

ANNOTATIE

Hoeveel rek zit er nog in artikel 7:673 BW na Kolom?

mr. K. Hakvoort

*Annotatie bij Gerechtshof Amsterdam, 15-10-2019,
ECLI:NL:GHAMS:2019:3717 (AR-2019-1097)*

Op 15 oktober 2019 heeft het Gerechtshof Amsterdam vier prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld. [1] De eerste betreft de vraag of een functiewijziging van een langdurig zieke werknemer en de daarmee gepaard gaande substantiële en structurele salarisvermindering een recht op transitievergoeding met zich brengt. Eerder oordeelde de Hoge Raad in de Kolom-beschikking [2] dat een langdurig zieke werknemer onder omstandigheden aanspraak heeft op een gedeeltelijke transitievergoeding bij substantiële en structurele vermindering van de arbeidsduur. De vraag is nu of die lijn kan worden doorgetrokken naar een salarisvermindering. In deze annotatie worden de prejudiciële vragen besproken, en wordt getracht bij te dragen aan de beantwoording van met name de eerste prejudiciële vraag.

1 De SIPOR-casus

De casus waarover de Hoge Raad zich moet gaan buigen, speelt zich – net als de *Kolom*-zaak – af in het onderwijs. Bij de Stichting Islamitisch Primair Onderwijs Rijnmond ('SIPOR') is sinds 4 januari 2002 een lerares werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met werktijdfactor 1,0. Zij ontvangt een salaris van € 3.313 bruto per maand exclusief emolumenten. Op 17 januari 2013 is de lerares ziek uitgevallen. Zij herstelt niet voor haar eigen werk, maar is wel andere passende werkzaamheden gaan verrichten als onderwijsassistente. Door het UWV wordt zij op enig moment voor 48,49% arbeidsongeschikt bevonden en op 11 juni 2015 is aan haar een WGA-uitkering toegekend. Op 13 juli 2015 wordt, vanwege de vereiste systematiek van de toepasselijke Cao voor het primair onderwijs, aan de lerares een Akte van Ontslag en een Akte van Benoeming verleend. Op basis van de laatste akte wordt de medewerkster met ingang van 1 augustus 2015 voor onbepaalde tijd benoemd tot onderwijsassistent met werktijdfactor 0,8 [3] en een salaris van € 1.706,40 bruto per maand exclusief emolumenten. Tussen de functie van lerares en de functie van onderwijsassistente zit een niveauverschil van vijf salarisschalen.

De medewerkster verzoekt SIPOR om betaling van de volledige transitievergoeding, althans

om de vergoeding voor de werktijdfactor 0,2. De Kantonrechter Rotterdam [4] en het Gerechtshof Den Haag [5] wijzen de verzoeken af. In beide instanties wordt, kort weergegeven, geoordeeld dat bij herplaatsing van een arbeidsongeschikte werknemer geen sprake is van een beëindiging in de zin van artikel 7:673 lid 1 BW. De medewerkster gaat, nog voor de lerares in de *Kolom*-zaak, in cassatie. [6] De Hoge Raad vernietigt de beschikking van het Gerechtshof Den Haag op formele gronden, namelijk vanwege de omstandigheid dat het hof niet uiterlijk bij de oproeping aan partijen heeft meegedeeld dat de mondelinge behandeling zou plaatsvinden ten overstaan van één raadsheer-commissaris, terwijl de zaak meervoudig beslist werd. [7] De inhoudelijke vraag wordt niet behandeld, en de zaak wordt verwezen naar het Gerechtshof Amsterdam.

2 De Hoge Raad in Kolom

Alvorens in te gaan op de prejudiciële vragen van het Gerechtshof Amsterdam, herhaal ik kort het oordeel van de Hoge Raad in de *Kolom*-beschikking. [8] Daarin stond de vraag centraal of in een geval waarbij de arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm – namelijk aanpassing van arbeidsuren – wordt voortgezet, een (volledige of gedeeltelijke) transitievergoeding verschuldigd is.

De Hoge Raad stelde voorop dat de lerares van Kolom geen recht had op een volledige transitievergoeding, omdat de bestaande arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm werd voortgezet, en dus niet volledig werd beëindigd. De arbeidsovereenkomst werd volgens de Hoge Raad wel gedeeltelijk beëindigd. Als gevolg van die beëindiging was een transitievergoeding verschuldigd naar evenredigheid van de omvang van de beëindiging. In de *Kolom*-zaak was volgens de Hoge Raad namelijk sprake van het bijzondere geval dat, door omstandigheden gedwongen, werd overgegaan tot een substantiële en structurele vermindering van de arbeidsduur van de werknemer. Bij een dergelijk geval viel volgens de Hoge Raad te denken aan het noodzakelijkerwijs gedeeltelijk vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en aan blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding bestaat dan alleen als sprake is van een substantiële en structurele vermindering van de arbeidsduur. Van een substantiële vermindering is sprake als de arbeidstijd wordt verminderd met ten minste 20 procent. Van structurele vermindering is sprake als het gaat om een vermindering die naar redelijke verwachting blijvend zal zijn.

Als sprake is van een substantiële en structurele vermindering van de arbeidsduur waartoe partijen gedwongen zijn door 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 daarbij niet uit of de vermindering van de arbeidsduur heeft plaatsgevonden in de vorm van (1) een gedeeltelijke beëindiging, (2) een algeheel ontslag gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst, of (3) aanpassing van de arbeidsovereenkomst. [9]

3 De prejudiciële vragen in SIPOR

In de tussenbeschikking in de *SIPOR*-zaak heeft het Gerechtshof Amsterdam met verwijzing naar de *Kolom*-beschikking geoordeeld dat de medewerkster in ieder geval recht heeft op een gedeeltelijke transitievergoeding in verband met de vermindering van de werktijdfactor van 1,0 naar 0,8. Dit betreft namelijk een vermindering van 20 procent, en is daarmee substantieel. Dat de vermindering ook structureel is, wordt – hoewel niet nader onderbouwd – door het hof ook aangenomen. Het voorgaande is in lijn met de *Kolom*-beschikking: *so far so good*.

Vervolgens rijst de vraag of door de substantiële en structurele salarisvermindering als gevolg van de functiewijziging eveneens sprake is van een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De medewerkster meent van wel. *SIPOR* meent van niet, en maakt daarbij een vergelijking met de slapende dienstverbanden, waarbij volgens *SIPOR* ook sprake is van (meer dan) twee jaar ziekte en waarbij (ook) onzeker is of er in de toekomst een transitievergoeding zal worden uitgekeerd. Of dit laatste argument *SIPOR* nog kan baten sinds de beschikking van de Hoge Raad van 8 november 2019, laat ik hier verder buiten beschouwing. [10]

Het Gerechtshof Amsterdam voelde zich genoodzaakt de volgende vier prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen:

Dient met een vermindering van de arbeidsduur gelijkgesteld te worden een vermindering van het salaris als gevolg van een functiewijziging, met dien verstande dat in dat geval ook recht op een transitievergoeding bestaat naar evenredigheid van de salarisvermindering?

Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord: gelden voor een dergelijke functiewijziging dezelfde eisen als genoemd in r.o. 3.5.5 van de *Kolom*-beschikking [te weten: de drie wijzen waarop een vermindering van de arbeidsduur – en in dit geval dus een salarisvermindering – kan worden bewerkstelligd, toevoeging KH]?

Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord: geldt dan ook dat het moet gaan om een substantiële en structurele salarisvermindering in die voege dat het moet gaan om een vermindering van tenminste twintig procent die naar redelijke verwachting blijvend zal zijn?

Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord: indien sprake is van zowel een vermindering van arbeidsduur als van salaris, hoe moet in dat geval dan de transitievergoeding worden berekend?

4 Relevante aspecten bij beantwoording van de eerste prejudiciële vraag

Na de *Kolom*-beschikking is door meerdere auteurs aandacht besteed aan de eerste vraag. Het merendeel van de auteurs meent dat ook bij substantiële en structurele vermindering van het salaris aanspraak dient te bestaan op een gedeeltelijke transitievergoeding. [11] Een aantal auteurs meent van niet. [12] Opvallend is dat door alle auteurs vrij marginaal wordt onderbouwd waarom een werknemer bij een salarisvermindering wel of niet recht zou hebben

op de transitievergoeding.

Het startpunt bij de beantwoording van de vraag of een werknemer recht heeft op een transitievergoeding is artikel 7:673 lid 1 BW. Uitgangspunt is dat alleen bij opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever (waarbij de wijze van opzegging niet relevant is [13]), ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever of geen voortzetting van de arbeidsovereenkomst na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever, de werkgever aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd is. [14] Daaruit vloeit voort dat er door of op initiatief van de werkgever een einde aan de arbeidsrelatie moet komen, wil aanspraak bestaan op een transitievergoeding. Artikel 7:673 lid 1 BW is door de Hoge Raad in de *Kolom*-beschikking aangevuld voor het bijzondere geval dat, door omstandigheden gedwongen, wordt overgegaan tot substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer. Ook in dat geval is volgens de Hoge Raad sprake van een feitelijk einde van de arbeidsrelatie, namelijk over het aantal uur dat de arbeidsduur wordt verminderd, waarover aanspraak op een transitievergoeding bestaat. Het maakt volgens de Hoge Raad dan niet uit hoe die beëindiging juridisch is vormgegeven. [15]

Het doel van de transitievergoeding is tweeledig: (1) compensatie voor (de gevolgen van) het ontslag, waaronder kan vallen compensatie voor inkomensderving, en (2) het met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat stellen van de werknemer de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. Verschuldigdheid van de transitievergoeding staat los van de vraag of een werknemer daadwerkelijk schade ondervindt aan het ontslag.

4.1 Is salarisvermindering een gedeeltelijke beëindiging?

Door de *Kolom*-beschikking is vermindering van de arbeidsduur gelijkgesteld met een opzegging door of ontbinding op initiatief van de werkgever, zoals bedoeld in artikel 7:673 lid 1 BW: de vermindering is volgens de Hoge Raad immers een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De vraag die volgt, is of salarisvermindering ook gelijk gesteld kan worden met (gedeeltelijke) beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het antwoord op die vraag luidt in mijn optiek ontkennend. Bij salarisvermindering wordt door partijen namelijk geen einde van de arbeidsovereenkomst beoogd. De wil van partijen is daarop niet gericht, en de verklaring evenmin. De arbeidsovereenkomst wordt juist voortgezet; weliswaar gewijzigd, maar van een einde is geen sprake.

Dat de Hoge Raad heeft gemeend dat bij een vermindering van de arbeidsduur wel sprake is van een beëindiging, vind ik op zichzelf begrijpelijk. Bij een dergelijke vermindering wordt de arbeid over die uren, en daarmee in feite (een deel van) de arbeidsovereenkomst, beëindigd. Er bestaat over die uren geen verplichting van de werknemer meer om arbeid te verrichten, terwijl de basis van de arbeidsovereenkomst in feite die arbeid is. Bovendien wordt geen loon meer betaald en de werkgever kan de werknemer over de uren geen opdrachten of instructies meer geven in het kader van de arbeid. Aan de vereisten van artikel 7:610 BW wordt over die uren met andere woorden niet meer voldaan. Dat is anders bij een vermindering van salaris. In dat geval blijft de arbeid min of meer intact. Over de uren die de werknemer werkt, heeft hij

weliswaar minder recht op salaris, maar de verplichting arbeid te verrichten en de instructies van de werkgever op te volgen blijft gelijk (tenzij ook sprake is van een vermindering van de arbeidsduur). Het voorgaande is in lijn met het socialezekerheidsrecht. Het verlies van arbeidsuren leidt in beginsel bovendien tot een recht op een WW-uitkering (al heeft een langdurig zieke werknemer veelal recht op een WIA-uitkering). De WW neemt niet tot uitgangspunt de vraag of sprake is van salarisverlies.

De vermindering van de arbeidsduur kan daardoor gelijk gesteld worden met beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De vermindering van salaris niet. Evenmin kan in mijn ogen met succes betoogd worden dat salarisvermindering gelijk gesteld kan worden met vermindering van de arbeidsduur, en dáárdoor weer gelijk gesteld kan worden met beëindiging van de arbeidsovereenkomst, waardoor recht op een transitievergoeding ontstaat.

Salarisvermindering mist simpelweg het gevolg van het einde van de arbeidsovereenkomst, terwijl artikel 7:673 lid 1 BW alleen dan in beeld komt.

Van een einde is bijvoorbeeld sprake bij deeltijdontslag (art. 7:669 lid 3 sub a BW jo. art. 4 Ontslagregeling), waarbij er een arbeidsovereenkomst wordt aangeboden onder dezelfde voorwaarden, maar voor minder uur. Hetzelfde geldt sinds de *Kolom*-uitspraak bij herplaatsing van een zieke werknemer in eigen (aangepast) of passend werk voor minder uur (art. 7:669 lid 3 sub b BW). [16] Ook als gebruik wordt gemaakt van het zogenoemde wijzigingsontslag, [17] waarbij naast arbeidsuren andere voorwaarden gewijzigd worden (zoals de functie of zelfs het salaris van de medewerker), kan recht op een transitievergoeding bestaan, maar mijns inziens enkel vanwege het feit dat de arbeidsuren afnemen. Dat sprake moet zijn van een einde van een arbeidsovereenkomst voor aanspraak op een transitievergoeding volgt bijvoorbeeld ook uit artikel 7:673 lid 5 BW. De daadwerkelijke samenwerking tussen partijen hoeft weliswaar niet volledig tot een einde gekomen te zijn, maar er moet wel sprake zijn van een beëindiging. Als daarvan geen sprake is, houdt het op.

4.2 Maakt het uit hoe de salarisvermindering plaatsvindt?

Een salarisvermindering kan worden bewerkstelligd door overeenstemming tussen werkgever en werknemer, zoals in de *SIPOR*-casus het geval is geweest. Veelal zal een langdurig zieke werknemer zich genoodzaakt voelen met het voorstel in te stemmen, mits sprake is van arbeid die past bij zijn mogelijkheden en beperkingen. Doet hij dat niet, dan riskeert hij namelijk zijn recht op een uitkering. Komen partijen niet tot overeenstemming, dan staat voor de werkgever nog de weg van eenzijdige wijziging open op grond van artikel 7:613 BW of 7:611 BW. [18] Dat het aanbieden van een transitievergoeding daarbij kan helpen, zoals in de literatuur wel wordt betoogd, [19] moge zo zijn. Dat maakt evenwel niet dat als gevolg van de salarisvermindering aanspraak bestaat op een transitievergoeding op grond van artikel 7:673 lid 1 BW.

Lukt het de werkgever de salarisvermindering door te voeren, dan is niet relevant hoe die salarisvermindering formeel wordt ingekleed. Dat kan in de vorm van algeheel ontslag gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst (situatie (ii) in *Kolom*) of door aanpassing van de arbeidsovereenkomst (situatie (iii) in *Kolom*). Gedeeltelijke beëindiging (situatie (i) in

Kolom) zal niet aan de orde zijn. Let wel: de manier waarop de salarisvermindering juridisch wordt ingekleed, zegt niets over de vraag of het recht op transitievergoeding ontstaat. Dat recht bestaat pas als sprake is van een (gedeeltelijke) beëindiging van de arbeidsovereenkomst, en daarvan is bij enkel een salarisvermindering geen sprake. [20]

Lukt het de werkgever de salarisvermindering niet in overleg met de werknemer en ook niet eenzijdig door te voeren, dan ontstaat de bijzondere situatie dat de werkgever afscheid zal willen nemen van de werknemer. Daarbij zal hij in beginsel de volledige transitievergoeding verschuldigd is, tenzij het weigeren van de aangeboden arbeid ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer oplevert (art. 7:673 lid 7 sub c BW).

4.3 Kan salarisvermindering nooit een transitievergoeding opleveren?

Zoals betoogd onder 4.1 meen ik dat voor een aanspraak op een transitievergoeding noodzakelijk is dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Bij wijziging van de arbeidsuren is sprake van een dergelijk einde, maar bij wijziging van het salaris (zonder urenvermindering) niet. [21]

Hoewel het wijzigen van een kernarbeidsvoorwaarde (zoals salaris) in Nederland volgens de huidige Nederlandse wetgeving in mijn ogen niet gelijkgesteld kan worden met ontslag, is dat vanuit Europees perspectief nog niet zo'n vreemde gedachte. Gundt wees er in haar lezenswaardige annotatie [22] op dat het Hof van Justitie in het kader van Richtlijn 98/59/EG (omtrent collectief ontslag) heeft geoordeeld dat een eenzijdige, substantiële wijziging van wezenlijke elementen van de arbeidsovereenkomst een ontslag in de zin van artikel 1 van deze richtlijn vormt. [23] Het Hof van Justitie heeft daarnaast in verschillende zaken bepaald dat Europese begrippen uit richtlijnen, waaronder ook het begrip 'ontslag', autonoom moeten worden geïnterpreteerd en uniform uitgelegd. [24] Dat ontslag in Europees perspectief breder moet worden geïnterpreteerd, volgt bijvoorbeeld ook uit de net aangenomen Richtlijn betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie, [25] waar bij verwijzingen in die richtlijn naar 'ontslag' enkele keren wordt toegevoegd 'of maatregelen met een soortgelijk effect'. Gekeken wordt naar het nadeel dat de werknemer eraan ondervindt, in plaats van naar de gekozen route die dat nadeel teweegbrengt. Ik sluit mij evenwel aan bij de conclusie van Gundt dat de uitkomst in de Spaanse en Poolse zaken die aan het Hof van Justitie zijn voorgelegd, op dit moment niet doorgetrokken kan worden naar Nederland, vanwege de substantiële afwijkingen in de nationale rechtssystemen. Nederland kent een op zichzelf staand wijzigingssysteem (via art. 7:613 BW en 7:611 BW), dat losstaat van het Nederlandse ontslagsysteem met een preventieve toets. Deze systemen zijn, anders dan in Spanje en Polen, (tot nu toe) niet met elkaar gelijk te stellen.

Het aansluiten bij het door de werknemer te ondervinden nadeel was overigens ook te lezen in de uitspraken van de Kantonrechter Amersfoort, [26] waarin de casus speelde van werknemers die vanwege een concessiewissel (maar geen overgang van onderneming) overgingen van Hoektax naar Connexxion. Connexxion bood de werknemers arbeidsovereenkomsten met slechtere arbeidsvoorwaarden aan, die de werknemers

accepteerden. Hoektax meende dat zij aan de overgegane werknemers geen transitievergoeding hoefde te betalen. In de parlementaire geschiedenis van de Wwz is namelijk opgemerkt dat een transitievergoeding niet verschuldigd is als de werknemer als gevolg van een wissel aan de werkgeverskant bij een nieuwe werkgever in dienst treedt. In dat geval wordt de werknemer altijd geacht het initiatief te hebben genomen tot beëindiging. [27] De kantonrechter oordeelde in de twee zaken echter dat de wetgever de situatie van een werknemer die er bij een werkgeverswisseling op achteruit gaat niet onder ogen had gezien. De 'fictie' dat de werknemer wordt geacht het initiatief tot beëindiging te hebben genomen, was volgens de rechter onaanvaardbaar en Hoektax moest alsnog de volledige transitievergoeding betalen. Hoewel het in die casus, anders dan bij salarisvermindering, wel ging om een beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij Hoektax, kan er wel een parallel getrokken worden, omdat de rechter vanwege het nadeel dat de werknemer ondervond het beroep van Hoektax op de parlementaire geschiedenis niet toestond. [28] Aansluiting bij het nadeel van de werknemer voor de vraag of aanspraak bestaat op een transitievergoeding is ook te vinden in artikel 7:665 BW. Dat artikel bepaalt dat met het oog op de toepassing van artikel 7:673 BW de arbeidsovereenkomst geldt als beëindigd of niet voortgezet op initiatief van de werkgever, als een overgang van onderneming een aanmerkelijke wijziging van arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft en de arbeidsovereenkomst om die reden op initiatief van de werknemer tot een einde komt.

In het verlengde van het voorgaande zou in de *SIPOR*-zaak aansluiting gezocht kunnen worden bij het bijzondere nadeel dat de werknemer ondervindt aan de substantiële en structurele salarisvermindering. Betoogd moet dan worden dat dit (bijzondere) nadeel moet worden aangemerkt als een opzegging door de werkgever. Die stap acht ik evenwel te groot. Zoals gezegd staat in mijn ogen het einde van de arbeidsovereenkomst voorop bij de vraag of aanspraak bestaat op een transitievergoeding. Daarop is zowel artikel 7:673 BW als de *Kolom*-beschikking gebaseerd. De Hoge Raad hanteert daarbij een materiële benadering (wat gebeurt er feitelijk?), en acht de juridisch gekozen constructie van ondergeschikt belang. Het einde van de arbeidsovereenkomst wordt niet beoogd bij een substantiële en structurele salarisvermindering: feitelijk blijft het verrichten van arbeid – de basis van de arbeidsovereenkomst – over de afgesproken arbeidsomvang intact. Aan een transitievergoeding wordt daarom niet toegekomen.

4.4 Kan aanspraak op de transitievergoeding op andere wijze gerechtvaardigd worden?

Hoewel artikel 7:673 lid 1 BW geen recht op transitievergoeding geeft bij een salarisvermindering en dat recht in mijn ogen daarop ook niet gebaseerd kan worden, is dat recht wel goed voor te stellen met een beroep op het rechtvaardigingsargument zoals gehanteerd in de *Kolom*-beschikking. In de *Kolom*-uitspraak stond de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.5.4 allereerst stil bij het tweeledige doel van de transitievergoeding (compensatie voor (de gevolgen van) het ontslag en hulp bij de transitie naar ander werk) en stelde hij vast dat de hoogte van de transitievergoeding wordt berekend over het laatstverdiende loon. Indien een gedeeltelijke transitievergoeding in een geval zoals bij *Kolom* aan de orde was niet zou worden toegestaan, zo vervolgde de Hoge Raad, zou de werknemer

door een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd een deel van de transitievergoeding mislopen waarop hij bij een algehele beëindiging van de arbeidsovereenkomst op dat moment wel aanspraak zou hebben. Daarvoor was volgens de Hoge Raad geen rechtvaardiging te geven. Ook de A-G wees in haar conclusie bij de *Kolom*-zaak op dit punt: de werknemer is over de verloren uren de transitievergoeding voorgoed kwijt, wat volgens haar niet in overeenstemming was met het in de wetsgeschiedenis benadrukte doel van de transitievergoeding, het bevorderen van de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid. [29]

Hetzelfde argument gaat op voor de werknemer die vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid na 104 weken structureel een functie gaat bekleden waaraan een substantieel lager salaris is gekoppeld. Nemen werkgever en werknemer na het aanvaarden van die functie op een later moment afscheid van elkaar, dan wordt de transitievergoeding berekend op basis van het lagere salaris, mits de nieuwe functie uiteraard nieuw bedongen arbeid is geworden. [30] Ook dan loopt de werknemer dus een deel van de transitievergoeding mis die hij wel had ontvangen als na 104 weken algehele beëindiging van de arbeidsovereenkomst had plaatsgevonden. Op basis van dit argument hebben verschillende auteurs aanspraak op een transitievergoeding bij salarisvermindering rechtvaardig geacht. [31] Overigens merkte het Gerechtshof Den Haag hierover op dat de inkomensderving niet het gevolg is van het ontslag, maar het gevolg is van de langdurige arbeidsongeschiktheid, en er om die reden geen aanspraak bestaat op een transitievergoeding. [32] Die redenering kan na *Kolom* in mijn ogen geen stand meer houden. Diezelfde redenering gaat immers op voor een arbeidsurenvermindering, en daarvoor heeft de Hoge Raad inmiddels wel een aanspraak op een transitievergoeding toegestaan.

Hoewel ik vanuit rechtvaardigingsgevoel begrijp dat het wenselijk is de werknemer met een substantiële en structurele salarisvermindering een transitievergoeding toe te kennen, vraag ik mij af of dat met een beroep op de rechtvaardigheid daarvan kan. Het startpunt is daarbij namelijk dat een werknemer inkomensderving heeft door het aanvaarden van een andere lagere functie na langdurige arbeidsongeschiktheid, welke derving door de transitievergoeding conform haar doelstelling moet worden gecompenseerd. Het feit dat de aanvaarding van die lagere functie hetzelfde *gevolg* heeft als een ontslag of arbeidsurenvermindering (namelijk: inkomensteruggang) betekent echter nog niet dat vanwege dit gevolg een recht op transitievergoeding bestaat. De oorzaak van de inkomensteruggang is namelijk een andere: bij een ontslag of een arbeidsurenvermindering ligt daar een (gedeeltelijke) beëindiging van de arbeidsovereenkomst aan ten grondslag, bij een salarisvermindering niet. En relevant voor het recht op een transitievergoeding is niet dat sprake moet zijn van inkomensachteruitgang; juist niet, want daadwerkelijke schade hoeft door de werknemer niet te worden ondervonden. Het rechtvaardigingsargument kan mijns inziens dus niet baten.

4.5 Twee keer nadeel?

Naast het mislopen van een deel van de transitievergoeding geldt voor de werknemer die substantieel in salaris achteruitgaat, maar niet of niet een evenredig deel in arbeidsuren, dat

hij de salaristeruggang niet kan opvangen door bijvoorbeeld een andere baan te zoeken; daar heeft hij immers geen tijd voor, nu zijn arbeidsuren niet, of minimaal, afnemen. Dit in tegenstelling tot de langdurige arbeidsongeschikte werknemer bij wie de arbeidsuren substantieel en structureel afnemen; die kan over de verloren uren met behulp van de transitievergoeding op zoek gaan naar ander werk bij een andere werkgever. De langdurig zieke werknemer zonder arbeidsurenvermindering wordt daarmee in feite twee keer benadeeld.

Tegen het niet volledig kunnen aanvullen van het salaris met een andere dienstbetrekking kan evenwel ingebracht worden dat dit nadeel voor een groot deel wordt opgevangen door een WIA-uitkering (ervan uitgaande dat de werknemer daarvoor in aanmerking komt). De WIA-uitkering wordt immers berekend aan de hand van het salaris dat de werknemer verdiende, voordat hij ziek uitviel voor zijn eigen werk. Het inkomen dat hij na toekenning van een WIA-uitkering nog ontvangt, wordt gedeeltelijk in mindering gebracht op zijn uitkering. Verdient hij minder, dan houdt hij dus een hogere WIA-uitkering over.

Komt de werknemer echter niet in aanmerking voor een WIA-uitkering, bijvoorbeeld omdat hij niet aan de eis van 35 procent arbeidsongeschiktheid voldoet (de zogenoemde 35-minner), dan levert dat wel de nodige problemen op. Hij zal in dat geval niet, of slechts voor een klein deel, voldoen aan het vereiste arbeidsurenverlies van artikel 16 lid 1 WW, en enkel over die uren een WW-uitkering ontvangen. Voor een (groot) deel van zijn salarisachteruitgang heeft hij dan geen vangnet. De transitievergoeding zou voor die werknemer goed van pas komen.

5 Beantwoording van de prejudiciële vragen

Zoals uit het voorgaande blijkt, meen ik dat het antwoord op de eerste prejudiciële vraag ('Dient met een vermindering van de arbeidsduur gelijkgesteld te worden een vermindering van het salaris als gevolg van een functiewijziging, met dien verstande dat in dat geval ook recht op een transitievergoeding bestaat naar evenredigheid van de salarisvermindering?') ontkennend beantwoord moet worden. Omdat – anders dan bij vermindering van de arbeidsduur – vermindering van het salaris als gevolg van een functiewijziging niet het einde van (een deel van) de arbeidsovereenkomst bewerkstelligt, en dat ook niet beoogt, ontstaat er geen recht op een transitievergoeding. Hoewel het rechtvaardigingsargument uit de *Kolom*-uitspraak ook opgaat voor de langdurig zieke werknemer die een functie accepteert met een substantiële en structurele salarisvermindering, kan de wet niet zover worden opgerekt dat ook dit nadeel gecompenseerd moet worden door de transitievergoeding. In die situatie komt de transitievergoeding in mijn ogen, hoewel wellicht wenselijk, niet in beeld. Vraag 2, 3 en 4 blijven daarmee onbeantwoord, omdat daarvoor een bevestigend antwoord op de eerste prejudiciële vraag noodzakelijk is.

Als de eerste vraag evenwel bevestigend wordt beantwoord door de Hoge Raad meen ik dat de wijze waarop de salarisvermindering tot stand komt, net als in *Kolom*, niet relevant zou moeten zijn (prejudiciële vraag 2). Eveneens zal in dat geval getoetst moeten worden of de salarisvermindering, net als in *Kolom*, substantieel (20 procent of meer) en structureel is. De

rechtszekerheid brengt met zich dat de criteria voor de vraag of aanspraak bestaat op een transitievergoeding gelijk dient te zijn (prejudiciële vraag 3). Als zowel sprake is van arbeidsurenvermindering als salarisvermindering zal aansluiting gezocht moeten worden bij de component die het meest verminderd is, om dubbele afrekening te voorkomen (prejudiciële vraag 4). Is dat het salaris, dan kan aansluiting gezocht worden bij de formule die Palm eerder introduceerde. Die formule luidt, in enigszins aangepaste bewoordingen, als volgt: $\text{pro rata transitievergoeding} = \text{dienstjaren tot aan de salarisvermindering} \times \text{oud maandsalaris} \times (\text{nieuw maandsalaris} / \text{oud maandsalaris})$. [33]

Tot slot merk ik op dat een bevestigend antwoord op de eerste vraag in mijn ogen ook leidt tot een bevestigend antwoord op de vraag of een salarisvermindering vanwege een omstandigheid zoals opgenomen in artikel 7:669 lid 3 sub c tot en met h (of binnenkort i) BW moet leiden tot aanspraak op een transitievergoeding. Zoals ik eerder betoogde, [34] zie ik geen aanleiding die gevallen anders te behandelen dan de gevallen omschreven in artikel 7:669 lid 3 sub a en b BW. In alle gevallen heeft de wetgever immers gemeend dat deze voor rekening en risico komen van de werkgever, waardoor de werknemer recht heeft op een transitievergoeding. Dat betekent dat een bevestigend antwoord op de eerste prejudiciële vraag het luik naar aanspraak op een transitievergoeding ver(der) open zet, bijvoorbeeld ook voor de situatie dat een werknemer vanwege een onvrijwillige demotie wordt geconfronteerd met een substantiële en structurele salarisvermindering. Dat heeft de wetgever met introductie van de transitievergoeding niet beoogd en het is dan ook aan de Hoge Raad de rek van artikel 7:673 BW een halt toe te roepen.

Kim Hakvoort

Noten

[1] Hof Amsterdam 15 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3717, volgend op Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3231.

[2] HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617.

[3] Door SIPOR is nog gesteld dat zij aan de medewerkster heeft aangeboden de functie van onderwijsassistente te verrichten met een werktijdfactor van 1,0, maar dat de medewerkster zelf voor een werktijdfactor van 0,8 heeft gekozen. Het Hof Amsterdam meent dat dit niet kan worden vastgesteld, omdat dit door SIPOR onvoldoende feitelijk is onderbouwd, en gaat aan dit argument voorbij, Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3231, r.o. 3.5.

[4] Rb. Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2465.

[5] Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2590.

[6] In de *Kolom*-zaak is zelfs verzocht te wachten op de uitkomst van de *SIPOR*-zaak, omdat inhoudelijk (vrijwel) dezelfde casus aan de orde was, zie 2.7 van de conclusie van A-G De Bock bij de *Kolom*-uitspraak, Parket bij de Hoge Raad 20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:416.

[7] HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264.

[8] HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617.

[9] Voor een nadere beschouwing van de *Kolom*-beschikking zie onder meer V. Bij de Vaate en D. Pinedo, 'De pro rato transitievergoeding bij gedeeltelijk ontslag: de Hoge Raad gaat "off-road"', *TvO* 2019, 1 en K. Hakvoort, 'De gedeeltelijke transitievergoeding volgens de Hoge Raad', *ArbeidsRecht* 2018/51.

[10] HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734. Zie over deze uitspraak nader A.R. Houweling, 'En ze leefden nog lang en gelukkig... Over de werkgeversplicht tot beëindiging van slapend dienstverbanden en betaling van transitievergoedingen aan Doornroosjes', *AR-Updates* 2019-1182.

[11] Zie V. Bij de Vaate en D. Pinedo, 'De pro rato transitievergoeding bij gedeeltelijk ontslag: de Hoge Raad gaat "off-road"', *TvO* 2019, 1, paragraaf 4.3, J. van Zijl, 'Pro rata transitievergoeding bij gedeeltelijke beëindiging arbeidsovereenkomst. Eén vraag beantwoord. Nieuwe vragen te beantwoorden', *AR-Updates* 2018-1037, B. Barentsen en S. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2018/1876, paragraaf 4.1, E. Verhulp, in: *T&C BW*, commentaar op art. 7:673 BW, paragraaf 2c, en W.H.A.C.M. Bouwens, annotatie onder de *Kolom*-beschikking, *NJ* 2019/323.

[12] D.J. Buijs, annotatie onder de *Kolom*-beschikking, *TRA* 2018/110, A.G.M. Dera-ten Bokum, 'Een gedeeltelijke transitievergoeding: waarom en wanneer?', *VFP* 2019/11 en K. Hakvoort, 'De gedeeltelijke transitievergoeding volgens de Hoge Raad', *ArbeidsRecht* 2018/51, paragraaf 3.2.

[13] Zie hierover ook A-G De Bock in haar conclusie bij de *Kolom*-uitspraak (onder andere onder 3.40), Parket bij de Hoge Raad 20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:416.

[14] Hierop bestaan natuurlijk verschillende uitzonderingen, zoals art. 7:673 lid 1 sub b BW en art. 7:673 lid 7 BW, maar omdat die uitzonderingen niet relevant zijn voor de beantwoording van de prejudiciële vragen, worden deze verder onbesproken gelaten.

[15] Zie in gelijke zin over *Kolom* A-G De Bock in haar conclusie over de vraag of een rechter de arbeidsovereenkomst partiel kan ontbinden, 6 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:955, overweging 4.19: 'De Hoge Raad heeft hiermee duidelijk gekozen voor een materiële benadering, waarin gekeken wordt naar de feitelijke gevolgen voor de werknemer en het niet uitmaakt hoe het deeltijdontslag juridisch is ingekleed.'

[16] Ook bij vermindering van de arbeidsuren op basis van een andere ontslaggrond (sub c-h/i) zou er in mijn ogen recht op een (gedeeltelijke) transitievergoeding moeten zijn, zoals ik eerder betoogde in: 'De gedeeltelijke transitievergoeding volgens de Hoge Raad', *ArbeidsRecht* 2018/51, paragraaf 3.1. A-G De Bock is dat evenwel niet mij eens, zo volgt uit 4.33 en 4.34 van haar conclusie van 6 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:955.

[17] HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO2419 (*De Vries/Stichting Woonzorg*).

[18] Dat eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst zonder wijzigingsbeding mogelijk is op grond van art. 7:611 BW volgt onder meer uit HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1846 (*Stoof/Mammoet*).

[19] Zie bijvoorbeeld 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 en P. Kruit, 'Recht of rechtvaardigheid: over de pro rata transitievergoeding bij "deeltijdontslag"', AR 2018-0107.

[20] Barendsen en Sagel zien dit anders, en menen dat de Hoge Raad met mogelijkheid (iii), aanpassing van de arbeidsovereenkomst, het vereiste heeft losgelaten dat sprake moet zijn van een beëindiging van het dienstverband wil sprake zijn van een transitievergoeding. Ik meen echter dat de Hoge Raad met deze mogelijkheid heeft vastgehouden aan het vereiste dat in materieel opzicht sprake moet zijn van een beëindiging, maar dat de juridische vorm die daarvoor wordt gekozen niet uitmaakt.

[21] Zie over het verschil tussen wijziging en beëindiging van de arbeidsovereenkomst ook A-G De Bock, die daarover in het kader van partiële ontbinding het volgende opmerkt: 'Met een partiële ontbinding wijzigt de rechter in feite de arbeidsovereenkomst, op grond van regels die daarvoor niet bedoeld zijn. Die regels zien immers op beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Voor wijziging van de arbeidsovereenkomst is een specifiek toetsingskader ontwikkeld, waarbij de bescherming van de werknemer centraal staat.'

[22] N. Gundt, 'Het autonome ontslagbegrip in Richtlijn 98/59: inclusief de wijziging?', *ArA* 2018, 12.

[23] Gundt onderzoekt in haar annotatie drie verschillende uitspraken van het Hof van Justitie waarin wijzigingen van arbeidsovereenkomsten door het Hof werden beschouwd als ontslag dan wel beëindiging van de arbeidsovereenkomst, te weten HvJ EU 11 november 2015, C-422/14 (*Christian Pujante Rivera/Gestora Clubs Dir.*), HvJ EU 21 september 2017, C-149/16 (*Socha e.a./Szpital Specjalistyczny im A Falkiewicza*) en HvJ EU 21 september 2017, C-429/16 (*Ciupa/II Spital Miejski im L. Rydygiera*).

[24] In HvJ EG 12 oktober 2004, C-55/02 (*Commissie/Portugal*) wees het Hof al op de noodzaak van een eenvormige uitleg van het begrip 'ontslag'.

[25] Richtlijn (EU) 2019/1152 van 20 juni 2019, *PbEU* 2019, L 186.

[26] Rb. Midden-Nederland 25 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2901 en ECLI:NL:RBMNE:2016:2931.

[27] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 74, *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 14-15 en E, p. 6-7.

[28] Inmiddels wordt een dergelijke werkgeverswissel gekwalificeerd als opzegging door de werkgever, zie onder meer Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2018,

ECLI:NL:GHARL:2018:2334.

[29] Parket bij de Hoge Raad 20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:416, onder 3.23.

[30] Zie hierover uitgebreid J. van Zijl, 'Pro rata transitievergoeding bij gedeeltelijke beëindiging arbeidsovereenkomst. Eén vraag beantwoord. Nieuwe vragen te beantwoorden', *AR-Updates* 2018-1037 en ook W.H.A.C.M. Bouwens, annotatie onder Kolom-beschikking, *NJ* 2019/323 (punt 14).

[31] Zie bijvoorbeeld W.H.A.C.M. Bouwens, annotatie onder Kolom-beschikking, *NJ* 2019/323 en B. Barentsen en S. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2018/1876.

[32] Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2590, r.o.15. Zie hierover ook S. Palm in zijn annotatie onder deze uitspraak, *JIN* 2016/214.

[33] Zie S. Palm onder Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2590 in *JIN* 2016/214, onder 10.

[34] K. Hakvoort, 'De gedeeltelijke transitievergoeding volgens de Hoge Raad', *ArbeidsRecht* 2018/51, paragraaf 3.1. Zie anders A-G De Bock 6 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:955, overweging 4.33 en 4.34.