

ANNOTATIE

Pro rata transitievergoeding bij gedeeltelijke beëindiging arbeidsovereenkomst. Eén vraag beantwoord. Nieuwe vragen te beantwoorden.

J.P.M. van Zijl

Annotatie bij Hoge Raad, 14-09-2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (PS-2018-0737, AR-2018-1037)

In deze beschikking scheidt de Hoge Raad duidelijkheid in een kwestie waarover de wetgever zich niet had uitgesproken: is bij een gedeeltelijk ontslag ook de transitievergoeding gedeeltelijk verschuldigd? De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend.

De casus

In de casus waarover de Hoge Raad moest beslissen was bij een Stichting voor bijzonder voortgezet onderwijs sinds 1980 een leraar werkzaam, die in november 2013 ziek was uitgevallen. In november 2015 wordt aan de leraar een WGA-uitkering toegekend wegens gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Bij brief aan de leraar van 15 oktober 2016 zegt de school vervolgens de (nagenoeg) fulltime aanstelling van de leraar op per 29 februari 2016 en wordt de leraar met ingang van 1 maart 2016 opnieuw benoemd, maar nu voor 55 procent van de arbeidstijd. Dat eerst de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd en vervolgens een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangeboden, is daarbij een voortvloeisel van de geldende CAO. Voor de opzegging door de school zal het UWV geen toestemming [1] hebben verleend aangezien niet voldaan wordt aan de eis dat de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht. [2] Uit de beschikking van de Hoge Raad blijkt niet dat de leraar met die opzegging heeft ingestemd, [3] maar ook niet dat hij zich tegen die opzegging heeft verzet. [4] Uit de beschikking van het gerechtshof blijkt wel dat aan de opzegging nauw overleg met de leraar was voorafgegaan. Hoewel het er daarmee op lijkt dat sprake is van een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, is het dat strikt genomen niet. Het voorafgegane overleg weerhoudt de leraar er niet van om na de opzegging van de arbeidsovereenkomst en de aansluitende aanstelling gedurende een deel van de

werktijd, de kantonrechter te verzoeken om de school te veroordelen tot betaling van een transitievergoeding van € 76.000 (het destijds geldende maximum) wegens beëindiging van de arbeidsovereenkomst, althans tot betaling van een bedrag van ruim € 33.000 wegens gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter wijst het verzoek tot betaling van de transitievergoeding toe voor wat betreft de gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In hoger beroep wijst het gerechtshof het verzoek echter alsnog af. Het hof oordeelt daarbij dat de school en de leraar bedoeld hebben om de duur van de arbeidsovereenkomst aan te passen aan de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de leraar zodat in feite geen sprake was van het opzeggen van de arbeidsovereenkomst.

De beslissing van de Hoge Raad

Als de Hoge Raad in cassatie over de kwestie moet oordelen, wordt de beschikking van het gerechtshof vernietigd en de beschikking van de kantonrechter alsnog bekrachtigd, zodat de school de transitievergoeding gedeeltelijk moet betalen.

Om tot die beslissing te komen oordeelt de Hoge Raad allereerst dat het niet zo is dat de volledige transitievergoeding is verschuldigd, omdat de bestaande arbeidsovereenkomst niet is beëindigd. Met het gerechtshof is de Hoge Raad namelijk van mening dat sprake is van een voortzetting van de bestaande arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm. Anders dan het gerechtshof is de Hoge Raad echter van oordeel dat de voortzetting van de arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm erop neerkomt dat de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk is beëindigd en dat de transitievergoeding daarom verschuldigd is naar evenredigheid van het deel van de arbeidsovereenkomst dat beëindigd is. De Hoge Raad erkent daarbij dat de wet niet de mogelijkheid kent van gedeeltelijke opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst en dat de transitievergoeding volgens de wet alleen verschuldigd is bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad aanvaardt de mogelijkheid van een gedeeltelijk ontslag met gedeeltelijke aanspraak op de transitievergoeding vervolgens echter toch in bijzondere gevallen waarin de omstandigheden ertoe dwingen om de arbeidstijd van de werknemer substantieel en structureel te verminderen. Als voorbeelden van dergelijke bijzondere gevallen noemt de Hoge Raad het gedeeltelijk vervallen van de arbeidsplaats van de werknemer wegens bedrijfseconomische omstandigheden en blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer. In deze gevallen wordt immers op grond van de herplaatsingsverplichting [5] respectievelijk re-integratieverplichting [6] van de werkgever verlangd dat de werknemer niet geheel wordt ontslagen, maar dat de arbeidsverhouding voor een deel van het werk in stand blijft. De transitievergoeding heeft ten doel om te compenseren voor de gevolgen van het ontslag en om de transitie naar een andere baan makkelijker te maken. Omdat de transitievergoeding wordt berekend over het laatstgenoten loon zou de werknemer bij een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd een deel van de transitievergoeding mislopen, waarop hij bij het uiteindelijke einde van de arbeidsovereenkomst aanspraak zou hebben. Dat acht de Hoge Raad niet gerechtvaardigd. Daarom moet de transitievergoeding bij een substantiële en structurele vermindering van de arbeidsduur volgens de Hoge Raad gedeeltelijk worden betaald. Het maakt daarbij, nog steeds volgens de Hoge Raad, niet uit of de vermindering van de

arbeidsduur plaatsvindt in de vorm van hetzij een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, hetzij een volledige beëindiging van de arbeidsovereenkomst gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst, dan wel een aanpassing van de arbeidsovereenkomst. Om recht te hebben op gedeeltelijke betaling van de transitievergoeding moet de vermindering van de arbeidsduur wel substantieel zijn, waarbij de Hoge Raad stelt dat daarvan sprake is bij een vermindering van de arbeidstijd van ten minste 20 procent. Deze eis baseert de Hoge Raad op de 'hanteerbaarheid' van de regeling. De vermindering van de arbeidsduur moet ook structureel zijn, in die zin dat deze naar verwachting blijvend zal zijn. De te betalen transitievergoeding moet dan volgens de Hoge Raad berekend worden naar evenredigheid van vermindering van de arbeidstijd en uitgaande van het loon waarop tot dan toe aanspraak bestond. De beschikking van de Hoge Raad beantwoordt een vraag, maar roept tegelijkertijd een aantal nieuwe vragen op. Deze worden hieronder besproken.

Transitievergoeding bij beëindiging met wederzijds goedvinden?

Behoudens het geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever [7] is de transitievergoeding slechts verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst door de werkgever is opgezegd, indien de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever is ontbonden of indien de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd en op initiatief van de werkgever niet aansluitend is voortgezet. [8] Een beëindiging met wederzijds goedvinden [9] kwalificeert dus niet voor een aanspraak op de transitievergoeding. Wel kan de werknemer natuurlijk als voorwaarde voor zijn medewerking aan de totstandkoming van een beëindiging met wederzijds goedvinden de betaling van een ontslagvergoeding bedingen die (ten minste) gelijk is aan die transitievergoeding. In casu was sprake van een opzegging door de werkgever. De Hoge Raad laat echter het oordeel van het gerechtshof in stand dat feitelijk sprake was van voortzetting van de bestaande arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm. Het hof had daaraan de conclusie verbonden dat er dus geen sprake was van een opzegging en dat dus geen transitievergoeding verschuldigd was. De Hoge Raad oordeelt echter anders dan het hof, door te oordelen dat de voortzetting in aangepaste vorm feitelijk neerkomt op een gedeeltelijke beëindiging en dat daarom de transitievergoeding naar evenredigheid is verschuldigd. De vraag die hierdoor wordt opgeroepen is of de Hoge Raad hiermee nu gezegd heeft dat de transitievergoeding ook verschuldigd is bij een gedeeltelijke beëindiging met wederzijds goedvinden. Zo ja, dan rijst de vraag waarom dat bij een volledige beëindiging met wederzijds goedvinden dan anders zou zijn. Ik ben geneigd te veronderstellen dat de beschikking van de Hoge Raad zo ver niet gaat. Formeel was natuurlijk in de onderhavige zaak sprake van een opzegging. De Hoge Raad kwalificeert die opzegging echter niet als een volledige opzegging maar als een gedeeltelijke opzegging, waardoor niet de hele transitievergoeding maar wel een deel daarvan is verschuldigd. De voortzetting van de bestaande arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm is voor de Hoge Raad hetzelfde als de gedeeltelijke opzegging (de Hoge Raad spreekt echter steeds over 'beëindiging') van de arbeidsovereenkomst. Het blijft aldus een opzegging. Een andere uitleg van de beschikking van de Hoge Raad zou betekenen dat verder van de wet wordt afgeweken dan noodzakelijk is om te bereiken wat de Hoge Raad

rechtvaardig acht, namelijk te voorkomen dat de werknemer een deel van de transitievergoeding zou mislopen. Immers: als duidelijk is dat de transitievergoeding gedeeltelijk verschuldigd is bij een opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever of bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever, gevolgd door het aanbieden van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor een deel van de oorspronkelijke werktijd (zoals in het onderhavige geval), dan heeft de werknemer bij een gedeeltelijke beëindiging met wederzijds goedvinden een middel in handen om ook dan de betaling van een ontslagvergoeding ter grootte van de gedeeltelijke betaling van de transitievergoeding als voorwaarde voor zijn instemming aan die gedeeltelijke beëindiging met wederzijds goedvinden te verbinden. De situatie is dan dus hetzelfde als bij een volledige beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. En voor dat geval is nooit de noodzaak bepleit om ook dan de transitievergoeding te kunnen toekennen. Kruit heeft er in een annotatie al op gewezen dat de gedeeltelijke betaling van een transitievergoeding een rol zal spelen indien de werkgever de arbeidsovereenkomst niet in overleg maar eenzijdig zou willen wijzigen (op grond van artikel 7:613 of 7:611 BW). [10]

Bijzondere gevallen

Zoals de Hoge Raad zelf al in zijn beschikking aangeeft, zal een structurele en substantiële vermindering van de arbeidsduur vooral in twee gevallen voorkomen. In het eerste geval gaat het om een werknemer van wie de arbeidsplaats vervalt. Als er nog wel werk voor de werknemer is gedurende een deel van de werktijd (eventueel in een andere functie), dan brengt de herplaatsingsverplichting van de werkgever met zich mee dat dat werk gedurende een deel van de werktijd moet worden aangeboden. In het tweede geval gaat het om een werknemer die gedeeltelijk arbeidsongeschikt is. De re-integratieverplichting van de werkgever brengt dan met zich mee dat de eigen arbeid (al dan niet met aanpassingen) dan wel andere passende arbeid moet worden aangeboden, eventueel gedurende een gedeelte van de werktijd.

Gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer

De beschikking van de Hoge Raad heeft belangrijke implicaties voor het geval een werkgever en een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer afspraken moeten maken over aangepaste werkzaamheden die een werknemer nog in dienst van de werkgever zal verrichten. Die afspraken kunnen behelzen dat passende arbeid wordt verricht maar ook dat nieuwe bedongen arbeid ontstaat. In het eerste geval blijft de arbeidsovereenkomst in stand en blijft de oorspronkelijke arbeid de bedongen arbeid. In het tweede geval wordt de arbeidsovereenkomst aangepast en ontstaat nieuwe bedongen arbeid.

Nieuwe loondoorbetalingsverplichting bij uitval voor arbeid die wordt verricht na de eerste 104 weken van ziekte?

Voor de werknemer die arbeid verricht na het einde van de periode van 104 weken waarin recht op doorbetaling van loon tijdens ziekte bestaat, ontstaat in geval van een nieuwe uitval wegens ziekte pas weer recht op doorbetaling van loon als de werknemer eerst zijn eigen werk

gedurende ten minste vier weken in volle omvang heeft verricht. [11] De Hoge Raad acht het in strijd met het systeem van de wet dat de re-integratieverplichting van de werkgever zou leiden tot het ontstaan van een nieuwe loondoorbetalingsverplichting, als niet eerst sprake is van volledig herstel. Volgens de Hoge Raad is dat slechts anders als de aangepaste arbeid die de werknemer verricht nieuwe bedongen arbeid zou zijn. De Hoge Raad heeft zich echter nog nooit uitgesproken over de vraag wanneer nieuwe bedongen arbeid ontstaat. De Centrale Raad van Beroep heeft dat wel gedaan. [12] De socialeverzekeringsrechter ziet zich gedwongen om zich over die vraag uit te spreken indien het UWV stelt dat de WIA-uitkering van de werknemer die na het einde van de wachttijd aangepaste arbeid verricht en voor die arbeid ziek uitvalt, moet worden verminderd met door de werkgever door te betalen loon. Om tot het bestaan van recht op loon van de werknemer te kunnen concluderen moet het UWV dan eerst nieuwe bedongen arbeid aannemen. De Centrale Raad van Beroep heeft daarbij geoordeeld dat de vraag of de re-integratieafspraken die de werkgever en de werknemer hebben gemaakt inhouden dat sprake is van passende arbeid (geen nieuw recht op loondoorbetaling) dan wel van nieuwe bedongen arbeid (wel nieuw recht op loondoorbetaling), moet worden beantwoord aan de hand van de jurisprudentie van de Hoge Raad over de uitleg van overeenkomsten. [13] Dat betekent dat voor de uitleg van de afspraken over de aangepaste werkzaamheden die de werknemer in het kader van de re-integratie verricht, bepalend is welke verwachtingen die partijen ter zake over en weer mochten hebben. Het standpunt dat de Centrale Raad van Beroep daarmee heeft ingenomen, is opmerkelijk omdat daarmee werd afgeweken van de lijn die in de jurisprudentie van kantonrechters en gerechtshoven tot dan toe was uitgezet. [14] Daarin werd vaak geoordeeld dat de werknemer erop mocht vertrouwen dat de passende arbeid nieuwe bedongen arbeid was geworden, indien de aangepaste arbeid gedurende 'niet te korte tijd' was verricht en indien die arbeid tussen de werkgever en de werknemer niet meer ter discussie stond (in die zin dat een medische eindtoestand was bereikt waarbij duidelijk was dat de werknemer enerzijds de passende arbeid zou kunnen volhouden en anderzijds niet meer in staat zou zijn om meer arbeid te gaan verrichten dan de arbeid hij al verrichtte). Inmiddels vindt het standpunt van de Centrale Raad van Beroep echter ook navolging in uitspraken van kantonrechters en gerechtshoven. [15]

Als sprake is van nieuwe bedongen arbeid, betekent een nieuwe uitval wegens ziekte dus dat de werkgever opnieuw maximaal 104 weken lang 70 procent van het (aangepaste) loon aan de werknemer moet doorbetalen. Uit de onderhavige beschikking van de Hoge Raad blijkt dat dan ook de transitievergoeding gedeeltelijk verschuldigd is. Als daarentegen sprake is van passende arbeid, blijft de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst in stand. Er is dan bij een nieuwe uitval wegens ziekte geen sprake van een nieuwe verplichting van de werkgever om loon tijdens ziekte te betalen. Uit de beschikking van de Hoge Raad volgt niet dat ook dan de transitievergoeding gedeeltelijk verschuldigd is, zelfs niet als de vermindering van de arbeidsduur naar verwachting blijvend is. Er is dan immers geen gehele of gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst en ook geen aanpassing van de arbeidsovereenkomst. De consequentie daarvan is dan wel dat bij het later alsnog opzeggen van de arbeidsovereenkomst door de werkgever of bij het later ontbinden van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever, de transitievergoeding verschuldigd is

over het volledige, oorspronkelijk bedongen loon.

De vraag of de afspraken over de aanpassing van de werkzaamheden voor de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer passende arbeid dan wel nieuwe bedongen arbeid inhouden, kan aan de orde komen bij of na het maken van die afspraken, maar kan ook pas aan de orde komen als de arbeidsovereenkomst alsnog geheel wordt beëindigd. De werknemer zal dan willen stellen dat sprake was van passende arbeid, want dan kan alsnog de volledige transitievergoeding worden geclaimd, berekend naar het oorspronkelijke volledige loon. De werkgever zal daarentegen willen stellen dat sprake is van nieuwe bedongen arbeid, zodat uitgegaan kan worden van het lagere, aangepaste loon. De werknemer loopt dan een deel van de transitievergoeding mis. Deze kan dan ook niet alsnog worden geclaimd, vanwege het verval van het recht dat te doen zodra na het (gedeeltelijke) einde van de arbeidsovereenkomst drie maanden zijn verstreken. [16] Als partijen bij het maken van re-integratieafspraken niet duidelijk zijn geweest ten aanzien van de vraag of daarbij passende arbeid dan wel nieuwe bedongen arbeid beoogd is, kan lang onduidelijk blijven op basis van welk loon de transitievergoeding moet worden berekend.

Compensatie door het UWV van de transitievergoeding van de langdurig arbeidsongeschikte werknemer

De vraag of sprake was van passende arbeid of nieuwe bedongen arbeid kan ten slotte ook aan de orde komen als de werkgever na 1 april 2020 bij het UWV compensatie claimt voor de transitievergoeding die op of na 1 juli 2015 is betaald aan de werknemer die is ontslagen wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Het wetsvoorstel dat die compensatie regelt, is inmiddels tot wet verheven en treedt op 1 januari 2020 in werking. [17] Compensatie voor oude vergoedingen kan vanaf 1 april 2020 worden geclaimd. [18] Het UWV vergoedt in dat geval echter niet meer dan de transitievergoeding die aan het einde van de wachttijd was verschuldigd. Als het UWV stelt dat de arbeidsovereenkomst eerder gedeeltelijk is geëindigd wegens het ontstaan van nieuwe bedongen arbeid, wordt die transitievergoeding berekend over het loon dat de werknemer ontving na de vermindering van de arbeidsduur. Als die vermindering van de arbeidsduur dan vóór 1 juli 2015 heeft plaatsgevonden, was bij die eerdere gedeeltelijke beëindiging geen transitievergoeding verschuldigd. Het UWV zou die dan ook niet hoeven te vergoeden. Werkgevers dienen er derhalve alert op te zijn dat zij in dergelijke gevallen niet te veel als transitievergoeding aan de arbeidsongeschikte werknemer betalen. Hetgeen te veel betaald is, wordt door het UWV niet gecompenseerd! [19] De beschikking van de Hoge Raad maakt dat, meer nog dan voorheen, werkgevers er bij het maken van afspraken over de aangepaste arbeid voor arbeidsongeschikte werknemers (zeker na afloop van de eerste 104 weken) op dienen toe te zien dat duidelijk wordt aangegeven of sprake is van passende arbeid dan wel van nieuwe bedongen arbeid.

Alleen bij substantiële en structurele vermindering van de arbeidsduur?

De Hoge Raad aanvaardt de mogelijkheid van een gedeeltelijk ontslag en een gedeeltelijke transitievergoeding voor het bijzondere geval van een min of meer gedwongen substantiële en

structurele vermindering van de arbeidstijd, zoals bij het noodzakelijkerwijs gedeeltelijk vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en bij blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Mij lijkt dat hetzelfde dan zou dienen te gelden voor het geval gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid de werkgever en de werknemer ertoe brengt om structureel andere, minder belastende arbeid met de werknemer overeen te komen, indien de vermindering van het loon van de werknemer die daarvan het gevolg is substantieel is (ten minste 20 procent). Ook indien de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer zijn eigen werk blijft doen maar (vanwege tempoverlies) tegen een substantieel lager loon, zou een daarop betrekking hebbende aanpassing van de arbeidsovereenkomst dienen te leiden tot een gedeeltelijk recht op transitievergoeding.

Latere uitbreiding van de arbeidsovereenkomst

De beschikking van de Hoge Raad roept verder de vraag op hoe moet worden omgegaan met de situatie waarin de arbeidsovereenkomst eerst gedeeltelijk is beëindigd en later toch weer wordt uitgebreid. Hoewel de Hoge Raad aangeeft dat zijn beschikking is bedoeld voor gevallen waarin de arbeidstijd structureel wordt verminderd, door de Hoge Raad verstaan als 'naar redelijke verwachting blijvend', kan zich gemakkelijk de situatie voordoen dat de arbeidsovereenkomst later toch weer wordt uitgebreid. Het best voorstelbaar is dat in de situatie van de werknemer van wie de arbeidsplaats als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden gedeeltelijk is vervallen. Een latere verbetering van de bedrijfseconomische omstandigheden zou dan zeer wel met zich mee kunnen brengen dat weer een volledige arbeidsplaats beschikbaar is en dat de arbeidsovereenkomst van de werknemer in verband daarmee wordt uitgebreid. Als de weer uitgebreide arbeidsovereenkomst dan later door de werkgever wordt opgezegd dan wel op verzoek van de werkgever wordt ontbonden, hoe moet dan worden omgegaan met de eerder betaalde transitievergoeding? Moet het bedrag van de eerder betaalde transitievergoeding dan op de voet van artikel 7:673 lid 5 BW in mindering worden gebracht op het bedrag van de op dat moment te betalen transitievergoeding? Of brengt de beschikking van de Hoge Raad met zich mee dat de arbeidsovereenkomst voor de berekening van de transitievergoeding in delen moet worden opgesplitst, nu de Hoge Raad heeft aanvaard dat een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan leiden tot een gedeeltelijk recht op de transitievergoeding?

Dat het voor de hoogte van de transitievergoeding verschil kan maken of voor de ene dan wel de andere benadering wordt gekozen, blijkt uit het onderstaande voorbeeld: 1 januari 2000: datum indiensttreding van de werknemer, aanstelling voor 100 procent van de werktijd; 1 januari 2010: gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst (50 procent) wegens het gedeeltelijk vervallen van de arbeidsplaats wegens slechte bedrijfseconomische omstandigheden; 1 januari 2015: uitbreiding van de arbeidsovereenkomst naar 100 procent wegens verbeterde bedrijfseconomische omstandigheden; 1 januari 2018: opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld wegens opnieuw verslechterde bedrijfseconomische omstandigheden, disfunctioneren, verwijtbaar gedrag of een verstoorde arbeidsverhouding.

In het voorbeeld ga ik er even van uit dat in 2010 al de transitievergoeding verschuldigd was. Dat is natuurlijk niet het geval, maar het gaat mij om het rekenvoorbeeld en daarvoor maakt dat geen verschil. Op 1 januari 2010 moet dan wegens de gedeeltelijke (50 procent) beëindiging van de arbeidsovereenkomst op 1 januari 2010 een transitievergoeding worden betaald ter grootte van 1,665 maandsalaris (50 procent van 20 perioden van zes maanden x 1/6e maandsalaris). Indien uitgegaan wordt van verrekening van dit bedrag op de voet van artikel 7:673 lid 5 BW, zou de transitievergoeding die vanwege de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op 1 januari 2018 moet worden betaald 7,33 maandsalarissen (20 perioden van zes maanden x 1/6e maandsalaris + 16 perioden van zes maanden x 1/4e maandsalaris) bedragen, verminderd met de eerder betaalde 1,665 is dat dan 5,665 *maandsalarissen*. Indien daarentegen wordt uitgegaan van de opvatting dat het recht op transitievergoeding geldt per deel van de arbeidsovereenkomst, dan wordt de uitkomst anders. Voor het deel van 50 procent waarvoor de arbeidsovereenkomst sinds 2000 heeft bestaan wordt de transitievergoeding dan 50 procent van (20 perioden van zes maanden x 1/6e maandsalaris + 16 perioden van zes maanden x 1/4e maandsalaris =) 7,33 maandsalarissen, ofwel 3,665 maandsalarissen. Voor het deel van 50 procent waarvoor de arbeidsovereenkomst sinds 2015 heeft bestaan wordt de transitievergoeding dan 50 procent van 1 maandsalaris (6 perioden van zes maanden x 1/6e maandsalaris) = 0,5 maandsalaris. Samen met de 3,665 maandsalarissen voor het langst bestaande deel van de arbeidsovereenkomst zou dat dan uitkomen op 4,165 *maandsalarissen*.

Het maakt aldus verschil welke benadering bij de berekening van de transitievergoeding moet worden gevolgd. De tweede benadering sluit het beste aan bij het arrest van de Hoge Raad omdat tegenover de verplichting tot betaling van een deel van de transitievergoeding bij inkrimping van het dienstverband ook staat dat het recht op opbouw van de transitievergoeding voor dat deel van de arbeidsovereenkomst eerst plaatsvindt vanaf het moment dat de arbeidsovereenkomst weer wordt uitgebreid. De tekst van artikel 7:673 lid 5 BW zou weliswaar in een andere richting wijzen, maar waar de Hoge Raad zelf al heeft geconstateerd dat de wetgever de betaling van de transitievergoeding bij een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet heeft geregeld en waar de Hoge Raad daar in zijn beschikking toch toe besluit, lijkt mij dat de Hoge Raad zich daarbij aan deze wetsbepaling ook niet te veel hoeft te storen.

Ten slotte

Aan het begin van deze annotatie gaf ik aan dat de Hoge Raad duidelijkheid heeft gegeven in een kwestie waarover de wetgever zich niet had uitgesproken. Daartoe zag de Hoge Raad zich wel gedwongen om zijn rechtsvindende taak op een meer rechtsvormende wijze gestalte te geven. Zie bijvoorbeeld de vanwege de 'hanteerbaarheid' van de door de Hoge Raad gestelde regel genoemde grens van vermindering van de arbeidstijd met ten minste 20 procent. Gelet op de gecreëerde duidelijkheid voor de praktijk, valt deze ruime taakopvatting van de Hoge Raad naar mijn mening te billijken. [20] Maar de rechtsvormende wijze waarop de Hoge Raad te werk is gegaan, heeft ook tot gevolg dat nieuwe vragen rijzen, waarop het antwoord nog niet duidelijk is. De Hoge Raad zal zich dan ook over deze vragen nog moeten uitspreken. Het

laatste woord zal in deze kwestie in elk geval voorlopig nog niet zijn gesproken.

mr. J.P.M. (Joop) van Zijl, advocaat te Tilburg, 17 september 2018

Noten

[1] Zie artikel 7:671 lid 1 onder a BW jo. artikel 7:671a lid 1 BW.

[2] Zie artikel 7:669 lid 3 onder b BW.

[3] Als bedoeld in artikel 7:671 lid 1 BW.

[4] In elk geval heeft de werknemer de kantonrechter niet verzocht de opzegging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen op de voet van artikel 7:681 BW.

[5] Artikel 7:669 lid 1 BW.

[6] Artikel 7:658a lid 1 BW.

[7] Artikel 7:673 lid 1 onder b BW.

[8] Artikel 7:673 lid 1 onder a BW.

[9] Als bedoeld in artikel 7:670b BW.

[10] P. Kruit, 'Recht of rechtvaardigheid: over de pro rato transitievergoeding bij deeltijdontslag', in AR Updates van 29 mei 2018 naar aanleiding van de Conclusie van de advocaat-generaal (20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:516).

[11] HR 30 september 2011, ECLI:NL:CRVB:2011, BQ8134 (Kummeling/Oskam).

[12] CRvB 21 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1757, CRvB 24 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:284, CRvB 24 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:286.

[13] HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (Haviltex), HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (Lundiform/Mexx).

[14] Zie in deze zin bijvoorbeeld: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 6 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BHo657; Kantonrechter Utrecht 7 december 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK5511; Kantonrechter Amsterdam 1 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM0969; Gerechtshof Arnhem 1 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM5554; Gerechtshof Arnhem (als nevenzittingsplaats van het gerechtshof Amsterdam) 29 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BX0123; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2013, ECLI:NL:GARL:2013:4324.

[15] Bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:223.

[16] Zie artikel 7:686a lid 4 onder b BW.

[17] Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij

ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, *Stb.* 2018, 234.

[18] Concept Regeling compensatie transitievergoeding, zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34699, 6, bijlage.

[19] Artikel 7:673e lid 2 BW (nieuw).

[20] Anders: P. Kruit in zijn annotatie 'Recht of rechtvaardigheid: over de pro rata transitievergoeding bij deeltijdontslag' in AR Updates van 29 mei 2018 naar aanleiding van de Conclusie van de advocaat-generaal (20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:416). Kruit stelt dat het introduceren van een pro rata transitievergoeding de taak van de rechter in onze 'trias' te buiten gaat omdat daardoor het wettelijk systeem eenvoudigweg terzijde zou worden geschoven ten faveure van rechtvaardigheid, waarmee de rechter volgens hem in feite op de stoel van de wetgever gaat zitten en een nieuw systeem introduceert.