

ANNOTATIE

Gespierde taal inzake kennelijk-onredelijk-ontslagformule Hof Den Haag: oude kantonrechttersformule in ere herstellen?

A.R. Houweling

1. Op vrijdag 4 september 2009 werd de bijna dertig pagina's tellende conclusie van A-G Spier inzake de rechtsgeldigheid van de zogenoemde kennelijk-onredelijk-ontslagformule van het Hof Den Haag ($A \times B \times C \times 70\%$) gepubliceerd op <www.rechtspraak.nl>. Het komt niet vaak voor dat een conclusie van de A-G vooraf publiekelijk bekendgemaakt wordt, zeker niet op het terrein van het arbeidsrecht. Dit gegeven - alsmede de omvang van de conclusie - zegt al iets over het grote belang van het lopende cassatieberoep. De kernvraag die in dit cassatieberoep aan de orde wordt gesteld, is of de kantonrechttersformule, al dan niet met een korting van 30% (of 50%), richtsnoer kan of mag zijn in kennelijk-onredelijk-ontslagprocedures en of de benadering van het Hof Den Haag (de geïntegreerde toets) rechtens juist is (zie omtrent deze geïntegreerde toets G.W. van der Voet & A.R. Houweling, 'Kennelijk onredelijk ontslag volgens het Hof Den Haag: hogere wiskunde of "systematical madness"?', *TAP* 2009-1, p. 15-23).

2. De A-G vangt aan met een algemene inleiding waarin hij verdedigt dat de beantwoording van de kernvraag (analoge toepassing kantonrechttersformule in een kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure) primair een rechtspolitieke aangelegenheid is. In feite gaat het erom voor wiens risico de gevolgen van de onttakelde sociale voorzieningen (versoering sociale zekerheid) en onvoldoende werkgelegenheid moeten komen. De overheid, de werkgever of de werknemer? Volgens de A-G ligt er in de eerste plaats een verantwoordelijkheid bij de overheid. Daarnaast kan het risico zowel op de werkgever als op werknemer worden afgewenteld. Het sneller aannemen van kennelijke onredelijkheid en het toekennen van een hoge vergoeding, doet het risico op de schouders van werkgevers rusten. Indien de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure marginaal wordt getoetst en er lagere vergoedingen worden uitgekeerd, wordt het risico afgewenteld op werknemers. Zonder de vraag direct ondubbelzinnig te beantwoorden, volgt uit het verdere betoog van de A-G dat werknemers in ieder geval niet mogen opdraaien voor dit risico. In r.o. 6.12 schrijft hij bijvoorbeeld dat uit art. 7:681 lid 2 sub b BW volgt dat de gevolgen van werkloosheid niet zonder meer op de werknemer mogen worden afgewenteld. Daarin ligt volgens hem besloten dat tekortkomingen van de overheid op het stuk van het zorgen voor werkgelegenheid of adequate sociale voorzieningen ten minste voor een deel door de werkgever moeten worden gedragen. Waarom

dit het geval zal moeten zijn, wordt echter niet duidelijk. 3. De A-G meent dan ook (voor het eerst in r.o. 4.7.1) dat er geen goede gronden bestaan de kantonrechtर्सformule niet toe te passen in kennelijk-onredelijk-ontslagprocedures. Nog voordat de A-G ingaat op het *hoe* en *waarom* van het toekennen van reflexwerking aan de kantonrechtर्सformule, trekt hij eerst flink van leer tegen de wijze waarop de Kring van Kantonrechtर्स de formule in oktober 2008 heeft aangepast. Hij vindt de versobering van de kantonrechtर्सformule - zacht uitgedrukt - zeer ongelukkig (r.o. 4.8.3 en 7.8.1). Naar zijn mening past een dergelijke versoberde kantonrechtर्सformule niet bij art. 7:681 BW. Als reflexwerking aan de huidige kantonrechtर्सformule zou toekomen, dan dient daarop tevens een toeslag plaats te vinden in een 681-procedure. Dit brengt de A-G uiteraard tot een bespreking van de op 7 juli 2009 geïntroduceerde XYZ-formule (r.o. 7.1 e.v.; waarbij in de aanhef van r.o. 7 een vergissing met betrekking tot de genoemde hoven is ingeslopen). Volgens de A-G neemt de XYZ-formule de oude kantonrechtर्सformule tot uitgangspunt. Hierdoor ontstaat een niet onbelangrijk verschil tussen de XYZ-formule en de huidige kantonrechtर्सformule, te weten het gewogen aantal dienstjaren. De weging van het gewogen aantal dienstjaren bij de XYZ-formule is rianter voor de werknemer dan bij de kantonrechtर्सformule. Men kan zich terecht afvragen waarom de hoven geen aansluiting hebben gezocht bij de huidige kantonrechtर्सformule (zie ook G.W. van der Voet, 'De op 7 juli 2009 gelanceerde "XYZ-formule" - reden tot "forumshoppin"?', AR 2009/528). Is dit omdat zij bewust afstand nemen van de wijziging door de kantonrechtर्स (r.o. 7.5.2; zie in gelijke zin noot A.R. Houweling bij Hof Amsterdam 7 juli 2009, JIN 2009/572, p. 867)? Hoe dan ook, indien de XYZ-formule (oftewel de oude kantonrechtर्सformule) in 681-procedures heeft te gelden, terwijl in 685-procedures de nieuwe kantonrechtर्सformule geldt, ontstaat opnieuw ongelijkheid tussen beide procedures. In de opvatting van de A-G dienen de hoven zich evenwel los te maken van de *kennelijke vergissingen van de kantonrechtर्स* (r.o. 7.8.2). Als het aan de A-G ligt, geldt straks voor zowel de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure als voor de ontbindingsprocedure de oude kantonrechtर्सformule. Hij merkt daarbij diverse malen op dat voor de korting van 30% door het Hof Den Haag evenals de korting van 50% in de XYZ-formule, geen juridische gronden zijn aan te voeren. 4. Zoals gezegd, de A-G is groot voorstander van analoge toepassing van de kantonrechtर्सformule (zie bijvoorbeeld r.o. 6.8.2). De meer juridisch-dogmatische argumenten tegen reflexwerking veegt de A-G allemaal van tafel. Zo meent hij dat het karakter van de 685-vergoeding en 681-vergoeding niet wezenlijk verschillen. De schadevergoeding van art. 7:681 BW is abstract en kan worden begroot op basis van de kantonrechtर्सformule. Volgens de A-G is dit niet in strijd met het recent gewezen arrest Dahri/Vianen Beton (HR 14 november 2008, JIN 2009/66, m.nt. Zondag). In dat arrest werd geoordeeld - onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis - dat de regels van Boek 6 BW van toepassing zijn op de begroting van de schadevergoeding ex art. 7:681 BW, zodat de wettelijke rente verschuldigd was vanaf het moment van ontslag. Hoewel de A-G kan worden toegegeven dat ook de begroting op grond van art. 6:97 BW analoge toepassing van de kantonrechtर्सformule niet op voorhand uitsluit, denk ik dat naar aanleiding van Dahri/Vianen Beton in samenhang met het arrest Schellekens/Dumeco (JAR 2008/75) toch enige terughoudendheid geboden is. In het eerste arrest oordeelde de Hoge Raad dat kennelijk onredelijk ontslag als een vorm van

schending van goed werkgeverschap moet worden beschouwd (7:611 BW). In het tweede arrest oordeelde de Hoge Raad dat de kantonrechttersformule zich niet zonder meer leent voor een schadevergoedingsvordering op grond van 7:611 BW. Uit de twee arresten in onderling verband kan men dus afleiden dat de Hoge Raad (ongemotiveerde) toepassing van de kantonrechttersformule niet zomaar toestaat voor de berekening van een schadevergoeding wegens wanprestatie (zoals art. 7:681 BW). Ten aanzien van art. 7:685 BW oordeelde de Hoge Raad recentelijk nog het omgekeerde. Voor een vergoeding ex art. 7:685 lid 8 BW dient niet de werkelijk geleden schade te worden vergoed (*JAR* 2008/203). De 685-vergoeding is immers geen schadevergoeding. De conclusie die men uit deze arresten moet trekken, is volgens mij dat de Hoge Raad de (vergoeding bij een) kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure duidelijk onderscheidt van de ontbindingsprocedure. De A-G ziet dat kennelijk anders. Ook het argument dat de kantonrechttersformule in vergaande mate van bepaalde factoren abstraheert, en zich daarom niet leent voor een 'alle omstandigheden van het geval'-toetsing, acht de A-G onjuist. Integendeel zelfs, de kantonrechttersformule leent zich bij uitstek om alle factoren te wegen en deze tot uitdrukking te brengen in de vergoeding (r.o. 8.6). Met name op het punt van bijvoorbeeld de gebondenheid een aan sociaal plan, kan men hier vraagtekens bij plaatsen (zie hierna onder 7).

5. Een terechte vraag die de A-G opwerpt, is wat nu eigenlijk precies onder schadevergoeding ex art. 7:681 BW wordt verstaan. Uit onder meer Schoonderwoert/Schoonderwoerd (HR 17 oktober 1997, *JAR* 1997/245) valt af te leiden dat de schadevergoeding niet ziet op de daadwerkelijk geleden schade, maar op de schade die door het ontslag is ontstaan. Maar wat is die schade dan precies? Volgens de A-G moet bij een kennelijk onredelijk ontslag een vergelijking worden gemaakt met de hypothetische situatie dat op een rechtens toelaatbare wijze ontslag zou zijn verleend. Deze hypothetische situatie betekent bij een kennelijk onredelijk ontslag geenszins zondermeer dat de werkgever van ontslag zou hebben afgezien (omdat hij bijvoorbeeld geen grond zou hebben voor ontslag?). De ervaring leert namelijk dat voor een werkgever (indien de route van het UWV WERKbedrijf geen uitkomst biedt) de ontbindingsprocedure altijd soelaas biedt. De vergoeding die een werknemer dan zou hebben ontvangen, wordt dan begrensd door art. 7:685 BW (de kantonrechttersformule). Bij gebrek aan een betere maatstaf ligt aansluiting bij een veronderstelde ontbinding in de rede, aldus de A-G (r.o. 6.4 e.v.). Deze maatstaf spreekt aan, maar roept vragen op. Waarom zal de kantonrechter 'altijd' overgaan tot ontbinding? De kantonrechter kan in het hypothetische voorbeeld van de A-G immers ook een verzoek afwijzen? Wat dan? Aansluiting zoeken bij art. 7:682 BW (herstel arbeidsovereenkomst)? En hoe dan te oordelen over de eventuele afkoop van dit herstel van de arbeidsovereenkomst (art. 7:682 lid 3 BW)? Indien men het hypothetische geval van de A-G serieus neemt, dan zou bij elke reguliere opzegging eigenlijk vergoeding moeten worden betaald. Immers, men kan toch ook regulier ontbinden?

6. Na ruim 17 pagina's aan interessante - soms opvallende en zeer uitdagende - r.o.en komt de A-G toe aan de bespreking van de cassatiemiddelen. Het eerste cassatiemiddel (subonderdeel 1.a) valt de zogenoemde geïntegreerde toets van het Hof Den Haag aan. Volgens de stellers van het cassatiemiddel volgt uit de benadering van het Hof Den Haag dat indien geen vergoeding is betaald conform de kantonrechttersformule minus 30% het ontslag kennelijk onredelijk is. Een dergelijke benadering zou in strijd zijn met rechtspraak

van de Hoge Raad (HR 22 februari 2002, NJ 2002, 260). Daar voegen zij aan toe dat de kantonrechttersformule is geschreven voor de hoogte van de vergoeding en derhalve ook in een 685-procedure niet dient ter beantwoording van de vraag of sprake is van een gewichtige reden voor ontbinding. Indien men de arresten van het Hof Den Haag goed analyseert, dan blijkt daaruit dat dit hof geenszins heeft bedoeld dat het niet toekennen van een vergoeding te allen tijde leidt tot een kennelijk onredelijk ontslag. De c-factor kan immers ook heel goed "C=0" bedragen (zie hieromtrent uitvoerig, G.W. van der Voet & A.R. Houweling, TAP 2009-1). De A-G lijkt de benadering van het hof in beginsel juist te hebben opgevat, door te overwegen dat er een zekere overlap zit in de vraag naar de kennelijke onredelijkheid en de hoogte van de vergoeding. De A-G leidt evenwel uit de wettekst af, dat eerst sprake moet zijn van een kennelijk onredelijk ontslag, voordat de vraag naar de hoogte van de vergoeding aan de orde kan en mag komen. Dit volgt volgens hem uit art. 7:681 lid 1 BW, waarin staat dat er een vergoeding kan worden toegekend 'indien' sprake is van kennelijk onredelijk ontslag (r.o. 9.9.1). De XYZ-formule doet dus meer recht aan de 681-procedure, aldus de A-G. Nogmaals, het Hof Den Haag legt min of meer dezelfde toets aan, maar betreft - mijns inziens terecht - in de beoordeling van de vraag of sprake is van kennelijke onredelijkheid, tevens het antwoord op de vraag of er een financiële voorziening is getroffen. Het Hof Den Haag beantwoordt de twee vragen in één keer. Of de benaderingen nu echt zo sterk uiteenlopen, kan men zich dus afvragen. 7. Het tweede subonderdeel van het eerste cassatiemiddel valt de analoge toepassing van de kantonrechttersformule aan. In het subonderdeel wordt allereerst gesteld dat de karakters van beide vergoedingen dermate verschillen dat geen ruimte is voor analoge toepassing. Voorts zou de kantonrechttersformule te abstract zijn en niet passen bij een 681-procedure omdat zij is geschreven voor de 685-procedure. Ten slotte zou toepassing van de kantonrechttersformule ertoe leiden dat de rechter zelfstandig feiten zou moeten aanvullen. Met een enkele verwijzing naar het voorgaande concludeert de A-G dat *deze klacht* terecht is voorgedragen (r.o. 9.13.1). Hij vervolgt met de opmerking dat indien aan de kantonrechttersformule reflexwerking toekomt, er geen rechtvaardiging bestaat voor een generieke korting (van 30% of 50%). Onder omstandigheden kan een dergelijke korting wel gerechtvaardigd zijn, maar daarover zal de rechter zich in de omstandigheden van het geval moeten uitlaten. Als ik de A-G goed begrijp (vooral na het lezen van de 20 pagina's voorafgaande aan de litigieuze r.o.) acht hij enkel de 30% korting in strijd met het recht. Dit zou betekenen dat na verwijzing de werkgever (die immers beroep in cassatie had ingesteld) mogelijk slechter af is, dan onder de op hem toegepaste kennelijk-onredelijk-ontslagformule. Hij loopt nu het risico - indien het ontslag kennelijk onredelijk wordt geoordeeld - 100% van de (neutrale toepassing van de) kantonrechttersformule te moeten vergoeden. De r.o. 9.13.1 is op dit punt wel bijzonder ongelukkig geformuleerd. Er wordt immers verwezen naar 'deze klacht' terwijl het subonderdeel uit verschillende klachten bestond. Voorts moet men de hiervoor gepresenteerde conclusie afleiden uit de eerder r.o.en van de A-G. Het subonderdeel 1.b kende geen zelfstandige klacht tegen de korting (wat ook logisch is, gezien het feit dat de werkgever tot cassatieberoep was overgegaan). Ten aanzien van de klachten inzake het sociaal plan, volsta ik met een verwijzing naar hetgeen de cassatieadvocaten hieromtrent (mijns inziens terecht) hebben gesteld. De benadering van de Hoge Raad met betrekking tot

gebondenheid aan het sociaal plan (volgens HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 324 (Bulut/Troost), m.nt. Heerma van Voss vormt dit slechts een ‘aanwijzing’) is een andere dan die van de kantonrechters (in beginsel gebonden, tenzij evidente onbillijkheid). Interessant is in dit kader hetgeen Kruit heeft onderzocht in 2008. Volgens hem toetst de lagere rechtspraak dezelfde materiële factoren, maar etiketteren zij dit enkel anders (aanwijzing of evidente onbillijkheid) (P. Kruit, *De lagere rechtspraak en het sociaal plan: redelijk of evident onbillijk?*, *ArA* 2008/3, p. 31-52). Dit neemt niet weg dat formeel wel degelijk sprake is van een met de Hoge Raad strijdige benadering in de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters. 8. Dat de generieke korting in strijd is met arresten van de Hoge Raad is evident (zie G.W. van der Voet & A.R. Houweling, *TAP* 2009-1, p. 15-23). In zoverre heeft de A-G helemaal gelijk dat het cassatiemiddel slaagt. Waar ik meer moeite mee heb, is het gemak waarmee de A-G de vergoeding van art. 7:681 BW laat inkleuren door de kantonrechtersformule. Dit doet namelijk absoluut geen recht aan het *bijzondere karakter* van de kantonrechtersprocedure. Deze procedure wordt immers gekenmerkt door het extrajudiciële karakter (L.H. van den Heuvel, *Ontslagrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 102). Het is een procedure op snelheid gericht, waarin geen rechtsgeschil, maar een belangengeschil aan de orde is en waartegen men niet in beroep of cassatie kan treden. Dit is geheel anders bij de 681-procedure. Het is temeer opvallend dat deze A-G de karakters van de 681- en de 685-procedure zo gemakkelijk gelijkstelt, daar hij in eerdere conclusies altijd fel tegen een dergelijke gelijkstelling was (zie onder meer *JAR* 2004/170). Voortschrijdend inzicht? 9. De A-G besluit zijn conclusie met een oproep aan de Hoge Raad om in ieder geval niet te schuilen achter een ‘alle omstandigheden van het geval’-toets, maar met een duidelijke formule te komen. Hij verwijst in r.o. 11.7.3 naar het belang van zogenoemde puntenlijsten, zoals we die ook kennen bij het toekennen van alimentatie of vaststellen van een strafmaat (zie eerder in gelijke zin: G.W. van der Voet, *AR* 2009/528). Om het bedrijfsleven niet onmiddellijk met deze ‘lastenverzwaring’ op te zadelen, geeft hij de Hoge Raad in r.o. de kantonrechtersformule op termijn te laten doen gelden in 681-zaken. Een zogenoemde ‘prospective ruling’. Zij die regelmatig conclusies van A-G Spier lezen, weten dat hij vaker de Hoge Raad uitdaagt rigoureuze uitspraken te doen die tot stelselwijzigingen zouden leiden (denk aan de algehele verzekeringsplicht op grond van 7:611 BW voor werkgevers aansprakelijkheid zoals voorgesteld in de conclusie onder het arrest *Maatzorg de Werven* (HR 12 december 2008, *JAR* 2008/17). Het is de vraag of de Hoge Raad de visie van de A-G ten aanzien van de kennelijk-onredelijk-ontslagformule deelt en zal (mogen) overgaan tot het formuleren van een dergelijke formule (is dit niet een taak voor de wetgever?). In aanvulling op deze aanbeveling stelt de A-G dan ook voor dat in ieder geval de kantonrechters en de hoven gezamenlijk tot een uniforme formule komen voor alle ontslagzaken (r.o. 11.11.1; opnieuw: is dit geen taak voor de wetgever?). Aan de A-G moet worden toegegeven dat een algemene formule een zekere mate van rechtsgelijkheid en -zekerheid met zich kan brengen. Anderzijds dient men zich goed te realiseren dat een formule met ten minste één variabele factor (de C- of Z-factor) de uitkomst nog steeds onvoorspelbaar maakt. Zoveel zekerheid biedt een formule dus ook weer niet. Waar vooral behoefte aan bestaat, is te weten welke factoren het ontslag kennelijk onredelijk maken en hoe bepaalde factoren de hoogte van de vergoeding kleuren. Dat is niet in een formule samen

te vatten en zal van geval tot geval verschillen. De 'alle omstandigheden van het geval' -toets verschilt in dat opzicht niet van een kantonrechttersformule. Waar het echt om gaat, is motivering van de rechter (zie in gelijke zin R.E.M. Dijkstra, 'Geld wat stom is, maakt recht wat krom is!', SR 2008-1, p. 307-311). Per omstandigheid zou de rechter moeten motiveren waarom en op welke wijze bepaalde factoren een rol hebben gespeeld. Dat maakt het oordeel inzichtelijk en ook toetsbaar in appel en cassatie. Dat alle omstandigheden van het geval een C=1, C=0,5 of C=2 rechtvaardigen zegt helemaal niets en helpt ook de rechtspraak geen stap verder (zo getuige ook de omvangrijke ontbindingsstatistieken die jaarlijks worden gepubliceerd). Ten slotte merkt de A-G op dat, nu het arrest van het Hof Den Haag niet in stand kan blijven, verwijzing naar een ander hof geboden is. Omdat de andere hoven echter de XYZ-formule toepassen - waarover de A-G tevens het een en ander heeft overwogen - verlangt hij van de Hoge Raad dat hij ook over de XYZ-formule uitlatingen zal doen. De A-G was kennelijk niet op de hoogte van het feit dat inmiddels tegen de XYZ-formule ook een cassatieberoep loopt. De kans is dus groot dat beide zaken tegelijkertijd zullen worden behandeld door de Hoge Raad. 10. Tot slot, er kan (en zal) veel over de inhoud van deze conclusie worden geschreven. Of de Hoge Raad daadwerkelijk zal overgaan tot analoge toepassing van de kantonrechttersformule, moeten we afwachten. Stel dat het voorstel van de A-G wordt gevolgd, wat betekent dat dan voor de rechtspraak? Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat indien in een 681-procedure de oude kantonrechttersformule onverkort zal gaan gelden, terwijl in de 685-procedure de nieuwe kantonrechttersformule wordt toegepast, dit het einde van de BBA-procedure zou (kunnen) betekenen. Alleen indien een werkgever overtuigd is dat het te geven ontslag *niet* kennelijk onredelijk zal zijn, is de BBA-procedure nog aantrekkelijk. In alle andere - lees: vrijwel de meeste - gevallen, is de 685-procedure waarschijnlijk verstandiger. Ook indien in beide procedures dezelfde vergoeding zal moeten worden betaald, dan kan ik mij voorstellen dat veel werkgevers de 685-procedure - vanwege de snelheid en het appèlverbod - zullen verkiezen boven de 681-procedure. Of dit alles in het voordeel van de werknemer uitpakt - hetgeen de A-G toch graag ziet gebeuren - vraag ik mij sterk af. De werknemer zal waarschijnlijk nog vaker worden geconfronteerd met een onzorgvuldige procedure waartegen geen rechtsmiddelen opstaat. Het zal in ieder geval een extra belasting van het rechterlijke apparaat betekenen, hetgeen uitdrukkelijk in strijd is met de wens van de wetgever (zie wijziging WW inzake pro forma-problematiek in 2006 en invoering Flexwet 1999). 11. Het arrest wordt 13 november 2009 verwacht.