

over de *Smallsteps*-zaak in het verschiet, kan voorzichtig worden geconcludeerd dat het doek voor de doorstartpraktijk niet is gevallen.

M. Holdtgreffe en A. Varkevisser
Ten Holter Noordam Advocaten

3
<p>Rechtbank Limburg (Kantonrechter) 30 oktober 2017, nr. 6195954/AZ/17-161 30102017 ECLI:NL:RBLIM:2017:10444 (mr. Piëtte) Noot S.M. Rosier</p>
<p>Transitievergoeding. Urenuitbreiding. Reorganisatie. Projectmatige werkzaamheden. Tijdelijk. Berekening. Wisselende arbeidsomvang. Ongelijke behandeling.</p>
<p>De urenuitbreiding telt niet mee bij de berekening van de transitievergoeding, nu urenuitbreiding is ingegeven door de reorganisatie en er sprake is van projectmatige werkzaamheden van tijdelijke aard en duur.</p>
[BW art. 7:673]

16

Werkneemster is op 1 september 1997 bij de Zorggroep in dienst getreden en vervulde laatstelijk de functie van stafteamleider facilitaire techniek (arbeidsovereenkomst I). Partijen zijn verder een nieuwe arbeidsovereenkomst met een omvang van gemiddeld 11 uur per week aangegaan voor de duur van een halfjaar, te weten van 1 november 2014 tot 1 mei 2015 (arbeidsovereenkomst II).

Werkneemster is per 29 januari 2015 wegens arbeidsongeschiktheid uitgevallen. Bij brief van 6 april 2017 heeft de Zorggroep met toestemming van het UWV arbeidsovereenkomst I opgezegd met ingang van 1 september 2017. Aan werkneemster is een transitievergoeding ter hoogte van € 24.674,34 bruto betaald. Werkneemster verzoekt veroordeling van de Zorggroep tot betaling van een transitievergoeding van bruto € 35.531,01 althans bruto € 27.388,52. Hieraan legt werkneemster ten grondslag dat bij het bepalen van de hoogte van de transitievergoeding ten onrechte geen rekening gehouden is met de urenuitbreiding in de periode van 1 november 2014 tot 1 mei 2015. De Zorggroep is daarentegen van mening dat de transitievergoeding moet worden berekend op basis van het laatstgenoten loon gebaseerd op 25 arbeidsuren. Dat was immers het (laatstelijk) overeengekomen loon.

De kantonrechter is van oordeel dat het salaris uit de urenomvang van arbeidsovereenkomst II niet moet meetellen bij de berekening van de transitievergoeding en hij overweegt daartoe als volgt. Werkneemster verrichtte de functie van stafteamleider facilitaire techniek voor 25 uur per week. Met ingang van 1 november 2014 zijn partijen een tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan. Volgens de schriftelijke arbeidsovereenkomst ging het hierbij om de functie van medewerker in interne samenwerkingsprojecten (met code 07021). Het betoog van werkneemster komt erop neer dat arbeidsovereenkomst II een formalisering van de bestaande situatie was, namelijk uitbreiding van het uren aantal in haar functie van stafteamleider facilitaire techniek. De kantonrechter volgt dit betoog niet. Op de eerste plaats heeft werkneemster deze stelling in onvoldoende mate onderbouwd. Daarnaast heeft werkneemster zelf ter zitting verklaard dat zij naast haar vaste

werkgebied in de omgeving Roermond ook werd ingezet in de regio Venlo en dat zij geacht werd aanwezig te zijn bij vergadering in de hoofdlocatie van de Zorggroep te Venlo. Verder verklaart werkneemster dat er een reorganisatie/herstructurering plaatsvond zodat alle locaties opnieuw moesten worden ingericht met kleinere teams, korte diensten en dat avonddiensten gepland moesten worden. Uit deze feitelijke gang van zaken volgt reeds dat urenuitbreiding is ingegeven door de reorganisatie en dat er sprake is van projectmatige werkzaamheden van tijdelijke aard en duur. Hieruit volgt dat arbeidsovereenkomst II terecht niet meetelt bij de berekening van de vergoeding van de transitievergoeding, nog afgezien van de vraag of voorverlenging dient plaats te vinden. De stelling dat er sprake is van een wisselende arbeidsomvang biedt evenmin soelaas. Partijen zijn immers een vast uren aantal overeengekomen, te weten 25 uur per week in arbeidsovereenkomst I en 11 uur per week bij arbeidsovereenkomst II. Ook de stelling van werkneemster dat er sprake is van ongelijke behandeling treft naar het oordeel van de kantonrechter geen doel. De kantonrechter wijst het verzoek van werkneemster af.

[de werkneemster], wonend [adres werkneemster], [woonplaats werkneemster],
werkneemster
gemachtigde mr. E.G.M.G. Huntjens, Arag Rechtsbijstand Roermond,
verzoekende partij in het verzoek,
tegen
de stichting Stichting Zorggroep Noord- en Midden-Limburg,
gevestigd te Venlo,
werkgever,
gemachtigde mr. E.S.T.H. Houtakkers,
verwerende partij in het verzoek,

Partijen zullen hierna [de werkneemster] en de Zorggroep worden genoemd.

Rechtbank:

1 De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - het op 27 juli 2017 ter griffie ontvangen verzoekschrift,
 - het verweerschrift,
 - de mondelinge behandeling d.d. 2 oktober 2017,
 - de pleitnota's van partijen.
- 1.2. Daarna is beschikking bepaald.

2 De feiten

- 2.1. [de werkneemster], geboren op [geboortedag werkneemster] 1971, is op 1 september 1997 bij de Zorggroep in dienst getreden en vervulde laatstelijk de functie van stafteamleider facilitaire techniek. Deze arbeidsovereenkomst wordt verder arbeidsovereenkomst I genoemd.
- 2.2. Partijen zijn verder een nieuwe arbeidsovereenkomst met een omvang van gemiddeld 11 uur per week aangegaan voor de duur van een half jaar, te weten van 1 november 2014 tot 1 mei 2015. Deze arbeidsovereenkomst wordt arbeidsovereenkomst II genoemd.
- 2.3. [de werkneemster] is per 29 januari 2015 wegens arbeidsongeschiktheid uitgevallen. Met ingang van 26 januari 2017 ontvangt [de werkneemster] een WGA-uitkering, omdat zij volledig arbeidsongeschikt is geworden.
- 2.4. Bij beslissing van 28 maart 2017 heeft het UWV AJD de Zorggroep toestemming verleend om arbeidsovereenkomst I met [de werkneemster] op te mogen zeggen.
- 2.5. Bij brief van 6 april 2017 heeft de Zorggroep gebruik ge-

maakt van de toestemming en arbeidsovereenkomst I opgezegd met ingang van 1 september 2017.

2.6. Aan [de werkneemster] is een transitievergoeding ter hoogte van € 24.674,34 bruto betaald.

3 *Het geschil*

3.1. [de werkneemster] verzoekt – kort weergegeven – veroordeling van de Zorggroep tot betaling van een transitievergoeding van bruto € 35.531,01 althans bruto € 27.388,52 (onder aftrek van de reeds betaalde transitievergoeding van € 24.674,34 bruto, vermeerderd met rente en kosten).

Hieraan legt [de werkneemster] ten grondslag dat haar een lager bedrag aan transitievergoeding is betaald dan waarop zij rechtens aanspraak heeft. Er is ten onrechte geen rekening gehouden met de ureuitbreiding in de periode van 1 november 2014 tot 1 mei 2015. Er moet voorverlengd worden naar de periode voorafgaand aan de ziekte. Bovendien kan en mag de arbeidsongeschiktheid niet leiden tot een negatief resultaat. Dit leidt tot ongelijkheid.

Bij arbeidsovereenkomst II betrof het geen nieuwe/andere functie. Het ging om dezelfde functie en het opstellen van een schriftelijke arbeidsovereenkomst betrof enkel de formalisering van de feitelijke situatie. Verder stelt [de werkneemster] dat de vergelijking moet worden gemaakt met de situatie waarin in de laatste 12 maanden met een wisselende arbeidsomvang is gewerkt. De transitievergoeding dient daarom berekend te worden aan de hand van een arbeidsomvang van 36 uur per week.

3.2. De Zorggroep heeft verweer gevoerd en voert aan dat het vast overeengekomen aantal arbeidsuren het uitgangspunt is bij de berekening van de transitievergoeding. Periodes met afwezigheid in verband met – onder meer – ziekte zijn daarop niet van invloed. Van voorverlenging kan daarom geen sprake zijn.

Verder is geen sprake van een wisselende arbeidsomvang. Er was immers een vast aantal arbeidsuren per week overeengekomen. Arbeidsovereenkomst II betrof de functie van medewerker in interne samenwerkingsprojecten en deze dient bij de berekening van de transitievergoeding buiten beschouwing te blijven omdat deze slechts een half jaar heeft geduurd.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna – voor zover relevant – nader ingegaan.

4 *De beoordeling*

4.1. [de werkneemster] heeft de onderliggende verzoeken tijdig ingediend, omdat deze zijn ontvangen binnen drie maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst door de Zorggroep is beëindigd (artikel 7:686a lid 4, onderdeel a, BW).

4.2. Partijen zijn het er over eens dat het de Zorggroep aan [de werkneemster] een transitievergoeding verschuldigd is, maar partijen verschillen van mening over de hoogte daarvan. [de werkneemster] is van mening dat de transitievergoeding moet worden berekend op basis van het loon gerekend over 36 arbeidsuren, terwijl de Zorggroep van mening is dat de transitievergoeding moet worden berekend op basis van het laatstgenoten loon gebaseerd op 25 arbeidsuren. Dat was immers het (laatstelijk) overeengekomen loon.

4.3. Artikel 7:673 lid 2 BW bepaalt op welke wijze de transitievergoeding moet worden berekend. Essentieel onderdeel van die berekening is het loon. Artikel 7:673 lid 10 BW bepaalt vervolgens dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt bepaald wat voor de toepassing van lid 2 wordt verstaan onder loon. Daaraan is uitvoering gegeven in het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding (Staatsblad 2014, 538) (hierna: het Besluit loonbegrip), waarvan

artikel 2 lid 2 – samengevat – bepaalt dat onder loon wordt verstaan: het bruto uurloon vermenigvuldigd met de overeengekomen arbeidsduur per maand of, in geval van een wisselende arbeidsduur, met de gemiddelde arbeidsduur over in beginsel een periode van twaalf maanden voorafgaand aan het moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Van belang is derhalve de hoogte van het loon dat partijen zijn overeengekomen. De hoogte van het loon staat in deze procedure echter niet ter discussie maar wel de omvang van de arbeidsduur.

4.4. [de werkneemster] stelt zich in deze procedure op het standpunt dat ook de uren uit arbeidsovereenkomst II moeten meetellen bij de berekening. In feite ging het hierbij om uitbreiding van haar eigen functie en er was geen sprake van een project. Enkel en alleen omdat geen uren meer vergeven mochten worden, is de ureuitbreiding met arbeidsovereenkomst II geformaliseerd. Gelet op de arbeidsongeschiktheid dient er voorverlenging plaats te vinden naar de feitelijk laatst gewerkte maand, te weten januari 2015. De zorggroep heeft een en ander uitvoerig gemotiveerd betwist.

4.5. De kantonrechter is van oordeel dat het salaris uit de urenomvang van arbeidsovereenkomst II niet moet meetellen bij de berekening van de transitievergoeding en hij overweegt daartoe als volgt. [de werkneemster] verrichtte de functie van stafteamleider facilitaire techniek voor 25 uur per week. Met ingang van 1 november 2014 zijn partijen een tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan. Volgens de schriftelijke arbeidsovereenkomst ging het hierbij om de functie van medewerker in interne samenwerkingsprojecten (met code 07021). Het betoog van [de werkneemster] komt er op neer dat arbeidsovereenkomst II een formalisering van de bestaande situatie was, namelijk uitbreiding van het uren aantal in haar functie van stafteamleider facilitaire techniek. De kantonrechter volgt dit betoog niet. Op de eerste plaats heeft [de werkneemster] deze stelling in onvoldoende mate onderbouwd. Daarnaast heeft [de werkneemster] zelf ter zitting verklaard dat zij naast haar vaste werkgebied in de omgeving Roermond ook werd ingezet in de regio Venlo en dat zij geacht werd aanwezig te zijn bij vergadering in de hoofdlocatie van de Zorggroep te Venlo. Verder verklaart [de werkneemster] dat er een reorganisatie/herstructurering plaatsvond zodat alle locaties opnieuw moesten worden ingericht met kleinere teams, korte diensten en dat avonddiensten gepland moesten worden. Uit deze feitelijke gang van zaken volgt reeds dat ureuitbreiding is ingegeven door de reorganisatie en dat er sprake is projectmatige werkzaamheden van tijdelijke aard en duur.

Hieruit volgt dat arbeidsovereenkomst II terecht niet meetelt bij de berekening van de vergoeding van de transitievergoeding, nog afgezien van de vraag of voorverlenging dient plaats te vinden.

4.6. De stelling dat er sprake is van een wisselende arbeidsomvang biedt evenmin soelaas. Partijen zijn immers een vast uren aantal overeengekomen, te weten 25 uur per week in arbeidsovereenkomst I en 11 uur per week bij arbeidsovereenkomst II.

4.7. Ter zitting heeft [de werkneemster] nog een derde grondslag geponeerd en zich daarbij op het gelijkheidsbeginsel beroepen. Door de ziekte heeft [de werkneemster] geen extra uren meer kunnen werken die zij voorafgaand aan 1 november 2014 wel werkte. [de werkneemster] ervaart derhalve negatieve gevolgen door haar ziekte, hetgeen ongelijke behandeling oplevert. Ook deze stelling treft naar het oordeel van de kantonrechter geen doel. Op de eerste plaats heeft [de werkneemster] niet aangetoond dat zij structureel meer werkte dan de overeengekomen 25 uur. Door [de werkneemster] is geen enkel schriftelijk stuk overgelegd die de stelling van [de werkneemster] zou on-

dersteunen. De Zorggroep heeft bovendien met betrekking tot de overuren aangevoerd dat er altijd compensatie plaatsvindt zodat het uren-aantal aan het einde van het jaar op nul uitkomt. Op managers, zoals [de werkneemster], rust zelf de verantwoording ervoor zorg te dragen dat de extra uren gecompenseerd worden. Dit laatste is niet dan wel onvoldoende gemotiveerd weersproken door [de werkneemster].

4.8. Slotsom is dat het verzoek van [de werkneemster] wordt afgewezen. [de werkneemster] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten. De kosten aan de zijde van Zorggroep worden tot op heden begroot op € 400,= (2 punten x tarief € 200,=).

5 De beslissing

De kantonrechter

5.1. wijst het verzoek af,

5.2. veroordeelt [de werkneemster] in de proceskosten, aan de zijde van Zorggroep tot op heden begroot op € 400,=,

5.3. verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Ook arbeidsongeschikte werknemers hebben recht op een transitievergoeding indien de arbeidsovereenkomst minstens twee jaar heeft geduurd bij opzegging, ontbinding of het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever.¹ Over de wijze waarop deze transitievergoeding wordt berekend, kan discussie ontstaan, zo volgt uit onderhavige uitspraak van de Kantonrechter Roermond.

2. Het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding en de Regeling looncomponenten en arbeidsduur geven regels ten aanzien van de berekening van de transitievergoeding van art. 7:673 BW; deze regels zijn ook van toepassing indien de werknemer arbeidsongeschikt is. Het uitgangspunt voor de berekening van de transitievergoeding is het loon.²

3. Er zijn twee verschillende berekeningswijzen van het begrip 'loon'. De eerste berekeningswijze geldt als er een *vaste* arbeidsduur is overeengekomen. In dat geval is 'loon' het bruto uurloon vermenigvuldigd met de overeengekomen arbeidsduur per maand.³ Dit betreft het op dat moment geldende bruto uurloon. Uit de toelichting volgt dat een periode van afwezigheid wegens arbeidsongeschiktheid geen gevolgen heeft voor de overeengekomen arbeidsduur én het geldende bruto uurloon als een *vaste* arbeidsduur is overeengekomen. Dit is ook redelijk. Tijdens arbeidsongeschiktheid kan het immers voorkomen dat een werknemer gedurende een verminderde arbeidsduur passende werkzaamheden verricht in het kader van de re-integratie. Het verrichten van deze re-integratiewerkzaamheden heeft dus gezien het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding geen gevolgen voor de berekening van de transitievergoeding.

4. De tweede berekeningswijze geldt als er *géén* of een *wisselende* arbeidsduur is overeengekomen. In dat geval is 'loon' het bruto uurloon vermenigvuldigd met het gemiddelde aantal gewerkte uren per maand in de 12 maanden voorafgaand aan het moment

waarop de arbeidsovereenkomst eindigt of, indien de duur van de arbeidsovereenkomst korter was dan 12 maanden, gedurende de duur van de arbeidsovereenkomst.⁴ In geval er sprake is geweest van periodes waarin de werknemer niet werkt in verband met arbeidsongeschiktheid kan het gemiddeld aantal gewerkte uren van een werknemer met wie geen vaste arbeidsduur is overeengekomen veel lager uitvallen. De Regeling looncomponenten en arbeidsduur bepaalt daarom dat dergelijke perioden niet in aanmerking worden genomen bij de berekening van het loon.⁵ De gemiddelde arbeidsduur wordt dan berekend over een periode die korter is dan 12 maanden. Als de periode van arbeidsongeschiktheid echter één maand of langer is, vindt er een voorverlenging plaats. Er wordt dan een periode in aanmerking genomen tijdens welke periode de werknemer niet arbeidsongeschikt was en die voorafgaat aan de periode waarover het gemiddelde normaliter wordt berekend. De periode van voorverlenging is gelijk aan de periode die buiten beschouwing wordt gelaten wegens arbeidsongeschiktheid.⁶

5. Bij berekening van de transitievergoeding van een arbeidsongeschikte werknemer is het dus van belang dat wordt vastgesteld of er een *vaste* arbeidsduur is overeengekomen of dat er juist *géén* of een *wisselende* arbeidsduur is overeengekomen. Als er sprake is van een *vaste* overeengekomen arbeidsduur heeft de arbeidsongeschiktheid van een werknemer geen gevolgen voor het overeengekomen loon en de overeengekomen arbeidsomvang. De overeengekomen arbeidsduur en het overeengekomen uurloon wijzigen immers niet bij arbeidsongeschiktheid. Indien er *géén* of een *wisselende* arbeidsduur is overeengekomen, dient er een voorverlenging gelijk aan de periode van arbeidsongeschiktheid plaats te vinden als de werknemer langer dan een maand arbeidsongeschikt is. Als de werknemer korter dan een maand arbeidsongeschikt is, wordt deze periode van arbeidsongeschiktheid buiten beschouwing gelaten en wordt er naar een kortere periode gekeken ten aanzien van de berekening van de transitievergoeding.

6. De Kantonrechter Roermond heeft op 13 september 2017 in lijn hiermee geoordeeld.⁷ Het betrof een werknemer met een overeengekomen arbeidsomvang van 22 uur per week die in het kader van de re-integratie 16 uur per week werkte en na twee jaar arbeidsongeschiktheid een aanzienlijk lager loon ontving. De werkgever stelde zich bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op het standpunt dat de transitievergoeding moest worden berekend naar aanleiding van het lagere salaris. De kantonrechter oordeelde echter dat dit lagere loon niet kon gelden als het overeengekomen loon. Bij de berekening van de transitievergoeding is uitgegaan van de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur en het daarbij behorende loon. Ook de Kantonrechter Arnhem oordeelde in deze lijn.⁸ Dit betrof een werknemer met een overeengekomen arbeidsduur van 38 uur per week die vanwege het verstrijken van de loondoorbetalingsperiode en het niet verrichten van re-integratiewerkzaamheden geen aanspraak meer kon maken op salaris. De werkgever had zich op het standpunt gesteld dat de werknemer dientengevolge ook geen recht had op een transitievergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De Kantonrechter Arnhem oordeelde dat bij berekening van de

1 Ook is er een transitievergoeding verschuldigd bij een opzegging, ontbinding of einde van rechtswege op initiatief van de werknemer bij ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

2 Art. 2 Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding.

3 Art. 2 lid 1 Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding.

4 Art. 2 lid 1 Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding.

5 Art. 2 lid 1 Regeling looncomponenten en arbeidsduur.

6 Art. 2 lid 2 Regeling looncomponenten en arbeidsduur.

7 Kantonrechter Roermond 13 september 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8895.

8 Kantonrechter Arnhem 23 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3511.

transitievergoeding uitgegaan moet worden van het bruto uurloon waar de werknemer recht op zou hebben gehad indien zij niet arbeidsongeschikt zou zijn. Dat de werknemer op dat moment geen recht had op loon was dus niet relevant.

7. In de onderhavige uitspraak heeft de werknemer een arbeidsovereenkomst voor *onbepaalde tijd* met een omvang van 25 uur per week. Hiernaast hebben partijen een arbeidsovereenkomst voor *bepaalde tijd* gesloten voor de duur van zes maanden, van 1 november 2014 tot 1 mei 2015, met een omvang van 11 uur per week. Deze arbeidsovereenkomst is niet verlengd. Op 29 januari 2015 (gedurende de looptijd van de laatstgenoemde arbeidsovereenkomst) wordt de werknemer arbeidsongeschikt. Nadat de arbeidsongeschiktheid ruim twee jaar heeft geduurd, heeft de werkgever de arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV opgezegd. De werkgever heeft aan de werknemer een transitievergoeding betaald, waarbij de werkgever is uitgegaan van een arbeidsomvang van 25 uur per week. De werknemer stelt zich op het standpunt dat er ook rekening gehouden moet worden met de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en dat de transitievergoeding dus berekend dient te worden over een arbeidsomvang van 36 uur per uur week.

De werknemer voert hiervoor drie argumenten aan: (i) het betreft een uitbreiding van de eigen functie en de bestaande situatie ten aanzien van het extra werken is hiermee geformaliseerd; gelet op de arbeidsongeschiktheid dient er een voorverlenging plaats te vinden, (ii) er dient een vergelijking te worden gemaakt met de situatie dat er is gewerkt in een wisselende arbeidsomvang en (iii) de werknemer ervaart negatieve gevolgen door haar ziekte, hetgeen ongelijke behandeling oplevert. Ten aanzien van het derde argument, het verboden onderscheid, heeft de werknemer aangevoerd dat zij door haar arbeidsongeschiktheid geen extra uren meer heeft kunnen werken die zij voorafgaand aan 1 november 2014 wel werkte.

8. Ten aanzien van het eerste argument van de werknemer stelt de kantonrechter mede op basis van de feiten dat de urenuitbreiding is ingegeven door de reorganisatie en dat er sprake is van projectmatige werkzaamheden van tijdelijke aard en duur.⁹ Hieruit zou volgen dat de tweede arbeidsovereenkomst terecht niet meetelt bij de berekening van de transitievergoeding, nog afgezien van de vraag of voorverlenging dient plaats te vinden, aldus de kantonrechter. Dit oordeel van de kantonrechter is goed te begrijpen; de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is immers na afloop van de termijn waarvoor deze is aangegaan geëindigd, zodat dit niet meer bij de *vaste* overeenkomen arbeidsduur hoort. Het is naar mijn oordeel ongewenst dat na afloop van de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever en ruim twee jaar na afloop van de tijdelijke urenuitbreiding deze tijdelijke urenuitbreiding wordt meegenomen bij het vaststellen van de arbeidsduur van de werknemer. Bovendien bepaalt de toelichting dat arbeidsongeschiktheid geen gevolgen heeft voor de overeengekomen *vaste* arbeidsduur. Indien de werknemer niet arbeidsongeschikt was geweest, was de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd naar verwachting ook geëindigd gezien de tijdelijke projectmatige werkzaamheden. Het zou een onredelijke situatie opleveren indien deze tijdelijke urenuitbreiding meegenomen moet worden bij de berekening van de transitievergoeding bij een arbeidsongeschikte werknemer en dat deze bij een werknemer die niet arbeidsongeschikt is niet wordt meegenomen.

9. Het is echter de vraag hoe de kantonrechter zou hebben geoordeeld indien er wel sprake zou zijn van een formalisatie van

de bestaande situatie en een uitbreiding van de arbeidsomvang ten aanzien van de eigen functie van de werknemer. Naar mijn mening kan ook in dat geval geen voorverlenging plaatsvinden, zoals de werknemer betoogt. Er kan immers enkel een voorverlenging plaatsvinden indien er *géén* of een *wisselende* arbeidsduur is overeengekomen en bij een formalisatie van de bestaande arbeidsduur is er wel degelijk een *vaste* arbeidsduur overeengekomen. Dit zou er dan toe leiden dat er bij berekening van de transitievergoeding wel rekening gehouden moet worden met deze extra uren.

10. Ten aanzien van het tweede argument van de werknemer, oordeelt de kantonrechter dat er geen sprake is van een *wisselende* arbeidsduur; partijen zijn immers een *vaste* arbeidsduur overeengekomen, te weten 25 uur per week in de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en 11 uur per week in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Hierdoor dient er bij de berekening van de transitievergoeding geen rekening te worden gehouden met de tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die is immers geëindigd. Er vindt dus geen voorverlenging plaats.

11. Tot slot heeft de kantonrechter ten aanzien van het door de werknemer aangevoerde verboden onderscheid (argument drie) geoordeeld dat de werknemer niet heeft aangetoond dat zij voorafgaand aan 1 november 2014 structureel meer werkte dan 25 uur per week. Bovendien vindt er bij de werkgever compensatie plaats in tijd ten aanzien van de overuren. Hierdoor is er geen sprake van ongelijke behandeling, aldus de kantonrechter. Als de lijn van de kantonrechter wordt gevolgd dat er sprake is van projectmatige werkzaamheden van tijdelijke aard en duur, is er geen sprake is van verboden onderscheid. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is dan immers van rechtswege geëindigd en op de werkgever rust geen verplichting om de arbeidsovereenkomst te verlengen. Zelfs indien er voldoende werkzaamheden zijn, geldt deze verplichting niet, aangezien een arbeidsongeschikte werknemer deze werkzaamheden niet kan verrichten.¹⁰

12. Ook hier doet zich de vraag voor wat het oordeel van de kantonrechter zou zijn indien de werknemer wel zou hebben aangetoond dat zij structureel meer werkte dan 25 uur per week en dat er sprake zou zijn van een formalisatie van de bestaande situatie door het aangaan van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Vooropgesteld dient te worden dat er enkel sprake kan zijn van verboden onderscheid indien er sprake is van chronische ziekte of een handicap. Of sprake is van een chronische ziekte of handicap volgt niet uit de uitspraak. Uitgangspunt dient te zijn dat er in beginsel geen onderscheid gemaakt mag worden tussen werknemers voor zover dat een verboden onderscheid betreft. Het terugbrengen van de structurele arbeidsduur vanwege een chronische ziekte of een handicap zou er in deze zaak wel toe kunnen leiden dat er sprake is van een verboden onderscheid.

13. De kantonrechter komt gezien het vorenstaande tot het oordeel dat de transitievergoeding berekend dient te worden over een arbeidsomvang van 25 uur per week. De onderhavige uitspraak is niet verrassend en zeer begrijpelijk indien er uitgegaan wordt van de feiten zoals vastgesteld door de kantonrechter. In dat geval is conform het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding en de Regeling looncomponenten en arbeidsduur gehandeld: als er sprake is van een overeengekomen *vaste* arbeidsduur wordt de

⁹ In r.o. 4.5 geeft de kantonrechter aan dat dit tevens is gebaseerd op de onvoldoende onderbouwing door de werknemer.

¹⁰ Zie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 29 mei 2012, «JAR» 2012/170 waar het gerechtshof oordeelde dat de werkgever niet gehouden was om meer uren aan een werknemer aan te bieden bij chronische ziekte.

transitievergoeding berekend naar aanleiding van deze overeengekomen arbeidsduur en vindt er geen voorverlenging plaats. Echter, zou het om een formalisatie van de bestaande situatie gaan, dan gaat in ieder geval het eerste argument van de werknemer op, en mogelijk ook het derde.

S.M. Rosier
Stamoulis advocaten

Personen- en familierecht

4
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 november 2017, nr. C/03/217625/FA RK 16-583 ECLI:NL:GHSHE:2017:5244 (mr. Antens, mr. Van Leuven, mr. Van de Rakt) Noot P.A. den Hollander
Kinderalimentatie. Nihilstelling kinderalimentatie. Wettelijke schuldsanering. Draagkracht. Verhoging VTLB.
In eerste aanleg heeft de rechtbank het verzoek van de vrouw tot wijziging kinderalimentatie afgewezen. Het hof bekrachtigt de beschikking van de rechtbank. De man zit in de WSNP en heeft geen draagkracht voor kinderalimentatie. De rechter-commissaris heeft het verzoek van de man tot verhoging van het VTLB afgewezen. Het hof verwijst naar vaste rechtspraak over het VTLB.
[BW art. 1:401 lid 1, 1:402; Fw art. 295 lid 3]

In eerste aanleg heeft de rechtbank de kinderalimentatie op nihil gesteld. De man had geen draagkracht aanzien de wettelijke schuldsanering op hem van toepassing was verklaard. Ook had de rechter-commissaris geen toestemming verleend om het VTLB (vrij te laten bedrag) van de man met een alimentatieverplichting te verhogen. In hoger beroep is de draagkracht van de man in het geschil. Volgens de vrouw is het in een alimentatiezaak aan de rechtbank om te oordelen of er sprake is van een klemmend tekort om in de behoefte van de kinderen te voorzien. De man voert hiertegen aan dat het aan de rechter-commissaris is dit vast te stellen, waarna het aan de rechtbank is om de hoogte van de kinderalimentatie te bepalen, dan wel deze op nihil te stellen. Vaststaat dat ten aanzien van de man met ingang van 2 juni 2016 de wettelijke schuldsaneringsregeling (WSNP) van toepassing is. Het hof stelt voorop dat uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat in dat geval de onderhoudsplichtige niet over de draagkracht beschikt om een onderhoudsbijdrage te betalen, behoudens bijzondere omstandigheden. Aan de rechter-commissaris komt hierbij de discretionaire bevoegdheid toe, waarbij deze rekening dient te houden met alle omstandigheden van het geval. Nu de rechter-commissaris in onderhavige zaak het verzoek tot verhoging van het VTLB heeft afgewezen en er evenmin sprake is van bijzondere omstandigheden, heeft de rechtbank in eerste aanleg op juiste gronden geoordeeld dat de man met ingang van de datum van toepassing van de WNSP geen draagkracht heeft voor het betalen van kinderalimentatie.

[verzoekster], wonende op een geheim adres,
verzoekster in hoger beroep,
hierna te noemen: de vrouw,
advocaat mr. H.H.R. Bruggeman te Lisse,
tegen
[verweerder], wonende te [woonplaats],
verweerder in hoger beroep,
hierna te noemen: de man,
advocaat mr. A. van den Eshoff te Echt.