

**WETSVOORSTEL BEPERKING
COMPENSATIEREGELING LAO
TOT KLEINE WERKGEVERS**



VAAN-VvA-VJAA

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	3
2.	Doelstelling	4
2.1	Inleiding.....	4
2.2	Bezuinigingen, maar... ..	4
2.3	(On)Bedoelde neveneffecten: averechts recht, aantasting grondslag transitievergoeding, verlies draagvlak, (rechts)onzekerheid en systeembreuk	5
3.	Definitie kleine werkgever	6
3.1	Inleiding.....	6
3.2	Definitie kleine werkgever (on)duidelijk?	6
3.3	Definitie- en toetsingsmoment werkt mogelijk creatief gebruik in de hand.....	7
4.	Slapende dienstverbanden	9
4.1	Inleiding.....	9
4.2	Slapende dienstverbanden, Xella en het causale verband met de compensatieregeling.....	9
4.3	Consequenties van wetswijziging door Xella-causaliteit.....	9
4.4	Xella 2.0? Make up your mind	10
5.	Overgangsrecht	12
5.1	Inleiding.....	12
5.2	Oude ziektegevallen	12
5.3	Oude gevallen bedrijfsbeëindiging	12
6.	Eindconclusies en aanbevelingen	14
Auteurs	15	

1. Inleiding

Het wetsvoorstel in consultatie 'beperking van de compensatieregeling transitievergoeding bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid tot kleine werkgevers' (hierna: wetsvoorstel of regeling) beoogt de door het UWV te verstrekken compensatiegelden beheersbaar te houden. De beoogde wetswijziging is ingegeven vanuit een bezuinigingsoogmerk dat reeds in het regeerprogramma is aangekondigd. Wij verstaan de regeling ook als zodanig, maar stellen ook vast dat het een aantal (fundamentele) kwesties in het arbeids(ontslag)recht raakt. Deze kwesties verdienen op onderdelen nadere doordenking en toelichting, om te voorkomen dat de nieuwe regeling tot (onnodige) procedures of systeemwijzigingen leidt.

Er is waardering voor een eenduidig en uitvoerbaar 'werkgeversbegrip'. Tegelijkertijd roept dit begrip vragen op en is er vrees dat de praktijk de regeling zal interpreteren als 'minder dan 25 werknemers'. Ook lijkt de huidige regeling ruimte te laten voor opsplitsing van rechtspersonen om te kunnen voldoen aan de criteria van het zijn van een kleine werkgever. Hier zou een antimisbruikregeling uitkomst kunnen bieden.

De 'olifant in de kamer' lijkt toch wel (het ontbreken van) de ontslagplicht en betaling van een transitievergoeding voor (middel)grote werkgevers te zijn bij het wegvallen van de compensatieregeling. De toelichting is ambigue op dit punt en laat ruimte voor interpretatie, terwijl de huidige rechtspraak duidelijk is: zonder compensatie, geen ontslagplicht. Mocht een ontslagplicht beoogd zijn, of hiertoe worden overgegaan, dan is meer nodig dan een enkele toelichting. Het zou een systeemwijziging van vrij fundamentele aard met zich brengen, die een uitvoerige doordenking en bespreking rechtvaardigt. Komt er geen ontslagplicht dan is niet onaannemelijk dat slapende dienstverbanden in aantal zullen toenemen. Oftewel, de terugkeer van 'Doornroosje'.

Concluderend vragen wij ons af of de gewenste kostenbesparing – die bovendien voor een belangrijk deel door werkgevers zelf wordt bekostigd – opweegt tegen de juridische en sociaaleconomische gevolgen op de werkvloer. Een structurele herbezinning wat te doen met een transitievergoeding in het algemeen (waarom geen scholingsbudget van maken?) en voor zieke werknemers in het bijzonder (waarom geen alternatieve transitievergoeding of volledige afschaffing die niet in strijd raakt met de Wgbh/cz?) levert mogelijk grote(re) besparingen en juridisch sterkere wetgeving op. Zie in dit verband ook het pleidooi van Verhulp en Frikkee.

In aanvulling hierop adviseren wij een aantal (lopende) dossiers rondom het thema 'ziekte en arbeidsongeschiktheid' samen te nemen en tot een integrale herschikking van de arbeidsongeschiktheidsrisicoverdelingsvraag te komen. Wij denken dan aan de knelpunten in de WIA (Commissie OCTAS), de AOV-zzp en het ontzien van kleine en middelgrote werkgevers met onder meer het wetsvoorstel re-integratieverplichtingen in het tweede ziektejaar bij werknemers van kleine en middelgrote werkgevers. Tel daar de uitdagingen in de uitvoering bij op (tekort aan verzekeringsartsen) en een kabinetsoverstijgend actieplan tot algehele systeemherziening lijkt zich aan te dienen.

Wij realiseren ons dat dit geen gemakkelijke opgave is en dat u al veel beleidsopties heeft verkend en met de polder onderhandeld. Toch menen wij dat een integrale herziening de voorkeur geniet boven diverse separate maatregelen, die mogelijk aan het einde samenhang missen.

Wat hier verder van zij, wij hopen dat ons commentaar helpt bij het scherpen van de gedachten en het voorstel. Wij spreken verder de hoop en wens uit dat, als het voorstel wordt opgevolgd, het uiteindelijke Besluit zodanig luist dat de praktijk er meteen zo goed mogelijk mee kan werken. Mocht het commentaar aanleiding geven tot nadere gedachtewisseling dan zijn wij daartoe van harte bereid. Wij wensen u veel wijsheid toe.



Anouk Cordang (VAAN)|Egbert Dekker (VJAA) |Zef Even (VAAN)|Suzanne Hogendoorn (VAAN)|Ruben Houweling (VvA)|Margot Hoving (VJAA)|Suzanne Meijers (VAAN) Kes van Meurs (VvA)|Thomas van der Toorn (VvA/VJAA)

2. Doelstelling

2.1 Inleiding

Het wetsvoorstel strekt ertoe om de wettelijke compensatieregeling voor een transitievergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid te beperken tot kleine werkgevers. Het kabinet wil deze compensatieregeling beperken 'omdat van middelgrote en grote werkgevers verwacht kan worden dat ze financieel daadkrachtig genoeg zijn om de transitievergoeding bij ontslag te betalen zonder dat daar een compensatie tegenover staat.' Het niet meer betalen van een compensatie aan deze werkgevers draagt bij aan houdbare overheidsfinanciën. De maatregel is dus een bezuinigingsmaatregel.

2.2 Bezuinigingen, maar..

De bezuiniging kan volgens de wetgever ook op andere wijze worden bereikt.

De compensatieregeling zou (1) volledig kunnen worden afgeschaft, wat zou leiden tot een forsere bezuiniging. Maar dit zou volgens de wetgever resulteren in een relatief grote kostenpost voor kleinere werkgevers, die doorgaans financieel minder draagkracht hebben.

Ook zou de wetgever (2) voor elke werkgever een compensatie kunnen betalen van 50%. Dat zou de ontslagkosten voor alle werkgevers verhogen. Het doel van de compensatie – het voorkomen van een opstapeling van kosten bij ziekte voor werkgevers – wordt dan echter in mindere mate bereikt. Ook worden dan alle werkgevers geraakt, dus ook kleine werkgevers die doorgaans minder financieel draagkrachtig zouden zijn.

Het (3) geheel afschaffen van de verplichting tot het betalen van de een transitievergoeding aan werknemers die twee jaar ziek zijn geweest zou de reden tot compensatie wegnemen. Maar dat is volgens de wetgever geen goede optie, omdat ook langdurig arbeidsongeschikte werknemers nut ondervinden van de transitievergoeding. Hun situatie zou hierdoor namelijk kunnen verbeteren. Daarmee kan de vergoeding relevant zijn voor het zoeken van ander werk. Het afschaffen van de transitievergoeding voor langdurig arbeidsongeschikten zou bovendien in strijd kunnen komen met het beginsel van gelijke behandeling (zie overigens anders E. Verhulp en C.J. Frikkee, Slapende dienstverbanden na het Hoofdlijnenakkoord 2024, Arbeidsrecht 2025/12 die menen dat geen sprake is van 'gelijke gevallen'). Alle werknemers komen voor een transitievergoeding in aanmerking als de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd (of niet wordt voortgezet) door de werkgever. Dat zou dus ook voor zieke werknemers moeten gelden. Wij menen dat niet zozeer het 'algemene gelijkheidsbeginsel' maar de Wet gelijke behandeling handicap en chronische ziekte (Wgbh/cz) een drempel kan vormen. Werknemers die vanwege hun handicap of chronische ziekte na 104 weken arbeidsongeschiktheid worden ontslagen missen dan altijd een transitievergoeding, wat zou kunnen resulteren in een verboden onderscheid. Wij denken echter dat dit onderscheid objectief te rechtvaardigen valt door de wetgever. Blijft het meer principiële argument staan dat ook arbeidsongeschikte werknemers mogelijk belang hebben bij de transitie van werk naar werk en compensatie voor ontslag. Dit is een politieke keuze.

De voorgestelde maatregel is daarentegen volgens de wetgever wel doelmatig en doeltreffend. Doelmatig, omdat de compensatie zich toespitst op de minder daadkrachtige kleine werkgevers. Doeltreffend omdat van middelgrote en grote werkgevers verwacht kan worden dat deze financieel daadkrachtig genoeg zijn om de transitievergoeding te betalen.

Rekenkundig bewijs van deze dragende stellingen – kleine bedrijven zijn minder draagkrachtig dus moeten volledig worden gecompenseerd, middelgrote en grote werkgevers hebben dat niet nodig – wordt niet of nauwelijks gegeven. Het voorstel is daarmee gestoeld op deze aannames. Nadere onderbouwing zou nuttig zijn, mede voor het creëren van draagvlak voor de voorgestelde maatregel. Uitleg waarom het voorkomen van een opstapeling van kosten bij ziekte voor middelgrote en grote werkgevers niet meer relevant wordt gevonden, ontbreekt evenzeer.

Bovendien kan worden afgevraagd waar de gestelde bezuiniging precies in is gelegen, aangezien werkgevers via het Algemeen Werkloosheidsfondspremie (0,1% verhoging) afdragen als onderdeel van de werknemersverzekering. Daarbij brengt het wetsvoorstel geen wijziging aan in de hoogte van deze werkgeverspremie.

2.3 (On)Bedoelde neveneffecten: averechts recht, aantasting grondslag transitievergoeding, verlies draagvlak, (rechts)onzekerheid en systeembreuk

De met deze bezuinigingsdoelstelling beoogde beperking van de compensatieregeling heeft mogelijk een aantal neveneffecten, dat niet (uitputtend/voldoende) in de toelichting wordt onderkend of genoemd.

Allereerst zou de voorgenomen maatregel ertoe kunnen leiden dat werkgevers die geen compensatie meer ontvangen opnieuw overgaan tot slapende dienstverbanden. Het gevolg hiervan is dat een groot deel van de langdurige arbeidsongeschikte werknemers geen transitievergoeding meer ontvangt. Zij 'betalen' in feite de rekening van de bezuinigingsmaatregel. Dit terwijl de compensatieregeling destijds juist beoogde deze groep wel aanspraak te geven op een transitievergoeding. Men zou de voorgestelde maatregel averechts recht kunnen noemen: een arbeidsrechtelijke regel die werknemers beoogt te beschermen of tegemoet te komen, leidt tot minder bescherming of ontzegging van dat recht. De werknemer is 'kind van de rekening'.

Als gevolg hiervan kan ten tweede een tweedeling ontstaan tussen werknemers wiens arbeidsovereenkomst wordt beëindigd onder betaling van een transitievergoeding voor de begeleiding van werk naar werk en compensatie van het ontslag en een groep werknemers voor wie dit niet geldt. Dit roept dan de vraag op of de doelstelling van de transitievergoeding steeds wordt bereikt: bij kleine werkgevers wordt aan die doelstelling voldaan, maar bij (middel)grote werkgevers (mogelijk) niet. De compensatieregeling voorzagt juist in een oplossing voor deze impasse.

Dat brengt ons ten derde bij de vraag of de dragende overwegingen bij de invoering van de compensatieregeling in 2020, niet (te gemakkelijk) geweld worden aangedaan. De regeling werd destijds geïntroduceerd om de opeenstapeling van kosten bij ziekte te compenseren, hetgeen bestendige arbeidsrelaties zou bevorderen (Kamerstukken II 2016/17, 34669, nr. 3, p. 1 en 2). De behoefte aan compensatie en aan bestendige arbeidsrelaties lijkt onverminderd groot, waardoor het wegvallen van de compensatieregeling tot verlies aan draagvlak onder werkgevers en werknemers kan leiden wat sociaal beleid betreft.

Ten slotte roept met name de Xella-beëindigingsvraag (zie hierna onder 4) veel (fundamentele) vragen op. Door geen expliciete keuze te maken over het wel of niet moeten vergoeden van een bedrag gelijk aan de transitievergoeding door 'grote werkgevers', ontstaat rechtsonzekerheid, zowel voor werknemers (heb ik wel of geen recht op een transitievergoeding bij mijn werkgever?) als voor werkgevers (ben ik verplicht de arbeidsovereenkomst te beëindigen?). Zou de wetgever voor een meer expliciete norm kiezen die richting een ontslag*plicht* neigt, dan voorkomt dat die onzekerheid, maar leidt dit wetsvoorstel gelijktijdig tot een fundamentele stelselwijziging van afdeling 7.10.9 BW die een minstens zo'n fundamentele overdenking verdient.

Kortom, de ogenschijnlijk eenvoudige bezuinigingsoperatie heeft nogal wat implicaties die nadere uitleg in de memorie van toelichting verdienen.

3. Definitie kleine werkgever

3.1 Inleiding

Alleen werkgevers die door de Belastingdienst als klein worden aangemerkt, komen straks onder voorwaarden nog in aanmerking voor compensatie van betaalde transitievergoedingen. Voor de definitie van 'kleine werkgever' wordt aansluiting gezocht bij de definitie in de Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv) en het Besluit Wfsv, waardoor deze definitie voor werkgevers en de uitvoering eenduidig en uitvoerbaar zal zijn. Hoewel de definitie van een kleine werkgever op het eerste gezicht duidelijk lijkt, roept zij toch een aantal vragen op.

3.2 Definitie kleine werkgever (on)duidelijk?

In de voorgestelde wetsbepaling staat enkel een verwijzing naar artikel 36, tweede lid, van de Wet financiering sociale verzekeringen. In dat artikel is een verwijzing opgenomen naar een algemene maatregel van bestuur. In artikel 2.19d van het Besluit Wfsv staat vervolgens hoe de vaststelling van de gedifferentieerde premie Arbeidsongeschiktheidsfonds plaatsvindt. Een kleine werkgever wordt hierbij als volgt gedefinieerd:

"... de werkgever te wiens laste in het tweede kalenderjaar dat aan het kalenderjaar waarvoor de premie wordt vastgesteld vooraf is gegaan, een premieplichtig loon als bedoeld in artikel 2.5, eerste lid, is gekomen dat gelijk is aan of minder bedraagt dan 25 maal het gemiddelde premieplichtige loon per werknemer, bedoeld in artikel 2.5, tweede lid, in dat kalenderjaar."

In lid 1 van dat artikel staat de definitie van de kleine werkgever geformuleerd met verwijzing naar de definitie van het begrip in artikel 2.5 eerste lid van datzelfde besluit. Een startende werkgever wordt in de eerste twee kalenderjaren waarin die bestaat als kleine werkgever aangemerkt, omdat dan volgens deze systematiek nog geen loongegevens van de werkgever bekend zijn. Een hele zoektocht dus om te weten 'wie kwalificeert als kleine werkgever'. Dit maakt de regeling misschien eenduidig, maar ook complex.

Omdat in het verleden de zogenoemde '25-minners' (werkgevers met minder dan 25 werknemers) als 'kleine werkgevers' werden beschouwd voor de verplichting een hogere transitievergoeding te betalen (artikel 7:673a lid 2 BW (oud)), en omdat dit aantal nog steeds leidend is in het Besluit compensatie transitievergoeding bij beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming, ligt zeker in de beginfase spraakverwarring met vergaande gevolgen op de loer. Ook in de budgettaire bijlage van het Hoofdlijnenakkoord werd gesproken van 'minder dan 25 werknemers' (vgl. [Budgettaire bijlage hoofdlijnenakkoord | Rapport | Kabinetsformatie](#)). Het verdient de voorkeur de definitie van kleine werkgever beter toe te lichten in de wet (en in voorlichting).

Deze spraakverwarring (b)lijkt daadwerkelijk hardnekkig. Zo staat er op het moment op de website van het Ondernemersplein – 'Alles van de overheid op één plek' – het volgende te lezen: 'De compensatieregeling geldt dan alleen nog voor kleine werkgevers (minder dan 25 werknemers). Werkgevers met 25 of meer werknemers krijgen dan geen compensatie meer.' <https://ondernemersplein.kvk.nl/compensatie-transitievergoeding-alleen-voor-kleine-werkgevers/>

Los van het voorgaande kan de definitie extra complex zijn. Begrijpen wij de regeling goed, dan is immers denkbaar dat één rechtspersoon in verschillende sectoren kan zijn ingedeeld, waardoor hij als 'kleine werkgever' voor de desbetreffende sector kan kwalificeren terwijl de werkgever meer dan 25 werknemers in dienst kan hebben. Dit is voor de uitvoering (UWV) vaste praktijk, maar voor (met name werknemers) justitiabelen niet altijd goed te volgen of uitlegbaar. Waarom krijgt de werkgever van Imane de transitievergoeding wel gecompenseerd en de werkgever van Sohaila niet, terwijl bij beide werkgevers 27 werknemers werkzaam zijn? Wij voorzien hier ongelukken omdat de taal die hier wordt gebruikt uit het socialezekerheidsrecht volgt en geen (vertrouwde) BW-taal is. Zeker geen 'ontslagtaal'.

Gelijktrekken definitie kleine werkgever: logisch, maar...

Dit brengt ons op het volgende punt. Op het eerste gezicht lijkt het een pluspunt om de definitie van de kleine werkgever in het kader van de compensatie van de transitievergoeding bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid en vanwege bedrijfsbeëindiging gelijk te trekken. Op die manier is er sprake van hetzelfde en dus van een eenduidig uitgangspunt.

De vraag die vervolgens opkomt, is waarom de keuze is gemaakt om de huidige definitie van een kleine werkgever bij bedrijfsbeëindiging los te laten. In die definitie is namelijk sprake van twee peilmomenten voor de berekening van het aantal werknemers, te weten op 1 juli en 31 december van elk jaar. Ook is helder uiteengezet wat te doen in situaties waarin de onderneming deel uitmaakt van een groep. Artikel 3 van het Besluit compensatie transitievergoeding bij beëindiging van de werkzaamheden bij de onderneming komt al met al voor als een rechtvaardig(er) uitgangspunt.

Informatie kleine, middelgrote of grote werkgever

De veronderstelde eenduidigheid en uitvoerbaarheid van de voorgestelde definitie van 'kleine werkgever' lijkt bovendien te volgen uit het feit dat een werkgever geïnformeerd is over het feit of de organisatie ingedeeld is in klein, middelgroot en groot. Die informatie is er inderdaad. Zo geeft de Belastingdienst door middel van een mededeling aan of een bedrijf als kleine werkgever wordt aangemerkt. Dat gebeurt aan het begin van elk kalenderjaar.

De (middel)grote werkgever ontvangen van de Belastingdienst een beschikking waarin is aangegeven wat de omvang van de werkgever is. Zo'n beschikking is vatbaar voor bezwaar en beroep. Het is uit de praktijk bekend dat werkhervattingskasbeschikkingen regelmatig niet kloppen. De zogenoemde 'grensgevallen' zullen extra alert zijn en zodoende vaker in bezwaar en zo nodig ook in beroep gaan. Dergelijke procedures kosten vaak veel tijd en geld. De tijdsduur kan wel meer dan een halfjaar beslaan.

Wij vragen ons in dit verband af of een werknemer belanghebbende kan zijn in een bezwaarprocedure en/of zijn werkgever op grond van artikel 7:611 BW kan dwingen bezwaar te maken, nu het gevolg mogelijk kan zijn dat werknemer bij wijziging van groot naar kleine werkgever aanspraak kan maken op een compensabele transitievergoeding (Xella).

Voor het UWV zal het naar verwachting gemakkelijk zijn om te toetsen of er sprake is van een kleine werkgever. En misschien gemakkelijker dan de toetsing aan de definitie van de kleine werkgever zoals in artikel 3 van het Besluit compensatie transitievergoeding bij beëindiging van de werkzaamheden bij de onderneming. De vraag rijst of hier het uitvoeringsbelang van het UWV het niet heeft gewonnen van de rechtsbescherming van werkgevers- en werknemers. Overdenking van het voorgaande wordt in overweging gegeven.

Loonsom relevant vanwege meting aan financiële draagkracht?

Vanwege het meten van de financiële draagkracht van een bedrijf zou de loonsom relevant zijn. In ieder geval relevanter dan het aantal werknemers in een bedrijf. Maar is dat zo? Een loonsom zegt bijvoorbeeld niets over de omzet en de winst van een organisatie. Laat staan over de algehele financiële draagkracht.

Sterker nog, een grafisch bedrijf met veel oudere werknemers in dienst die hoge lonen ontvangen, is na betaling van een transitievergoeding waarschijnlijk financieel slechter af dan een klein horecabedrijf met enkel studenten in de bediening die als oproepkracht werken. De motivering om uit te gaan van de loonsom is niet overtuigend. Uit de eerste kenbare reactie op dit wetsvoorstel zien we soortgelijke uitingen van met name SW-bedrijven. Een zorg die wij begrijpen. Zie ook onze oproep voor rekenkundig bewijs van de financiële aannames, als geformuleerd in 2.2 van deze bespreking.

3.3 Definitie- en toetsingsmoment werkt mogelijk creatief gebruik in de hand

Uit artikel 36 lid 1 Wfsv volgt dat een werkgever een premie verschuldigd is aan het Arbeidsongeschiktheidsfonds die afhangt van de omvang van de werkgever. Daarbij geldt dat kleine werkgevers een lager percentage betalen dan overige werkgevers en het verschil tussen het hoge en lage percentage niet meer bedraagt dan 2 procentpunt.

De vraag is of de definitie van kleine werkgever ruimte laat voor regie. Bijvoorbeeld ingeval een werkgever zich opsplitst en/of een nieuwe groepsvennootschap opricht om aan de definitie van een kleine werkgever te voldoen en aldus in aanmerking te komen voor de nieuwe compensatieregeling. In dat verband kwam in de parlementaire geschiedenis over artikel 36 Wfsv al de vraag aan de orde of er waarborgen waren om te voorkomen dat werkgevers zich op zouden splitsen. Hierop antwoordde de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid dat het maximale verschil van 2

procentpunt in premie tussen kleine en (middel-)grote werkgevers een waarborg is om te voorkomen dat het verschil te groot wordt. Opsplitsing en dergelijke zou zich hierdoor kennelijk niet lonen. Daarnaast zouden de premie-inkomsten gemonitord worden om te zien of er geen sprake is van over- of onderschrijding van het budget. In dat geval zou de premie worden aangepast (Kamerstukken II 2019/20, 35556, nr. 3, p. 10).

Van dergelijke waarborgen lijkt in de nieuwe compensatieregeling geen sprake te zijn. Zo is het verschil tussen wel of niet aangemerkt worden als kleine werkgever – anders dan bij artikel 36 lid 1 Wfsv – groot. In het eerste geval bestaat immers een recht op compensatie van een betaalde transitievergoeding aan een werknemer na langdurige arbeidsongeschiktheid, terwijl dat bij een (middel-)grote werkgever niet het geval is. In dat opzicht kan het financiële belang om aan de definitie van een kleine werkgever te voldoen groot zijn voor een werkgever. Bovendien blijkt niet uit het wetsvoorstel of en zo ja hoe monitoring zal worden toegepast om misbruik tegen te gaan.

Het voorgaande zou voor werkgevers een perverse prikkel op kunnen leveren om (een gedeelte van) de organisatie aldus te structureren om aan de definitie van kleine werkgever te voldoen en in aanmerking te komen voor de nieuwe compensatieregeling. Deze perverse prikkel wordt mogelijk versterkt doordat een startende werkgever in de eerste twee kalenderjaren dat deze bestaat als kleine werkgever wordt aangemerkt (omdat dan nog geen loongegevens van de werkgever bekend zijn). Wij sluiten niet uit dat langdurig arbeidsongeschikte werknemers bereid zijn mee te werken aan constructies om aan de definitie van kleine werkgever te voldoen als het alternatief is dat ze slapend in dienst worden gehouden bij (middel-)grote werkgevers. Dit omdat de Xella-norm straks niet langer één-op-één toepasbaar is op deze werkgevers vanwege de nieuwe compensatieregeling.

Gelet op het voorgaande zouden wij voorstander zijn van het toevoegen van bijvoorbeeld een antimisbruikbepaling aan de nieuwe compensatieregeling waarin aandacht wordt besteed aan concernvennootschappen. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de verplichting om het onder (nader te formuleren) omstandigheden het premieplichtige loon elders binnen het concern mee te nemen voor de kwalificatie van kleine werkgever, vergelijkbaar met het concernwerkgeverschap onder artikel 3.3 van het Besluit compensatie transitievergoeding bij beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. Daarnaast zou een optie kunnen zijn om te verduidelijken hoe zal worden gemonitord dat géén misbruik plaatsvindt. Daarnaast zou een optie kunnen zijn om te verduidelijken hoe zal worden gemonitord dat géén misbruik plaatsvindt.

4. Slapende dienstverbanden

4.1 Inleiding

Het huidige uitgangspunt is dat een werkgever in beginsel de arbeidsovereenkomst met een langdurig arbeidsongeschikte werknemer moet beëindigen en daarbij een vergoeding gelijk aan de transitievergoeding moet betalen, aangezien het UWV deze vergoeding compenseert. Dit uitgangspunt vloeit voort uit de zogenaamde Xella-uitspraak van de Hoge Raad (ELCI:NL:HR:2019:1734). Daarin is bevestigd dat het beginsel van goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) met zich brengt dat een werkgever in beginsel moet instemmen met een voorstel van de werknemer om het dienstverband te beëindigen onder toekenning van de transitievergoeding. De invoering van de compensatieregeling en de motieven uit de wetsgeschiedenis dienen daarbij als onderbouwing. Het voorgestelde wetsvoorstel, die de compensatieregeling voor de transitievergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid beperkt, zal naar onze verwachting een ongewenst effect hebben: een heropleving van het fenomeen slapende dienstverbanden.

4.2 Slapende dienstverbanden, Xella en het causale verband met de compensatieregeling

Het fenomeen 'slapende dienstverbanden' was vóór de invoering van de compensatieregeling in 2020 een veelvoorkomende praktijk. Werkgevers kozen er toen voor om de arbeidsovereenkomst na afloop van de loondoorbetalingsplicht bij arbeidsongeschiktheid niet te beëindigen. Hierdoor bleef het dienstverband bestaan, terwijl de werknemer geen werk verrichtte en de werkgever geen loon hoefde te betalen. Dit werd gedaan om te voorkomen dat de werkgever een transitievergoeding moest betalen. Dit verschijnsel deed zich voor 2015 (invoering van de Wwz) niet voor, omdat toen geen algemene ontslagvergoedingsrecht in de wet stond.

De compensatieregeling werd in 2020 ingevoerd als reactie op deze Wwz-praktijk. De wetgever wilde hiermee niet alleen tegemoetkomen aan het gevoel van onrechtvaardigheid bij werkgevers, die al aanzienlijke kosten hadden gemaakt tijdens de ziekteperiode van twee jaar, maar ook de opkomst van slapende dienstverbanden terugdringen. Naar onze mening dreigt het nieuwe wetsvoorstel deze oorspronkelijke doelen juist te ondermijnen.

Uit de formulering van de in de rechtspraak ontwikkelde Xella-norm blijkt een duidelijk causaal verband met de compensatieregeling. Dit standpunt wordt bevestigd in de uitspraken van de Hoge Raad van 11 november 2022 (ELCI:NL:HR:2022:1576 en ECLI:NL:HR:2022:1575) waarin is overwogen:

'4.2 De gehoudenheid van een werkgever uit hoofde van goed werkgeverschap om, als is voldaan aan de vereisten van art. 7:669 lid 1 en lid 3, aanhef en onder b, BW voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, in te stemmen met een voorstel van een werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een vergoeding ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding (hierna ook: de Xella-norm), berust erop dat de werkgever ter zake van die vergoeding aanspraak kan maken op compensatie als bedoeld in art. 7:673e BW en daarom in beginsel geen redelijk belang heeft bij voortduring van de arbeidsovereenkomst. In zoverre faalt onderdeel I.

4.3 Bij de omstandigheid dat de Xella-norm berust op een wettelijke aanspraak op compensatie, past het te aanvaarden dat deze norm eerst gold vanaf het moment waarop werkgevers ervan konden uitgaan dat die aanspraak er zou komen. Vanaf dat moment kon van hen redelijkerwijs worden verwacht dat zij hun gedrag daarop afstemden. Hoewel al ruim voordien sprake was van een daartoe strekkend voornemen, was de komst van een wettelijke aanspraak op compensatie pas voldoende zeker met de publicatie van de Wet compensatieregeling transitievergoeding in het Staatsblad, dat wil zeggen op 20 juli 2018.'

Het voorstel om de compensatieregeling voor middelgrote en grote werkgevers in te perken, betekent dat op grond van de huidige 'Xella-leer' de rechtsgrond ontbreekt om mee te werken aan een beëindiging van het dienstverband onder betaling van een transitievergoeding. Immers, voor de koppeling tussen de betaling van de transitievergoeding en de compensatieregeling, die in de Xella-uitspraken duidelijk is gemaakt, is niet langer van toepassing.

4.3 Consequenties van wetwijziging door Xella-causaliteit

Dit roept belangrijke vragen op: ontstaat er hierdoor bijvoorbeeld geen ongelijke verdeling van het speelveld voor langdurig zieke werknemers?

Als de compensatieregeling vervalt en de verplichting van de Xella-norm niet meer geldt, is de kans groot dat middelgrote en grote bedrijven opnieuw zullen terugvallen op slapende dienstverbanden. Zoals door de wetgever in 2020 al is opgemerkt, bestaat er bij veel van deze bedrijven een gevoel van onrechtvaardigheid: gedurende twee jaar arbeidsongeschiktheid zijn er aanzienlijke kosten gemaakt en is het loon doorbetaald zonder dat hier werk tegenover stond. Het betalen van de transitievergoeding wordt daardoor als onterecht ervaren.

Dit zal betekenen dat zieke werknemers bij kleine werkgevers nog steeds een beroep kunnen doen op het goed werkgeverschap en de Xella-norm, waardoor zij hun arbeidsovereenkomst kunnen laten beëindigen en aanspraak kunnen maken op een transitievergoeding, terwijl dit voor werknemers bij middelgrote en grote werkgevers niet meer mogelijk is.

Wij achten dit scenario problematisch, omdat het ongelijkheid creëert tussen zieke werknemers. Maar dat is niet alles: het kan ook een onderscheid tussen werknemers binnen een bedrijf veroorzaken. De herleving van slapende dienstverbanden kan ertoe leiden dat zieke werknemers geen recht hebben op een transitievergoeding, terwijl hun niet-zieke collega's daar wel aanspraak op kunnen maken. Dit is een situatie die bij de invoering van de compensatieregeling volgens de wetgever in strijd zou zijn met de gelijke behandelingswetgeving.

Daarnaast gaat dit gevolg in tegen het oorspronkelijke doel van de compensatieregeling: het terugdringen van slapende dienstverbanden en het stimuleren van het aangaan van bestendige arbeidsrelaties. De cumulatie van financiële verplichtingen voor een werkgever bij langdurige ziekte kan immers bestendige arbeidsrelaties in de weg staan. De vraag is dan ook of het wegnemen van de compensatie de financiële drempel voor werkgevers weer terugbrengt, waardoor dit een belemmering vormt voor het beëindigen van dienstverbanden op een fatsoenlijke manier. Het oorspronkelijke doel van de compensatieregeling was immers om werkgevers te ondersteunen bij het beëindigen van langdurige ziektegevallen zonder dat dit financieel onoverkomelijk zou zijn.

De mogelijke terugkeer van slapende dienstverbanden wringt ook met de redenering van de wetgever in het wetsvoorstel, waarin wordt gesteld dat (middel)grote werkgevers financieel in staat zouden moeten zijn om de transitievergoeding zelf te dragen. In de praktijk kan echter een tegenovergestelde effect ontstaan. Wanneer het dienstverband slapend wordt gehouden, bestaat er immers geen recht meer op een transitievergoeding en wordt dit verlies niet gecompenseerd. In feite komt de financiële last – of beter gezegd, het verlies van de vergoeding – daarmee volledig op het bord van de werknemer te liggen. De werkgever draagt dan de bezuiniging niet, maar de werknemer, die in het geheel geen transitievergoeding meer ontvangt.

Zoals hiervoor opgemerkt, leidt een en ander zeer waarschijnlijk tot een averechts recht: de ontslagvergoeding die werknemer moet compenseren voor verlies van zijn baan en moet helpen te transigeren van werk naar werk wordt voor een deel van een juist kwetsbare groep werknemers onbereikbaar.

Voor werkgevers zijn slapende dienstverbanden evenmin ideaal: de juridische band met de arbeidsongeschikte werknemer blijft behouden, terwijl de werknemer steeds verder van het werkproces en het bedrijf vervreemd. Die band kan na jaren weer actueel worden bij een reorganisatie (afspiegeling) of als de werknemer toch weer (gedeeltelijk) herstelt. Deze effecten kunnen het ondernemerschap bemoeilijken. Omdat het alternatief is beëindiging van het dienstverband onder betaling van een niet-compensabele transitievergoeding, worden – zo is onze inschatting – werkgevers financieel geprikkeld of zelfs gedwongen keuzes te maken die (ook) zij liever niet zouden maken.

4.4 Xella 2.0? Make up your mind

De wetgever lijkt deze mogelijke gevolgen wel te zien. Hoewel er in de memorie van toelichting vrij weinig hierover wordt opgemerkt, geeft de wetgever wel aan dat het wenselijk zou zijn *'dat werkgevers, onafhankelijk van hun eventuele recht op compensatie, meewerken aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten met langdurig arbeidsongeschikte werknemers.'* Deze passage is heel vrijblijvend voor werkgever. Wij zien ook niet zo goed in welke juridische verplichting of consequentie aan deze 'voorkeurswens' kan worden verbonden. Dwingende regelgeving die werkgevers tot beëindiging verplicht, ontbreekt. Het is dan ook nog maar de vraag of de werkgevers in de praktijk aan deze wens gehoor zullen geven. Een realistische scenario is dat met het vervallen van de compensatieregeling opnieuw een groot aantal slapende dienstverbanden zal ontstaan.

Als de wetgever van mening is dat dit laatste niet de bedoeling is en (middel)grote werkgevers 'gewoon' moeten ontslaan en betalen, dan verdient een dergelijke ontslag*plicht* een eigen rechtsgrond in afdeling 7.10.9 BW. Daarbij merken we wel op dat dit een fundamentele wijziging van het Nederlandse ontslag(beschermings)recht zou bewerkstelligen die meer motivering verdient dan een 'wenselijkheidsgedachte'.

Door thans geen uitdrukkelijke keuze te maken, worden werknemers (en werkgevers) aan rechtsonzekerheid blootgesteld en liggen nieuwe Xella 2.0-procedures in de rede. Dergelijke procedures worden beter voorkomen door 'duidelijk' te zijn. Op dit Xella 2.0-punt dient de wetgever naar onze mening kleur te bekennen: geldt er nu wel of geen verplichting mee te werken aan beëindiging van een slapend dienstverband voor (middel)grote werkgevers?

Bij beantwoording van deze – voor de praktijk zeer belangrijke – vraag, kan de toelichting bij dit wetsvoorstel wellicht ook ingaan op de vraag of (middel)grote werkgevers de vrijheid hebben om bij relatief korte dienstverbanden wel te beëindigen over te gaan van arbeidsongeschikte werknemers onder betaling van de transitievergoeding en arbeidsongeschikte werknemers met lange dienstverbanden te laten slapen. Verdedigbaar is dat dit een vorm van willekeur oplevert die in strijd komt met artikel 7:611 BW. Anderzijds kunnen (grote) financiële belangen gekoppeld aan de duur van het dienstverband (en dus de transitievergoeding) een rechtvaardiging vormen voor dergelijk intern beleid.

5. Overgangsrecht

5.1 Inleiding

De beoogde inwerkingtredingsdatum is bepaald op 1 juli 2026. Het is positief dat er wordt voorzien in een invoeringstermijn, zodat belanghebbenden en de uitvoering voldoende voorbereidingstijd hebben.

5.2 Oude ziektegevallen

Het overgangsrecht regelt allereerst dat het oude recht van toepassing blijft op *gevallen waarin de dag na het verstrijken van de twee jaar, bedoeld in artikel 670, lid 1 onderdeel a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, is gelegen voor de inwerkingtreding van deze wet.*

Artikel 7:670 lid 1 onderdeel a BW regelt het opzegverbod tijdens ziekte. De duur van dit verbod is twee jaar en kan worden verlengd met de duur van maximaal 52 weken door oplegging van een loonsanctie door UWV op grond van het elfde lid. Nu verwijzing naar het elfde lid ontbreekt, is de reguliere wachttijd van twee jaar beslissend (gelijk aan de maximale hoogte van de te compenseren transitievergoeding in de huidige redactie van artikel 7:673e lid 2 BW). Dit kan explicieter in de toelichting worden opgenomen.

De gezochte aansluiting bij de ommekomst van de tweejaarstermijn van het opzegverbod is te begrijpen. De arbeidsovereenkomst kan immers niet eerder dan na ten minste twee jaar worden beëindigd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. De werkgever is mogelijk pas een transitievergoeding verschuldigd na beëindiging van de arbeidsovereenkomst en kan ook pas na betaling daarvan compensatie vragen. De dag na het verstrijken van de tweejaarstermijn is objectief bepaalbaar. Aansluiten bij bijvoorbeeld de loondoorbetalingsverplichting van in beginsel 104 weken als bedoeld in artikel 7:629 BW ligt niet voor de hand.

Als de wet in werking treedt op 1 juli 2026, betekent een juiste lezing van het overgangsrecht dat gevallen waarin het opzegverbod van ten minste twee jaar op 1 juli 2026 nog niet zijn verstreken, pas na 1 juli 2026 kunnen worden beëindigd. De compensatie van een betaalde transitievergoeding als gevolg van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst op of na 1 juli 2026 valt daarmee logischerwijs onder het nieuwe recht.

Vanwege de vergaande gevolgen voor werkgevers en werknemers adviseren wij in de memorie van toelichting een aantal voorbeelden op te nemen met concrete data om toe te lichten wanneer het oude recht van toepassing blijft en wanneer niet. Daarbij gaat bijzondere belangstelling uit naar een eerste ziektedagmelding op 1 juli 2024. Moet twee jaar wachttijd hier als 30 juni worden verstaan en dus nog oud recht of 1 juli en dus nieuw recht? Een toelichting voor de praktijk is gewenst.

5.3 Oude gevallen bedrijfsbeëindiging

Ten tweede regelt het overgangsrecht dat in het geval van bedrijfsbeëindiging het oude recht van toepassing blijft in *gevallen waarin de dag waarop het eerste verzoek dat heeft geleid tot toestemming ex artikel 7:671a bij UWV of tot ontbinding ex artikel 7:671b lid 1 onderdeel b BW is ingediend, is gelegen voor de inwerkingtreding van de wet.*

Er is aansluiting gezocht bij het toetsmoment van het eerste verzoek dat vaker wordt gehanteerd binnen de compensatieregeling bij bedrijfsbeëindiging. De werkgever die compensatie verzoekt dient immers voor minimaal één werknemer toestemming te ontvangen overeenkomstig artikel 2 Besluit compensatie transitievergoeding. De indieningsdatum van een verleend toestemmingsverzoek bij UWV of ontbindingsverzoek bij de kantonrechter is objectief bepaalbaar en een logisch toetsmoment.

Een juiste interpretatie betekent dat een op 30 juni 2026 ingediend en (later dan 1 juli 2026) toegekend toestemmings- of ontbindingsverzoek nog tot compensatie van de transitievergoeding kan leiden onder het oude recht voor de werkgever die minder dan 25 werknemers in dienst had. Dat de arbeidsovereenkomst mogelijk later eindigt dan 1 juli 2026 is vergelijkbaar met het geval waarin een werkgever na ommekomst opzegverbod (gelegen voor 1 juli 2026) beëindigt al dan niet met inachtneming van een opzegtermijn. Met andere woorden de einddatum van de arbeidsovereenkomst is niet bepalend voor het toetsmoment.

Toch lijkt de ommekomst van het opzegverbod tijdens ziekte een meer objectief bepaalbaar toetsmoment dan de meer subjectieve indieningsdatum van een verzoek tot toestemming of ontbinding. De laatste datum kan door de werkgever zelf immers worden bepaald, terwijl de minimale tweejaarstermijn van het opzegverbod niet door de werkgever kan worden bepaald. De werkgever met minder dan 25 werknemers in dienst en die de AOW-gerechtigde leeftijd al heeft bereikt (maar mogelijk niet kwalificeert als kleine werkgever bij of krachtens artikel 36 lid 2 Wfsv) zou er belang bij kunnen hebben voor 1 juli 2026 een verzoek in te dienen.

De tekst van artikel 213 lid 2 van het overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek beschrijft het overgangsrecht in geval van een bedrijfsbeëindiging niet volledig, maar verwijst naar het nieuw in te voeren lid 9 van artikel 7:673e BW. Dat komt de leesbaarheid niet ten goede. Ons voorstel zou dan ook zijn het toepasselijke overgangsrecht volledig uit te schrijven (dus inclusief de tekst van lid 9) in artikel 213 lid 2.

Het zou de praktijk helpen indien een aantal voorbeelden ter illustratie wordt gegeven. Dat komt niet alleen de rechtszekerheid ten goede, maar voorkomt wellicht dat hierover kort na de inwerkingtreding van de wet al gerechtelijke procedures worden gestart.

6. Eindconclusies en aanbevelingen

Het wetsvoorstel is ingegeven vanuit een bezuinigingsoogmerk dat reeds in het regeerprogramma is aangekondigd. Wij verstaan de voorgestelde regeling als zodanig, maar stellen ook vast dat het een aantal (fundamentele) kwesties in het arbeids(ontslag)recht raakt. Deze kwesties verdienen op onderdelen nadere doordenking en toelichting, om te voorkomen dat de nieuwe regeling tot (onnodige) procedures of systeemwijzigingen leidt.

Er is waardering voor een eenduidig en uitvoerbaar 'werkgeversbegrip'. Tegelijkertijd roept dit begrip vragen op en is er vrees dat de praktijk de regeling zal interpreteren als '25-werknemers-minners'. Ook lijkt de huidige regeling ruimte te laten voor opsplitsing van rechtspersonen om te kunnen voldoen aan de kleine werkgeverscriteria. Hier zou een antimisbruikregeling zoals die is opgenomen voor concernwerkgeverschap in het Besluit compensatie transitievergoeding bij beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming is opgenomen voor concernwerkgeverschap uitkomst kunnen bieden.

De olifant in de kamer lijkt toch wel (het ontbreken van) de beëindigingsplicht van een slapend dienstverband onder betaling van een vergoeding gelijk aan de hoogte van de transitievergoeding voor (middel)grote werkgevers te zijn bij het wegvallen van de compensatieregeling. De toelichting is zeer ambigue op dit punt en laat ruimte voor interpretatie over, terwijl de huidige rechtspraak heel duidelijk is: zonder compensatie, geen ontslagplicht. Mocht wel tot een beëindigingsplicht over worden gegaan, dan is meer nodig dan een enkele toelichting. Het zou een systeemwijziging van vrij fundamentele aard met zich brengen, die een uitvoerige doordenking en bespreking rechtvaardigt. Komt er geen beëindigingsplicht dan lijkt het niet onaannemelijk dat slapende dienstverbanden in aantal zullen toenemen.

Het overgangsrecht komt ons juist voor.

Concluderend vragen wij ons af of de gewenste kostenbesparing – die bovendien voor een belangrijk deel door werkgevers zelf wordt bekostigd – opweegt tegen de juridische en sociaaleconomische gevolgen op de werkvloer. Een structurele herbezinning wat te doen met een transitievergoeding in het algemeen (waarom geen scholingsbudget van maken?) en voor zieke werknemers in het bijzonder (waarom geen alternatieve transitievergoeding of volledige afschaffing die niet in strijd raakt met de Wgbh/cz?) levert mogelijk grote(re) besparingen en juridisch sterkere wetgeving op. Zie in dit verband ook het pleidooi van Verhulp en Frikkee.

In aanvulling hierop adviseren wij een aantal (lopende) dossiers rondom het thema 'ziekte en arbeidsongeschiktheid' samen te nemen en tot een integrale herschikking van de arbeidsongeschiktheidsrisicoverdelingsvraag te komen. Wij denken dan aan de knelpunten in de WIA (Commissie OCTAS), de AOV-zzp en het ontzien van kleine en middelgrote werkgevers met onder meer het wetsvoorstel re-integratieverplichtingen in het tweede ziektejaar bij werknemers van kleine en middelgrote werkgevers. Tel daar de uitdagingen in de uitvoering bij op (tekort aan verzekeringsartsen) en een kabinetsoverstijgend actieplan tot algehele systeemherziening lijkt zich aan te dienen.

Wij realiseren ons dat dit geen gemakkelijke opgave is en dat u al veel beleidsopties heeft verkend en met de polder onderhandeld. Toch zijn wij ervan overtuigd dat een integrale herziening de voorkeur geniet boven een te kleine 'pleister op de wonde'. Wijsheid gewenst.

Auteurs

Mr. A.P.J. (Anouk) Cordang, arbeidsrecht advocaat (VAAN/VvA)

Mr. E.E. (Egbert) Dekker, WS advocaten (VJAA)

Prof.mr.dr. J.H. (Zef) Even, advocaat-partner SteensmaEven en hoogleraar arbeidsrecht Erasmus School of Law (VAAN)

Mr. S.H.J. (Suzanne) Hogendoorn, arbeidsrecht advocaat bij Stibbe (VAAN)

Prof.mr.dr. A.R. (Ruben) Houweling, hoogleraar arbeidsrecht Erasmus School of Law (VvA)

Mr. M.H. (Margot) Hoving, employment counsel Solos labour law (VJAA)

Mr. S.N. (Suzanne) Meijers, arbeidsrecht advocaat (VAAN/VvA)

Mr. K.G.L. (Kes) van Meurs, Senior Manager Deloitte Tax & Legal B.V. (VvA)

Mr. T.E. (Thomas) van der Toorn, advocaat bij Bronsgeest Deur Advocaten N.V. (VvA/VJAA)