

# Hoger beroep Arbeidsrecht

7 oktober 2021

ECLI:NL:GHSHE:2021:3054

Op 7 oktober 2021 heeft de Gerechtshof 's-Hertogenbosch een hoger beroep procedure behandeld op het gebied van arbeidsrecht, wat onderdeel is van het civiel recht. Het zaaknummer is 200.291.128\_01, bekend onder ECLI code ECLI:NL:GHSHE:2021:3054. De plaats van zitting was 's-Hertogenbosch. De betrokken advocaten waren mr. D.W Boere te Terneuzen en mr. B.M.T.G. Bakker-van Klaren te Utrecht.

|                           |   |
|---------------------------|---|
| <b>Soort procedure</b>    | Hoger beroep                            |
| <b>Instantie</b>          | Gerechtshof 's-Hertogenbosch            |
| <b>Rechtsgebied</b>       | Civiel recht » Arbeidsrecht             |
| <b>Zaaknummer(s)</b>      | 200.291.128_01                          |
| <b>Datum uitspraak</b>    | 7 oktober 2021                          |
| <b>Datum gepubliceerd</b> | 7 oktober 2021                          |
| <b>Vindplaatsen</b>       | AR-Updates.nl 2021-1255<br>JAR 2021/268 |

## Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

Uitspraak : 7 oktober 2021

Zaaknummer : 200.291.128/01

Zaaknummer eerste aanleg : 8755167 / AZ VERZ 20-57

in de zaak in hoger beroep van:

[B.V.]B.V.,

gevestigd te

[vestigingsplaats],

appellante,

hierna aan te duiden als

[de werkgever],

advocaat: mr. D.W. Boere te Terneuzen,

tegen

[de werknemer],

wonende te

[woonplaats],

verweerder,

hierna aan te duiden als

[de werknemer],

advocaat: mr. B.M.T.G. Bakker-van Klaren te Utrecht.

1

Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst naar de beschikking van de kantonrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Middelburg, van 8 december 2020.

2

Het geding in hoger beroep

2.1

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het beroepschrift met het procesdossier van de eerste aanleg, ingekomen ter griffie op 4 maart 2021;- het verweerschrift met een productie, ingekomen ter griffie op 4 mei 2021;- de op 22 juli 2021 gehouden mondelinge behandeling, waarbij zijn gehoord:

- de heer

[HR-manager](HR-manager bij [de werkgever]), bijgestaan door mr. Boere;

-

[de werknemer], bijgestaan door mr. Bakker-van Klaren;

- de ter zitting door mr. Boere overgelegde en voorgedragen pleitnota, de door mr. Bakker-van Klaren overgelegde kopie van het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 10 november 2020 bij de kantonrechter en de door haar overgelegde en voorgedragen spreekantekeningen.

2.2

Het hof heeft daarna een datum voor beschikking bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken.

### De beoordeling

#### Inleiding

##### 3.1

[de werkgever] heeft de 'slapende arbeidsovereenkomst' met [de werknemer] na ruim vijf jaar arbeidsongeschiktheid opgezegd en een transitievergoeding aan hem betaald. De vraag is of bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding moet worden uitgegaan van de dag na die waarop de loondoorbetalingsverplichting van [de werkgever] tijdens ziekte is verstreken (in 2016) of van de dag na die waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd (in 2020).

#### Feiten

##### 3.2

In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

##### 3.2.1

[de werknemer], geboren op [geboortedatum] 1964, is op 1 september 1989 in dienst getreden van [de werkgever]. Hij was werkzaam als productiemedewerker.

##### 3.2.2

[de werknemer] is op 11 mei 2014 arbeidsongeschikt geraakt wegens ziekte als gevolg van een motorongeval. Hij was vanaf die datum niet meer in staat om zijn eigen of aangepaste werkzaamheden te verrichten. Hij ontvangt met ingang van 8 mei 2016 een WIA-uitkering.

##### 3.2.3

De gemachtigde van

[de werknemer] heeft in een brief van 12 april 2019 aan [de werkgever] een voorstel gedaan om de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden te beëindigen onder de voorwaarde dat een vergoeding zou worden betaald, gemaximeerd tot het moment dat de loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte was geëindigd (in 2016). [de werkgever] was bereid om hieraan mee te werken, maar partijen zijn het niet eens geworden over de hoogte van de door [de werkgever] aan [de werknemer] te betalen vergoeding.

##### 3.2.4

[de werkgever] heeft op 31 december 2019 een ontslagaanvraag ingediend voor [de werknemer] bij het UWV op grond van langdurige arbeidsongeschiktheid. Na daartoe verkregen toestemming heeft [de werkgever] de arbeidsovereenkomst met [de werknemer] op 11 februari 2020 opgezegd. De arbeidsovereenkomst is geëindigd met ingang van 1 augustus 2020.

##### 3.2.5

[de werkgever] heeft op 1 september 2020 een transitievergoeding aan [de werknemer] betaald. [de werkgever] heeft de hoogte van de transitievergoeding berekend tot de dag na die waarop de wachttijd voor de WIA-uitkering van [de werknemer] was verstreken (8 mei 2016).

##### 3.2.6

De gemachtigde van

[de werknemer] heeft in een brief van 10 maart 2020 aan [de werkgever] geschreven dat bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding moet worden uitgegaan van de dag na die waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd (1 augustus 2020). [de werkgever] is verzocht en gesommeerd om een aanvullend bedrag aan [de werknemer] te betalen, zodat hij in totaal de door hem berekende transitievergoeding zou ontvangen.

##### 3.2.7

[de werkgever] is niet overgegaan tot aanvullende betaling. [de werknemer] is vervolgens deze procedure gestart.

#### Procesverloop

##### 3.3.1

In deze procedure heeft

[de werknemer], voor zover in hoger beroep van belang, betaling verzocht van € 27.077,00 bruto (het verschil tussen de door hem berekende transitievergoeding en het door [de werkgever] aan hem betaalde bedrag) en € 1.046,00 als vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten.

##### 3.3.2

[de werkgever] heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Dat verweer zal, voor zover in hoger beroep van belang, in het navolgende aan de orde komen.

##### 3.4

De kantonrechter heeft de verzoeken van

[de werknemer] toegewezen. [de werkgever] is veroordeeld tot betaling aan [de werknemer] van € 27.077,00 bruto als restant van de transitievergoeding, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 september 2020, tot betaling van € 1.046,00 als vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten en tot verstrekking van een bruto/netto specificatie. [de werkgever] is veroordeeld in de proceskosten en de nakosten en de beschikking is uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

##### 3.5

[de werkgever] heeft in hoger beroep vijf grieven aangevoerd. [de werkgever] heeft geconcludeerd tot vernietiging van de beroepen beschikking en het hof verzocht om, samengevat, bij beschikking, een verklaring voor recht te geven (met betrekking tot het bedrag van de transitievergoeding) en, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, [de werknemer] te veroordelen om terug te betalen hetgeen [de werkgever] aan [de werknemer] op grond van de bestreden beschikking meer heeft betaald dan het door het hof te bepalen bedrag aan (transitie)vergoeding en aan buitengerechtelijke incassokosten, te vermeerderen met de wettelijke rente, en met veroordeling van [de werknemer] in de proceskosten in eerste aanleg en hoger beroep.

##### 3.6

Het hof heeft

[de werkgever] tijdens de mondelinge behandeling, gelet op het bepaalde in art. 362 Rv, erop gewezen dat zij in eerste aanleg geen verzoek had gedaan. Het hof heeft [de werkgever] gevraagd of [de werkgever] bedoeld dat het hof de bestreden beschikking moet vernietigen en [de werknemer] moet veroordelen al hetgeen op grond van de bestreden beschikking is betaald, terug te betalen. [de werkgever] heeft daarop bevestigend geantwoord en verklaard dat de gevraagde verklaring voor recht niet wordt gehandhaafd.

De berekening van de hoogte van de transitievergoeding

##### 3.7

Het hof zal de grieven van

[de werkgever] gezamenlijk bespreken. [de werkgever] betoogt met deze grieven dat bij de berekening van de transitievergoeding moet worden uitgegaan van de datum van het einde van de wachttijd voor de WIA-uitkering van [de werknemer] (8 mei 2016) in plaats van de datum van het einde van zijn arbeidsovereenkomst (1 augustus 2020).

Het hof volgt



[de werkgever]hierin niet. Het hof licht dat toe.

De wettelijke transitievergoeding

3.8

[de werknemer]is arbeidsongeschikt geraakt wegens ziekte op 11 mei 2014. De arbeidsovereenkomst met [de werkgever]is niet beëindigd met wederzijds goedvinden, maar [de werkgever]heeft de arbeidsovereenkomst op 11 februari 2020 opgezegd tegen 1 augustus 2020. Dat betekent dat art. 7:673 BW van toepassing zoals dat per 1 januari 2020 geldt.

3.9

In art. 7:673 lid 1 BW is bepaald dat de werkgever aan de werknemer een transitievergoeding is verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst door de werkgever is opgezegd. De werkgever is deze transitievergoeding ook verschuldigd als hij de arbeidsovereenkomst opzegt omdat de werknemer door ziekte niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten (art. 7:669 lid 3, aanhef en onder b, BW).

In art. 7:673 lid 2 BW is bepaald dat de hoogte van de transitievergoeding wordt berekend op basis van (grotweg gezegd) het aantal jaren dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd.

3.10

Uit het voorgaande volgt dat bij de berekening van de hoogte van de door

[de werkgever]verschuldigde transitievergoeding als gevolg van de opzegging moet worden uitgegaan van de periode dat de arbeidsovereenkomst met [de werknemer]heeft voortgeduurd, dus tot 1 augustus 2020.

3.11

Anders dan

[de werkgever]betoogt, brengt een (redelijke) uitleg van de wet niet mee dat bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding moet worden uitgegaan van een ander moment, te weten waarop de wachttijd voor de WIA-uitkering van [de werknemer]is verstreken (8 mei 2016). De wet en wetgeschiedenis bieden hiervoor geen aanknopingspunten.

3.12

In de wet zijn de jaren op grond waarvan de transitievergoeding moet worden berekend niet gemaximeerd, ook niet voor het geval dat de werkgever een arbeidsovereenkomst opzegt nadat de wachttijd voor een WIA-uitkering is verstreken.

Uit de wetgeschiedenis volgt dat de werkgever, in het geval dat de arbeidsongeschiktheid van een werknemer wegens ziekte ten minste twee jaren heeft geduurd, de transitievergoeding is verschuldigd over de gehele duur van de arbeidsovereenkomst, ook als het UWV op grond van de compensatieregeling van art. 7:673e BW een lager bedrag aan de werkgever vergoedt. De wetgever wil zo werkgevers stimuleren om arbeidsovereenkomsten niet onnodig lang slapend te houden (Kamerstukken II, 2018-2019, 35 074, nr. 9, p. 84-85):

'De werkgever is transitievergoeding verschuldigd over de gehele duur van de arbeidsovereenkomst. (...) Om werkgevers te stimuleren om dienstverbanden niet onnodig lang slapend te houden, is geregeld dat de compensatie niet hoger is dan de transitievergoeding die de werkgever verschuldigd zou zijn bij een beëindiging na afloop van de ziekteperiode van 104 weken. De transitievergoeding die verschuldigd is over de periode waarin het dienstverband slapend werd gehouden, wordt dus niet gecompenseerd.'

De vergoeding bij een beëindiging met wederzijds goedvinden van een 'slapend' dienstverband

3.13

In de Xella-uitspraak heeft de Hoge Raad overwogen dat de compensatieregeling en de wetgeschiedenis meebrengen dat een slapend dienstverband in beginsel behoort te worden beëindigd als de werknemer dat wenst en de werkgever geen redelijk belang heeft bij voortdoring daarvan. De Hoge Raad heeft beslist dat, als voldaan is aan de vereisten voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, een werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW gehouden is om in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een vergoeding die niet meer hoeft te bedragen dan de transitievergoeding op de dag na die waarop de werkgever de arbeidsovereenkomst wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer zou kunnen (doen) beëindigen (HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734).

3.14

De situatie zoals bedoeld in de Xella-uitspraak doet zich in deze zaak niet voor.

[de werkgever]heeft immers niet ingestemd met het voorstel van [de werknemer]dat in overeenstemming was met de uitgangspunten die de Hoge Raad in de Xella-uitspraak heeft geformuleerd.

3.15

De gemachtigde van

[de werknemer]heeft op 12 april 2019 een voorstel gedaan tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder betaling van een vergoeding tot het moment waarop de loondoorbetaling bij ziekte was geëindigd, maar [de werkgever]heeft hier toen niet mee ingestemd. [de werkgever]heeft de Xella-uitspraak van 8 november 2019 afgewacht en daarna in een brief van 19 november 2019 aan [de werknemer]geschreven dat zij, gelet op deze uitspraak, bereid was om mee te werken aan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat zij:

'(...) slechts gehouden

[is]om het door het UWV berekende en dus eventueel lagere bedrag aan uw cliënt als vergoeding te betalen. (...).'

3.16

Deze door

[de werkgever]gestelde voorwaarde is in strijd met de Xella-uitspraak. De Hoge Raad heeft in die uitspraak overwogen dat voor de hoogte van de vergoeding niet dient te worden aangesloten bij het bedrag dat de werkgever ingevolge de compensatieregeling op het UWV kan verhalen. [de werkgever]kende deze uitspraak, maar heeft de door [de werknemer]voorgestelde vergoeding van € 53.520,00 bruto toch willen beperken tot de mogelijk lagere compensatie die zij van het UWV zou krijgen.

3.17

[de werkgever]heeft in een brief van 20 december 2019 aan [de werknemer]deze beperkende voorwaarde weliswaar laten vervallen, maar zij was niet langer bereid om het eerder door [de werknemer]berekende bedrag te betalen, maar een aanzienlijk lager bedrag, waarvan in deze procedure tussen partijen niet in geschil is dat dit bedrag te laag was.

3.18

[de werkgever]heeft er vervolgens zelf voor gekozen om op 31 december 2019 een ontslagaanvraag bij het UWV in te dienen en de arbeidsovereenkomst met [de werknemer]op te zeggen. Na opzegging van de arbeidsovereenkomst heeft [de werkgever]een door haar berekende transitievergoeding aan [de werknemer]betaald (€ 47.817,00 bruto). [de werkgever]heeft later, tijdens de procedure bij de kantonrechter in een brief van 6 november 2020 aan de griffie van de rechtbank, erkend dat de hoogte van dit bedrag niet juist was en zij heeft vervolgens aan [de werknemer]een aanvullende vergoeding betaald (van € 4.797,00 bruto, dus in totaal € 52.611,00 bruto).

3.19

Tijdens de zitting in hoger beroep heeft

[de werkgever]negelicht dat de salarisadministratie een fout had gemaakt door uit te gaan van het jaarloon op basis van een beschikking van het



[de werkgever] heeft bevestigd dat de salarisadministratie een fout had gemaakt door dit te gaan van het jaarloon op basis van een beschikking van het UWV, terwijl van een ander jaarloon moest worden uitgegaan en dat zij dit direct heeft hersteld toen zij hierachter kwam. Dat betekent dat [de werkgever] ook op 20 december 2019 niet heeft ingestemd met het voorstel van [de werknemer] tot betaling van de door hem bedoelde vergoeding, maar een vergoeding heeft aangeboden die achteraf gezien ook volgens [de werkgever] zelf te laag was. Anders dan [de werkgever] heeft betoogd, is het dan ook niet [de werknemer] geweest die de totstandkoming van een overeenkomst heeft gefrustreerd en heeft aangestuurd op een andere beëindigingswijze om daarmee te trachten een voordeel te realiseren, maar is het aan de eigen handelwijze van [de werkgever] te wijten dat de arbeidsovereenkomst met [de werknemer] niet is beëindigd met wederzijds goedvinden. [de werkgever] heeft in dit verband nog aangevoerd dat tussen partijen overeenstemming bestond over de wijze waarop de arbeidsovereenkomst moest eindigen en de datum waartegen de vergoeding moest worden berekend. Voor zover [de werkgever] met dit standpunt heeft bedoeld aan te voeren dat partijen overeenstemming hadden over de berekeningsdatum van de vergoeding en dat zij [de werknemer] daaraan kan houden, verwerpt het hof dat verweer. Een aanvaarding die van een aanbod afwijkt, geldt immers als een nieuw aanbod en als verwerping van het oorspronkelijke. Een overeenkomst tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden is dus niet tot stand gekomen. Het is [de werkgever] geweest die het aanbod van [de werknemer] dat in overeenstemming was met de uitgangspunten in de Xella-uitspraak heeft afgeslagen door aanvankelijk een tegenvoorstel te doen dat daarmee in strijd was (vanwege de terugbetalingsvoorwaarde) en uiteindelijk een tegenvoorstel te doen tegen een lager (te laag) bedrag aan vergoeding.

3.20

Nu geen sprake is geweest van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden maar van een andere situatie, namelijk die waarin

[de werkgever] uiteindelijk zelf de arbeidsovereenkomst met [de werknemer] heeft opgezegd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, is [de werkgever] op grond van de wet de transitievergoeding verschuldigd voor elk kalenderjaar dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd (art. 7:669 lid 3, aanhef en onder b, BW en art. 7:673 lid 2 BW). De Xella-uitspraak maakt dit niet anders.

3.21

De omstandigheid dat

[de werkgever] (mogelijk) een deel van de transitievergoeding zelf moet betalen zonder dat zij daarvoor door het UWV wordt gecompenseerd, komt in de gegeven omstandigheden voor haar rekening en risico. Dat [de werkgever] part noch deel had aan het ongeval van [de werknemer], twee jaar loon aan [de werknemer] heeft doorbetaald en de kosten van zijn re-integratie en verzuimbegeleiding heeft betaald, leidt ook niet tot een ander oordeel.

Parallel met opbouw vakantie

3.22

Het hof verwerpt het betoog van

[de werkgever] dat voor de berekening van de hoogte van de transitievergoeding een parallel dient te worden getrokken met de opbouw van het recht op vakantie (art. 7:634 BW). In art. 7:634 BW is bepaald dat de werknemer aanspraak op vakantie verwerft over ieder jaar waarin hij recht op loon heeft gehad, terwijl het bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding gaat om ieder jaar dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd (art. 7:673 lid 2 BW). De omstandigheid dat [de werknemer] vanaf 8 mei 2016 geen loon maar een WIA-uitkering ontvangt en hij volgens [de werkgever] feitelijk niet meer verplicht was om arbeid voor haar te verrichten, neemt niet weg dat zijn arbeidsovereenkomst uiteindelijk heeft geduurd tot 1 augustus 2020. Van die datum moet dus worden uitgegaan bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding.

Redelijkheid en billijkheid

3.23

Ook is het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar dat

[de werknemer] aanspraak maakt op de transitievergoeding berekend op grond van de duur van zijn arbeidsovereenkomst met [de werkgever]. Overige feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel leiden zijn niet gebleken.

De hoogte van de door

[de werkgever] verschuldigde transitievergoeding

3.24

[de werkgever] heeft tijdens de zitting in hoger beroep erkend dat de hoogte van de door de kantonrechter per 31 juli 2020 vastgestelde transitievergoeding van € 74.894,00 bruto juist is. Dat betekent dat de grief van [de werkgever] gericht tegen de berekening van de hoogte van dit bedrag niet meer hoeft te worden besproken. Aan deze grief wordt daarom voorbijgegaan.

Buitengerechtelijke incassokosten

3.25

Volgens

[de werkgever] moeten de buitengerechtelijke incassokosten nihil of lager zijn als zij geen of een lager aanvullend bedrag aan [de werknemer] is verschuldigd. Uit hetgeen hiervoor is overwogen en beslist, volgt dat daarvan geen sprake is. [de werkgever] is de door de kantonrechter berekende transitievergoeding verschuldigd. [de werkgever] heeft met betrekking tot dat bedrag geen ander dan het hiervoor besproken verweer gevoerd tegen de verschuldigdheid en/of hoogte van de buitengerechtelijke incassokosten. Dit betekent dat haar grief gericht tegen de buitengerechtelijke incassokosten faalt.

Slotsom en proceskosten

3.26

De slotsom is dat de grieven van

[de werkgever] niet slagen, althans niet tot vernietiging van de beroepen beschikking kunnen leiden. Het hof zal de bestreden beschikking bekrachtigen en het door [de werkgever] in hoger beroep verzochte afwijzen.

3.27

Het hof zal

[de werkgever] als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure in hoger beroep veroordelen. De door [de werknemer] verzochte wettelijke rente over de proceskostenveroordeling zal worden toegewezen op de hierna te vermelden wijze.

4

De beslissing

Het hof:

bekrachtigt de bestreden beschikking;

veroordeelt

[de werkgever] in de proceskosten van het hoger beroep en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van [de werknemer] op € 338,00 aan griffierecht en op € 2.884,00 aan salaris advocaat, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW daarover vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening;

verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders verzochte.

