

Hoge Raad 24 december 2021

8. Eind 2021 herhaalde de Hoge Raad zijn eerdere arrest uit 2014 – met betrekking tot de Invorderingswet – voor de Wet Bpf 2000: een melding van betalingsonmacht kan achterwege blijven als (i) het fonds tijdig op andere wijze op de hoogte is geraakt van de betalingsonmacht en de omstandigheden die daartoe hebben geleid, en (ii) deze wetenschap dusdanig is dat het fonds op basis daarvan in staat is zich een redelijk oordeel te vormen over de oorzaken van de betalingsonmacht en zich te beraden op de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen.¹¹

9. De lat voor het achterwege laten van een melding wegens wetenschap bij het fonds ligt vermoedelijk redelijk hoog. Dat blijkt wel uit de relevante omstandigheden van onderhavige casus. Zo heeft de rechtspersoon jarenlang met het fonds gecorrespondeerd en overlegd over haar financiële situatie, de betalingsmoeilijkheden, de aanvraag van haar faillissement en de oorzaak van de problemen. Ook is er een uitgebreide brief verstrekt waarin de rechtspersoon een toelichting heeft gegeven op de ontstane situatie en de schuldenlast, heeft het fonds een boekenonderzoek uitgevoerd bij de rechtspersoon en is er meermalen tussen partijen gesproken over een betalingsregeling.

10. Het enkele treffen van een betalingsregeling met het fonds voor openstaande posten zal echter niet altijd afdoende zijn om wetenschap bij het fonds te veronderstellen. Van belang is onder meer de (gedetailleerdheid) van de informatie die in het kader van de betalingsregeling is verstrekt alsmede de fase waarin de betalingsregeling verkeert. Zo blijkt uit het arrest van het hof Den Haag dat er een (nieuwe) melding betalingsonmacht moet worden gedaan indien als gevolg van naheffingen een vordering ontstaat vlak voor het eindigen van een lopende betalingsregeling.¹²

11. Ook de omstandigheid dat een bepaalde sector tijdens de pandemie erg is geraakt, zoals de horeca- en reisbranche, is niet afdoende om een melding van betalingsonmacht achterwege te kunnen laten. Datzelfde geldt voor het doen van een beroep op een tijdelijke betalingsregeling, zoals aangeboden door menig bedrijfstakpensioenfondsen in het kader van COVID-19. Dit kan overigens anders zijn indien de rechtspersoon het fonds uitgebreid heeft geïnformeerd over de betalingsonmacht en de omstandigheden die daartoe hebben geleid alvorens gebruik te (kunnen) maken van de betalingsregeling.

Hoge Raad 14 januari 2022

12. Recentelijk is de Hoge Raad eveneens ingegaan op de vraag of – in geval van een overgang van onderneming – de hoofdelijke aansprakelijkheid van een bestuurder van de vervreemder gelijkloopt aan de termijn dat de vervreemder aansprakelijk is.¹³ Wat betreft de aansprakelijkheid van de rechtspersoon geldt dat de verplichting tot het betalen van onbetaalde pensioenpremies aan een bedrijfstakpensioenfonds bij een overgang van onderneming overgaat van de vervreemder op de verkrijger indien zij onder hetzelfde fonds vallen. Dit volgt uit het zogenoemde GOM-arrest.¹⁴ Niettemin blijft de vervreemder echter op grond van art. 7:663 BW nog één jaar na de overgang hoofdelijk aansprakelijk voor de

rechten en verplichtingen ontstaan in de periode tot de overgang. De Hoge Raad heeft nu geoordeeld dat deze vervaltermijn niet gekoppeld is aan de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vervreemder. Het gaat om zelfstandige vorderingsrechten, zodat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder niet eindigt één jaar na een overgang van onderneming.

Bij twijfel, melden!

13. Een aansprakelijkstelling is lastig te weerleggen voor bestuurders. Het is dan ook toe te juichen dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een melding van betalingsonmacht achterwege kan blijven indien het fonds tijdig op andere wijze op de hoogte was van de betalingsonmacht en de oorzaken daarvan. Dat neemt niet weg dat er achteraf nog steeds discussie kan ontstaan of het fonds tijdig op de hoogte was. Om deze discussie te voorkomen, blijft het raadzaam dat bestuurders tijdig een melding van betalingsonmacht doen bij het fonds.

mr. W.C.M. Donner-Broersma
advocaat pensioenrecht bij BakerMcKenzie

18

Xella: tijdstip berekening hoogte transitievergoeding

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
7 oktober 2021, nr. 200.291.128_01,
ECLI:NL:GHSHE:2021:3054
(mr. Smorenburg, mr. Van Ham, mr. Van de Rakt)
Noot mr. A. Stamoulis

Slapend dienstverband. Xella. Hoogte transitievergoeding. b-grond. Arbeidsongeschikt. Opzegging.

[BW art. 7:669, 7:669 lid 3 sub b, 7:673]

Essentie: Belemmering van werkgeefster van de onderhandelingen over beëindigingsovereenkomst leidt tot latere beëindiging van het slapend dienstverband. Het hof bekrachtigt de bestreden beschikking. Werkgeefster wordt veroordeeld tot betaling van de 'resterende' transitievergoeding.

Samenvatting: Werknemer was van 1 september 1989 tot en met 31 juli 2020 in dienst bij werkgeefster in de functie van productiemedewerker. Op 11 mei 2014 werd werknemer arbeidsongeschikt en vanaf dat moment is hij niet meer in staat zijn eigen werkzaamheden of aangepaste werkzaamheden te verrichten. Aan hem is per 8 mei 2016 een WIA-uitkering toegekend. Werkgeefster is op 12 april 2019 gevraagd in te stemmen met beëindiging van het dienstverband, hetgeen zij niet heeft gedaan. Op 31 december 2019 vroeg werkgeefster toestemming bij het UWV om de arbeidsovereenkomst op te zeggen op de b-grond. Het UWV verleende die toestemming op 27 januari 2020. Op 11 februari 2020 zegde werkgeefster aan werknemer de arbeidsovereenkomst op tegen 1 augustus 2020. Werknemer maakte bij brief van 10 maart 2020 aanspraak op de transitievergoeding van € 74.894 bruto. Werkgeefster keerde hem een transitievergoeding uit van € 47.817 bruto op 1 september 2020. Werknemer verzoekt de veroordeling van werkgeefster tot betaling van € 27.077 bruto als het

¹¹ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976.

¹² Hof Den Haag 27 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2590.

¹³ HR 14 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:13.

¹⁴ HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375.

restant van de transitievergoeding. 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 werkgeefster tijdens ziekte is verstreken (in 2016) of van de dag na die waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd (in 2020). De kantonrechter heeft de verzoeken van werknemer toegewezen. Werkgeefster is veroordeeld tot betaling aan werknemer van € 27.077 bruto als restant van de transitievergoeding. Werkgeefster komt tegen dit oordeel in hoger beroep op.

Werkgeefster betoogt, met een beroep op het Xella-arrest, dat bij berekening van de transitievergoeding moet worden uitgegaan van de datum van het einde van de wachttijd voor de WIA-uitkering. Het hof volgt werkgeefster hierin niet. De arbeidsovereenkomst met werkgeefster is niet beëindigd met wederzijds goedvinden, maar werkgeefster heeft de arbeidsovereenkomst op 11 februari 2020 opgezegd tegen 1 augustus 2020. 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, ook als de arbeidsovereenkomst is opgezegd wegens ziekte van de werknemer (de b-grond). 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. Uit het voorgaande volgt dat bij de berekening van de hoogte van de door werkgeefster verschuldigde transitievergoeding als gevolg van de opzegging moet worden uitgegaan van de periode dat de arbeidsovereenkomst met werknemer heeft voortgeduurd, dus tot 1 augustus 2020. Anders dan werkgeefster 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 dat waarop de wachttijd voor de WIA-uitkering van werknemer is verstreken (8 mei 2016). Een overeenkomst tot beëindiging van het dienstverband is tussen partijen niet gesloten. Werkgeefster heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd met toestemming van het UWV. Het Xella-arrest brengt niet mee dat in dit geval moet worden uitgegaan van de peildatum 8 mei 2016. De omstandigheid dat werkgeefster (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. Het hof zal de bestreden beschikking bekrachtigen en het door werkgeefster in hoger beroep verzochte afwijzen.

[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.

3. 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 ontslag-aanvraag 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 buitengerechtigde 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 buitengerechtigde 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, samengetvat, 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 buitengerechtigde 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] heeft 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 (grofweg 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 wetsgeschiedenis 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 wetsgeschiedenis 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 voortdurende 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 be-

dragen 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 ontslag aanvraag 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] toegelicht dat de salarisadministratie een fout had gemaakt door uit 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 arbeids-

overeenkomst 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.

NOOT

Inleiding

1. De werkgeverster komt er in deze uitspraak slecht vanaf. Bovenop de door de werkgeverster reeds aan de werknemer betaalde transitievergoeding van € 47.817 bruto dient de werkgeverster nog een aanvullend bedrag van € 27.077 bruto te betalen. Een aanvullend bedrag dat grotendeels niet door het UWV gecompenseerd wordt. Hoe heeft het zover kunnen komen? De werkgeverster in deze uitspraak is in twee valkuilen gestapt. De eerste is dat zij zich waarschijnlijk veilig

waande als gevolg van de *Xella*-zaak.¹ Voordat de werkgeverster tot het voeren van de ontslagprocedure wegens langdurige arbeidsongeschiktheid bij het UWV overging, was zij immers in zekere mate bereid om mee te werken aan een door de werknemer gewenste beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Toen dit niet tot definitieve overeenstemming leidde, is de werkgeverster de procedure bij het UWV gestart. Een belangrijke vraag die in de onderhavige beschikking aan de orde komt, is dan ook voor wiens rekening en risico het voeren van de ontslagprocedure bij het UWV dient te komen. Een tweede valkuil is dat de werkgeverster op 31 december 2019, dus één dag voordat de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) in werking trad, aan het UWV toestemming verzocht om de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen wegens langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Hierdoor was voor de wijze van berekening van de aan de werknemer verschuldigde transitievergoeding de voor de werknemer financieel gunstigere berekeningswijze voortvloeiend uit de Wet werk en zekerheid (WWZ) van toepassing.

2. Het oordeel van de kantonrechter in eerste aanleg komt er kort samengevat op neer dat de werkgeverster met open ogen in de eerste valkuil is gestapt, en dat de werkgeverster dit ook aan het eigen handelen te danken heeft. Het als gevolg daarvan door de werknemer verzochte bedrag aan aanvullend toe te kennen transitievergoeding van € 27.077 bruto is dan ook, aldus de kantonrechter, volledig door de werkgeverster verschuldigd.² Het hof gaat in de onderhavige beschikking volledig mee in het oordeel van de kantonrechter. Terecht? Ik meen in de gegeven omstandigheden van wel en licht dit als volgt toe.

Eerste valkuil: Xella-uitspraak hier niet van toepassing

3. Zowel de wet (art. 7:673 lid 1 en 2 BW) als het oordeel van de Hoge Raad in de *Xella*-zaak lijken geen andere uitkomst toe te staan dan die volgt uit de onderhavige beschikking van het hof. Uit art. 7:673 lid 1 BW volgt immers dat de werkgeverster aan de werknemer een transitievergoeding is verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst door de werkgeverster is opgezegd. In de onderhavige kwestie heeft de werkgeverster na van het UWV daartoe verkregen toestemming de arbeidsovereenkomst van de werknemer wegens langdurige arbeidsongeschiktheid opgezegd per 1 augustus 2020. Aan de voorwaarde van opzegging door de werkgeverster is dus voldaan. Uit art. 7:673 lid 2 BW volgt vervolgens dat de hoogte van de transitievergoeding moet worden berekend op basis van (grofweg gezegd) het aantal jaren dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd. Dat betekent dus dat moet worden uitgegaan van de volledige periode dat de arbeidsovereenkomst met de betrokken werknemer heeft voortgeduurd, dus tot 1 augustus 2020. Reeds tegen die achtergrond kan het standpunt van de werkgeverster in de onderhavige zaak, namelijk dat een redelijke uitleg van de wet met zich mee moet brengen dat bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding hier moet worden uitgegaan van de datum waarop de wachttijd voor de WIA-uitkering is verstreken (8 mei 2016), niet worden gevolgd. Zoals het hof hier ook overweegt: noch de wet, noch de wetsgeschiedenis bieden aan-

¹ HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734.

² Rb. Zeeland-West-Brabant 8 december 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:6127.

knopingspunten voor dit standpunt.³ Zoals het hof verder ook overweegt, maakt het feit dat het UWV op grond van de compensatieregeling van art. 7:673e BW een lager bedrag aan de werkgeefster vergoedt niet dat de werkgeefster alsdan ook een lager bedrag aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn.⁴

4. Ook de inhoud van de *Xella*-uitspraak maakt het vorenstaande niet anders. In voornoemde beschikking oordeelde de Hoge Raad dat indien 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, als uitgangspunt dient te gelden dat een werkgeefster op grond van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding. Daarbij geldt dat die vergoeding, aldus de Hoge Raad, niet meer hoeft te bedragen dan hetgeen aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de dag na die waarop de werkgeefster wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) beëindigen. Als uitzondering op voornoemde regel wordt aanvaard de situatie dat de werkgeefster een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst (bijvoorbeeld indien reële re-integratiemogelijkheden bestaan voor de werknemer).⁵ Het hof oordeelt dat de situatie zoals bedoeld in de *Xella*-uitspraak zich hier niet voordoet. Een vaststaand feit is immers dat de werkgeefster niet heeft ingestemd met het voorstel van de werknemer om tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden te komen, welk voorstel juist in overeenstemming was met de uitgangspunten die de Hoge Raad in de *Xella*-uitspraak heeft geformuleerd. Naar de letter van zowel de wet, de wetsgeschiedenis als de *Xella*-uitspraak was er dus geen enkele grond om van een ander bedrag aan transitievergoeding uit te gaan dan het bedrag aan transitievergoeding berekend over de volle lengte van de arbeidsovereenkomst van de werknemer (dus berekend tot 1 augustus 2020).

5. Een belangrijke vraag die zowel in eerste aanleg bij de kantonrechter als in hoger beroep bij het hof aan de orde kwam, is of de redelijkheid en billijkheid er zich hier juist tegen verzetten dat de berekeningswijze uit art. 7:673 lid 2 BW onverkort wordt toegepast. Een terechte overweging aangezien de Hoge Raad al eerder overwoog dat, alhoewel het de rechter niet vrijstaat om af te wijken van wettelijke regelingen over de berekening van de transitievergoeding, dit wel aan de orde kan zijn indien onverkorte toepassing daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁶ Zowel de kantonrechter als het hof oordelen dat in de omstandigheden van de onderhavige zaak de redelijkheid en billijkheid zich niet tegen onverkorte toepassing van art. 7:673 lid 2 BW verzetten. Naar mijn mening volledig terecht. Zo had de werknemer 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 verplichting tot loondoorbetaling bij ziekte was geëindigd. De werkgeefster heeft daar toen niet mee ingestemd en besloten om de *Xella*-uitspraak af te wachten. Toen deze uitspraak inmiddels was gewezen, heeft de werkgeefster aan de werknemer laten weten dat zij gelet op voornoemde uitspraak bereid was om mee te werken aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar dan wel onder de voorwaarde dat de werkgeefster slechts gehouden was om het door het UWV berekende en dus eventueel lagere bedrag aan de werknemer te betalen. De werkgeefster heeft de hiervoor genoemde voorwaarde, die overigens in strijd was met de *Xella*-uitspraak, vervolgens laten vallen maar daarbij eveneens aan de werknemer laten weten dat zij niet langer bereid was om het eerder door de werknemer berekende bedrag aan transitievergoeding (€ 53.520 bruto) te betalen, maar een aanzienlijk lager bedrag. Mede omdat het tussen partijen niet in geschil was dat het uiteindelijk door de werkgeefster aangeboden bedrag te laag was, gaat het hof er dan ook van uit dat het – in tegenstelling tot wat de werkgeefster aanvoerde – niet de werknemer is geweest die de totstandkoming van een beëindigingsovereenkomst heeft gefrustreerd en heeft aangestuurd op een andere beëindigingswijze om daarmee te trachten een voordeel te realiseren, maar dat het aan de eigen handelwijze van de werkgeefster te wijten is dat de arbeidsovereenkomst met de werknemer niet met wederzijds goedvinden is beëindigd.⁷

6. Met vorenstaande overweging lijkt het hof als mogelijke uitzondering te willen aanvaarden de situatie dat het aan de werknemer zelf te wijten is dat er geen beëindigingsovereenkomst tot stand komt, waarbij de werknemer ook door middel van zijn handelen heeft aangestuurd op een andere beëindigingswijze om daarmee te trachten een voordeel te realiseren. Het is evident dat deze uitzondering hier niet opgaat, aangezien de werkgeefster in de onderhandelingen over de beëindigingsovereenkomst niet alleen een voorwaarde stelde die in strijd was met de *Xella*-uitspraak, maar eveneens, toen zij deze beperkende voorwaarde liet vallen, een bedrag aan te betalen transitievergoeding aanbood waarvan zij wist dat dit te laag was. Alhoewel hier overigens niet aan de orde, kan ook het feit dat de werknemer het aanvankelijke voorstel deed voordat de *Xella*-uitspraak gewezen was de werkgeefster hier niet baten.

In de rechtspraak is immers al eerder overwogen dat de gehoudenheid van de werkgeefster om uit hoofde van het beginsel van goed werkgeverschap mee te werken aan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, zoals door de Hoge Raad in de *Xella*-uitspraak geschetst, aangenomen moet worden vanaf het moment dat zekerheid bestond aangaande de totstandkoming van de compensatieregeling voor transitievergoedingen. De Regeling compensatie transitievergoeding is op 11 juli 2018 gepubliceerd zodat bij verzoeken van werknemers zoals hiervoor bedoeld in ieder geval vanaf die datum in beginsel de gehoudenheid geldt voor werkgevers om hieraan mee te werken.⁸ In de onderhavige kwestie had de werknemer per brief

3 Hof 's-Hertogenbosch 7 oktober 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3054, r.o. 3.11.

4 Hof 's-Hertogenbosch 7 oktober 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3054, r.o. 3.12.

5 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734, r.o. 2.7.3.

6 HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:632.

7 Hof 's-Hertogenbosch 7 oktober 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3054, r.o. 3.19.

8 Vergelijk hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:31 en hof Arnhem-Leeuwarden 17 mei 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:4698.

van 12 april 2019 het verzoek gedaan, zodat dit al een geruime tijd na de publicatie van de nieuwe wetgeving lag en de werkgeefster daar dus al mee bekend had moeten zijn. Ook een dergelijk verweer, ondanks dat dit hier niet gevoerd is, had de werkgeefster niet kunnen baten.

Tweede valkuil: overgangsrecht WAB

7. De werkgeefster stapt ook in een tweede valkuil, namelijk door op 31 december 2019 een procedure bij het UWV aan te vangen om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid te komen. Uit hoofde van het overgangsrecht bij de WAB geldt dat voor de berekening van de hoogte van de transitievergoeding de leden 1, 2, 4 en 9 van art. 7:673 BW van toepassing blijven zoals die golden voor het tijdstip van inwerkingtreding van de WAB, indien (onder andere) de arbeidsovereenkomst is opgezegd met toestemming van het UWV en dit verzoek om toestemming vóór dat tijdstip is gedaan.⁹ Juist vanwege de vrij lange periode tussen de datum waarop het einde van de wachttijd voor de WIA-uitkering verstreek (8 mei 2016) en de feitelijke einddatum van de arbeidsovereenkomst (1 augustus 2020), de leeftijd van de werknemer (ten tijde van het ontslag 56 jaar) en zijn langdurige dienstverband (ruim 30 jaar) leidt de blijvende toepasselijkheid van de WWZ op de berekeningswijze van de hoogte van de transitievergoeding tot een aanmerkelijk verschil in hetgeen de werkgeefster uiteindelijk moet betalen versus hetgeen de werkgeefster van het UWV gecompenseerd krijgt.

In eerste aanleg overweegt de kantonrechter ook nadrukkelijk dat bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst de transitievergoeding moet worden berekend aan de hand van de bepalingen die golden tot 1 januari 2020.¹⁰ In dit verband is opmerkelijk dat het hof daarentegen oordeelt dat art. 7:673 BW van toepassing is zoals dat per 1 januari 2020 geldt. Dit vanwege het feit, aldus het hof, dat de arbeidsovereenkomst op 11 februari 2020 opgezegd is tegen 1 augustus 2020.¹¹ Mogelijk dat ook de werkgeefster bij het starten van de UWV-procedure hiervan was uitgegaan (dus van de datum waarop uiteindelijk opgezegd zou worden), maar deze uitleg strookt niet met het overgangsrecht zoals dat hoort bij de WAB. Overigens lijkt deze overweging van het hof op een verschrijving te berusten aangezien het hof de in eerste aanleg door de kantonrechter gewezen beschikking bekrachtigt en derhalve dus niets aan de hoogte van het aanvullende bedrag aan transitievergoeding wijzigt.

Enkele afsluitende overwegingen

8. Duidelijk is dat de werkgeefster in twee valkuilen stapt die tot een aanmerkelijk verschil in de te betalen transitievergoeding leiden. De vraag rijst wat de werkgeefster hier dan had moeten doen. Het antwoord dat hier voor de hand ligt, is uiteraard dat de werkgeefster simpelweg op het voorstel van de werknemer had moeten ingaan. Maar wat te doen als zij koste wat kost niet wilde instemmen met dit voorstel? Afhanke-lijk van het aanwezige risico dat de werknemer zich weer zou gaan melden voor re-integratie, was mogelijk het beste advies geweest om te wachten tot de werknemer zelf proce-

durele stappen zou zetten. Een werkgever kan immers rechte-ns niet gedwongen worden om zelf tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst over te gaan. Dit geldt ook indien de enige reden hiervoor is dat de werkgever niet de transitievergoeding verschuldigd wil zijn en dit is eveneens van toepassing als de arbeidsovereenkomst feitelijk inhoudsloos is ge- worden.¹² De werknemer had dan op de voet van art. 7:611 BW en onder verwijzing naar de *Xella*-uitspraak een schade- vergoeding kunnen vorderen. De werkgever werkt dan im- mers, in strijd met zijn gehoudenheid daartoe, niet mee aan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met weder- zijds goedvinden onder toekenning van een transitievergoe- ding zoals geschetst in de *Xella*-uitspraak.

Inmiddels is duidelijk dat de werknemer alsdan sterk zou hebben gestaan in zijn vordering; de Hoge Raad heeft vrij recent geoordeeld dat in de situatie dat een werknemer een voorstel doet zoals bedoeld in de *Xella*-beschikking, de werk- gever niet als goed werkgever handelt indien deze slechts bereid is om dit voorstel te aanvaarden op voorwaarde dat de werknemer finale kwijting verleent voor mogelijke andere aanspraken.¹³ Met andere woorden: de werkgever dient geen voorwaarden aan de aanvaarding te verbinden die niet in lijn zijn met de *Xella*-beslissing.

9. Een andere procedurele route die voor de werknemer be- schikbaar is, is die van art. 7:671c BW (ontbinding op verzoek van de werknemer). In samenhang met het bepaalde in art. 7:673 lid 1 onder b BW kan de werknemer dan om toeken- ning van de transitievergoeding vragen met als grond dat de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar han- delen of nalaten aan de zijde van de werkgever op zijn ver- zek of ontbonden. Zoals uit de bestaande rechtspraak volgt, ligt de lat voor het aannemen van ernstige verwijtbaarheid bij werknemersverzoeken (ook daar waar het langdurig ar- beidsongeschikte werknemers betreft) erg hoog.¹⁴ Dat neemt niet weg dat in omstandigheden zoals deze, daar waar er uit de vaststaande feiten genoegzaam volgt dat partijen het in beginsel eens waren over de hoogte van de te betalen transi- tievergoeding, maar de werkgever daar om eigen redenen niet mee wilde instemmen, onder omstandigheden wel sprake kan zijn van een dergelijke ernstige verwijtbaarheid. Wordt deze ernstige verwijtbaarheid aangenomen, dan zou in beginsel ook hier weer de transitievergoeding moeten worden berekend conform het bepaalde in art. 7:673 lid 2 BW en wordt de hoogte dus niet begrensd zoals bepaald in de *Xella*-uitspraak.

10. Zoals ik hiervoor al noemde, overweegt het hof in zijn be- schikking uitgebreid waarom de redelijkheid en billijkheid zich in de onderhavige situatie niet verzetten tegen onverkorte toepassing van het bepaalde in art. 7:673 lid 1 en 2 BW. Als gevolg daarvan lijkt de deur toch op een kier open te staan voor situaties waarin onverkorte toepassing van voor- noemde regelgeving wél naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof benoemt, in ver- band met een daartoe door de werkgeefster gevoerd betoog, de situatie dat het de werknemer is die de totstandkoming van een beëindigingsovereenkomst frustreert en die aan- stuurt op een andere beëindigingswijze om daarmee te trachten een voordeel te realiseren. Meer concreet: is dit dan

9 Art. XII WAB.

10 Rb. Zeeland-West-Brabant 8 december 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:6127, r.o. 3.1.

11 Hof 's-Hertogenbosch 7 oktober 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3054, r.o. 3.8.

12 Onder andere rb. Rotterdam 26 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1465.

13 HR 21 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:63.

14 Hof 's-Hertogenbosch 25 maart 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:911.

bijvoorbeeld aan de orde op het moment dat een werkgever zelf herhaaldelijk een beëindigingsvoorstel doet aan een langdurig arbeidsongeschikte werknemer waarbij dit voorstel in lijn is met de *Xella*-uitspraak, de werknemer hier steeds niet mee instemt en onredelijke tegenvoorstellen doet die niet in lijn zijn met voornoemde uitspraak én het handelen van de werknemer er vervolgens toe leidt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst middels verkregen toestemming van het UWV opzegt? Het is met name dat laatste, zijnde dat aangetoond moet kunnen worden dat de werknemer aanstuurt op een andere wijze van beëindiging zodat de werknemer een hogere transitievergoeding kan verkrijgen, dat in de praktijk lastig aan te tonen zal zijn. Niettemin: er valt mogelijk een parallel te trekken met de uitspraak van het hof Den Bosch van 28 januari 2021.¹⁵ Ook hier dwong het handelen van de werknemer (de weigering om na verval van diens functie mee te werken aan herplaatsing) de werkgever ertoe om de arbeidsovereenkomst op te zeggen en kwam deze opzegging voor rekening van de werknemer. Indien de werkgever kan aantonen dat er geen re-integratiemogelijkheden zijn voor de werknemer, de arbeidsovereenkomst dus inhoudsloos is geworden én er steeds voorstellen zijn gedaan die minimaal in lijn liggen met de *Xella*-uitspraak, dan zou naar analogie van voornoemde uitspraak er dus een kans zijn voor de werkgever om alsnog tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de langdurig arbeidsongeschikte werknemer te komen zonder dat het spreekwoordelijke volle pond moet worden betaald aan transitievergoeding. De slotvraag is dan natuurlijk wel: heeft de werknemer alsdan in het geheel geen recht meer op een transitievergoeding zoals dit in de laatstgenoemde uitspraak het geval was of wordt de transitievergoeding dan genormeerd door hetgeen uit de *Xella*-uitspraak volgt? Zelf denk ik het laatste, omdat ook hier de lat voor het aannemen van ernstig verwijtbaar handelen aan de kant van de werknemer door niet in te stemmen met de beëindigingsvoorstellen van de werkgever erg hoog dient te liggen.

mr. A. Stamoulis
Stamoulis Advocaten

19

Opzegging arbeidsovereenkomst van statutair bestuurder niet rechtsgeldig

Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland zp Almere
17 september 2021, nr. 9245950 / ME VERZ 21-78,
ECLI:NL:RBMNE:2021:4614
(mr. Van Wegen)
Noot mr. S.C. Verlinden

UWV. Bedrijfseconomische redenen. Statutair bestuurder. Ernstig verwijtbaar. Billijke vergoeding. 15 april-arresten.

[BW art. 2:8, 2:15, 2:227, 7:669 lid 3 sub a, 7:671, 7:682]

Essentie: Opzegging arbeidsovereenkomst van statutair bestuurder niet rechtsgeldig. Geen voldragen a-grond vanwege het ontbreken van een voldoende en deugdelijk herplaatsings-traject. Geen toepasselijkheid van de 15 april-arresten door contractuele bepaling. Billijke vergoeding toegewezen.

Samenvatting: Werknemer is sinds 1 februari 2013 in dienst van werkgeefster op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Werknemer is daarnaast per 1 juni 2013 door de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: AVA) benoemd als statutair bestuurder van werkgeefster. In het addendum bij de arbeidsovereenkomst is een bepaling opgenomen over de rechten van werknemer bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Op 24 juni 2020 heeft werkgeefster aan werknemer meegedeeld dat zijn functie komt te vervallen als gevolg van een reorganisatie en heeft zij aan werknemer een vaststellingsovereenkomst overhandigd. Diezelfde dag is werknemer per direct op non-actief gesteld, waarbij hem eveneens de toegang tot zijn zakelijke e-mailaccount en de overige bedrijfsnetwerken is ontzegd. Werkgeefster heeft een 'out-of-office'-bericht vanuit het e-mailaccount van werknemer opgesteld voor in- en externe contacten waarin werkgeefster heeft vermeld dat werknemer niet meer werkzaam is bij werkgeefster. Op 24 juni 2020 heeft werknemer (net als de overige 31 boventallige werknemers) een e-mail ontvangen met daarbij de uitnodiging om te solliciteren op één of meer van de drie nieuwe functies die waren ontstaan in het kader van de organisatiewijziging. Het UWV heeft op 7 oktober 2020 besloten de ontslaanvraag niet in behandeling te nemen omdat werknemer eveneens statutair bestuurder van werkgeefster was. De AVA heeft in de vergadering van 21 september 2020 tot ontslag van werknemer als statutair bestuurder besloten. Op 30 oktober 2020 heeft werkgeefster opnieuw een ontslaanvraag bij het UWV ingediend voor het dienstverband met werknemer wegens organisatorische veranderingen. Werknemer heeft verweer gevoerd. Het UWV heeft op 18 december 2020 toestemming aan werkgeefster verleend om de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen. Per brief van 23 december 2020 heeft werkgeefster de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd per 1 april 2021. Werknemer verzoekt de kantonrechter onder meer voor recht te verklaren dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door werkgeefster heeft plaatsgevonden in strijd met art. 7:669 BW en werkgeefster te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding.

15 Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:236.