadat) de werknemer wegens ziekte niet meer in staat was de bedongen arbeid te verrichten. In ESD eindigde de arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld doordat de werknemer de AOW-ge-rechtigde leeftijd had bereikt.

In het licht van het voorgaande, is het opmerkelijk dat in de zaak Ammeraal de Xella-norm is toegepast. In die zaak verlangde de werkneemster namelijk niet de medewerking van Ammeraal aan de totstandkoming van een beëindigingsovereenkomst, maar vorderde zij veroordeling van Ammeraal om de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen op grond van artikel 7:671 lid 1 BW. Toewijzing van die vordering leidt niet tot verschuldigdheid van een Xella-vergoeding, maar van de hogere transitievergoeding. Wij zien in ieder geval niet in hoe in geval van een opzegging een andere vergoeding dan de transitievergoeding verschuldigd zou kunnen zijn. Gelet op het verband tussen de Xella-norm en het recht op compensatie, zouden wij menen dat de werkgever op grond van die norm uitsluitend gehouden kan zijn mee te werken aan een beëindiging met wederzijds goedvinden en niet gedwongen kan worden tot opzegging van de arbeidsovereenkomst. Anders zouden werknemers het plafond van de Xella-vergoeding eenvoudig kunnen omzeilen ten nadele van de werkgever. De Xella-vergoeding kan in sommige gevallen al hoger zijn dan de compensatie, voor de bij opzegging verschuldigde transitievergoeding geldt dat in nog sterkere mate.

## 8. Informatieplicht?

Uit Xella blijkt niet dat op een werkgever de plicht rust om zelf het initiatief te nemen om slapende dienstverbanden te beëindigen. Integendeel: de Xella-norm houdt slechts in dat de werkgever gehouden is om in te stemmen met *een voorstel van de werknemer* om een slapend dienstverband te beëindigen onder toekenning van een Xella-vergoeding. Het uitgangspunt is dus dat het initiatief om een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst bij de werknemer ligt.

Een vraag die nog openstaat, is of op de werkgever de verplichting rust om een slapende werknemer te waken. Is een werkgever gehouden een werknemer te wijzen op de mogelijkheid om het dienstverband in lijn met de Xella-norm te beëindigen onder toekenning van een vergoeding? Met andere woorden: rust op de werkgever ter zake een informatieplicht?

36 Aldus ook E. Verhulp, 'Slapende dienstverbanden? Laten slapen of wakker kussen?', *TRA* 2019/4, nr. 37, p. 21.

Zo'n informatieplicht zou in onze ogen wel erg ver gaan en wordt in de (lagere) rechtspraak tot op heden ook niet aangenomen – althans niet in algemene zin, wel in bijzondere omstandigheden.<sup>37</sup> In de literatuur klinken bij sommige schrijvers evenwel andere geluiden door.<sup>38</sup> Mede gelet op de vergaande informatieplicht van de werkgever op andere vlakken – zoals ten aanzien van vervallende vakantiedagen<sup>39</sup> en bij het sluiten van een beëindigingsovereenkomst in het zicht van een reorganisatie<sup>40</sup> – en de blijkens de Wet transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden groeiende aandacht voor voorlichting van de werknemer over zijn rechten en plichten door de werkgever, is het bestaan van een Xella-informatieplicht niet uit te sluiten.

Als een dergelijke informatieplicht inderdaad zou worden aangenomen, ligt het voor de hand dat die ontstaat bij het in slaap vallen van het dienstverband. Dat zou betekenen dat een werkgever die de werknemer niet direct informeert aansprakelijk is. Als een werknemer daarna met pensioen gaat of de arbeidsovereenkomst opzegt zonder dat hij daarbij een vergoeding ontvangt, is de werkgever wegens schending van de informatieplicht een schadevergoeding ter hoogte van de misgelopen Xella-vergoeding verschuldigd. Die schadevergoeding komt naar verwachting niet in aanmerking voor compensatie onder de Wct en blijft dus voor rekening van de werkgever.

Het praktische advies luidt dat werkgevers er – ongeacht of een informatieplicht geldt – in de meeste gevallen verstandig aan doen 'slapende' werknemers actief over de Xella-norm te informeren. Het risico op het moeten betalen van een schadevergoeding die niet voor compensatie in aanmerking komt, kan hiermee immers worden vermeden, terwijl de werkgever dankzij de compensatieregeling in de regel geen nadeel heeft bij het beëindigen van het slapende dienstverband. Er lijkt zodoende weinig reden om de werknemer niet te informeren.

## 9. Conclusie

Met ESD en Ammeraal heeft de Hoge Raad de belangrijkste vragen rondom de Xella-norm beantwoord.

Om te beginnen is nu duidelijk dat de Xella-norm (slechts) terugwerkt tot 20 juli 2018. Concreet betekent dit dat werkgevers die vóór die datum een beëindigings-

37 Ktr. Den Bosch 3 juni 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:2603, r.o. 4.10; Ktr. Arnhem 4 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5890, r.o. 4.5; en Ktr. Rotterdam 24 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3997, r.o. 5.5.1.

38 Bijvoorbeeld A.R. Houweling, 'En ze leefden nog lang en gelukkig... Over de werkgeversplicht tot beëindiging van slapend dienstverbanden en betaling van transitievergoedingen aan Doornroosjes', *AR Annotatie* 2019-1182, par. 5.2; en J. Dop, 'Nooit meer slapen?', *TAP* 2020/3, p. 21.

39 HvJ EU 6 november 2018, C-684/16 (Max Planck), ECLI:EU:C:2018:874. Zie hierover J.R. Vos, 'Op reis met de vakantiewetgeving: het Handvest biedt nieuw uitzicht', *ArA* 2019/2, p. 50-80.

40 Hof Amsterdam 29 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2561, r.o. 3.4.8.1 t/m 3.4.8.4.



verzoek van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer hebben geweigerd *safe* zijn<sup>41</sup> en dat werkgevers die dat op of na die datum hebben gedaan het risico lopen een – volgens ons: niet voor compensatie in aanmerking komende – schadevergoeding te moeten betalen. Is de arbeidsovereenkomst inmiddels geëindigd, dan zal die schadevergoeding meestal gelijk zijn aan de misgelopen Xella-vergoeding. Is de werknemer daarentegen nog steeds in dienst, dan zal de kwestie vaak op te lossen zijn door het slapende dienstverband alsnog te beëindigen onder uitbetaling van een Xella-vergoeding. Die vergoeding kan de werkgever dan wél van het UWV terugkrijgen. Het risico van de werkgever is in dit geval beperkt tot een eventuele aanvullende schadevergoeding, die – vanwege de versoering van de transitievergoeding per 1 januari 2020 – verschuldigd zou kunnen zijn als het geweigerde Xella-verzoek van vóór die datum dateert.

Duidelijk is verder dat het er niet toe doet sinds wanneer sprake is van een slapend dienstverband. Ook als de werkgever de arbeidsovereenkomst al vóór 1 juli 2015 had kunnen opzeggen, heeft hij in geval van een beëindiging na die datum recht op compensatie en is hij *dus* gehouden mee te werken aan een verzoek van de werknemer om het dienstverband met wederzijds goedvinden te beëindigen onder uitbetaling van een vergoeding. De Xella-norm geldt zodoende voor alle soorten slapers; diepslapers, semi-diepslapers en verlate slapers inclusief.

41 Als de werknemer nog in dienst is, kan hij of zij uiteraard wel een nieuw beëindigingsverzoek doen, waaraan de werkgever dan wél moet meewerken.