
Juridisch up to Date

2018-0134 - Juridisch up to Date 2018-19 d.d. 02-11-2018

Rubriek: Arbeid, medezeggenschap en pensioen

De gedeeltelijke transitievergoeding bij arbeidsurenvermindering

Inleiding

De transitievergoeding bij ontslag na twee jaar ziekte houdt de gemoederen bezig. Na het wetsvoorstel dat werkgevers compensatie biedt voor de transitievergoeding verschuldigd aan langdurig zieke werknemers, is het nu de beurt aan de gedeeltelijke transitievergoeding bij een urenvermindering als gevolg van ziekte. Bij arrest van 14 september 2018 heeft de Hoge Raad de gedeeltelijke transitievergoeding alsmede een aantal randvoorwaarden geïntroduceerd. In dit artikel wordt nader ingegaan op dit arrest en de impact daarvan op de arbeidsrechtpraktijk¹.

Wat speelt er?

De werkneemster is sinds 22 september 1980 op fulltime basis in dienst bij Kolom, een instelling voor bijzonder onderwijs. Op het dienstverband is de cao voor het voortgezet onderwijs van toepassing. Op 15 november 2013 wordt zij arbeidsongeschikt. Het UWV kent per 12 oktober 2015 aan werkneemster een WIA-uitkering toe gebaseerd op een arbeidsongeschiktheidspercentage van 43,83%. Na 104 weken arbeidsongeschiktheid wordt het dienstverband van werkneemster beëindigd onder gelijktijdige benoeming van werkneemster in de functie van Senior leraar voor 0,55 van de volledige betrekking. Werkneemster heeft de benoeming per 1 maart 2016 aanvaard². Eind februari 2016 verzoekt zij de instelling om haar de transitievergoeding te betalen. De instelling wijst dit verzoek af en de werkneemster start een procedure, waarin zij primair betaling van de volledige transitievergoeding verzoekt en subsidiair de gedeeltelijke transitievergoeding gebaseerd op het gedeelte van het dienstverband dat is beëindigd (0,44). De kantonrechter heeft het verzoek tot gedeeltelijke toekenning van de transitievergoeding toegewezen. De instelling gaat in hoger beroep. Het Hof wijst het verzoek tot betaling van de transitievergoeding af. Het Hof vindt het van belang dat de aanstelling voor 55% van de volledige werktijd in nauw overleg met de werkneemster tot stand is gekomen³. Dat de instelling daarbij gebruik heeft gemaakt van een akte van ontslag gevolgd door een akte van benoeming is een gevolg van de systematiek van de toepasselijke cao. Partijen hadden dus niet de bedoeling een einde aan de arbeidsrelatie te maken. De werkneemster gaat tegen dit oordeel in cassatie.

'Substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd'

De Hoge Raad overweegt allereerst dat de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst niet voorziet in gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Volgens het wettelijk stelsel wordt een arbeidsovereenkomst slechts in haar geheel opgezegd of ontbonden. Bij de regeling transitievergoeding is bij dit wettelijk stelsel aangesloten. De wet voorziet dus niet in een gedeeltelijke transitievergoeding bij vermindering van de arbeidsduur. Toch vindt de Hoge Raad dat de mogelijkheid van gedeeltelijk ontslag met daaraan gekoppeld de aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding moet worden aanvaard voor het bijzondere geval dat, door omstandigheden gedwongen, wordt overgegaan tot een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer. Hierbij valt te denken aan het noodzakelijkerwijs wegvallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en aan blijvende arbeidsongeschiktheid. Omdat de transitievergoeding wordt berekend over het laatstgenoten loon, zou de werknemer anders een deel van de transitievergoeding mislopen⁴. De Hoge Raad vindt dat de omstandigheden die in de hiervoor genoemde gevallen tot een arbeidstijdvermindering hebben geleid, niet voor rekening van werknemer behoren te komen. In die gevallen is een gedeeltelijke transitievergoeding op zijn plaats. Hierbij doet niet ter zake hoe de vermindering van de arbeidstijd heeft plaatsgevonden. Of de arbeidsovereenkomst nu gedeeltelijk is beëindigd, algeheel is beëindigd en is opgevolgd door een aangepaste arbeidsovereenkomst of is aangepast; in al deze gevallen bestaat aanspraak op de gedeeltelijke transitievergoeding. De Hoge Raad voegt hier nog aan toe het bij een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd moet gaan om een vermindering van de arbeidstijd met tenminste 20% die naar redelijke verwachting blijvend zal zijn. Op grond van voornoemde overwegingen heeft de Hoge Raad aan de werkneemster alsnog een gedeeltelijke transitievergoeding toegekend.

Eerdere rechtspraak

Al eerder is rechtspraak verschenen waarin de vraag centraal stond of de transitievergoeding moest worden betaald in geval van een arbeidsurenvermindering. In 2016 vorderde een lerares betaling van de transitievergoeding nadat zij was herplaatst in een andere functie. Zij ging voortaan werken op basis van een deeltijdfactor 0,8 als onderwijsassistent, welke functie vijf salarisschalen lager lag. Het Hof Den Haag oordeelde dat partijen geen ander doel voor ogen hadden dan herplaatsing van de werkneemster in een passende functie bij de eigen werkgever⁵. De werkneemster was het met deze herplaatsing eens. Volgens het Hof had zij daarom geen recht op een transitievergoeding. De stelling van de

werkneemster dat zij inkomsten derfde door het ontslag, achtte het Hof onjuist. Haar inkomensachteruitgang was een gevolg van het feit dat zij haar oude functie niet meer kon verrichten. Het feit dat de werkneemster met de herplaatsing instemde, leidde er in deze zaak toe dat zij geen recht had op de transitievergoeding. Hoewel de kantonrechter Amsterdam in een zaak uit april 2017 wel een gedeeltelijke transitievergoeding toekende, past het oordeel in dezelfde lijn⁶. In deze zaak was de werknemer, docent, na 104 weken arbeidsongeschiktheid ontslagen uit zijn eigen functie en tegelijkertijd benoemd in een aangepaste functie op parttime basis. De werknemer stemde niet in met het ontslag en vorderde een gedeeltelijke transitievergoeding alsmede een vergoeding wegens onregelmatige opzegging. De kantonrechter vond dat hier wel sprake was van een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst en kende beide vergoedingen toe. Hier speelde mee dat de werknemer had aangetoond dat hij herstel mogelijkheden had en dus in de toekomst mogelijk op zoek moest gaan naar werk voor de 'verloren' uren.

In recentere rechtspraak lijkt met deze lijn te worden gebroken. De kantonrechter Groningen oordeelde in januari 2018 dat een deeltijdontslag mogelijk is en dat de werkgever in zo'n situatie de transitievergoeding naar rato is verschuldigd⁷. Ook hier werd het dienstverband van de werknemer, die blijvend arbeidsongeschikt was, beëindigd onder gelijktijdige aanbieding van een arbeidsovereenkomst voor minder uren. De werknemer stelde recht te hebben op de transitievergoeding. De werkgever bevestigde dat op schrift. Vervolgens werd de WIA-uitkering van de werknemer aangepast en meende de werkgever dat geen transitievergoeding was verschuldigd, nu geen sprake was van een opzegging maar het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst. De rechter achtte hierbij tevens van belang dat de werkgever reeds had meegedeeld dat de transitievergoeding moest worden betaald.

Ook de kantonrechter Den Bosch vond recent dat een gedeeltelijke transitievergoeding is verschuldigd in geval van een deeltijdontslag⁸. De werkgever heeft met toestemming van het UWV de arbeidsovereenkomst van de werknemer op bedrijfseconomische gronden opgezegd en gelijktijdig een arbeidsovereenkomst voor minder uren aangeboden. De werknemer heeft deze arbeidsovereenkomst geaccepteerd, maar vorderde de volledige transitievergoeding in verband met de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst. Gelet op de strekking van de transitievergoeding, te weten enerzijds compensatie voor het ontslag en anderzijds het vergemakkelijken van de overgang naar ander betaald werk, achtte de kantonrechter het aangewezen de hoogte van de transitievergoeding vast te stellen naar rato van de feitelijke vermindering van de omvang van de arbeidsduur van het dienstverband. Het Hoge Raad arrest past in de lijn van de meest recente rechtspraak.

Impact op de arbeidsrechtpraktijk

Op het eerste gezicht komt het oordeel van de Hoge Raad dat de werknemer wordt gecompenseerd voor een arbeidsurenverlies op basis het oorspronkelijke salaris fair op mij over. Als niet tussentijds zou worden afgerekend, heeft de werknemer aan het einde van de rit slechts recht op de transitievergoeding berekend op basis van het laatstverdiende, lagere loon. De werknemer zou dan worden benadeeld, omdat hij een deel van de transitievergoeding voorgoed kwijt is. Dat is niet in overeenstemming met de wetsgeschiedenis van de transitievergoeding, het bevorderen van de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid zoals ook AG De Bock overweegt in zijn conclusie⁹.

Implicaties bij aanpassing arbeidsovereenkomst

In geval van een 'deeltijdontslag' kan ik me nog het beste voorstellen dat er tussentijds afgerekend moet worden. Ofschoon een deeltijdontslag juridisch gezien niet mogelijk is omdat de arbeidsovereenkomst ondeelbaar is, vormen uitzonderingen hierop opzegging wegens het vervallen van arbeidsplaatsen (de a-grond) of wegens langdurige arbeidsongeschiktheid (de b-grond). In die gevallen is denkbaar dat de arbeidsovereenkomst in afgeslankte vorm voortduurt. Vaak wordt de arbeidsovereenkomst beëindigd en opgevolgd door een nieuwe arbeidsovereenkomst. Dat is een logisch moment voor partijen om stil te staan bij de vraag of de eerste arbeidsovereenkomst moet worden afgerekend. Zo'n moment ontstaan echter niet of in mindere mate als de arbeidsovereenkomst wordt aangepast en vooral wanneer dit stilzwijgend gebeurt, wat in de praktijk regelmatig voorkomt na twee jaar ziekte. Het is zeer wel denkbaar dat partijen dan niet op het idee komen om een compensatie te betalen voor het arbeidsurenverlies. Als geen gedeeltelijke transitievergoeding wordt betaald, is de vraag of de werknemer deze alsnog kan claimen als de arbeidsovereenkomst later wordt beëindigd. De vervaltermijn voor het claimen van de transitievergoeding van 3 maanden is dan mogelijk al verstreken.

Verder heeft de Hoge Raad bij het oordeel dat recht bestaat op de gedeeltelijke transitievergoeding uitsluitend de situaties voor ogen gehad, waarin sprake is van een deeltijdontslag of een wijzigingsontslag tevens inhoudende een vermindering van het aantal uren. Dit blijkt ook met zoveel woorden uit de conclusie van de AG. Sterker nog, de Hoge Raad heeft de eis gesteld dat de arbeidsurenvermindering tenminste 20% dient te zijn. Betekent dit dat de werknemer die door langdurige arbeidsongeschiktheid een andere passende functie accepteert tegen een lager loon maar wel voor hetzelfde aantal uren, geen recht heeft op de gedeeltelijke transitievergoeding voor de vermindering van salaris? Naar het oordeel van de Hoge Raad dient deze vraag bevestigend te worden beantwoord. Hieruit blijkt dat sprake moet zijn van een substantiële en structurele vermindering van arbeidstijd. En wat te denken van de situatie waarin sprake is van een salarisvermindering en van een arbeidsurenverlies maar minder dan 20%, bijvoorbeeld 10%, vissen deze werknemers ook achter het net? Volgens het arrest van de Hoge Raad wel. Ik kan me echter voorstellen dat deze

werknemers toch betaling van de gedeeltelijke transitievergoeding eisen voordat zij de andere functie accepteren. Als de werkgever dit weigert, neemt de werknemer wel een risico als hij de andere functie om deze reden niet accepteert. Indien dit leidt tot een ontslag, is de werknemer mogelijk verwijtbaar werkloos met gevolgen voor zijn recht op uitkering. Daarnaast kan de 20%-grens misbruik in de hand werken. De werkgever zal proberen om beneden de 20%-grens uit te komen en de werknemer juist erboven. Kortom, werknemers die een andere functie accepteren tegen een lager loon voor hetzelfde aantal uren of een arbeidsurenvermindering onder 20% komen er vooralsnog dus bekaaid af dan werknemers die een andere functie voor minder uren accepteren. Wellicht wordt deze casus in de toekomst ook nog voorgelegd aan de Hoge Raad.

Overigens heeft de AG de extra eis dat er sprake moet zijn van een arbeidsurenverlies van tenminste 20% niet gesteld. Deze eis lijkt uitsluitend uit de koker van de Hoge Raad te komen. Waarom de Hoge Raad dit percentage op 20% heeft gesteld, is dan ook onduidelijk en lijkt willekeurig.

Ook is nu niet duidelijk wat betaling van de gedeeltelijke transitievergoeding voor effect heeft op de transitievergoeding die bij definitieve beëindiging van de arbeidsovereenkomst moet worden betaald als het aantal arbeidsuren inmiddels weer is toegenomen. Het lijkt voor de hand te liggen dat partijen dan rekening dienen te houden met het feit dat al is afgerekend voor het aanvankelijke arbeidsurenverlies. Of dat nu moet plaatsvinden door artikel 7:673 lid 5 BW toe te passen of door opnieuw een gedeeltelijke transitievergoeding te betalen zal in de praktijk moeten blijken.

Tenslotte roept het arrest de vraag op of de kosten van de gedeeltelijke transitievergoeding in geval sprake is van een arbeidstijdvermindering ten gevolge van arbeidsongeschiktheid ook zullen worden gecompenseerd op basis van het wetsvoorstel Compensatie transitievergoeding na twee jaar ziekte. Voor toekenning van de compensatie gelden volgens het wetsvoorstel gelden de voorwaarden dat de transitievergoeding 'een wettelijke grondslag' heeft en de beëindiging van het dienstverband verband moet houden met de langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Gesteld kan worden dat de gedeeltelijke transitievergoeding geen wettelijke grondslag heeft, aangezien deze door de Hoge Raad in het leven is geroepen. Deze vraag blijft voorlopig dan ook nog onbeantwoord.

Tot slot

Hoewel het arrest van de Hoge Raad een antwoord geeft op de vraag of en wanneer de gedeeltelijke transitievergoeding kan worden toegekend, roept het vooral meer vragen op. Ik voorzie dat er in de praktijk de nodige discussies zullen ontstaan over de betaling van de gedeeltelijke transitievergoeding. Dat is met name het geval als een werknemer een andere functie krijgt aangeboden tegen een lager salaris maar met een urenvermindering van minder dan 20% en ook dan betaling van de gedeeltelijke transitievergoeding claimt. Ik denk dan ook dat er meer rechtspraak over de gedeeltelijke transitievergoeding zal volgen.

Noten :

1. Hoge Raad 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617.
2. De werknemer werkzaam in het bijzonder onderwijs heeft een arbeidsovereenkomst; zie artikel 1.1 en Hoofdstuk 9 van de CAO VO 2018/2019.
3. Hof Amsterdam 7 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:752.
4. Aldus het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding, meer in het bijzonder onderaan pagina 7 van de toelichting op dit besluit.
5. Hof 's-Gravenhage 6 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2590.
6. Rb. Amsterdam 14 april 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2945.
7. Rb. Noord-Nederland 9 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:74.
8. Rb. Oost-Brabant 17 april 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1833 (Rengocar).
9. ECLI:NL:PHR:2018:416.

Auteur(s): Mw. mr. M.J. van Herwerden, Houthoff, Amsterdam

© Euroforum Uitgeverij BV NL