

# De gedeeltelijke transitievergoeding volgens de Hoge Raad

*ArbeidsRecht* 2018/51

**Op 14 september 2018 heeft de Hoge Raad een vraag beantwoord die de rechtspraak al enige tijd bezighield: heeft een langdurig zieke werknemer bij aanpassing van de arbeidsovereenkomst naar een kleinere arbeidsomvang vanwege zijn medische beperkingen recht op een transitievergoeding? De Hoge Raad oordeelde dat een werknemer in bijzondere gevallen, waaronder langdurige arbeidsongeschiktheid, recht kan hebben op een transitievergoeding als de arbeidsurenomvang, al dan niet in overleg en al dan niet na beëindiging van de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst, wordt verminderd. Aan de werknemer komt volgens de Hoge Raad dan geen volledige, maar wel een gedeeltelijke transitievergoeding toe, een term die de wet niet kent.<sup>2</sup> In dit artikel wordt de uitkomst van de beschikking besproken, en wordt inzichtelijk gemaakt onder welke omstandigheden en voorwaarden een werknemer volgens de Hoge Raad recht heeft op een gedeeltelijke transitievergoeding. Tevens wordt ingegaan op nieuwe vragen die de beschikking oproept en wordt getracht bij te dragen aan de beantwoording daarvan. De vraag of de wet het bestaan van een gedeeltelijke transitievergoeding wel toestaat, wordt in dit artikel buiten beschouwing gelaten.<sup>3</sup>**

## 1. De Kolom-casus

De casus waarover de Hoge Raad op 14 september 2018 oordeelde, speelde zich af in het bijzonder onderwijs. Bij Stichting Kolom, een stichting voor speciaal en regulier on-

<sup>1</sup> Mevr. mr. K. Hakvoort is advocaat bij DingemansVanderKind te Amsterdam.

<sup>2</sup> De enige plaats waar in de wet wordt gesproken over een gedeeltelijke transitievergoeding is in art. 7:673 lid 8 BW. Dit lid bepaalt dat een kantonrechter aan een werknemer die ernstig verwijtbaar heeft gehandeld toch geheel of gedeeltelijk een transitievergoeding kan toekennen, indien niet toekenning daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Die situatie is in de *Kolom*-beschikking echter niet aan de orde.

<sup>3</sup> Daarover is ook al het nodige geschreven. Zo noemt Allegra een aantal argumenten op grond waarvan een gedeeltelijke transitievergoeding op basis van de wet toegestaan zou kunnen zijn (C.S.M. Allegra, 'Deeltijd-ontslag en transitievergoeding: is bij deeltijdontslag de gehele transitievergoeding verschuldigd?', *ArbeidsRecht* 2016/13) en stelt Verhulp dat een redelijke wettoepassing ertoe leidt dat een gedeeltelijke transitievergoeding in bepaalde situaties mogelijk moet zijn (E. Verhulp, *Flexibele arbeidsrelaties*, aant. 1.2.6, Het wijzigingsontslag, wijziging van de omvang van de arbeidsovereenkomst en de transitievergoeding, Monografieën Sociaal Recht, nr. 25, 2017), terwijl Kruijt meent dat uit het systeem van de Wwz voortvloeit dat bij opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever altijd het recht op een volledige transitievergoeding bestaat, tenzij sprake is van art. 7:673 lid 8 BW ('Recht of rechtvaardigheid: over de pro rata transitievergoeding bij "deeltijdontslag"', annotatie P. Kruijt bij Conclusie A-G 20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:416, Ktr. Groningen 9 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:74 en Ktr. 's-Hertogenbosch 17 april 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1833, *AR-updates* 2018-0516).

derwijs, ("Kolom") was sinds 22 september 1980 een lerares werkzaam. De omvang van de dienstbetrekking van de lerares bedroeg een (voor de buitenwereld onbegrijpelijke) omvang van 0,9894 gedeelte van een volledige betrekking. Op 15 november 2013 meldde de lerares zich ziek. Na twee jaar arbeidsongeschiktheid werd aan haar een WIA-uitkering toegekend op basis van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 43,83%. Kolom ging vervolgens met de lerares in overleg over de mogelijkheden van voortzetting van de dienstbetrekking. Uiteindelijk kwamen partijen tot de conclusie dat de dienstbetrekking voor 55% van een volledige dienstbetrekking kon worden voortgezet, wat vanwege de medische beperkingen van de lerares ook het maximaal haalbare was. Omdat de systematiek van de van toepassing zijnde CAO Voortgezet Onderwijs vereiste dat een en ander door middel van een Akte van Ontslag en Akte van Benoeming moest worden geformaliseerd, ontving de lerares een Akte van Ontslag en een Akte van Benoeming, voor 0,55 gedeelte van een volledige dienstbetrekking. Zij ondertekende de Akte van Benoeming binnen enkele dagen na ontvangst.

De lerares verzocht Kolom vervolgens om een transitievergoeding, omdat zij (al dan niet gedeeltelijk) was ontslagen. De kantonrechter kende in de daaropvolgende procedure een gedeeltelijke transitievergoeding van € 33.394,40 bruto toe, namelijk een transitievergoeding voor het beëindigde gedeelte van het dienstverband van 0,4394. Het hof vernietigde de beschikking van de kantonrechter en wees het verzoek tot toekenning van een transitievergoeding af. Kort weergegeven kwam het oordeel van het hof erop neer dat geen sprake is van een situatie waarin de werkgever een transitievergoeding verschuldigd is. Partijen hadden volgens het hof namelijk niet de bedoeling een einde aan de arbeidsrelatie te maken dan wel deze niet voort te zetten; zij beoogden het dienstverband juist niet te beëindigen. Daarbij achtte het hof van belang dat de aanstelling voor 55% van de volledige werktijd in nauw overleg met de lerares tot stand was gekomen en dat deze aanstelling ook het maximale was waartoe de lerares gezien haar medische beperkingen in staat was.

## 2. De Hoge Raad maakt een gedeeltelijke transitievergoeding mogelijk

In cassatie staat de vraag centraal of in een geval als hier, waarbij de arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm wordt voortgezet, een (volledige of gedeeltelijke) transitievergoeding verschuldigd is. A-G De Bock stelt zichzelf in haar conclusie de volgende vragen (3.10): Wat is rechtens in de situatie waarin de werknemer een deeltijdontslag of een wijzigingsontslag (tevens inhoudende een vermindering van het aantal uren) krijgt? Heeft de werknemer dan aanspraak op een gehele transitievergoeding, bestaat er geen

recht op transitievergoeding of kan in dat geval toch een gedeeltelijke transitievergoeding worden toegekend? Zij concludeert uiteindelijk tot aanspraak op een partiële transitievergoeding bij een deeltijd- of wijzigingsontslag.

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G. Hij stelt voorop dat de leraar geen recht heeft op een volledige transitievergoeding, omdat het hof heeft geoordeeld dat de bestaande arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm is voortgezet. Voor het hof was dat reden om in het geheel geen transitievergoeding toe te kennen; er was immers geen sprake van een situatie zoals omschreven in art. 7:673 lid 1 BW, op grond waarvan Kolom een transitievergoeding verschuldigd is. De Hoge Raad gaat een stap verder en stelt zich de vraag wat er in de voorliggende situatie nu werkelijk gebeurt, los van de vraag of de wet in die situatie voorziet.<sup>4</sup> Uit die analyse volgt dat de bestaande arbeidsovereenkomst niet alleen (in aangepaste vorm) wordt voortgezet, maar in feite ook gedeeltelijk wordt beëindigd. Als gevolg van die beëindiging is volgens de Hoge Raad een transitievergoeding verschuldigd naar evenredigheid van de omvang van de beëindiging. De Hoge Raad vervolgt met een aantal normen op basis waarvan de aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding wordt aanvaard. Daarmee geeft hij de praktijk enkele – concrete – handvatten om te beoordelen of een werkgever een gedeeltelijke transitievergoeding verschuldigd is.

### 3. De normen van de Hoge Raad, en de vragen die daaruit voortvloeien

#### 3.1 Gedeeltelijke transitievergoeding in bijzondere gevallen

Een gedeeltelijke transitievergoeding moet volgens de Hoge Raad worden aanvaard voor het bijzondere geval dat, *'door omstandigheden gedwongen'*, wordt overgegaan tot een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer. De Hoge Raad noemt in rechtsoverweging 3.5.3. situaties waaraan gedacht kan worden, te weten het noodzakelijkerwijs gedeeltelijk vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Als in die gevallen een gedeeltelijke transitievergoeding niet zou worden aanvaard, dan zou de werknemer een deel van de transitievergoeding mislopen, omdat hij daarop geen aanspraak meer heeft bij een eventueel later ontslag, terwijl dit bij een gehele beëindiging van de arbeidsovereenkomst wel leidt tot verschuldigdheid van de volledige transitievergoeding. Daarvoor is geen rechtvaardiging te geven, nu uit de wet voortvloeit dat deze omstandigheden in de genoemde gevallen niet voor rekening van de werknemer behoren te komen, aldus de Hoge Raad.

<sup>4</sup> In rechtsoverweging 3.5.2. overweegt de Hoge Raad zelfs uitdrukkelijk dat op basis van de wet alleen een transitievergoeding verschuldigd is als de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, maar dat de wet niet voorziet in een aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding in het geval van een vermindering van de arbeidsduur.

Hoe moet gedacht worden over de twee 'bijzondere gevallen' die de Hoge Raad noemt? Bij het noodzakelijkerwijs gedeeltelijk vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden gaat het om de situatie van art. 4 van de Ontslagregeling. Dat artikel neemt tot uitgangspunt dat de arbeidsovereenkomst ondeelbaar is, en dat toestemming voor opzegging van een arbeidsovereenkomst uitsluitend kan worden gegeven voor de gehele arbeidsovereenkomst. Deeltijdontslag is met andere woorden niet mogelijk. De Ontslagregeling onderkent echter wel dat het onder omstandigheden noodzakelijk kan zijn voor een werkgever zijn personele bezetting structureel aan te passen, anders dan door volledig ontslag van een of meerdere werknemers. Als voorbeeld wordt genoemd een klein zonweringsbedrijf met twee monteurs, dat kampt met een terugloop van opdrachten, waardoor de werkzaamheden structureel zijn verminderd. Het plaatsen van zonwering moet echter gebeuren door twee monteurs, waardoor ontslag van één monteur niet volstaat. Volgens de Ontslagregeling moeten partijen in dat geval met elkaar in overleg gaan over aanpassing van de omvang van de arbeidsovereenkomst. Komen partijen daar niet uit, en is het ontslag onvermijdelijk, dan heeft de werkgever toch een redelijke grond voor ontslag als hij de werknemers waarvan de arbeidsplaats gedeeltelijk komt te vervallen schriftelijk heeft aangeboden de arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarden voort te zetten voor het resterende deel van de overeengekomen arbeidsduur. UWV geeft dan met andere woorden toch toestemming de arbeidsovereenkomst op te zeggen en, bij acceptatie door de werknemer, de arbeidsovereenkomst met verminderde arbeidsomvang voort te zetten. Dit noemt UWV ook wel 'deeltijdontslag'. Dat een werknemer in dat geval recht heeft op een transitievergoeding komt redelijk voor: de arbeidsovereenkomst wordt immers opgezegd door de werkgever, als gevolg waarvan een transitievergoeding verschuldigd is op grond van art. 7:673 lid 1 BW.<sup>5</sup> De werknemer zal bovendien voor het arbeidsurenverlies op zoek moeten gaan naar een andere dienstbetrekking. Dat dit ook geldt voor de situatie dat partijen in onderling overleg tot een urenvermindering zijn gekomen, zoals hierna nader uiteen wordt gezet in paragraaf 3.3, is eveneens te billijken: de situatie komt dan feitelijk neer op een (gedeeltelijke) beëindiging, waarbij de werkgever een redelijke grond heeft op grond waarvan hij de arbeidsovereenkomst kan opzeggen.

Ten tweede noemt de Hoge Raad de situatie van de blijvend gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer, waarvan in de *Kolom*-casus sprake was. Ook in dat geval heeft een werknemer volgens de Hoge Raad aanspraak op een (gedeeltelijke) transitievergoeding. Die situatie kan ik minder goed plaatsen in het systeem van de wet. Op basis van de wet en de daarop gebaseerde regelgeving krijgt een werkgever namelijk nooit een ontslagvergunning als hij zijn langdurige zieke werknemer kan re-integreren in de eigen aangepaste (of in

<sup>5</sup> Zie hierover uitgebreid: C.S.M. Allegra, 'Deeltijdontslag en transitievergoeding: is bij deeltijdontslag de gehele transitievergoeding verschuldigd?', *ArbeidsRecht* 2016/13.

een andere passende) functie voor minder uren. Dat volgt al uit de omschrijving van de redelijke grond in art. 7:669 lid 3 onder b BW. In aanvulling daarop bepalen de Uitvoeringsregels<sup>6</sup> uitdrukkelijk dat deeltijdontslag bij langdurige arbeidsongeschiktheid niet mogelijk is, en dat de ontslag-aanvraag van een werkgever *altijd* wordt geweigerd, als de werknemer is gere-integreerd in eigen aangepast werk of in een andere passende functie voor minder uren, althans als die mogelijkheid bestaat. Dat betekent dat de werkgever de arbeidsovereenkomst nooit rechtsgeldig kan opzeggen als de langdurig zieke werknemer zijn werkzaamheden in aangepaste of passende vorm blijft verrichten, omdat er dan geen redelijke grond voor die opzegging bestaat. Er kan in die situatie dus ook nooit een transitievergoeding op grond van art. 7:673 lid 1 BW verschuldigd zijn. Hoewel de Hoge Raad hierover niets opmerkt, heeft A-G De Bock dit punt wel aangestipt (3.13). Zij vervolgt haar conclusie echter met de vraag of een gedeeltelijke transitievergoeding in dat geval voor de hand ligt, in plaats van een volledige transitievergoeding, en gaat voorbij aan het punt dat in dit geval nooit aan een opzegging, en dus nooit tot een transitievergoeding, kan worden toegekomen. Recht op een gedeeltelijke transitievergoeding voor een langdurig zieke werknemer van wie de arbeidsomvang wordt aangepast, is naar mijn mening dus in strijd met de systematiek van de wet. Door de Hoge Raad wordt dat met deze beschikking evenwel toch mogelijk gemaakt.

De Hoge Raad gaat, anders dan de A-G, niet met zoveel woorden in op het wijzigingsontslag. Van een dergelijk ontslag kan sprake zijn als een werkgever niet alleen het aantal arbeidsuren wenst te verminderen, maar ook andere wijzigingen wenst door te voeren in de arbeidsverhouding, zoals wijziging van de functie-inhoud. In 2010 oordeelde de Hoge Raad dat een dergelijk wijzigingsontslag is toegestaan, als er daarbij van de premisse wordt uitgegaan dat de werkgever de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbiedt conform de wijzigingen.<sup>7</sup> Daarbij achtte de Hoge Raad relevant dat het hof in die situatie in aanmerking had genomen dat het ontslag en de aansluitende wederindiensttreding overeenstemde met de door UWV (destijds CWI) verleende toestemming en de daarbij gestelde premisse. Op basis van de Kolom-beschikking meen ik dat een wijzigingsontslag de werknemer ook recht op een gedeeltelijke transitievergoeding geeft, mits maar wordt voldaan aan de substantiele en structurele arbeidstijdvermindering<sup>8</sup> (zie hierover paragraaf 3.2). Daarbij plaats ik de kanttekening dat mijns inziens dit recht bij een wijzigingsontslag alleen kan ontstaan als de arbeidsovereenkomst met inachtneming van alle voor de opzegging geldende bepalingen eindigt (of zou kunnen eindigen), althans indien een redelijke grond voor

die opzegging, zoals bedoeld in art. 7:669 lid 3 BW, bestaat. Kan die beëindiging niet bewerkstelligd worden, dan zou er wat mij betreft ook geen transitievergoeding verschuldigd moeten zijn. Zoals gezegd lijkt de Hoge Raad een ander standpunt in te nemen.

Tot slot kan de vraag gesteld worden of de Hoge Raad met de genoemde twee situaties een limitatieve opsomming heeft willen geven. De Hoge Raad benoemt in rechtsoverweging 3.5.3. dat valt te denken aan deze situaties, waaruit zou kunnen worden geconcludeerd dat er ook gedacht kan worden aan andere situaties, zolang er '*door omstandigheden gedwongen*' wordt overgegaan tot de arbeidstijdvermindering. Kan een situatie zoals genoemd in art. 7:669 lid 3 onder c-h BW daartoe ook dwingen, of strekken de woorden van de Hoge Raad ertoe dat het moet gaan om meer objectieve, van de persoon onafhankelijke, omstandigheden? De A-G laat voor andere situaties geen ruimte en overweegt in 3.11 dat het slechts denkbaar is in de gevallen van opzegging wegens het vervallen van arbeidsplaatsen of wegens langdurige arbeidsongeschiktheid dat de arbeidsovereenkomst in 'afgeslankte vorm' voortduurt. Ik vraag mij af of dat juist is. Stel dat een werknemer in een fulltime afdelingsmanager-functie leiding geeft aan vier projectmanagers en onvoldoende functioneert op het gebied van leiding geven. Ondanks een gedegen verbetertraject slaagt hij er niet in zijn functioneren voldoende te verbeteren. De werkgever heeft na afloop van het verbetertraject een projectmanager-functie voor 32 uur per week beschikbaar, wat voor de werknemer een passende functie is. Voortzetting van de arbeidsovereenkomst in 'afgeslankte vorm' is dan zeer wel denkbaar, sterker: dat is een wettelijk vereiste op grond van de herplaatsingsverplichting op grond van art. 7:669 lid 1 BW. Kijkend naar de beschikking van de Hoge Raad zou ik menen dat de stelling dat partijen door de omstandigheden worden gedwongen tot de arbeidstijdvermindering goed verdedigbaar is, waardoor de werknemer aanspraak kan maken op een gedeeltelijke transitievergoeding. Ik meen dat ook in dit geval de wetgever heeft beoogd dat deze omstandigheden niet voor rekening van de werknemer behoren te komen, wat voortvloeit uit het feit dat ook bij beëindiging vanwege disfunctioneren aanspraak bestaat op een transitievergoeding. Ik zie geen verschil met enige andere ontslaggrond, ook niet met bijvoorbeeld de e-grond (verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, art. 7:669 lid 3 onder e BW), waar de ontslaggrond een bepaalde risicoverdeling impliceert. De wetgever heeft er ook bij die ontslaggrond voor gekozen dat een werknemer, bij gehele beëindiging van de arbeidsovereenkomst, recht heeft op een transitievergoeding. Niet valt dan in te zien op basis waarvan een onderscheid in aanspraak op een transitievergoeding gerechtvaardigd is als deze afhankelijk is van de gekozen ontslaggrond die ten grondslag ligt aan de arbeidstijdvermindering.<sup>9</sup> Dat zou er echter toe leiden dat iedere invulling van de herplaatsings-

6 Hoofdstuk 6 Uitvoeringsregels ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, UWV Arbeidsjuridische dienstverlening, Den Haag, augustus 2018.

7 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO2419 (*De Vries/Stichting Woonzorg Nederland*).

8 De Hoge Raad spreekt van '*vermindering van de arbeidstijd van de werknemer*'.

9 Het opheffen van dit onderscheid was nu juist een van de grondslagen voor het introduceren van de transitievergoeding, *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 24 (MVT).

verplichting die leidt tot substantiële en structurele arbeidstijdvermindering, resulteert in een aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding.<sup>10</sup> Ik vraag mij af of dat de bedoeling is geweest van de Hoge Raad. In ieder geval lijkt mij dat niet de bedoeling van de wetgever.

### 3.2 *Gedeeltelijke transitievergoeding bij substantiële en structurele vermindering arbeidstijd*

Volgens de Hoge Raad kan een gedeeltelijke aanspraak op transitievergoeding alleen worden aanvaard als sprake is van een substantiële en structurele arbeidstijdvermindering. Van een substantiële vermindering is sprake als de arbeidstijd wordt verminderd met ten minste 20%. Hoe de Hoge Raad tot dit percentage komt, blijkt niet uit de beschikking. Ook de A-G noemt dit percentage niet, noch een ander percentage. Er is geen relatie met de feiten uit de *Kolom*-zaak. Evenmin lijkt de Hoge Raad aansluiting gezocht te hebben bij socialezekerheidswetgeving. Aangesloten had bijvoorbeeld kunnen worden bij het percentage op grond waarvan een werknemer voor een WIA-uitkering in aanmerking komt (35% of meer), of bij de eis van arbeidsurenverlies van art. 16 WW. Hoewel het wat mij betreft te prijzen valt dat de Hoge Raad concrete handvatten meegeeft voor de praktijk, vraag ik mij af of de *trias politica* het op deze manier opvullen van een lacune in de wet toelaat. Dat de Hoge Raad in het arbeidsrecht, zeker gezien de open normen daarin, niet terughoudend is in zijn rechtsvormende taak is bekend.<sup>11</sup> Dat hij daarbij de ruimte opzoekt en soms nadere invulling geeft aan hetgeen op grond van de wet al bestaat, juich ik toe. De grens moet echter worden getrokken bij het op willekeurige wijze in het leven roepen van nieuwe normen. Bij het introduceren van een eis van 20%, wat mij toch enigszins willekeurig voorkomt, balanceert de Hoge Raad wat mij betreft wel op het randje van zijn rechtsvormende taak. Maar wat daarvan ook zij, we hebben het met deze norm van de Hoge Raad te doen.

Ook kan de vraag gesteld worden waarom een arbeidsurenvermindering van 20% wél een aanspraak op een transitievergoeding rechtvaardigt, maar een arbeidsurenvermindering van minder dan 20% met gelijktijdige salarisverlaging van 20% of meer dat niet doet. Ik lees de beschikking van de Hoge Raad namelijk zo dat in de eerste situatie wel een

transitievergoeding verschuldigd is en in de tweede niet.<sup>12</sup> De tweede situatie doet zich echter regelmatig voor bij arbeidsongeschikte werknemers, die naast een beperking in arbeidsuren ook andere medische beperkingen hebben als gevolg waarvan niet meer op het oorspronkelijke niveau of loonwaarde kan worden gefunctioneerd. Ik begrijp wel dat de Hoge Raad heeft willen aansluiten bij het arbeidsurenverlies, omdat voor die uren de arbeidsovereenkomst feitelijk wordt beëindigd, maar rechtvaardig voelt dat niet. Terwijl de Hoge Raad nu juist het rechtvaardigingsargument gebruikt om de gedeeltelijke transitievergoeding te introduceren. Op basis van dat argument rijst tevens de vraag of de gedeeltelijke transitievergoeding wellicht ook verschuldigd zou kunnen zijn indien in het geheel geen sprake is van arbeidsurenvermindering, maar wel van een salarisverlaging omdat een werknemer een lagere functie aanvaardt vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid. Daar zegt de Hoge Raad niets over, maar op basis van het 20%-criterium lijkt daarvan geen sprake te kunnen zijn.

Weinig concreet is de Hoge Raad bij het criterium structurele vermindering van de arbeidstijd. Daarvan is sprake als het gaat om een vermindering die naar redelijke verwachting blijvend zal zijn. De Hoge Raad verduidelijkt niet wanneer dat het geval is. Ik kan mij voorstellen dat bij arbeidstijdvermindering in verband met bedrijfseconomische omstandigheden wordt aangesloten bij de 26 weken-periode van art. 7:669 lid 3 onder a BW. Als er over die toekomstige periode bezien noodzakelijkerwijs arbeidsuren moeten worden verminderd, en niet wordt verwacht dat daarin in de genoemde periode verandering zal plaatsvinden, dan neem ik aan dat sprake is van een structurele vermindering. Bij langdurige arbeidsongeschiktheid moet mijns inziens worden gekeken naar de vraag of herstel nog in de lijn der verwachting ligt.<sup>13</sup> Ook daarbij kan aangesloten worden bij een periode van 26-weken, namelijk die van art. 7:669 lid 3 onder b BW. In de *Kolom*-casus was sprake van een medische eindsituatie, waardoor herstel (of verbetering) binnen 26 weken niet te verwachten was. Door aan te sluiten bij de 26 weken-eis van art. 7:669 lid 3 onder a of b BW wordt willekeur voorkomen. Werkgevers moeten immers aan die eis voldoen wil sprake zijn van een redelijke grond voor ontslag, zodat een verweer waarbij de werkgever zich in het kader van aanspraak op de transitievergoeding op het standpunt stelt dat het eigenlijk toch niet zo zeker is dat de vermindering van uren naar redelijke verwachting wel blijvend zal zijn, niet kansrijk is.

10 Voor de duidelijkheid merk ik hierover op dat de invulling van de herplaatsingsverplichting uit art. 7:669 lid 1 BW mijns inziens een andere is dan de re-integratie-(en daarmee samenhangende herplaatsings-)verplichting die voor de werkgever geldt om aan de redelijke grond van art. 7:669 lid 3 onder b BW te voldoen. Van die redelijke grond is namelijk geen sprake als de langdurig zieke werknemer de arbeid in aangepaste (of passende) vorm kan verrichten. Aan de herplaatsingsverplichting van het eerste lid van art. 7:669 BW wordt dan niet eens toegekomen.

11 Zie over de vrijheid van de rechterlijke macht en de rechtsvormende taak van de rechter in het arbeidsrecht uitgebreid C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht', *ArA* 2012 (11), 1.

12 Zie anders Van Zijl, die meent dat ook in het tweede geval recht bestaat (of wellicht bedoelt hij: zou moeten bestaan) op een gedeeltelijke transitievergoeding, J.P.M. van Zijl, 'Pro rata transitievergoeding bij gedeeltelijke beëindiging arbeidsovereenkomst. Eén vraag beantwoord. Nieuwe vragen te beantwoorden.', als annotatie bij HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Stichting Kolom*), *AR Updates* 2018-1037.

13 Ligt herstel nog in de lijn der verwachting dan zullen partijen vermoedelijk ook niet praten over aanpassing van de arbeidsovereenkomst, maar over het blijven proberen te re-integreren in de oorspronkelijke functie.

### 3.3 *Gedeeltelijke transitievergoeding bij gedeeltelijke beëindiging*

Als sprake is van een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd, waartoe partijen gedwongen zijn door de omstandigheden, is volgens de Hoge Raad in feite sprake van een gedeeltelijke beëindiging, als gevolg waarvan de werknemer recht heeft op een gedeeltelijke transitievergoeding. Het maakt niet uit op basis van welke juridische vorm die arbeidstijdvermindering wordt bewerkstelligd, althans de Hoge Raad noemt drie vormen op basis waarvan aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding bestaat:<sup>14</sup>

(i) een gedeeltelijke beëindiging; (ii) algeheel ontslag gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst; en (iii) aanpassing van de arbeidsovereenkomst. Dat de formele wijze waarop de arbeidstijdvermindering plaatsvindt geen verschil zou moeten maken voor aanspraak op een transitievergoeding, komt mij juist voor. Wezen gaat immers voor schijn.<sup>15</sup>

Wat moet worden verstaan onder de door de Hoge Raad genoemde drie gevallen? Laat ik voorop stellen dat, hoewel de Hoge Raad dat niet met zoveel woorden zegt, ik meen dat de arbeidstijdvermindering hoe dan ook moet plaatsvinden op initiatief van de werkgever, wil aanspraak bestaan op een gedeeltelijke transitievergoeding. Dat is immers het uitgangspunt van art. 7:673 BW.<sup>16</sup> Dat een werknemer instemt met de arbeidstijdvermindering is daarbij niet relevant, want ook bij opzegging met instemming (art. 7:671 lid 1 BW) bestaat recht op een transitievergoeding. Tevens zal daadwerkelijk sprake moeten zijn van een opzegging, beëindiging of aanpassing, waardoor er sprake is van zogenoemde "nieuw bedongen arbeid", en niet van passende arbeid waarbij de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst in stand blijft.<sup>17</sup>

Ik kan mij van alles voorstellen bij arbeidstijdsvermindering door middel van de vorm genoemd onder (ii) en (iii). Daar vallen in beginsel alle situaties onder zoals eerder besproken: deeltijdontslag en wijzigingsontslag (beide vallend

onder ii), alsmede aanpassing van de arbeidsduur, zowel eenzijdig<sup>18</sup> als in onderling overleg (vallend onder iii). Onduidelijk voor mij is echter wat de Hoge Raad verstaat onder gedeeltelijke beëindiging zoals bedoeld onder (i), terwijl de Hoge Raad daarbij kennelijk wel een aparte categorie voor ogen heeft, nu hij deze mogelijkheid als extra – en zelfs als eerste – vorm van beëindiging noemt. Wordt daarmee dan alsnog een mogelijkheid van gedeeltelijke beëindiging of partiële ontbinding gecreëerd, terwijl de wet daarin niet voorziet, wat de Hoge Raad overigens ook uitdrukkelijk opmerkt in rechtsoverweging 3.5.1.7? Of doelt de Hoge Raad hier wellicht op een gedeeltelijke transitievergoeding in onderling overleg, in feite een gedeeltelijke opzegging met instemming? De stap naar een gedeeltelijke beëindiging door middel van een beëindigingsovereenkomst in de zin van art. 7:670b BW is dan zo gezet, terwijl een transitievergoeding in dat geval – althans in geval van beëindiging van de gehele arbeidsovereenkomst door middel van een beëindigingsovereenkomst – juist niet verschuldigd is.<sup>19</sup> De uitspraak van de Hoge Raad zou naar mijn mening niet zover mogen strekken dat ook bij een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst door middel van een beëindigingsovereenkomst aanspraak bestaat op een gedeeltelijke transitievergoeding. Dat blijkt echter niet ondubbelzinnig uit de beschikking.

### 3.4 *Een aantal praktische vragen*

Tot slot nog een aantal praktische vragen die naar aanleiding van de beschikking van de Hoge Raad gesteld kunnen worden. Allereerst de vraag of de gedeeltelijk betaalde transitievergoeding bij een eventueel later ontslag van de werknemer op grond van art. 7:673 lid 5 BW in mindering moet worden gebracht op de bij het tweede ontslag verschuldigde transitievergoeding. Hoewel de letterlijke tekst van het voornoemde vijfde lid voorschrijft dat de reeds betaalde (in dit geval pro rata) transitievergoeding in mindering kan worden gebracht op de transitievergoeding die wordt betaald bij het tweede ontslag, leidt een redelijke uitleg van dit artikellid in combinatie met de *Kolom*-uitspraak van de Hoge Raad mijns inziens tot de conclusie dat de eerder betaalde (pro rata) transitievergoeding niet in mindering kan worden gebracht. In dat geval ondervindt de werknemer

14 Terecht noemt de Hoge Raad hier niet de situatie van een werkgever die, na afloop van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, aanbiedt de arbeidsovereenkomst voort te zetten voor minder arbeidsuren. In dat geval bestaat geen aanspraak op een transitievergoeding, zie ook: E. Verhulp, *Flexibele arbeidsrelaties*, aant. 1.2.6, Het wijzigingsontslag, wijziging van de omvang van de arbeidsovereenkomst en de transitievergoeding, *Monografieën Sociaal Recht*, nr. 25, 2017.

15 In de lagere rechtspraak kwamen rechters op basis van het 'wezen gaat voor schijn' principe juist tot de conclusie dat geen aanspraak op een transitievergoeding bestond, omdat hoewel formeel sprake was van een opzegging er feitelijk sprake was van voortzetting van de arbeidsovereenkomst. Zie bijvoorbeeld Ktr. Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2465 en Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2590, ook genoemd door de A-G in haar conclusie.

16 Als dat niet wordt aangenomen, zou zelfs een door de werknemer gewenste aanpassing van de arbeidsduur met een beroep op de Wet flexibel werken kunnen leiden tot een gedeeltelijke transitievergoeding.

17 Voor het verschil tussen nieuw bedongen arbeid en passende arbeid verwijs ik naar de annotatie van Van Zijl bij HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Stichting Kolom*), *AR Updates* 2018-1037, J.P.M. van Zijl, 'Pro rata transitievergoeding bij gedeeltelijke beëindiging arbeidsovereenkomst. Eén vraag beantwoord. Nieuwe vragen te beantwoorden.'

18 Zie over eenzijdige aanpassing van de arbeidstijd en de rol die de transitievergoeding daarbij kan spelen: 'Recht of rechtvaardigheid: over de pro rata transitievergoeding bij "deeltijdontslag"', paragraaf 5 van de annotatie P. Kruit bij Conclusie A-G 20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:416, Ktr. Groningen 9 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:74 en Ktr. 's-Hertogenbosch 17 april 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1833, *AR-updates* 2018-0516.

19 Zie hierover uitdrukkelijk de parlementaire geschiedenis bij de *Wwz: Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 103 (MvT), waarbij de regering overigens wel uitgaat van een reflexwerking van de transitievergoeding in de beëindigingsovereenkomst. Dat de transitievergoeding niet verschuldigd is bij het sluiten van een beëindigingsovereenkomst wordt ook herhaald in de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de compensatieregeling voor de transitievergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid, zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2016/17*, 34699, 3, p. 5. Zie over de vraag of een gedeeltelijke transitievergoeding verschuldigd is bij gedeeltelijke beëindiging met wederzijds goedvinden ook: J.P.M. van Zijl, 'Pro rata transitievergoeding bij gedeeltelijke beëindiging arbeidsovereenkomst. Eén vraag beantwoord. Nieuwe vragen te beantwoorden', in zijn annotatie bij HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Stichting Kolom*), *AR Updates* 2018-1037.

alsnog nadeel van de omstandigheden waaronder is overgegaan tot (gedeeltelijke beëindiging en) arbeidstijdvermindering, terwijl die omstandigheden volgens de Hoge Raad nu juist niet voor rekening van de werknemer behoren te komen.

Het komt mij logisch voor dat de betaalde gedeeltelijke transitievergoeding als gevolg van de arbeidstijdvermindering van een langdurige zieke werknemer in aanmerking kan komen voor compensatie op grond van het op 1 april 2020 in werking tredende art. 7:673e BW.<sup>20</sup> Uit de door UWV opgestelde Ontwerp ministeriële regeling vloeit dat overigens nog niet direct voort.<sup>21</sup> Uit art. 2 van deze Ontwerpregeling volgt namelijk dat een aanvraag tot compensatie wordt afgewezen, indien deze wordt ingediend 'voordat de volledige vergoeding in verband met het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer is verstrekt'. In de toelichting op het artikel staat vervolgens dat als de werkgever de vergoeding in termijnen aan de werknemer betaalt, de aanvraag pas kan worden gedaan als de volledige vergoeding aan de werknemer is betaald. Een redelijke uitleg van de Ontwerpregeling, in combinatie met (de bedoeling van) art. 7:673e BW en de *Kolom*-beschikking, dient tot de conclusie te leiden dat met 'volledige vergoeding' wordt bedoeld de volledige pro rata transitievergoeding die de werkgever verschuldigd is. Het verdient echter aanbeveling dit in de ministeriële regeling te verduidelijken.

Interessant is tot slot de vraag of de werkgever belang heeft bij uitbetaling van de volledige transitievergoeding aan de langdurig arbeidsongeschikte werknemer, in plaats van de pro rata vergoeding, zoals Palm zich dat eerder afvroeg.<sup>22</sup> Dat belang zou kunnen bestaan als die transitievergoeding niet slechts voor wat betreft het partiële deel, maar volledig in aanmerking komt voor compensatie. Het deel dat niet ziet op de gedeeltelijke beëindiging zou dan bij een later ontslag in mindering kunnen worden gebracht op de dan te betalen transitievergoeding op grond van art. 7:673 lid 5 BW.<sup>23</sup> Ik meen dat dit niet kan. Uit de tekst van het tweede lid van het nieuwe art. 7:673e BW volgt namelijk dat de compensatie nooit meer kan bedragen dan het bedrag aan transitievergoeding dat 'verschuldigd zou zijn' bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst na 104 weken arbeidsongeschiktheid. Uit rechtsoverweging 3.4.2. van de beschikking van de Hoge Raad volgt ondubbelzinnig dat bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst na een substantiële en structurele arbeidstijdvermindering niet de volledige transitievergoeding verschuldigd is. Die volledige vergoeding kan daarom niet

volledig voor compensatie in aanmerking komen. Bij de totstandkoming van de compensatieregeling is door UWV overigens opgemerkt dat zij op basis van haar eigen systemen niet zelfstandig kan vaststellen of een werknemer recht heeft op een transitievergoeding en, zo ja, op welk bedrag.<sup>24</sup> UWV is daarom (deels) afhankelijk van de stukken die de werkgever meestuurde bij zijn aanvraag voor compensatie. Mede om die reden kan UWV op basis van art. 7:673e lid 3 BW (nieuw) haar besluit tot compensatie herzien als de vergoeding ten onrechte of tot een te hoog bedrag is toegekend. Het verdient aanbeveling in de ministeriële regeling, althans in de toelichting, op te nemen dat een werkgever aan UWV ook informatie moet verstrekken over het al dan niet voortzetten van de arbeidsrelatie en de voorwaarden waaronder dat gebeurt. Op die manier kan UWV zelf controleren of de werkgever het juiste bedrag aan transitievergoeding heeft betaald. In de eerder genoemde Ontwerpregeling is dit nog niet opgenomen.<sup>25</sup>

#### 4. De normen scheppen het kader, maar onduidelijkheid blijft bestaan

De Hoge Raad heeft in de *Kolom*-beschikking geoordeeld dat een werknemer recht heeft op een gedeeltelijke transitievergoeding, als – gedwongen door de omstandigheden – wordt overgegaan tot substantiële en structurele vermindering van zijn arbeidstijd. De Hoge Raad geeft daarbij de volgende normen, die nog de nodige vragen onbeantwoord laten:

1. Volgens de Hoge Raad kunnen (a) het noodzakelijkerwijs gedeeltelijk vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden; en (b) blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer dwingen tot een arbeidstijdvermindering. Onduidelijk is of hieronder ook andere situaties, zoals genoemd in art. 7:669 lid 3 BW, kunnen vallen. Ik meen dat er geen rechtvaardiging bestaat voor een onderscheid in het recht op een transitievergoeding afhankelijk van de ontslaggrond.
2. Van substantiële arbeidstijdvermindering is sprake als de arbeidstijd wordt verminderd met ten minste 20%. Een salarisverlaging van 20% of meer, die niet gepaard gaat met een arbeidstijdvermindering van 20% of meer, lijkt daarmee niet te leiden tot aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding.
3. Van structurele arbeidstijdvermindering is sprake als de vermindering naar redelijke verwachting blijvend zal zijn. De Hoge Raad zegt niet wanneer dat het geval is. Aansluiting kan mijns inziens worden gezocht bij de 26 weken-periode van art. 7:669 lid 3 onder a en b BW.
4. De arbeidstijdvermindering moet bewerkstelligd worden door (i) een gedeeltelijke beëindiging; (ii) algeheel

20 Uiteraard voor zover deze vergoeding niet meer bedraagt dan het bedrag aan loon dat de werkgever gedurende het tijdvak waarin loon bij ziekte moest doorbetalen, art. 7:673e lid 2 BW (nieuw).

21 Bijlage bij de nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II 2017/18*, 34699, 6.

22 Zie S. Palm in zijn annotatie bij Hof Den Haag 6 september 2016, *JIN* 2016/214.

23 De transitievergoeding die bij een tweede ontslag verschuldigd is, kan alleen in aanmerking komen voor compensatie op grond van art. 7:673e BW (nieuw) als het ontslag opnieuw verband houdt met de langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer: *Kamerstukken II 2016/17*, 34699, 3, p. 13-14.

24 Brief met bijlage van 19 oktober 2016, 'Uitvoeringstoets conceptwetsvoorstel aanpassing van de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid', met kenmerk SBK/94564/MB, zie met name onder het kopje "Handhaafbaarheid".

25 Bijlage bij de nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II 2017/18*, 34699, 6.

ontslag gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst; of (iii) aanpassing van de arbeidsovereenkomst, een en ander steeds op initiatief van de werkgever. Het is de vraag of onder de eerste variant de gedeeltelijke beëindiging met wederzijds goedvinden zou kunnen vallen, terwijl uit de parlementaire geschiedenis bij de Wwz duidelijk volgt dat in die situatie geen recht op transitievergoeding bestaat. Niet duidelijk is echter wat de Hoge Raad onder de eerste variant dan wel verstaat.