

## DE VERGOEDING BIJ KENNELIJK ONREDELIJK ONTSLAG, HOGE RAAD 27 NOVEMBER 2009.

Vervolg van: “Over ontslagvergoeding: ontbinding of opzegging?”

December 2009

mr J. Brouwer

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

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

### De gerechtshoven.

Op 27 november 2009 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan in de zaak waarin door een werkgever bezwaar werd gemaakt tegen het oordeel van het Gerechtshof Den Haag, inhoudende dat een gegeven ontslag als kennelijk onredelijk dient te worden aangemerkt als daarbij niet vergoeding is aangeboden gelijk aan 70% van het bedrag dat bij toepassing van de Kantonrechtर्सformule zou zijn toegekend (zie publicatie, "Over ontslagvergoeding: ontbinding of opzegging" sept. 2009, op deze website).

De 4 andere gerechtshoven (Leeuwarden, Arnhem, 's-Hertogenbosch en Amsterdam) hadden een ander beleid ontwikkeld. Zij meenden dat aan de hand van een door hen opgestelde checklist eerst diende te worden bepaald óf sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag en zo ja, dat 50% van de uitkomst van de "oude" Kantonrechtsformule dan redelijk was.

### De Hoge Raad.

De Hoge Raad is het op grond van meerdere redenen niet eens met de Gerechtshoven.

Op de eerste plaats, zo stelt de Hoge Raad, dient eerst aan de hand van de omstandigheden te worden vastgesteld dát sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Die omstandigheden dienen te worden getoetst aan algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap.

Dus: het enkele feit dat er geen vergoeding is aangeboden (Hof Den Haag) of toetsing aan een checklist (andere Hoven) bepaalt niet of sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag.

Op de tweede plaats zegt de Hoge Raad, dat het bij een ontbindingsprocedure (art. 7 : 685 BW) gaat om een billijke vergoeding die wordt vastgesteld door een rechter op basis van hetgeen hij aannemelijk oordeelt in een procedure waar geen mogelijkheid is van hoger beroep. Dat is een wezenlijk andere positie dan de rechter die op basis van bewijs moet komen tot vaststelling van de schade (kennelijk onredelijk ontslag art. 7 : 681 BW) en tegen wiens oordeel nog hoger beroep en eventueel cassatie mogelijk is.

De Hoge Raad acht het daarmee onjuist dat een globale berekeningswijze, als de kantonrechttersformule is, wordt toegepast in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Daar moet de rechter nauwkeurig de concrete omstandigheden en factoren die van invloed zijn op de hoogte van de schade benoemen en bepalen en dient de rechter ook verantwoording af te leggen zodat inzicht verkregen kan worden in de afwegingen die aan het uiteindelijk oordeel ten grondslag liggen.

Op de derde plaats oordeelt de Hoge Raad dat de beoogde voorspelbaarheid van dit soort beslissingen (zoals de Gerechtshoven doen door een “formule” te hanteren) nooit het argument mag zijn om een door de wet voorgeschreven uitvoerige en nauwkeurige procedure van schadeberekening aan de kant te zetten. Er kan dan ook geen sprake zijn van een algemene korting (30% van het Hof Den Haag, 50% van de overige Hoven).

De Hoge Raad rekent aldus, op toch principiële wijze, af met het streven van de lagere rechters om te komen tot een grotere eenheid van rechtspraak. Als u dat wilt, zegt de Hoge Raad, dan komt u maar met een harmonisatie van de van belang zijnde factoren bij de schadebepaling en/of maakt u meer inzichtelijk welke financiële gevolgen worden gekoppeld aan welke factoren. Maar geen algemene formule als vuistregel voor de schadebepaling bij kennelijk onredelijk ontslag procedures.

### Terug naar af ?

Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid is het antwoord op die vraag: ja.

In geval van een kennelijk onredelijk ontslagprocedure is zonder “formule” vooraf veel moeilijker een inschatting te maken over wat het resultaat zal zijn. De Hoge Raad geeft wel methodes aan om de rechtszekerheid te vergroten (harmonisatie van criteria en inzichtelijk maken van beslissingen), maar beiden zullen veel tijd vergen en altijd ruimte voor verschillen in interpretatie open laten.

Staat u als werkgever voor de keuze als u het dienstverband met een werknemer moet beëindigen om ófwel een ontbinding te vragen -waarbij u in ieder geval met redelijke zekerheid een “worst case scenario” kunt becijferen- of om een ontslagvergunning aan te vragen met het risico dat de werknemer

vervolgens een kennelijk onredelijk procedure start waarin over de aan de werknemer toe te kennen schadevergoeding moet worden geoordeeld -waarbij maar zeer moeilijk een “worst case scenario” kan worden opgesteld- dan is die keuze er door deze uitspraak van de Hoge Raad niet gemakkelijker op geworden.

Hetzelfde geldt voor de werknemer die met vergunning van het UWV Werkbedrijf is ontslagen, maar geen enkele vergoeding heeft aangeboden gekregen. Het is en blijft zeer afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval of een positief advies kan worden verstrekt op het aangaan van een kennelijk onredelijk ontslag procedure.

### Conclusie.

De uitspraak is formalistisch in die zin dat de Hoge Raad wijst op het verschil tussen de procedures en onverbiddeijk vasthoudt aan het daarbij behorende verschil in benaderingswijze van de problematiek.

Anderzijds is dat ook de taak van de Hoge Raad. Als er reden is (en daar lijkt het op want anders waren de lagere rechters niet op zoek gegaan naar eenduidige en kenbare maatstaven) om de rechtszekerheid te vergroten, dan is het aan de wetgever en niet aan de Hoge Raad om het (proces-)recht daartoe aan te passen.

Het blijft maar zeer de vraag of de politiek deze handschoen op zal pakken. Tot die tijd is het er door deze uitspraak voor de kantonrechters en gerechtshoven, maar ook voor werkgevers en werknemers, niet makkelijk op geworden.