

Over ontslagvergoeding: ontbinding of opzegging?

september 2009

mr J. Brouwer

De auteur heeft grote zorgvuldigheid betracht in het weergeven van delen uit het geldende recht. Evenwel noch de auteur noch Boers Advocaten kan aansprakelijk worden gesteld voor schade van welke aard dan ook gebaseerd op onjuiste en/of onvolledige informatie.

Deze uitgave althans delen daarvan mag uitsluitend worden verveelvoudigd met volledige vermelding van de naam van de auteur.

De procedures.

Afgezien van de situatie waarin werknemers uit carrière-motieven kiezen voor een andere werkkring, ligt in veruit de meeste gevallen het initiatief tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij de werkgever. De werkgever heeft daarbij de keuze om een ontslagvergunning te vragen bij het UWV WERKbedrijf of aan de Kantonrechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken.

Verleent het UWV WERKbedrijf een ontslagvergunning dan eindigt het dienstverband, zonder enige vergoeding, na de in acht te nemen opzeggingstermijn. Wijst de Kantonrechter echter een ontbinding toe dan wordt daarbij ook een aan de werknemer te betalen ontbindingsvergoeding bepaald (art 685 boek BW).

De wet kent echter nog de mogelijkheid dat een werknemer die na opzegging met een ontslagvergunning is ontslagen, een vordering tegen de werkgever instelt op grond van de stelling dat het ontslag -ondanks vergunning- jegens hem toch kennelijk onredelijk is. Een ontslag kan -dus ondanks dat daarvoor een ontslagvergunning is verleend- kennelijk onredelijk zijn indien "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" (artikel 681 lid 2 onder b boek 7 Burgerlijk Wetboek). Oordeelt de rechter dat het ontslag kennelijk onredelijk is geweest, dan kan hij aan de werknemer een schadevergoeding toekennen.

De vergoeding.

Al jaren bestaat discussie over de vraag wat de hoogte van de beëindigingsvergoeding moet zijn. Sinds de jaren '90 wordt in ontbindingsprocedures (de "685-procedures") de zgn. Kantonrechtersformule toegepast. Per 1 januari 2009 is deze formule voor het laatst aangepast. In de kennelijk-onredelijk procedures (of "681-procedures") was er echter een zeer wisselend beleid. Sommige Kantonrechters pasten ook in die procedures de Kantonrechtersformule toe, andere Kantonrechters achten zich volkomen vrij en bepaalden

een vergoeding naar redelijkheid en billijkheid. De tendens rond de eeuwwisseling werd meer en meer dat als voorzichtig uitgangspunt de Kantonrechttersformule werd gehanteerd.

Van een ontbindingsbeslissing kan men niet in hoger beroep; anders is dat bij de kennelijk-onredelijk procedures. In die laatste werd daardoor ook door de 5 gerechtshoven in Nederland uitspraken gedaan. In december 2008 bepaalde het gerechtshof Den Haag dat in kennelijk-onredelijk procedures een billijkheidskorting op de Kantonrechttersformule behoort te worden toegepast van 30%. Het gerechtshof Den Haag oordeelde dat als de werkgever niet een vergoeding had aangeboden ter grootte van de Kantonrechttersformule minus 30% dat dit reeds een reden was om aan te nemen dat sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag.

In juli 2009 bleek echter dat de 4 andere gerechtshoven (Leeuwarden, Arnhem, 's-Hertogenbosch en Amsterdam) een ander gezamenlijk beleid hadden ontwikkeld. De gerechtshoven noemden in identieke rechtsoverwegingen in kennelijk-onredelijk procedures een uitgebreide lijst van omstandigheden aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Is dat het geval, dan hanteren de gerechtshoven ook een gelijke maatstaf voor de bepaling van de aan de werknemer toe te kennen schadevergoeding. Die maatstaf gaat uit van de Kantonrechttersformule zoals die luidde vóór 1 januari 2009, vermenigvuldigd met een correctiefactor 0,5.

Dus nóg geen eenheid van rechtspraak.

Recente ontwikkeling.

Tegen de uitspraak van het gerechtshof Den Haag is inmiddels beroep in cassatie bij de Hoge Raad ingesteld. De Hoge Raad zal zich nu hebben te buigen over de vraag of een eenduidig beleid kan worden geformuleerd a) over de vraag of er onderscheid moet zijn tussen de vergoedingen na ontslag (de 681- of kennelijk-onredelijk procedure) en na ontbinding (de 685-procedure) en zo ja b) hoe groot dat onderscheid moet zijn.

Door de Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad mr J. Spier is op 4 september 2009 een zeer interessante conclusie gepubliceerd. De Advocaat-Generaal komt, na een zeer uitgebreid overzicht van de ontwikkelingen in de rechtspraak en een heel uitvoerige bespreking van de daarin toegepaste overwegingen, tot een aantal opmerkelijke conclusies.

De Advocaat-Generaal stelt dat het uitgangspunt van het gerechtshof Den Haag (als er geen vergoeding gelijk aan de Kantonrechttersformule minus 30% is aangeboden, dan is er sprake van een kennelijk onredelijk ontslag) onjuist is. Het wettelijk vastgelegde criterium omvat een

belangenafweging tussen enerzijds het belang van de werkgever bij beëindiging en anderzijds de ernst van de gevolgen van de beëindiging van de werknemer. Het enkele feit dat er dus geen of een lage vergoeding is verleend, betekent niet per se dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag.

Verder is de Advocaat-Generaal niet alleen van oordeel dat er geen rechtvaardiging is voor het onderscheid tussen de 30%-aftrek en de 0,5 correctiefactor, maar eigenlijk ook dat er geen rechtvaardiging voor een verschil in vergoeding tussen de ontbindingsprocedure en de kennelijk-onredelijk procedure.

Ook is hij van mening dat de laatste wijziging op de Kantonrechtersformule teruggedraaid moet worden. Met die laatste wijziging is de vergoeding voor jongere werknemers aanmerkelijk verlaagd, met het argument dat zij beter in staat zijn een nieuwe plek op de arbeidsmarkt te verwerven. Op het moment van inwerkingtreding van de nieuwe Kantonrechtersformule had de economische crisis dat argument al achterhaald.

Tezamen genomen vormen deze gedachten de conclusie dat het maar beter zou zijn om de naast elkaar bestaande procedures van opzeggen (via ontslagvergunning UWV WERKbedrijf) en ontbinden (via Kantonrechter) op te heffen en te vervangen door één nieuwe procedure, met één criterium voor beëindiging en één systematiek voor de bepaling van een vergoeding.

Slotsom.

Als zodanig is het meer dan een dikke vingerwijzing naar de politiek om de systematiek van het arbeidsrecht op dit punt te wijzigen. Sinds de invoering van de Flexwet (1999) heeft het wetgevingsdossier arbeidsrecht (en dan met name het ontslagrecht) al meerdere malen op de tafel in de Tweede Kamer gelegen, maar is er even zo vaak -om politieke redenen- weer afgehaald. Het is niet te verwachten dat in de huidige economische recessie de politiek dit onderwerp op korte termijn aandurft.

Dat de Hoge Raad wat zal doen met de aanbevelingen van de Advocaat-Generaal valt ook te betwijfelen. De Hoge Raad kan ook niet zoveel: hij kan de wet niet wijzigen en hij kan de hoogte van de vergoedingen niet vastleggen. De Hoge Raad kan slechts interpretatie geven aan de wet of het recht. Maar de kantonrechtersformule is strikt genomen niet meer dan een set aanbevelingen aan Kantonrechters. Dat is geen gebied waarop de Hoge Raad direct invloed kan uitoefenen. Nog minder kan de Hoge Raad bepalen of, en zo ja in welke mate, bij kennelijk-onredelijk procedures de kantonrechtersformule kan worden toegepast.

Op 13 november a.s. wordt van de Hoge Raad uitspraak verwacht.

Die uitspraak zal waarschijnlijk niet leiden tot een wezenlijke verandering. Het blijft derhalve met name voor werkgevers van zeer wezenlijk belang om zich, voordat zij de keuze maken voor ontbinding of opzegging, te laten adviseren over de mogelijke verschillen in uitkomst.