

**JAR 2018/289, Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 21-08-2018,
ECLI:NL:RBZWB:2018:5812, 7022477_E21082018 (annotatie)**

Instantie: Kantonrechter Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Bergen op Zoom
Datum uitspraak: 21-08-2018
Publicatie: JAR 2018/289 (Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht), aflevering 16, 2018
Annotator: • mr. M. Faber
ECLI: <u>ECLI:NL:RBZWB:2018:5812</u>
Zaaknummer: 7022477_E21082018
Overige publicaties: • AR-Updates.nl 2018-1149
Rechtsgebied: Arbeidsrecht
Rechters: • mr. Van Dijke
Partijen: De werknemster te (...), verzoekende partij, gemachtigde: mr. S. Ramautar, advocaat te Den Haag, tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Green Talent BV te 's- Gravenzande, kantoorhoudende te Steenberg, verwerende partij, gemachtigde: mr. E. Thijssen, advocaat te Roosendaal.
Regelgeving: • <u>BW Boek 7 - 673 lid 1 sub a onder 3</u> • <u>Regeling looncomponenten en arbeidsduur - 2 lid 1</u>

Inhoudsindicatie

Einde van rechtswege uitzendovereenkomst, Transitievergoeding verschuldigd, ook bij aanbieden nieuwe functie door het uitzendbureau

Ga direct naar

- **Samenvatting**
- **Uitspraak**

- **Beslissing/besluit**
- **Noot**

Samenvatting

De werkneemster is op 4 mei 2015 bij de werkgever, een uitzendbureau, in dienst getreden op basis van een uitzendovereenkomst voor bepaalde tijd Fase A. De uitzendovereenkomst had een duur van een jaar en is vervolgens twee keer verlengd. De overeenkomst eindigde van rechtswege op

27 maart 2018. Bij brief van 14 februari 2018 heeft het uitzendbureau dit aan de werkneemster bevestigd. In de periode na de aanzegging heeft het uitzendbureau nog andere functies aan de werkneemster aangeboden, maar zij heeft deze niet geaccepteerd. De werkneemster maakt aanspraak op de transitievergoeding. Het uitzendbureau stelt dat zij daarop geen recht heeft, omdat de arbeidsovereenkomst op haar initiatief niet is voortgezet.

De kantonrechter overweegt dat een transitievergoeding is verschuldigd wanneer het initiatief van het einde van de arbeidsovereenkomst uitgaat van de werkgever. In onderhavig geval kwam het initiatief van het uitzendbureau. Ook indien het bureau in de periode na de aanzegging meerdere functies aan de werkneemster heeft aangeboden – wat de werkneemster betwist – brengt dat niet mee dat daardoor het initiatief tot het einde van de arbeidsovereenkomst bij de werkneemster is komen te liggen. De aanzegging had op dat moment de werkneemster al bereikt. Die aanzegging is leidend en het aanbieden van andere functies doet de aanzegging niet vervallen. Het is ook niet gebleken dat het uitzendbureau de aanzegging nadrukkelijk heeft laten vervallen. De werkneemster heeft dus recht op de transitievergoeding. Nu geen vaste arbeidsduur was overeengekomen, worden de twee weken verlof die de werkneemster heeft genoten niet meegeteld bij de berekening van het gemiddelde maandloon. Het gemiddelde salaris over de laatste dertien weken van het dienstverband is uitgangspunt bij de berekening van de transitievergoeding.

NB. Bepalend voor het recht op de transitievergoeding is of de arbeidsovereenkomst na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever niet aansluitend is voortgezet. Daarbij moet een keuze gemaakt worden. Ofwel de werkgever biedt een verlenging van de arbeidsovereenkomst aan of hij zegt het einde van de arbeidsovereenkomst aan. In het tweede geval is en blijft de transitievergoeding verschuldigd. Zie ook **«JAR» 2018/87** en **«JAR» 2016/284**.

Uitspraak

1. Het procesverloop

(...; red.)

2. De feiten

2.1. De werknemster, geboren te (...) op (...), is op 4 mei 2015 op basis van een arbeidsovereenkomst, meer specifiek een uitzendovereenkomst voor bepaalde tijd Fase A, in dienst getreden bij Green Talent. De uitzendovereenkomst had de duur van één jaar en is daarna voor dezelfde duur tweemaal verlengd, derhalve van rechtswege eindigend op 27 maart 2018. Op de uitzendovereenkomst is de ABU-cao van toepassing. Er is geen vaste arbeidsduur tussen partijen afgesproken.

2.2. De werknemster is (laatstelijk) werkzaam geweest bij 4 Evergreen B.V. te Steenberghe. De functie die de werknemster vervulde, was die van Medewerker glastuinbouw II, met een uurloon van € 10,58 bruto.

2.3. Bij brief van 14 februari 2018 is aan de werknemster het einde van de arbeidsovereenkomst aangezegd. In deze brief is het volgende vermeld: "Hierbij bevestigen wij dat uw dienstverband met Green Talent B.V. van rechtswege eindigt per 27-03-2018. Na het verstrijken van de contractdatum bestaan er geen rechten en plichten meer tussen werkgever en werknemer."

2.4. In de periode na de aanzegging zijn door Green Talent aan de werknemster diverse functies met dezelfde arbeidsvoorwaarden aangeboden.

3. Het verzoek

3.1. De werknemster verzoekt de kantonrechter Green Talent te veroordelen om binnen twee dagen na deze beschikking aan de werknemster te voldoen het netto equivalent van de verschuldigde transitievergoeding ten bedrage van € 1.089,78, onder verstrekking van een schriftelijke en deugdelijke netto/bruto specificatie, waarin het bedrag en de betaling van de transitievergoeding is verwerkt, op straffe van een dwangsom ter hoogte van € 100,= per dag met een maximum van

€ 10.000,= voor elke dag na betekening van deze beschikking dat Green Talent niet voldoet aan de beschikking. Tevens verzoekt de werknemster Green Talent te veroordelen tot betaling van de wettelijke rente over de verschuldigde

transitievergoeding vanaf het opeisbaar worden van dat bedrag, te weten 26 april 2018, tot de dag der algehele voldoening, met veroordeling van Green Talent tot betaling van de proceskosten, te vermeerderen met de nakosten.

3.2. Aan dit verzoek legt de werkneemster ten grondslag dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen ten minste 24 maanden heeft geduurd en dat de arbeidsovereenkomst na einde van rechtswege op initiatief van Green Talent niet is voortgezet. Het einde van de arbeidsovereenkomst is immers door Green Talent aangezegd bij brief van 14 februari 2018. Zodoende maakt de werkneemster aanspraak op een transitievergoeding conform artikel 7:673 lid 1 sub a onder 3 BW. Ten aanzien van de hoogte van de transitievergoeding stelt de werkneemster dat het maandloon

€ 1.307,73 is, zodat daarmee de transitievergoeding € 1.089,78 bruto bedraagt.

4. Het verweer

4.1. Green Talent voert verweer en stelt dat het verzoek om haar te veroordelen tot betaling van de transitievergoeding moet worden afgewezen.

4.2. Aan het verweer legt Green Talent ten grondslag dat voorafgaand aan de einddatum van de arbeidsovereenkomst diverse functies aan de werkneemster zijn aangeboden, waardoor de aanzegging naar de mening van Green Talent inhoudelijk is gewijzigd. De werkneemster heeft de voorstellen echter afgewezen, zodat zij er zelf voor heeft gekozen om geen nieuwe arbeidsovereenkomst te sluiten. De arbeidsovereenkomst is daardoor op initiatief van de werkneemster niet voortgezet. Een grondslag voor toekenning van een transitievergoeding ontbreekt dan ook, aldus Green Talent. Ten aanzien van de hoogte van de transitievergoeding voert Green Talent aan dat deze onjuist is berekend door de werkneemster, nu het gemiddelde bruto maandsalaris is berekend over een periode van 13 weken, terwijl dit berekend had moeten worden over een periode van 15 weken.

5. De beoordeling

5.1. De werkneemster heeft haar verzoek tijdig ingediend, omdat het is ontvangen binnen drie maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd.

5.2. Niet in geschil is dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen ten minste 24 maanden heeft geduurd. Wel is in geschil of aan het vereiste van artikel 7:673 lid 1 sub a onder 3 BW is voldaan. Het gaat in onderhavige zaak dan ook om de vraag op wiens initiatief een einde is gekomen aan de arbeidsovereenkomst.

5.3. Uit de wettekst van artikel 7:673 BW volgt dat uitgangspunt dient te zijn dat een transitievergoeding is verschuldigd wanneer het initiatief van het einde van de arbeidsovereenkomst uitgaat van de werkgever. In onderhavige zaak heeft Green Talent bij brief van 14 februari 2018 het einde van de arbeidsovereenkomst aangezegd per 27 maart 2018. Mitsdien moet ervan uit worden gegaan dat het initiatief tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst kwam van Green Talent. Alhoewel Green Talent aanvoert, hetgeen overigens is betwist door de werkneemster, dat zij in de periode na de aanzegging meerdere functies aan de werkneemster heeft aangeboden, zodat de aanzegging inhoudelijk is gewijzigd, brengt dat niet met zich dat daardoor het initiatief tot einde van de arbeidsovereenkomst bij de werkneemster is komen te liggen. De aanzegging van het einde van de arbeidsovereenkomst had immers op dat moment de werkneemster al bereikt. Die aanzegging is leidend en het aanbieden van andere functies voor het einde van de arbeidsovereenkomst maakt niet dat daarmee de aanzegging is komen te vervallen. Op geen enkele wijze is gebleken dat Green Talent haar aanzegging nadrukkelijk heeft willen laten vervallen, zodat de werkneemster er terecht vanuit is gegaan dat met de aanzegging de arbeidsovereenkomst beëindigd werd. Op grond van het voorgaande is Green Talent initiatiefnemer geweest en gebleven, zodat zij op grond van artikel 7:673 lid 1 sub a onder 3 BW een transitievergoeding aan de werkneemster is verschuldigd.

5.4. Het verweer van Green Talent ten aanzien van de hoogte van de transitievergoeding heeft zich toegespitst op het tijdvak van twee verlofweken, inhoudende dat deze twee weken bij het berekenen van het gemiddelde maandloon dienen te worden meegenomen. De werkneemster stelt daarentegen dat zij voor het gemiddelde maandloon is uitgegaan van het verdiende salaris in de laatste 13 representatieve weken (kennelijk representatief voor een geheel jaar), waarbij de twee verlofweken buiten beschouwing zijn gelaten. Ter discussie staat aldus de vraag over welk tijdvak de gemiddelde arbeidsduur en het daaruit voortvloeiende maandloon moet worden berekend, 13 of 15 weken. Voor berekening van een arbeidsduur zijn in artikel 2 lid 1 van de Regeling looncomponenten en arbeidsduur (hierna “de Regeling”) nadere regels gesteld. Dat deze regeling van toepassing is op de hoogte van de transitievergoeding volgt uit artikel 7:673 lid 10 BW en het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding. Bepaald is in artikel 2 lid 1 van de Regeling dat indien er geen of een wisselende arbeidsduur is overeengekomen, bij de berekening van de gemiddelde arbeidsduur periodes waarin de werknemer verlof genoot, niet in aanmerking worden genomen. Er is geen vaste arbeidsduur overeengekomen, zodat voormeld artikel van toepassing is. Derhalve behoeven bij de berekening van het gemiddelde maandloon voor de transitievergoeding de twee genoten weken verlof niet te worden meegenomen. Het

verweer van Green Talent (die er kennelijk ook van uitgaat dat de door de werkneemster gekozen periode representatief is voor een geheel jaar) dat gerekend moet worden met een tijdvak van 15 weken is in het licht van de Regeling onvoldoende onderbouwd en zal derhalve worden gepasseerd. Daarmee komt vast te staan dat het maandloon een bedrag van € 1.307,73 betreft. Gelet op artikel 7:673 lid 2 BW heeft de werknemer aanspraak op een transitievergoeding van € 1.089,78 bruto. Green Talent zal daarom worden veroordeeld tot betaling van het netto equivalent daarvan.

5.5. Met toepassing van artikel 7:686a lid 1 BW zal de gevorderde wettelijke rente over de transitievergoeding worden toegewezen, te rekenen vanaf een maand na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Hoewel wordt verzocht om de wettelijke rente toe te kennen vanaf 26 april 2018, is de rente

– gelet op artikel 7:686a lid 1 BW – pas toewijsbaar vanaf 28 april 2018. De arbeidsovereenkomst is immers geëindigd per 27 maart 2018.

5.6. De vordering tot verstrekking van een schriftelijke en deugdelijke bruto/netto specificatie, waarin het bedrag en betaling van de transitievergoeding is verwerkt, is als onbetwist eveneens toewijsbaar. De werkneemster heeft recht en belang bij afgifte hiervan. Deze vordering zal dan ook worden toegewezen, waarbij de dwangsom wordt gemaximeerd op een bedrag van € 2.000,=.

5.7. De proceskosten komen voor rekening van Green Talent, omdat zij ongelijk krijgt. Deze kosten worden begroot op een bedrag van € 226,= aan griffierecht en een bedrag van € 200,= aan gemachtigdensalaris (2 punten à € 100,=), zijnde een totaalbedrag van € 426,=. De gevorderde nakosten zullen worden afgewezen nu niet, althans onvoldoende is gesteld of onderbouwd dat na het vonnis kosten zullen worden gemaakt, anders dan de eventuele kosten van tenuitvoerlegging van dit vonnis.

6. De beslissing

De kantonrechter:

6.1. veroordeelt Green Talent tot betaling – binnen twee dagen na heden – aan de werkneemster van het netto equivalent van het brutobedrag van € 1.089,78, te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 28 april 2018 tot aan de dag van de gehele betaling;

6.2. veroordeelt Green Talent om binnen twee dagen na heden aan de werkneemster te verstrekken een schriftelijke en deugdelijke bruto/netto specificatie, waarin het bedrag en betaling van de transitievergoeding is verwerkt, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100,= per dag voor iedere dag na de betekening van deze beschikking dat Green Talent hiermee in gebreke blijft, tot een maximum van € 2.000,=;

6.3. veroordeelt Green Talent in de kosten van dit geding, die de kantonrechter aan de kant van de werkneemster tot en met vandaag vaststelt op

€ 426,=, bestaande uit € 200,= als salaris voor de gemachtigde van de werkneemster en € 226,= aan griffierecht;

6.4. verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

6.5. wijst het meer of anders verzochte af.

Noot

Om ervoor te zorgen dat de werknemer met een contract voor bepaalde tijd tijdig duidelijkheid heeft over zijn toekomst, heeft de wetgever per 1 januari 2015 de aanzegverplichting in de wet opgenomen. Indien de aanzegging inhoudt dat de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd nadat deze 24 maanden of langer heeft geduurd, is de werkgever de transitievergoeding verschuldigd (artikel 7:673 lid 1 sub a onder 3 BW). Het staat dan immers vast dat de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever niet aansluitend wordt voortgezet.

Maar kan een eenmaal gedane aanzegging tot het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst later ook weer worden ingetrokken of gewijzigd? Zo ja, dan kan dit weer gevolgen hebben voor de verschuldigdheid van de transitievergoeding. De Kantonrechter Zeeland-West-Brabant is in de onderhavige zaak van mening dat de werkgever de aanzegging dat de arbeidsovereenkomst niet wordt voortgezet “*nadrukkelijk*” kan laten “*vervallen*”, hetgeen suggereert dat een aanzegging dus wel kan worden ingetrokken. Het is de vraag of dit correct is. Daarbij is relevant hoe deze aanzegging dient te worden gekwalificeerd.

In de rechtspraak/literatuur zijn reeds enkele pogingen gedaan om de aanzegverplichting te kwalificeren en de mogelijkheid tot intrekken aan de hand daarvan te duiden. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen de aanzegging dat de arbeidsovereenkomst wel wordt verlengd en de aanzegging dat de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd.

Aangaande de aanzegging dat de arbeidsovereenkomst wel wordt verlengd, menen Van Slooten, Zaal en Zwemmer dat tot het moment waarop de werknemer in aanvaardende zin op de aanzegging (inhoudende een aanbod tot verlenging) heeft gereageerd, kan worden gesproken van een herroepbaar aanbod. Herroept de werkgever de aangezegde verlenging korter dan één maand voor het einde van de lopende arbeidsovereenkomst, dan menen zij dat alsnog de aanzegboete naar rato is verschuldigd (zie J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw Ontslagrecht*, 2015, paragraaf 2.2.4). De kantonrechter Eindhoven heeft op 9 maart 2016 in deze lijn geoordeeld (**ECLI:NL:RBOBR:2016:1526**). Houweling, Vestering en Zondag zien vanuit de ratio van de aanzegverplichting meer in de kwalificatie als optiebeding in de zin van artikel 6:219 lid 3 BW. Het is dan aan de werknemer of hij deze optie aanvaardt. Vanuit die optiek is er vanaf het moment van de aanzegging sprake van een onherroepelijk aanbod door de werkgever (zie A.R. Houweling, P.G. Vestering en W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, 2016, p. 1438).

Ten aanzien van de aanzegging dat de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd, zijn minder pogingen tot duiding gedaan. De enige die hiertoe voor zover mij bekend een poging heeft gedaan is de Kantonrechter Limburg van 23 oktober 2017 (**«JAR» 2017/300**), die deze aanzegging kwalificeert als een herroepbaar aanbod, wat inhoudt dat de werkgever de aangezegde beëindiging schriftelijk kan herroepen tot uiterlijk één maand voor het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Ikzelf heb moeite met de kwalificatie van de aanzegging als aanbod. Ten aanzien van de aanzegging dat de arbeidsovereenkomst wel wordt verlengd, kan ik mij daarin nog wel vinden. De werkgever moet bij deze aanzegging immers ook de voorwaarden waaronder hij de arbeidsovereenkomst wil voortzetten, kenbaar maken. Dan vallen de aanzegging en het aanbod dus altijd samen. Ten aanzien van de mogelijkheid tot

wijziging/intrekking kan dan logischerwijs worden aangesloten bij de wettelijke bepalingen omtrent aanbod en aanvaarding.

In het geval de aanzegging echter inhoudt dat de arbeidsovereenkomst *niet* wordt verlengd, is deze kwalificatie in mijn optiek bezwaarlijker. In dat geval is de aanzegging hoe dan ook geen aanbod, maar louter een (feitelijke) mededeling. Deze aanzegging hoeft immers niet te worden geaccepteerd om enige werking te hebben. Het leerstuk van aanbod en aanvaarding mist dan toepassing.

De aanzegging tot niet verlengen heeft reeds werking zodra deze door de werknemer is ontvangen. In die zin zou een aanzegging tot niet verlengen kunnen worden vergeleken met het opzeggen van een arbeidsovereenkomst. Een verschil tussen de aanzegging tot niet verlengen en de opzegging is echter dat de opzegging duidelijk is gericht op het bereiken van een rechtsgevolg; het einde van de arbeidsovereenkomst. Daarmee is de opzegging een eenzijdige gerichte rechtshandeling, die niet meer eenzijdig door de werkgever kan worden ingetrokken (HR 11 december 2009, *NJ* 2010/97). De aanzegging tot niet verlengen is daarentegen niet gericht op enig rechtgevolg. Deze is immers enkel gericht op het verschaffen van tijdige duidelijkheid aan de werknemer en aldus op het bewerkstelligen van een feitelijke situatie. Het niet verschuldigd zijn van de aanzegboete kan mijns inziens bezwaarlijk worden aangemerkt als rechtsgevolg.

Mij komt het daarom als juist voor om de aanzegging tot het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst niet te duiden vanuit andere juridische leerstukken, maar deze te laten zijn wat het is: een mededeling die wordt vereist vanuit het beginsel van goed werkgeverschap (zie *Kamerstukken II* 2013/14, C, p. 53). Wat betreft de mogelijkheid tot het intrekken/wijzigen van een reeds gedane aanzegging tot niet verlengen denk ik dat kan worden aangesloten bij de bedoeling van de wetgever met de aanzegverplichting: de werkgever moet uiterlijk één maand voor het einde van de arbeidsovereenkomst 'kleur bekennen' en zorgen dat de werknemer duidelijkheid heeft over zijn toekomst. In dat licht komt het mij juist voor dat een werkgever tot uiterlijk één maand voor het einde van de arbeidsovereenkomst nog terug kan komen op een reeds gedane aanzegging tot niet verlengen, zonder een aanzegboete verschuldigd te zijn. Ook dan heeft de werknemer immers nog tijdig duidelijkheid over

zijn toekomst. Bedenkt de werkgever zich op een later moment, dan is de aanzegboete naar rato verschuldigd.

Het intrekken van een reeds gedane aanzegging moet wel schriftelijk plaatsvinden, nu de aanzegging zelf schriftelijk ook dient te gebeuren. Dat voorkomt ook dat daarover onduidelijkheid kan bestaan, zoals in de onderhavige zaak het geval was.

In die zin vind ik de uitspraak van de Kantonrechter Zeeland-West-Brabant zeker bevredigend. De werkgever had aangezegd dat de arbeidsovereenkomst (die langer dan 24 maanden had geduurd) niet zou worden verlengd, zodat de transitievergoeding verschuldigd werd. De werkgever had ervoor kunnen kiezen de aanzegging in te trekken toen bleek dat er toch nog opties waren om de werknemer een nieuw aansluitend contract aan te bieden, maar dat heeft zij niet gedaan. Had zij dit wel gedaan, dan had zij wellicht (afhankelijk van het tijdstip waarop dit werd gedaan) een aanzegboete geriskeerd, maar dan had zij de transitievergoeding niet hoeven te betalen.

mr. M. Faber, advocaat bij Wijn & Stael Advocaten
