

Kantonrechters hanteren vaak de kantonrechtersformule voor de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. De gerechtshoven wezen deze formule steeds van de hand, maar hebben nu een eigen formule ontwikkeld, en deze geeft belangrijke handvatten voor de (arbeidsrecht)praktijk.

XYZ: Nieuwe formule voor vergoeding kennelijk onredelijk ontslag

Van kantonrechtersformule

Ben van Meurs
advocaat te Heerlen¹

7 juli 2009 is voor advocaten die zich bezighouden met arbeidsrecht een datum om te onthouden. Op die dag gingen drie van de vijf gerechtshoven om bij de berekening van schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. De introductie van de hofformule was daarmee een feit. Compleet met een persbericht op rechtspraak.nl werden tegelijkertijd zes arresten gepubliceerd.²

In de huidige recessie zullen meer arbeidsovereenkomsten worden opgezegd en vaker procedures uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag worden gevolgd. Niet alleen arbeidsrechtadvocaten zullen dit merken, maar ook de advocaten met een meer algemene praktijk en advocaten die zich hebben toegelegd op rechtsbijstand aan particulieren en kleine ondernemers.

Beëindiging

Uitzonderingen daargelaten behoeft een werkgever voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst met een werknemer toestemming van UWV WERKbedrijf.³ Het alternatief voor een dergelijke opzegging is de gang naar de kantonrechter middels een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst krachtens art. 7:685 BW. De kantonrechter kan bij de ontbinding een vergoeding toekennen. Dit is geen schadevergoeding op basis van Boek 6 BW, maar een forfaitaire vergoeding gebaseerd op de kantonrechtersformule.⁴

Werkgevers die geen vergoeding willen betalen, kiezen daarom voor opzegging van de arbeidsovereenkomst. UWV WERKbedrijf koppelt aan de toestemming voor opzegging géén verplichting tot het betalen van een vergoeding. Het in acht nemen van de opzegtermijn volstaat.

Kennelijk onredelijk ontslag

Opzegging van een arbeidsovereenkomst na verkregen toestemming van

UWV WERKbedrijf kan krachtens art. 7:681 BW kennelijk onredelijk zijn.⁵ Dit betekent dat een werknemer die van oordeel is dat zijn arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is opgezegd, aanspraak kan maken op schadevergoeding.

In art. 7:681 lid 2 BW is niet-limitatief opgesomd in welke gevallen opzegging door de werkgever kennelijk onredelijk is. De meest voorkomende gevallen waarop werknemers een beroep doen zijn opzegging zonder reden dan wel onder een voorgewende of valse reden (sub a), of opzegging waarbij de gevolgen voor de werknemer te ernstig zijn ten opzichte van het belang van de werkgever bij opzegging (sub b). Dit laatste wordt ook wel het gevolgcriterium genoemd.

Gevolgcriterium

De '7 juli-arresten' bevatten een niet-limitatieve beschrijving van vier categorieën van omstandigheden die de rechter in aanmerking dient te nemen bij de toetsing van het gevolgcriterium. De daar genoemde omstandigheden zijn niet nieuw, want de meeste konden al uit bestaande jurisprudentie worden afgeleid.

De eerste categorie omstandigheden

¹ Werkzaam bij Vondenhoff Sijben Advocaten.
² Hof 's-Hertogenbosch, LJN BJ1710, 1713 en 1716. Hof Amsterdam, LJN BJ1644 en 1648. Hof Arnhem (nevenzittingsplaats Leeuwarden), LJN BJ1688.

³ Tot 1 januari 2009 was dit de CWI.
⁴ Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters, waarvan de meest recente versie van 30 oktober 2008 is gepubliceerd op rechtspraak.nl. Zie hierover: C. Oberman, 'Goedkoper ontslag in zware tijden', in: *Advocatenblad* 2009-2, 6 februari 2009, p. 62-64.

⁵ HR 20 maart 1992, NJ 1992, 459 en HR 28 maart 1997, NJ 1997, 561.



naar hofformule

.....
 Alle omstandigheden van het ontslag dienen in aanmerking te worden genomen waardoor werknemer én werkgever veelal een alleszins pleitbaar standpunt kunnen innemen

ziet op het dienstverband en de opzegging in zijn algemeen. Daarbij gaat het onder meer om de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer, diens functioneren en de financiële positie van de werkgever. Bij een arbeidsconflict of bij arbeidsongeschiktheid is sprake van specifieke, aanvullende omstandigheden.

De tweede categorie omstandigheden ziet onder meer op de vraag welke inspanningen werkgever en werknemer zich hebben getroost bij het vinden van ander (passend) werk. Ook de arbeidsmarktpositie van de werknemer speelt een rol, evenals de omstandigheid dat de werknemer wellicht is vrijgesteld van werkzaamheden met behoud van loon.

De derde en vierde categorie omstandigheden zien op de financiële gevolgen van de opzegging voor de werknemer respectievelijk op de getroffen voorzieningen door de werkgever. Bij dit laatste gaat het onder meer over de vraag of er een beëindigingsvergoeding is aangeboden of betaald dan wel sprake is van een vooraf overeengekomen afvloeiingsregeling. Ook het al dan niet bestaan van een sociaal plan speelt een rol.

De hoven herhalen in de 7 juli-arresten de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat bij de beoordeling van de vraag of de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging, de rechter alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking dient te nemen.⁶ Dit betekent dat niet kan worden volstaan met het uitlichten van één bepaalde omstandigheid. In plaats daarvan dienen alle genoemde omstandigheden te worden besproken in het licht van de feiten en omstandigheden van het concrete geval. Dit maakt dat, mits goed gemotiveerd, in veel gevallen zowel werknemer als werkgever een alleszins pleitbaar standpunt kan innemen.

Schadevergoeding

Pas als de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is, komt de schadevergoeding aan de orde. Art. 7:681 BW bepaalt niet hoe deze vergoeding moet worden berekend. Lange tijd

is in rechtspraak en literatuur gediscussieerd over de wijze waarop de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag zou moeten worden berekend. De ene helft vond dat de kantonrechttersformule ook bij kennelijk onredelijk ontslag gehanteerd moest worden, de andere helft betoogde dat dat niet strookte met de ratio van een schadevergoeding.

Het Haagse Hof wees op 14 oktober 2008 zeven arresten waarin de hoogte van de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag werd bepaald aan de hand van de kantonrechttersformule.⁷ Daarbij werd door het hof de uitkomst van de kantonrechttersformule verminderd met 30%. Die vermindering is volgens het hof gerechtvaardigd nu de werkgever om voorafgaande toestemming voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst heeft moeten verzoeken en daarnaast ook de opzegtermijn in acht heeft moeten nemen.

Drie factoren

Het Hof Den Haag hanteert dus de formule ABCx0,7. Toepassing van de

6 HR 3 december 2004, LJN AR1717 en HR 15 februari 2008, LJN BC2206.

7 Hof's-Gravenhage, LJN BF6720, 6790, 6960, 7002, 7077, 8122 en 8136.

kantonrechtर्सformule, al dan niet met een vermindering, werd tot 7 juli 2009 door de overige hoven afwezen.⁸ Des te opmerkelijker is het dan ook dat door die hoven thans de hofformule wordt geïntroduceerd. Deze XYZ-formule behelst, evenals de kantonrechtर्सformule, drie factoren die met elkaar vermenigvuldigd worden.

Daarbij staat de X-factor voor het aantal gewogen dienstjaren. Voor de berekening van X wordt de diensttijd afgerond op hele jaren. Vervolgens worden de dienstjaren op de volgende wijze gewogen: dienstjaren vóór het 40ste levensjaar tellen voor 1, van het 40ste tot het 50ste voor 1,5 en elk dienstjaar vanaf het 50ste telt voor 2. Een periode van meer dan zes maanden wordt naar boven afgerond.

Opmerkelijk is dat de X-factor gelijk is aan de A-factor van de oude kantonrechtर्सformule die gold tot 1 januari 2009. Waarom de hoven niet aansluiten bij de nieuwe, versoberde A-factor van de kan-

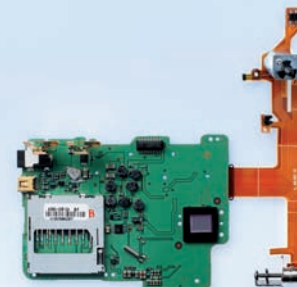
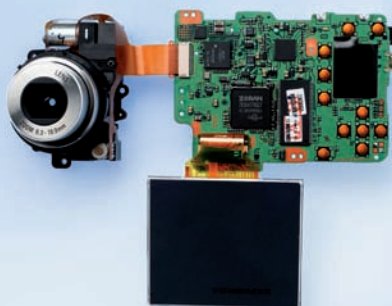
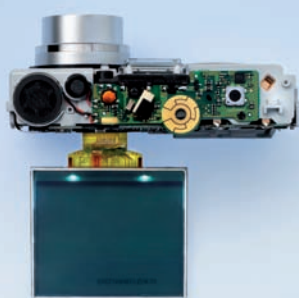
.....
De X-factor is gelijk aan de A-factor van de oude kantonrechtर्सformule – onduidelijk is waarom de hoven niet aansluiten bij de nieuwe versoberde A-factor
.....

tonrechtर्सformule, is onduidelijk. Wordt hiermee soms het verschil tussen de hofformule en de kantonrechtर्सformule benadrukt?

De Y-factor staat voor het laatstverdiende brutomaandsalaris, vermeerderd met vaste en overeengekomen looncomponenten zoals vakantietoeslag, een vaste dertiende maand, een structurele overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag. De auto van de zaak, onkostenvergoedingen en overige niet-structurele looncomponenten worden in beginsel niet meegenomen in de bepaling van de Y-factor. De Y-factor is daarmee gelijk aan de B-factor van de kantonrechtर्सformule.

De Z-factor is de correctiefactor waarin alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag gewogen. Uitgangspunt is dat de Z-factor 0,5 bedraagt en dat deze slechts in bijzondere gevallen hoger kan uitvallen. Deze factor beoogt de maximale schadevergoeding bij een kennelijk onredelijke opzegging vast te leggen, en is daarmee een versoberde variant van de C-factor uit de kantonrechtर्सformule en in feite een tegemoetkoming aan de vermindering van 30% die het Haagse hof toepast. De vraag is overigens of de Z-factor volledig op 0 mag

.....
⁸ Hof Amsterdam 24 februari 2009, LJN BI6603, Hof Leeuwarden 23 december 2008, LJN BHO361 en Hof 's-Hertogenbosch 16 september 2008, LJN BG2170.



Het **mooie** van het moment

Bij Sdu Uitgevers geloven we sterk in de kracht van het moment. Want scherp, doordacht en uitgesproken kan alleen als je er voortdurend bovenop zit. Dat kan met Sdu. Via onze portal scherpinstrafrecht.nl heeft u op ieder moment van de dag zicht op de allerlaatste ontwikkelingen die van belang kunnen zijn

voor uw praktijk. Alle relevante strafrechtinformatie direct binnen handbereik, waar en wanneer u maar wilt. Met scherpinstrafrecht.nl zit u boven op de actualiteit: zo ondersteunen we de scherpste, het inzicht en de uitgesprokenheid van de professie. Met recht.

worden gesteld. In 1976 overwoog de Hoge Raad namelijk dat indien sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging, er schadevergoeding toegekend *moet* worden.⁹

Van belang is nog dat de uitkomst van de hofformule in beginsel niet hoger zal zijn dan de verwachte inkomstenderving van de werknemer tot aan diens pensioenge-rechtigde leeftijd. Ook op dit punt komt de hofformule opnieuw overeen met de kantonrechttersformule.

Financiële aspecten

De hoven hechten in de 7 juli-arresten nadrukkelijk belang aan de financiële aspecten van de opzegging. Maar liefst twee van de vier categorieën omstandigheden hebben hierop betrekking. Veelal zullen die omstandigheden het standpunt van de werknemer versterken. Zeker als de werknemer er niet in slaagt om meteen een andere baan te vinden en dus werkloos wordt, met alle financiële nadelen van dien, terwijl zijn voormalige werkgever niet bereid is

om een (substantiële) beëindigingsvergoeding te betalen.

Alleen in het arrest BJ1648 wordt overwogen dat het ontbreken van een vergoeding niet zonder meer kennelijk onredelijk is. Dit is ook vaste jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁰ Daar staat tegenover dat in drie andere arresten (BJ1644, 1713 en 1716) het ontbreken van een vergoeding de doorslag lijkt te geven voor het oordeel dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is. De conclusie zou kunnen zijn dat een werkgever die een arbeidsovereenkomst opzegt zonder toekenning van een beëindigingsvergoeding, veelal schadeplichtig handelt op grond van het gevolgcriterium. Dit is zeker het geval bij opzegging van een arbeidsovereenkomst met een oudere werknemer die al lang bij de werkgever in dienst is.

Stof gaat nog niet liggen

De 7 juli-arresten bieden niet alleen handvatten voor de praktijk, zij roepen ook vra-

gen op. Allereerst of het Haagse hof zich zal aansluiten bij de overige hoven en daarmee voortaan ook de hofformule toepast. Dit leidt niet alleen tot uniformering, maar zal ongetwijfeld ook het gezag van de hofformule laten toenemen.

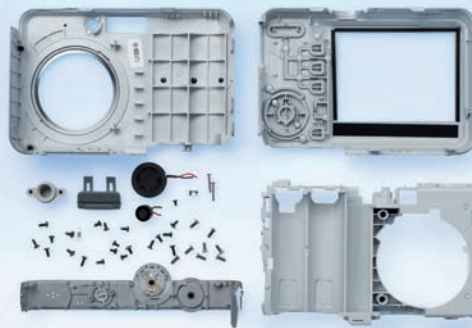
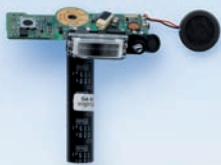
Daarnaast is het de vraag of de 7 juli-arresten in cassatie stand zullen houden. Volgens Houweling¹¹ volgt uit de Parlementaire Geschiedenis bij art. 7:681 BW dat de wetgever géén vergoeding naar billijkheid heeft beoogd zoals het geval is bij art. 7:685 BW. In plaats daarvan is gestreefd om aansluiting te zoeken bij de bepalingen van Boek 6 BW.

De conclusie lijkt dus gerechtvaardigd dat het onderwerp kennelijk onredelijk ontslag de komende tijd nog de nodige aandacht in de literatuur en jurisprudentie zal krijgen. Vooral nog lijkt bij kennelijk onredelijk ontslag evenwel een verschuiving van de kantonrechttersformule naar de toepassing van de hofformule te hebben plaatsgevonden.

9 HR 4 juni 1976, NJ 1977, 98.

10 HR 30 januari 1998, NJ 1998, 476 en HR 15 februari 2008, LJN BC2206.

11 Noot bij Ktr. Harderwijk 7 januari 2009, JIN 2009, 71.



Kijk voor meer informatie op www.scherpinstrafrecht.nl:
dé portal voor strafrechtprofessionals.

Scherp. Doordacht. Uitgesproken.

Sdu UITGEVERS