



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: HR 2010-05-21

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2010). Annotation: HR 2010-05-21. *Nederlandse Jurisprudentie*, 40, 4897-4917. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16128>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16128>

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

NJ 2010/495

HOGHE RAAD (CIVIELE KAMER)

21 mei 2010, nr. 09/01107

(Mrs. J.B. Fleers, O. de Savornin Lohman, A. Hammerstein, C.A. Streefkerk, W.D.H. Asser; A-G Spier)
m.nt. G.J.J. Heerma van Voss

BW art. 7:681

RvdW 2010, 634

RAR 2010/101

JAR 2010/163

LJN BL6075

Ontslag kennelijk onredelijk?; 'gevolgencriterium'; maatstaf; passeren essentiële stelling; verplichting extra inspanning m.b.t. herplaatsing boventallige werknemer met lichamelijke beperking.

Bij de beantwoording van de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is op grond van het gevolgencriterium van art. 7:681 lid 2, aanhef en onder b, BW is de situatie ten tijde van het ingaan van het ontslag beslissend en mag met latere omstandigheden slechts rekening worden gehouden voor zover daaruit aanknopingspunten zijn af te leiden met betrekking tot hetgeen bij het eindigen van het dienstverband voorzienbaar was. Het hof heeft zijn oordeel dat geen sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag onvoldoende gemotiveerd gelet op hetgeen de werknemer had aangevoerd over zijn lichamelijke beperkingen na een herseninfarct ten gevolge waarvan hij, ook als hij niet langer de formele status van arbeidsgehandicapte zou hebben, moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt. Van een werkgever mag in beginsel een extra inspanning verwacht worden om een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, binnen het hem vertrouwde concern te herplaatsen.

In deze zaak gaat het om de vraag of het ontslag van eiser tot cassatie als kennelijk onredelijk moet worden aangemerkt. Het gaat daarbij niet om de hoogte van de vergoeding, maar om de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is op de voet van het 'gevolgencriterium' van art. 7:681 lid 2 onder b BW. Volker Wessels Telecom Installaties B.V. (hierna: VWTI) heeft vanwege sterk negatieve resultaten een melding gedaan als bedoeld in artikel 3 lid 1 van de Wet melding collectief ontslag. Na van het CWI verkregen toestemming heeft zij de arbeidsovereenkomsten met haar werknemers, onder wie eiser opgezegd. Eiser vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door VWTI als kennelijk onredelijk moet worden beschouwd, en veroordeling van VWTI tot betaling van schadevergoeding. Eiser heeft zijn vordering gebaseerd op de stelling dat de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging als bedoeld in art. 7:681 lid 2, aanhef en onder b, BW. Eiser beroept

zich daartoe op zijn 36-jarige dienstverband bij (rechtsvoorgangers van) VWTI, zijn leeftijd (ten tijde van het ontslag 53 jaar), zijn opleidingsniveau, eenzijdig arbeidsverleden, de situatie op de arbeidsmarkt en zijn arbeidsgehandicapte-status. De kantonrechter heeft de vorderingen toegewezen. Het hof heeft de vorderingen alsnog afgewezen.

Volgens de eerste klacht van het onderdeel heeft het hof, door in aanmerking te nemen dat eiser zijn status van arbeidsgehandicapte per 14 mei 2006 had verloren, miskend dat bij de beantwoording van de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is op grond van (kort gezegd) het gevolgencriterium van art. 7:681 lid 2, aanhef en onder b, de situatie ten tijde van het ingaan van het ontslag beslissend is en dat met latere omstandigheden slechts rekening mag worden gehouden voor zover daaruit aanknopingspunten zijn af te leiden met betrekking tot hetgeen bij het eindigen van het dienstverband voorzienbaar was. Hoewel de klacht op een juiste rechtsopvatting is gebaseerd (vgl. HR 17 oktober 1997, LJN ZC2457, NJ 1999/266 m.nt. PAS), kan zij niet tot cassatie leiden omdat het hof dit niet heeft miskend. VWTI heeft in eerste aanleg betoogd dat eiser op 14 mei 2006 de status van arbeidsgehandicapte zou verliezen, en het hof heeft op grond daarvan kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat zulks, als onvoldoende betwist, als een ten tijde van het ontslag bestaande verwachting tot uitgangspunt kon worden genomen.

Het middelonderdeel dat betoogt dat het hof heeft miskend dat van VWTI verwacht had mogen worden dat zij extra moeite had gedaan om hem elders in het concern te herplaatsen slaagt. Bij zijn verwerping van deze stelling heeft het hof weliswaar geoordeeld dat VWTI zich heeft ingespannen haar boventallige werknemers elders binnen het concern te herplaatsen, waarbij het VUT-perspectief van deze werknemers geen belemmering is gebleken, maar het hof is ten onrechte zonder motivering voorbijgegaan aan hetgeen eiser had aangevoerd over zijn lichamelijke beperkingen, en aan het daarop gebaseerde betoog van eiser dat VWTI mede daarom meer haar best had moeten doen eiser in één van de hem vertrouwde zustervennootschappen van VWTI te plaatsen. Daarbij verdient opmerking dat van een werkgever in beginsel een extra inspanning verwacht mag worden om een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, binnen het hem vertrouwde concern te herplaatsen.

X., te Y. eiser tot cassatie, adv.: mr. R.A.A. Duk, (behandelend adv.: mr. S.F. Sagel ;red.),
tegen

Volker Wessels Telecom Installaties B.V., thans geheeten Installix B.V., te Amersfoort, verweerster in cassatie, adv.: mr. N.T. Dempsey en mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt.

Hof:

2. Het geding in hoger beroep

2.1. VWTI heeft bij exploit van 23 maart 2007 geïntimeerde aangezegd van het vonnis van 14 febru-

ari 2007 in hoger beroep te komen, met dagvaarding van geïntimeerde voor dit hof.

2.2. Bij memorie van grieven heeft VWTI een grief tegen het bestreden vonnis aangevoerd en toegelicht, heeft zij bewijs aangeboden en producties in het geding gebracht. Zij heeft gevorderd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw recht doende, bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest:

1. geïntimeerde alsnog in zijn vorderingen niet-ontvankelijk zal verklaren, althans hem deze zal ontzeggen;

2. voorzover door VWTI geheel of gedeeltelijk is voldaan aan het voornoemde vonnis, geïntimeerde zal veroordelen om binnen twee dagen na het ten deze te wijzen arrest tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan VWTI terug te betalen de bedragen die VWTI (te vermeerderen met loonheffing) onder dreiging van executie van het in deze appelprocedure vernietigde vonnis aan geïntimeerde heeft betaald, zulks vermeerderd met de wettelijke rente over deze bedragen van de dag dat VWTI deze aan geïntimeerde heeft betaald, althans vanaf 26 juni 2007, tot aan de dag der algehele voldoening;

3. geïntimeerde zal veroordelen in de kosten van deze procedure, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, waaronder begrepen het verschuldigde griffierecht en het begrote bedrag aan salaris van de gemachtigde respectievelijk procureur, te voldoen binnen twee dagen na dagtekening van het in deze te wijzen arrest, en indien voldoening niet binnen deze termijn plaatsvindt te vermeerderen met de wettelijke rente, te rekenen vanaf heden, althans van de tweede dag na heden tot aan de dag van de algehele voldoening.

2.3. Bij memorie van antwoord heeft geïntimeerde verweer gevoerd en heeft hij bewijs aangeboden. Hij heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen met veroordeling van VWTI in de kosten van het hoger beroep.

2.4. Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd.

3. De grief

De grief (die het hof leest als gericht tegen het vonnis tussen geïntimeerde en VWTI)

De kantonrechter heeft ten onrechte geoordeeld dat sprake is geweest van een kennelijk onredelijke opzegging. De kantonrechter heeft daarbij – eveneens ten onrechte – aan geïntimeerde een vergoeding op basis van de kantonrechttersformule toegekend, VWTI veroordeeld om deze vergoeding te betalen en haar veroordeeld in de proceskosten. Met deze grief beoogt VWTI te bewerkstelligen dat het hof de zaak in zijn volle omvang beoordeelt.

4. De vaststaande feiten

De kantonrechter heeft in het vonnis van 14 februari 2007 onder het kopje 'De feiten' feiten vastgesteld. Aangezien daartegen geen bezwaren zijn geuit, zal het hof in hoger beroep ook van die feiten uitgaan.

5. De motivering van de beslissing in hoger beroep

5.1. Geïntimeerde heeft in zijn inleidende dagvaarding een verklaring voor recht gevorderd dat de opzegging door VWTI van de arbeidsovereenkomst als kennelijk onredelijk dient te worden beschouwd, een veroordeling van VWTI tot betaling van schadevergoeding ter hoogte van € 108.773,28 bruto, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, rente, buitengerechtelijke incassokosten en een kostenveroordeling. VWTI heeft verweer gevoerd. De kantonrechter heeft voor recht verklaard dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is, VWTI veroordeeld om aan geïntimeerde een bedrag van € 97.511,40 bruto te betalen, verminderd met het op grond van het Sociaal Plan uitgekeerde persoonlijke budget en met de uitgekeerde bedragen uit hoofde van de collectieve resultaatsregeling, met rente, en VWTI veroordeeld in de kosten.

5.2. Tussen partijen is niet in geding, dat het Sociaal Plan, dat op 11 maart 2005 tussen Volker Wessels Netwerk Bouw B.V. (hierna: VWNB), VWTI en de vakorganisaties AbvaKabo FNV, de Bond van Telecompersoneel en CNV Publieke zaak is overeengekomen, op hen van toepassing is. Het Sociaal Plan behelst, kort weergegeven, twee scenario's. In het eerste scenario zou toestemming tot ontslag voor alle werknemers worden gevraagd aan het CWI, waarna, na verkrijging van die toestemming, staking van de activiteiten en sluiting van VWTI zouden volgen. Van enige doorgang of overgang is in dat scenario geen sprake. In het tweede scenario zou eveneens toestemming tot ontslag voor alle werknemers worden gevraagd aan het CWI, maar zou aansluitend een nieuwe 'afgeslankte' onderneming worden opgericht waarbij 138 werknemers tewerkgesteld zouden kunnen worden. In de considerans van het Sociaal Plan is bepaald dat laatstgenoemd scenario doorgang kan vinden onder de voorwaarde dat VWTI voor het volledige personeelsbestand een ontslagvergunning zou verkrijgen. Tussen partijen staat niet ter discussie dat het CWI aan vervulling van deze voorwaarde niet heeft meegewerkt.

5.3. Artikel 7 van het Sociaal Plan bevat een regeling omtrent het persoonlijk budget dat aan de werknemers ter beschikking wordt gesteld bij het einde van het dienstverband ingevolge beide hiervoor genoemde scenario's. In het eerste scenario komt elke werknemer een vergoeding toe gebaseerd op de kantonrechttersformule met als factor $C=0,26$. Er wordt in dat scenario niet gedifferentieerd naar werknemers die al dan niet in 2006 vut-gerechtigd zouden worden. In het tweede scenario zou een niet in de nieuwe organisatie plaatsbare werknemer een vergoeding krijgen gebaseerd op de kantonrechttersformule met factor $C=0,4$ (met een nader bepaald minimum). Bovendien worden er regelingen getroffen voor niet-herplaatsbare werknemers die in 2006 in aanmerking zouden komen voor de vut-regeling, waarbij nog een nader onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt. VWTI heeft toegelicht dat in het tweede scenario meer middelen beschikbaar zouden zijn, omdat er minder werknemers in aanmerking

komen voor een vergoeding, waardoor een aparte regeling beschikbaar zou zijn voor werknemers die in 2006 aanspraak zouden kunnen maken op de vut-regeling. In het eerste scenario dienen de middelen over alle werknemers te worden verdeeld en zou een soortgelijke regeling als gold voor het tweede scenario leiden tot onevenredige benadeling van de overige werknemers. In het eerste scenario zouden derhalve alle middelen, waartoe (nog) niemand gerechtigd was, waaronder vut-voorzieningen, ingezet worden ten behoeve van alle werknemers. Na de uitspraak van het CWI heeft het eerste scenario doorgang gevonden.

5.4. Geïntimeerde heeft vervolgens een voorziening van VWTI aangeboden gekregen, die in overeenstemming is met het Sociaal Plan. geïntimeerde is lid van de AbvaKabo, derhalve van een vakbond waarmee VWTI het Sociaal Plan is overeengekomen. Het hof overweegt het volgende. Bij de beoordeling van de vraag, of het in het kader van de staking van de werkzaamheden van VWTI gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, gaat het hof ervan uit dat het feit dat de aan geïntimeerde aangeboden voorziening in overeenstemming is met het (door de vakbonden en VWTI afgesloten) Sociaal Plan een aanwijzing vormt dat die voorziening toereikend is. Het is aan geïntimeerde om te stellen, en zo nodig te bewijzen, op grond van welke bijzondere omstandigheden de voorziening in zijn geval desondanks onredelijk is.

5.5. In hoger beroep blijft geïntimeerde bij zijn standpunt dat hij de noodzaak tot een reorganisatie van de Business Unit Sites en sluiting van VWTI op zichzelf niet betwist. Hij legt derhalve niet aan zijn vordering ten grondslag dat sprake is van een valse of voorgewende reden. geïntimeerde heeft zijn vordering immers uitsluitend gebaseerd op de stelling, dat de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging als bedoeld in artikel 7:681 lid 2 aanhef en onder b van het Burgerlijk Wetboek (BW). Hij beroept zich derhalve louter op het gevolgencriterium, zodat — anders dan de kantonrechter in rechtsoverweging 3.3 heeft gedaan — een beroep op een valse of voorgewende reden niet beoordeeld hoeft te worden. geïntimeerde baseert zijn vordering op de navolgende omstandigheden:

a) zijn 36-jarige dienstverband bij (rechtsvoorgangers van) VWTI, zijn leeftijd (ten tijde van het ontslag 53 jaar), zijn opleidingsniveau, eenzijdig arbeidsverleden, de situatie op de arbeidsmarkt en zijn arbeidsgehandicapte-status (inleidende dagvaarding onder 4);

b) van VWTI had verwacht mogen worden dat zij extra moeite had gedaan om hem elders in het concern te herplaatsen (inleidende dagvaarding onder 8);

c) hij zou per 2009 recht hebben gehad op de vut-regeling (inleidende dagvaarding onder 9).

5.6. Het hof oordeelt dat geen van de omstandigheden genoemd in rechtsoverweging 5.5 onder a) zelfstandig noch tezamen, leidt tot het door geïntimeerde beoogde resultaat. Het enkele feit dat sprake

is van een lang dienstverband is daartoe, gegeven de voorzieningen in het Sociaal Plan, onvoldoende. Voorts is onvoldoende vast komen te staan dat de leeftijd van geïntimeerde leidt tot het niet kunnen verkrijgen van een nieuw dienstverband, zij het dat een en ander wellicht de nodige tijd en moeite kan kosten. Dat zijn sollicitatiepogingen niet aanstonds effect hebben gehad, zoals hij in zijn memorie van antwoord stelt en met stukken onderbouwt, doet daar niet aan af. Overigens blijkt uit het proces-verbaal van de comparitie van partijen in eerste aanleg dat geïntimeerde weer aan het werk is. Evenmin is zijn eenzijdige arbeidsverleden een omstandigheid die leidt tot het door hem beoogde effect, mede nu dit een verhogende grondslag vormt voor het persoonlijk budget uit hoofde van het Sociaal Plan, en onvoldoende feiten of omstandigheden zijn gesteld op grond waarvan zou kunnen worden geoordeeld dat dit arbeidsverleden een belemmering vormt voor het verkrijgen van een nieuw dienstverband. Dit geldt ook voor de stelling dat op de huidige arbeidsmarkt de kansen van geïntimeerde op het vinden van een nieuw dienstverband niet realistisch zijn. Dat de status van arbeidsgehandicapte (het hof begrijpt in de zin van de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten) het vinden van een nieuwe baan bemoeilijkt, acht het hof evenmin aannemelijk. Vanaf 14 mei 2006 heeft geïntimeerde die status immers niet meer. Om dezelfde redenen verwerpt het hof de stelling van geïntimeerde dat de hardheidsclausule op hem toepassing had moeten vinden. Bovendien is gesteld noch gebleken dat hij, al dan niet met behulp van de hiertoe door het Sociaal Plan gecreëerde mogelijkheid (p. 11, onder e), bij- of omscholingstrajecten heeft overwogen of begeleiding heeft gezocht.

5.7. Wat betreft de omstandigheid als bedoeld onder rechtsoverweging 5.5 onder b) overweegt het hof als volgt. VWTI heeft in haar memorie van grieven onder punt 5.1 gesteld dat andere werkmaatschappijen binnen het VW concern eigen werkterreinen, eigen werkpakketten en medewerkers hebben en dat zeer zelden werknemers van de ene werkmaatschappij in dienst treden van een andere werkmaatschappij. Uitzondering hierop is VWNB, in welke werkmaatschappij evenals bij VWTI telecomwerkzaamheden worden verricht. Vrijwel alle vacatures bij VWNB in 2005 zijn ingevuld door boventallige VWTI medewerkers. VWTI heeft aangegeven dat dit 60 werknemers betreft, waarvan 7 personen een vut-perspectief hadden. In zoverre heeft VWTI ervan blijk gegeven zich te hebben ingespannen de boventallige werknemers elders te laten plaatsen. Gezien het feit dat het ook werknemers met een vut-perspectief betrof, kan niet worden aangenomen dat dat perspectief een onevenredige belemmering vormde voor de herplaatsing, ook al omdat bij de verzelfstandiging van VWTI een bedrag voor deze uitkering bij VWNB is achtergebleven — zij het niet ten behoeve van alle werknemers met een vut-perspectief —, teneinde de drempel om werknemers met een vut-perspectief aan te nemen, te verlagen.

5.8. Ten slotte acht geïntimeerde de gevolgen van het ontslag te ernstig omdat hij in (het hof begrijpt september) 2009 gebruik had kunnen maken van de vut-regeling. VWTI heeft onderbouwd gesteld dat geïntimeerde één van de 56 werknemers was, die een vut-perspectief hadden. geïntimeerde heeft dit niet weersproken. Evenmin heeft hij weersproken dat het recht op vut een voorwaardelijk recht is, in die zin dat moet worden voldaan aan de voorwaarde dat er ten tijde van het ingaan ervan sprake moet zijn van een arbeidsovereenkomst. Dit is niet aan de orde, hetgeen voor de genoemde groep werknemers met een vut-perspectief voorzienbaar was ten tijde van het totstandkomen van het Sociaal Plan. Dit heeft voor de betrokkenen bij de totstandkoming van het Sociaal Plan geen aanleiding gevormd om, bij scenario 2 als bedoeld in rechtsoverweging 5.3, een differentiatie te maken bij het vaststellen van de vergoeding per werknemer. Anders dan de algemene stelling, dat geïntimeerde binnen afzienbare termijn van het recht gebruik had kunnen maken, heeft hij geen stelling naar voren gebracht op grond waarvan moet worden geoordeeld dat het verlies van het toekomstige recht juist in zijn geval tot onaanvaardbare gevolgen leidt.

5.9. Het hof komt tot het oordeel, dat de door geïntimeerde aangevoerde gronden ieder voor zich dan wel gezamenlijk onvoldoende zijn om tot het beoogde rechtsgevolg te leiden.

5.10. Geïntimeerde heeft feiten en/of omstandigheden te bewijzen aangeboden, die tot een andere beslissing zouden moeten leiden.

Slotsom

De grief slaagt, zodat het bestreden vonnis zal worden vernietigd. De vorderingen van geïntimeerde zullen derhalve alsnog worden afgewezen. Nu tussen partijen een bankgarantie is overeengekomen, heeft geen betaling plaatsgevonden en dient het onder 2. van de memorie van grieven gevorderde wegens gebrek aan belang te worden afgewezen. Als de in het ongelijk gestelde partij zal geïntimeerde in de kosten van beide instanties worden veroordeeld. Tegen de vordering betreffende de rente over de proceskostenveroordeling is geen verweer gevoerd, zodat deze als hierna te bepalen zal worden toegewezen. Gezien de afwijzing van de vordering van geïntimeerde, behoeft de stelling van geïntimeerde, dat VWTI niet meer bestaat en/of dat er een naamswijziging is geweest (de nieuwe naam zou Installix B.V. zijn) geen nadere behandeling.

Cassatiemiddel:

schending van het recht danwel verzuim van vormen waarvan het niet in acht nemen grond voor vernietiging vormt, doordat het Hof heeft overwogen als in de rov.'en 5.5, 5.6 en 5.7 van het arrest van 25 november 2008 is weergegeven en op grond daarvan in het dictum van dat arrest heeft beslist; ten onrechte en in strijd met het recht in verband met het navolgende.

Algemeen; inleiding

Requirant, die op (...) 1952 geboren is en op 15 september 1969 in dienst is getreden van een rechtsvoorganger van VWTI is per 27 december 2005 door VWTI, samen met de rest van het personeel van die vennootschap, ontslagen op bedrijfseconomische gronden in het kader van een grootschalig collectief ontslag. VWTI is pas kort voordien, te weten per eind december 2004, opgericht en de werknemers van VWTI, onder wie requirant, zijn daar pas per 1 april 2005 in dienst gekomen op grond van een overgang van onderneming als bedoeld in art. 7:662 BW. Per 1 april 2005 is namelijk de slecht renderende businessunit Sites van de met VWTI in concern verband staande vennootschap Volker Wessels Netwerk Bouw – VWNB – alwaar requirant tot 1 april 2005 werkzaam was, overgedragen naar VWTI. Nog geen maand nadien, per 28 april 2005, heeft VWTI een melding gedaan als bedoeld in artikel 3 lid 1 van de Wet Melding Collectief Ontslag. Op het ontslag van requirant is een Sociaal Plan van toepassing dat met vakorganisaties is overeengekomen. Op grond van dat Sociaal Plan is aan requirant een 'persoonlijk budget' (= ontslagvergoeding) toegekend van ca. EUR 28.000,- bruto, hetgeen correspondeert met toepassing van de zogenaamde Kantonrechtformule, waarbij de factor C is gesteld op 0,26.

Tussen requirant en VWTI is in deze procedure in de kern genomen in geschil of het aan requirant gegeven ontslag kennelijk onredelijk is in de zin van art. 7:681 BW. Requirant heeft zich in dit verband op het standpunt gesteld dat sprake is van kennelijk onredelijk ontslag omdat, mede in aanmerking genomen de voor hem getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van het ontslag voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij opzegging (het zogenaamde 'gevolgencriterium' van art. 7:681 lid 2 sub b BW).

In zijn op 14 februari 2007 in deze zaak gewezen vonnis heeft de Rechtbank Utrecht, sector kanton, locatie Amersfoort – de Kantonrechter –, het aan requirant gegeven ontslag kennelijk onredelijk geacht en aan requirant een schadevergoeding toegekend van EUR 97.511,40 bruto, te verminderen met onder meer het persoonlijk budget dat aan requirant uit hoofde van het Sociaal Plan was toegekend. Daartoe heeft de Kantonrechter onder meer overwogen (in rov. 3.11) dat het besluit tot sluiting van VWTI bezwaarlijk los kan worden gezien van het daaraan voorafgaande besluit tot afstoting van de businessunit Sites door VWNB en de onderbrenging daarvan in VWTI, temeer niet nu tussen beide besluiten slechts zeer korte tijd was gelegen. In aansluiting daarop heeft de Kantonrechter overwogen dat in verband daarmee bij de beoordeling van de redelijkheid van de voor requirant in het kader van de opzegging getroffen voorzieningen ook de financiële situatie van VWNB – en dus niet alleen die van VWTI – in ogenschouw moet worden genomen. Dat, zo de Kantonrechter, zou sowieso zijn gebeurd indien VWNB zonder meer had besloten tot sluiting van de

businessunit Sites. Gebleken is, zo de Kantonrechter, dat VWNB in 2005, het jaar waarin requirant werd ontslagen, nog een winst (na belastingen) heeft behaald van EUR 6,7 miljoen. Mede in verband hiermee, alsook gelet op de zwakke arbeidsmarktpositie van requirant, achtte de Kantonrechter de door VWTI voor requirant in het Sociaal Plan getroffen maatregelen onvoldoende en het ontslag om die reden kennelijk onredelijk.

VWTI heeft tijdig hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de Kantonrechter. In zijn op 25 november 2008 in deze zaak gewezen arrest heeft het Hof het vonnis van de Kantonrechter vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van requirant alsnog afgewezen.

In rov. 5.5 van zijn arrest heeft het Hof met juistheid beslist dat requirant zich ter onderbouwing van zijn stelling dat het hem gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, heeft beroepen op het gevolgcriterium als bedoeld in art. 7:681 lid 2 sub b BW. Requirant, zo vervolgt het Hof, baseert zijn vordering op de navolgende omstandigheden:

- 'a) zijn 36-jarige dienstverband bij (rechtsvoorgangers van) VWTI, zijn leeftijd (ten tijde van het ontslag 53 jaar), zijn opleidingsniveau, eenzijdig arbeidsverleden, de situatie op de arbeidsmarkt en zijn arbeidsgehandicapte status (inleidende dagvaarding onder 4.);
- b) van VWTI had verwacht mogen worden dat zij extra moeite had gedaan om hem elders in het concern te herplaatsen (inleidende dagvaarding onder 8);
- c) hij zou per 2009 recht hebben gehad op de vut-regeling (inleidende dagvaarding onder 9).'

Onderdeel 1 – klachten tegen rov. 5.6

In rov. 5.6 is het Hof ingegaan op de door hem in rov. 5.5 met a) aangeduide omstandigheden en heeft het Hof beslist dat geen van die omstandigheden leidt tot het door requirant beoogde resultaat (te weten kennelijk onredelijk ontslag op grond van het gevolgcriterium).

Subonderdeel 1.1

In het kader van zijn beslissing dat de in rov. 5.5 met a) aangeduide omstandigheden niet tot kennelijk onredelijk ontslag kunnen leiden, heeft het Hof overwogen dat onvoldoende is vast komen te staan dat de leeftijd van requirant leidt tot het niet kunnen verkrijgen van een nieuw dienstverband. Dat zijn sollicitatiepogingen niet aanstonds effect hebben gehad doet daaraan niet af. Overigens, zo het Hof in de vijfde volzin van rov. 5.6, blijkt uit het procesverbaal van de comparitie van partijen in eerste aanleg dat requirant weer aan het werk is.

Het Hof heeft, aldus overwegende, aan zijn beslissing dat geen sprake is van kennelijk onredelijk ontslag mede ten grondslag gelegd dat requirant ten tijde van de comparitie van partijen in eerste aanleg weer aan het werk was. Die beslissing als vervat in de vijfde volzin van rov. 5.6 is rechtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd, in het licht van het navolgende.

De beslissing van het Hof in de vijfde volzin van rov. 5.6 is allereerst onbegrijpelijk in het licht van het proces verbaal van de comparitie van partijen in eerste aanleg. De betreffende beslissing steunt immers *luce clarius* op de eerste twee volzinnen van hetgeen op pagina 5 van dat proces verbaal onder 3. is vastgelegd. Daar staat immers te lezen:

'3. Requirant is gehandicapt, maar was laatstelijk weer aan het werk. Hij deed geen technisch werk (meer), maar werkte veel achter de computer.'

Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, is onbegrijpelijk hoe het Hof uit deze passage heeft afgeleid dat requirant 'weer aan het werk is', nu deze passage zich in redelijkheid niet anders laat lezen dan aldus dat requirant bij het einde van zijn dienstverband weer werkzaam was, en toen veel achter de computer werkte.

Met zijn beslissing in de vijfde volzin van rov. 5.6 heeft het Hof echter niet alleen een onbegrijpelijke uitleg gegeven aan het proces verbaal van de comparitie van partijen in eerste aanleg, maar voorts is die beslissing rechtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd, gelet op het navolgende. Door aan zijn beslissing dat van kennelijk onredelijk ontslag geen sprake is, mede ten grondslag te leggen dat requirant ten tijde van de comparitie van partijen in eerste aanleg, die plaatsvond op 6 december 2006 en derhalve bijna een jaar na de ontslagdatum, heeft het Hof klaarblijkelijk uit het oog verloren dat bij de beoordeling of een ontslag kennelijk onredelijk is omdat de gevolgen van dat ontslag voor de werknemer, mede gelet op de voorzieningen die voor hem getroffen zijn en de mogelijkheden om ander passend werk te vinden, te ernstig zijn in verhouding tot het belang van de werkgever bij beëindiging van het dienstverband, de situatie ten tijde van het ingaan van het ontslag beslissend is. Met latere omstandigheden mag slechts rekening worden gehouden, voorzover daaruit aanknopingspunten zijn af te leiden met betrekking tot hetgeen bij het eindigen van het dienstverband voorzienbaar was (zie onder meer HR 13 april 2001, NJ 2001/408). Het Hof heeft deze regel klaarblijkelijk uit het oog verloren door zijn beslissing dat geen sprake is van kennelijke onredelijkheid mede te doen steunen op een omstandigheid – het hebben van een nieuwe baan ten tijde van de comparitie van partijen in eerste aanleg – die zich bijna een jaar na het einde van het dienstverband voerde en daarbij in het midden te laten of die omstandigheid ten tijde van het eindigen van de arbeidsovereenkomst voorzienbaar was. Zo het Hof de hiervoor genoemde regel niet mocht hebben miskend, heeft het Hof in ieder geval onvoldoende gemotiveerd waarom de omstandigheid dat requirant ten tijde van de comparitie van partijen weer werkzaam was, inzicht bood in datgene wat ten tijde van het eindigen van de arbeidsovereenkomst tussen hem en VWTI voorzienbaar was.

Subonderdeel 1.2

Algemeen

In de achtste, negende en tiende volzin van rov. 5.6 heeft het Hof de volgende overwegingen ten grondslag gelegd aan zijn beslissing dat van kennelijk onredelijk ontslag geen sprake is:

‘Dat de status van arbeidsgehandicapte (het hof begrijpt in de zin van de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten) het vinden van een nieuwe baan bemoeilijkt, acht het hof evenmin aannemelijk. Vanaf 14 mei 2006 heeft requirant die status immers niet meer. Om dezelfde redenen verwerpt het hof de stelling van requirant dat de hardheidsclausule op hem toepassing had moeten vinden.’

Klacht 1

Blijkens deze passage heeft het Hof aan zijn beslissing dat het ontslag van requirant niet kennelijk onredelijk is, mede ten grondslag gelegd dat requirant per 14 mei 2006, derhalve meer dan 4 maanden na zijn ontslag, de status van arbeidsgehandicapte in de zin van de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten – de Wet REA – heeft verloren. Aldus heeft het Hof opnieuw miskend dat bij de beoordeling of een ontslag kennelijk onredelijk is omdat de gevolgen van dat ontslag voor de werknemer, mede gelet op de voorzieningen die voor hem getroffen zijn en de mogelijkheden om ander passend werk te vinden, te ernstig zijn in verhouding tot het belang van de werkgever bij beëindiging van het dienstverband, de situatie ten tijde van het ingaan van het ontslag beslissend is. Met latere omstandigheden mag slechts rekening worden gehouden, voorzover daaruit aanknopingspunten zijn af te leiden met betrekking tot hetgeen bij het eindigen van het dienstverband voorzienbaar was (zie onder meer HR 13 april 2001, NJ 2001/408). Het Hof heeft deze regel klaarblijkelijk uit het oog verloren door zijn beslissing dat geen sprake is van kennelijke onredelijkheid mede te doen steunen op een omstandigheid – het verliezen van de formele status van arbeidsgehandicapte in de zin van de Wet REA – die zich meer dan vier maanden na het einde van het dienstverband voordeed en daarbij in het midden te laten of die omstandigheid ten tijde van het eindigen van de arbeidsovereenkomst voorzienbaar was. Zo het Hof de hiervoor genoemde regel niet mocht hebben miskend, heeft het Hof in ieder geval onvoldoende gemotiveerd waarom de omstandigheid dat requirant per 14 mei 2006 zijn status als arbeidsgehandicapte heeft verloren, inzicht bood in datgene wat ten tijde van het eindigen van de arbeidsovereenkomst tussen hem en VWTI voorzienbaar was.

Klacht 2

In rov. 5.6 is het Hof, bij de beoordeling of de arbeidsmarktpositie van requirant zijn ontslag kennelijk onredelijk doet zijn, en of de hardheidsclausule in het Sociaal Plan niet op straffe van kennelijke onredelijkheid van het ontslag toegepast had moeten worden, uitsluitend ingegaan op de formele status van requirant als arbeidsgehandicapte in de zin van de Wet REA. Zijdens requirant is bij Memorie van

Antwoord onder 43. evenwel betoogd dat het feit dat hij inmiddels – dat wil zeggen: ten tijde van het nemen van die Memorie – niet langer de officiële status van arbeidsgehandicapte heeft, niet afdoet aan het feit dat hij terdege zwaarwegende lichamelijke belemmeringen kent, die maken dat hij moeilijk aan een andere baan kan komen en die toepassing van de hardheidsclausule wettigen. Meer in het bijzonder is in dat verband aangevoerd:

‘Requirant ervaart nog steeds beperkingen aan zijn rechterzijde ten gevolge van zijn beroerte. Bij vermoeidheid sleept hij met zijn rechterbeen en de fijne motoriek van zijn rechterhand functioneert niet meer. Daarnaast ervaart requirant ook op het geestelijk vlak problemen. Er is sprake van depressiviteit, zelfoverschatting en snel geëmotioneerd raken. De communicatie met zijn omgeving gaat moeizaam. In een vertrouwde omgeving communiceert requirant beter dan in een andere omgeving. Ook mede hierom had Installix meer haar best moeten doen requirant in één van de vertrouwde zustervenootschappen van Volker Wessels te plaatsen dan wel had Installix requirant op grond van de hardheidsclausule in aanmerking moeten brengen voor een betere regeling.’

Aan deze stellingen, die overigens ook reeds bij comparitie van partijen in eerste aanleg zijn aangevoerd (zie het proces-verbaal, p. 5, laatste alinea, 1^e volzin) heeft het Hof bij zijn beoordeling in rov. 5.6 of de arbeidsmarktpositie van requirant of het niet toepassen door VWTI van de hardheidsclausule het ontslag kennelijk onredelijk doet zijn, geen (kenbare) aandacht geschonken. Het Hof heeft in dat verband immers uitsluitend stilgestaan bij het beroep van requirant op zijn formele status als arbeidsgehandicapte in de zin van de Wet REA.

Indien het Hof ongemotiveerd voorbij is gegaan aan de stelling van requirant dat hij, ook wanneer hij de status van arbeidsgehandicapte in de zin van de Wet REA niet langer heeft, wel degelijk last heeft van allerlei ernstige lichamelijke beperkingen als bij Memorie van Antwoord onder 43 gerelateerd, omdat het Hof daarmee tot uitdrukking heeft willen brengen dat lichamelijke gebreken van een werknemer slechts relevant zijn voor de beoordeling of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag in de zin van art. 7:681 lid 2 sub b BW, wanneer een werknemer daardoor als arbeidsgehandicapte in de zin van de Wet REA staat geregistreerd, getuigt die beslissing van het Hof van een onjuiste rechtsopvatting. Ook wanneer een werknemer aan lichamelijke gebreken lijdt die hem moeilijk bemiddelbaar maken op de arbeidsmarkt, maar die werknemer niet als arbeidsgehandicapte geregistreerd staat, kunnen die gebreken meewegen bij de beoordeling of een ontslag – mede in aanmerking de voor de werknemer getroffen voorziening – kennelijk onredelijk is, alsmede bij de beoordeling of een werkgever gehouden was om, op straffe van kennelijke onredelijkheid van een ontslag, toepassing te geven aan de hardheidsclausule in een Sociaal Plan. Voor zover het Hof een en an-

der in rov. 5.6 niet uit het oog heeft verloren, is zijn beslissing dat geen sprake is van kennelijk onredelijk ontslag in ieder geval onvoldoende gemotiveerd, nu het Hof niet heeft gerespondeerd op de hiervoor geciteerde stelling van requirant bij Memorie van Antwoord onder 43.

Onderdeel 2

In rov. 5.7 is het Hof ingegaan op de in rov. 5.5 met b) aangeduide omstandigheid die het ontslag volgens requirant kennelijk onredelijk doet zijn, te weten de omstandigheid dat van VWTI verwacht had mogen worden dat zij meer moeite had gedaan om requirant in het concern te herplaatsen.

Het Hof heeft in rov. 5.7 beslist dat ook deze omstandigheid niet tot kennelijke onredelijkheid leidt. Aan die beslissing ligt, kort samengevat, de motivering ten grondslag dat andere werkmaatschappijen binnen het concern andere werkterreinen hebben, waardoor werknemers zelden van de ene bij de ander maatschappij in dienst treden. De enige uitzondering hierop vormt VWNB waarin evenals bij VWTI telecomwerkzaamheden worden verricht. Vrijwel alle vacatures bij VWNB in 2005 zijn ingevuld door boventallige VWTI werknemers, zodat VWTI zich in zoverre heeft ingespannen voor herplaatsing.

Aldus overwegende heeft het Hof zijn beslissing in rov. 5.7 dat het ontslag van requirant ook niet kennelijk onredelijk is vanwege tekortschietende herplaatsingsinspanningen die VWTI jegens hem heeft geleverd, onvoldoende gemotiveerd. Het Hof heeft die beslissing immers uitsluitend gebaseerd op de vaststelling dat VWTI in het algemeen heeft getracht om boventallige werknemers van VWTI bij VWNB onder te brengen, zonder aandacht te besteden aan de specifieke omstandigheden waarop requirant ten processe heeft gewezen en die zijns inziens maakten dat VWTI juist ten opzichte van hem een verzwaarde herplaatsingsplicht had. In dit verband is in het bijzonder van belang dat requirant bij Memorie van Antwoord onder 43. ook waar het de herplaatsingsplicht van VWTI betreft heeft gewezen op zijn zwakke gezondheidstoestand:

'Requirant ervaart nog steeds beperkingen aan zijn rechterzijde ten gevolge van zijn beroerte. Bij vermoeidheid sleept hij met zijn rechterbeen en de fijne motoriek van zijn rechterhand functioneert niet meer. Daarnaast ervaart requirant ook op het geestelijk vlak problemen. Er is sprake van depressiviteit, zelfoverschatting en snel geëmotioneerd raken. De communicatie met zijn omgeving gaat moeizaam. In een vertrouwde omgeving communiceert requirant beter dan in een andere omgeving. Ook mede hierom had Installix meer haar best moeten doen requirant in één van de vertrouwde zusterverenigingen van Volker Wessels te plaatsen dan wel had Installix requirant op grond van de hardheidsclausule in aanmerking moeten brengen voor een betere regeling.' (Arcering SFS)

Aan deze relevante stelling is het Hof ook in het kader van zijn afweging in rov. 5.7 voorbij gegaan,

hetgeen maakt dat de daarin vervatte beslissing onvoldoende gemotiveerd is.

Onderdeel 3

Bij de beoordeling of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag in de zin van art. 7:681 lid 2 sub b BW speelt mede een rol welke voorzieningen — in de vorm van een ontslagvergoeding of anderszins — de werkgever bij het ontslag aan de werknemer heeft meegegeven. Zoals hiervoor is weergegeven, heeft de Kantonrechter in de onderhavige zaak beslist dat bij de beoordeling van de redelijkheid van de door VWTI voor requirant in het kader van het sociaal plan getroffen regeling, mede acht moet worden geslagen op de bedrijfsresultaten van de met VWTI in concernverband staande vennootschap VWNB, waar requirant tot kort voor zijn ontslag werkzaam was.

Bij Memorie van Antwoord in appèl onder 14. tot en met 30., heeft requirant in het kader van de weerlegging van de eerste grief zijdens VWTI — die nu juist gericht was tegen de zojuist genoemde beslissing van de Kantonrechter dat bij de beoordeling van de redelijkheid van de door VWTI voor requirant in het kader van het Sociaal Plan getroffen regeling, mede acht moet worden geslagen op de bedrijfsresultaten van de met VWTI in concernverband staande vennootschap VWNB — uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij die beslissing van de Kantonrechter. Daarmee heeft ook requirant in appèl de stelling betrokken dat de financiële situatie van VWNB in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling van de redelijkheid van de geboden voorzieningen. Zie in dit verband in het bijzonder de Memorie van Antwoord onder 30:

'Er zijn aldus wel degelijk bijzondere omstandigheden aanwezig op grond waarvan VWNB en Installix niet geheel los van elkaar gezien kunnen worden. Het is om deze reden dat de kantonrechter in r.o. 3.2 overweegt dat de financiële situatie van VWNB in aanmerking moet worden genomen voor de beoordeling van de redelijkheid van de geboden voorzieningen. De kantonrechter heeft zodoende het leerstuk van vereenzelviging terecht toegepast en het 'habe nichts'-verweer terecht verworpen. Requirant meent daarom dat de grief van Installix op dit punt faalt.'

Het Hof heeft, noch in zijn samenvatting in rov. 5.5 van hetgeen requirant ter onderbouwing van zijn beroep op het gevolgcriterium heeft aangevoerd, noch elders in zijn arrest, aandacht besteed aan deze relevante stelling. Indien het Hof zulks niet heeft gedaan, omdat het Hof van mening is dat de financiële situatie van VWNB in een geval als dit niet van gewicht kan zijn bij de beoordeling of de door VWTI aangeboden vergoeding zo onredelijk (laag) is dat deze het ontslag kennelijk onredelijk doet zijn, is het Hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Bij de beoordeling of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag komt het immers aan op een afweging van alle omstandigheden van het geval en de omstandigheid dat de werkgever die ontslag aan een werknemer geeft, in concernverband staat met een andere,

veel kapitaalcrachtigere vennootschap die bovendien tot kort voor het ontslag als werkgever van de ontslagen werknemer optrad, vormt een omstandigheid die kan meespelen bij de beoordeling van de vraag of de (geringe) hoogte van de door de werkgever bij het ontslag getroffen voorziening, het ontslag kennelijk onredelijk maakt. Zo dat al niet in zijn algemeenheid geldt, geldt dat in ieder geval wel in een situatie zoals die zich blijkt de inleiding op het cassatiemiddel in deze zaak voordoet.

Van de in die inleiding genoemde feiten mag overigens in cassatie worden uitgegaan, nu die feiten door de Kantonrechter zijn vastgesteld, en tegen die vaststelling in appèl niet is opgekomen.

Zo het Hof in zijn arrest niet uit het oog mocht hebben verloren dat de financiële situatie bij VWNB kan meewegen bij de beoordeling of de door VWTI aan requirant aangeboden ontslagvoorziening het hem gegeven ontslag kennelijk onredelijk doet zijn, heeft het Hof zijn beslissing dat van kennelijk onredelijk ontslag geen sprake is, onvoldoende gemotiveerd, door niet kenbaar en begrijpelijk te responderen op de hier bedoelde stelling van requirant.

Conclusie A-G mr. Spier:

1. Feiten¹

1.1. Voor zover thans nog van belang gaat het in deze zaak om het volgende.

1.2.1. Eiser, geboren op (...) 1952, is per 15 september 1969 in dienst getreden van een rechtsvoorganger van Volker Wessels Netwerk Bouw BV te Amersfoort (hierna te noemen: VWNB), KPN Netwerk Bouw BV, een dochtermaatschappij van KPN.

1.2.2. In 2002 zijn de activa en passiva van KPN Netwerk Bouw BV ondergebracht in VWNB en is 55% van de aandelen in VWNB overgedragen aan Volker Wessels Stevin Telecom BV (hierna: VWS Telecom BV). In 2005 zijn de overige aandelen in VWNB overgedragen aan VWS Telecom BV, Eiser was laatstelijk werkzaam in de functie van allround telecom engineer; hij verdiende in die functie € 2.289 bruto per maand, exclusief vakantiebijslag.

1.3. Bij de verkoop van VWNB door KPN aan VWS Telecom BV is een Service Framework Agreement (SFA) afgesproken, inhoudende dat KPN (verreweg de grootste opdrachtgever van VWNB) een werkgarantie aan VWNB heeft afgegeven voor de duur van drie jaar. In 2003, 2004 en 2005 heeft KPN een opdrachtevolumen gegarandeerd van 90%. 1.4. VWNB bestond uit vier (juridisch gezien onzelfstandige, maar zelfstandig opererende) businessunits: Sites, Aansluitnet & Routes, Mobiel en Service & Beheer. Eiser was (laatstelijk) werkzaam bij de Businessunit Sites van VWNB. Bij de Businessunit Sites, die zich met name bezighield met engineering, installatie en onderhoud van koper- en

glasvezelnetten, waren ongeveer 400 werknemers werkzaam.

1.5. VWNB heeft besloten tot reorganisatie van de Businessunit Sites. Blijkens het in december 2004 opgestelde reorganisatieplan zijn daarbij kort gezegd de volgende feiten en omstandigheden in aanmerking genomen:

— De markt waarop de Businessunit Sites opereert was de afgelopen jaren sterk verslechterd en zou de komende jaren nog verder verslechteren.

— In de jaren 2003 en 2004 was de omzet van de Businessunit Sites fors gedaald en voor de daaropvolgende jaren was eveneens een omzetsdaling voorzien.

— KPN was voor de Businessunit Sites nagenoeg de enige opdrachtgever. Door het aflopen van de SFA was een verdere omzetsdaling te verwachten.

— De Businessunit Sites was in de bestaande opzet niet winstgevend te krijgen. De sterk negatieve resultaten konden niet meer worden opgevangen door de andere businessunits. Het gevolg daarvan zou zijn dat VWNB als geheel dreigde onder te gaan aan de financiële situatie bij de Businessunit Sites.

1.6. Blijkens genoemd reorganisatieplan was na onderzoek gebleken dat één activiteit van de Businessunit Sites (de ondergrondse klantlijnen) rendabel en levensvatbaar was en dat met die activiteit in de komende jaren een positief bedrijfsresultaat kon worden gerealiseerd. Dit onderdeel van de Businessunit Sites is verplaatst naar de Businessunit Aansluitnet & Routes.

1.7.1. Na overleg met de raad van commissarissen en KPN, die in beginsel bereid was gevonden om ook in 2006 en 2007 een maximaal werkpakket te gunnen, is onderzoek gedaan naar de verschillende mogelijkheden tot reorganisatie van de Businessunit Sites. Uit dat onderzoek zijn twee scenario's naar voren gekomen:

Scenario 1:

— Onderbrenging van de activiteiten, activa en passiva van de Businessunit Sites in een nieuwe vennootschap: VWTI.

— Beëindiging van de activiteiten van VWTI zonder meer, waarbij alle 400 werknemers uiterlijk per 1 januari 2006 zouden worden ontslagen.

— Beschikbaarheid van een beperkt bedrag (persoonlijk budget) voor het sociaal plan (C=0,26).

Scenario 2:

— Onderbrenging van de activiteiten, activa en passiva van de Businessunit Sites per 1 januari 2006 in een nieuwe vennootschap: VWTI.

— Ontslag van alle werknemers van de Businessunit Sites per die datum.

— Een doorstart met ongeveer 138 werknemers, zonder toepassing van het LIFO- of afspiegelingsbeginsel, door VWTI.

— Beschikbaarheid van een beperkt bedrag (persoonlijk budget) voor het sociaal plan, maar relatief meer dan in (lees:) scenario 1 (C=0,4).

1.7.2. Na overleg met de betrokken vakorganisaties, de Ondernemingsraad en KPN is in beginsel gekozen voor scenario 2. Beide scenario's en de gevolgen daarvan zijn opgenomen in het met de vakorga-

¹ In rov. 4 van het arrest a quo wordt verwezen naar de vaststelling van de feiten door de Kantonrechter Amersfoort in het vonnis van 14 februari 2007 (rov. 1.1 t/m 1.9).

nisaties en de Ondernemingsraad overeengekomen sociaal plan van maart 2005. Eind december 2004 is de nieuwe vennootschap VWTI opgericht. Per 1 april 2005 heeft een overgang van onderneming plaatsgevonden ten aanzien van de Businessunit Sites als bedoeld in de artikelen 7:662 e.v. BW met VWTI als verkrijgende vennootschap. De aandelen in zowel VWNB als VWTI worden gehouden door VWS Telecom B.V.

1.8. Bij brief van 21 april 2005 schrijft VWNB aan de Ondernemingsraad:

'In de afgelopen periode hebben wij (...) al het mogelijke gedaan om scenario 2 te realiseren. Uit het (intensieve) vooroverleg met het CWI blijkt echter, dat het CWI scenario 2 niet accepteert. Dit betekent dat nu al duidelijk is dat in geval van scenario 2 het CWI geen ontslagvergunningen zal verlenen voor al het personeel van VolkerWessels Telecom Installaties bv. (...) Werkgever beurt dit ten eerste en ziet zich nu genoodzaakt om alsnog over te gaan tot uitvoering van scenario 1: het volledig sluiten van Volker Wessels Telecom Installaties bv per 1 januari 2006. (...) Dit betekent dat wij alleen over zullen gaan tot uitvoering van de eerste twee delen van het voorgenomen besluit, te weten:

- opheffing van de businessunit Sites door afsplitsing van de activiteiten en deze onder te brengen in de nieuw op te richten vennootschap Volker Wessels Telecom Installaties;
- volledig afbouwen van deze activiteiten. Dit betekent per 27 december 2005 een personeelsreductie van 364,14 fte. (...)

1.9. VWTI heeft op 28 april 2005 een melding gedaan als bedoeld in artikel 3 lid 1 van de Wet melding collectief ontslag. Zij heeft op 29 april 2005 aan de Centrale organisatie werk en inkomen (CWI) toestemming verzocht om de arbeidsovereenkomsten met haar werknemers te mogen opzeggen. Bij besluit van 24 juni 2005 heeft de CWI die toestemming verleend, waarbij zij ten aanzien van scenario 2 heeft overwogen:

'Na brede bestudering van het ontslagvoornemen en met name de beoogde selectiemethodiek moest echter de conclusie luiden dat medewerking verlenen aan een collectief ontslag op de door VolkerWessels Telecom Installaties BV gewenste wijze strijdig zou zijn geweest met de ontslagregels, die zijn neergelegd in het zogeheten Ontslagbesluit.'

1.10. VWTI heeft de arbeidsovereenkomsten met haar werknemers, waaronder eiser, met ingang van 27 december 2005 opgezegd. In de opzeggingsbrief wordt vermeld dat een persoonlijk budget wordt toegekend als bepaald in het sociaal plan ($C=0,26$).

2. Procesverloop

2.1. Eiser vordert in de onderhavige procedure een verklaring voor recht dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door VWTI kennelijk onredelijk is en uit hoofde daarvan veroordeling van VWTI tot betaling van schadevergoeding, berekend aan de

hand van de kantonrechtersformule met correctiefactor $C=1$ (€ 108.773,28 bruto), althans een in goede justitie te bepalen bedrag.

2.2. De Kantonrechter Amersfoort heeft bij vonnis van 25 november 2008 voor recht verklaard dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is, VWTI veroordeeld aan eiser € 97.511,40 bruto te betalen, verminderd met het op grond van het Sociaal Plan uitgekeerde persoonlijke budget en met de uitgekeerde bedragen uit hoofde van de collectieve resultaatsregeling.

2.3. VWTI heeft dit vonnis in appèl bestreden. Volgens haar heeft de Kantonrechter ten onrechte geoordeeld dat sprake is van kennelijk onredelijk ontslag en heeft hij VWTI dan ook ten onrechte op grond daarvan veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan de hand van de kantonrechtersformule. Eiser heeft verweer gevoerd.

2.4.1. In zijn arrest van 25 november 2008 heeft het Hof Amsterdam het bestreden vonnis vernietigd en de vorderingen van eiser alsnog afgewezen. Het Hof memoreert dat het op partijen van toepassing zijnde Sociaal Plan twee scenario's bevat. In het eerste scenario zou toestemming tot ontslag voor alle werknemers worden gevraagd aan CWI, waarna, na verkrijging van die toestemming, staking van de activiteiten en sluiting van VWTI zou volgen. Van enige doorgang of overgang is in dat scenario geen sprake. In het tweede scenario zou eveneens toestemming tot ontslag voor alle werknemers worden gevraagd aan CWI, maar zou aansluitend een nieuwe 'afgeslankte' onderneming worden opgericht waarbij 138 werknemers tewerkgesteld zouden kunnen worden. In de considerans van het Sociaal Plan is bepaald dat laatstgenoemd scenario doorgang kan vinden onder de voorwaarde dat VWTI voor het volledige personeelsbestand een ontslagvergunning zou verkrijgen. CWI heeft aan vervulling van deze voorwaarde evenwel niet meegewerkt (rov. 5.2).

2.4.2. Aldus bleef het eerste scenario over, waarin werknemers een lagere vergoeding toekwam (op basis van de kantonrechtersformule met als correctiefactor $C=0,26$) en geen voorziening werd getroffen voor werknemers die in 2006 vut-gerechtigd zouden worden, anders dan in het tweede scenario waarin de niet in de nieuwe organisatie plaatsbare werknemers een hogere vergoeding hadden gekregen (gebaseerd op de kantonrechtersformule met correctiefactor $C=0,4$) en wel regelingen zouden zijn getroffen voor niet herplaatsbare werknemers die in 2006 in aanmerking zouden komen voor de vut-regeling. Dit verschil werd volgens VWTI veroorzaakt doordat in het tweede scenario meer middelen beschikbaar zouden zijn aangezien er minder werknemers in aanmerking zouden komen voor een vergoeding, terwijl in het eerste scenario de middelen over alle werknemers verdeeld dienden te worden. Een aparte regeling voor werknemers die in 2006 aanspraak zouden kunnen maken op de vut-regeling zou in het eerste scenario tot onevenredige benadeling van de overige werknemers leiden. In het eerste scenario zouden derhalve alle middelen, waaronder vut-

voorzieningen, worden ingezet ten behoeve van alle werknemers. Na de uitspraak van CWI heeft het eerste scenario doorgang gevonden (rov. 5.3).

2.4.3. Eiser heeft vervolgens een voorziening van VWTI aangeboden gekregen in overeenstemming met het Sociaal Plan. Eiser is lid van AbvaKabo (een vakbond waarmee VWTI het Sociaal Plan is overeengekomen). Bij de beoordeling van de vraag of het in het kader van de staking van de werkzaamheden van VWTI gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, gaat het Hof ervan uit dat het feit dat de aan eiser aangeboden voorziening in overeenstemming is met het (door de vakbonden en VWTI afgesloten) Sociaal Plan een aanwijzing vormt dat die voorziening toereikend is. Het is aan eiser om te stellen en zo nodig te bewijzen op grond van welke bijzondere omstandigheden de voorziening in zijn geval desondanks onredelijk is (rov. 5.4).

2.4.5. In hoger beroep blijft eiser, zo constateert het Hof in rov. 5.5, bij zijn standpunt dat hij de noodzaak tot een reorganisatie van de Business Unit Sites en sluiting van VWTI op zichzelf niet betwist. Hij legt derhalve niet aan zijn vordering ten grondslag dat sprake is van een valse of voorgewende reden. Eiser heeft zijn vordering uitsluitend gebaseerd op de stelling dat de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging als bedoeld in art. 7:681 lid 2 aanhef en onder b BW. Hij beroept zich derhalve louter op het gevolgcriterium. Eiser baseert zijn vordering op de navolgende omstandigheden:

- a) zijn 36-jarige dienstverband bij (rechtsvoorgangers van) VWTI, zijn leeftijd (ten tijde van het ontslag 53 jaar), zijn opleidingsniveau, eenzijdig arbeidsverleden, de situatie op de arbeidsmarkt en zijn arbeidsgehandicapte-status;
- b) van VWTI had verwacht mogen worden dat zij extra moeite had gedaan om hem elders in het concern te herplaatsen;
- c) hij zou per 2009 recht hebben gehad op de vut-regeling.

2.4.6. Volgens het Hof leiden de omstandigheden genoemd in rov. 5.5 onder a) zelfstandig noch tezamen tot het door eiser beoogde resultaat. Het enkele feit dat sprake is van een lang dienstverband is daartoe, gegeven de voorzieningen in het Sociaal Plan, onvoldoende. Voorts is onvoldoende vast komen te staan dat de leeftijd van eiser leidt tot het niet kunnen verkrijgen van een nieuw dienstverband, zij het dat een en ander wellicht de nodige tijd en moeite kan kosten. Dat zijn sollicitatiepogingen niet aanstonds effect hebben gehad, zoals hij in zijn memorie van antwoord stelt en met stukken onderbouwt, doet daar niet aan af. Overigens blijkt uit het proces-verbaal van de comparitie van partijen in eerste aanleg dat eiser weer aan het werk is. Evenmin is het eenzijdige arbeidsverleden een omstandigheid die leidt tot het door hem beoogde effect, mede nu dit een verhogende grondslag vormt voor het persoonlijk budget uit hoofde van het Sociaal Plan en onvoldoende feiten of omstandigheden zijn gesteld

op grond waarvan zou kunnen worden geoordeeld dat dit arbeidsverleden een belemmering vormt voor het verkrijgen van een nieuw dienstverband. Dit geldt ook voor de stelling dat op de huidige arbeidsmarkt de kansen van eiser op het vinden van een nieuw dienstverband niet realistisch zijn. Dat de status van arbeidsgehandicapte (het Hof begrijpt in de zin van de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten) het vinden van een nieuwe baan bemoeilijkt, acht het Hof evenmin aannemelijk. Vanaf 14 mei 2006 heeft eiser die status immers niet meer. Om dezelfde redenen verworpt het Hof eiser's stelling dat de hardheidsclausule op hem toepassing had moeten vinden. Bovendien is gesteld noch gebleken dat hij, al dan niet met behulp van de hiertoe door het Sociaal Plan gecreëerde mogelijkheid, bij- of omscholingstrajecten heeft overwogen of begeleiding heeft gezocht (rov. 5.6).

2.4.7. Met betrekking tot de omstandigheid als bedoeld in rov. 5.5 onder b) overweegt het Hof dat VWTI in haar mvg onder punt 5.1 heeft gesteld dat andere werkmaatschappijen binnen het VW-concern eigen werkterreinen, eigen werkpakketten en medewerkers hebben en dat zeer zelden werknemers van de ene werkmaatschappij in dienst treden van een andere werkmaatschappij. Uitzondering hierop is VWNB, in welke werkmaatschappij evenals bij VWTI telecomwerkzaamheden worden verricht. Vrijwel alle vacatures bij VWNB in 2005 zijn ingevuld door boventallige VWTI medewerkers. VWTI heeft aangegeven dat dit 60 werknemers betreft, waarvan 7 personen een vut-perspectief hadden. In zoverre heeft VWTI ervan blijk gegeven zich te hebben ingespannen de boventallige werknemers elders te laten plaatsen. Gezien het feit dat het ook werknemers met een vut-perspectief betrof, kan niet worden aangenomen dat dat perspectief een onevenredige belemmering vormde voor de herplaatsing, ook al omdat bij de verzelfstandiging van VWTI een bedrag voor deze uitkering bij VWNB is achtergebleven – zij het niet ten behoeve van alle werknemers met een vut-perspectief – , teneinde de drempel om werknemers met een vut-perspectief aan te nemen, te verlagen (rov. 5.7).

2.4.8. Met betrekking tot de in rov. 5.5 onder b) bedoelde omstandigheid signaleert het Hof dat eiser de gevolgen van het ontslag te ernstig acht omdat hij in (naar Hof begrijpt: september) 2009 gebruik had kunnen maken van de vut-regeling. VWTI heeft onderbouwd gesteld dat eiser één van de 56 werknemers was die een vut-perspectief had. Eiser heeft dit niet weersproken. Evenmin heeft hij weersproken dat het recht op vut een voorwaardelijk recht is, in die zin dat moet worden voldaan aan de voorwaarde dat er ten tijde van het ingaan ervan sprake moet zijn van een arbeidsovereenkomst. Dit is niet aan de orde, hetgeen voor de genoemde groep werknemers met een vut-perspectief voorzienbaar was ten tijde van het totstandkomen van het Sociaal Plan. Dit heeft voor de betrokkenen bij de totstandkoming van het Sociaal Plan geen aanleiding gevormd om, bij scenario 2 als bedoeld in rov. 5.3, een differentiatie te

maken bij het vaststellen van de vergoeding per werknemer. Anders dan de algemene stelling dat eiser binnen afzienbare termijn van het recht gebruik had kunnen maken, heeft hij niets naar voren gebracht op grond waarvan moet worden geoordeeld dat het verlies van het toekomstige recht juist in zijn geval tot onaanvaardbare gevolgen leidt (rov. 5.8).

2.4.9. Het Hof komt in rov. 5.9 tot de conclusie dat de door eiser aangevoerde gronden ieder voor zich, dan wel gezamenlijk, onvoldoende zijn om tot het beoogde rechtsgevolg te leiden (rov. 5.10).

2.5. Eiser heeft tijdig beroep in cassatie ingesteld. VWTI en VWNB hebben geconcludeerd tot verwerping. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht.

3. Inleiding

3.1. In mijn conclusie van heden in de zaak [...] / VWTI ben ik onder 4 uitvoerig ingegaan op de recente arresten van Uw Raad over de kennelijk onredelijk ontslag vergoedingen. Korthedshalve zij naar die uiteenzetting verwezen.

3.2. In deze zaak gaat het niet om de hoogte van de vergoeding, maar om de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is op de voet van art. 7:681 lid 2 onder b BW. Dat is een andere vraag, zij het dat beide vragen een zekere overlap vertonen.

3.3. Ook met betrekking tot de vraag of sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag is het bredere perspectief, geschetst in mijn onder 3.1 genoemde conclusie sub 3.14 e.v., m.i. niet zonder belang. Ik moge daarnaar verwijzen, ook al omdat de advocaten van beide partijen in beide zaken dezelfde zijn.

4. Behandeling klachten

4.1. Ik stel voorop dat in cassatie niet wordt bestreden dat:

- a. een in overleg met de vakbonden tot stand gekomen sociaal plan een aanwijzing vormt dat de afgesproken vergoeding toereikend is;
- b. de werknemer bijzondere omstandigheden moet stellen en zo nodig bewijzen die een andere uitkomst rechtvaardigen (beide rov. 5.4);
- c. eiser zijn vordering alleen heeft gebaseerd op art. 7:681 lid 2 onder b BW, meer in het bijzonder de door het Hof onder a-c samengevatte omstandigheden (rov. 5.5);
- d. de nakende vut-uitkering eiser niet te stade komt (rov. 5.8).

4.2. Onderdeel 1.1 komt op tegen rov. 5.6 waar het Hof overweegt:

'Overigens blijkt uit het proces-verbaal van de comparitie van partijen in eerste aanleg dat eiser weer aan het werk is.'

Volgens het onderdeel zou deze overweging onbegrijpelijk zijn in het licht van het proces-verbaal van de comparitie van partijen in eerste aanleg die plaats vond op 6 december 2006. Betoogd wordt:

a. dat uit het p.v. niet valt af te leiden dat eiser weer aan het werk was; hij werkte slechts 'veel achter de computer', naar ik lees 'bij het einde van zijn dienstverband'. Als ik het goed zie – het onderdeel

balanceert op de grens van het onbegrijpelijke – dan bedoelt de steller dat eiser tot het einde van zijn arbeidsovereenkomst inderdaad heeft gewerkt, maar niet meer daarna. Daarom wordt 's Hofs lezing dat hij 'weer aan het werk is' gelaakt (cursivering toegevoegd);²

b. het komt niet aan op de vraag of eiser – in 's Hofs visie – geruime tijd ná het ontslag een andere baan had.

4.3. Met betrekking tot de onder 4.2 sub a weergegeven klacht, zoals ik deze versta, het volgende. 's Hofs oordeel ligt – beleefd uitgedrukt – niet voor de hand. Dat blijkt uit:

(i) de passage die op de door het Hof bedoelde zin op p. 5, onder 2 van het proces-verbaal volgt, inhoudende dat de interne sollicitaties van eiser op niets waren uitgelopen:

'Eiser is gehandicapt, maar was laatstelijk weer aan het werk. Hij deed geen technisch werk (meer), maar werkte veelal achter de computer. Eiser heeft viermaal intern gesolliciteerd, waarvan tweemaal op de functie die hij gedurende zes maanden had verricht. Die vacature is eerst vervuld door een andere werknemer. Nadat die werknemer naar elders was vertrokken is de vacature niet opnieuw opengesteld.'

(ii) de pleitnota – die ongedateerd is, maar blijkens het p.v. p. 3 in het midden is voorgedragen op de comparitie – van mr A.M. Engelen, waarin, als ik het goed begrijp, op de laatste bladzijde van de zijde van eiser wordt aangevoerd dat hij (nog steeds) thuis én in de WW zit:

'De concrete gevolgen voor cliënt zijn:

- inkomensachteruitgang
- verergering van klachten als gevolg van het herseninfarct bij verandering van het leefpatroon
- lichamelijke beperkingen die cliënt een zwakke arbeidsmarktpositie geven, mede gezien zijn hoge leeftijd en lange dienstverband bij eenzelfde werkgever
- aanpassingsmoeilijkheden bij het vinden van een nieuwe baan
- extra belasting van de familie bij thuiszitten van cliënt. (...)

Na het ontslag is cliënt in de WW beland, met als gevolg dat hij 70% van zijn laatstbedoelde loon ontving';

(iii) het feit dat van de zijde van VWTI in de onderhavige procedure (in het geheel) niet is aangevoerd dat eiser na de reorganisatie alweer een nieuwe baan heeft gevonden en

(iv) het feit dat de Kantonrechter dat ook niet als vaststaand feit heeft aangenomen.

4.4. Hoewel de uitleg van gedingstukken (een proces-verbaal in prima daaronder begrepen) behoort tot het domein van de feitenrechter, ben ik geneigd 's Hofs lezing onbegrijpelijk te achten. Alleen op basis van de tekst van het p.v. is dat evenwel niet

2 De s.t. van mr. Sagel wijdt geen woord aan deze klacht.

heel eenvoudig en de andere onder 4.3 genoemde omstandigheden kunnen er niet toe bijdragen omdat het onderdeel daarop geen beroep doet.

4.5. Er is evenwel nog een andere complicatie. Uit de door het Hof gekozen bewoordingen 'Overigens (...)' blijkt dat de door het onderdeel bestreden passage bedoeld is als een obiter dictum. De daaraan voorafgaande volzinnen zouden volgens het Hof klaarblijkelijk zijn oordeel zelfstandig kunnen dragen.³ Los van na te bespreken onderdeel 1.2 wordt hetgeen voorafgaat aan de gelaakte passage niet bestreden.

4.6. Kan hetgeen in de eerste drie volzinnen van rov. 5.6 staat 's Hofs oordeel zelfstandig dragen, mede in aanmerking genomen 's Hofs onder 4.1 genoemde – evenmin bestreden – oordelen? Ten aanzien van een gehandicapte werknemer vind ik dat moeilijk verdedigbaar. Maar het kost uitzonderlijk veel moeite om langs alle hindernissen die door het middel worden veroorzaakt heen te laveren. Te weten:

- a. de klacht is bijkans onbegrijpelijk;
- b. op relevante stellingen wordt geen beroep gedaan;
- c. een in beginsel dragend oordeel wordt niet bestreden met de klacht dat hetgeen daar staat niet valt in te zien voor een gehandicapte werknemer.

4.7. Zoals hierna nog zal blijken, is niet nodig om de grenzen van het mogelijke in cassatie te verkennen. Immers slaagt een aantal andere klachten en nopen deze tot een (volledige) herbeoordeling.

4.8. De onder 4.2 sub b bedoelde klacht is op zich gegrond. De vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is, zal ex tunc moeten worden beantwoord.⁴

4.9. Daarmee resteert de vraag of de eerste drie volzinnen van rov. 5.6 's Hofs oordeel zelfstandig kunnen dragen, mede in het licht van hetgeen onder 4.1 werd vermeld. Ik reserveer mij antwoord totdat de tweede klacht van onderdeel 1.2 is besproken.

4.10. Onderdeel 1.2 klaagt dat het Hof ten onrechte mede aan zijn beslissing dat het ontslag van eiser niet kennelijk onredelijk was ten grondslag heeft gelegd dat eiser per 14 mei 2006, derhalve meer dan 4 maanden na zijn ontslag, de status van arbeidsgehandicapte in de zin van de Wet REA heeft verloren. Door zich niet uitdrukkelijk uit te laten over de vraag of dat ten tijde van het ontslag voorzienbaar was, zou het Hof ook hier hebben miskend dat voor de beoordeling van een ontslag op kennelijke (on)redelijkheid de situatie ten tijde van het ingaan van het ontslag beslissend is en dat met latere omstandigheden alleen rekening mag worden gehouden voor zover daarvoor aanknopingspunten bestonden ten tijde van het eindigen van het ontslag. Het onderdeel voert voorts aan dat, zo 's Hofs oordeel al niet rech-

tens onjuist is, het in elk geval onvoldoende gemotiveerd is nu het geen inzicht biedt in datgene wat tijdens het eindigen van de arbeidsovereenkomst voorzienbaar was.

4.11. Het onderdeel mist in zoverre feitelijke grondslag. Partijen hielden er blijkens de dingtalen immers wel degelijk rekening mee dat eiser de status van arbeidsgehandicapte ging zou verliezen. Dit blijkt uit het volgende:

a) in het proces-verbaal van 6 december 2006 is op p. 5 onder 3 te lezen: 'Geprobeerd wordt om de arbeidsgehandicaptenstatus te verlengen';

b) in de ongedateerde pleitnota schrijft Mr Engelen op de laatste (ongenummerde) bladzijde: 'Dat client zijn status van arbeidsgehandicapte binnen afzienbare tijd zou verliezen neemt niet weg dat de beperkingen onveranderd aanwezig waren en dus de gevolgen voor client minder ernstig zouden worden';

c) van de zijde van VWTI in de cva, onder 22 is aangevoerd:

'Eiser stelt in algemene zin dat zijn leeftijd, eenzijdig arbeidsverleden en opleidingsniveau zou moeten leiden tot de conclusie dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Hierboven (...) is echter al aangegeven dat veel van zijn oud-collega's zich in eenzelfde soort situatie bevinden. Bovendien is hierboven (...) reeds aangegeven dat VWTI geen middelen meer heeft om aanvullende betalingen te doen. In die situatie zijn de gevolgen voor de beëindiging van het dienstverband van eiser niet ernstiger in vergelijking met het belang van de werkgever. De verplichting tot het doen van nadere betalingen leidt immers tot het faillissement van VWTI. Ook het feit dat eiser (nog net) de arbeidsgehandicapte status had, brengt hierin geen verandering. Overigens is enige relativisering hier op zijn plaats. Eiser heeft al met ingang van 14 mei 2001 geen recht meer op een WAO-uitkering. Over een paar maanden verliest hij dan ook zijn status van arbeidsgehandicapte (productie 6).'⁵

4.12. Overigens vertolkt het onderdeel eenzelfde klacht als weergegeven onder 4.8. Deze slaagt op de eveneens onder 4.8 genoemde grond. Ook hier doen zich de hierboven onder 4.6 sub b en c genoemde complicaties gevoelen. Daarom schort ik ook een oordeel over het lot van deze klacht nog even op.

4.13. Onder klacht 2 wordt opgekomen tegen rov. 5.6. Deze zou blijik geven van een onjuiste rechtsopvatting, althans onvoldoende gemotiveerd zijn, omdat het Hof daarin niet heeft gerespondeerd op eiser's stelling dat hij last heeft van allerlei ernstige lichamelijke beperkingen ten gevolge van een beroerte. De omstandigheid dat eiser als gevolg daarvan moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt had volgens het onderdeel moeten worden meegewogen bij de beoordeling van de vraag of het ontslag kenne-

3 Mrs. Dempsey en Von Schmidt auf Altenstadt wijzen daar terecht op: s.t. onder 2.1.3.

4 HR 13 april 2001, NJ 2001/408 rov. 5.3 onder verwijzing naar HR 17 oktober 1997, NJ 1999/266, welk laatst genoemd arrest op zijn beurt weer verwijst naar HR 3 maart 1995, NJ 1995/451; zie ook de s.t. van mr Sagel onder 9.

5 Op deze laatste omstandigheid wijst ook de s.t. namens VWTI onder 2.1.7.

lijk onredelijk is, alsmede bij de beoordeling van de vraag of – op straffe van kennelijke onredelijkheid – de hardheidsclausule had moeten worden toegepast.

4.14. 's Hofs (sjablone)⁶ oordeel dat onvoldoende vast is komen te staan dat de leeftijd van eiser er niet toe leidt dat hij geen nieuw dienstverband zou kunnen krijgen (rov. 5.6) breekt hem bij deze klacht niet op omdat de klacht scharniert om eiser' gezondheid en niet om zijn leeftijd.

4.15. Het beroep op de hardheidsclausule (kennelijk in het sociaal plan) moet blijven rusten omdat de vordering daarop naar het Hof in rov. 5.1 – in cassatie niet bestreden – heeft geoordeeld niet is gegrond.

4.16. Eiser heeft in feitelijke instanties aangevoerd dat hij naar aanleiding van een herseninfarct in 1998 kampt met allerlei lichamelijke beperkingen aan zijn rechterzijde en dat dit hem belemmerde of zou belemmeren bij het vinden van een nieuwe baan.⁷ Dit is van de zijde van VWTI niet bestreden; haar s.t. doet dan ook geen beroep op dergelijke stellingen.

4.17. De Kantonrechter constateerde in rov. 3.7, laatste volzin van zijn vonnis van 14 februari 2007 – kennelijk naar aanleiding van de verschijning van partijen ter comparitie – dat eiser 'als gevolg van een herseninfarct duidelijk waarneembaar extra beperkt is bij het vinden van werk elders'.

4.18. Anders dan de Kantonrechter heeft het Hof eiser niet 'gezien'. Het Hof heeft in zijn uitspraak geen woord aan de onder 4.16 genoemde stelling gewijd.

4.19. Het feit dat het Hof, zonder enige toelichting en onder gebruikmaking van een ook in andere arresten voorkomende overweging, aan de beperkingen van eiser geheel voorbij is gegaan, is in strijd met de vaste rechtspraak van Uw Raad dat bij de beantwoording van de vraag of het ontslag ingevolge het 'gevolgencriterium' van art. 7:681 lid 2 onder b BW kennelijk onredelijk is, alle omstandigheden ten tijde van het ontslag in aanmerking moeten worden genomen.⁸ Dat klemte eens te meer nu het hier toch een bij uitstek relevante stelling betreft.

4.20. Hetgeen VWTI tegen de klacht heeft ingebracht (s.t. onder 2.1.10) overtuigt mij niet, nog daargelaten dat 's Hofs oordeel daarop niet is gegrond. Eiser stelling in de mva onder 5, waarop VWTI beroep doet, dat hij zijn werk 'na een periode van revalidatie (...) en na enige aanpassingen' weer heeft hervat, betekent allerminst dat hij de gevolgen van het infarct te boven was. Veeleer het tegendeel is het geval, wat volgt uit de bewoordingen 'na enige aanpassingen'. Ook de omstandigheid dat VWTI niet eiser, maar anderen in aanmerking heeft laten komen voor beschikbare banen elders in het concern lijkt een sterke aanwijzing voor de juistheid van eiser'

stelling; ik kom daarop terug bij de behandeling van onderdeel 2.

4.21. Het slagen van deze klacht brengt mee dat de eerste drie volzinnen van rov. 5.6 's Hofs oordeel niet (meer) zelfstandig kunnen dragen. Daarom slagen ook de onder 4.2 en 4.10 genoemde klachten.

4.22. Onderdeel 2 klaagt dat 's Hofs beslissing in rov. 5.7 dat het ontslag ook niet kennelijk onredelijk is vanwege tekortschietende herplaatsingsinspanningen van VWTI onvoldoende is gemotiveerd, nu het Hof in dit verband geen aandacht heeft besteed aan de specifieke omstandigheden van eiser die maakte dat VWTI jegens hem een verzwaarde herplaatsingsplicht had.

4.23. In rov. 5.7 laat het Hof zich niet uitdrukkelijk uit over de vraag of er een verplichting tot herplaatsing van eiser binnen het concern voor VWTI bestond. Wel wordt overwogen dat VWTI zich heeft ingespannen om de boventallige werknemers elders te plaatsen:

'Gezien het feit dat het ook werknemers met vut-perspectief betrof, kan niet worden aangenomen dat dat perspectief een onevenredige belemmering vormde voor de herplaatsing, ook al omdat bij de verzelfstandiging van VWTI een bedrag voor deze uitkering bij VWNB is achtergebleven – zij het niet ten behoeve van alle werknemers met een vut-perspectief –, teneinde de drempel om werknemers met een vut-perspectief aan te nemen, te verlagen.'

4.24. Ook deze klacht snijdt hout. Ik benader haar langs twee kanten (een principiële en één toegesneden op het onderhavige geval).

4.25. VWTI probeert 's Hofs oordeel op te poetsen door erop te wijzen dat het ging om een groot aantal vacatures bij een concern-maatschappij die gedeels zijn opgevuld met werknemers van VWTI. De gemiddelde leeftijd van de voor deze vacatures geselecteerde werknemers bedroeg 43 en hun (kennelijk) gemiddelde dienstverband was 20 jaar. Ruim 10% van de geselecteerden had een VUT-per-spectief (s.t. mrs Dempsey en Von Schmidt auf Altenstadt onder 2.2.4).

4.26. Eiser had ten tijde van de beëindiging van het dienstverband 36 jaar voor VWTI en haar rechtsvoorganger gewerkt, terwijl hij toen 53 jaar oud was. Dit gevoegd bij zijn beperkingen als gevolg van een beroerte maakt, in elk geval zonder gedegen nadere toelichting die geheel ontbreekt, onbegrijpelijk waarom aan anderen voorrang is verleend bij herplaatsing. Ten ware het dat men geen behoefte had aan een werknemer met een zekere handicap, maar dat zou geen geoorloofde grond zijn (geweest).

4.27. Wanneer op gronden die een dergelijke selectie niet kunnen dragen een werkgever (binnen hetzelfde concern) bij herplaatsing voorrang verleent aan andere werknemers, zal een ontslag zonder een relevante vergoeding voor een werknemer wiens kansen op de arbeidsmarkt vanwege zijn handicap objectief gezien minder gunstig zijn dan de kansen van de wél geselecteerden al spoedig meebrengen dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Dat geldt al hele-

6 Want ook in de andere arresten waarin heden wordt geconcludeerd voorkomende.

7 Zie bijvoorbeeld mva sub 43.

8 Laatstelijk HR 27 november 2009, RvdW 2009/1405 rov. 4.2.

maal wanneer sprake is van een dienstverband van 36 jaar.

4.28. Ook hier is het Hof niet verder gekomen dan een sjablonen-oordeel dat er een sociaal plan is en dat – kort gezegd – de werknemer moet aantonen dat dit voor zijn geval zo ontoereikend is dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag in de zin van art. 7:681 lid 2 onder b BW. Dat oordeel is onder de hiervoor geschetste omstandigheden ofwel onjuist danwel volstrekt ontoereikend gemotiveerd. De daarop toegespitste klacht slaagt.

4.29. Ik kan de klacht ook meer principieel benaderen.

4.30. De vraag of VWTI zich voldoende heeft ingespannen voor de herplaatsing van eiser binnen het concern is m.i. een relevante omstandigheid die het Hof had moeten meewegen in het kader van de beoordeling van de vordering op de voet van art. 7:681 lid 2 onder b BW. Dat is ook het uitgangspunt van het UWV Werkbedrijf bij de beoordeling van ontslag-aanvragen.⁹

'Binnen een concern mag verwacht worden dat de werkgever onderzoekt of herplaatsing bij een zusteronderneming mogelijk is. Alles wat binnen een redelijk bereik van de werkgever ligt, mag worden gevergd. Per werkgever zullen de mogelijkheden overigens divers kunnen zijn. De aard en omvang van de organisatie zijn hierbij relevant.'

4.31. In een geval als het onderhavige houdt de herplaatsingsplicht van de werkgever dus niet, in elk geval niet zonder meer, op bij de grenzen van de 'eigen' vennootschap. In lijn hiermee beoordeelde het Hof 's-Hertogenbosch recentelijk een ontslag als kennelijk onredelijk in een min of meer vergelijkbaar geval.¹⁰ Anders dan in de onderhavige zaak had de werknemer in de door het Hof beslechte zaak niet de status van arbeidsgehandicapte.

4.32. Dat laatste, de status van arbeidsgehandicapte, is voor het UWV Werkbedrijf een omstandigheid die de op de werkgever rustende inspanningsplicht om de werknemer te herplaatsen nog verzwaart.¹¹

'Door een arbeidshandicap kan een werknemer een zwakke arbeidsmarktpositie hebben. Dit kan reden zijn om van het afspiegelingsbeginsel af te wijken. Gesteld dat er geen reden is om hiervan af te wijken, dan beoordeelt het UWV of aanneemelijk is geworden dat herplaatsing binnen de onderneming niet mogelijk is. Van de werkgever mag in dat kader verlangd worden dat hij zich extra inspannt om deze werknemer te herplaatsen. De extra inspanningsverplichting komt tot uiting in de termijn waarop werkgever vooruit moet kijken (26 weken), de verplichting scholing aan te bieden als de kennis en/of ervaring van de werknemer niet helemaal aansluiten bij de func-

tie-eisen van de vacature en redelijk is dat werkgever de scholing aanbiedt, en de gevergde actieve houding van de werkgever om herplaatsing te realiseren.'

4.33. Op het moment van het ontslag was eiser nog aan te merken als een werknemer met een arbeidshandicap. Op VWTI rustte volgens de beleidsregels van het UWV Werkbedrijf daarom nog een extra inspanningsplicht. Dat geldt m.i. eens te meer wanneer er binnen het concern herplaatsingsmogelijkheden bestonden, terwijl op – a prima vista tamelijk willekeurige – gronden andere werknemers zijn geselecteerd die zich voor zover kenbaar in een (aanzienlijk) minder benarde positie bevonden.

4.34. Benaderd langs beide wegen slaagt onderdeel 2.

4.35. Onderdeel 3 verwijt het Hof geen aandacht te hebben besteed aan de stelling van eiser dat VWTI tot een concern behoorde, dit in verband met de financiële positie van VWTI. Het onderdeel verwijst naar een stelling van eiser in de mva onder 30 inhoudende kort gezegd dat het door VWTI gevoerde 'habe nichts'-verweer moet worden verworpen.

4.36. Niets in het arrest wijst erop dat het Hof zich iets aan dit verweer van VWTI gelegen heeft laten liggen, laat staan dat de vordering (mede) op die grond is afgewezen. Kennelijk – en niet onbegrijpelijk – was VWTI volgens het Hof in staat aan een eventuele veroordeling tot betaling van een kennelijk onredelijk ontslagvergoeding te voldoen (de omstandigheid dat zij zich in drie instanties van rechtshulp van grote advocatenkantoren heeft voorzien, onderstreept dat). Daarop loopt het onderdeel stuk.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

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

- de vonnissen in de zaak 448428 CV 05-8687 van de Rechtbank Utrecht van 1 november 2006 en 14 februari 2007,
- het arrest in de zaak 104.003.548 van het gerechtshof te Amsterdam van 25 november 2008.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft X. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

VWTI heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor X., namens zijn advocaat, toegelicht door mr. S.F. Sagel, advocaat te Amsterdam, en voor VWTI door haar advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot vernietiging van het bestreden arrest.

9 UWV Werkbedrijf, Ontslagprocedure UWV Werkbedrijf, Beleidsregels en regelgeving 2010 p. 163.

10 Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, LJN BH5994, rov. 4.4.6. Zie ook Ktr. Almelo 15 juni 2000, JAR 2000/165.

11 UWV Werkbedrijf, a.w., p. 166.

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) X., geboren in 1952, is per 15 september 1969 in dienst getreden van een rechtsvoorganger van Volker Wessels Netwerk Bouw B.V. te Amersfoort (hierna: VWNB). VWNB is sedert 2002 een 55%- en sedert 2005 een 100%-dochtermaatschappij van Volker Wessels Stevin Telecom BV (hierna: VWS Telecom B.V.). X. was laatstelijk werkzaam in de functie van allround telecom engineer; hij verdiende in die functie € 2289 bruto per maand, exclusief vakantiebijslag.

(ii) VWNB bestond uit vier (juridisch gezien onzelfstandige, maar zelfstandig opererende) business-units. X. was laatstelijk werkzaam bij de Businessunit Sites, waar ongeveer 400 werknemers werkzaam waren.

(iii) VWNB heeft vanwege een sterk verslechterde markt waarop de Businessunit Sites opereert, en daaruit voortvloeiende fors gedaalde omzet en sterk negatieve resultaten die niet meer door de andere businessunits konden worden opgevangen, besloten tot reorganisatie van de Businessunit Sites teneinde te voorkomen dat VWNB als geheel dreigde ten onder te gaan aan de financiële situatie bij de Businessunit Sites. Blijkens het in december 2004 opgestelde reorganisatieplan was één activiteit van de Businessunit Sites (de ondergrondse klantlijnen) rendabel en levensvatbaar. Dit onderdeel is verplaatst naar de Businessunit Aansluitnet & Routes.

(iv) Na overleg met de raad van commissarissen en KPN (de voormalige eigenaar en opdrachtgever van de rechtsvoorganger van VWNB), is onderzoek gedaan naar de verschillende mogelijkheden tot reorganisatie van de Businessunit Sites. Uit dat onderzoek zijn twee scenario's naar voren gekomen. Beide scenario's en de gevolgen daarvan zijn opgenomen in het met de vakorganisaties en de ondernemingsraad overeengekomen sociaal plan van maart 2005.

(v) Eind december 2004 is de nieuwe vennootschap VWTI opgericht, eveneens een 100% dochtermaatschappij van VWS Telecom B.V. Per 1 april 2005 heeft ten aanzien van de Businessunit Sites een overgang van onderneming plaatsgevonden als bedoeld in de artikelen 7:662 e.v. BW met VWTI als verkrijgende vennootschap.

(vi) Nadat gebleken was dat de CWI niet instemde met het verlenen van ontslagvergunningen op basis van scenario 2 (dat kort gezegd voorzag in een beperkte doorstart met ongeveer 138 werknemers, en een vergoeding voor de af te vloeien werknemers op basis van de kantonrechtersformule met factor $C=0,4$), is besloten tot uitvoering van scenario 1, hetgeen inhield volledige sluiting van VWTI per 1 januari 2006, opzegging van alle arbeidsovereenkomsten tegen 27 december 2005, en een vergoeding voor de af te vloeien werknemers op basis van de kantonrechtersformule met factor $C=0,26$.

(vii) VWTI heeft op 28 april 2005 een melding gedaan als bedoeld in artikel 3 lid 1 van de Wet melding collectief ontslag. Zij heeft op 29 april 2005

aan de CWI toestemming verzocht om de arbeidsovereenkomsten met haar werknemers te mogen opzeggen. Na verkregen toestemming heeft zij de arbeidsovereenkomsten met haar werknemers, onder wie X., met ingang van 27 december 2005 opgezegd. In de opzeggingsbrief wordt vermeld dat een persoonlijk budget wordt toegekend als bepaald in het sociaal plan ($C=0,26$).

3.2. X. voert in deze procedure een verklaring voor recht dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door VWTI als kennelijk onredelijk moet worden beschouwd, en veroordeling van VWTI tot betaling van schade-vergoeding. De kantonrechter heeft de vorderingen toegewezen en de schadevergoeding bepaald op een bedrag van € 97.511,40 bruto, verminderd met het op grond van het Sociaal Plan uitgekeerde persoonlijke budget en met de uitgekeerde bedragen uit hoofde van de collectieve resultaatsregeling.

3.3. In hoger beroep heeft het hof de vorderingen alsnog afgewezen, waartoe het als volgt overwoog.

X. heeft een voorziening van VWTI aangeboden gekregen in overeenstemming met het Sociaal Plan. Bij de beantwoording van de vraag of het in het kader van de staking van de werkzaamheden van VWTI gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, gaat het hof ervan uit dat het feit dat de aangeboden voorziening in overeenstemming is met het (door de vakbonden en VWTI afgesloten) Sociaal Plan, een aanwijzing vormt dat die voorziening toereikend is. Het is aan X. om te stellen en zo nodig te bewijzen op grond van welke bijzondere omstandigheden de voorziening in zijn geval desondanks onredelijk is. (rov. 5.4) X. heeft zijn vordering gebaseerd op de stelling dat de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging als bedoeld in art. 7:681 lid 2, aanhef en onder b, BW. Hij beroept zich daartoe op de navolgende omstandigheden:

a) zijn 36-jarige dienstverband bij (rechtsvoorgangers van) VWTI, zijn leeftijd (ten tijde van het ontslag 53 jaar), zijn opleidingsniveau, eenzijdig arbeidsverleden, de situatie op de arbeidsmarkt en zijn arbeidsgehandicapte-status;

b) van VWTI had verwacht mogen worden dat zij extra moeite had gedaan om hem elders in het concern te herplaatsen;

c) hij zou per 2009 recht hebben gehad op de VUT-regeling. (rov. 5.5)

Volgens het hof leiden de omstandigheden genoemd in rov. 5.5 onder a) zelfstandig noch tezamen tot het door X. beoogde resultaat. Het enkele feit dat sprake is van een lang dienstverband is daartoe, gegeven de voorzieningen in het Sociaal Plan, onvoldoende. Voorts is onvoldoende vast komen te staan dat de leeftijd van X. leidt tot het niet kunnen verkrijgen van een nieuw dienstverband, zij het dat een en ander wellicht de nodige tijd en moeite kan kosten. Dat zijn sollicitatiepogingen niet aanstonds effect hebben gehad, zoals hij in zijn memorie van antwoord stelt en met stukken onderbouwt, doet daar

niet aan af. Overigens blijkt uit het proces-verbaal van de comparitie van partijen in eerste aanleg dat X. weer aan het werk is. Evenmin is het eenzijdige arbeidsverleden een omstandigheid die leidt tot het door hem beoogde effect, mede nu dit een verhogen-de grondslag vormt voor het persoonlijk budget uit hoofde van het Sociaal Plan en onvoldoende feiten of omstandigheden zijn gesteld op grond waarvan zou kunnen worden geoordeeld dat dit arbeidsverleden een belemmering vormt voor het verkrijgen van een nieuw dienstverband. Dit geldt ook voor de stelling dat op de huidige arbeidsmarkt de kansen van X. op het vinden van een nieuw dienstverband niet realistisch zijn. Dat de status van arbeidsgehandicapte (in de zin van de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten) het vinden van een nieuwe baan bemoeilijkt, acht het hof evenmin aannemelijk. Vanaf 14 mei 2006 heeft X. die status immers niet meer.

Om dezelfde redenen verwerpt het hof X.' stelling dat de hardheidsclausule op hem toepassing had moeten vinden. Bovendien is gesteld noch gebleken dat hij, al dan niet met behulp van de hiertoe door het Sociaal Plan gecreëerde mogelijkheid, bij- of omscholingstrajecten heeft overwogen of begeleiding heeft gezocht. (rov. 5.6)

Met betrekking tot de omstandigheid als bedoeld in rov. 5.5 onder b) overweegt het hof dat vrijwel alle vacatures bij VWNB in 2005 zijn ingevuld door boventallige VWTI medewerkers. In zoverre heeft VWTI ervan blijk gegeven zich te hebben ingespannen de boventallige werknemers elders te laten plaatsen. Gezien het feit dat het ook werknemers met een VUT-perspectief betrof, kan niet worden aangenomen dat dat perspectief een onevenredige belemmering vormde voor de herplaatsing, ook al omdat bij de verzelfstandiging van VWTI een bedrag voor deze uitkering bij VWNB is achtergebleven – zij het niet ten behoeve van alle werknemers met een VUT-perspectief –, teneinde de drempel om werknemers met een VUT-perspectief aan te nemen, te verlagen. (rov. 5.7)

Met betrekking tot de in rov. 5.5 onder c) bedoelde omstandigheid signaleert het hof dat X. de gevolgen van het ontslag te ernstig acht omdat hij in september 2009 gebruik had kunnen maken van de vut-regeling. X. heeft echter niet weersproken dat hij één van de 56 werknemers was die een VUT-perspectief had en dat het recht op VUT een voorwaardelijk recht is, in die zin dat moet worden voldaan aan de voorwaarde dat er ten tijde van het ingaan ervan sprake moet zijn van een arbeidsovereenkomst. Dit laatste is niet aan de orde, hetgeen voor de genoemde groep werknemers met een VUT-perspectief voorzienbaar was ten tijde van het tot stand komen van het Sociaal Plan. Dit heeft voor de betrokkenen bij de totstandkoming van het Sociaal Plan geen aanleiding gevormd om bij scenario 2 een differentiatie te maken bij het vaststellen van de vergoeding per werknemer. Anders dan de algemene stelling dat X. binnen afzienbare termijn van het recht gebruik had kunnen maken, heeft hij niets naar voren gebracht op grond

waarvan moet worden geoordeeld dat het verlies van het toekomstige recht juist in zijn geval tot onaanvaardbare gevolgen leidt. (rov. 5.8)

Het hof komt in rov. 5.9 tot de conclusie dat de door X. aangevoerde gronden ieder voor zich, dan wel gezamenlijk, onvoldoende zijn om tot het beoogde rechtsgevolg te leiden.

3.4.1. Onderdeel 1.2 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 5.6 dat niet aannemelijk is dat de status van X. als arbeidsgehandicapte in de zin van de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten (hierna: Wet REA) het vinden van een nieuwe baan bemoeilijkt, waarbij het hof mede betreft dat X. die status vanaf 14 mei 2006 niet meer heeft.

3.4.2. Volgens de eerste klacht van het onderdeel heeft het hof, door in aanmerking te nemen dat X. zijn status van arbeidsgehandicapte per 14 mei 2006 had verloren, miskend dat bij de beantwoording van de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is op grond van (kort gezegd) het gevolgcriterium van art. 7:681 lid 2, aanhef en onder b, de situatie ten tijde van het ingaan van het ontslag beslissend is en dat met latere omstandigheden slechts rekening mag worden gehouden voor zover daaruit aanknopingspunten zijn af te leiden met betrekking tot hetgeen bij het eindigen van het dienstverband voorzienbaar was. Hoewel de klacht op een juiste rechtsopvatting is gebaseerd (vgl. HR 17 oktober 1997, nr. 16283, LJN ZC2457, NJ 1999/266), kan zij niet tot cassatie leiden omdat het hof dit niet heeft miskend. VWTI heeft in eerste aanleg in haar conclusie van antwoord onder 22, met verwijzing naar de daarbij gevoegde productie 6 (een brief van GAK Nederland van 12 december 2001, waarin is vermeld dat X. de status van arbeidsgehandicapte in de zin van de Wet REA gedurende vijf jaar na 14 mei 2001 behoudt), betoogd dat X. op 14 mei 2006 de status van arbeidsgehandicapte zou verliezen, en het hof heeft op grond daarvan kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat zulks, als onvoldoende betwist, als een ten tijde van het ontslag bestaande verwachting tot uitgangspunt kon worden genomen.

3.4.3. De tweede klacht van het onderdeel houdt in dat het hof bij zijn beantwoording van de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is, uitsluitend is ingegaan op de formele status van X. als arbeidsgehandicapte in de zin van de Wet REA, maar niet op hetgeen X. – bij de comparitie van partijen in eerste aanleg en bij memorie van antwoord in hoger beroep – had aangevoerd over zijn lichamelijke beperkingen na een herseninfarct in 1998 ten gevolge waarvan hij, ook als hij niet langer de formele status van arbeidsgehandicapte zou hebben, moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt. De klacht is gegrond. Het hof heeft zijn oordeel dat geen sprake is geweest van een kennelijk onredelijk ontslag, in het licht van deze stellingen onvoldoende gemotiveerd.

3.5. Onderdeel 2 is gericht tegen rov. 5.7, waarin het hof de stelling van X. verwerpt dat van VWTI verwacht had mogen worden dat zij extra moeite had gedaan om hem elders in het concern te herplaatsen. Het onderdeel treft doel. Bij zijn verwerping van

deze stelling heeft het hof weliswaar geoordeeld dat VWTI zich heeft ingespannen haar boventallige werknemers elders binnen het concern te herplaatsen, waarbij het VUT-perspectief van deze werknemers geen belemmering is gebleken, maar het hof is ten onrechte zonder motivering voorbijgegaan aan hetgeen X. had aangevoerd over zijn (hiervoor in 3.4.3 bedoelde) lichamelijke beperkingen, en aan het daarop gebaseerde betoog van X. dat VWTI mede daarom meer haar best had moeten doen X. in één van de hem vertrouwde zustersvenootschappen van VWTI te plaatsen. Daarbij verdient opmerking dat van een werkgever in beginsel een extra inspanning verwacht mag worden om een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, binnen het hem vertrouwde concern te herplaatsen.

3.6. Onderdeel 1.1 behoeft geen behandeling. De daarin besproken punten kunnen na verwijzing aan de orde komen.

3.7. De in onderdeel 3 aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 25 november 2008;

verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt VWTI in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van X. begroot op € 3092,16 aan verschotten en € 2600 voor salaris.

Noot

1. Deze arresten geven antwoord op drie vragen die de arbeidsrechtbeoefenaren de afgelopen jaren in toenemende mate bezig hielden: (a) moet bij de schadevergoeding uit kennelijk onredelijke opzegging de schade zo mogelijk concreet worden begroot? (b) mag bij deze berekening de kantonrechtersformule worden gebruikt zoals die pleegt te worden gehanteerd bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige reden? en (c) moet eerst de kennelijk onredelijkheid van de opzegging worden beoordeeld en pas daarna de te betalen schadevergoeding of mogen deze kwesties gezamenlijk worden bezien?.

2. Zoals bekend hadden de gerechtshoven de eerste vraag ontkennend beantwoord. De tweede vraag hadden zij bevestigend beantwoord, maar op uiteenlopende wijze. Hof Den Haag hanteerde 70% van de huidige kantonrechtersformule, de vier andere hoven 50% van de tot 1 januari 2009 geldende, hogere formule, waarbij zij spraken over de XYZ-formule. Over het antwoord op de derde vraag waren de hoven eveneens verdeeld: het Hof Den Haag be-

handelde beide kwesties gezamenlijk, de vier andere hoven stelden eerst de kennelijke onredelijkheid van de opzegging vast, waarvoor zij een lijst criteria hadden opgesteld. Deze uitspraken zijn door Verhulp geannoteerd, NJ 2009/467. A-G Spier volgt in zijn conclusies de antwoorden van de hoven op de eerste twee vragen. Bij de tweede vraag kiest hij voor 100% van de oude formule. Bij de derde vraag volgt hij de benadering van de vier hoven. De Hoge Raad kiest nu voor een grotendeels andere benadering. De eerste vraag wordt juist bevestigend beantwoord en de tweede vraag ontkennend. Ten aanzien van de derde vraag volgt de HR de vier hoven en de A-G.

3. De arresten van de Hoge Raad hebben in de arbeidsrechtelijke wereld tot teleurstelling geleid. Met name was gehoopt dat de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag meer voorspelbaar zou worden en meer in lijn gebracht met de kantonrechtersformule. Het bezwaar dat tegen de huidige situatie veel wordt aangevoerd is dat bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever het antwoord op de vraag of een werknemer een ontslagvergoeding ontvangt en de eventuele hoogte hiervan sterk verschilt, afhankelijk van de vraag of de werkgever kiest voor de weg van opzegging of die van ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Vanuit het perspectief van de werknemer leidt dit tot willekeur. Daar tegenover staat de visie dat de opzegging de hoofdweg is van het ontslagrecht en in beginsel geen recht geeft op een vergoeding. De werkgever die de opzegging niet wil laten toetsen door het UWV of met een opzegverbod wordt geconfronteerd, kan de daardoor geboden ontslagbescherming in deze visie afkopen door ontbinding te vragen waar tegenover de prijs staat van de vergoeding volgens de kantonrechtersformule. In deze visie leidt de kantonrechtersformule tot betrekkelijk hoge vergoedingen en gaat het te ver om de werkgever zonder wettelijke grondslag bij elk ontslag een zo hoge vergoeding op te dringen. In de praktijk blijken de grotere werkgevers in elk geval bij individuele ontslagen overwegend voor ontbinding te kiezen, omdat zij zich de vergoeding kunnen veroorloven, terwijl de kleinere werkgevers meer voor de opzegging opteren, in de hoop dan geen vergoeding te behoeven te betalen. Het bestaan van de opzeggingsmogelijkheid zonder vergoeding, vormt aldus thans juist enig tegenwicht tegen de vergaande praktijk van de kantonrechters om gemakkelijk te ontbinden tegen hoge vergoedingen. De toegenomen ontbindingspraktijk heeft echter bij velen de misvatting doen ontstaan dat een ontslagvergoeding berekend volgens de kantonrechtersformule een recht is van iedere werknemer bij onvrijwillig ontslag. De arresten van de Hoge Raad herinneren ons eraan dat het een ingrijpende beslissing zou zijn indien de rechtspraak een dergelijk recht zou invoeren zonder wettelijke grondslag, zeker op een politiek zo gevoelig terrein als het ontslagrecht.

4. De arresten kwamen niet onverwacht voor wie de voorafgaande jurisprudentie van de Hoge Raad heeft gevolgd. De vaste lijn is dat in kennelijk

onredelijke opzeggingszaken alle omstandigheden tezamen en in onderling verband moeten worden meegewogen, HR 17 oktober 1997, NJ 1999/266 (*Schoonderwoert/Schoonderwoerd*); HR 27 februari 1998, JAR 1998/111 (*K./De Combinatie*). Daarnaast werd uitgemerkt dat de kennelijk onredelijke opzegging een in de wet geregelde bijzondere vorm van een tekortkoming van de werkgever (of werknemer) is in zijn verplichting om zich – ook bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst – als een goed werkgever (of werknemer) te gedragen. De hier bedoelde schadevergoeding is dan ook te beschouwen als een bijzondere vorm van schadevergoeding wegens wanprestatie. Bij de beantwoording van de vraag vanaf welk tijdstip de wettelijke rente over deze schadevergoeding verschuldigd is, werd daarom aangesloten bij het bepaalde in art. 6:119 BW, HR 14 november 2008, NJ 2008/589 (*Dahri/Vianen Beton*). De Hoge Raad trekt deze lijn nu door met de overweging dat een vergoeding op grond van art. 7:681 lid 1 BW een ander karakter heeft dan de vergoeding die de rechter ingevolge art. 7:685 lid 8 BW kan toekennen. De rechter moet bij art. 7:681 de vergoeding begroten als schade die de werknemer heeft geleden (*Van de Grijp/Stam*, ov. 4.3). Het gaat hierbij om de toepassing van art. 6:97 BW uit het algemene schadevergoedingsrecht. Op dit gevolg van de invoering van het Nieuw BW wees reeds A-G Asser in zijn conclusie bij het genoemde arrest *Schoonderwoert/Schoonderwoerd* (zie ook mijn noot bij bovengenoemd arrest *Van Ree/Damco*).

5. Het gaat in deze zaken met name om het tweede voorbeeld van art. 7:681 lid 2 BW. Dit betreft het zogeheten gevolgen-criterium, waarin de opzegging kennelijk onredelijk is omdat 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. De term *voorzieningen* lijkt direct te verwijzen naar een ontslagvergoeding, hoewel ook andere voorzieningen (begeleiding naar ander werk, scholing etc.) denkbaar zijn. Het probleem is dat er geen wettelijke richtsnoeren zijn voor die voorzieningen. De Hoge Raad verwijst naar het goed werkgeverschap als algemeen richtsnoer (art. 7:611 BW), waarmee dit begrip nadrukkelijker dan voorheen een rol in het ontslagrecht kan krijgen. Maar deze vage norm behoeft invulling. Moet nu ook ten aanzien van deze voorziening een schadeberekening worden opgesteld aan de hand van art. 6:97 BW? En welke schade betreft dit dan? A-G Spier stelt deze vraag terecht aan de orde. Hij stelt dat een vergelijking moet worden getrokken met de hypothetische situatie dat sprake was van een rechtens toelaatbaar (want niet kennelijk onredelijk) ontslag (pt. 6.4 e.v. van zijn conclusie bij *Van de Grijp/Stam*). Hij maakt dan echter een denksprong door aan te nemen dat de werkgever in dat geval zou hebben gekozen voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst en bereid was geweest de daarbij behorende vergoeding te

betalen. Deze redenering miskent dat de werkgever reeds de opzegweg heeft gevolgd en als regel beschikt over toestemming voor een opzegging van het UWV. Het ligt dan niet voor de hand om ook nog eens de volledige kantonrechttersformule aan de opzegging te verbinden. Het lijkt erop dat de A-G veronderstelt dat de ontbindingsweg de normale weg is tot beëindiging van een arbeidsovereenkomst en de kantonrechttersformule de norm voor een vergoeding bij ieder ontslag. Daartoe ontbreekt echter niet alleen een wettelijke grondslag, maar ook een breed gedeelde rechtsopvatting. Hij neemt daarbij kennelijk aan dat een werkgever die niet kan opzeggen steevast voor ontbinding opteert en daarbij geen keuzevrijheid meer behoeft te hebben. In zijn gedachtegang is het wel logisch dat de A-G de hele kantonrechttersformule wil hanteren. Minder logisch is dat hij daarvoor de oude kantonrechttersformule uit het stof wil halen. De Kring van kantonrechtters heeft mijns inziens wijs geopereerd door de kantonrechttersformule te versoberen, nu deze onder toenemende druk stond vanuit de politiek dat deze te hoog was. De daarbij aangevoerde reden dat de formule voor jongeren vaak onnodig hoog uitviel was niet onredelijk en wordt te badinerend afgedaan door te stellen dat het argument niet meer zou gelden in slechtere economische tijden.

6. De Hoge Raad heeft tot nu toe slechts zeer globale aanwijzingen gegeven over de vraag wanneer een opzegging kennelijk onredelijk is. Zo werd uitgemerkt dat de opsomming van voorbeelden in art. 7:681 BW niet limitatief is, HR 29 januari 1999, NJ 1999/323 (*Verkerk/Wifac*). Het enkele niet treffen van een afvloeiingsregeling maakt een opzegging nog niet kennelijk onredelijk, HR 22 februari 2002, NJ 2002/260 (*Wagenmakers/Van Bruggen*). Ook indien een opzegging geen relevante financiële gevolgen voor de werknemer heeft, kan zij toch kennelijk onredelijk zijn, HR 3 september 1993, NJ 1993/715 (*Korzelius/Houtunie*). Hetzelfde geldt indien er grond is voor ernstige verwijten aan de werknemer, HR 1 december 1978, NJ 1979/185 (*Elmar/Felix*). Ook arbeidsongeschiktheid kan tot een kennelijk onredelijke opzegging leiden, HR 3 december 2004, NJ 2005/119 (*Van Ree/Damco*). De lange duur van het dienstverband kan in combinatie met andere factoren het oordeel opleveren dat sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging, HR 15 februari 2008, NJ 2008/111 (*Wustlich/Chromalloy*). Het derde hier geannoteerde arrest voegt nu nog aan deze reeks toe dat van een werkgever in beginsel een extra inspanning mag worden verwacht om een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, binnen het hem vertrouwde concern te herplaatsen (ov. 3.5 *Hoedjes/VWTI*). Daarbij mag niet alleen worden uitgegaan van een formele status als arbeidsgehandicapte (ov. 3.4.3). Opmerkelijk is dat de Hoge Raad hierbij uitgaat van een soort 'concernwerkgeverschap', door onderzoek naar herplaatsing binnen het gehele concern te eisen en niet alleen binnen het onderdeel dat formeel als werkgever optreedt. Mijns inziens past

dit bij het beeld van de 'goede werkgever' dat de Hoge Raad in deze arresten zo nadrukkelijk voor ogen heeft.

7. Ook in de recente arresten geeft de Hoge Raad geen scherp criterium voor de vraag wanneer een opzegging kennelijk onredelijk is. In het tweede arrest geeft de Hoge Raad wel enige aanknopingspunten. Eerst wordt overwogen dat voor het aannemen van kennelijke onredelijkheid sprake moet zijn van 'bijzondere omstandigheden die meebrengen dat de nadelige gevolgen van de beëindiging geheel of ten dele voor rekening van de werkgever dienen te komen' (ov. 3.5.2. *Rutten/Breed*). Ook onderkent de Hoge Raad hier dat de schadevergoeding een bijzonder karakter heeft, nl. van 'een zekere mate van genoegdoening te verschaffen in overeenstemming met de aard en ernst van de tekortkoming van de wederpartij' (ov. 3.5.5). De rechter heeft daarbij een hoge mate van vrijheid om de hoogte van de vergoeding te bepalen op grond van alle omstandigheden van het geval. Hij dient zich nauwkeurig rekenschap te geven van de concrete omstandigheden en factoren. Daarnaast zijn het aantal dienstjaren en de leeftijd van de benadeelde factoren waarmee de rechter bij de begroting van de schade rekening kan houden. Dat de rechter daarbij in het algemeen meer gewicht aan deze factoren toekent naarmate het dienstverband langer heeft geduurd en de leeftijd van de betrokkene hoger is, is in overeenstemming met de aard van de aansprakelijkheid en van de schade (ov. 3.9.2). Wel blijkt hieruit dat de Hoge Raad toch niet zonder meer uitgaat van een 'klassieke' schadeberekening. *Rutten/Breed* lijkt dus een zekere nuancering van *Van de Grijp/Stam* mee te brengen. Het gaat mij echter veel te ver om te spreken van twee onderling tegenstrijdige uitspraken, zoals Loonstra deed in zijn rede bij het ArbeidsRecht diner, onder de titel 'De januskop van de Hoge Raad', die zal worden gepubliceerd in *ArbeidsRecht* 2010.

8. De verwarring die is ontstaan over het feit dat de Hoge Raad toch op tal van punten wel aangeeft dat er elementen mogen worden meegenomen die geen pure schadeberekening betreffen, komt mijns inziens voort uit het feit dat hij in deze arresten geen scherp onderscheid maakt tussen de *voorziening* die in art. 7:681 lid 2 onder b BW wordt genoemd en de *schadevergoeding* die hetzelfde artikel als sanctie toekent. De schade die moet worden vergoed, betreft de schade die is veroorzaakt door de kennelijke onredelijkheid van de opzegging, welke op haar beurt weer kan zijn veroorzaakt door het ontbreken van de genoemde voorziening. Voor het vaststellen van de geëigende voorziening behoeft echter in het systeem van de wet niet de wijze van berekening van het algemene schadevergoedingsrecht te worden gehanteerd. Voor de bepaling van de voorzieningen die de werkgever had moeten treffen, geldt nog steeds een grote mate van beoordelingsvrijheid. In theorie zou men daarvoor ook de kantonrechttersformule als norm kunnen laten gelden, als men meent dat een goede werkgever in deze tijd een voorziening van dat niveau zou moeten treffen. Dat de Hoge Raad

daar niet aan wil, acht ik heel verstandig. Als men wil streven naar harmonisatie van de ontbindingsvergoeding en voorzieningen bij opzeggingen, zou een lagere vergoeding meer verantwoord zijn. De Hoge Raad biedt in zijn arrest geen enkel aanknopingspunt voor het noodzakelijke criterium voor de hoogte van door de werkgever bij opzegging te treffen voorzieningen, anders dan dat deze per geval moeten worden gezien afhankelijk van alle omstandigheden. Wij kennen alleen voor collectieve ontslagen de oudere overweging van de Hoge Raad dat een voorziening die is getroffen in overeenstemming met een sociaal plan met de vakbonden kan worden beschouwd als een aanwijzing dat die 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, HR 14 juni 2002, NJ 2003/324 *Bulut/Troost*. Deze lijn doortrekkend kan men zich voorstellen dat er een zekere harmonisatie tot stand komt van de te treffen voorzieningen bij opzeggingen, doch dat ook dan de rechter de redelijkheid daarvan desgevraagd steeds in het individuele geval moet blijven beoordelen aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

9. Ook in het geval van een onjuiste ontslaggrond levert de toepassing van art. 6:97 BW vragen op. Aangenomen mag toch worden dat in een dergelijk geval niet alle schade behoeft te worden vergoed die de werknemer lijdt door het gemis aan inkomen tot (en met) zijn pensioen. Zou dan bij de berekening van de schadevergoeding bijvoorbeeld moeten worden aangeknoopt bij de vraag hoe lang de arbeidsovereenkomst naar verwachting nog zou hebben geduurd? Moet daarbij worden verdisconteerd hoe snel de werknemer mogelijk een nieuwe baan vindt? In welke mate mag de werknemer daarbij selectief zijn in het aanvaarden van functies die verder weg liggen van zijn oude functie? En hoe komt men aan de noodzakelijke gegevens om dit te kunnen beoordelen? Wel kan in geval van zo'n ontslag van een werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd dicht is genaderd, de schadeberekening vrij concreet zijn. Uit het bovenstaande volgt, dat de concrete berekening van schade slechts in een beperkt aantal gevallen mogelijk en nodig zal zijn. Schatting zal met name kunnen als men inkomensschade wil berekenen. De billijkheid zal een grote rol blijven spelen, en al helemaal bij immateriële elementen zoals verwijtbaarheid over en weer.

10. Wat is dan de betekenis van de arresten wel? Dat is in de eerste plaats dat de kantonrechttersformule niet standaard mag worden gehanteerd. De Hoge Raad lijkt deze vooral te grofmazig te vinden. Daarbij valt op dat hij een aantal voorbeelden geeft waar de kantonrechttersformule te zuinig zou kunnen zijn en niet de werkelijke schade dekken: de maximering tot de pensioengerechtigde leeftijd, waardoor pensioenschade buiten zicht blijft, en de beloningsfactoren die in de formule buiten beschouwing blijven (ov. 3.7 *Rutten/Breed*). Anderzijds wordt ook benadrukt dat niet in ieder geval van ontslag een schadevergoeding verplicht is (ov. 3.4 *Van de*

Grijp/Stam en ov. 3.5.2 *Rutten/Breed*). Ook de bijkomende factoren die dit noodzakelijk maken moeten per geval worden bekeken. Een en ander brengt mee dat de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag in sommige gevallen hoger kan zijn dan bij toepassing van de kantonrechtersformule het geval zou zijn. In de praktijk zal deze echter in de meeste gevallen eerder lager uitvallen, omdat de kantonrechtersformule sterk abstraheert van de werkelijk geleden schade en de vergoeding baseert op dienstjaren en leeftijd, factoren die als regel wel verband houden met de kansen op ander werk, maar daarvan een grove benadering geven. De redenering lijkt te zijn dat in de ontbindingsprocedure met zijn korte termijn en verzoekschriftprocedure geen uitvoerige bewijslevering mogelijk is, terwijl in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure veel meer maatwerk kan worden geleverd. In de veel voorkomende ontbindingspraktijk moeten grove regels worden gehanteerd, terwijl de procedure op grond van kennelijk onredelijke opzegging de tijd biedt om de zaken goed te onderzoeken.

11. Dat de Hoge Raad niet zonder meer elke vergoeding bij een kennelijk onredelijke opzegging tot stand wil laten komen door een concrete schadeberekening, blijkt ook uit het feit dat hij wel degelijk oog toont voor de behoefte aan meer voorspelbaarheid van de uitspraken. Hij noemt dit een 'belangrijk gezichtspunt', maar wijst er op dat de voorspelbaarheid afhankelijk is van het inzicht dat de rechter geeft in de wijze waarop deze beslissingen tot stand komen, met name wat betreft de factoren die bij vergoeding een rol spelen. Daarbij is denkbaar dat de rechters die over deze zaken beslissen een zekere mate van harmonisatie tot stand brengen door de van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke individuele gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden, zonder dat zij één bepaalde algemene formule als vuistregel hanteren (ov. 4.6 *Van de Grijp/Stam*). Het lijkt mij dat de Hoge Raad hierbij door zo uitdrukkelijk te verwijzen naar 'de rechters die over deze zaken beslissen' doelt op een aanbeveling van de kantonrechters en de hoven gezamenlijk. Daarbij zou kunnen worden gedacht aan een lijst met factoren waarvoor de vier hoven al een belangrijke aanzet hebben gegeven, aangevuld met een overzicht van de daaraan per factor te verbinden financiële gevolgen. Dat zou een einde maken aan twee zwakke punten in de huidige situatie: het gebrek aan overeenstemming tussen de verschillende rechterlijke colleges en het niet uitwerken van de financiële gevolgen anders dan door een algemene formule.

Het zal in elk geval niet meer mogelijk zijn dat de rechter slechts enkele factoren noemt die zijn oordeel meebepalen en uiteindelijk één totaalbedrag aan schadevergoeding vaststelt. Per factor zal moeten worden aangegeven hoe deze bijdraagt aan de bepaling van de schadevergoeding, zodat inzichtelijk wordt uit welke elementen de schadevergoeding is samengesteld en meer dan in het verleden kan wor-

den gevolgd hoe de rechter tot zijn uitkomst is gekomen.

12. Het eerste arrest riep de vraag op of een einde was gekomen aan de leer dat de vergoeding moet worden bepaald op basis van de situatie op het moment van het ingaan van het ontslag. Volgens oudere rechtspraak dient de vraag of van een kennelijk onredelijke opzegging sprake is te worden beantwoord naar de omstandigheden zoals deze zich niet later dan op het tijdstip van ingang van het ontslag voordeden; nadien intredende omstandigheden kunnen in aanmerking worden genomen voor zover zij aanwijzingen opleveren voor wat niet later dan op voormeld tijdstip kon worden verwacht, HR 3 maart 1995, NJ 1995/451 (*Van Rossum/Van Erp*). Dit geldt ook voor de berekening van de schadevergoeding. Deze heeft in die gevallen immers de strekking compensatie te bieden voor de kennelijke onredelijkheid van de handelwijze van de werkgever, gelegen in diens veronachtzaming van de onevenredigheid tussen zijn eigen belang bij beëindiging van de dienstbetrekking en de toen te verwachten nadelige gevolgen daarvan voor de werknemer, HR 17 oktober 1997, NJ 1999/266 (*Schoonderwoert/Schoonderwoerd*). Deze leer verdraagt zich moeilijk met het streven zo veel mogelijk de werkelijke schade te berekenen. Niettemin blijft deze gewoon gelden, zoals blijkt uit het derde arrest (ov. 3.4.2 *Volker Wessels*). Dit brengt mee, dat voor zover het gaat om toekomstige te lijden schade, hetgeen een groot deel van de schade meestal zal zijn, per definitie een schatting zal moeten plaatsvinden, omdat deze niet achteraf concreet kan worden vastgesteld. Het lijkt mij overigens gunstig dat de Hoge Raad aan deze leer vasthoudt. In de eerste plaats omdat het onredelijk zou zijn tegenover de werkgever dat hij achteraf nog een voorziening zou moeten treffen voor schade die nog niet te voorzien was op het moment van zijn beslissing. Maar ook om praktische redenen. Bij een andere beslissing zouden procedures voor schadevergoeding uit kennelijk onredelijke opzegging zich jarenlang kunnen voortslepen totdat de ontslagen werknemer weer ander werk heeft gevonden of zelfs tot zijn pensioen of nog langer. Bovendien zouden werkgevers er dan op kunnen speculeren dat in een later stadium de schade door de werknemer zou worden beperkt en daarom zich zuinig opstellen bij het treffen van een voorziening bij het ontslag en de werknemer jarenlang aan het lijntje kunnen houden alvorens tot betaling van de vergoeding over te gaan.

13. De Hoge Raad besteedt ook aandacht aan het verwijt dat het rekening houden met de factor leeftijd een leeftijdsdiscriminatie vormt. Hij lijkt daarbij te veronderstellen dat door de leer dat alle zaken individueel moeten worden beoordeeld dit probleem zich niet meer kan voordoen (ov. 3.9 *Rutten/Breed*). Inderdaad bevat de kantonrechtersformule een generiek leeftijdsonderscheid dat als zodanig te discussie kan staan. Maar dat neemt niet weg dat het verbinden van gevolgen aan de leeftijd ook in individuele gevallen een vorm van leeftijdsonderscheid kan meebrengen. Dat is met name het geval

indien een onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt dat onvoldoende gerechtvaardigd kan worden. Het hangt dus mijns inziens sterk af van de vraag in welke gevallen men aan een bepaalde leeftijd gevolgen verbindt of dit onderscheid kan worden gerechtvaardigd.

14. In beginsel zijn nu ook de andere bepalingen van titel 6.10 op de schadevergoeding uit kennelijk onredelijke opzegging van toepassing. Interessant kan hierbij de vraag zijn of een beroep van de werkgever op een slechte financiële situatie van de onderneming (het habe nichts/habe wenig-verweer) nu moet worden getoetst aan de matigingsbevoegdheid van art. 6:109 BW. Hierbij geldt de zware toets van 'kennelijk onaanvaardbare gevolgen'. Ik verwacht dat bij het gevolgen criterium de financiële situatie van de onderneming reeds aan de orde komt bij het bepalen van de hoogte van de voorziening die van de goede werkgever mag worden verwacht, zodat deze discussie zich daarbij niet snel zal voordoen. Maar dit kan wel het geval zijn bij een onvoldoende ontslaggrond. In dat geval zou de toetsing van dit werkgeversverweer dus wel eens zwaarder kunnen worden dan in het verleden het geval was.

15. De praktijk zal na dit arrest nieuwe wegen moeten inslaan om zaken over kennelijk onredelijke opzegging te behandelen. Dat vormt voor de beoefenaren van het arbeidsrecht een uitdaging aan hun creativiteit, waarop de laatste tijd te weinig beroep is gedaan door de voortdurende toepassing van de kantonrechtersformule. Hoewel de A-G kennelijk van mening is dat het vooral een zaak is van de doctrine om de criteria voor de schadevergoeding te ontwikkelen, lijkt het mij in de eerste plaats aan advocatuur en rechterlijke macht om dit te gaan doen. De wetenschap heeft daarbij mijns inziens wel een ondersteunende, maar geen initiërende functie. En dat zal zoals de advocaat mr. Sagel — die deze uitspraken heeft uitgelokt met enkele zeer goed gemotiveerde processtukken — het formuleerde, een proces zijn van 'trial and error'.

G.J.J. Heerma van Voss