

XYZ is de helft van (oud) ABC: een nieuwe hofformule voor vergoeding kennelijk onredelijk ontslag?
P.W.H.M. Willems¹

In de kennelijk onredelijk ontslagprocedure van artikel 7:681 BW en de ontbindingsprocedure van artikel 7:685 BW, kan de rechter aan de werknemer een vergoeding toekennen. Tot voor kort wezen de vijf gerechtshoven toepassing van de kantonrechtersformule in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure unaniem van de hand.² Het Hof 's-Gravenhage heeft met de arresten van 14 oktober 2008³ deze zienswijze doorbroken en daarmee een einde gemaakt aan de eensgezindheid tussen de hoven. Het (b)lijkt daarmee de weg te hebben vrijgemaakt voor verdere discussie over de wijze waarop de vergoeding in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure zou moeten worden vastgesteld. De laatste ontwikkeling in deze discussie vormen de arresten van de hoven Amsterdam, 's-Hertogenbosch en Leeuwarden (als nevenzittingsplaats van Arnhem) van 7 juli 2009.⁴ Deze uitspraken zijn van belang in de discussie over de vraag of schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag volgens een vaste formule kan c.q. zou moeten worden begroot en of dit dezelfde formule kan zijn aan de hand waarvan de ontbindingsvergoeding door de kantonrechter wordt vastgesteld. De betreffende arresten zullen in deze bijdrage worden besproken, waarbij met name zal worden ingegaan op de eerste vraag.

De '14-oktober-arresten' van het Hof 's-Gravenhage

Daar waar in de lagere rechtspraak in het verleden wel eens overwogen is dat de (enkele) opzegging zonder vergoeding op basis van de kantonrechtersformule kennelijk onredelijk is⁵, namen de hoven tot voor kort het standpunt in dat de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters geen rol kunnen spelen bij de bepaling van de kennelijke onredelijkheid of de hoogte van een vergoeding in dat verband. Direct gevolg van deze zienswijze was een hoge mate van onzekerheid en onduidelijkheid zowel over de vraag wanneer kennelijke onredelijkheid van de opzegging wordt aangenomen als over de wijze waarop een eventuele vergoeding moet worden berekend die de kennelijke onredelijkheid beoogt te compenseren. In de literatuur is dan ook herhaaldelijk bepleit dat wat betreft de (berekening van de) vergoeding ingeval van ontbinding en opzegging gelijkstelling zou moeten plaatsvinden.⁶ Tegenstanders stellen zich op het

¹ Mevrouw mr. P.W.H.M. Willems is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.

² Zie: M.W.A.M. van Kempen en J.J.W. Ladesteijn, 'Reflexwerking van de kantonrechtersformule in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure', *ArbeidsRecht* 2008/2, p. 16 e.v. en bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 10 januari 2003, *JAR* 2003/105; Hof 's-Hertogenbosch 21 maart 2006, *JAR* 2006/241 (r.o.4.15); Hof Amsterdam 23 maart 2006, *JAR*2006/224; Hof Leeuwarden 18 oktober 2006, *JAR* 2006/285 en Hof Arnhem 12 december 2006, *JAR* 2007/44.

³ Hof s'Gravenhage 14 oktober 2008, LJV BF6720, LJV BF6790, LJV BF 6960, LJV BF7002, LJV BF7077, LJV BF8122 en LJV BF8136.

⁴ Hof Amsterdam 7 juli 2009, LJV BJ1644, LJV BJ1648, Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2009, LJV BJ 1710, LJV1713, LJV BJ1716 en Hof Leeuwarden 7 juli 2009, LJV BJ1688.

⁵ Vgl. Ktr. Heerlen 23 augustus 2006, *JAR* 2006/230.

⁶ O.a. W.A. Zondag, 'Actuele rechtspraak inzake het kennelijk onredelijk ontslag', *Ara* 2004-2, p. 61; G.J.J. Heerma van Voss, 'Ontbinding en kennelijk onredelijke opzegging', in: *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud*, (red. R. Hansma), Deventer: Kluwer 2005, p. 65-77; C.G. Scholtens,

standpunt dat de kantonrechtersformule is geschreven voor ontbindingsprocedures en niet voor de vaststelling van de schadevergoeding in het kader van een kennelijk onredelijke opzegging. Met name het systematische argument dat in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure in de regel eerst een preventieve en repressieve ontslagtoets plaatsvindt voordat de hoogte van een eventuele vergoeding kan worden bepaald, alsmede het gegeven dat in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure meer ruimte is voor een uitvoerig feitenonderzoek, worden doorslaggevend geacht.⁷ Voorstanders stellen dat er geen wezenlijk principieel verschil valt te beargumenteren tussen de vergoeding van art. 7:681 BW en die van art. 7:685 BW. Onder hen Duk, die in 2008⁸ de hoven heeft opgeroepen een *hofformule* op te stellen om daarmee een einde te maken aan alle onzekerheden.

Wellicht hierop vooruitlopend, heeft het Hof 's-Gravenhage op 14 oktober 2008 een zevental arresten gewezen met daarin een standaardoverweging ten aanzien van de kennelijke onredelijkheid. Wees het hof toepassing van de kantonrechtersformule in kennelijk onredelijk ontslagzaken als gezegd voordien nog uitdrukkelijk van de hand⁹, met genoemde arresten heeft het hof de kantonrechtersformule als uitgangspunt genomen voor de berekening van de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag, zij het met enkele aanpassingen. Ter rechtvaardiging voor het toepassen van de kantonrechtersformule voert het hof aan dat 'zowel in ontbindingsprocedures als in kennelijk onredelijk ontslagzaken het gaat om een vergoeding met het oog op de gevolgen van het eindigen van de dienstbetrekking, waarbij de schade abstract berekend wordt'¹⁰ en dat de bestaande onzekerheid onwenselijk is. Met behulp van de C-factor in de kantonrechtersformule zou rekening gehouden kunnen worden met alle voor de hoogte van de schadevergoeding relevante factoren. Indien geen sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, dient de C-factor op 0 te worden gezet.¹¹

Kern van de arresten vormt de overweging dat het opzeggen van de arbeidsovereenkomst zonder dat tenminste een vergoeding is aangeboden berekend volgens de kantonrechtersformule verminderd met 30%, niet altijd doch 'veelal' kennelijk onredelijk is. Met andere woorden: het Haagse Hof gaat uit van het *vermoeden* dat een opzegging kennelijk onredelijk is wanneer niet tenminste 70% van de volgens de 'ten tijde van het eindigen van de arbeidsovereenkomst geldende kantonrechtersformule'¹² te berekenen vergoeding is aangeboden. Ingeval zich dat vermoeden voordoet, dient de opzeggende werkgever de onredelijkheid weg te nemen door betaling van de door het hof kennelijk redelijk geachte vergoeding. Deze formule geldt

'Formules en statistieken', in: *Afvloeiingsregelingen* (red. F.B.J. Grapperhaus e.a.) Deventer: Kluwer 2004, p. 160.

⁷ O.a. W.H.A.C.M. Bouwens, 'Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2008 (diss.); M.W.A.M. van Kempen en J.J.W. Ladesteijn, 'Reflexwerking van de kantonrechtersformule in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure', *ArbeidsRecht* 2008/2, p. 16 e.v.

⁸ R.A.A. Duk, 'Kennelijk onredelijk: radeloos, redeloos en reddeloos', *SMA* 2008, p. 207 e.v.

⁹ Zie onder meer Hof 's-Gravenhage 26 januari 2006, LJV AZ8877 en 25 mei 2007, LJV BA6752.

¹⁰ Zie voor de verschillen en overeenkomsten van het karakter van beide procedures: R.E.M. Dijkstra, 'Geld wat stom is, maakt recht wat krom is!', *SR* 2008-1, p. 307-311.

¹¹ Zie Hof 's-Gravenhage 21 april 2009, *JIN* 2009/335.

¹² Uit deze overweging van het hof volgt dat doorslaggevend is wanneer de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Dit betekent dat ook na 1 januari 2009 zijnde de datum waarop de herziene Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters in werking zijn getreden, nog gerekend zal moeten worden met de oude kantonrechtersformule indien de arbeidsovereenkomst voor genoemde datum is geëindigd.

uitdrukkelijk alleen voor zover het beroep is gefundeerd op het 'gevolgencriterium' van artikel 7:681 lid 2 sub b BW.¹³ In deze bepaling staat opgenomen dat ten aanzien van de gevolgen voor de werknemer mede in aanmerking genomen moet(en) worden de eventuele 'getroffen voorziening(en)' voor de werknemer. Het hof heeft daarbij gekozen voor hantering van één geïntegreerde toets van het ontslag door de twee vragen die standaard bij een kennelijk onredelijk ontslagprocedure aan de orde komen – is het ontslag kennelijk onredelijk en zo ja, welke vergoeding moet worden toegekend? – terug te brengen tot één vraag: is er een vergoeding toegekend conform de gegeven formule? Zo nee, dan is het ontslag 'veelal' kennelijk onredelijk¹⁴.

De door het Hof 's-Gravenhage ontwikkelde formule voor het berekenen van kennelijk onredelijke opzeggingsvergoeding luidt:

$$(A \times B \times C) \times 0,7 = \text{vergoeding ex. art. 7:681 BW}^{15}$$

Doordat volgens het Haagse Hof een opzegging 'veelal' kennelijk onredelijk is, tenzij de met de door hem vastgestelde formule te berekenen vergoeding is betaald, leidt de Haagse regel snel(ler) tot het aannemen van kennelijke onredelijkheid. Zoals Verhulp¹⁶ terecht signaleert, kan dit als nadeel van de door het Haagse Hof geformuleerde rekenregel worden gezien. Daar staat evenwel tegenover dat de formule in ieder geval (voor het Haagse ressort) duidelijkheid schept. Het is daarbij overigens niet zo dat het Hof met de 14 oktober-arresten een vaste vergoeding heeft geïntroduceerd, integendeel. Genuanceerd gebruik van de C-factor en de korting van 30%¹⁷ op de uitkomst van de kantonrechtersformule, leiden ertoe dat de omstandigheden van het geval steeds opnieuw hun invloed kunnen uitoefenen op de uiteindelijke uitkomst van de formule van het Haagse Hof. Althans, tot op zekere hoogte. Zo wordt in meerdere van de arresten door het hof overwogen dat de enkele opzegging van de arbeidsovereenkomst na een periode van 104 weken arbeidsongeschiktheid, op zichzelf niet kennelijk onredelijk is (C=0).¹⁸ Dat kan volgens het hof anders zijn als er een verband is tussen de arbeidsongeschiktheid en de arbeidsomstandigheden of ingeval de werkgever tekortgeschoten is in zijn reïntegratieverplichtingen. Die laatste omstandigheid leidt in een aantal van de arresten tot een aanpassing van de C-factor.¹⁹ ²⁰ Bij bedrijfseconomische zaken

¹³ Alle zeven arresten hadden betrekking op het zogeheten gevolgencriterium van artikel 7:681 lid 2 sub b BW.

¹⁴ Zie uitdrukkelijk: Hof 's-Gravenhage 21 januari 2009, LJN BH0254.

¹⁵ Vgl. A.R. Houweling en G.W. van der Voet, 'Kennelijk onredelijk ontslag volgens het Hof 's-Gravenhage: hogere wiskunde of 'systematical madness'?', *TAP* 2009/1, p. 15-23.

¹⁶ E. Verhulp, 'Het Haagse vermoeden van kennelijk onredelijk ontslag', *ArbeidsRecht* 2009/1, p. 3-8.

¹⁷ De aftrek van 30% schijnt te zijn ingegeven omdat de redelijkheid van het ontslag blijkens het woordje 'kennelijk' slechts marginaal mag worden getoetst, aan de opzegging reeds de redelijkheidstoets van artikel 6 BBA vooraf is gegaan en er al een opzegtermijn in acht genomen is moeten worden. Vgl. O. van de Kind, 'Berekening vergoeding kennelijk onredelijk ontslag volgens Hof 's-Gravenhage', *TRA* 2009/1, p. 21-23.

¹⁸ Vgl. ook HR 15 februari 2008, *JAR* 2008/76 (Chromalloy).

¹⁹ In het arrest van 20 januari 2009 heeft het Hof 's-Gravenhage zijn formule herhaald. Onder r.o. 5.4 sub j vermeldt het hof: 'bij een min of meer abstracte benadering past het naar het oordeel van het hof om in alle opzichten niet al te veel in detail te treden c.q. te gaan milimeteren. Daarom een algemene 'aftrek' van 30% (met een minimum van een maand) voor de combinatie van 'kennelijk', 'opzegtermijn' en 'veelal eerst CWI-toetsing'. Hof 's-Gravenhage 20 januari 2009, *JAR* 2009/53. Vgl. ook ktr. 's-Gravenhage 27 november 2008, LJN BG6662.

²⁰ Vgl. ook Hof 's-Gravenhage 18 augustus 2009, LJN BJ5487, waarin de C-factor op 0,4 werd gesteld bij ontslag na langdurige arbeidsongeschiktheid waarbij de arbeidsongeschiktheid 'werkgerelateerd' wordt bevonden maat werkgever geen verwijt valt te maken. Daarbij was het hof van oordeel dat de werkgever geen

geldt volgens het Hof 's-Gravenhage in beginsel een verplichting tot het aanbieden van een vergoeding van C=1 (minus 30%), tenzij sprake is van een door de werkgever met een representatieve vakorganisatie overeengekomen sociaal plan of andere *bijzondere* omstandigheden tot aanpassing nopen (zoals een slechte financiële situatie.²¹ Aldus lijkt het Hof onderscheid te maken tussen bedrijfseconomisch ontslag ('C=1 tenzij') en ontslag na langdurige arbeidsongeschiktheid ('C=0 tenzij bijkomende omstandigheden'), waarmee met name in de eerste categorie van ontslagen minder ruimte lijkt te zijn voor alle omstandigheden.²²

De '7 juli arresten' van de hoven Amsterdam, 's-Hertogenbosch en Leeuwarden Na de arresten van het Hof 's-Gravenhage, bleef enige tijd onduidelijk of andere hoven de Haagse regel zouden volgen en of de regel daarmee de status van de door Duk gewenste *hofformule* zou verkrijgen. De hoven 's-Hertogenbosch, Arnhem en Leeuwarden wezen respectievelijk kort voor en na de arresten van het Haagse Hof nog arresten waarin zij iedere toepassing van de kantonrechtersformule van de hand wezen.²³ Het Hof Leeuwarden wees op 14 oktober 2008 – dus dezelfde dag als waarop het Haagse hof arrest wees – toepassing van de kantonrechtersformule in kennelijk onredelijk ontslagzaken zelfs nog tot tweemaal toe van de hand.²⁴ Dat de praktijk weerbarstiger kan zijn dan de regel, zien we in het ressort Amsterdam. Daar waar het Hof Amsterdam toepassing van de kantonrechtersformule voor de berekening van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding begin 2008 nog expliciet van de hand wees²⁵, zocht een kantonrechter in hetzelfde ressort later dat jaar (deels) aansluiting bij de formule van het Haagse Hof en nam daarmee wél reflexwerking aan.²⁶

Aan deze onduidelijkheid lijkt een einde te zijn gekomen met de arresten van 7 juli 2009 van de gerechtshoven Amsterdam, 's-Hertogenbosch en Leeuwarden. In lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad herhalen de hoven de regel dat bij de beoordeling van de vraag of de gevolgen van de opzegging te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging, de rechter *alle* omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking dient te nemen. De vraag of zij de 'kennelijk onredelijk ontslagformule' van het Haagse Hof volgen, wordt door de gerechtshoven Amsterdam, 's-Hertogenbosch en Leeuwarden ontkennend beantwoord. Daar waar het Hof 's-Gravenhage een geïntegreerde toets hanteert

reïntegratieverplichtingen had geschonden en ruim 7 maanden langer het loon had doorbetaald dan de wettelijke 24 maanden.

²¹ Vgl. Hof 's-Gravenhage 4 november 2008, LJN BG4566.

²² HR 15 februari 2008, *JAR* 2008/76 en HR 3 december 2004, *JAR* 2005/2 alsmede J.J.M. de Laat, 'De cirkel is weer rond', *SR* 1998-1, p. 17.

²³ Hof 's-Hertogenbosch 16 september 2008, *JAR* 2008/292 en 10 maart 2009, LJN BH5994, waarin het hof benadrukte dat de vergoeding in het kader van een artikel 7:681 BW procedure een billijke *schade*vergoeding betreft maar aannam dat de kantonrechtersformule kan 'helpen' bij het begroten van de schade; Hof Arnhem 22 juli 2008, RAR 2008/136 en 3 maart 2009, LJN BH7770; Hof Leeuwarden 16 december 2008, *JAR* 2009/37.

²⁴ Hof Leeuwarden 14 oktober 2008, LJN BG3150 en LJN BG3099. Van latere datum: LJN BG2948 en LJN BH0316.

²⁵ Hof Amsterdam 17 januari 2008, *JAR* 2008/200 en na de 14 oktober-arresten 24 februari 2009, LJN BI6603.

²⁶ Ktr. Amsterdam 24 november 2008, *JAR* 2009/22. De kantonrechter gebruikte de kantonrechtersformule om tot berekening van de kennelijk onredelijke ontslagvergoeding te komen doch ging niet over tot de 30% kortingsregel. In plaats daarvan werd in verband met de opzegtermijn gedurende welke het salaris door de werkgever was doorbetaald, een aantal maandsalarissen van het op basis van de kantonrechtersformule berekende bedrag afgetrokken. Evenzo: Hof 's-Hertogenbosch 11 maart 2008, *JAR* 2008/108.

voor de vaststelling of een ontslag kennelijk onredelijk moet worden geoordeeld, brengen de overige hoven een splitsing aan in de toetsing. Eerst dient de vraag te worden beantwoord óf de opzegging kennelijk onredelijk is. Indien het antwoord bevestigend is, - dan pas - komt de schadevergoeding aan de orde. Het aanbieden van een vergoeding is slechts één van de vele omstandigheden die hierbij een rol speelt. De arresten geven een (niet-limitatieve) beschrijving van vier categorieën van omstandigheden die de rechter in aanmerking moet nemen bij toetsing van het gevolgcriterium zoals opgenomen onder art. 7:681 lid 2 sub b BW. De eerste categorie omstandigheden ziet op het dienstverband en de opzegging in het algemeen. Het gaat daarbij onder meer om de duur van de arbeidsovereenkomst, de noodzaak voor de werkgever om het dienstverband te beëindigen, de wijze van functioneren van de werknemer, diens leeftijd en de financiële situatie van de werkgever. Bij arbeidsongeschiktheid zijn specifieke omstandigheden de relatie tussen arbeidsongeschiktheid en werk, de verwijtbaarheid van de werkgever ten aanzien van de arbeidsongeschiktheid, de aard, duur en mate van arbeidsongeschiktheid (en de kans op herstel), de reïntegratie-inspanningen van partijen en een eventueel geboden compensatie tijdens de arbeidsongeschiktheid. De tweede categorie omstandigheden ziet op de vraag of en zo ja welke inspanningen werkgever en werknemer zich hebben getroost om ander werk te vinden en daarmee opzegging te voorkomen. Vrijstelling van werk met behoud van loon gedurende enige tijd en de arbeidsmarktpositie van de werknemer spelen in dit verband een rol.²⁷ De derde categorie omstandigheden heeft betrekking op de financiële gevolgen van de opzegging voor de werknemer. De vierde en laatste categorie ziet op de door de werkgever al dan niet getroffen voorzieningen en financiële compensatie waaronder een sociaal plan of een reeds aangeboden/betaalde vergoeding.²⁸ (Eerst) indien op basis van een weging van *alle* omstandigheden is geoordeeld dat de opzegging kennelijk onredelijk is, komt de schadevergoeding aan de orde. Voor de hoogte van de schadevergoeding hebben de hoven een nieuwe formule vastgesteld welke luidt:

$(X \times Y \times Z) = \text{schadevergoeding}$

Daarbij staat X in de formule voor het aantal gewogen dienstjaren. De hoven hebben voor de invulling hiervan aansluiting gezocht bij de oude en niet de huidige, versoberde A-factor uit de kantonrechttersformule. Onduidelijk blijft waarom de hoven niet aansluiten bij de huidige A-factor. Door ook bij ontslagen na 1 januari 2009 voor de kennelijk onredelijk ontslagtoets te blijven uitgaan van de oude kantonrechttersformule, blijken de ontbindingsvergoeding en de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding naar elkaar toe te kruipen. Ingeval van een werknemer tot 35 jaar, zijn met een neutrale C-factor in de huidige kantonrechttersformule en een standaard Z-factor $Z=0,5$ in de XYZ-formule, de ontbindingsvergoeding en de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding volgens XYZ zelfs even hoog. Voor deze categorie lijkt de ontbindingsprocedure voor werkgevers aantrekkelijker te worden nu daarin immers in beginsel geen mogelijkheid tot hoger beroep en cassatie in is opgenomen.

²⁷ Vgl. ktr. Utrecht 5 augustus 2009, LJN BJ4806. In deze uitspraak stelde de rechtbank de C-factor naar beneden bij tot $C=0,6$ omdat de werkgever de werknemer gedurende drie-en-een-halve maand had vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden met behoud van loon.

²⁸ Vgl. B. van Meurs, 'XYZ: nieuwe formule voor vergoeding kennelijk onredelijk ontslag. Van kantonrechttersformule naar hofformule', *Advocatenblad* 2009/10, p. 418-421.

De Y-factor wordt gevormd door het laatstverdiende salaris. Bestudering van de toelichting op de ingrediënten van de Y-factor leert dat deze gelijk is aan de B-factor uit de kantonrechtersformule.

Z vormt de correctiefactor. In de Z-factor worden alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag gewogen, onder meer de hiervoor genoemde omstandigheden. Uitgangspunt is $Z=0,5$. Daarbij heeft volgens de hoven te gelden dat de Z-factor beoogt in beginsel de maximale schadevergoeding bij een kennelijk onredelijke opzegging vast te leggen. Slechts in *bijzondere* gevallen kan deze factor hoger (of lager) uitvallen dan 0,5. De Z-factor van 0,5 bedoelt aan te sluiten bij de bestaande praktijk van de (gepubliceerde en ongepubliceerde) rechtspraak van de hoven van de laatste jaren. Bestudering van de hoogte van schadevergoedingen die de laatste jaren in het kader van kennelijk onredelijk ontslag zijn toegekend, leert ons dat deze over het algemeen waren gelegen tussen 10% en 50% van de (neutrale) oude – namelijk destijds geldende – kantonrechtersformule.²⁹ De schadevergoeding zal in beginsel niet hoger zijn dan de verwachte inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd. Ook op dit punt is vergelijking met de kantonrechtersformule onvermijdelijk.

Stammenstrijd?

Hoewel het Hof 's-Gravenhage met de toepassing van de kantonrechtersformule in kennelijk onredelijk ontslagzaken heeft gepoogd een einde te maken aan de onzekerheid en lopende discussies, (b)lijkt het zonder overleg voor de troepen uitgerend te zijn. Terwijl tot 14 oktober 2008 op het niveau van de gerechtshoven in elk geval nog sprake was van unanimiteit door toepassing van de kantonrechtersformule in kennelijk onredelijk ontslagzaken af te wijzen, lijkt het Haagse hof met zijn arresten een startschot te hebben gegeven voor een stammenstrijd van niveau. Een strijd waarin de overige hoven³⁰ klaarblijkelijk wél met elkaar overleg hebben gevoerd alvorens de arresten van 7 juli 2009 te wijzen. Saillant detail daarbij is overigens dat op diezelfde dag het Haagse Hof nog een arrest wees waarin het de koers van de 14 oktober-arresten herhaalde.³¹

Los van de vraag of en op welke wijze het Hof 's-Gravenhage thans zal antwoorden op de 'aanval' van de andere hoven, is een in mijn ogen interessantere vraag of het systeem van de wet ruimte laat voor een vaste formule (niet persé de kantonrechtersformule) zoals door de hoven gehanteerd bij het toetsen en waarderen van de kennelijke onredelijkheid van een ontslag. De vraag hoe de door het Haagse Hof gehanteerde wijze van schadebegroting

²⁹ Scholten verwijst in literatuur naar een jurisprudentieonderzoek van R.M. Beltzer e.a. betreffende uitspraken tussen 1995-1997. Uit dit onderzoek kwam naar voren dat *'terwijl kantonrechters zich over het algemeen terughoudend opstellen ten opzichte van het gebruik van de formule in kennelijk onredelijk ontslagprocedures en zich in uitspraken slechts zelden expliciet op de kantonrechtersformule baseren, de hoogte van de in de praktijk toegekende vergoedingen een duidelijk verband vertoont met de hoogte die bij de toepassing van de kantonrechtersformule zou zijn vastgesteld maar gemiddeld ruim een derde lager is.'* Hier kwam men dus uit op de kantonrechtersformule -30%. Vgl. C.G. Scholtens, t.a.p. en R.M. Beltzer e.a., 'Vergoedingen bij ontslag van werknemers en ambtenaren', 1999, p. 97.

³⁰ Weliswaar zijn de arresten van 7 juli 2009 afkomstig van de hoven Amsterdam, 's-Hertogenbosch en Leeuwarden doch laatstgenoemd hof heeft gefungeerd als nevenzittingsplaats van het Hof Arnhem terwijl Hof Arnhem op 21 juli 2009 (JAR 2009/197) de XYZ-formule eveneens heeft toegepast.

³¹ Hof 's-Gravenhage 7 juli 2009, LJN BJ1712.

zich verhoudt tot het karakter van de schadevergoeding van artikel 7:681 BW is inmiddels in cassatie voorgelegd aan de Hoge Raad.

De wetgever heeft bij invoering van het kennelijk onredelijk ontslag in het BW bewust niet aangegeven in welke omstandigheden sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag doch heeft zich beperkt tot een niet-limitatieve 'illustratieve' opsomming van omstandigheden die kunnen leiden tot het oordeel dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Terecht merken Houweling en Van der Voet³² terzake op dat om maatwerk mogelijk te maken, rechterlijke instanties een grote mate van vrijheid dienen te hebben in de beoordeling van de feiten en omstandigheden. De Hoge Raad heeft in dit verband als gezegd, meerdere keren aangegeven dat *alle* relevante omstandigheden van het geval in de afweging dienen te worden betrokken en dat niet één of meer specifieke omstandigheden op voorhand tot een kennelijk onredelijk ontslag of tot een schadevergoeding van een bepaalde omvang kunnen leiden. Afhankelijk van de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de C- of Z-factor, kan strijd ontstaan met deze jurisprudentie van de Hoge Raad en de bedoeling van de wetgever. Los dus van de discussie of de voor art. 7:685 BW geschreven kantonrechtersformule al dan niet kan worden gehanteerd voor een kennelijk onredelijk ontslagtoets en waarover al ettelijke verhandelingen zijn geschreven, rijst de vraag in hoeverre de hoven in algemene zin met de thans door hen ontwikkelde formules voldoen aan de jurisprudentie van de Hoge Raad en de bedoeling van de wetgever. Weliswaar wordt bij het Hof 's-Gravenhage door middel van de C-factor van de kantonrechtersformule ogenschijnlijk rekening gehouden met alle relevante omstandigheden, dit geldt mijns inziens niet voor de categorie bedrijfseconomische ontslagen. In beginsel geldt bij bedrijfseconomische zaken volgens het Hof 's-Gravenhage immers een verplichting tot het aanbieden van een vergoeding van C=1 (minus 30%), tenzij sprake is van een door de werkgever met een representatieve vakorganisatie overeengekomen sociaal plan of andere *bijzondere* omstandigheden tot aanpassing nopen (zoals een slechte financiële situatie).³³ Ook kunnen vraagtekens worden gesteld bij het door het Haagse Hof geïntroduceerde *vermoeden* dat een opzegging kennelijk onredelijk is wanneer niet tenminste 70% van de volgens de 'ten tijde van het eindigen van de arbeidsovereenkomst geldende kantonrechtersformule' te berekenen vergoeding is aangeboden. *Alle* relevante omstandigheden van het geval dienen immers in de afweging te worden betrokken en op voorhand kunnen niet één of meer specifieke omstandigheden – zoals het niet betaald hebben van een vergoeding – tot een kennelijk onredelijk ontslag of tot een schadevergoeding van een bepaalde omvang leiden.

De 7 juli-arresten maximeren en standaardiseren de Z-factor (correctiefactor) – *bijzondere* gevallen daargelaten – op $Z=0,5$ en laten daarbij ogenschijnlijk minder beoordelingsvrijheid aan de rechter.³⁴ Daar staat evenwel tegenover de splitsing in de toetsing door middel van de tweetrapsraket. Eerst dient de vraag te worden beantwoord óf de opzegging kennelijk onredelijk is. Indien het antwoord bevestigend is, komt de schadevergoeding aan de orde. Hoewel de

³² A.R. Houweling en G.W. van der Voet, t.a.p., p.16.

³³ Vgl. LJN BF679 r.o. 3.10 en LJN BG4566 r.o. 18 alsmede r.o. 16.

³⁴ Vgl. ktr. Bergen op Zoom 22 juli 2009, LJN BJ393 waarin de kantonrechter overweegt: '*De kantonrechter is van oordeel dat het redelijk en billijk is om aan werknemer een schadevergoeding ter zake kennelijk onredelijk ontslag toe te kennen volgens de XYZ-formule. Hierbij wordt de correctiefactor Z op 0,5 gesteld omdat de kantonrechter geen bijzondere redenen ziet om deze gebruikelijke factor naar boven of beneden bij te stellen*'.

hoven dit niet expliciet hebben gezegd, kan uit het feit dat in geval van een kennelijk onredelijk ontslag altijd een schadevergoeding dient te worden toegekend³⁵, worden afgeleid dat de Z-factor altijd hoger zal zijn dan 0. De omstandigheden van het geval lijken bij de 7 juli-arresten dan ook vooral een rol te spelen bij de vraag óf het ontslag kennelijk onredelijk is. Is die hefboom eenmaal gepasseerd, wordt in beginsel een gestandaardiseerde vergoeding gehanteerd.

Afrondend

Aannemend dat de hoven met hun arresten hebben beoogd meer rechtseenheid te bewerkstelligen gezien de hoge mate van onvoorspelbaarheid van de uitkomsten van kennelijk onredelijk ontslagprocedures, moet worden geconstateerd dat door het klaarblijkelijk ontbreken van voorafgaande afstemming, vooralsnog het tegendeel is bereikt. Daar waar tot 14 oktober 2008 uniforme toepassing van de kantonrechtersformule in kennelijk onredelijk ontslagzaken van de hand werd gewezen, heeft het Haagse Hof de kantonrechtersformule thans aanvaard. Daarbij is het met behulp van de C-factor mogelijk de omstandigheden van het geval te laten meewegen, hoewel bij bedrijfseconomisch ontslag sprake is van een zekere standaardisering doordat het Haagse hof in beginsel uitgaat van $C=1$ (minus 30%) tenzij sprake is van een door de werkgever met een representatieve vakorganisatie overeengekomen sociaal plan of andere bijzondere omstandigheden die aanpassing noodzakelijk maken (zoals een slechte financiële situatie). De overige hoven hebben een geheel 'eigen'³⁶ formule ontwikkeld. Ook in deze formule is sprake van een zekere standaardisering door min of meer 'rücksichtlos' de factor Z op 0,5 te plaatsen. Aldus wordt mijns inziens geen recht gedaan aan de vaste rechtspraak van de Hoge Raad en de bedoeling van de wetgever namelijk dat niet standaard een vergoeding moet worden toegekend én dat rekening moet worden gehouden met 'alle' omstandigheden en niet uitsluitend met de 'bijzondere'. Wat betreft de 14 oktober-arresten van het Haagse Hof, lijken de niet-bedrijfseconomische arresten overigens iets meer 'cassatieproof' dan de bedrijfseconomische arresten waarin de correctiefactor C behoudens bijzondere omstandigheden wordt gestandaardiseerd op $C=1$ (minus 30%). Voor beide categorieën geldt natuurlijk dat in algemene zin de vraag rijst of de Hoge Raad toepassing van de kantonrechtersformule in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure zal toestaan³⁷. Voor de 7 juli-arresten geldt mijns inziens dat de maximering en standaardisering van de Z-factor op $Z=0,5$ sneller strijd zal opleveren met de vaste rechtspraak van de Hoge Raad en de bedoeling van de wetgever. Vanuit het zonder twijfel door alle hoven ondersteunde streven naar rechtseenheid, zal de Hoge Raad een einde (moeten) maken aan de huidige onduidelijkheid en onzekerheid zoals die is veroorzaakt door de niet gelijklopende formules van de hoven. De Hoge Raad – die een cassatieberoep in behandeling heeft van het hof 's-Gravenhage - zal zich nu eindelijk kunnen uitspreken over de (on)mogelijkheid een (de) (kantonrechters)formule te hanteren in kennelijk onredelijk ontslagprocedures en in het verlengde daarvan duidelijkheid kunnen geven over een wellicht te hanteren eenduidige formule.

³⁵ Hoge Raad 4 juni 1976, *NJ* 1977/98.

³⁶ Gezien de opvallende gelijkenis met de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters kunnen m.i. vraagtekens worden gesteld bij de authenticiteit van de XYZ-formule.

³⁷ Houweling heeft betoogd dat de Hoge Raad toepassing van (een variant op) de kantonrechtersformule in een artikel 7:681 BW procedure niet zal en kan toestaan (vgl. *JIN* 2009/71).