



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Ontbinding en kennelijk redelijk ontslag

Heerma van Voss, G.J.J.; Hansma (red.) R.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2005). Ontbinding en kennelijk redelijk ontslag. *Ontbinding Van De Arbeidsovereenkomst In Tienvoud, Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens Neemt Ontslag!*, 35(35), 65-77. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14815>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14815>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht

nr. 35

De ontbinding van de arbeids-
overeenkomst in tienvoud.

Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005:
Gijs Scholtens neemt ontslag!

Redactie

Mr. R. Hansma

Met bijdragen van:

Mr. R.M. Beltzer

Mr. G.C. Boot

Mr. D.J. Buijs

Mr. R. Hansma

Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

Mevr. mr. C.J. Herman de Groot en mr. V. Disselkoen

Mr. M. Holtzer

Mr. M.J.M.T. Keulaerds en mr. P.C. Vas Nunes

Prof. mr. J.M. van Slooten

Mr. L.G. Verburg

KLUWER 

Deventer - 2005

5 Ontbinding en kennelijk onredelijke opzegging

*Guus Heerma van Voss**

5.1 Inleiding

In hoeverre valt de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijke opzegging (art. 7:681 BW) te vergelijken met de vergoeding die kan worden toegekend bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst (art. 7:685 BW)? Deze vraag houdt al weer enkele jaren de arbeidsrechtelijke gemoederen bezig. In deze bijdrage zal het antwoord op deze vraag worden geanalyseerd aan de hand van theoretische uitgangspunten, praktische toepassing door rechters en de specifieke problematiek van arbeidsongeschikte werknemers en het sociaal plan.

5.2 Theoretisch verband tussen de beide vergoedingen

Is er verband tussen de schadevergoeding die de rechter kan opleggen indien er sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging en de vergoeding die de rechter kan opleggen indien hij een verzoek toewijst tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst? We beperken ons hierbij tot de vergoeding die aan de werkgever wordt opgelegd. De eerste vraag is dan hoe de vergoeding bij kennelijk onredelijke opzeggingen dient te worden bepaald. Het gaat hier volgens de wet om een schadevergoeding. De toevoeging 'naar billijkheid' die in het vroegere art. 1639s BW voorkwam, is bij gelegenheid van de invoering van art. 7:681 in het nieuwe BW geschrapt. Bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst volgens art. 7:685 BW kan de rechter nog wel steeds een vergoeding toekennen indien hem dit 'billijk' voorkomt. Daarmee is wellicht een verschil ontstaan tussen de berekeningsmethode bij schadevergoedingen uit kennelijk onredelijk ontslag en die van vergoedingen bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen.

* Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss is hoogleraar Sociaal Recht aan de Universiteit Leiden.

Scholtens betoogt dat nog steeds sprake is van een schadevergoeding naar billijkheid bij kennelijk onredelijk ontslag, omdat het schrappen van de woorden naar billijkheid ‘uitsluitend als achtergrond had de samenhang met art. 6:106 en art. 6:197 BW’.¹ Bedoeld is waarschijnlijk art. 6:97 BW, en dit artikel bepaalt nu juist wel iets anders dan het oude art. 1639s:

‘De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.’

Destijds is in de toelichting op het oude art. 1639s BW als reden voor een vergoeding naar billijkheid vermeld, dat de schade die ook op een nog langer durende onzekere toekomst betrekking heeft, vaak moeilijk te schatten en te bewijzen is.² In het nieuwe systeem van schadeberekening wordt als volgorde aangegeven: eerst nauwkeurig vaststellen en vervolgens schatten van de schade. Het staat mijns inziens de rechter nog steeds vrij de billijkheid te hanteren als de schatting moeilijk is te maken, maar dan wel als laatste mogelijkheid nadat eerst berekening en schatting zijn geprobeerd.

De praktijk is dikwijls anders: de rechter bepaalt een bedrag zonder dat daar een concrete berekening aan ten grondslag ligt. Dat kan eventueel worden gerechtvaardigd met de gedachte dat deze begrotingswijze meer met de aard van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag in overeenstemming zou zijn. Het is waarschijnlijk ook gemakkelijker voor de rechter, omdat het moeilijk is om te voorspellen hoe lang de betrokken werknemer werkloos zal blijven of hoe veel minder hij eventueel in een nieuwe baan zou verdienen. Overigens moet bij de bepaling van de schadevergoeding wel de dag waarop de arbeidsovereenkomst eindigt als uitgangspunt worden genomen, maar na de ingangsdatum voorgevallen feiten en omstandigheden kunnen bijdragen tot het inzicht in de op de ingangsdatum bestaande toestand.³

De eenvoudige bepaling van de schadevergoeding gebeurt onder meer door aan te sluiten bij de zogeheten kantonrechtersformule, die

- 1 C.G. Scholtens, ‘Formules en statistieken’, in: F.B.J. Grapperhaus, C.J. Loonstra & C.G. Scholtens, *Afvloeiingsregelingen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 118, verwijzend naar *Kamerstukken II* 1994/95, 23 438, nr. 3, p. 51.
- 2 *Kamerstukken II* 1994/95, 23 438, nr. 3, p. 8; M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954, p. 138.
- 3 HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 412.

onderdeel vormt van de landelijke Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters. Theoretisch bestaat er echter wel verschil tussen de vergoeding van art. 7:685 BW, waarin niet voor niets het element schade niet wordt genoemd, omdat hier de rechter een grote vrijheid wordt gelaten en de schadevergoeding van art. 7:681 BW, waarin de rechter de opdracht heeft bij de geleden schade aan te sluiten.

Bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding komt de vergelijking met de vergoeding bij ontbinding met name aan de orde indien het ontslag kennelijk onredelijk wordt geacht op basis van de tweede grond genoemd in art. 7:681 lid 2 BW: ‘wanneer, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging’, kortweg genoemd het ‘gevolgen-criterium’. In feite gaat het er hierbij om dat aan de werknemer in het geheel geen of een te lage afvloeiingsregeling is aangeboden.

Voor het aanknopen bij de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters voor het bepalen van de hoogte van de schadevergoedingen vallen dan theoretisch twee redeneringen te volgen:

1. de norm van art. 7:681 BW en die van art. 7:685 BW zijn identiek omdat het in beide gevallen gaat om een afvloeiingsregeling om de gevolgen van het ontslag te compenseren, waarbij de werkgever kan kiezen welke van twee wegen hij volgt;
2. de norm van art. 7:681 BW verwijst naar hetgeen de werkgever zou behoren aan te bieden en dat laatste wordt mede bepaald door datgene wat kantonrechters bij ontbinding plegen toe te kennen.

Op beide opvattingen valt theoretisch het nodige af te dingen. Dat heeft er met name mee te maken, dat de vergoedingen bij ontbinding betrekkelijk hoog zijn, hetgeen te verklaren valt uit het feit dat men bij ontbinding een aantal zaken afkoopt die bij een normale opzegging wel van toepassing zijn of kunnen zijn:

- a. de toestemming van de CWI volgens art. 6 BBA 1945, hetgeen zowel een strenge toetsing van de ontslaggrond omvat als ook een omslachtige procedure;
- b. de periode van de opzegtermijn en die tot de aanzegdag van art. 7:672 BW;
- c. eventuele opzegverboden als bedoeld in art. 7:670 BW.

Het zijn deze factoren die de prijs van een ontslag in Nederland hebben opgedreven en die zijn verdisconteerd in de hoogte van de vergoeding bij ontbinding. Gaat het om een kennelijk onredelijk ontslag, dan zijn deze zaken niet aan de orde en zou een eventuele vergoeding naar evenredigheid lager kunnen zijn. Daarbij dient ook bedacht te worden dat de wetgever nooit heeft beoogd dat de werkgever bij ieder ontslag waarbij de werknemer geen verwijten te maken zijn, aan de werknemer een vergoeding zou moeten toekennen. Bij ontbinding is dat thans wel het geval, hetgeen te verklaren valt uit de genoemde factoren. Zo kan de werkgever altijd nog als alternatief voor de in beginsel ‘goedkopere’ opzeggingsmethode kiezen.

Ook bij beëindigingen met wederzijds goedvinden (of ‘geregelde’ ontbindingen) is de kantonrechtersformule de gangbare norm, doch dit valt eveneens te verklaren uit het feit dat de voor de werkgever aan de opzegging verbonden bezwaren ook hierbij worden afgekocht.

Voor een gelijke norm wordt aangevoerd dat het hier zou gaan om gelijke situaties: het zou voor een kantonrechter lastig uit te leggen zijn waarom voor dezelfde werknemer in de ene situatie (ontbinding) een hogere vergoeding op zijn plaats zou zijn dan in de andere (opzegging), terwijl de werknemer toch in beide gevallen zijn baan kwijtraakt onder overigens gelijke omstandigheden. Nu is het de verantwoordelijkheid van de rechter om burgers met lastige zaken te confronteren. Maar uit het bovenstaande volgt ook dat in elk geval enig verschil wel valt uit te leggen.

5.3 Praktisch verband tussen de beide vergoedingen

Uit een enquête bleek dat twee keer zoveel kantonrechters die de kantonrechtersformule ‘in het achterhoofd houden’ bij kennelijk onredelijk ontslagzaken als kantonrechters dit niet doen. Wel gaf de helft van de kantonrechters aan een korting toe te passen voor de opzegtermijn en de duur van de BBA-procedure.⁴ Met dit laatste wordt dus enigszins, maar niet geheel rekening gehouden met de verschillen tussen de twee situaties.

In dit verband wordt ook wel gesproken over ‘reflexwerking’ van de kantonrechtersformule in ontbindingsprocedures op de schadevergoedingen wegens kennelijk onredelijk ontslag. Uit statistisch onder-

4 H.Th. van der Meer, ‘Kantonrechters tevreden over kantonrechtersformule’, *ArbeidsRecht* 2003, 1.

zoek van Scholtens op basis van de gepubliceerde jurisprudentie in de jaren 1992-2003 blijkt evenwel dat er weliswaar enige reflexwerking is van de kantonrechtersformule in ontbindingszaken op de kennelijk onredelijk ontslagvergoedingen, maar dat de laatste gemiddeld ver achterblijven (de helft) bij de ontbindingsvergoedingen. Hij verwacht echter dat de hoogte van deze vergoedingen wel meer naar elkaar zal toegroeien.⁵ Scholtens verwerpt de gedachte dat de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag op basis van deze uitkomst ‘dus’ de helft van de ontbindingsvergoeding zou moeten bedragen. Dat zou mijns inziens ook alleen al daarom niet kunnen omdat niet duidelijk is welke kennelijk onredelijk ontslagzaken in deze vergelijking zijn betrokken. Kennelijk heeft Scholtens alle uitspraken hierin betrokken en niet alleen de uitspraken die zijn gebaseerd op het ‘gevolgen-criterium’. Ook meen ik overigens dat we geen normen kunnen ontlenen aan statistieken.

Kijken we nu naar de gepubliceerde rechtspraak over kennelijk onredelijk ontslag waarbij sinds 2000 een relatie valt te leggen met ontbindingsvergoedingen, dan levert dit het volgende beeld op.

In de eerste plaats zijn er kantonrechters die de kantonrechtersformule in principe niet van toepassing achten in kennelijk onredelijk ontslagzaken.

- Kantonrechter Rotterdam (Kuip) ziet voor een analoge toepassing van de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure geen aanleiding, gezien het verschillende karakter van de procedures, omdat de behandelingsduur bij de RDA (thans CWI) als regel langer is en de werkgever bovendien nog de opzegprocedure in acht moet nemen. Bij de ontbindingsprocedure kan de werkgever bovendien het verzoek nog intrekken indien hij niet bereid is om de vergoeding te betalen.⁶

Vervolgens zijn er kantonrechters die weliswaar de formule niet toepasbaar achten, maar wel bij de formule aansluiten voor het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag:

- Kantonrechter Breda (Spreeuwenberg) verwierp het betoog dat voor de omvang van de schadevergoeding valt aan te knopen bij de zogenoemde kantonrechtersformule met verwijzing naar een

⁵ Scholtens, a.w., p. 130-131.

⁶ Ktr. Rotterdam 2 mei 2000, *JAR* 2000/144.

uitspraak van de Rechtbank Breda⁷, maar kende daarna als schadevergoeding toe een suppletie van de werkloosheidsuitkering voor 24 maanden, overeenkomend met de bijna 24 dienstjaren van de 44-jarige werknemer, zodat de vergoeding toch wel enige gelijkenis vertoont met de kantonrechtersformule.⁸

- Rechtbank Breda acht de kantonrechtersformule niet zonder meer toepasbaar gelet op de verschillende aard van de procedures (en de met deze aard samenhangende vergoeding), mede gezien het feit dat een ontbindingsprocedure wegens gewichtige redenen op zeer korte termijn kan worden beëindigd, nu de wettelijke opzegtermijnen niet in acht behoeven te worden genomen. Dat neemt niet weg dat de in de kantonrechtersformule meest bepalende factoren (leeftijd en duur dienstverband) medebepalend zijn in de onderhavige beoordeling.⁹

Daarnaast zijn er de rechters die in beginsel wel dezelfde formule toepassen:

- Rechtbank Middelburg baseert dit op de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid. Nu echter de vergoeding bij ontbinding zes maanden salaris zou hebben bedragen en de opzegging reeds zes maanden tevoren was aangekondigd, zou het resultaat hetzelfde zijn en was, mede gezien de financiële situatie van de werkgever, de opzegging niet kennelijk onredelijk.¹⁰
- Kantonrechter Amsterdam (Fruytier) betoogt dat of de ene weg wordt gevolgd dan wel de andere, tegenwoordig louter afhangt van de keuze van de werkgever waarop de werknemer geen invloed kan uitoefenen. Onder deze omstandigheden is het niet te verdedigen dat aan de kantonrechter een vordering tot toekenning van een (schade)vergoeding in principe anders zou moeten beoordelen al naargelang de procedure die is ingesteld. Overigens geeft deze kantonrechter vervolgens eigen criteria voor de vergoedingen en volgt hij niet de Aanbevelingen.¹¹
- Kantonrechter Maastricht (Nevelstein) volgt dezelfde redenering: de werkgever heeft tegenwoordig de keuze en beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid brengen dan mee dat de ‘aansprakelijkheids’- en (schade)vergoedingsnormen, voorzover de

7 Rb. Breda 27 januari 1998, *JAR* 1999/143.

8 Ktr. Breda 12 juli 2000, *JAR* 2000/197.

9 Rb. Breda 10 maart 2004, *JAR* 2004/160.

10 Rb. Middelburg 28 juni 2000, *JAR* 2000/161.

11 Ktr. Amsterdam 1 september 2000, *JAR* 2001/2.

- wet dit toestaat, gelijk dienen te zijn, met dien verstande dat natuurlijk wel rekening is te houden met eventuele loondoorbetaling tijdens de langere duur van de RDA-procedure en/of tijdens de opzegtermijn.¹²
- Kantonrechter Alkmaar (Schlingemann) stelt dat art. 7:681 BW en art. 7:685 BW elkaar door de rechtsontwikkeling zo dicht zijn genaderd, dat van een relevant verschil ten aanzien van het toekennen en de omvang van vergoedingen niet langer gesproken kan worden.¹³
 - Rechtbank Den Haag gaat in navolging van de kantonrechter ter plaatse kennelijk uit van de kantonrechtersformule zonder dit verder te motiveren.¹⁴
 - Kantonrechter Lelystad (Manders) past zonder nadere toelichting de kantonrechtersformule toe bij kennelijk onredelijk ontslag.¹⁵

De afgelopen periode hebben ook de meeste gerechtshoven zich uit moeten laten over de verhouding tussen art. 7:681 BW en art. 7:685 BW. Dit leverde het volgende beeld op:

- Het Hof Den Haag oordeelt dat de kantonrechtersformule niet als basis kan worden genomen voor de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Bij de kantonrechtersformule wordt ook in aanmerking genomen dat de arbeidsovereenkomst op korte termijn kan worden beëindigd en dat het ontbindingsverzoek kan worden ingetrokken. Deze omstandigheden doen zich niet voor bij kennelijk onredelijk ontslag. Wel neemt het hof omstandigheden in aanmerking als duur van de arbeidsrelatie, leeftijd van de werknemers en de vraag in wiens risicosfeer de ontslaggrond ligt. Voorts is van belang dat de werknemer snel weer werk heeft.¹⁶
- Het Hof Arnhem liet de beoordeling van de Kantonrechter Wageningen in stand, dat de kantonrechtersformule niet zonder meer van toepassing is, maar daar in dit soort gevallen toch wel vaak aansluiting bij wordt gezocht en de manier waarop dat door de werkneemster was gedaan (C = circa 0,5) was redelijk bevonden. Tegen de hoogte van de schadevergoeding was echter in hoger beroep geen grief aangevoerd.¹⁷

12 Ktr. Maastricht 6 juni 2001, *JAR* 2001/120.

13 Ktr. Alkmaar 16 januari 2002, *JAR* 2002/51.

14 Rb. 's-Gravenhage 6 december 2000, *JAR* 2001/19.

15 Ktr. Lelystad 7 april 2004, *JAR* 2004/107.

16 Hof 's-Gravenhage 10 januari 2003, *JAR* 2003/105.

17 Hof Arnhem 18 maart 2003, *JAR* 2003/127.

- Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde dat voor het aanknopen bij de kantonrechtersformule geen reden bestaat, nu de vordering is gebaseerd op een kennelijk onredelijk ontslag en sprake is van een collectief ontslag als gevolg van een noodzakelijk gebleken reorganisatie.¹⁸
- Het Hof Amsterdam laat ten slotte in het midden hoe het tot een berekening van de schadevergoeding komt en vermeldt slechts dat het deze billijk acht.¹⁹

Naar ik heb vernomen hebben de hoven in onderling overleg inmiddels afgesproken dat de kantonrechtersformule een gezichtspunt vormt dat in aanmerking wordt genomen bij de beoordeling van een opzegging op kennelijke onredelijkheid. Dit betekent dat het één van de afwegingsfactoren vormt, maar niet richtinggevend is. Hoe de afweging in concreto gaat plaatsvinden, kan per hof nog aanzienlijk verschillen.

5.4 Vergoeding bij arbeidsongeschiktheid

De Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters zijn over de vraag of er bij arbeidsongeschiktheid aanleiding is voor een ontslagvergoeding betrekkelijk vaag. Afgezien van de specifieke situatie bij arbeidsconflicten wordt opgemerkt dat het een kwestie is van risicosfeer en verwijtbaarheid. Arbeidsongeschiktheid als gevolg van deelneming aan een door de werkgever verboden sportevenement leidt in beginsel niet tot een vergoeding. De werknemer die door buitengewoon slechte arbeidsomstandigheden uiteindelijk arbeidsongeschikt wordt, heeft wel recht op vergoeding. Ook de opstelling van de werkgever in het reïntegratietraject is een factor van belang.

In geval van arbeidsongeschiktheid van de werknemer vindt meestal pas opzegging plaats na afloop van de periode van twee jaar gedurende welke een opzegverbod geldt. Sinds 2004 geldt ook gedurende die periode een plicht voor de werkgever om loon door te betalen. Tevens dienen de twee jaar te worden benut om zo reïntegratie van de arbeidsongeschikte werknemer in het arbeidsproces te bevorderen. Dit maakt dat de vraag of een vergoeding dient te worden toegekend bij een zodanig ontslag mede wordt beoordeeld aan de hand

18 Hof 's-Hertogenbosch 9 december 2003, *JAR* 2004/32.

19 Hof Amsterdam 18 maart 2004, *JAR* 2004/161.

van de vraag of de werkgever zich voldoende heeft ingespannen om tot reïntegratie te komen. Als toestemming is verleend voor de opzegging door de CWI, mag worden aangenomen dat dit in beginsel het geval is, omdat de CWI hierop toetst. Onvoldoende medewerking van de werkgever kan leiden tot een schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag.

Voorts wordt in uitspraken over schadevergoeding regelmatig rekening gehouden met het gegeven dat de werkgever het salaris en de uitkering heeft aangevuld tot 100% van het loon. In sommige gevallen wordt daarbij vermeld dat dit onverplicht gebeurde, hetgeen kennelijk meer is dan van de werkgever mocht worden verwacht en daarom wordt verdisconteerd.²⁰ In andere gevallen doet juist niet terzake dat de werkgever hiertoe verplicht was.²¹

In het befaamde *Boulidam*-arrest heeft de Hoge Raad een toegekende vergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag in stand gelaten hoewel het causaal verband tussen de arbeidsongeschiktheid en de slechte arbeidsomstandigheden niet was aangetoond. Niet beslissend was of Boulidam arbeidsongeschikt was geworden doordat hij het zware werk voor vele jaren had gedaan, maar dat hij arbeidsongeschikt was geworden nadat hij dit had gedaan.²² Hoewel dit oordeel van de rechtbank in cassatie niet werd aangetast en de Hoge Raad niet zozeer zelf een rechtsregel formuleerde, valt een bevestiging te lezen in het recente arrest *Van Ree/Damco*. In dit geval had de rechtbank niet meer dan f 15 000 schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag toegewezen omdat de werknemer niet had aangetoond dat de arbeid *bovenmatig* zwaar was geweest. De Hoge Raad oordeelde dat de rechtbank had miskend dat de rechter ook bij de beantwoording van de vraag welke vergoeding in geval van kennelijk onredelijk ontslag billijk is te achten, alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking dient te nemen. Met deze regel is onverenigbaar aan te nemen dat de zwaarte van de werkomstandigheden of het feit dat de werknemer als gevolg van zijn werk arbeidsongeschikt is geworden in een geval als het onderhavige alleen dan tot een hogere vergoeding dan f 15 000 kan leiden indien die omstandigheden bovenmatig zwaar waren of niet aan redelijke eisen voldeden en de arbeidsongeschiktheid daaraan kan worden toegerekend.²³ Hoewel Zondag uit lagere rechtspraak

20 Hof Amsterdam 18 maart 2004, *JAR* 2004/161.

21 Hof Amsterdam 17 juni 2004, *JAR* 2004/254.

22 HR 25 juni 1999, *NJ* 1999, 601, *JAR* 1999/149 (*Boulidam/Driessen*).

23 HR 3 december 2004, *JAR* 2005/30 (*Van Ree/Damco*).

afleidt dat wel een zwaar causaal verband pleegt te worden geëist²⁴, kan mijns inziens in het laatste arrest toch een aanwijzing worden gelezen dat de Hoge Raad vindt dat een werknemer die jarenlang voor de werkgever onder zware omstandigheden heeft gewerkt hetgeen tot arbeidsongeschiktheid heeft geleid, bij ontslag een behoorlijke vergoeding moet ontvangen.

5.5 Vergoeding voorzien in sociaal plan

De Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters bevatten een afzonderlijke passage over de beoordeling van een sociaal plan. Bij ontbinding zal in afwijking van de Aanbevelingen voor normale situaties een vergoeding worden toegekend overeenkomstig een terzake gemaakt sociaal plan, mits dat plan door de werkgever schriftelijk is overeengekomen met tot de CAO-onderhandelingen in de sector toegelaten, dan wel anderszins voldoende representatieve vakorganisaties, tenzij onverkorte toepassing daarvan leidt tot een evident onbillijke uitkomst voor de betrokken werknemer. In dat laatste geval gelden wel de normale Aanbevelingen, met dien verstande dat, indien slechts financiële omstandigheden van het bedrijf redengevend zijn voor de reorganisatie, daarin voldoende grond ligt om C in ieder geval niet hoger dan 1 te laten zijn.

De Aanbevelingen bevatten drie belangrijke elementen:

1. het sociaal plan moet gesloten zijn met representatieve vakorganisaties;
2. een CAO-status en de vraag of werknemers gebonden zijn als lid van een vakorganisatie of anderszins is niet van belang;
3. de toetsing is marginaal, in beginsel wordt het sociaal plan gevolgd, maar hierop zijn uitzonderingen mogelijk bij evidente onbillijkheid.

Op dit punt is sprake van een subtiële, doch wel iets andere norm bij kennelijk onredelijk ontslag. In eerste instantie leek de vraag naar de doorwerking van een sociaal plan te worden benaderd vanuit het CAO-recht. De Hoge Raad maakte uit dat een sociaal plan pas de status van CAO heeft, indien deze correct is aangemeld bij het ministe-

24 W.A. Zondag, *Rechtspraak Kennelijk onredelijk ontslag*, Deventer: Kluwer 2005, p. 62.

rie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid overeenkomstig de Wet op de loonvorming.

Maar nadien heeft de Hoge Raad in het arrest *Bulut/Troost* het spoor van het CAO-recht verlaten. Indien de werknemer niet aan het plan als deel van een CAO is gebonden, vormt bij de beantwoording van de vraag of een in het kader van een reorganisatie gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, het feit dat de voor de werknemer getroffen voorziening in overeenstemming is met het sociaal plan, een aanwijzing dat de voorziening toereikend is, zij het dat de rechter zich niet kan onttrekken aan een beoordeling van de redelijkheid van de voorziening als die wordt betwist.²⁵ Dit komt dicht in de buurt van de Aanbevelingen van de kantonrechters, maar is iets subtieler. Wat betreft punt 1 was in casu sprake van een sociaal plan met de representatieve vakorganisaties, maar over deze – omstreden – eis laat de Hoge Raad zich niet uitdrukkelijk uit. De eisen 2 en 3 gelden ook bij de Hoge Raad, met dien verstande dat er bij 3 sprake is van een iets andere constructie. Het resultaat behoeft niet veel te verschillen. De benadering van de Hoge Raad is gelukkig omdat we hierdoor verder afraken van de contractuele benadering van ons CAO-recht en daardoor meer flexibiliteit kennen.

Het Hof Den Bosch volgde de *Bulut/Troost*-leer door te oordelen dat het feit dat het sociaal plan is overeengekomen met de vakbonden en de ondernemingsraad een aanwijzing vormt dat de in het sociaal plan toegekende vergoeding toereikend is. Bij de beoordeling dienen echter de persoonlijke omstandigheden mee te wegen, zoals het eenzijdig ontwikkelde carrièreverloop waardoor een werknemer een zeer specifieke technische kennis heeft ontwikkeld, de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en de mogelijkheden om elders een vergelijkbare functie te vinden. Gegeven die omstandigheden wordt een in het sociaal plan getroffen voorziening waarbij geen enkele rekening wordt gehouden met de factor hoogte van het salaris ongenoegzaam geacht. Daarvoor in de plaats stelt het hof een bedrag aan schadevergoeding vast, dat slechts wordt gemotiveerd met de overweging dat rekening is gehouden met de duur van het dienstverband, de reden van beëindiging van het dienstverband, de hoogte van het laatstverdiende salaris, alsmede de vooruitzichten om een vergelijkbare functie te vinden, naast de krachtens het sociaal plan toegekende vergoeding. Hoe het bedrag verder tot stand is gekomen, wordt niet vermeld.²⁶

25 HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 324 (*Bulut/Troost*).

26 Hof 's-Hertogenbosch 9 december 2003, *JAR* 2004/32.

5.6 Nadere analyse

Uit het bovenstaande volgt dat het aansluiten bij de kantonrechtersformule voor de toekenning van een vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag niet vanzelf spreekt. Het belang van rechtsgelijkheid pleit ervoor met deze formule rekening te houden, een identieke toepassing doet echter geen recht aan het verschil tussen de beide procedures en aan het feit dat de wetgever geen vergoeding in alle gevallen van eenzijdige beëindiging heeft beoogd. De oplossing kan worden gevonden in een drietal varianten.

De eerste, door Scholtens reeds vermelde opvatting dat de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag de helft zou kunnen zijn van de kantonrechtersformule is hierboven reeds behalve door hemzelf ook door mij verworpen. Toch is de gedachte wel interessant om ten opzichte van de 'normale' kantonrechtersformule een korting toe te passen die de verschillen tussen beide procedures compenseert. Zo'n korting zou een bepaald percentage kunnen betreffen, zodat de vergoeding nog altijd evenredigheid vertoont met de factoren diensttijd, leeftijd, loon en verwijtbaarheid die de kantonrechtersformule bepalen.²⁷ Ook is denkbaar dat de korting concreet wordt ingevuld met de langere duur van de opzeggingsprocedure, zoals sommige rechters in hun uitspraken doen.

Een tweede benadering is de tendens in de rechtspraak om de kantonrechtersformule te beschouwen als een gezichtspunt dat in aanmerking wordt genomen. Dit is echter nog een betrekkelijk vrijblijvende formule, die alle vrijheid laat aan rechters om tot zeer uiteenlopende standpunten te komen.

Een derde alternatief vinden we als we de rechtspraak over het sociaal plan in de beschouwing betrekken en de *Bulut/Troost*-formule enigszins aanpassen. De kantonrechtersformule vormt dan een in aanmerking te nemen aanwijzing voor de hoogte van de schadevergoeding, maar daarbij dient rekening te worden gehouden met alle concrete omstandigheden van het geval, zoals de duur van de opzegtermijn, tijdigheid van de aankondiging van de opzegging en duur van de CWI-procedure. Tevens kan hierbij de discussie worden betrokken of pas sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag indien het een ontslag betreft van een oudere werknemer met een aanzien-

27 De vraag of de factor leeftijd nog te rechtvaardigen is in het kader van de regelgeving tegen leeftijdsdiscriminatie zou een aparte beschouwing waard zijn.

lijk aantal dienstjaren en/of een achterstand op de arbeidsmarkt en de financiële situatie van de werkgever.

Deze laatste formule lijkt mij het meeste recht te doen aan de specifieke verhouding tussen de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag op basis van het ‘gevolgen-criterium’ en de vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

5.7 Conclusie

In de gevoelige materie van de vergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag kan niet zonder meer worden aangesloten bij de kantonrechtersformule. Wel dient deze een rol te spelen in de beoordeling. Minder aanvaardbaar is heden ten dage de benadering waarbij zonder meer een bedrag als billijk wordt gegeven, zonder dat inzicht wordt geboden in de wijze van berekening van dit bedrag.

Het gegeven dat bij kennelijk onredelijk ontslag minder goed voorspelbaar is hoe hoog een vergoeding zal kunnen uitvallen dan bij ontbinding is begrijpelijk tegen de achtergrond van het feit dat het hier gaat om een veel beperkter aantal uitspraken per jaar, waar bovendien door de uitvoeriger procedure ook meer gelegenheid bestaat om recht te doen aan de omstandigheden van het concrete geval.

Het zal nodig blijven om te leven met enige onzekerheid: het oordeel wordt per geval gegeven en er wordt met een schuin oog gekeken naar de kantonrechtersformule. De uitkomst van de berekening kan echter wel zo inzichtelijk mogelijk worden gemaakt door de redenen waarom van de kantonrechtersformule wordt afgeweken zo concreet mogelijk te benoemen. Deze genuanceerde methode, die in feite al wordt gevolgd in de rechtspraak over arbeidsongeschikte werknemers en het sociaal plan, verdient uitbreiding naar de rechtspraak over het gevolgen-criterium bij kennelijk onredelijk ontslag in het algemeen. Op deze wijze ontstaat een inzichtelijke en controleerbare rechtspraak, die uiteindelijk het evenwicht tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid het best zal benaderen.