

ANNOTATIE

Gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst: still confused but on a much higher level

mr. dr. P. Kruit

Annotatie bij Hoge Raad, 21-02-2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (AR-2020-0216)

Annotatie bij HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283, AR 2020-0216 (Victoria)

1 Inleiding

Op de vrijdag voor carnaval wees de Hoge Raad de *Victoria*-beschikking over gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In deze beschikking stond enkel centraal de vraag of partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst past binnen het stelsel van het ontslagrecht. De Hoge Raad trekt deze vraag echter breder met enkele overwegingen ten overvloede, waarin hij uitlegt op welke wijzen een arbeidsovereenkomst gedeeltelijk kan worden beëindigd en wanneer hieraan een (gedeeltelijke) transitievergoeding moet worden verbonden. In deze annotatie zal ik trachten de door de Hoge Raad geformuleerde regels rondom gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst te inventariseren en de praktische toepassing ervan duiden. Na een korte samenvatting van het oordeel van de Hoge Raad in paragraaf 2, volgt in paragraaf 3 een inventarisatie van de reikwijdte van de mogelijkheid om tot gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst te komen, waarna in paragraaf 4 tot en met 8 een beschouwing wordt gegeven op de vijf door de Hoge Raad onderscheiden mogelijkheden van gedeeltelijke feitelijke beëindiging. In paragraaf 9 ga ik vervolgens in op de mogelijkheid tot het doen van een wijzigingsvoorstel namens de werknemer in de ontbindingsprocedure, waarna ik in paragraaf 10 afsluit met een conclusie. In de *Victoria*-beschikking gaat de Hoge Raad tevens in op de toetsing in hoger beroep (*ex tunc/ex nunc*). Dit aspect laat ik in deze annotatie buiten beschouwing.

2 Casus en oordeel Hoge Raad

Victoria exploiteert een schoonmaakbedrijf. De werknemster is vanaf 2000 werkzaam geweest op twee locaties voor ieder 10 uur per week. Nadat op een van de locaties klachten

zijn gerezen over het functioneren van de werknemster, heeft zij een aanbod gekregen voor herplaatsing op een andere locatie. De werknemster is op dit aanbod niet ingegaan, omdat zij de bereikbaarheid van de locatie onvoldoende vond. Victoria verzocht vervolgens de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de e- en g-grond. De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen. Het hof heeft het verzoek op de e-grond toegewezen. De werknemster had nog bepleit de arbeidsovereenkomst slechts gedeeltelijk te doen eindigen. Omdat de arbeidsovereenkomst ondeelbaar is, werd dit verzoek afgewezen. In cassatie staat de vraag centraal of een arbeidsovereenkomst ook gedeeltelijk kan worden ontbonden op grond van artikel 7:671b BW.

De Hoge Raad oordeelt hierover in r.o. 3.2.1 t/m 3.2.3 dat het ontslagrecht een gesloten stelsel kent waarin alle betrokken belangen zijn afgewogen. De wettelijke regeling van het ontslagrecht voorziet niet in gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, ook niet na de recente herziening(en) van de Wwz en de Wab. Het gaat de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten om te voorzien in een gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, mede gelet op het feit dat het kabinet zich al door de Commissie Regulering van Werk (commissie-Borstlap) heeft laten adviseren over de veranderingen op de arbeidsmarkt. De commissie-Borstlap adviseert partiële beëindiging van de arbeidsovereenkomst mogelijk te maken en de bal ligt wat dat betreft thans bij de wetgever.

So far so good. De overwegingen van de Hoge Raad zijn duidelijk en consistent met het wettelijk systeem. Maar hoe verhoudt zich deze overweging dan tot de *Kolom*-beschikking (HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, AR 2018-1037)? Hierin heeft de Hoge Raad de partiële beëindiging van de arbeidsovereenkomst met daaraan gekoppeld een pro rato transitievergoeding toch aanvaard? In de *Kolom*-beschikking overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.5.3 en 3.5.5 het volgende:

‘3.5.3 Desalniettemin moet de mogelijkheid van gedeeltelijk ontslag met daaraan gekoppeld de aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding wel worden aanvaard voor het bijzondere geval dat, door omstandigheden gedwongen, wordt overgegaan tot een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer.’

‘3.5.5 In die gevallen kan worden gesproken van een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, ongeacht of in het gegeven geval de vermindering van de arbeidsduur heeft plaatsgevonden in de vorm van (i) een gedeeltelijke beëindiging, (ii) een geheel ontslag gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst dan wel (iii) aanpassing van de arbeidsovereenkomst. Op grond van de gedeeltelijke beëindiging bestaat in de hier bedoelde gevallen aanspraak op gedeeltelijke transitievergoeding.’

De Hoge Raad merkt in r.o. 3.2.4 van de *Victoria*-beschikking op dat met bovengenoemde overwegingen in de *Kolom*-beschikking uitdrukkelijk niet is aanvaard de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:671b BW gedeeltelijk te ontbinden, hoewel – in de woorden van de Hoge Raad – de *Kolom*-beschikking wel aanleiding tot die lezing kon geven. De Hoge Raad verduidelijkt dat in de *Kolom*-beschikking enkel is beoogd om aan een voortzetting van

de arbeidsovereenkomst met minder uren (ten minste 20% minder uren welke reductie naar redelijke verwachting blijvend is) een pro rata transitievergoeding te verbinden, zonder daarmee te impliceren dat deze vermindering van uren ook tot stand kan komen door een gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Met de term ‘gedeeltelijk ontslag’ in overweging 3.5.3 van de *Kolom*-beschikking wordt bedoeld: ‘gedeeltelijke feitelijke beëindiging’, aldus de Hoge Raad. Hiermee heeft de Hoge Raad op het eerste gezicht de kloof tussen *Kolom* en *Victoria* gedicht.

3 Gedeeltelijk ontslag vs. gedeeltelijke feitelijke beëindiging: reikwijdte van de uitspraak

Er is dus kennelijk een verschil tussen ‘gedeeltelijk ontslag’ en ‘gedeeltelijke feitelijke beëindiging’. Dit is in zoverre systematisch nog wel te verklaren. Beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan op vier manieren plaatsvinden:

1. einde van rechtswege;
2. beëindiging met wederzijds goedvinden;
3. opzegging van de arbeidsovereenkomst (waaronder de bijzondere vormen van opzegging ‘proeftijdontslag’ en ontslag op staande voet’);
4. ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Enkel methode 3 en 4 vormen tezamen het ontslagrecht, omdat ‘ontslag’ de eenzijdige beëindiging op initiatief van een der partijen is. Door in r.o. 3.2.4 van de *Victoria*-beschikking op te merken dat met ‘gedeeltelijk ontslag’ eigenlijk wordt bedoeld ‘gedeeltelijke feitelijke beëindiging’ geeft de Hoge Raad enerzijds toe dat de formulering in *Kolom* een ‘slip of the pen’ was en blijft anderzijds de strekking van *Kolom* overeind. Partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt in *Victoria* uitgesloten en van de partiële opzegging van de arbeidsovereenkomst is reeds in artikel 4 van de Ontslagregeling bepaald dat het niet is toegestaan, tenzij aan het zware ‘onvermijdelijkheids criterium’ uit deze bepaling is voldaan.

Hoewel na r.o. 3.2.4 de benodigde duidelijkheid over de gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst lijkt te zijn gegeven, ziet de Hoge Raad in r.o. 3.3.1 t/m 3.3.8 aanleiding om enkele overwegingen ten overvloede op te nemen over de gedeeltelijke (feitelijke) beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In r.o. 3.3.3 wordt door de Hoge Raad een opsomming gegeven van een vijftal mogelijkheden om de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk te beëindigen:

- i. schriftelijk ex artikel 7:670b BW overeenkomen dat de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk wordt beëindigd;
- ii. een algeheel ontslag gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst;
- iii. gedeeltelijke ontbinding op grond van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst op grond van artikel 7:686 jo. 6:265 en 6:270 BW;

- iv. verplichting van de werknemer om op grond van *Stoof/Mammoet* in te stemmen met een wijziging van de arbeidsovereenkomst dat in resultaat neerkomt op gedeeltelijke beëindiging;
- v. verplichting van de werkgever om op grond van de Wet flexibel werken of op grond van goed werkgeverschap in te stemmen met een voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer.

In r.o. 3.3.4 bepaalt de Hoge Raad vervolgens dat bij de onder ii, iv en v genoemde gevallen wettelijk aanspraak *kan* [curs. PK] bestaan op een gedeeltelijke transitievergoeding, wanneer is voldaan aan de vereisten die artikel 7:673 BW stelt, indien door omstandigheden gedwongen tot gedeeltelijke beëindiging is overgegaan en indien de gedeeltelijke beëindiging een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer betreft. Dit laatste doet zich voor indien sprake is van een vermindering van de arbeidstijd met ten minste twintig procent die naar redelijke verwachting blijvend zal zijn.

Deze door de Hoge Raad onderscheiden wijzen van gedeeltelijke (feitelijke) beëindiging van de arbeidsovereenkomst vragen om een nadere beschouwing.

4 Gedeeltelijke beëindiging ex artikel 7:670b BW

De Hoge Raad houdt de mogelijkheid open om binnen de beëindigingsovereenkomst van artikel 7:670b BW wel een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst te realiseren. Hoewel zou kunnen worden verdedigd dat met de verankering van de beëindigingsovereenkomst in afdeling 9 van Boek 7.10 BW door de invoering van de Wwz de beëindigingsovereenkomst onderdeel is gaan worden van het wettelijk stelsel van het ontslagrecht waarin geen ruimte bestaat voor gedeeltelijk ontslag, ben ik het met de Hoge Raad eens dat een gedeeltelijke beëindiging door middel van een vaststellingsovereenkomst kan worden bewerkstelligd. Opvallend is echter dat de Hoge Raad in r.o. 3.3.4. deze feitelijke beëindigingsmogelijkheid niet verbindt aan de aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding. Onderdeel i wordt hier immers niet genoemd. In de *Kolom*-uitspraak benoemt de Hoge Raad in de hiervoor geciteerde r.o. 3.5.5 echter wel de 'gedeeltelijke beëindiging' als methode om aanspraak te kunnen maken op een gedeeltelijke transitievergoeding. Kennelijk wordt met de gedeeltelijke beëindiging uit *Kolom* niet bedoeld de 'gedeeltelijke beëindiging ex artikel 7:670b BW'. Nu in *Kolom* naast de 'gedeeltelijke beëindiging' worden onderscheiden het 'algeheel ontslag onder gelijktijdige aanbieding van een nieuwe arbeidsovereenkomst en de 'aanpassing van de arbeidsovereenkomst', vraag ik mij af wat er dan wel onder 'gedeeltelijke beëindiging' uit *Kolom* wordt verstaan, indien dat niet de 670b-beëindigingsovereenkomst is. De Hoge Raad verduidelijkt dit echter niet. Overigens past in mijn optiek het oordeel dat bij een gedeeltelijke beëindiging door middel van een beëindigingsovereenkomst geen aanspraak bestaat op een pro rata transitievergoeding wel in het stelsel van artikel 7:673 BW. In deze bepaling is de transitievergoeding immers gekoppeld aan opzegging, ontbinding en na een einde van rechtswege niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst en uitdrukkelijk niet aan de beëindiging met wederzijds goedvinden ex artikel 7:670b BW.

5 Algeheel ontslag gevolgd door een nieuwe aangepaste arbeidsovereenkomst

Dit betreft de *Kolom*-casus. In *Kolom* had de werknemer na een opzegging van de volledige arbeidsovereenkomst een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst gekregen voor 50% van de oorspronkelijke arbeidsuren. In lijn met *Kolom* oordeelt de Hoge Raad dat in deze situatie aanspraak bestaat op een pro rata transitievergoeding. Eerlijk gezegd kan ik deze gedachtegang noch in *Kolom*, noch in *Victoria* volgen. De wet voorziet immers niet in een gedeeltelijke transitievergoeding, enkel in een volledige transitievergoeding in geval van opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst (lees: ontslag). Nu de arbeidsovereenkomst ondeelbaar is (zie HR in *Kolom* en *Victoria*) sluit dit stelsel van artikel 7:673 BW hierbij uitstekend aan. Dit betekent in mijn optiek dat in het geval van volledig ontslag onder gelijktijdige aanbieding van een nieuwe aangepaste arbeidsovereenkomst, de werkgever de volledige transitievergoeding verschuldigd zou moeten zijn. Het argument dat de werkgever dan feitelijk 'te veel' zou betalen omdat hij de werknemer opnieuw in dienst neemt voor minder uren vind ik niet overtuigend. Immers, de wet voorziet in artikel 7:673 lid 5 BW reeds in deze situatie door de werkgever de bevoegdheid te geven om bij een later te betalen transitievergoeding bij beëindiging van de nieuwe aangepaste arbeidsovereenkomst de reeds betaalde transitievergoeding in mindering te mogen brengen. Het systeem van de wet voorkomt daarmee al een mogelijke 'dubbele betaling'.

De Hoge Raad heeft echter beslist dat de werkgever in deze situaties als bedoeld onder ii slechts een gedeeltelijke transitievergoeding is verschuldigd. Ik verwacht dat deze variant in de praktijk tot weinig onduidelijkheid zal leiden.

6 Ontbinding op grond van artikel 7:686 jo. 6:265 en 6:270 BW

Deze derde door de Hoge Raad genoemde variant van gedeeltelijke feitelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst is om twee redenen interessant. Ten eerste bestaat kennelijk wel de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk te ontbinden op grond van artikel 7:686 BW, daar waar de ontbinding van artikel 7:671b BW deze mogelijkheid niet kent. De Hoge Raad legt niet uit waar precies het verschil zit tussen artikel 7:671b en 7:686 BW als grondslag voor ontbinding. Het komt mij echter wat merkwaardig voor dat aan de ene kant wordt gesteld dat het ontslagrecht een wettelijk stelsel kent waarbinnen voor partiële ontbinding geen plaats is, terwijl aan de andere kant een gedeeltelijke ontbinding op grond van artikel 7:686 BW – welke bepaling onderdeel uitmaakt van afdeling 9 van Boek 7.10 BW en daarmee onderdeel van het ontslagrecht is – kennelijk toch mogelijk is. De ene ontbinding is de andere niet, zullen we maar zeggen.

Een tweede interessant aspect aan deze derde variant is dat de gedeeltelijke ontbinding op grond van artikel 7:686 BW – evenals de gedeeltelijke beëindiging op grond van artikel 7:670b BW – wordt uitgezonderd van de in r.o. 3.3.4 genoemde verplichting tot betaling van de gedeeltelijke transitievergoeding. Dit is in mijn ogen opmerkelijk, omdat de tekst van artikel 7:673 BW nu juist aansluit bij 'ontbinding van de arbeidsovereenkomst' (lid 1 sub a en b onder 2), zonder dat in de wet onderscheid wordt gemaakt tussen ontbinding op grond van artikel

7:671b BW en artikel 7:686 BW. Ook in de wetsgeschiedenis is geen aanknopingspunt te vinden op grond waarvan de ontbinding op grond van artikel 7:686 BW zou moeten worden uitgesloten van de reikwijdte van artikel 7:673 BW. Toch is dit kennelijk het geval, aldus de Hoge Raad. Overigens meen ik dat dit in de situaties waarin de werknemer een beroep doet op artikel 7:686 BW eenvoudig is te corrigeren/compenseren door bij de vaststelling van de hoogte van de in artikel 7:686 BW benoemde schadevergoeding aansluiting te zoeken bij de berekening van de transitievergoeding. Wanneer daarentegen de werkgever met succes ontbinding verzoekt op grond van artikel 7:686 BW bestaat deze correctiemogelijkheid niet, omdat de werknemer in dat geval immers geen schadevergoeding toekomt, omdat de werknemer de tekortschietende partij is. Strikte toepassing van de *Victoria*-uitspraak zou betekenen dat een succesvolle ontbinding op grond van artikel 7:686 BW op verzoek van de werkgever, leidt tot de situatie waarin de werknemer noch een schadevergoeding, noch een transitievergoeding toekomt. Dit lijkt mij – zeker in gevallen waarin de tekortkoming van de werknemer weliswaar ontbinding rechtvaardigt maar geen ernstig verwijtbaar handelen oplevert – onwenselijk. De werknemer valt dan vergoedingsrechtelijk tussen wal en schip. Dit zou ervoor pleiten om ofwel artikel 7:686 BW volledig af te schaffen – de toegevoegde waarde van deze bepaling is mij namelijk niet duidelijk – ofwel de tekortkoming die nodig is voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst (in elk geval voor zover het gaat om tekortkomingen van de werknemer) zo uit te leggen, dat deze feitelijk gelijk wordt geschakeld met ernstig verwijtbaar handelen, zodat ook bij ontbinding op grond van artikel 7:671b BW geen transitievergoeding verschuldigd zou zijn geweest en de werknemer dus niet slechter af is vanwege de gekozen ontbindingsgrond.

7 Wijziging van de arbeidsovereenkomst door werkgever op grond van *Stoof/Mammoet*

Dat een werkgever onder omstandigheden de arbeidsovereenkomst met een werknemer kan wijzigen, is een bekend gegeven. De Hoge Raad heeft in de arresten *Van der Lely/Taxi Hofman* (HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, JAR 1998/199) en *Stoof/Mammoet* (HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, AR 2008-0437) bepaald dat wanneer aan de (drie)dubbele redelijkheidstoets is voldaan een werknemer moet instemmen met het voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst. Wanneer sprake is van (1) een redelijke aanleiding, (2) een redelijk voorstel, zodanig dat (3) in redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd dit voorstel te aanvaarden, kan de werknemer niet weigeren in te stemmen met wijziging van de arbeidsovereenkomst. Deze wijziging kan ook inhouden een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zodat de Hoge Raad in mijn optiek terecht deze mogelijkheid benoemt om tot gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst te komen.

Gelet op de tekst van artikel 7:673 BW vind ik het daarentegen merkwaardig dat de Hoge Raad aan deze *Stoof/Mammoet*-wijziging een aanspraak op gedeeltelijke transitievergoeding koppelt. Gelet op de reikwijdte van artikel 7:673 BW (opzegging, ontbinding en einde van rechtswege) is het scharen van een wijziging van de arbeidsovereenkomst onder de reikwijdte van de transitievergoeding in mijn optiek wel een grote stap. Immers, zoals de Hoge Raad zelf aangeeft, kent het ontslagrecht een gesloten stelsel. Dat geldt evenzeer voor het ontslagvergoedingsrecht, dat onderdeel van het ontslagrecht uitmaakt. Enerzijds dit gesloten

karakter benadrukken en anderzijds wel de wijziging van de arbeidsovereenkomst onder artikel 7:673 BW brengen, vind ik op gespannen voet staan met de rechtsvormende taak van de Hoge Raad. Advocaat-generaal De Bock ziet dit anders (zie conclusie A-G De Bock in de *SIPOR*-zaak van 28 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:202 onder punt 3.28). Zij meent dat de Hoge Raad niet meer heeft gedaan dan voorzien in een leemte in de wet, waarin niet is voorzien in de situatie van gedeeltelijke feitelijke beëindiging. De wetgever zou hierover niet hebben nagedacht en dus staat het de Hoge Raad vrij hierover in aanvulling op de wet nadere uitleg te geven, aldus De Bock. Erg sterk vind ik dit argument niet. De wet voorziet niet in gedeeltelijk ontslag, omdat de arbeidsovereenkomst ondeelbaar is, zo erkent ook de Hoge Raad. De overige door de Hoge Raad benoemde varianten van ‘gedeeltelijke feitelijke beëindiging’ kennen allemaal een juridische toets die voorziet in een bescherming van de werknemer (zoals bijvoorbeeld het *Stoof/Mammoet*-criterium). De wetgever heeft dus in artikel 7:673 BW geen leemte gelaten, maar een bepaling geformuleerd die aansluit bij de kenmerken van (het gesloten stelsel van) het ontslagrecht.

Het argument dat zonder pro rato transitievergoeding in dergelijke situaties de werknemer een deel van de transitievergoeding zou mislopen (zie conclusie A-G De Bock in de *SIPOR*-zaak van 28 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:202 onder punt 3.3, nr. v) vind ik evenmin overtuigend. Immers, de werkgever kan nimmer eenzijdig de arbeidsomvang van de werknemer (en daarmee de aanspraak op een transitievergoeding) aanpassen zonder hierbij een ‘redelijk voorstel’ aan de werknemer te doen. In de toets der redelijkheid van het door de werkgever gedane voorstel kan eenvoudigweg worden betrokken of de werkgever een financiële compensatie verstrekt ter hoogte van de door de werknemer ‘ingeleverde aanspraak op een transitievergoeding’. Hiermee kan het door advocaat-generaal De Bock benoemde risico voor de werknemer op verval van aanspraken op een transitievergoeding worden geëlimineerd zonder het wettelijk stelsel van de transitievergoeding als bedoeld in artikel 7:673 BW te doorkruisen.

8 Wijziging op initiatief werknemer op grond van Wet flexibel werken en goed werkgeverschap

De laatste en meest verrassende door de Hoge Raad genoemde variant van gedeeltelijke feitelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst is de wijziging op initiatief van de werknemer. De werknemer kan het initiatief tot wijziging van de arbeidsovereenkomst nemen hetzij op grond van de Wet flexibel werken (Wfw), hetzij een voorstel doen dat de werkgever op grond van goed werkgeverschap moet aanvaarden. In beide gevallen kan aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding ontstaan, zo oordeelt de Hoge Raad.

Wat betekent dit nu concreet? Kan een werknemer die bijvoorbeeld een dag minder wil werken om voor de kinderen te zorgen met een beroep op de Wfw zijn arbeidsomvang van vijf dagen naar vier dagen per week terugbrengen en vervolgens een gedeeltelijke transitievergoeding claimen? Dit lijkt me sterk. Het is immers een initiatief van de werknemer waarbij de aanleiding zich volledig afspeelt in de privésituatie van de werknemer. Waarom zou de werkgever in dit geval een pro rato transitievergoeding moeten betalen? Desondanks

zou dit op grond van de *Victoria*-beschikking kunnen worden betoogd. De werkgever is immers door omstandigheden gedwongen de wijziging van de arbeidsomvang te accepteren – de Wfw laat de werkgever daarin geen keuze tenzij er zwaarwegende bedrijfsbelangen zijn – en er is voldaan aan de eis van 20% reductie die naar redelijke verwachting blijvend is. Wellicht kan de werkgever als *escape* aanvoeren dat de Hoge Raad in r.o. 3.3.4 stelt dat wel aan de vereisten van artikel 7:673 BW moet zijn voldaan en deze bepaling voorschrijft dat het initiatief tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de werkgever moet komen alvorens aanspraak op een transitievergoeding bestaat. Bij initiatief van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst ontstaat enkel een recht op transitievergoeding wanneer de werkgever ernstig verwijtbaar handelt. Bij een Wfw-verzoek kan ik mij echter niet snel voorstellen dat de voorwaarde van ernstige verwijtbaarheid wordt vervuld. Dit geeft dan wel te denken waarom de Hoge Raad de Wfw-wijziging expliciet onder de mogelijkheid tot verkrijgen van een gedeeltelijke transitievergoeding schaaft.

De tweede mogelijkheid binnen variant v betreft het wijzigingsverzoek van de werknemer op grond van artikel 7:611 BW. Blijkens r.o. 3.3.7 dient op basis van alle omstandigheden van het geval te worden beoordeeld of de werkgever op grond van goed werkgeverschap is gehouden in te stemmen met het wijzigingsvoorstel van de werknemer. Als mee te wegen omstandigheden noemt de Hoge Raad onder meer (dus niet uitsluitend): de aard en inhoud van de overeengekomen werkzaamheden, de aan het voorstel van de werknemer ten grondslag liggende omstandigheden en de omstandigheden binnen het bedrijf van de werkgever. De Hoge Raad creëert hiermee de situatie dat wanneer de werknemer een voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst doet, dat voldoet aan de 20%-eis en de reductie van de arbeidsomvang naar redelijke verwachting blijvend is, de werkgever hiermee moet instemmen en daarbij tevens aan de werknemer een pro rato transitievergoeding moet betalen.

Ter illustratie: de werknemer is stratenmaker, 62 jaar oud, 36 jaar in dienst en werkt fulltime. De werknemer vindt het werk te zwaar worden, maar hij ziet een vacature op de administratie voorbijkomen voor drie dagen per week. De werknemer stelt aan de werkgever voor dat hij die functie gaat vervullen en dat de werkgever hem bijna vijf maandsalarissen betaalt aan gedeeltelijke transitievergoeding. Kan de werkgever worden gedwongen op dit voorstel van de werknemer in te gaan? Het antwoord lijkt op grond van de *Victoria*-beschikking bevestigend. Verandert dit antwoord wanneer de werkgever aangeeft liever een andere administratiemedewerker aan te nemen die over betere competenties en aantoonbaar meer ervaring beschikt? Mag de werkgever in dat geval een externe kandidaat laten prevaleren boven de interne kandidaat? En hoe moet met het verzoek van de stratenmaker worden omgegaan wanneer hij twaalf maanden voor zijn pensioen zit en nog wel voor één dag per week op de administratie wil werken, zodat hij 80% van zijn transitievergoeding kan incasseren, om zo te voorkomen dat hij een jaar later niets meer krijgt omdat hij dan de pensioengerechtigde leeftijd bereikt?

Nog een stap verder: de betreffende stratenmaker wil graag fysiek minder belastend werk doen voor vier dagen in de week, maar de werkgever heeft geen vacatures uitstaan. Kan de

werknemer op grond van artikel 7:611 BW van de werkgever vragen dat hij desnoods een plek creëert teneinde hem minder zwaar werk te geven en daarnaast ook financieel te compenseren met een pro rata transitievergoeding? Dit lijkt wellicht ver gezocht, maar oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Goldsteen/Roeland* (HR 13 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCO448) niet dat het op grond van artikel 7:611 BW zelfs van de werkgever gevegd werd om de arbeidsorganisatie aan te passen wanneer een werknemer bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid om aangepast werk vraagt? Het lijkt mij wat ver gaan om dit leerstuk van het aanbieden van aangepast werk bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid in algemene zin door te trekken ook op situaties waarin de werknemer niet gedeeltelijk arbeidsongeschikt is, maar het eenvoudigweg wat rustiger aan wil gaan doen, maar de Hoge Raad biedt desondanks aanknopingspunten om een dergelijke benadering te verdedigen.

9 Het wijzigingsvoorstel als strategie in de ontbindingsprocedure

De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.3.6 en 3.3.8 dat de werknemer een voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst ook als verweer of als tegenverzoek kan doen in een door de werkgever geëntameerde ontbindingsprocedure. Onder omstandigheden kan dit wijzigingsvoorstel tot gevolg hebben dat niet langer een redelijke grond als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 BW in samenhang met artikel 7:671b BW aanwezig is. Dat is het geval indien de rechter oordeelt dat (1) het ontbindingsverzoek van de werkgever op zichzelf voor toewijzing in aanmerking komt, (2) de werkgever echter op grond van goed werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW gehouden is met het wijzigingsvoorstel in te stemmen en (3) de instemming met het voorstel zou betekenen dat de arbeidsovereenkomst zodanig wordt gewijzigd dat daarmee de door de werkgever aangevoerde grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst komt te vervallen. In dat geval zal het ontbindingsverzoek moeten worden afgewezen. Indien de werkgever in een ontbindingsprocedure instemt met een wijzigingsvoorstel van de werknemer als hiervoor bedoeld, of indien de rechter oordeelt dat een voorwaardelijk tegenverzoek van de werknemer tot wijziging van de overeenkomst op grond van goed werkgeverschap toewijsbaar is, en door de wijziging van de arbeidsovereenkomst die van deze instemming of toewijzing het gevolg is, de grond aan de verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst komt te ontvallen, kan wegens deze gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst recht bestaan op een gedeeltelijke transitievergoeding.

Het voorgaande vind ik moeilijk te begrijpen. Wanneer de werkgever een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst indient, bijvoorbeeld op de g-grond (verstoorde arbeidsrelatie), dan moet de kantonrechter toetsen of voldaan is aan het vereiste van een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding, alsmede of er reële mogelijkheden tot herplaatsing bestaan (op grond van art. 7:669 lid 1 BW) alvorens hij kan concluderen dat het ontbindingsverzoek voor toewijzing vatbaar is. Stel dat de rechter in een concreet geval oordeelt dat inderdaad sprake is van een duurzame verstoring van de arbeidsrelatie en dat geen herplaatsingsmogelijkheden aanwezig zijn. Er is in dat geval sprake van een voldragen grond om tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst over te gaan. Pas na het beoordelen van het ontbindingsverzoek van de werkgever komt de kantonrechter toe aan de beoordeling van

het tegenverzoek van de werknemer, strekkende tot wijziging van de arbeidsovereenkomst. Het betreft dan een verzoek tot wijziging van de arbeidsovereenkomst waarvan de kantonrechter een alinea eerder heeft geconcludeerd dat deze redelijkerwijs ontbonden moet worden. Dit vind ik vreemd. Een eventueel beroep op de mogelijkheid tot herplaatsing komt immers al aan bod bij de behandeling van de voldragenheid van de ontslaggrond. Wanneer er een mogelijkheid tot herplaatsing is, kan de arbeidsovereenkomst simpelweg niet worden ontbonden en hoeft er – anders dan de Hoge Raad overweegt – ook geen toetsing van een ‘wijzigingsvoorstel’ plaats te vinden die kan leiden tot ‘het ontvallen van de redelijke grond voor ontslag’.

De wijze waarop de Hoge Raad het in de *Victoria*-beschikking formuleert, doet vermoeden dat het wijzigingsvoorstel van de werknemer een verdere strekking/reikwijdte kan hebben dan de wettelijke herplaatsingsplicht van artikel 7:669 lid 1 jo. lid 5 BW jo. artikel 9 en 10 Ontslagregeling. Kennelijk kan er ook buiten de herplaatsingsplicht om aanleiding bestaan om de werknemer op diens verzoek elders in de organisatie te werk te stellen. Nu de herplaatsingsplicht getuige artikel 9 en 10 Ontslagregeling al een ruime inspanningsverplichting voor de werkgever omvat (zie hierover ook HR 19 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, AR 2019-0070 (*Shell*)), duidt de overweging van de Hoge Raad op een (nog) ruimer bereik. Dit wekt de hiervoor in paragraaf 8 geformuleerde gedachte van toepasselijkheid van de *Goldsteen/Roeland*-jurisprudentie in de hand. Gaat de *Victoria*-beschikking echt zo ver dat de werknemer als tegenverzoek in een ontbindingsprocedure een getoetste en aanwezig bevonden redelijke grond voor ontslag ongedaan kan maken met het voorstel dat de werkgever de arbeidsorganisatie moet omgooien teneinde een door de werknemer voorgestelde wijziging van de arbeidsovereenkomst te realiseren? Moet de werkgever – als kers op de taart – indien het voorstel van de werknemer tevens een wijziging van de arbeidsomvang inhoudt met (meer dan) 20% die naar redelijke verwachting blijvend is, vervolgens ook nog een partiële transitievergoeding betalen? Ik sluit het niet uit.

De reikwijdte van deze nieuwe mogelijkheden voor de werknemer zijn vooralsnog niet helemaal te overzien, maar duidelijk is wel dat een voldragen ontslaggrond nog ongedaan kan worden gemaakt met een redelijk wijzigingsvoorstel. Aan alle werknemers(advocaten) om met deze nieuwe troef in de hand de ontbindingsprocedure te voeren. Wanneer in de arbeidsrechtpraktijk doordringt welke nieuwe mogelijkheden hierin wellicht schuilgaan, is mijn verwachting dat ook onderhandelingen over vertrekregelingen zullen worden beïnvloed door de *Victoria*-rechtspraak. Werknemers zullen met wijzigingsvoorstellen waarvan zij weten dat de werkgever hieraan geen gehoor wil geven, trachten de prijs op te drijven. Dit geeft ongetwijfeld meer ruimte dan de Tx1,5 van de cumulatiegrond.

10 Conclusie

Na de *Kolom*-beschikking in 2018 ging de spreekwoordelijke doos van Pandora open met de mogelijkheid om bij gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst een gedeeltelijke transitievergoeding te verkrijgen. In de *Victoria*-beschikking heeft de Hoge Raad enerzijds de mogelijkheid om een partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken

verworpen, althans voor zover het een ontbinding op grond van artikel 7:671b BW betreft, maar door tegelijkertijd de mogelijkheid te creëren voor de werknemer om op eigen initiatief wijzigingsvoorstellen te doen waar de werkgever mee moet instemmen en daaraan eveneens een pro rata transitievergoeding te verbinden, wordt het leerstuk van gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst er bepaald niet eenvoudiger op. Door de werknemer met het wijzigingsvoorstel in de ontbindingsprocedure een wapen ter beschikking te stellen om een mogelijke ontbinding te blokkeren, belooft dat een strategisch schaakspel te worden waarin de werknemer nieuwe troeven heeft die – naar mijn stellige verwachting – ook hun invloed zullen hebben op de onderhandelingen in ontslagkwesties. Het zijn mooie tijden voor de arbeidsrechtadvocaat. Dat met de Wwz is beoogd het ontslagrecht te simplificeren en dejuridiseren, daar hoor je niemand meer over...