

ECLI:NL:HR:2018:1617

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	14-09-2018
Datum publicatie	14-09-2018
Zaaknummer	17/02712
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2018:416, Gevolgd In cassatie op : ECLI:NL:GHAMS:2017:752, (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie Beschikking
Inhoudsindicatie	Arbeidsrecht. Wet werk en zekerheid. Vermindering arbeidsduur wegens gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid, door middel van opzegging arbeidsovereenkomst o.g.v. art. 7:669 lid 3, onder b, BW gevolgd door benoeming voor 55%. Heeft werknemer recht op (gehele of gedeeltelijke) transitievergoeding? Art. 7:673 BW. Gedeeltelijke beëindiging, niet voortzetting of aanpassing arbeidsovereenkomst door werkgever?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2018-1037 met annotatie van J.P.M. van Zijl PS-Updates.nl 2018-0737 NJB 2018/1706 JAR 2018/257 met annotatie van mr. J. Dop

Uitspraak

14 september 2018

Eerste Kamer

17/02712

TT/EE

Hoge Raad der Nederlanden

Beschikking

in de zaak van:

[verzoekster],
wonende te [woonplaats],
VERZOEKSTER tot cassatie,

advocaat: mr. S.F. Sagel,

t e g e n

STICHTING KOLOM, STICHTING VOOR SPECIAAL EN REGULIER ONDERWIJS,
gevestigd te Amsterdam,
VERWEERSTER in cassatie,
advocaat: mr. R.A.A. Duk.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [verzoekster] en Kolom.

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de beschikking in de zaak 4997553 EA VERZ 16-437 van de kantonrechter te Amsterdam van 20 juli 2016;
- b. de beschikking in de zaak 200.200.465/01 van het gerechtshof Amsterdam van 7 maart 2017.

De beschikking van het hof is aan deze beschikking gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen de beschikking van het hof heeft [verzoekster] beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.

Kolom heeft verzocht het beroep te verwerpen.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en afdoening van de zaak door de Hoge Raad als voorgesteld onder 4.12

De advocaat van Kolom heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- i) Kolom is een instelling voor bijzonder onderwijs.
[verzoekster] is op 22 september 1980 in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) Kolom in de functie van leraar LC. De omvang van haar dienstbetrekking bedroeg 0,9894 gedeelte van een volledige betrekking.
- ii) [verzoekster] is sinds 15 november 2013 arbeidsongeschikt. Zij heeft op 19 augustus 2015 een uitkering op grond van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) aangevraagd. Deze loongerelateerde uitkering is bij UWV-besluit van 12 oktober 2015 per 16

november 2015 aan [verzoekster] toegekend, onder vermelding van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 43,83%.

- iii) Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Voortgezet Onderwijs (verder: de CAO-VO) van toepassing. De looptijd van de in deze zaak relevante CAO was van 1 augustus 2014 tot 1 augustus 2015. Op 1 augustus 2015 was er nog geen nieuwe CAO.
- iv) Op 15 oktober 2015 heeft Kolom aan [verzoekster] een brief geschreven met - voor zover van belang - de volgende inhoud:

“(…)

Omdat de termijn van ontslagbescherming van 104 weken is verstreken wordt uw aanstelling bij Stichting Kolom (...) op 29 februari 2016 beëindigd. Hierbij is rekening gehouden met de geldende opzegtermijn.

U wordt met ingang van 1 maart 2016 opnieuw benoemd als leraar LC voor wtf 0,5500. Het betreft een aanstelling voor onbepaalde tijd. U ontvangt hiervoor een Akte van Ontslag en een Akte van Benoeming.

(...)”

- v) [verzoekster] heeft op 21 november 2015 een door Kolom op 17 november 2015 gedateerde Akte van benoeming getekend voor 0,55 van de volledige betrekking in de functie Senior leraar met ingang van 1 maart 2016.
- vi) Per brief van 29 februari 2016 heeft [verzoekster] Kolom verzocht om haar een transitievergoeding te betalen.

3.2.1 Voor zover in cassatie van belang heeft [verzoekster] verzocht Kolom te veroordelen tot betaling van een transitievergoeding van € 76.000,-- dan wel van een gedeeltelijke transitievergoeding van € 33.394,40 voor het gedeelte van het dienstverband (0,4394) waarvoor de arbeidsovereenkomst werd beëindigd.

De kantonrechter heeft het verzoek tot toekenning van de gedeeltelijke transitievergoeding toegewezen.

3.2.2 Het hof heeft de beschikking van de kantonrechter vernietigd en het verzoek van [verzoekster] tot toekenning van een transitievergoeding afgewezen.

Anders dan de kantonrechter heeft het hof geoordeeld dat het door Kolom aan [verzoekster] toesturen van een brief waarin een akte van ontslag en een akte van benoeming in het vooruitzicht zijn gesteld, niet is aan te merken als een (gedeeltelijke) opzegging in de zin van art. 7:673 en 7:681 BW. De omzetting van het dienstverband naar een dienstverband met een lagere deeltijdfactor behelst naar het oordeel van het hof geen (gedeeltelijk) einde aan de reeds bestaande arbeidsovereenkomst. Het heeft in dat verband geoordeeld:

“3.8 (...) Daarbij is van belang dat, naar Kolom onweersproken heeft gesteld, de aanstelling van [verzoekster] voor 55% van de volledige werktijd in nauw overleg met haar tot stand is gekomen en deze aanstelling ook het maximale betreft waartoe [verzoekster] op medische gronden in staat was. Voorafgaand aan het verzenden van de brief van 15 oktober 2015 waren partijen kennelijk al met elkaar in gesprek en hadden zij overeenstemming bereikt over het, vanwege de medische beperkingen van [verzoekster], aanpassen van de aanstelling van 98,94% naar 55%. Dat partijen het daarover al eens waren blijkt uit het door [verzoekster] binnen enkele dagen ondertekend retourneren van de Akte van benoeming. Dat Kolom gebruikt heeft gemaakt van een Akte van Ontslag en een Akte van benoeming is, naar zij onweersproken heeft aangevoerd, gevolg van de systematiek van de op [verzoekster] toepasselijke cao. In dan wel op grond van deze cao is bepaald dat wanneer de werknemer blijvend ongeschikt is voor zijn betrekking en het UWV van oordeel is dat de werknemer arbeidsgeschikt is voor en herplaatsbaar in zijn eigen betrekking onder andere voorwaarden, dan wel in één of meer andere functies bij de werkgever, ontslag slechts mogelijk is indien de werknemer direct aansluitend onder die andere voorwaarden in zijn

betrekking, dan wel in die andere functie of één van die andere functies wordt benoemd. Deze regeling voorziet daarmee in de herplaatsing van een werknemer in een functie waarvoor deze door het UWV geschikt wordt geacht, door middel van het geven van ontslag en aansluitende (her)benoeming. Kolom en [verzoekster] hebben dienovereenkomstig gehandeld. Daarmee is geen sprake van de situatie dat partijen de bedoeling hadden om een einde aan de arbeidsrelatie te maken dan wel deze niet te willen voortzetten: het blijkt juist dat geen einde van het dienstverband werd beoogd.”

- 3.3 Onderdeel 1 van het middel betoogt dat het hof in rov. 3.8 heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Kolom geen opzegging is in de zin van art. 7:673 en 7:681 BW. Omdat het begrip ‘opzegging’ in art. 7:673 en 7:681 BW geen afzonderlijke betekenis toekomt heeft het hof aldus ten onrechte een onderscheid gemaakt tussen enerzijds opzeggingen in de zin van art. 7:673 en 7:681 BW en anderzijds ‘reguliere’ opzeggingen. Vervolgens heeft het hof ten onrechte additionele vereisten gesteld aan het ontstaan van een recht op een transitievergoeding door van belang te achten dat het ontslag en de daarop volgende aanstelling van [verzoekster] voor 55% van de volledige werktijd in nauw overleg met haar tot stand zijn gekomen, dat [verzoekster] het eens was met de akte van benoeming, en dat het gebruik maken van een akte van ontslag en een akte van benoeming het gevolg is van de toepasselijke cao.

Onderdeel 2 klaagt dat indien hetgeen het hof in rov. 3.8 heeft overwogen, aldus moet worden uitgelegd dat van een opzegging door Kolom helemaal geen sprake is geweest, die beslissing onbegrijpelijk is, omdat zij in strijd is met de feitelijke vaststelling in rov. 3.8 dat de toepasselijke cao-regeling voorziet in de herplaatsing van een werknemer in een functie waarvoor deze door het UWV geschikt wordt geacht, door middel van het geven van ontslag en aansluitende (her)benoeming en dat Kolom en [verzoekster] dienovereenkomstig hebben gehandeld. Die beslissing is ook onbegrijpelijk in het licht van de door Kolom in de brief van 15 oktober 2016 gekozen bewoordingen “ontslagbescherming”, “beëindigd” en “opzegtermijn” (zie hiervoor in 3.1 (iv)), aldus het onderdeel.

- 3.4.1 Het oordeel van het hof komt erop neer dat partijen weliswaar volgens de door hen jegens elkaar afgelegde verklaringen de bestaande arbeidsovereenkomst hebben beëindigd en een nieuwe arbeidsovereenkomst zijn aangegaan, maar in feite slechts hebben bedoeld de bestaande arbeidsovereenkomst aan te passen aan, kort gezegd, de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van [verzoekster].

Dit oordeel heeft het hof gegrond op hetgeen partijen bij het afleggen van hun verklaringen blijkt de door het hof genoemde omstandigheden in feite voor ogen heeft gestaan. Op grond van dit oordeel is het hof tot de slotsom gekomen dat geen transitievergoeding is verschuldigd, nu op die vergoeding alleen aanspraak bestaat bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

- 3.4.2 Voor zover de onderdelen betogen dat, nu de bestaande arbeidsovereenkomst als zodanig is opgezegd, deze door die opzegging tot een einde is gekomen en dat daarom op grond van art. 7:673 lid 1, aanhef en onder a, BW een transitievergoeding is verschuldigd berekend over het loon dat [verzoekster] laatstelijk op grond van de bestaande arbeidsovereenkomst toekwam, falen zij. Het hof heeft immers geoordeeld dat de bestaande arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm is voortgezet. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

- 3.4.3 Voor zover de onderdelen echter strekken ten betoge dat in dit geval de voortzetting van de bestaande arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm erop neerkomt dat de bestaande arbeidsovereenkomst in feite gedeeltelijk is beëindigd en dat daarom naar evenredigheid van de omvang van die beëindiging een transitievergoeding is verschuldigd, zijn zij gegrond. Terzake wordt het volgende overwogen.

- 3.5.1 De wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst voorziet niet in gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Volgens het wettelijk stelsel wordt een arbeidsovereenkomst slechts in haar geheel opgezegd of ontbonden.
- 3.5.2 Bij de regeling van de transitievergoeding is kennelijk bij dit wettelijk stelsel aangesloten. Blijkens de regeling van die vergoeding in art. 7:673 lid 1 BW is een transitievergoeding alleen verschuldigd als de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. In de wet is niet voorzien in een aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding in het geval van een vermindering van de arbeidsduur.
- 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. Hierbij valt te denken aan het noodzakelijkerwijs gedeeltelijk vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en aan blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer.
- 3.5.4 De transitievergoeding is enerzijds bedoeld als compensatie voor (de gevolgen van) 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 (vgl. Kamerstukken II, 2013/14, 33818, nr. 3, p. 103 en HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651, rov. 3.3.8).

De hoogte van de transitievergoeding wordt berekend over het laatstgenoten loon.

Indien de aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding in de hiervoor in 3.5.3 bedoelde gevallen niet zou worden aanvaard, 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 aanspraak zou hebben. De werknemer zou bij een na die vermindering plaatsvindende, algehele beëindiging van de arbeidsovereenkomst immers een op aanmerkelijk lagere grondslag berekende transitievergoeding ontvangen dan zonder die vermindering het geval zou zijn geweest. De omstandigheden die in de hiervoor in 3.5.3 bedoelde gevallen tot de vermindering van de arbeidstijd hebben geleid, dienen echter blijkens het wettelijk stelsel (met name art. 7:673 lid 1 en lid 7 BW) niet voor rekening van de werknemer te komen. Mede gelet daarop is geen rechtvaardiging te geven voor het mislopen door de werknemer van het bedoelde gedeelte van de transitievergoeding. Een substantiële en structurele vermindering van de arbeidsduur is derhalve in de hiervoor in 3.5.3 bedoelde gevallen een situatie waarvoor de transitievergoeding op haar plaats is.

- 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 algeheel 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.
- 3.5.6 Mede met het oog op de hanteerbaarheid van het vorenstaande wordt nog het volgende overwogen. Bij een substantiële vermindering van de arbeidstijd als hiervoor in 3.5.3 bedoeld, gaat het om een vermindering van de arbeidstijd met ten minste twintig procent; bij een structurele vermindering van de arbeidstijd om een vermindering die naar redelijke verwachting blijvend zal zijn. De gedeeltelijke transitievergoeding dient berekend te worden naar evenredigheid van de vermindering van de arbeidstijd en uitgaande van het loon

waarop voorheen aanspraak bestond.

3.6 Nu de gedingstukken geen andere conclusie toelaten dan dat Kolom de arbeidsovereenkomst met [verzoekster] gedeeltelijk heeft beëindigd in de hiervoor in 3.5.3 en 3.5.6 bedoelde zin, kan de Hoge Raad zelf de zaak afdoen door de beschikking van de kantonrechter te bekrachtigen.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het gerechtshof Amsterdam van 7 maart 2017 voor zover gegeven in het principale hoger beroep;

bekrachtigt de beschikking van de kantonrechter te Amsterdam van 20 juli 2016;

veroordeelt Kolom in de kosten van het geding in deze procedure in het principale hoger beroep en in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verzoekster] begroot:

in het principale hoger beroep op € 2.996,--;

in cassatie op € 395,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Deze beschikking is gegeven door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren G. Snijders, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer M.V. Polak op 14 september 2018.