

## ANNOTATIE

# **Recht of rechtvaardigheid: over de pro rato transitievergoeding bij ‘deeltijdontslag’. Annotatie door mr. dr. P. (Pascal) Kruit bij Conclusie A-G 20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:416, Ktr. Groningen 9 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:74 en Ktr. ’s-Hertogenbosch 17 april 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1833**

**P. Kruit**

*Annotatie bij Rechtbank Oost-Brabant, 17-04-2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1833 (AR-2018-0516)*

### **1 Inleiding**

In de wet is geen onderscheid gemaakt tussen volledig of deeltijdontslag. Wanneer de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd of ontbonden ontstaat volgens de systematiek van de Wwz het recht op de volledige transitievergoeding. Nu de arbeidsovereenkomst ondeelbaar is, betekent zulks dat bij ieder ontslag de volledige transitievergoeding is verschuldigd. Desondanks heeft zowel de Kantonrechter Groningen (9 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:74) als de Kantonrechter ’s-Hertogenbosch (17 april 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1833) geoordeeld dat bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder gelijktijdige aanbieding van een nieuwe arbeidsovereenkomst met lagere urenomvang, slechts voor het verlies aan uren aanspraak op een transitievergoeding bestaat. A-G De Bock adviseert in haar conclusie van 20 april 2018 (ECLI:NL:PHR:2018:416) eveneens tot het accepteren van de pro rato transitievergoeding. In deze annotatie verdedig ik de stelling dat deeltijdontslag niet bestaat en dat een pro rato transitievergoeding niet in het systeem van de Wwz past. Ik presenteer voorts een alternatief om per saldo hetzelfde resultaat te bereiken: urenvermindering met gedeeltelijke transitievergoeding.

## 2 Systematiek transitievergoeding

De Wwz heeft onder andere beoogd het ontslag(vergoedings)recht eenvoudiger te maken (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 5). Aan deze doelstelling is invulling gegeven met de introductie van een wettelijk geregelde ontslagvergoeding: de transitievergoeding. Zowel de vraag naar de verschuldigdheid als de omvang van de transitievergoeding staat los van enige discretionaire bevoegdheid van de rechter.

Bij het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst is de werkgever een transitievergoeding verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst ten minste twee jaar heeft bestaan. Deze transitievergoeding is enerzijds bedoeld als compensatie voor het ontslag. Anderzijds heeft de transitievergoeding tot doel de werknemer te voorzien in een budget waarmee hij zijn zoektocht naar een nieuwe baan kan vergemakkelijken, bijvoorbeeld door het inkopen van outplacement of het volgen van scholing. Een werknemer is ook vrij de transitievergoeding voor andere, niet werkgerelateerde doeleinden, aan te wenden (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 33-34).

Op grond van artikel 7:673 lid 1 BW is de werkgever de transitievergoeding aan de werknemer verschuldigd indien een arbeidsovereenkomst die minimaal 24 maanden heeft bestaan, door de werkgever wordt opgezegd, op initiatief van de werkgever door de kantonrechter wordt ontbonden dan wel indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die minimaal 24 maanden heeft geduurd op initiatief van de werkgever niet meer wordt verlengd.

Indien aan de voorwaarden genoemd in artikel 7:673 BW is voldaan, is de transitievergoeding in beginsel altijd verschuldigd. Hierop bestaat slechts een klein aantal (limitatieve) uitzonderingssituaties:

- | de werknemer heeft de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt;
- | de werkgever verkeert in staat van surseance van betaling of faillissement;
- | de werknemer is jonger dan 18 jaar en werkt maximaal 12 uur per week;
- | het einde van de arbeidsovereenkomst is het gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

De transitievergoeding betreft een forfaitair bedrag waarbij uitsluitend rekening wordt gehouden met de lengte van het dienstverband en het laatstverdiende maandsalaris, zo volgt uit lid 2 van artikel 7:673 BW.

De hiervoor beschreven systematiek van de transitievergoeding is – zoals de wetgever voor ogen had – bijzonder eenvoudig, maar kent als nadeel dat ‘maatwerk’, waarin het oude ontslagrecht uitblonk, niet mogelijk is. Wanneer een werknemer voldoet aan de voorwaarden dan ontstaat van rechtswege aanspraak op een vast bedrag aan transitievergoeding. De Hoge Raad bevestigde deze tamelijk rigide systematiek recent in de beschikking inzake de vraag of het uitsluiten van de transitievergoeding bij het bereiken van de AOW-leeftijd ongeoorloofde

discriminatie oplevert (HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651). De Hoge Raad geeft in deze beschikking expliciet aan dat door de wetgever een gestandaardiseerde regeling van de transitievergoeding is beoogd en (mede) daarom geen mogelijkheid voor de rechter bestaat om individuele omstandigheden met betrekking tot de omvang van opgebouwde pensioenrechten mee te nemen.

Ik merk hierbij expliciet op dat de transitievergoeding een aanspraak betreft die voortvloeit uit de wet en aldus niet kan worden *toegekend* door de rechter. Toekennen impliceert immers dat er ook een 'niet toekennen' bestaat waarop de rechter enige vorm van invloed zou hebben. Gelet op de hiervoor uiteengezette systematiek heeft de rechter deze bevoegdheid niet en kan de werkgever op verzoek van de werknemer enkel worden veroordeeld tot betaling van de uit de wet voortvloeiende aanspraak. In de praktijk wordt dit echter met grote regelmaat zowel verkeerd verzocht door de werknemer als verkeerd in de beschikking opgeschreven door de rechter. Het is belangrijk dit door de wetgever beoogde karakter helder op het netvlies te hebben.

### **3 Deeltijdontslag bestaat niet**

Een belangrijk uitgangspunt van het ontslagrecht is dat de arbeidsovereenkomst ondeelbaar is. Dit vloeide voort uit artikel 4:3 Ontslagbesluit en hierin heeft de Wwz-wetgever geen wijziging beoogd en gebracht, zo volgt uit (de toelichting op) artikel 4 Ontslagregeling (*Stcrt.* 2015, 12685, p. 2 en 12). Dit brengt met zich dat enkel de volledige arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd of ontbonden. Het Nederlandse arbeidsrecht staat dus geen vorm van deeltijdontslag toe. Desondanks wordt deeltijdontslag in de praktijk vaak als term gehanteerd voor de situatie waarin de werkgever de arbeidsovereenkomst volledig beëindigt onder gelijktijdige aanbieding van een nieuwe arbeidsovereenkomst tegen een geringer aantal uren. Dit is echter geen 'deeltijdontslag' maar een volledig ontslag onder aanbieding van een nieuwe arbeidsovereenkomst. Vanuit juridisch perspectief een belangrijk verschil.

Enigszins verwarrend is dat de Ontslagregeling in artikel 4 wel spreekt over 'deeltijdontslag', waarmee de suggestie kan worden gewekt dat partiële beëindiging van de arbeidsovereenkomst toch mogelijk is. Lezing van de betreffende bepaling en de toelichting hierop leert echter dat ook in artikel 4 Ontslagregeling wordt uitgegaan van een gehele beëindiging onder gelijktijdige aanbieding van een nieuwe kleinere arbeidsovereenkomst.

Zowel bij opzegging met instemming (art. 7:671 BW), als opzegging met toestemming van het UWV (art. 7:671a BW), als ontbinding van de arbeidsovereenkomst (art. 7:671b/c BW) geldt voornoemde ondeelbaarheid van de arbeidsovereenkomst. Gelet op de in paragraaf 2 beschreven systematiek van de transitievergoeding betekent zulks in juridische zin dat bij iedere variant van beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder gelijktijdige aanbieding van een nieuwe, qua omvang kleinere arbeidsovereenkomst, de transitievergoeding is verschuldigd. Dit betreft altijd de volledige transitievergoeding, omdat artikel 7:673 BW geen onderscheid in gehele of gedeeltelijke transitievergoeding maakt, met uitzondering van lid 8 dat bepaalt dat bij ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer ook een gedeeltelijke

transitievergoeding kan worden toegekend.

Conform de wetssystematiek bestaat ook in het geval van ‘deeltijdontslag’ aldus aanspraak op een volledige transitievergoeding. Eenvoudiger kan eigenlijk niet.

#### 4 Rechtszekerheid of rechtvaardigheid?

Hoewel uit de eerste drie paragrafen van deze annotatie de conclusie kan worden getrokken dat vanuit juridisch perspectief eigenlijk geen probleem bestaat, omdat de vraag naar de mogelijkheid tot een pro rato transitievergoeding bij deeltijdontslag simpelweg ontkennend kan worden beantwoord, wordt in de lagere rechtspraak en de literatuur voorzichtig naar enige ruimte gezocht in een stelsel dat eigenlijk geen ruimte biedt.

Zowel A-G De Bock (20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:416) als Allegra (C.S.M. Allegra, ‘Deeltijdontslag en transitievergoeding: is bij deeltijdontslag de gehele transitievergoeding verschuldigd?’, *ArbeidsRecht* 2016/13, p. 12-15) noemt drie argumenten op basis waarvan bij een ‘deeltijdontslag’ ruimte zou kunnen bestaan om over te gaan tot een pro rato transitievergoeding.

Er wordt voorkomen dat de werknemer tweemaal recht heeft op een transitievergoeding; dit argument beklijft bepaald niet. Zoals ik in het navolgende verder bespreek, biedt de wet in artikel 7:673 lid 4 en 5 al een oplossing waardoor de werknemer nimmer tweemaal aanspraak kan maken op dezelfde transitievergoeding. Dit argument is daarmee simpelweg juridisch onjuist.

Er wordt recht gedaan aan de doelstelling van de transitievergoeding; de doelstelling van de transitievergoeding is tweeledig: enerzijds het faciliteren in de zoektocht van de werknemer naar ander werk en anderzijds inkomenscompensatie. Toegegeven moet worden dat de doelstelling van inkomenscompensatie bij een ‘deeltijdontslag’ kan worden bereikt met een pro rato transitievergoeding. Dat de zoektocht naar een andere baan – bijvoorbeeld met behulp van scholing en outplacement – goedkoper wordt bij een deeltijdontslag kan ik niet direct volgen. Voor omscholing naar ander werk moet immers dezelfde cursus/opleiding worden gevolgd, ongeacht of dit nu voor 20 of 40 uur per week is. Daarnaast wordt door zowel A-G De Bock als Allegra verwezen naar de factsheet van het ministerie van SZW, waarin de mogelijkheid tot een pro rato transitievergoeding staat verwoord. De betreffende factsheet van het ministerie van SZW is in mijn ogen geen rechtsbron, want het betreft geen wet in formele dan wel materiële zin. Daarnaast ontbreekt iedere vorm van motivering dan wel verwijzing naar een juridische grondslag. Het betreft enkel een stelling in een folder van het ministerie. In het gunstigste geval zou dit het begin van een aanknopingspunt kunnen worden genoemd, maar ook niet meer dan dat. Allegra nuanceert dit in haar bijdrage overigens zelf ook al (C.S.M. Allegra, ‘Deeltijdontslag en transitievergoeding: is bij deeltijdontslag de gehele

transitievergoeding verschuldigd?', ArbeidsRecht 2016/13, p. 14).

De pro rato transitievergoeding levert een duidelijk en overzichtelijk systeem op; het systeem van de huidige transitievergoeding is duidelijk en overzichtelijk. Beide auteurs zijn het echter met de uitkomst van het systeem niet eens. Dat maakt het systeem echter niet minder duidelijk. De wetgever heeft willens en wetens een systeem opgezet waarin rechtszekerheid ten aanzien van zowel de verschuldigdheid als de omvang van het bedrag van de transitievergoeding centraal staat. Mogelijk onredelijke uitkomsten in de praktijk zijn daarvan (helaas) onderdeel. Het door de wetgever opgezette systeem is in mijn optiek echter zodanig duidelijk dat ten aanzien van het 'deeltijdontslag' geen nadere invulling door de rechtspraak is vereist. Dat een ander systeem mét een pro rato transitievergoeding ook duidelijk en overzichtelijk kan zijn doet aan deze conclusie geen afbreuk.

Alle argumenten voor het accepteren van de pro rato transitievergoeding houden mijns inziens geen stand. Allegra benoemt daarbij nog dat toekenning van de volledige transitievergoeding (zij bedoelt waarschijnlijk: aanspraak op de volledige transitievergoeding) zowel vanuit pragmatisch perspectief als vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid tot een onbevredigende uitkomst leidt. Nog daargelaten dat er wel meer elementen in de Wwz aan te wijzen zijn die zowel vanuit pragmatisch oogpunt als rechtvaardigheid tot onbevredigende uitkomsten leiden – ik noem de starre uitleg van de ontslaggronden en de mogelijkheid tot het enkel toekennen van een aanvullende billijke vergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten als belangrijkste voorbeelden – is het systeem van de wet bijzonder duidelijk als het gaat om het recht op de transitievergoeding, zoals uiteengezet in paragraaf 2. Het eenvoudigweg terzijde schuiven van het wettelijk systeem ten faveure van rechtvaardigheid lijkt mij de taak van de rechter in onze 'trias' te buiten gaan. Hiermee gaat de rechter in feite op de stoel van de wetgever zitten en een nieuw systeem introduceren.

Naast de staatsrechtelijke bezwaren tegen de pro rato transitievergoeding vormt het systeem van de wet zelf het belangrijkste juridische argument om de hiervoor genoemde argumenten tot het zoeken naar een 'redelijke oplossing' te weerleggen. Niet alleen geeft de wet geen ruimte voor redelijkheid – volgens voormalig minister Asscher prevaleert rechtszekerheid nu eenmaal boven rechtvaardigheid in het ontslagrecht – maar juist in deze situatie heeft de wetgever in een oplossing voorzien. In artikel 7:673 leden 4 en 5 BW heeft de wetgever namelijk vervat dat in de situatie dat een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd met aanspraak op een transitievergoeding en vervolgens binnen zes maanden wordt opgevolgd door een nieuwe arbeidsovereenkomst bij dezelfde of een opvolgend werkgever de periodes van deze beide arbeidsovereenkomsten samen moeten worden genomen voor berekening van de transitievergoeding. Hierdoor vindt geen 'knip' plaats in de opbouw van de transitievergoeding als gevolg waarvan de werknemer niet of later in aanmerking zou komen voor de versnelde opbouw met  $\frac{1}{4}$  maandsalaris per half dienstjaar. Voorts is bepaald dat de reeds betaalde transitievergoeding bij het eindigen van de eerste arbeidsovereenkomst in mindering mag worden gebracht op de te betalen transitievergoeding bij het eindigen van de tweede arbeidsovereenkomst. Hierdoor is de facto enkel sprake van een 'vooruitbetaling'. Hier

kan worden tegengeworpen dat bij het eindigen van de tweede arbeidsovereenkomst niet altijd een transitievergoeding verschuldigd hoeft te zijn, bijvoorbeeld wanneer een van de in paragraaf 2 genoemde uitzonderingssituaties van toepassing is of wanneer de werknemer vervolgens zelf zijn baan opzegt. Ik zie dit nu typisch als een uitvloeisel van het systeem van de Wvz, waarin redelijkheid en maatwerk hebben plaatsgemaakt voor rechtszekerheid en standaardisering. De suggestie die A-G De Bock doet in de laatste zin van overweging 3.30 waarin zij suggereert dat de regeling van artikel 7:673 lid 5 BW alleen ziet op situaties van opvolgend werkgeverschap is eenvoudigweg onjuist. In artikel 7:673 lid 5 wordt immers terugverwezen naar lid 4. In lid 4 worden twee situaties onderscheiden: in de eerste zin de situatie van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten bij dezelfde werkgever (waaronder dus ook 'deeltijdontslag' valt) en vervolgens de gelijkstelling hiermee voor wat betreft opvolgend werkgeverschap situaties. Nu A-G De Bock in overweging 3.30 de opvolgend werkgeverschap-situaties uitdrukkelijk buiten haar conclusie tot het honoreren van de pro rata transitievergoeding houdt in verband met artikel 7:673 lid 5 BW, kan ik niet anders dan vaststellen dat de A-G hiermee – gelet op de reikwijdte van lid 5 – feitelijk ook voor het 'deeltijdontslag' geen aanleiding ziet voor een pro rata transitievergoeding. In dat licht lijkt haar conclusie een tegenstrijdigheid te bevatten tussen analyse en uitkomst.

## 5 Een alternatief

Hoewel ik vanuit juridisch perspectief geen mogelijkheden zie voor een pro rata transitievergoeding bij een 'deeltijdontslag', onderschrijf ik wel de door de lagere rechters, literatuur en A-G geopperde wenselijkheid hiervan. Ik zie hiervoor ook een oplossing. De ondeelbaarheid van de arbeidsovereenkomst is in het ontslagrecht een gegeven. De oplossing moet aldus worden gezocht buiten het ontslagrecht.

Wanneer een werkgever bij langdurige arbeidsongeschiktheid of werkvermindering de arbeidsomvang van een werknemer wil terugbrengen heeft hij hiertoe twee alternatieven: het hiervoor besproken beëindigen van de volledige arbeidsovereenkomst onder gelijktijdige aanbieding van een nieuwe arbeidsovereenkomst, of het (eenzijdig) wijzigen van de arbeidsomvang. Deze tweede optie is juridisch gezien geen ontslag, maar er wordt een wijziging in de bestaande arbeidsovereenkomst gerealiseerd, bestaande uit een aanpassing van de arbeidsduur en bijbehorende beloning. Wanneer sprake is van een nieuwe passende functie – bijvoorbeeld bij langdurige arbeidsongeschiktheid waarbij de werknemer niet langer zijn eigen functie, maar nog wel een andere passende functie kan verrichten – kan ook de wijziging van de functie onderdeel van de (eenzijdige) wijziging uitmaken. De Hoge Raad heeft een dergelijke wijziging van de arbeidsovereenkomst overigens al mogelijk geacht (HR 30 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8134 (*Oskam/Kummeling*)).

De werkgever heeft bij het bestaan van een wijzigingsbeding op grond van artikel 7:613 BW en bij het ontbreken daarvan op grond van artikel 7:611 BW de mogelijkheid tot wijziging van de arbeidsovereenkomst. Getoetst moet worden of de werkgever een redelijke aanleiding en een redelijk voorstel heeft (art. 7:611 BW en de uitleg hiervan door de Hoge Raad in het arrest *Stoof/Mammoet*, HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847), dan wel een zodanig

zwaarwegend belang op basis waarvan het belang van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (art. 7:613 BW). Uit beide toetsen blijkt reeds dat een toets aan de redelijkheid hier het uitgangspunt is. In het kader van deze redelijkheidstoets kan ik mij goed voorstellen dat wanneer de aanleiding is gelegen in werkvermindering of langdurige arbeidsongeschiktheid en de werkgever een voorstel doet waarbij pro rato de transitievergoeding wordt betaald hiermee zowel de toets van artikel 7:611 BW als artikel 7:613 BW wordt gehaald, daar waar bij het ontbreken van een pro rato transitievergoeding de toets der redelijkheid niet is vervuld. Hiermee kan het probleem van de ondeelbaarheid van de arbeidsovereenkomst in het ontslagrecht worden omzeild en per saldo eenzelfde uitkomst worden bereikt. Overigens noemt Allegra deze oplossing ook al kort in haar bijdrage (C.S.M. Allegra, 'Deeltijdontslag en transitievergoeding: is bij deeltijdontslag de gehele transitievergoeding verschuldigd?', *ArbeidsRecht* 2016/13, p. 15).

In de lagere rechtspraak oordeelde Hof Den Haag op 13 juni 2017 al conform deze oplossingsrichting, namelijk dat een wijziging van de arbeidsovereenkomst geen aanspraak op de transitievergoeding oplevert omdat hiervoor opzegging is vereist (Hof Den Haag 13 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1582). Hoewel in die betreffende kwestie ook had kunnen worden betoogd dat een akte van ontslag en een akte van benoeming per saldo een opzegging onder aanbidding van een nieuwe arbeidsovereenkomst inhoudt, vond het hof dat van een ontslag geen sprake was. In dat geval is de conclusie dat bij een wijziging van de arbeidsovereenkomst geen transitievergoeding verschuldigd is, wat mij betreft een juiste.

## 6 Conclusie

In de lagere rechtspraak, literatuur en bij de A-G leeft de gedachte dat bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder gelijktijdige aanbidding van een nieuwe arbeidsovereenkomst met een kleinere arbeidsomvang slechts pro rato een transitievergoeding is verschuldigd. De wetgever zou deze situatie niet onder ogen hebben gezien, en de pro rato transitievergoeding sluit aan bij de gedachte achter de transitievergoeding en het rechtvaardigheidsgevoel, zo is de opvatting. Mijn conclusie is dat het probleem van de transitievergoeding bij 'deeltijdontslag' door de wetgever wel degelijk onder ogen is gezien. De wet biedt hiervoor zelfs een oplossing in artikel 7:673 lid 4 en 5. Dat aan die oplossing (in mijn ogen geringe) bezwaren kleven, moet wat mij betreft worden geaccepteerd. Het alternatief van het creëren van een rechtsfiguur waarbij wordt geredeneerd vanuit 'de redelijke uitkomst' in plaats van uit 'het juridische systeem van het ontslagrecht' acht ik niet alleen dogmatisch onwenselijk, maar ook afbreuk doen aan de gedachte achter de Wwz. Rechtszekerheid moet van de wetgever in het ontslagrecht prevaleren boven rechtvaardigheid. Nu buiten het ontslagrecht in het wijzigingsleerstuk door middel van artikel 7:611 BW en het arrest *Stoof/Mammoet* dan wel artikel 7:613 BW in een oplossing kan worden voorzien, bestaat mijns inziens nog minder aanleiding voor het honoreren van de pro rato transitievergoeding. Het woord is nu aan de Hoge Raad.