

Deeltijdontslag en transitievergoeding: is bij deeltijdontslag de gehele transitievergoeding verschuldigd?

ArbeidsRecht 2016/13

Dit artikel betoogt dat bij deeltijdontslag – slechts – een pro rato transitievergoeding verschuldigd is, te weten over dat deel van de arbeidsuren dat de werknemer verliest, ook indien de aanpassing van de arbeidsomvang in onderling overleg geschiedt.

1. Transitievergoeding

Sinds de invoering van de WWZ per 1 juli jl. heeft de werknemer op grond van artikel 7:673 lid 1 sub a BW recht op een transitievergoeding indien de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en de arbeidsovereenkomst:

- 1° door de werkgever is opgezegd;
- 2° op verzoek van werkgever door de rechter is ontbonden; of
- 3° na het einde van rechtswege op initiatief van werkgever niet aansluitend is voortgezet.

Er is geen recht op een transitievergoeding bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. In dat laatste geval bepalen werkgever en werknemer immers zelf onder welke voorwaarden de arbeidsovereenkomst eindigt. De transitievergoeding is in beginsel altijd verschuldigd.²

2. Deeltijdontslag

Is de transitievergoeding ook bij deeltijdontslag verschuldigd? Zo ja, geheel of gedeeltelijk? Wat is deeltijdontslag eigenlijk?

Deeltijdontslag is elke situatie waarbij de arbeidsomvang van de arbeidsovereenkomst op initiatief van werkgever vermindert en de werknemer als het ware arbeidsuren verliest, ongeacht of partijen dit in onderling overleg bereiken en ongeacht de wijze waarop de wijziging van arbeidsomvang plaatsvindt. Er zijn aldus verschillende situaties te onderscheiden:

- i) de werknemer heeft een vast contract, de werkgever wenst voor de werknemer deeltijdontslag en doet dit door op te zeggen (na toestemming UWV) en biedt minder uren aan (met name bij reorganisaties met meerdere werknemers die deeltijd ontslagen worden);
- ii) de werkgever wenst een tijdelijk (voltijd) contract slechts voort te zetten met een deeltijdcontract;

- iii) de werkgever wenst in een individueel geval de bestaande arbeidsovereenkomst (vast of tijdelijk) te wijzigen in een contract voor minder arbeidsuren.

2.1 Deeltijdontslag bij vaste baan

In de eerste situatie wenst de werknemer met een vast dienstverband niet in onderling overleg mee te werken aan het deeltijdontslag of het is hem niet voorgelegd. Nu deeltijdontslag vrijwel altijd samenhangt met bedrijfseconomische redenen zal dan het UWV op grond van artikel 7:671a lid 1 BW jo. 7:669 lid 1 sub a BW in eerste aanleg de beoordelingsinstantie zijn en de rechter op grond van artikel 7: 671b lid 1 sub b BW bij wijze van hoger beroep.

Dit deeltijdontslag is na de invoering van de WWZ per 1 juli jl. gehandhaafd en thans neergelegd in artikel 4 en de toelichting daarop van de Ontslagregeling.³ De werkgever moet op grond van artikel 4 Ontslagregeling aantonen dat het deeltijdontslag *onvermijdelijk* is en de werknemers waarvan de arbeidsplaats gedeeltelijk vervalt *schriftelijk* hebben *aangeboden* de arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarden voort te zetten voor het resterende deel van de overeengekomen arbeidsduur.

Uit de toelichting blijkt dat de hoofdregel is dat deeltijdontslag niet is toegestaan omdat een arbeidsovereenkomst ondeelbaar zou zijn. De toestemming voor opzegging van een arbeidsovereenkomst (of de ontbinding daarvan) kan – volgens de Ontslagregeling – dan ook uitsluitend de *gehele* arbeidsovereenkomst betreffen waardoor deeltijdontslag niet mogelijk is. Onder omstandigheden kan echter een structurele aanpassing van de personele bezetting, anders dan door middel van volledig ontslag van één of meer bepaalde medewerkers, noodzakelijk zijn. De toelichting geeft enkele voorbeelden, waaronder de kinderopvangorganisaties die met een daling van het aantal (uren afgenomen door ouders van) kinderen worden geconfronteerd. Onverkorte toepassing van het afspiegelingsbeginsel kan dan leiden tot onoverkomelijke roosterproblemen op sommige dagen/dagdelen, en daarmee mogelijk tot strijd met overheidsvoorschriften (lees: het zgn. leidster-kind-ratio) (veiligheid). Als partijen het dan in onderling overleg niet eens worden over de aanpassing van de omvang van de arbeidsovereenkomst, wordt op de hoofdregel een uitzondering gemaakt als de werkgever de vereisten van artikel 4 aantoont. Het is overigens geen sinecure om de onvermijdelijkheid van het deeltijdontslag te onderbouwen, waaronder de vaststelling van de ontslagvolgorde.⁴

¹ Mevrouw mr. C.S.M. Allegra is advocaat bij Benvalor Advocaten & Belastingadviseurs te Utrecht.

² Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 746, 2 alinea (*Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p. 38-42*).

³ *Strt.* 2015, 12685, met name p. 2 jo. 12.

⁴ Zie voor toepassing in de kinderopvang ook mijn eerdere artikel C.S.M. Allegra, 'Deeltijdontslag in de kinderopvang', *ArbeidsRecht* 2015/31.

Maar als deze hobbels succesvol zijn genomen, het UWV de toestemming verleent voor deeltijdontslag van zeg 10 medewerkers, waarna de werkgever deze 10 arbeidsovereenkomsten opzegt, en partijen vervolgens aansluitend nieuwe arbeidsovereenkomsten voor minder uren overeenkomen, dient de werkgever dan aan alle 10 de medewerkers de volledige transitievergoeding uit te keren, indien hun arbeidsovereenkomsten tenminste 2 jaar hebben geduurd? Uitgaande dat het hier geen surseance van betaling of faillissements-situatie betreft, zegt de werkgever met de toestemming van UWV de (gehele) arbeidsovereenkomst op en heeft de werknemer derhalve ex artikel 7:673 lid 1 sub a onder 1^e BW recht op de transitievergoeding. De wet voorziet niet in een pro rata verschuldigheid van de transitievergoeding, alleen in het wel of niet recht hebben daarop. Dat het om de volledige vergoeding zou moeten gaan, ook ten tijde van het deeltijdontslag, beargumenteert men in de praktijk met verwijzing naar artikel 7:673 lid 5 BW. Dit artikellid bepaalt:

“Indien de in lid 4 onderdeel b bedoelde situatie bij de beëindiging van een voorafgaande arbeidsovereenkomst een transitievergoeding is betaald of op grond van artikel 673b lid 1, een gelijkwaardige voorziening is verstrekt, wordt een bedrag ter hoogte van de transitievergoeding die bij de beëindiging op grond van de leden 1 en 2 verschuldigd was of zou zijn geweest (onderstreping door auteur)⁵ in mindering gebracht op de transitievergoeding.”

Lid 4 van hetzelfde artikel omvat tevens de situatie dat tussen dezelfde partijen een of meerdere voorafgaande arbeidsovereenkomsten zijn gesloten. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat met lid 5 wordt beoogd te voorkomen dat een dienstverband tweemaal tot een recht op transitievergoeding leidt: een eventueel eerder uitgekeerde vergoeding wordt afgetrokken van de door toepassing van de samentelregel berekende latere vergoeding.⁶

De volledige transitievergoeding moeten uitkeren bij deeltijdontslag zou tot een onbevredigende uitkomst kunnen leiden, zowel vanuit een pragmatisch perspectief als vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid. Het is wrang voor de werkgever: omdat hij door een bijzondere situatie niet kan volstaan met bijvoorbeeld 3 voltijdontslagen, maar noodzaak is – in het voorbeeld – 10 deeltijdontslagen te bewerkstelligen, zou hij in plaats van 3 maal transitievergoeding 10 maal de volledige transitievergoeding moeten uitkeren, terwijl die 10 medewerkers ook voor een deel nog hun arbeid bij hem behouden en hij – gelet op de bedrijfseconomische redenen – waarschijnlijk al in financieel zwaar weer verkeert.

Natuurlijk dient de werkgever hiervoor middelen te reserveren⁷ en kan hij een beroep doen op de betalen-in-termijnen-regeling op grond van artikel 7:673c lid 2 BW jo. artikel 25 Ontslagregeling en de toelichting daarop, mits hij kan aantonen dat onmiddellijke betaling van de transitievergoedingen leidt tot voor hem onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering. Maar ook dan dient hij – met de wettelijke rente bovendien – binnen een afzienbare termijn (maximaal 6 maanden) de volledige transitievergoedingen te betalen. Dat is nog steeds onbevredigend in deze situatie.

Voorts baat het bepaalde in lid 5 van artikel 7:673 BW (verrekening eerder betaalde transitievergoeding) de werkgever waarschijnlijk onvoldoende als de werkgever toch de gehele transitievergoeding dient te betalen ten tijde van het deeltijdontslag. Bovendien gaat dit artikellid aan de situatie voorbij dat als de arbeidsovereenkomst met verminderde arbeidsuren op een later moment eindigt, dit ook kan zijn doordat de werknemer bijvoorbeeld zelf opzegt en er dus op een later moment geheel geen transitievergoeding verschuldigd is en daar dus ook niets van afgetrokken kan worden. In een onverhoopte faillissementssituatie op een later moment geldt hetzelfde.

Kan de werkgever dat deel van de transitievergoeding terugvorderen dat betrekking heeft op dat deel van de arbeidsuren dat wordt behouden, als de werknemer voor dat deel terugkeert naar de werkplek? De regering heeft in de parlementaire geschiedenis aangegeven dat bij vernietiging van de opzegging ‘uitgangspunt is dat bij terugkeer naar de werkplek het recht op een transitievergoeding herleeft. De werkgever kan besluiten de ten onrechte ontvangen belaste vergoeding in geld terug te vorderen of kan besluiten af te zien van terugvordering’⁸. Deze vlieger gaat niet op aangezien de opzegging geenszins vernietigd wordt, de opzegging heeft plaatsgevonden en de werknemer geenszins de transitievergoeding ten onrechte heeft ontvangen. Maar wellicht kan deze constructie analoog worden toegepast?

Argumenten om aan het betalen van een volledige transitievergoeding te ontkomen

Nu de sinds 1 juli jl. ingevoerde wet hierin (nog) niet voorziet en er nog geen jurisprudentie voorhanden is, zijn er dan aanknopingspunten om te beargumenteren dat de transitievergoeding bij deeltijdontslag slechts pro rata verschuldigd is?

Een aanknopingspunt is dat het Ministerie van SZW het ook een onbevredigende situatie lijkt te vinden nu zij op haar factsheet WWZ⁹: de transitievergoeding in noot 2 vermeldt: ‘(..) Ook bij een dergelijk (lees: deeltijd) ontslag kan onder dezelfde voorwaarden recht bestaan op een transitievergoeding. De berekening van de transitievergoeding vindt dan plaats over dat deel van het contract dat wordt beëindigd.’ Een ge-

5 Bijv. in het geval dat werknemer zijn recht op transitievergoeding heeft verspeeld door ernstig verwijtbaar te handelen of na te laten of dat er sprake was van betalingsonmacht bij de werkgever, op grond waarvan de werkgever niet hoefde te betalen.

6 Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 754 (Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p. 112).

7 Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 798, 1^e en 2 alinea (Handelingen II 2013/2014, 33818, 54, item 9, p. 21-27).

8 Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 769, 4^e alinea (Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 7, p. 68-65), jo. 746, 2^e alinea (Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p. 38-42).

9 O.a. digitaal te vinden op www.mijnwerkenzekerheid.nl/1804/Transitievergoeding.html.

wenst aanknopingspunt, zeker, maar enige nadere motive-ring en een juridische grondslag hiervoor ontbreekt. Een ander aanknopingspunt is dat uitkering van de gehele transitievergoeding niet strookt met het doel van de transitievergoeding (oftewel de teleologische interpretatiemethode). Dit doel is volgens de wetgever tweeledig. De transitievergoeding is enerzijds bedoeld als compensatie voor het ontslag en anderzijds om de werknemer met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.¹⁰ Voor dat deel van de arbeidsuren dat de werknemer bij de werkgever behoudt, wordt de arbeidsovereenkomst voortgezet en behoeft hij niet te transigeren naar een andere baan. Voor dat deel is een transitievergoeding niet gerechtvaardigd en op dat moment dan ook niet verschuldigd en kan de werkgever volstaan worden met een pro rata uitkering, zou het argument kunnen zijn. Overigens behoudt de werknemer dan het recht op de transitievergoeding voor dat deel waarover werkgever niet heeft afgerekend. De werknemer verliest dit recht niet. De werkgever zal dat deel van de transitievergoeding, indien aan de orde, dan bij een latere beëindiging uitkeren.

Artikel 7:673 lid 5 BW (verrekening eerder betaalde transitievergoeding) laat mijns inziens toch ook ruimte voor een splitsing. Men komt immers pas aan verrekening van de eerdere en latere transitievergoedingen toe als de eerdere transitievergoeding ook daadwerkelijk betaald is. Als deze transitievergoeding niet betaald is op een eerder moment (werknemer heeft dit recht wel behouden, bijvoorbeeld op basis van een Sociaal Plan of individueel afgesproken), dan behoeft deze transitievergoeding over dat deel van de periode ook niet bij latere verschuldigdheid van de transitievergoeding in mindering worden gebracht, maar wordt er op het einde van de relatie afgerekend (en dus niet tussentijds). Tot slot, de VAAN¹¹ heeft tijdens de behandeling van de WWZ in de Eerste Kamer expliciet gevraagd of *‘de regering kan verduidelijken of de transitievergoeding moet worden beschouwd als een aanspraak die de werknemer gedurende zijn dienstverband opbouwt maar onder omstandigheden niet (geheel) krijgt uitbetaald of dat het een rekenmaatstaf in de wet is om de omvang van de vergoeding bij ontslag te bepalen. (...)’*¹²

De regering antwoordde dat de transitievergoeding een aanspraak is waarvan onzeker is of deze geheel wordt uitbetaald en dan noemt zij ‘globaal gezegd’ een rijtje omstandigheden waar dit afhankelijk van is. Voornoemd deeltijdontslag wordt niet in dit rijtje vermeld, maar zou wat mij betreft er zeker onder geschaard kunnen/moeten worden, gelet op de formulering ‘globaal gezegd’ en er kennelijk niet een limitatieve opsomming is beoogd.

Het is aan te bevelen dat een werkgever bij de discussie over pro rata uitkeringen van transitievergoedingen, de OR of andere personeelsvertegenwoordiging bij dit besluitvor-

mingsproces betreft. Wanneer de werknemer zich dan op grond van artikel 7:686a lid 4 sub b BW binnen 3 maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd de gehele transitievergoeding bij de rechter vordert, kan het voorgaande ook worden voorgelegd aan en worden meegevoerd door de rechter.

2.2 voortzetting tijdelijk contract in deeltijd

Hoe zit het met de transitievergoeding in de situatie dat een tijdelijk contract van ten minste 2 jaar van rechtswege eindigt en de werkgever de arbeidsovereenkomst alleen wil verlengen voor bepaalde of onbepaalde tijd voor een minder aantal arbeidsuren en de werknemer dit niet accepteert?

Laten we het voorbeeld nemen van een eerste tijdelijke arbeidsovereenkomst van 4 jaar. Dit eerste in de keten langere tijdelijke contract mag, gelet op artikel 7:668a lid 3 BW, nog eenmalig voor maximaal 3 maanden aansluitend verlengd worden zonder conversie in onbepaalde tijd. Of de werkgever biedt aansluitend een contract voor onbepaalde tijd aan maar in beide gevallen voor een minder aantal arbeidsuren. De werknemer accepteert dit niet. Is nu een transitievergoeding verschuldigd op grond van artikel 7:673 lid 1 sub a onder 3 BW? Wordt niet voortgezet op initiatief van de werkgever? In de memorie van toelichting¹³ is bepaald dat geen transitievergoeding is verschuldigd als een werkgever bij het eindigen van een contract voor bepaalde tijd de werknemer een (gelijkwaardig of beter) nieuw contract heeft aangeboden maar de werknemer hiervan geen gebruik heeft gemaakt. Is dit niet het geval, dan is de werkgever – a contrario redenerend – de transitievergoeding aan de werknemer verschuldigd. Maar wanneer is sprake van een ‘gelijkwaardig’ contract? Gelijkwaardig is volgens de Van Dale ‘gelijk in waarde’. Dat is een lastige discussie bij functiewijzigingen. Maar bij vermindering van de arbeidsomvang bij overige dezelfde (evenredig aangepaste) arbeidsvoorwaarden, zal een ieder het er sneller over eens zijn dat dit een ongelijkwaardig aanbod is en dus bij niet voortzetting de werkgever de gehele transitievergoeding verschuldigd is. Ook zou de werknemer kunnen verwijzen naar artikel 7:665 BW, dat regelt dat als een werknemer na een overgang van onderneming die een aanzienlijke verslechtering van de arbeidsvoorwaarden van de werknemer tot gevolg heeft, besluit om de arbeidsovereenkomst op te zeggen of niet voort te zetten na een einde van rechtswege, de arbeidsovereenkomst geacht wordt op initiatief van de werkgever te zijn geëindigd of niet te zijn voortgezet. Daardoor heeft de werknemer die zelf het initiatief nam om de arbeidsovereenkomst te beëindigen of niet voort te zetten, in deze specifieke situatie (en als aan de overige voorwaarden is voldaan) toch recht op een transitievergoeding.¹⁴

Wat als de werknemer in deze situatie het nieuwe (vaste) contract voor een minder aantal uren wel accepteert? Ik ben

10 Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 745, 1^e alinea (Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p. 38-42).

11 Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland.

12 Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 825, 2e en 3e alinea (Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 94-98).

13 Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 746, 2^e alinea (Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p. 38-42).

14 Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 832, 3^e alinea (Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 108-109).

het met mevrouw R. Peijs- Schoester¹⁵ eens dat dit de facto kan worden aangemerkt als een (soort) deeltijdontslag. Indien pro rato verschuldigdheid van de transitievergoeding bij deeltijdontslag, zoals geschetst in situatie 1, geoorloofd is, kan men parallel hieraan betogen dat de werkgever voor de arbeidsuren die in deze situatie niet meer worden aangeboden, tevens een transitievergoeding verschuldigd is.

2.3 bestaande arbeidsovereenkomst wijzigen

In situaties 1 en 2 gaat het om voorafgaande arbeidsovereenkomsten die beëindigd worden, waarna aansluitend een nieuwe arbeidsovereenkomst (voor minder uren) wordt aangeboden. Natuurlijk kan een bestaande arbeidsovereenkomst ook gewijzigd worden (inclusief de arbeidsvoorwaarde arbeidsomvang), zowel gedurende een tijdelijk als vast contract, conform het eenzijdige wijzigingsleerstuk op grond van artikel 7:611 BW (met name *Taxi Hofman*-arrest en *Stoof/Mammoet II*-arrest)¹⁶ en artikel 7:613 BW. In dat geval wordt er als het ware geen knip gemaakt, en is de transitievergoeding op grond van artikel 7:673 lid 1 BW niet verschuldigd.

Ongeacht de grond (artikel 7:611 of artikel 7:613 BW), zal de werkgever echter moeten motiveren waarom hij een arbeidsovereenkomst voor minder arbeidsuren wenst en met een redelijk wijzigingsvoorstel moeten komen. Bij de beoordeling of dit een redelijk voorstel is (uiteindelijk door de rechter), moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, waaronder het type arbeidsvoorwaarde en het niveau van de wijziging, maar ook of er sprake is van een overgangs/compensatieregeling. Deze regeling moet in verhouding staan tot de aard van de te wijzigen arbeidsvoorwaarden en de omstandigheden van het geval. Nu vermindering van de arbeidsomvang direct de portemonnee van de werknemer raakt (primaire arbeidsvoorwaarde) en dus een negatieve financiële wijziging voor de werknemer betreft, is een overgangs/compensatieregeling op zijn plaats. In dat kader zou mijn inziens een voorstel van de werkgever eerder redelijk zijn als hij tenminste een pro rato transitievergoeding aanbiedt voor dat deel arbeidsuren dat de werknemer verliest. Als de werkgever dit niet doet, heeft de werknemer meer munitie om niet in te behoeven gaan op dit voorstel en kan hij eerder (gerechtvaardigd) weigeren.

4. Conclusie

Mijns inziens zijn er voldoende aanknopingspunten om bij deeltijdontslag een pro rato verschuldigdheid van de transitievergoeding mogelijk te achten, ook indien de aanpassing van de arbeidsomvang in onderling overleg geschiedt, met name gelet op noot 2 van de factsheet WWZ: de transitievergoeding opgesteld door het Ministerie van SZW en het doel van de transitievergoeding.

¹⁵ <http://dirkzwagerarbeidsrecht.nl/2015/09/18/transitievergoeding-ook-verschuldigd-bij-gewijzigde-arbeidsovereenkomst/>

¹⁶ HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199 (*Taxi Hofman*) en HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/20 (*Stoof/Mammoet II*).