

ANNOTATIE

# Gezichtspunten bij kennelijk onredelijk ontslag: a long and winding road

***prof. mr. dr. W.L. Roozendaal***

1. Het ging in deze zaak om een bedrijfseconomisch ontslag van een 34-jarige monteur met een twaalfjarig dienstverband en een arbeidsongeschiktheidsverleden. Hij vorderde in eerste aanleg een vergoeding wegens kennelijk onredelijke opzegging op grond van het zogeheten gevolgcriterium (art. 7:681 lid 2 sub b BW), in hoger beroep aangevuld met een beroep op een valse reden (art. 7:681 lid 2 sub a BW). Al in eerste aanleg werd geoordeeld dat hij onvoldoende had gesteld voor toewijzing van zijn vordering. Dit oordeel wordt door het hof bevestigd na een inventarisatie van relevante gezichtspunten en een oordeel over die gezichtspunten. Het gebruik door het hof van een lange lijst gezichtspunten vormt de aanleiding voor deze noot. 2. Zoals bekend is in de loop van 2008 en 2009 door diverse gerechtshoven getracht meer uniformering, rechtszekerheid en - ook niet onbelangrijk - gemak voor de rechterlijke macht te bereiken bij de toepassing van art. 7:681 BW door het introduceren van formules die afgeleid waren van de kantonrechtersformule bij ontbindingszaken (de ABC  $\times$  0,7-formule en de XYZ-formule; zie hierover o.a. het commentaar van Van der Voet op deze site, en A.R. Houweling en G.W. van der Voet, *TAP* 2009/1 en P.W.H.M. Willems, *TAP* 2009/6). De Hoge Raad ziet echter geen heil in het gebruiken van formules bij de toepassing van art. 7:681 BW (HR 27 november 2009, LJN BJ6596, Van der Grijp/Stam). Dat geldt ook voor het toepassen van een formule voor de enkele begroting van de vergoeding, nadat de kennelijke onredelijkheid van het ontslag met een inventarisatie van de omstandigheden van het geval is vastgesteld (HR 12 februari 2010, LJN BK4472, Rutten/Breed. Vgl. over deze uitspraken onder andere de commentaren van Hoogeveen, Houweling en Van der Voet op deze site). 3. Hoe moet het dan wel? De Hoge Raad heeft zich hierover tot nu toe kort samengevat als volgt uitgelaten. Voor de vraag of sprake is van kennelijk onredelijke opzegging en voor de begroting van de vergoeding, zijn alle omstandigheden van het geval relevant (HR 3 december 2004, *JAR* 2005/30; HR 15 februari 2008, *JAR* 2008/76). De rechter heeft een grote mate van vrijheid bij de begroting van de schade als gevolg van een dergelijk ontslag, maar dient zich steeds nauwkeurig rekenschap te geven en verantwoording af te leggen van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen (Rutten/Breed, r.o. 3.5.6, geparafraseerd). Denkbaar is dat rechters een zekere harmonisatie tot stand brengen door de van belang zijnde factoren te

benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden (Van der Grijp/Stam, r.o. 4.6).

4. De door het Hof Arnhem gebruikte aanpak voor de vraag of sprake is van kennelijk onredelijke opzegging in de onderhavige uitspraak is het gebruik van een lijst met gezichtspunten. Deze methode werd eerder ook al toegepast in een uitspraak waarin de XYZ-formule werd toegepast (Hof Arnhem 7 juli 2009, LJN BJ1688). Het noemen van gezichtspunten heeft in ieder geval een schijn van concretisering, in de vorm van het afvinken van een lijstje. Probleemloos is dit echter niet. Ten eerste: de gezichtspunten werken alleen voor de vraag of er een kennelijk onredelijke opzegging is. Een bedrag rolt er niet uit. Ten tweede: het lijstje is wel erg lang. Ik tel in de uitspraak van het hof ruim twintig gezichtspunten die op een vrij willekeurige manier lijken te zijn gerangschikt onder de kopjes 'algemeen', 'ander (passend) werk', 'financiële gevolgen van de opzegging' en 'getroffen financiële voorziening'.

5. De gezichtspunten worden uiteindelijk niet één voor één besproken en afgevinkt. We hadden ze wellicht niet gemist als het hof ze had weggelaten. Wat het hof ermee doet is, in de woorden van Van der Voet, veeleer ze gebruiken als een soort impressionistische inspiratiebron (vgl. haar commentaar op deze site bij Rutten/Breed). Zonder afbreuk te willen doen aan het belang van de gezichtspunten, zou ik willen betogen dat de opsomming van gezichtspunten op een werkbaarder manier kan worden samengevat. Het helpt daarvoor te bedenken welke vragen beantwoord worden met behulp van de gezichtspunten. Met andere woorden, waarom zijn die ruim twintig gezichtspunten relevant?

6. Voorafgaand daaraan kan men zich afvragen, waarom er recht is op een ontslagvergoeding. Een zeer globaal antwoord op die vraag luidt als volgt. Voor de vraag of *ontslag* in de rede ligt zijn twee factoren essentieel: is er nog voldoende vertrouwen tussen partijen, en is er nog werk. Het onderzoek naar deze twee factoren heb ik eerder benoemd als de continuïteitstoets: de vraag of het zin heeft de samenwerking voort te zetten (zie mijn artikel 'Gezichtspunten bij ontslag: verwijtbaarheid, proportionaliteit en continuïteit' in *ArA* 2010/3). Als het antwoord op minstens een van beide vragen nee is, wordt vermoedelijk doorgaans ontslag verleend door het UWV of door de ontbindingsrechter. Dan kan de vraag rijzen of een *ontslagvergoeding* moet worden toegekend. Anders gesteld kan het praktisch gezien in de rede liggen ontslag te verlenen, omdat vertrouwen en/of werk ontbreken. Toch kan die praktisch gezien onafwendbare uitkomst 'onbillijk' of, in de woorden van de wetgever, kennelijk onredelijk zijn. Die onbillijkheid kan worden gecompenseerd met een vergoeding. Wanneer is er sprake van onbillijkheid? Deze vraag kan worden beantwoord door middel van wat ik de proportionaliteitstoets heb genoemd. Een ontslag kan onbillijk zijn vanwege een disproportionaliteit tussen de bij het geval betrokken belangen en omstandigheden aan de kant van de werknemer ten opzichte van de belangen en omstandigheden aan de kant van de werkgever. Die afweging is in wisselende bewoordingen zowel terug te vinden in de Aanbevelingen van de kring van de kantonrechters, met name in de C-factor, en in het gevolgcriterium van art. 7:681 lid 2 sub b BW.

7. In de proportionaliteitstoets worden de bij het geval betrokken belangen en omstandigheden dus afgewogen. Voor die toets is het lijstje van gezichtspunten van belang. Hoe kan die toets van gezichtspunten nu handzamer worden samengevat? Mijns inziens kunnen twee hoofdcategorieën van afwegingen worden

onderscheiden, namelijk de afweging van ‘verwijten’ over en weer en de afweging van ‘belangen’ over en weer. Met verwijten bedoel ik de aan de werkgever of de werknemer verwijtbare of toerekenbare omstandigheden die hebben gemaakt dat werk of vertrouwen ontbreken, zodat er aanleiding was voor ontslag. Met belangen doel ik op omstandigheden die maken dat het ontslag noodzakelijk was voor de werkgever enerzijds, ofwel dat het behoud van de baan voor de werknemer zwaarwichtig was zodat het ontslag (te) ingrijpend is anderzijds. In de kantonrechtersformule speelt de afweging van verwijten in de door mij bedoelde ruime zin een grote rol in de C-factor (zie aanbeveling 3.4.3). Bij kennelijk onredelijke opzegging speelt de afweging van belangen een grotere rol vanwege het gevolgcriterium. Dit verschil tussen de afweging voor het vaststellen van een vergoeding in ontbindingszaken en kennelijk-onredelijke-opzeggingzaken blijkt overigens ook uit onderzoek in opdracht van het ministerie van SZW naar een grote steekproef van ongepubliceerde uitspraken en beschikkingen (M. von Bergh e.a., *Ontslagzaken via de kantonrechter*, Tilburg: IVA september 2009, p. 26 en 43). Dat neemt niet weg dat ook het afwegen van verwijten een rol speelt bij kennelijk-onredelijke-opzeggingzaken. 8. Hieronder heb ik de gezichtspunten van het Hof Arnhem gerangschikt volgens deze indeling. Schuin gedrukt zijn toegevoegd de vragen ter beantwoording waarvan de gezichtspunten volgens mij een rol spelen, alsmede uitleg of aanvullingen van gezichtspunten.

A. Verwijten 1. *Is de opzeggingsgrond toerekenbaar of verwijtbaar aan werkgever of werknemer? - opzeggingsgrond in risicosfeer werkgever/werknemer (en de vraag hoe verwijtbaar die omstandigheid is); - de relatie tussen eventuele arbeidsongeschiktheid en het werk; - de verwijtbaarheid van de werkgever ten aanzien van de arbeidsongeschiktheid.* 2. *Bij toerekening aan de werknemer, is de opzeggingsgrond toereikend, ook afgewogen tegen de staat van dienst van de werknemer? - duur van het dienstverband; - de wijze van functioneren van de werknemer.* 3. *Hebben werkgever dan wel werknemer voldoende gedaan om ontslag te voorkomen? - in geval van een arbeidsconflict: pogingen van partijen om een oplossing te bereiken ter vermijding van een ontslag; - de inspanningen van de werkgever en de werknemer om binnen de onderneming van de werkgever ander (passend) werk te vinden (bijvoorbeeld door om- of bijscholing); - flexibiliteit van de werkgever/werknemer; - de opstelling van de werkgever ten aanzien van eventuele arbeidsongeschiktheid, met name voor wat betreft de re-integratie; - de inspanningen van de werknemer ten behoeve van zijn re-integratie.*

B. Belangen 1. *Wat waren de belangen van de werkgever bij het ontslag? Zie hiervoor ook de gezichtspunten bij A. op grond waarvan het gewicht van de opzeggingsgrond wordt beoordeeld.* - de noodzaak voor de werkgever het dienstverband te beëindigen; - financiële positie van de werkgever; - de aard, de duur en de mate van eventuele arbeidsongeschiktheid (kansen op (volledig) herstel). 2. *Wat waren de belangen van de werknemer bij het behoud van zijn baan, c.q. hoe ingrijpend is het ontslag voor hem, mede gelet op reeds getroffen voorzieningen? - duur van het dienstverband (hoe langer hoe ingrijpender een ontslag); - de leeftijd van de werknemer bij einde dienstverband (hoe ouder hoe moeilijker het vinden van een nieuwe baan); - de door de werkgever bij de werknemer gewekte verwachtingen (verlies loopbaanvooruitzichten); - de kansen van de werknemer op het vinden van ander (passend) werk (waarbij opleiding,*

arbeidsverleden, leeftijd, arbeidsongeschiktheid en medische beperkingen een rol kunnen spelen); - de financiële positie waarin de werknemer is komen te verkeren, waarbij van belang kunnen zijn eventuele inkomsten op grond van sociale wetgeving en eventuele pensioenschade; - reeds aangeboden/betaalde vergoeding; - vooraf individueel overeengekomen afvloeiingsregeling; sociaal plan (eenzijdig opgesteld of overeengekomen met vakorganisaties of ondernemingsraad); - vrijstelling van werkzaamheden gedurende de (opzeg)termijn (*equivalent van vergoeding*); - de geboden financiële compensatie tijdens de arbeidsongeschiktheid (bijvoorbeeld aanvulling loon, lengte van het dienstverband na intreden arbeidsongeschiktheid).

Mijns inziens is de essentie van de afweging bij kennelijk onredelijke opzegging gelegen in het stellen van de schuingedrukte vragen, en vervolgens het afwegen van de antwoorden in onderlinge samenhang. Kort samengevat kan een opzegging kennelijk onredelijk zijn als er meer te verwijten valt aan de werkgever dan aan de werknemer, of als het belang van de werkgever om de werknemer te ontslaan minder zwaar weegt dan het belang van de werknemer bij het behoud van zijn baan, of allebei. Het gaat dus om de afweging van vier factoren in hun onderlinge samenhang. 9. Ik kan mij voorstellen dat met deze indeling iets gericht kan worden gewerkt met de veelheid aan gezichtspunten. Een ontslagvergoeding rolt er echter nog niet uit. Daar kwam het Hof Arnhem in dit geval ook niet aan toe, omdat er volgens het hof geen sprake was van kennelijke onredelijkheid. Hoe de begroting van kennelijk-onredelijke-opzeggingsvergoedingen moet of kan worden ingevuld, is derhalve nog ongewis, behalve dat het gebruiken van eenvoudige formules niet mag. Toch hebben rechters getalsmatige aanknopingspunten nodig, net als advocaten die een vergoeding vragen. Hoe moet 'onbillijkheid' in het algemeen, of kennelijke onredelijkheid in dit geval, worden vertaald in geld?

10. Het is niet voor het eerst dat deze vraag rijst. Op sommige vergelijkbare gebieden is men al verder in de rechtsvorming. Bijvoorbeeld bij de begroting van vergoedingen voor letselschade gaat al jarenlang een zeker normerend effect uit van de Smartengeldgids, een verzameling van uitspraken met bij bepaald letsel toegekende bedragen (zie hierover ook Hoogeveen en Van der Voet op deze site en M.V.E.E. Jansen, *ArbeidsRecht* 2010/1). Wie weet staat de Hoge Raad een dergelijke jurisprudentievorming voor ogen bij de vergoeding voor kennelijk onredelijke opzegging. Daarvoor zou nodig zijn dat rechters explicieter zijn in de bedragen die specifieke vormen van kennelijke onredelijkheid beogen te compenseren. 11. De bedoeling van de Hoge Raad zoals ik die lees in Van der Grijp/Stam en Rutten/Breed, is ten eerste dat rechters overgaan tot het 'opknippen' van de kennelijke onredelijkheid van een ontslag in diverse aspecten daarvan, en het hangen van een prijskaartje aan elk van die aspecten. Hoe dat uitpakt, zal pas kunnen blijken uit een stroom van jurisprudentie. In afwachting daarvan is echter denkbaar dat her en der in het Nederlandse recht of elders, aanknopingspunten kunnen worden gevonden voor het vertalen van immateriële belangen, verplichtingen of behoeftes, in financiële aanspraken. Ik noem een paar aanknopingspunten die bij mij opkomen. Voor zover de kennelijke onredelijkheid ligt in het verlies van inkomen, kan worden aangeknoopt bij de aanvulling van WW-rechten. Voor zover de kennelijke onredelijkheid ligt

in het verlies van loopbaanvooruitzichten, kan worden aangeknoopt bij de kosten van loopbaanbegeleidingstrajecten. Voor zover de kennelijke onredelijkheid ligt in het ontlopen van re-integratieverplichtingen inzake een zieke werknemer, kan worden aangeknoopt bij de instrumenten in het arbeidsrecht en de sociale zekerheid waarmee de werkgever financieel geprikkeld wordt om die verplichtingen na te komen als het dienstverband voortduurt (premieverhoging, loondoorbetaling gedurende een bepaalde periode). 12. Een lastige categorie van te begroten 'schade' is die waarin een vergoeding mede is gebaseerd op het feit dat een werkgever dwingendrechtelijke wetgeving op verwijtbare wijze heeft willen ontduiken. Voor zover de rechter de verplichting om een vergoeding te betalen op deze manier wil inzetten als 'poena privata', kan de vergoeding niet alleen gebaseerd zijn op de concrete omstandigheden van de betreffende werknemer, zoals diens 'schade'. Het gaat dan immers mede om het meer algemene belang van handhaving van de betreffende wetgeving. Toch moeten ook hier aanknopingspunten gezocht worden. Voor zover de kennelijke onredelijkheid ligt in verwijten aan de werkgever inzake het schenden van grondrechten (bijvoorbeeld discriminatie), kan worden geïnventariseerd welke vergoedingen daar zoal elders in het recht of in Europese landen voor toegekend worden. Uit de Smartengeldgids kan alvast worden opgemaakt dat het smartengeld bij schending van fundamentele rechten meestal tussen de € 1000 en € 3000 belooft, met uitschieters naar boven van € 6000 bij zeer ernstige gevallen (vgl. Ti Hanh Nguyen, 'Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel', *NJB* 2009, 1408). Omdat dergelijke bedragen misschien te laag zijn om een daadwerkelijke prikkel tot naleving van deze verplichtingen te vormen (zoals het Hof van Justitie vergt), zou dat in het arbeidsrecht hoger kunnen zijn. Ook kan mijns inziens worden bezien of er toch nog formules bruikbaar kunnen zijn voor schending van typisch Nederlandse arbeidsrechtelijke verplichtingen, zoals het negeren van het BBA. De ontslagvergoeding bij ontbinding ziet volgens sommigen immers deels op de afkoop van ontslagbescherming (A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (diss. Amsterdam UvA), 2009, par. 4.10). Natuurlijk mag de kantonrechter niet meer volstaan met de toepassing van een formule voor alle aspecten van de kennelijke onredelijkheid tegelijk, maar wellicht is het wel aanvaardbaar voor een enkel deelaspect van de kennelijke onredelijkheid. Ook Buijs pleit voor een zekere handhaving van de reflexwerking van de kantonrechtersformule (zie D.J. Buijs, *TRA* 2010/1, nr. 4). In mijn ogen is dat met name aanvaardbaar ingeval de handhaving van arbeidsrechtelijke ontslagbescherming daarmee wordt gediend. 13. Vergoedingen kunnen door de rechter kortom gemotiveerd worden door eerst de deelaspecten van kennelijke onredelijkheid in een gegeven geval uit te lichten en op een bepaalde min of meer gestandaardiseerde waarde te zetten. Die waarde moet ten tweede echter nog worden 'gecorrigeerd' door de mate waarin het ontslag disproportioneel is. Dat is nodig omdat niet alleen de belangen van de werknemer en de verwijten aan de werkgever een rol spelen. Deze moeten immers worden afgewogen tegen de belangen van de werkgever en de verwijten aan de werknemer. Bij deze correctie zou, zoals Van der Voet al voorstelde in haar commentaar, met min of meer gestandaardiseerde percentages gewerkt kunnen worden. Dat kan bijvoorbeeld bij, ik noem maar iets, een vergoeding wegens discriminatoir ontslag door een werkgever in financiële problemen. Daarbij indiceert de verwijtenafweging een

bepaalde vergoeding, maar deze kan met een bepaald percentage gecorrigeerd worden vanwege de uitkomst van de belangenafweging. 14. De tweede stap van de correctie maakt duidelijk waarom het vaststellen van de vergoeding geen kwestie kan zijn van louter een inventarisatie van feiten en omstandigheden van de werknemer en het hangen van een 'concreet' dan wel een 'abstract' te begroten prijskaartje daaraan. Het probleem bij de begroting van de vergoeding is niet alleen dat de 'schade' van de werknemer zowel materieel als immaterieel kan zijn. Het probleem is vooral dat het niet alleen gaat om de verwijtbaarheid van de werkgever of de omstandigheden van de werknemer, maar om de onderlinge normatieve *afweging* tussen de verwijtbaarheid en/of omstandigheden van de werknemer en de werkgever, in de maatschappelijke context van de arbeidsrelatie. Daarmee is deze begroting als het ware een kruising tussen de 'normale' begroting van schade als gevolg van bijvoorbeeld wanprestatie, die wordt gebaseerd op art. 6:97 e.v. BW en de vergoeding zoals die wordt verleend bij opzegging van duurovereenkomsten, die wordt gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW; zie over dit aspect R. Cremers, 'Een vergoeding bij opzegging van een arbeidsovereenkomst?', *NJB* 2010/2, die het verwijtbaarheidsaspect dan weer liever negeert), terwijl ten slotte de algemene belangen op grond van art. 3:12 BW daarbij een relatief zwaar gewicht kunnen hebben. 15. Al met al is de ingeslagen weg een groot verschil met de 'snelweg' van de kantonrechtersformule of varianten daarvan. Er wordt hiermee een lang en kronkelend pad betreden, waarvan het einde nog lang niet in zicht is. De Beatles klaagden bij het beklimmen van zo'n lang en kronkelig paadje: *'The wild and windy night, that the rain washed away, has left a pool of tears, crying for the day. Why leave me standing here? Let me know the way.'* Kop op, jongens. Zie het als een uitdaging.