

De kantonrechtर्सformule:

Een formule voor 7:685 én 7:681?



J.J.S.R. Heines

Boels
Zanders
Advocaten

Titel	De kantonrechtersformule: een formule voor 7:685 én 7:681?
Auteur	Joyce Heines
Studentnummer	9952861
Klas	U-R4JA
Blok	Afstuderen E3-E4
Studierichting	HBO-Rechten
Onderwijsinstelling	Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg
Stageverlenende instantie	Boels Zanders Advocaten te Venlo
Afstudeermentor	mevrouw mr. H. Barrahmun
Afstudeerdocente	mevrouw mr. N.H.P.G. Sommers
Datum	2 juni 2008

Voorwoord

Voor u ligt de scriptie die ik heb geschreven in het kader van mijn afstuderen aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Mijn interesse voor het uitvoeren van een onderzoek lag op het gebied van arbeidsrecht, waardoor ik op zoek ben gegaan naar een organisatie die op dit rechtsgebied werkzaam is. Bij Boels Zanders Advocaten in Venlo werd me deze kans geboden. Het onderwerp 'de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag', uitgelicht in zowel de praktijk als de theorie, is uit wens van de organisatie ontstaan.

Door u deze scriptie te laten lezen, wil ik u een 'kijkje in de keuken' gunnen met betrekking tot het schadevergoedingsaspect in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure, maar ook hoe een scriptie tot stand komt na een vierjarige HBO-Rechtenopleiding.

Het onderzoeken van de literatuur, jurisprudentie en wetsgeschiedenis heb ik gedurende 14 weken met veel plezier gedaan. Ik ben dan ook erg blij met de kennis en ervaring die ik heb opgedaan tijdens deze periode. Graag zou ik iedereen willen bedanken die op welke manier dan ook heeft bijgedragen aan het tot stand komen van deze scriptie. In het bijzonder gaat mijn dank uit naar mijn afstudeermentor, mevrouw mr. H. Barrahmun, voor het geven van haar goede en leerzame feedback. Ook wil ik graag mijn docente, mevrouw mr. N. Sommers, bedanken voor haar fijne begeleiding en ondersteuning tijdens dit proces.

Ik wens u allen veel plezier bij het lezen van de scriptie!

Joyce Heines
Venlo, 2 juni 2008

Inhoudsopgave

1. Inleiding	pag. 6
2. Onderzoeksopzet	
2.1 Doelstelling	pag. 8
2.2 Beoogde doelgroep	pag. 8
2.3 Centrale vraagstelling	pag. 8
2.4 Deelvragen	pag. 8
2.5 Methode van onderzoek	pag. 9
2.6 Proces van uitvoering	pag. 9
3. Het kennelijk onredelijk ontslag	
3.1 De CWI-procedure	pag. 10
3.2 De inhoud van het kennelijk onredelijk ontslag	pag. 11
3.2.1 Artikel 7:681 BW	pag. 11
3.2.2 Ontstaan van de kennelijk onredelijk ontslagprocedure	pag. 12
3.2.3 Kennelijk onredelijk ontslag	pag. 13
3.3 Criteria die bepalen of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag	pag. 14
3.3.1 Redenen voor de werknemer om zich op een kennelijk onredelijk ontslag te beroepen	pag. 14
3.3.2 Redenen voor de werkgever om zich op een kennelijk onredelijk ontslag te beroepen	pag. 18
3.3.3 Gevolgen kennelijke onredelijkheid	pag. 18
3.4 De positie van de werknemer in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure	pag. 20
3.5 Overwegingen van de werknemer om een kennelijk onredelijk ontslagprocedure te starten	pag. 21
3.6 Onevenredige nadeligheid	pag. 22
3.7 Stelplicht en bewijslast kennelijke onredelijkheid	pag. 24
3.8 Toetsing door de rechter	pag. 25
3.9 Mijn visie	pag. 26
3.10 Conclusie	pag. 27
4. Ontbinding door de rechter	
4.1 De ontbindingsprocedure	pag. 29
4.2 Ontstaan van de landelijke kantonrechtersformule	pag. 30
4.3 De kantonrechtersformule	pag. 31
4.4 Actualiteit	pag. 34
4.5 Mijn visie	pag. 35
4.6 Conclusie	pag. 35
5. De schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure	
5.1 Moment waarop de schadevergoeding verschuldigd is	pag. 37

5.2 Hoogte van de schadevergoeding	pag. 37
5.3 Criteria die de wetgever heeft gesteld aan de toe te kennen schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure	pag. 38
5.4 Jurisprudentie	pag. 38
5.4.1 Wel aansluiting bij de kantonrechtersformule	pag. 39
5.4.2 Geen aansluiting bij de kantonrechtersformule	pag. 41
5.4.3 Omstandigheden van het geval	pag. 45
5.5 Uitspraken van vóór het ontstaan van de kantonrechtersformule	pag. 49
5.6 Argumenten tegen het gebruik van de kantonrechtersformule	pag. 52
5.7 Argumenten vóór het gebruik van de kantonrechtersformule	pag. 53
5.8 Mijn visie	pag. 54
5.9 Conclusie	pag. 57
 6. De relatie tussen art. 7:681 en 7:685 BW	
6.1 De overeenkomsten	pag. 60
6.2 De verschillen	pag. 61
6.3 Mijn visie	pag. 63
6.4 Conclusie	pag. 64
 7. Conclusies	
7.1 Criteria die de wetgever heeft gesteld aan art. 7:681 BW	pag. 65
7.1.1 Artikel 7:681 BW	pag. 65
7.1.2 Wetsgeschiedenis	pag. 65
7.2 De schadevergoeding in de praktijk	pag. 65
7.2.1 De ontbindingsprocedure	pag. 65
7.2.2 De kennelijk onredelijk ontslagprocedure	pag. 66
7.2.2.1 Literatuur	pag. 66
7.2.2.2 Jurisprudentie	pag. 67
7.3 Mijn visie	pag. 70
 8. Aanbevelingen	
8.1 Uitspraken vóór en tegen het hanteren van de kantonrechtersformule in art. 7:681 BW-procedure	pag. 71
8.2 Omstandigheden van het geval	pag. 71
 9. Samenvatting	pag. 73
 10. Literatuurlijst	pag. 74
 Bijlagen	
- Wél de kantonrechtersformule in een art. 7:681 BW-procedure;	
- Géén kantonrechtersformule in een art. 7:681 BW-procedure;	
- Vragenlijst voor de interviews met de kantonrechters;	
- Interviews met de kantonrechters	
- Onderzoeksplan 18 februari 2008.	

1. Inleiding

Regelmatig worden er door rechters uitspraken gedaan over het feit of er al dan niet sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag.¹ Indien hier sprake van is, dan wordt er een schadevergoeding toegekend.² Het beroep op de kennelijke onredelijkheid van opzeggingen neemt de laatste jaren toe.³ Een belangrijke reden voor een werknemer om een kennelijk onredelijk ontslagprocedure te starten, is dat de Centrale organisatie Werk en Inkomen (verder aangeduid als CWI) geen schadevergoeding kan verbinden aan een ontslagvergunning. Dit terwijl bij een ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW vaak wél een vergoeding wordt toegekend.

Er zijn voor een werkgever twee manieren om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een werknemer te beëindigen. Ten eerste kan de werkgever de CWI in beginsel om toestemming vragen om de arbeidsovereenkomst na verkregen toestemming op te zeggen met inachtneming van een opzegtermijn (via het Buitengewoon besluit Arbeidsverhoudingen 1945, verder aangeduid als BBA). Ten tweede kan de werkgever via artikel 7:685 Burgerlijk Wetboek de arbeidsovereenkomst laten ontbinden door de kantonrechter. In deze procedure kan de kantonrechter een vergoeding toekennen. De hoogte van een vergoeding die in een ontbindingsprocedure wordt toegekend, wordt bepaald aan de hand van de kantonrechtersformule.⁴ Inmiddels hebben alle vijf de gerechtshoven in Nederland uitspraak gedaan over het feit dat de kantonrechtersformule niet als maatstaf dan wel basis dient te gelden in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure.⁵

Hoewel de wetgever niet heeft bedoeld dat de kantonrechtersformule wordt toegepast in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure, komt het in de praktijk veelal voor dat kantonrechters de formule wél toepassen.⁶ De opdrachtgever van dit onderzoek, Boels Zanders Advocaten, heeft regelmatig te maken met kennelijk onredelijk ontslagprocedures. Een dergelijke procedure wordt dan meestal begonnen door een werknemer nadat zijn arbeidsovereenkomst is opgezegd verkregen toestemming van de CWI. Ook zij ondervinden dat in de praktijk kantonrechters vaak verschillende maatstaven hanteren bij het vaststellen van een schadevergoeding. Boels Zanders Advocaten treedt met name op voor ondernemingen en dus voor werkgevers. Uit de praktijk blijkt dat de sector kanton van Venlo zelden een schadevergoeding toekent in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Dit is natuurlijk

¹ Loonstra en Kruit 2007, p. 25: 'In 2006 zijn in totaal 29 vonnissen gepubliceerd die betrekking hebben op het kennelijk onredelijk ontslag ex art. 7:681 BW. Hiervan waren er 15 afwijzingen, 12 kennelijk onredelijk ontslag en 2 overige'.

² HR 4 juni 1976, NJ 1977, 98

³ Scholtens 2004 en 2005, p.12-13 en p.12-14 'In 2002 en 2003 bedroeg het aantal kennelijk onredelijk ontslaguitspraken 23, in 2004 25 en in 2006 29'

⁴ Van Genderen e.a. 2006, p. 216

⁵ Hof Arnhem 12 december 2006, JAR 2007/44, hof Leeuwarden 18 oktober 2006, JAR 2006/285, hof Amsterdam 23 maart 2006, NJ 2006, 426, hof 's-Hertogenbosch 21 maart 2006/241, hof 's-Hertogenbosch 9 december 2003, JAR 2004/32 en hof 's-Gravenhage 10 januari 2003, NJ 2003, 394

⁶ Kantonrechter Alkmaar 4 december 2002, JAR 2003/1, kantonrechter Alkmaar 16 januari 2002, JAR 2002/51, kantonrechter Gouda 6 februari 2003, Prg. 2003/ 6027 en kantonrechter Amsterdam 11 mei 2004, JAR 2004/152

gunstig voor de werkgever, maar wanneer de werknemer besluit in hoger beroep te gaan tegen de uitspraak van de kantonrechter (bij bijvoorbeeld het hof 's-Hertogenbosch) dan blijkt dat het hof andere (minder strenge) criteria handhaaft voor het toekennen van een schadevergoeding, waardoor er vaak alsnog een schadevergoeding aan de werknemer wordt toegekend. Boels Zanders Advocaten wil door middel van dit onderzoek dan ook een overzicht krijgen van literatuur, jurisprudentie en wetsgeschiedenis, dat zij kan gebruiken in dergelijke hoger beroepprocedures om zo haar cliënten nog beter bij te kunnen staan.

De centrale vraagstelling van deze scriptie luidt dan ook als volgt;
Hoe zou volgens de wetgever een schadevergoeding in een 7:681 BW-procedure moeten worden vastgesteld en hoe wordt deze schadevergoeding in de praktijk blijkens de jurisprudentie en literatuur vastgesteld?

Deze scriptie vangt aan met een beschrijving van de onderzoeksopzet, waarin de doelstelling, hoofdvraag, deelvragen, methode van onderzoek en het proces van uitvoering besproken worden. Daarna zal ingegaan worden op het inhoudelijke gedeelte van het kennelijk onredelijk ontslag, de procedure, de criteria die bepalen of er sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging, de positie van de werknemer en zijn overwegingen om een art. 7:681 BW-procedure te starten en de onevenredige nadeligheid. Vervolgens zal de ontbinding door de rechter besproken worden, waarbij de kantonrechtersformule wordt besproken. Verder is er een hoofdstuk over de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Hierin zal ook jurisprudentie van zowel hoge als lage rechters onderzocht worden, zullen de omstandigheden van het geval bekeken worden en zal de wetsgeschiedenis besproken worden. Ook zal in een volgend hoofdstuk de relatie met betrekking tot de (schade)vergoeding tussen artikel 7:681 en 7:685 BW aan bod komen. Elk hoofdstuk bevat afsluitend een deelconclusie. Achter de uitwerking van alle deelvragen vindt u een, aan de hand van de deelconclusies samengestelde, algemene conclusie. Naar aanleiding hiervan zijn enkele aanbevelingen opgesteld. Aan het eind van deze scriptie vindt u een samenvatting gevolgd door de literatuurlijst.

Voor de volledigheid vermeld ik nog dat waar 'hij' wordt geschreven, ook 'zij' wordt bedoeld. Dit om de scriptie leesbaar te houden.

2. Onderzoeksopzet

Hieronder wordt achtereenvolgens de doelstelling, doelgroep, centrale vraagstelling, deelvragen, methode van onderzoek en het proces van uitvoering beschreven.

2.1 Doelstelling

De doelstelling die geldt voor deze scriptie luidt als volgt:

Middels dit onderzoek wordt Boels Zanders Advocaten op 2 juni 2008 inzicht gegeven in de vaststelling van de schadevergoeding in art. 7:681 BW-procedures om zo de belangen van haar zakelijke cliënten in hoger beroep procedures (nog) beter te kunnen behartigen. De wijze van vaststelling van de voornoemde schadevergoeding wordt onderzocht in de literatuur, jurisprudentie en wetsgeschiedenis en tevens wordt beoordeeld in hoeverre de praktijk aansluit bij de bedoeling van de wetgever ten aanzien van het vaststellen van deze schadevergoeding.

2.2 Beoogde doelgroep

Deze scriptie is geschreven in opdracht van Boels Zanders Advocaten. Deze organisatie kan dan ook worden aangemerkt als de beoogde doelgroep. Verder kan ook de Juridische Hogeschool als doelgroep aangemerkt worden.

2.3 Centrale vraagstelling:

De centrale vraagstelling die na vaststelling van de doelstelling is geformuleerd, luidt als volgt:

Hoe zou volgens de wetgever een schadevergoeding in een 7:681 BW-procedure moeten worden vastgesteld en hoe wordt deze schadevergoeding in de praktijk blijkens de jurisprudentie en literatuur vastgesteld?

2.4 Deelvragen:

De deelvragen die zijn geformuleerd om een antwoord te geven op de hoofdvraag luiden als volgt:

- Wat houdt het kennelijk onredelijk ontslag in?
- Wat zijn de criteria die bepalen of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag?
- Wat is de positie van de werknemer in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure?
- Wat zijn voor een werknemer redenen om een kennelijk onredelijk ontslagprocedure te starten en wat zijn hierbij zijn afwegingen?
- In hoeverre wordt in de praktijk het gevolgencriterium⁷ door een werknemer 'misbruikt' in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure?

⁷ Dit criterium is verwerkt in art. 7:681 lid 2 sub b BW en houdt in dat de werkgever kennelijk onredelijk handelt als hij onvoldoende rekening houdt met de onevenredigheid tussen zijn eigen

- Hoe wordt de vergoeding in een ontbindingsprocedure vastgesteld?
- Wat is het moment waarop de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure verschuldigd is?
- Wat kan gezegd worden over de hoogte van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure?
- Welke criteria heeft de wetgever gesteld aan de toe te kennen schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure?
- Wat blijkt uit jurisprudentie van hoge en lage rechters aan de hand waarvan de schadevergoeding moet worden bepaald in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure?
- Welke maatstaven zouden naar mijn mening bij het bepalen van een schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure ten grondslag moeten liggen?
- Wat is de relatie, gericht op het (schade)vergoedingsaspect, tussen artikel 7:685 en 7:681 BW?

2.5 Methode van onderzoek

Bij het opzetten en uitvoeren van dit onderzoek is gebruik gemaakt van het Basisboek kwalitatief onderzoek.⁸ Er is gebruik gemaakt van deze literatuur omdat het een empirisch kwalitatief onderzoek betreft, waarin voornamelijk de theorie met de praktijk vergeleken wordt.

De methode van onderzoek die op deze scriptie van toepassing is, is deskresearch, omdat bestaande gegevens worden benut en geïnterpreteerd. Er wordt een literatuuronderzoek gedaan, maar ook een jurisprudentieonderzoek. Tevens wordt de wetsgeschiedenis bekeken. De bestaande gegevens zijn in dit onderzoek dan ook literatuurhandboeken, wetten en de geschiedenis daarvan, artikelen in vakbladen en jurisprudentie.

In dit onderzoek wordt er tevens gebruik gemaakt van de strategie fieldresearch of te wel veldonderzoek, namelijk het interviewen van kantonrechters over het feit of er al dan niet gebruik wordt gemaakt van een soort richtlijn of uitgangspunten voor het vaststellen van een schadevergoeding. De kantonrechters die voor dit onderzoek meegewerkt hebben, zijn de kantonrechters van de sector kanton te Heerlen, Roermond, Helmond en Tilburg.

2.6 Proces van uitvoering

Door middel van literatuur, het bestuderen van wetteksten en jurisprudentie is er kennis gemaakt met het onderwerp. Globale kennis van het onderwerp was al opgedaan in de het blok K7 van de opleiding. Vervolgens is het onderzoeksplan opgesteld, waarin de centrale vraagstelling, deelvragen en doelstelling duidelijk naar voren kwamen. Daarna zijn de deelvragen beantwoord door een jurisprudentieonderzoek te starten, de wetsgeschiedenis en literatuur in te duiken en hebben er interviews plaatsgevonden met een viertal kantonrechters. Deze interviews zijn met een aantal willekeurig gekozen kantonrechters in Nederland gehouden.

belang bij de opzegging en de te verwachten nadelige gevolgen van de opzegging voor de werknemer.

⁸ Baarda, de Goede en Teunissen 2005, p. 25-47

3. Het kennelijk onredelijk ontslag

Met 'kennelijk' wordt blijkens de wetsgeschiedenis bedoeld dat de onredelijkheid van het ontslag voor een ieder duidelijk moet zijn. Het moet gaan om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die is opgezegd en waarvan ieder redelijk oordelend mens moet kunnen zeggen dat deze opzegging kennelijk onredelijk is. De kennelijke onredelijkheid kan betrekking hebben op de reden van opzegging, de wijze van opzegging en de gevolgen.⁹

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op het kennelijk onredelijk ontslag. Besproken wordt het ontstaan en het verloop van de procedure en de criteria die de wetgever gesteld heeft. Ook zal ingegaan worden op de positie van de werknemer in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure en de overwegingen van de werknemer om een art. 7:681 BW-procedure te starten. Verder zal de onevenredige nadeligheid aan bod komen, wordt de stelplicht en bewijslast behandeld en komt de toetsing door de rechter aan bod.

3.1 De CWI-procedure

Er zijn twee manieren voor een werkgever om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te beëindigen, namelijk ontbinding door de kantonrechter (art. 7:685 BW) (zie hierover meer in hoofdstuk 4) of een ontslagvergunning aanvragen bij de CWI (art. 6 BBA).¹⁰ Deze laatste mogelijkheid om een werknemer te ontslaan, gebeurt zonder tussenkomst van de rechter. De ontslagvergunning dient te worden aangevraagd bij de CWI. De werkgever moet hierbij een goede onderbouwing geven van zijn standpunt om de werknemer te ontslaan. Redenen voor de werkgever om een werknemer te ontslaan kunnen zijn bedrijfseconomische redenen (zoals reorganisatie, verhuizing, overheveling van werk naar andere vestigingen, overname, fusie of faillissement), disfunctioneren (bijvoorbeeld regelmatig te laat komen, een verkeerde houding naar collega's of naar klanten of het niet halen van doelstellingen die in overleg zijn bepaald), verwijtbaar handelen/nalaten van de werknemer, een verstoorde arbeidsrelatie of arbeidsongeschiktheid.¹¹ De CWI neemt de aanvraag in behandeling en toetst deze aan het Ontslagbesluit. De werknemer kan vervolgens gedurende 14 dagen schriftelijk verweer indienen tegen de aanvraag. Hierop kan de werkgever eventueel weer reageren. Vervolgens adviseert de Ontslagadviescommissie de CWI met betrekking tot het al dan niet verlenen van de toestemming. Wanneer de ontslagvergunning wordt verleend, dan moet de werkgever de arbeidsovereenkomst met de werknemer opzeggen en daarbij de geldende opzegtermijn in acht nemen (art. 7:672 BW). Tegen een beslissing van de CWI staat geen hoger beroep open op grond van art. 10 BBA. Ook kan de CWI geen schadevergoeding toekennen aan de werknemer. Wanneer de werknemer bijvoorbeeld van mening is dat het ontslag nadelige gevolgen voor hem meebrengt of als de werknemer van mening is dat de door de werkgever opgegeven

⁹ Van der Heijden, Van Slooten en Verhulp 2006, p.169

¹⁰ Werkgevers hebben in 2007 voor 57.530 werknemers ontslag aangevraagd bij de kantonrechter of de CWI. Dat is een daling van 44 procent vergeleken met 2006. In iets minder dan de helft van de gevallen vroegen werkgevers een ontslagvergunning aan bij de CWI (bron: www.zibb.nl/10227814/Personeelszaken/Personeelszaken-nieuws/Personeelszaken-nieuwsbericht/Aantal-ontslagaanvragen-zowat-gehalveerd.htm (6 mei 2008))

¹¹ www.arbeidsrecht.nl/arbeidsrecht.asp?p=84 (6 mei 2008)

reden vals is, dan kan de hij zich beroepen op een kennelijk onredelijk ontslag op grond van art. 7:681 BW.¹²

In principe kan het bovenstaande aangemerkt worden als een dubbele toetsing. De CWI beoordeelt in eerste instantie of de aanvraag voor de ontslagvergunning gerechtvaardigd is. Vervolgens beoordeelt de rechter of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Hierbij is de rechter niet gebonden aan het oordeel van de CWI. De rechter toetst zelfstandig de argumenten die in het geding zijn aangebracht. De verjaringstermijn die geldt voor het indienen van een kennelijk onredelijk ontslag is 6 maanden nadat de arbeidsovereenkomst is beëindigd (art. 7:683 lid 1 BW). Indien pas na deze termijn blijkt dat de werkgever bewust onjuiste informatie aan de CWI heeft verstrekt om zo een ontslagvergunning te verkrijgen, dan kan de werknemer overwegen een beroep te doen op de onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW.¹³

3.2 De inhoud van het kennelijk onredelijk ontslag

3.2.1 Artikel 7:681 BW

Artikel 7:681 BW, waarin het kennelijk onredelijk ontslag geregeld is, luidt als volgt:

- 1. Indien een van de partijen de arbeidsovereenkomst, al of niet met inachtneming van de voor de opzegging geldende bepalingen, kennelijk onredelijk opzegt, kan de rechter steeds aan de wederpartij een schadevergoeding toekennen.*
- 2. Opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever zal onder andere kennelijk onredelijk geacht kunnen worden:*
 - a. wanneer deze geschiedt zonder opgave van redenen of onder opgave van een voorgewende of valse reden;*
 - b. wanneer, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging;*
 - c. wanneer deze geschiedt in verband met een verhindering van de werknemer om de bedongen arbeid te verrichten als bedoeld in artikel 670 lid 3;*
 - d. wanneer deze geschiedt in afwijking van een in de bedrijfstak of de onderneming krachtens wettige regeling of gebruik geldende getalsverhouding- of anciënniteitsregeling, tenzij hiervoor zwaarwichtige gronden aanwezig zijn;*
 - e. wanneer deze geschiedt wegens het enkele feit dat de werknemer met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar weigert de bedongen arbeid te verrichten.*
- 3. Opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer zal onder andere kennelijk onredelijk geacht kunnen worden:*
 - a. wanneer deze geschiedt zonder opgave van redenen of onder opgave van een voorgewende of valse reden;*
 - b. wanneer de gevolgen van de opzegging voor de werkgever te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werknemer bij de opzegging.*
- 4. Een beding waarbij aan een van de partijen de beslissing wordt overgelaten of de arbeidsovereenkomst al of niet kennelijk onredelijk is opgezegd, is nietig.*

¹² www.ontslagadvocaat.nl/ontslagprocedures.php#div1 (6 mei 2008)

¹³ Van Genderen e.a. 2006, p. 216

Uit bovenstaand artikel blijkt dat er zowel voor de werknemer als voor de werkgever redenen opgesomd zijn om een beroep te doen op de kennelijke onredelijkheid van een ontslag (zie hiervoor ook paragraaf 3.3.1 en 3.3.2). De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de gronden die in art. 7:681 lid 2 en 3 BW genoemd worden, geen limitatieve opsomming inhoudt.¹⁴

Uit een Memorie van Toelichting blijkt het volgende. *“Het stellen van een nadere abstracte definitie van ‘kenmerkend onredelijk’ in de wet is uiterst bezwaarlijk en bovendien zeer gevaarlijk. Aan de rechtsprekende instanties zal hier een grote mate van vrijheid van beoordeling moeten worden overgelaten. Op het voetspoor van de bestaande bepalingen omtrent de dringende reden voor ontslag bepaalt het ontwerp zich derhalve tot het geven van enige voorbeelden, welke als kenmerkend onredelijk kunnen worden beschouwd”*.¹⁵

De vijf in artikel 7:681 BW genoemde gevallen betreffen dan ook slechts voorbeelden van omstandigheden op grond waarvan de rechter kan besluiten dat er sprake is van een kenmerkend onredelijk ontslag.¹⁶ De Hoge Raad heeft ook beslist dat per definitie niet in de hiervoor genoemde gevallen de opzegging als kenmerkend onredelijk hoeft worden aangemerkt.¹⁷

Overigens kan een werknemer géén kenmerkend onredelijk ontslagprocedure starten indien er sprake is van ontbinding door de rechter, opzegging tijdens de proeftijd, ontslag met wederzijds goedvinden of beëindiging van rechtswege.¹⁸

3.2.2 Ontstaan van de kenmerkend onredelijk ontslagprocedure

In 1954 is door de invoering van de wet van 17 december 1953, *Stb.* 1953, 619 de kenmerkend onredelijke opzegging opgenomen in het Burgerlijk Wetboek. Het huidige art. 7:681 BW heette tot 1 april 1997 (wet van 6 juni 1996 tot vaststelling van titel 10 van Boek 7 BW, *Stb.* 1996, 406) art. 7A:1639s BW. De achterliggende gedachte om het kenmerkend onredelijk ontslag op te nemen was, dat opzeggingen van een arbeidsovereenkomst (met inachtneming van de voor de opzegging geldende bepalingen) onder bepaalde omstandigheden toch als onrechtvaardig beschouwd kunnen worden.¹⁹ Met de invoering van art. 7:681 BW is de term ‘schadevergoeding naar billijkheid’ veranderd in ‘schadevergoeding’. Dit met als reden dat de schadevergoeding naar billijkheid in ons huidige recht (art. 6:106 BW) uitsluitend betrekking heeft op nadeel dat niet uit vermogensschade bestaat. Artikel 7:681 BW kan echter wél betrekking hebben op vermogensschade.²⁰

De wetgever heeft het marginale karakter van de toetsing tot uitdrukking willen laten komen in het woord ‘kenmerkend’. Van een ‘kenmerkend’ onredelijk ontslag zou alleen sprake

¹⁴ HR 29 januari 1999, NJ 1999, 323 (Verkerk/ Wifac)

¹⁵ MvT Kamerstukken II 1947-1948, p. 2

¹⁶ HR 29 januari 1999, NJ 1999, 323 r.o. 3.4 (Verkerk/ Wifac)

¹⁷ HR 18 juni 1999, NJ 2000, 31 r.o. 3.3.2

¹⁸ www.zibb.nl/10119622/Personeelszaken/Personeelszaken-how-to-guides/Ontslag/Schadevergoeding-bij-kenmerkend-onredelijk-ontslag.htm (29 april 2008)

¹⁹ Bakels, Asscher-Vonk en Fase 2007, p.154

²⁰ Luttmer-Kat 2002, suppl. 230 (januari 2006) p. 10

zijn wanneer de onredelijkheid van de opzegging voor 'een redelijk oordelend mens duidelijk is'.²¹ In de praktijk blijkt dat de rechter deze marginale toetsing langzaam aan verschuift en in de plaats daarvan voller toetst. Dit is mogelijk door het gevolgcriterium dat in art. 7:681 lid 2 sub b BW opgenomen is. De kantonrechter laat alle belangen die in het geding voorkomen, uitgebreid aan de orde komen en weegt deze belangen vervolgens tegen elkaar af. Met het in art. 7:681 BW opgenomen woord 'steeds' heeft de wetgever bedoeld dat partijen altijd een beroep op de rechter kunnen doen om zo een schadevergoeding te krijgen. Dit geldt ook ten aanzien van een andersluidend beding.²²

De volgende uitspraak van de Hoge Raad laat duidelijk zien dat de van oorsprong marginale toetsing van art. 7:681 BW zich heeft ontwikkeld tot een volle toetsing. In het De Vries/ Lampe-arrest²³ ging het om het volgende. In het naaiatelier van werkgever Lampe ontstonden problemen met werkneemster mevrouw De Vries die 8,5 jaar in dienst was. Lampe vroeg een ontslagvergunning aan en De Vries werd met inachtneming van de opzegtermijn ontslagen. De reden voor het ontslag was dat de samenwerking niet goed verliep. De reden voor ontslag was op zichzelf niet als kennelijk onredelijk aan te merken, maar toch kende de rechtbank haar een schadevergoeding van f 4000,- toe. Bij de hoogte van deze schadevergoeding werd gelet op: de aard van de functie, de leeftijd van mevrouw De Vries (48 jaar) en de moeilijkheid in verband daarmee spoedig een andere passende functie te vinden, de zes jaar dat zij naar tevredenheid had gefunctioneerd en de wijzigingen in het beleid die werkgever Lampe had aangebracht. De Hoge Raad oordeelde dat dit een juiste interpretatie was van art. 7:681 BW.²⁴ Ook uit de uitspraak van de kantonrechter Heerlen²⁵ blijkt dat de marginale toetsing zich heeft verruimd voor een vollere toetsing, doordat de kantonrechter alle in het geding zijnde belangen uitgebreid aan de orde liet komen.

3.2.3 Kennelijk onredelijk ontslag

De laatste jaren is de populariteit van de kennelijk onredelijk ontslagprocedure gestegen. Dit komt onder andere doordat de rechter de marginale toetsing heeft verschoven naar een belangenafweging en daarbij kijkt naar de omstandigheden van het geval. Een voorbeeld van een arrest waar de Hoge Raad minder zware eisen stelde aan de causaliteitseis, is het Boulidam/Driessen-arrest.²⁶ In dit arrest ging het over de vraag of de werkgever de werknemer kennelijk onredelijk had ontslagen. Het ging om een werknemer die jarenlang zwaar werk had verricht en nu een schadevergoeding eiste op grond van een kennelijk onredelijke opzegging. De werknemer kon echter niet genoeg aantoonbaar maken dat zijn arbeidsongeschiktheid was ontstaan vanwege het werk. Normaal gesproken dient een werknemer te bewijzen dat er sprake is van een causaal verband tussen de arbeidsongeschiktheid en het werk. De Hoge Raad was van mening dat voor de vaststelling van de kennelijke onredelijkheid van de opzegging niet zo zeer van belang is de vraag of een werknemer door het verrichten van de arbeid

²¹ Van den Heuvel 1983, p. 30

²² Luttmer-Kat 2002, suppl. 230 (januari 2006) p. 71

²³ HR 1 december 1961, NJ 1962, 78 (De Vries/ Lampe)

²⁴ Zondag 2005, p. 11-12

²⁵ Kantonrechter Heerlen 9 maart 2005, RAR 2005/56

²⁶ HR 25 juni 1999, NJ 1999, 601 (Boulidam/ Driessen)

arbeidsongeschikt is geworden, maar dat van belang is dat de werknemer arbeidsongeschikt is geworden, nadat hij zo lang de arbeid heeft verricht.²⁷

3.3 Criteria die bepalen of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag

Zoals in paragraaf 3.2.1 is vermeldt, ziet art. 7:681 BW toe op mogelijkheden voor de werkgever en werknemer om zich te beroepen op de kennelijke onredelijkheid van de opzegging. De redenen genoemd in art. 7:681 lid 2 en 3 BW zullen hieronder besproken worden.

3.3.1 Redenen voor de werknemer om zich op een kennelijk onredelijk ontslag te beroepen

Allereerst heeft de wetgever in lid 2 een aantal redenen opgesomd voor de werknemer om zich te beroepen op de kennelijke onredelijkheid van een ontslag.

- Valse of voorgewende reden; lid 2 sub a

Wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt, is hij niet verplicht om aan de werknemer de reden van de opzegging mede te delen. Wel moet hij op grond van art. 7:669 BW de reden op *verzoek* van de werknemer (schriftelijk) mededelen. Het niet (schriftelijk) mededelen aan de werknemer van de opzegging, wil niet zeggen dat er sprake is van een opzegging zonder opgave van redenen. Het is voldoende dat de werknemer voor of bij het ontslag kan afleiden uit hetgeen dat is gepasseerd, wat de reden voor de opzegging is.²⁸

Onder een voorgewende reden wordt verstaan een bestaande reden die niet de werkelijke grondslag is. Een voorbeeld hiervan is als de aangevoerde reden (bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheid) niet de werkelijke ontslaggrond (bijvoorbeeld het verdwijnen van vertrouwen in de werknemer) blijkt te zijn.²⁹ Een valse reden wil zeggen dat het gaat om een niet bestaande reden. De rechtbank Zutphen³⁰ oordeelde dat er sprake was van een valse reden, aangezien bleek dat er wél een andere passende functie voor de werknemer beschikbaar was ten tijde van het ontslag.

De gegrondheid van de reden wordt beoordeeld naar de situatie op het moment van de opzegging. Het kan namelijk voorkomen dat in de periode van de opzegging en de ingangsdatum van het ontslag, de situatie zodanig veranderd is dat er geen reden meer is voor opzegging (bijvoorbeeld in geval van een bedrijfseconomische noodzaak om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, kan het zijn dat de situatie inmiddels verbeterd is). De Hoge Raad³¹ heeft hierover geoordeeld dat bij de beoordeling rekening met de verandering in de omstandigheden moet worden gehouden³².

²⁷ Van Grinsven en Geugjes 2006, p. 211-212

²⁸ Luttmer-Kat 2002, suppl. 230 (januari 2006), p. 14-20

²⁹ Kantonrechter Rotterdam 24 augustus 1992, JAR 1992/77

³⁰ Rechtbank Zutphen 21 december 2000, JAR 2001/38

³¹ HR 20 maart 1987, NJ 1988, 17

³² Luttmer-Kat 2002, suppl. 230 (januari 2006), p. 14-20

- Gevolgencriterium; lid 2 sub b

Een opzegging, die berust op een redelijke grond, kan voor een werknemer nadelige gevolgen hebben, waardoor voor hem de opzegging kennelijk onredelijk kan zijn. Dit heeft de Hoge Raad bepaald in het De Vries/ Lampe-arrest.³³ Inmiddels is dit vaste rechtspraak geworden. Volgens de Hoge Raad wordt door de werkgever kennelijk onredelijk gehandeld als de gevolgen voor de werknemer groter en ernstiger zijn dan zijn eigen belangen die hij heeft bij de opzegging.³⁴ De rechter dient bij de beoordeling of de gevolgen voor de werknemer onevenredig groot zijn, van de situatie ten tijde van het einde van de arbeidsovereenkomst uit te gaan. Hierbij moet de rechter alle relevante omstandigheden van het geval meenemen in zijn beoordeling. Algemene omstandigheden zoals de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en de arbeidsmarktperspectieven zijn van belang, maar ook zijn bij arbeidsongeschiktheid van belang de relatie tussen de arbeidsongeschiktheid en het werk, de mate waarin de werkgever de arbeidsongeschiktheid verweten kan worden, de financiële compensatie tijdens de arbeidongeschiktheid, en de reïntegratie-inspanningen van zowel de werkgever als de werknemer. Verder heeft de Hoge raad beslist dat het ontslag kennelijk onredelijk kan zijn indien de werkgever zich met betrekking tot de werknemer onvoldoende heeft ingespannen voor reïntegratie.³⁵

Met betrekking tot het verrichten van reïntegratie-inspanningen heeft de Hoge Raad³⁶ het volgende bepaald.

“Dat de enkele omstandigheid dat een werknemer een hem aangeboden andere functie afwijst niet eraan in de weg behoef te staan dat een gegeven ontslag kennelijk onredelijk kan zijn, neemt niet weg dat werkgever en werknemer over en weer verplicht zijn zich als goed werkgever respectievelijk goed werknemer te gedragen, hetgeen meebrengt, wat de werknemer betreft, dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Niet valt in te zien waarom de rechter ook bij de beantwoording van de vraag of een gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, genoemde verplichting niet in zijn beoordeling zou dienen te betrekken”.

Bij de beoordeling van de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is, moet er naast het feit of de werknemer een vergoeding is toegekomen bij zijn ontslag, ook sprake zijn van bijkomende omstandigheden. Dit houdt onder andere in dat de belangen van de werkgever en de werknemer tegen elkaar afgewogen moeten worden.³⁷

In de praktijk blijkt dat het gevolgencriterium de meest voorkomende reden voor een werknemer is om een kennelijk onredelijk ontslagprocedure te starten.³⁸ De Hoge Raad heeft in een tweetal arresten bepaald dat een opzegging op grond van het

³³ HR 1 december 1961, NJ 1962, 78

³⁴ HR 17 oktober 1997, NJ 1999, 266 (Schoonderwoert/ Schoonderwoerd)

³⁵ HR 29 april 2005, JAR 2005/137

³⁶ HR 28 april 2000, NJ 2000, 565, r.o. 3.4

³⁷ Luttmer-Kat 2002, suppl. 230 (januari 2006), p. 21-42

³⁸ Scholtens en Harmsma 1996, p.8

gevolgencriterium toch kennelijk onredelijk kan zijn indien het ontslag geen relevante financiële gevolgen voor de werknemer heeft.³⁹

- Opzegging tijdens dienstbetrekking; lid 2 sub c

Lid 2 sub c geeft aan dat de dienstplicht bedoeld in art. 7:670 lid 3 BW bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van de opzegging betrokken dient te worden.

Laatstgenoemd artikel luidt als volgt:

“De werkgever kan de arbeidsovereenkomst met de werknemer niet opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten, omdat hij als dienstplichtige is opgeroepen ter vervulling van zijn militaire dienst of vervangende dienst”.

Sinds de dienstplicht is afgeschaft, is dit opzeggingsverbod wegens oproeping voor militaire dienst van minder belang. Het artikel is ook van toepassing op werknemers die opgeroepen worden voor buitenlandse militaire dienst. De opzegging is alleen verboden als de werknemer al in militaire dienst is.⁴⁰ Voordat die dienst begint geldt het opzeggingsverbod nog niet. Indien er tijdens militaire dienst wordt opgezegd, dan kan dit kennelijk onredelijk zijn. Verder heeft de werknemer gedurende de tijd dat hij door de militaire dienst zijn werk niet verricht, geen recht op loon.⁴¹

- Opzegging in strijd met het anciënniteitsbeginsel (oud)⁴²; lid 2 sub d

Wanneer de werkgever zich in de onderneming niet houdt aan de regels die ten aanzien van het ontslag gelden (zoals Cao-bepalingen), dan handelt de werkgever kennelijk onredelijk. De opzegging is in strijd met het anciënniteitsbeginsel, zonder dat de werkgever daar zwaarwichtige redenen voor heeft. De CWI heeft dan een ontslagvergunning verleend zonder dat de werkgever rekening heeft gehouden met het anciënniteitsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat wanneer er werknemers ontslagen worden, er geselecteerd dient te worden op basis van het lifo systeem. Dit systeem, dat staat voor ‘last in first out’, houdt in dat de werknemers die het kortste in dienst zijn, bij een ontslag er als eerste uit moeten. Volgens de Hoge Raad is de ratio van de anciënniteitsregeling gelegen in het feit dat de zorgplicht van de werkgever richting de werknemer toeneemt naarmate de werknemer langer in dienst is.⁴³

Op 1 maart 2006 heeft er een wijziging in het Ontslagbesluit plaatsgevonden. Artikel 4:1 jō 4:2 van dit besluit luidt dat er in geval van ontslag wegens reorganisatie of bedrijfseconomische redenen, het afspiegelingsbeginsel van toepassing is. Dit afspiegelingsbeginsel houdt in dat het personeel dat werkzaam is in een uitwisselbare functie⁴⁴ in 5 leeftijdsgroepen ingedeeld wordt. Deze leeftijdsgroepen zijn van 15 tot 25 jaar, 25 tot 35 jaar, 35 tot 45 jaar, 45 jaar tot 55 jaar en 55 jaar en ouder. De ontslagen binnen elke categorie moeten zodanig plaatsvinden dat de procentuele leeftijdsopbouw

³⁹ HR 3 september 1993, NJ 1993, 715 en HR 17 oktober 1997, NJ 1999/266 (Schoonderwoert/Schoonderwoerd)

⁴⁰ vgl. art 7:670 lid 3 BW

⁴¹ www.arbeidsrechter.nl/ (21 april 2008)

⁴² Inmiddels is het anciënniteitsbeginsel vervangen door het afspiegelingsbeginsel

⁴³ Luttmer-Kat 2002, suppl. 230 (januari 2006), p. 42

⁴⁴ www.afspiegelen.nl (18 maart 2008): volgens de definitie van de CWI gaat het hier om functies die naar aard, inhoud, omstandigheden, functieniveau en beloning wederkerig, vergelijkbaar en gelijkwaardig zijn.

vóór en ná de ontslagen zo veel mogelijk gelijk blijft. Vervolgens moet binnen elke leeftijdsgroep de werknemer met het kortste dienstverband het eerste voor ontslag worden voorgedragen.⁴⁵ Volgens Margandant is het nieuwe afspiegelingsbeginsel niets anders is dan 'lifo per leeftijd- en functiegroep'.⁴⁶ Met het centraal stellen van dit beginsel wordt beoogd dat jonge(re) werknemers, die doorgaans minder dienstjaren hebben opgebouwd dan de oude(re) werknemers, minder snel (dan bij toepassing van lifo) de organisatie moeten verlaten.⁴⁷

- Werkweigering wegens ernstig gewetensbezwaar; lid 2 sub e

Deze reden voor de werknemer om zich te beroepen op de kennelijke onredelijkheid van de opzegging is pas bij wet van 5 maart 1994 (*Stb.* 1994, 134) aan het artikel toegevoegd. Er kan sprake zijn van een kennelijke onredelijke beëindiging als de werknemer zich beroept op een ernstig gewetensbezwaar en vervolgens weigert de bedongen arbeid te verrichten. Als voorbeeld zou hier kunnen dienen dat een verpleger medewerking weigert aan een abortus.⁴⁸ Voor het doen van een beroep op werkweigering wegens een ernstig gewetensbezwaar, moet er sprake zijn van bijkomende omstandigheden. Dit kan zijn het achterhouden van relevante informatie door de werknemer tijdens de sollicitatiefase, het niet tijdig melden van het gewetensbezwaar, het niet bestaan van een mogelijkheid om de werknemer over te plaatsen in een andere passende functie of het weigeren van een passende functie door de werknemer.⁴⁹

Op 29 juni 1990 heeft de Sociaal Economische Raad (SER) een advies uitgebracht met betrekking tot de positie van gewetensbezwaarde werknemers. Het advies hield in om aan art. 7A:1639s BW toe te voegen dat de rechter de beëindiging van een dienstverband kennelijk onredelijk kan achten wanneer deze geschiedt wegens het enkele feit dat de werknemer als gevolg van een beroep op een ernstig gewetensbezwaar weigert de bedongen arbeid te verrichten. Naast deze wettelijke basisvoorziening had de Raad als doel om een aantal door hem geformuleerde normen op te stellen met betrekking tot het voorkomen van conflicten over gewetensbezwaren. Deze normen heeft de Stichting van de Arbeid overgenomen en uitgewerkt in haar nota van 4 juli 1990: 'een leidraad voor ondernemingen'. De normen houden in dat zowel de werkgever als de werknemer zorg moet dragen voor het voorkomen van conflictsituaties over gewetensbezwaren. Indien een werknemer gewetensbezwaren tegen zijn werk heeft, dan dient hij in overleg te treden met de werkgever. Dit overleg is gericht op het behoud van de arbeidsrelatie, waar eventueel gesproken kan worden over plaatsing in een andere functie. Ook houdt deze norm in dat de werkgever in beginsel tijdens de overlegfase verplicht is om het loon van de werknemer door te betalen en dat er bij een eventueel ontslag de normale ontslagprocedure gevolgd dient te worden en niet een ontslag op staande voet.⁵⁰

⁴⁵ www.afspiegelen.nl (18 maart 2008)

⁴⁶ Margandant 2006, p. 11

⁴⁷ Loonstra en Kruit 2007 p. 17

⁴⁸ Van der Grinten 2005, p. 408-409

⁴⁹ Luttmer-Kat 2002, suppl. 230 (januari 2006), p. 44-50 - 51

⁵⁰ Kamerstukken II, 1991/92, 22 392, nr. 3, p. 1

3.3.2 Redenen voor de werkgever om zich op een kennelijk onredelijk ontslag te beroepen

De twee gevallen die in de wet genoemd worden in lid 2 onder a en b, zijn van overeenkomstige toepassing op de in lid 3 genoemde gevallen. Het eerste geval van lid 3, indien er opgave is gedaan van een valse of voorgewende reden, is exact hetzelfde geformuleerd als in lid 2 sub a. Het tweede geval waar het gevolgcriterium wordt uitgelegd, verschilt met het in lid 2 sub b genoemde geval dat het 'mede in aanmerking genomen' is weggelaten.⁵¹

Op de redenen voor de werkgever om zich op een kennelijk onredelijke opzegging te beroepen wordt verder niet ingegaan in deze scriptie, vanwege het feit dat deze situatie zich in de praktijk zelden voordoet. Gesproken wordt dan ook telkens van een opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever en een beroep op de kennelijke onredelijkheid van deze opzegging door de werknemer.

3.3.3 Gevolgen kennelijke onredelijkheid

De rechter is volgens de wet vrij om te bepalen wat de gevolgen van een kennelijk onredelijk ontslag zijn. Artikel 7:681 BW bepaalt dat de rechter aan de wederpartij een schadevergoeding kan toekennen. Ook kan de rechter de werkgever veroordelen om de dienstbetrekking met de werknemer te herstellen.⁵²

○ Schadevergoeding

Uit art. 7:681 BW blijkt dat de rechter aan de wederpartij een schadevergoeding *kan* toekennen. De strekking van het woord 'kan' is niet dat de rechter een vrijblijvende bevoegdheid hierin heeft. Zodra de rechter tot de conclusie komt dat een ontslag kennelijk onredelijk is, dan moet hij volgens een uitspraak van de Hoge Raad aan de wederpartij een schadevergoeding naar billijkheid toekennen.⁵³ Met het woord 'kan' wordt enkel bedoeld dat een schadevergoeding niet de enige mogelijkheid tot rechtsherstel is, maar dat de rechter ook de werkgever kan veroordelen tot herstel van de dienstbetrekking.⁵⁴ Voor het berekenen van de schadevergoeding op grond van art. 7:681 BW geeft artikel 7:681 BW geen richtlijnen. De rechter dient de hoogte van de schadevergoeding naar billijkheid te berekenen. Hiermee wordt bedoeld dat de werknemer de omvang van de schade niet hoeft te stellen en bewijzen. Dit komt goed tot uitdrukking in de volgende passage van een Memorie van Antwoord.

*"De schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag daarentegen moet juist een pleister op de wonde zijn voor het ontslag als zodanig ook al zijn daarbij alle termijnen volledig in acht genomen. Hierbij is de schade, die ook op een nog langer durende onzekere toekomst betrekking heeft, vaak moeilijk te schatten en te bewijzen; vandaar dat de oplossing gekozen is dat de rechter een schadevergoeding "naar billijkheid" kan toekennen".*⁵⁵

⁵¹ Van der Grinten 2005, p. 409

⁵² Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 januari 1999, JAR 1999/41

⁵³ HR 4 juni 1976, NJ 1977, 98. Vgl. Kuip 1993, p. 177

⁵⁴ Kuip 1993, p. 177

⁵⁵ Kamerstukken II, 1951/52, 881, nr. 6, p. 30

Verder dient de rechter de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding te bepalen aan de hand van concrete feiten en omstandigheden van het geval. Omstandigheden als de leeftijd van de werknemer, de lengte van het dienstverband, de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt, de reden voor de opzegging van het dienstverband en de financiële positie van de werkgever spelen hierbij een belangrijke rol.⁵⁶ De schadevergoeding en de omstandigheden van het geval in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure zullen in hoofdstuk 5 uitvoerig aan bod komen.

- Herstel van de dienstbetrekking

Uit art. 7:682 BW (tot 1 april 1997 was dit art. 7A:1639t BW) blijkt dat de rechter de werkgever kan veroordelen om de dienstbetrekking te herstellen. De rechter is bevoegd om zo een vordering van de werkgever toe te wijzen, maar is dit niet verplicht. Of de dienstbetrekking al dan niet hersteld moet worden, dat toetst de rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval.

Herstel van de dienstbetrekking wordt vaak verward met wedertewerkstelling oftewel feitelijke tewerkstelling. Het verschil tussen beiden is dat een vordering tot herstel van de dienstbetrekking wordt ingesteld om opnieuw een arbeidsovereenkomst overeen te komen onder dezelfde voorwaarden. Wedertewerkstelling daarentegen wordt gevorderd om aan een reeds bestaande arbeidsovereenkomst daadwerkelijk invulling te geven. Een vordering tot wedertewerkstelling is gebaseerd op art. 7:611 BW; goed werkgeverschap.⁵⁷

In het oorspronkelijke artikel uit 1953 was opgenomen dat zowel de werkgever als de werknemer door de rechter veroordeeld konden worden om de dienstbetrekking te herstellen. Door de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (ook wel de Flexwet genoemd) is het niet meer mogelijk dat de werknemer veroordeeld kan worden tot herstel van de dienstbetrekking. Dit is in strijd met het recht op vrije arbeidskeuze (art. 1 lid 2 Europees Sociaal Handvest).⁵⁸

Indien de rechter de werkgever veroordeelt tot herstel van de arbeidsovereenkomst, dan moet de werkgever in de nieuwe arbeidsovereenkomst dezelfde voorwaarden hanteren als in de vorige overeenkomst waren opgenomen.⁵⁹ Ook is de rechter bevoegd om de datum te bepalen waarop de arbeidsovereenkomst moet zijn hersteld. Artikel 7:682 lid 3 BW geeft aan dat de rechter de werkgever ook kan veroordelen tot het betalen van een afkoopsom aan de werknemer. De verplichting tot herstel van de arbeidsovereenkomst vervalt dan. In art. 7:682 lid 4 BW is bepaald dat de hoogte van de afkoopsom aan de hand van de omstandigheden van het geval naar billijkheid moet worden vastgesteld.⁶⁰

De passage uit onderstaande uitspraak is een voorbeeld van een casus waarin de rechter de werkgever veroordeelt tot herstel van de dienstbetrekking.

“Gelet op vorenstaande is de kantonrechter van oordeel dat het Van Dalen gegeven ontslag een kennelijk onredelijk ontslag is. Daarop aansluitend is de kantonrechter van oordeel dat vorenstaande eveneens noopt tot herstel van de dienstbetrekking. (...) Vanaf de datum van het ontslag tot de datum van het herstel van de dienstbetrekking zal Kliq

⁵⁶ Van Genderen e.a. 2006, p. 219

⁵⁷ Luttmer-Kat 2002, suppl. 190 (maart 1999), p. 2-10

⁵⁸ Van der Heijden, Van Slooten en Verhulp 2006 p.173

⁵⁹ Kantonrechter Enschede 8 december 1997, PRG 1998, 4903

⁶⁰ Van der Heijden, Van Slooten en Verhulp p. 174

*verplicht worden Van Dalen schadeloos te stellen door haar uitkering aan te vullen tot 100% van haar laatstverdiende salaris”.*⁶¹

3.4 De positie van de werknemer in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure

In het ontslagrecht wordt een onderscheid gemaakt tussen ‘gewone’ werknemers, statutair bestuurders en ambtenaren. Zowel de ontslagprocedures als de ontslagbescherming zijn voor al deze drie groepen werknemers verschillend. In deze scriptie wordt enkel ingegaan op de ‘gewone’ werknemer. Hieronder wordt een werknemer verstaan niet zijnde een statutair bestuurder of ambtenaar.⁶²

Wanneer een werknemer ervoor kiest om na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst een kennelijk onredelijk ontslagprocedure te starten, dan dient hij dit te doen via een dagvaardingsprocedure (art. 78 e.v. Rechtsvordering, verder aangeduid als Rv). De positie van de werknemer in een dagvaardingsprocedure is eisende partij. De eisende partij dagvaart de gedaagde partij, de werkgever. De gedaagde partij kan hierop reageren door een conclusie van antwoord in te stellen. Hierin weerlegt de gedaagde de stellingen van eiser door nadrukkelijk te vermelden dat er geen sprake kan zijn van een kennelijk onredelijk ontslag en dat de eisende partij niet ontvankelijk verklaard dient te worden in zijn vorderingen. Ook vermeldt de conclusie van antwoord dat de eisende partij veroordeelt dient te worden in de kosten van het geding. Hierop kan de gedaagde een conclusie van eis in reconventie instellen, wat een tegenvordering inhoudt. Na de conclusie van antwoord bekijkt de rechter of de zaak geschikt is voor een zitting of te wel comparitie. In beginsel dient de rechter na een conclusie van antwoord altijd een comparitie te houden (art. 131 Rv). Tijdens de comparitie geeft de rechter beide partijen kort de gelegenheid om hun standpunt mondeling toe te lichten. Ook is het mogelijk dat de rechter vragen stelt en zal hij bekijken of er een schikking mogelijk is. Indien de rechter van mening is dat er een schriftelijke toelichting door eiser dient te volgen, dan mag deze nog een conclusie van repliek indienen. De gedaagde kan tot slot daarop reageren door een conclusie van dupliek in te dienen.⁶³

Op grond van art. 93 sub c Rv is de kantonrechter in zaken betreffende arbeidsovereenkomsten absoluut bevoegd. De relatieve competentie is geregeld in art. 99 jō 100 Rv. In artikel 99 Rv is geregeld dat de rechter van de woonplaats van gedaagde bevoegd is om van de zaak kennis te nemen. Artikel 100 Rv is specifiek gericht op arbeidszaken. In zaken betreffende onder andere een individuele arbeidsovereenkomst is mede bevoegd de rechter van de plaats waar de arbeid laatstelijk werd verricht.

De stelplicht en bewijslast ten aanzien van het bestaan van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag ligt bij de werknemer.⁶⁴ De werknemer bevindt zich dan ook in de positie om te stellen en bewijzen. Hij dient stukken in het geding te brengen waaruit blijkt dat

⁶¹ Kantonrechter Groningen 28 juli 2005, RAR 2005/119, r.o. 7

⁶² www.stamrecht.nl (22 april 2008)

⁶³ Van Mierlo en Van Dam-Lely 2003, p. 188-189; zie ook nl.wikipedia.org/Dagvaardingsprocedure_%28Nederland%29 (21 april 2008)

⁶⁴ Zie o.a. HR 29 maart 1963, NJ 1963, 247; HR 17 december 1999, NJ 2000, 171; HR 23 april 2004, JAR 2004/116

het bewijs in zijn stellingen slaagt. De werkgever mag het leveren van aanknopingspunten (indien er sprake is van een valse reden) niet in de weg staan, anders kan de rechter alsnog oordelen dat er sprake is van onredelijkheid van het ontslag en hoeft de werknemer zijn stellingen niet meer te bewijzen.⁶⁵ Meer over de stelplicht en bewijslast komt in paragraaf 3.7 aan de orde.

3.5 Overwegingen van de werknemer om een kennelijk onredelijk ontslagprocedure te starten

Er zijn grote verschillen met betrekking tot een kennelijk onredelijk ontslagprocedure en een ontbindingsprocedure. In een art. 7:681 BW-procedure speelt niet de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen partijen beëindigd dient te worden. Die beëindiging heeft reeds plaatsgevonden, doordat de CWI een ontslagvergunning heeft verleend aan de werkgever en waarop de werkgever de arbeidsovereenkomst met de werknemer heeft opgezegd. De vraag die in een art. 7:681 BW-procedure aan de orde komt, is of de arbeidsovereenkomst die reeds beëindigd is, ook kennelijk onredelijk beëindigd is. Meer over de overeenkomsten en verschillen tussen beide procedures komt in hoofdstuk 6 aan de orde.

In principe bepaalt de werkgever hoe hij een arbeidsovereenkomst met een werknemer wil beëindigen. Hij kan daarbij kiezen uit een ontbindingsprocedure bij de rechter of de arbeidsovereenkomst opzeggen door een ontslagvergunning aan te vragen bij de CWI. De keuze die de werkgever maakt, hangt onder andere af van de het feit dat opzegverboden niet rechtstreeks van toepassing zijn in een 7:685 BW-procedure omdat er niet opgezegd wordt maar ontbonden wordt, kan een rol spelen bij de keuze die de werkgever maakt. De kantonrechter kan een arbeidsovereenkomst met een werknemer die nog geen twee jaar ziek is, ontbinden. De CWI verleent toestemming indien er sprake is van een opzegverbod genoemd in art. 7:670 BW, maar de opzegging kan niet plaatsvinden wegens het opzegverbod. Wel moet de rechter in een ontbindingsprocedure beoordelen of de opzegging verband houdt met de aanwezigheid van een opzegverbod. Indien de kantonrechter constateert dat er sprake is van een verband tussen beiden, dan zal de kantonrechter de ontbinding afwijzen, tenzij er sprake is van andere omstandigheden die ervoor zorgen dat er sprake is van een gewichtige reden voor ontbinding. Indien de werkgever besluit om een ontslagvergunning aan te vragen bij de CWI en de vergunning wordt verleend, dan kent de CWI geen schadevergoeding toe aan de werknemer, omdat de CWI niet over deze bevoegdheid beschikt.

In veel gevallen overweegt de werknemer om een kennelijk onredelijk ontslagprocedure te starten, omdat hij geen vergoeding heeft gekregen bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De werknemer bekijkt of de opzegging als kennelijk onredelijk beschouwd kan worden op grond van artikel 7:681 lid 2 BW. Gezien het feit dat de mogelijkheid tot gefinancierde rechtshulp de laatste jaren sterk is ontwikkeld, is het voeren van een procedure voor alle lagen van de bevolking mogelijk. De gedachtegang van de werknemer zal dan ook vaak zijn 'wie niet waagt, die niet wint'. Hij is toch al ontslagen en probeert verder via een gerechtelijke procedure een schadevergoeding eruit te halen. Een andere reden voor de werknemer om een dergelijke procedure te

⁶⁵ HR 7 september 2001 NJ 2001, 616 (Staat/Middel), r.o. 3.5

starten kan zijn omdat hij zich afgedankt en bedonderd voelt door zijn werkgever. Als een oudere werknemer na bijvoorbeeld 35 jaar dienstverband wordt ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen, dan is dit emotioneel erg zwaar voor hem.

In de praktijk komt het regelmatig voor dat de werknemer zich beroept op het gevolgencriterium ex art. 7:681 lid 2 sub b BW. De werknemer stelt zich dan op het standpunt dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag in de zin van artikel 7:681 BW omdat hij geen vergoeding heeft gekregen. De werknemer voert daarbij aan dat de gevolgen van het ontslag voor hem te ernstig zijn in vergelijking met de belangen die de werkgever heeft bij de opzegging.

Uit vaste rechtspraak blijkt dat een ontslag niet alleen vanwege het feit dat er een vergoeding ontbreekt, kennelijk onredelijk moet worden geacht.⁶⁶ Dit is ook niet het geval indien er bijvoorbeeld sprake is van een lang dienstverband of als de ontslagreden in de risicosfeer van de werkgever ligt. Om de kennelijke onredelijkheid van een ontslag aan te kunnen tonen, moet er sprake zijn van een onevenredigheid tussen de nadelige gevolgen voor de werkgever en de belangen van de werkgever.⁶⁷ De rechter oordeelt dan dat er aanvullende omstandigheden nodig zijn wil het ontslag kennelijk onredelijk zijn. Alle omstandigheden van het geval maken het dat de rechter kan oordelen dat een ontslag kennelijk onredelijk is en de werknemer een schadevergoeding toekent.

3.6 Onevenredige nadeligheid

Hiervoor is aangegeven dat uit de praktijk blijkt dat het gevolgencriterium de meest gehanteerde reden voor de werknemer is om een kennelijk onredelijk ontslagprocedure te starten. In paragraaf 3.3.1 is het gevolgencriterium uitvoerig behandeld. Maar hoe beoordeelt de rechter nou of er sprake is van onevenredige nadeligheid voor de werknemer? En zijn de gevolgen wel écht onevenredig nadelig of maakt de werknemer als het ware 'misbruik' van het criterium door slechts te stellen dat de gevolgen voor hem te ernstig waren doordat hij geen vergoeding mee heeft gekregen?

In een tweetal arresten heeft de Hoge Raad⁶⁸ met betrekking tot de beoordeling van het gevolgencriterium het volgende bepaald.

“De vraag wanneer – naar luid van art. 7:681 lid 2, aanhef en onder b, BW – mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om 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, dient te worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval”. Deze omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag, dient de rechter in onderlinge samenhang in aanmerking te nemen. Tot die omstandigheden kan mede behoren of en in welke mate de werkgever een verwijt kan worden gemaakt van het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid.

⁶⁶ HR 25 juni 1999, NJ 1999, 601 (Boulidam/ Driessen) en HR 3 december 2004, JAR 2005/30 (Van Ree/ Damco)

⁶⁷ Van Genderen e.a. 2006, p. 218

⁶⁸ HR 22 februari 2002, LJN AD9332 en HR 3 december 2004, JAR 2005/30 (Van Ree/ Damco) r.o. 3.5; zie ook kantonrechter Heerlen 9 maart 2005, RAR 2005/56

De kantonrechter Maastricht⁶⁹ heeft hier het volgende aan toegevoegd. *“... dat na de ingangsdatum van het ontslag voorgevallen feiten en omstandigheden buiten beschouwing dienen te blijven, tenzij en voor zover deze kunnen bijdragen tot het inzicht in de op de ingangsdatum van het ontslag bestaande toestand”.*

Een Rotterdamse kantonrechter⁷⁰ heeft met betrekking tot de beoordeling van het gevolgcriterium het volgende gezegd.

“Bij de beoordeling van het “gevolgcriterium” van artikel 7:681 BW is van belang dat de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters ten behoeve van de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW niet zonder meer gelden in het kader van een procedure ex artikel 7:681 BW. Voor een analoge toepassing van die aanbevelingen in de onderhavige procedure, zoals door De Rover bepleit (met een correctiefactor 1), bestaat naar het oordeel van de kantonrechter in de gegeven omstandigheden geen aanleiding, gezien het verschillende karakter van de procedure ex artikel 7:685 BW enerzijds en de procedure ex artikel 7:681 BW anderzijds. In dit verband acht de kantonrechter in het bijzonder van belang dat in het geval een ontbindingsverzoek ex artikel 7:685 BW wordt toegewezen, zulks leidt tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op een termijn van zes à acht weken na indiening van het verzoek bij de kantonrechter, terwijl in het geval van een RDA-procedure de behandelingsduur als regel langer is en de werkgever bovendien na de verlening van de ontslagvergunning nog de opzegtermijn in acht moet nemen. Tevens is in dit verband van belang dat de werkgever, in het geval hij niet bereid is de door de kantonrechter in het kader van een ontbindingsprocedure vastgestelde vergoeding te betalen, de mogelijkheid heeft om het verzoek in te trekken op basis van het bepaalde in het negende lid van artikel 7:695 BW”.

Volgens een uitspraak van de kantonrechter te Heerlen⁷¹ moet bij de beoordeling van het gevolgcriterium gekeken worden naar het volgende.

“Dit gevolgcriterium houdt in dat onderzocht moet worden of gedaagde door der partijen arbeidsovereenkomst op te zeggen zonder eiser enige beëindigingvergoeding te betalen de onevenredigheid tussen haar en haar eigen belang bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de voor eiser te verwachten nadelige gevolgen van die beëindiging uit het oog heeft verloren”.

Het gerechtshof Amsterdam⁷² heeft beslist dat een ontslag toch kennelijk onredelijk kan zijn enkel gebaseerd op het feit dat er geen vergoeding aan de werknemer is toegekend. Er dient volgens de rechter wel sprake te zijn van een ontslag wegens een vertrouwensbreuk die in overwegende mate aan de werkgever te wijten is. In casu had de werkgever de werknemer zonder voorafgaande waarschuwing geconfronteerd met ernstige kritiek op zijn functioneren. De werkgever stelde hem vervolgens op non-actief zonder hem gelegenheid te geven om inhoudelijk op deze kritiek te reageren. De werkgever had hem ook niet in de gelegenheid gesteld om aan de gestelde eisen te voldoen en zijn functioneren aan deze kritiek aan te passen. Dit woog in casu extra zwaar, omdat de verwijten niet zodanig ernstig waren en bovendien gedeeltelijk achterhaald waren. De werknemer kon niet verweten worden dat hij de na de non-

⁶⁹ Kantonrechter Maastricht 6 juni 2001, JAR 2001/120, r.o. 1

⁷⁰ Kantonrechter Rotterdam 19 september 2000, JAR 2000/243, r.o. 4.8

⁷¹ Kantonrechter Heerlen 29 januari 2003 JAR 2003/59, r.o. 1.2

⁷² Hof Amsterdam 23 maart 2006, NJ 2006, 426

actiefstelling aangeboden functies niet had geaccepteerd. De functies waren niet passend vanwege de daaraan verbonden salariëring en bovendien kwamen de werkzaamheden niet overeen met de opleiding en ervaring van de werknemer.

De feiten en omstandigheden van het geval die een rol spelen bij de beoordeling of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, komen overeen met de omstandigheden die in aanmerking genomen worden bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding in een 7:681 BW-procedure. De omstandigheden van het geval zijn nader uitgewerkt in paragraaf 5.4.3

Als diverse uitspraken, en met name de stelling van de werknemer daarin, op het gebied van kennelijk onredelijk ontslag worden bekeken, dan valt op dat de werknemer zich vaak op het standpunt stelt dat het ontslag kennelijk onredelijk is vanwege het feit dat hij geen vergoeding heeft gekregen.⁷³ De kantonrechter Amsterdam⁷⁴ heeft met betrekking tot het hiervoor genoemde het volgende geoordeeld.

“Met Randstad is de kantonrechter van oordeel dat het enkele feit dat Zwakke bij het einde van de arbeidsovereenkomst geen vergoeding heeft gekregen, het ontslag niet reeds daarom kennelijk onredelijk is. Of een ontslag kennelijk onredelijk is, hangt af van alle feiten en omstandigheden tezamen en in onderling verband beschouwd. Een ontslag kan kennelijk onredelijk zijn indien sprake is van een onevenredigheid tussen het belang van de werkgever bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de te verwachten nadelige gevolgen voor de werknemer, die hij daarbij uit het oog verloren heeft. Het al dan niet toekennen van een (schade-)vergoeding is een omstandigheid die meeweegt, maar niet altijd tot kennelijk onredelijkheid leidt.

Een Tilburgse kantonrechter is met betrekking tot het ‘misbruik’ van het gevolgencriterium door de werknemer van mening dat ‘misbruik’ een verkeerde benaming is. De werknemer vindt dat hij op een onredelijke manier is ontslagen en vraagt daar een schadevergoeding voor. Wellicht is ‘het oprekken’ van het gevolgencriterium door de werknemer een betere benaming. Advocaten pogen bij relatief korte dienstverbanden met jonge werknemers om een schadevergoeding te krijgen, wat volgens de kantonrechter vaak de reden is dat het verzoek om een schadevergoeding wordt afgewezen. Ook vindt de kantonrechter dat de werknemer niet elk risico bij de werkgever neer moet leggen. Een arbeidsovereenkomst is geen levensverzekering, die gedurende je hele leven je inkomsten bepaalt.⁷⁵

3.7 Stelplicht en bewijslast kennelijke onredelijkheid

Volgens vaste jurisprudentie ligt de stelplicht en bewijslast in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure bij de eisende partij. Dit geldt ook wanneer de gevolgen van het ontslag nadelig zijn voor de werknemer. Deze stelling komt goed naar voren in de conclusie van het volgende arrest. Advocaat-generaal mr. Spier geeft daarin aan dat *“de stelplicht en bewijslast ten aanzien van het bestaan van een kennelijk onredelijk ontslag, in beginsel op de werknemer rusten. Het tweede lid van artikel 7:681 BW somt enkele*

⁷³ zie o.a. kantonrechter Venlo 24 november 1999, JAR 2000/36, kantonrechter Eindhoven 13 september 1996, JAR 1996/210 en rechtbank Amsterdam 8 oktober 1997, JAR 1997/228

⁷⁴ Kantonrechter Amsterdam 13 november 2006, JAR 2007/3, r.o. 13

⁷⁵ Fragment uit een interview met dhr. mr. P.L. Kerkhofs, kantonrechter te Tilburg, gehouden op 23 april 2008; zie ook bijlage 3 en 4

situaties op waarin de rechter het ontslag kennelijk onredelijk kan achten. De werknemer wordt hierdoor als het ware bewijstechnisch een handje geholpen. Zo hoeft hij op grond van sub 2 'slechts' te bewijzen dat, 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 het ontslag te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Ook hiervoor rusten stelplicht en bewijslast op de werknemer".⁷⁶

Wanneer een werknemer een beroep doet op een valse of voorgewende ontslagreden, dan is van belang op welk moment die valsheid moet blijken. De Hoge Raad⁷⁷ heeft in een tweetal arresten beslist dat indien de werknemer stelt dat er sprake is van een valse of voorgewende reden, en er bestaat betwisting hierover, de werknemer het volgende moet stellen en bewijzen:

- de reden was al vals nadat de ontslagvergunning was verkregen of;
- de reden was toen nog niet vals, maar bleek wel vals toen het ontslag inging.

Uit het volgende arrest blijkt eveneens dat de stelplicht en bewijslast in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure op de werknemer rust, behoudens het geval dat de werkgever onvoldoende aanknopingspunten aan de werknemer levert voor zijn bewijslevering. *"De ontslagen werknemer die zijn werkgever tot schadevergoeding aanspreekt op de grond dat laatstgenoemde de dienstbetrekking kennelijk onredelijk heeft doen eindigen, draagt in geval van tegenspraak de bewijslast van zijn stellingen. Deze regel van bewijslastverdeling geldt ook in het zich hier voordoende geval dat de grondslag van de vordering bestaat uit de stelling dat de opgegeven ontslagreden 'vals' is, in de zin van niet bestaand. In dit laatste geval kan evenwel van de werkgever worden gevergd dat hij bij zijn betwisting van de stellingen van de werknemer voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter staving van de opgegeven ontslagreden om de werknemer voor zijn bewijslevering aanknopingspunten te verschaffen. Laat de werkgever na voldoende aanknopingspunten als hiervoor bedoeld te verschaffen, dan staat het de rechter vrij daaraan de slotsom te verbinden dat de werkgever niet voldoende heeft weersproken dat het ontslag kennelijk onredelijk is, zodat (tegen) bewijs niet meer aan de orde komt en aanstonds van de onredelijkheid van het ontslag kan worden uitgegaan".⁷⁸*

3.8 Toetsing door de rechter

De beoordeling van het kennelijk onredelijk ontslag is een toetsing 'ex tunc'. De Hoge Raad oordeelde in een van haar uitspraken het volgende.

"De vraag of de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, mede in aanmerking genomen de voor hem getroffen voorzieningen en bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij beëindiging van de dienstbetrekking, moet worden beantwoord naar de omstandigheden zoals deze zich niet later dan het tijdstip van ingang van het ontslag voordeden".⁷⁹

⁷⁶ HR 17 december 1999 NJ 2000, 171, concl. A-G 3.2; zie ook HR 29 maart 1963, NJ 1963, 247 en Hoge Raad 23 april 2004, JAR 2004, 116.

⁷⁷ HR 20 maart 1987, NJ 1988, 17 en HR 3 april 1992, NJ 1992, 412

⁷⁸ HR 7 september 2001 NJ 2001, 616 (Staat/Middel), r.o. 3.5

⁷⁹ HR 3 maart 1995, NJ 1995, 451 (Rossum/ Van Erp)

Een ander voorbeeld waaruit duidelijk blijkt dat de omstandigheden voorafgaand en op de ontslagdatum bepalend zijn volgt uit de volgende uitspraak van de rechtbank Amsterdam.⁸⁰

“Voor de beoordeling van die kennelijke onredelijkheid moet immers worden gekeken naar de stand van zaken voorafgaand en op de ontslagdatum en niet naar alles wat daarna nog is voorgevallen”.

De rechter toetst aan de hand van de omstandigheden van het geval of er sprake is van een kennelijke onredelijke opzegging. Aan de hand van deze omstandigheden bepaalt de rechter de hoogte van de schadevergoeding die aan de werknemer wordt toegekend. In paragraaf 5.4.3 komen de omstandigheden van het geval uitgebreid aan de orde.

3.9 Mijn visie

Net als de Tilburgse kantonrechter (zie paragraaf 3.6) vind ik ook dat het gevolgencriterium door een bepaalde groep werknemers ‘opgerekt’ wordt. Jonge werknemers (tot ongeveer 40 jaar) met een relatief kort dienstverband (tot ongeveer 10-12 jaar) betrekken het feit dat hun arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is beëindigd en proberen een schadevergoeding te krijgen. Hierbij speelt mede een rol dat hun maandelijkse vaste inkomsten onzeker worden en ze bijvoorbeeld een gezin moeten onderhouden. Wanneer er geen sprake is van bijzondere omstandigheden bij deze groep werknemers, zoals arbeidsongeschiktheid, ben ik van mening dat de opzegging niet kennelijk onredelijk is. Er worden dagelijks mensen ontslagen, waaronder jongeren. Wat is er dan kennelijk onredelijk aan een dergelijk ontslag (behoudens bijzondere omstandigheden)? Als de arbeidsmarktperspectieven worden bekeken, dan zijn deze relatief groot bij deze leeftijdscategorie. Zeker gezien de groeiende arbeidsmarkt. Jonge werknemers kunnen nog omgeschoold worden en zijn goedkoper waardoor ze sneller een nieuwe baan hebben. Dit is anders in geval van een oudere werknemer met een relatief lang dienstverband. Een beroep op de kennelijke onredelijkheid van het ontslag is in dit laatste geval volgens mij dan ook een logisch gevolg.

Om mijn redenering te onderbouwen heb ik hieronder enkele voorbeelden van uitspraken genoemd waarin het gaat om een relatief jonge werknemer met een relatief kort dienstverband. De werknemers doen tevergeefs een beroep op het kennelijk onredelijk ontslag op grond van uiteenlopende redenen. De rechters oordelen in alle gevallen dat er geen schadevergoeding toekomt aan de werknemer en dat het ontslag niet kennelijk onredelijk is.

- Kantonrechter Eindhoven: 41-jarige werkneemster, 14 jaar in dienst. Ontslagen op bedrijfseconomische gronden. Werkneemster had al weer een andere, tijdelijke baan. Werkneemster beriep zich op het anciënniteitsbeginsel, een onjuiste ontslagreden en een magere vergoeding. De kantonrechter oordeelde dat de financiële gevolgen van het ontslag waren opgevangen door een WW-uitkering en het ontbreken van een vergoeding het ontslag niet altijd kennelijk onredelijk maakt;
- Rechtbank 's-Gravenhage, kantongerecht: 23 jarige werkneemster, 2 jaar in dienst. Ontslagen wegens het niet beschikken over een verblijfs- of

⁸⁰ Rechtbank Amsterdam 7 juni 2000, JAR 2000/147, r.o. 16

- werkvergunning. Werkneemster beriep zich op gevolgencriterium. De rechter was van mening dat het feit dat werkneemster geen verblijfsvergunning bezat, ten nadele van haar diende te worden meegewogen. De gevolgen van het ontslag kwamen voor risico van de werkneemster;
- Rechtbank Amsterdam, kantongerecht: 44 jarige werknemer, 9 jaar in dienst. Ontslagen omdat er geen werk meer voorhanden zou zijn. Werknemer beriep zich op een onjuiste toepassing van het anciënniteitsbeginsel en op het feit dat er geen afvloeiingsregeling voor hem was getroffen. De rechter oordeelde dat enkel het niet toekennen van een vergoeding het ontslag niet kennelijk onredelijk maakt.⁸¹

3.10 Conclusie

Een werknemer kan enkel een kennelijk onredelijk ontslagprocedure starten als de werkgever de werknemer via een CWI-procedure ontslaat. De werknemer kan dus géén kennelijk onredelijk ontslagprocedure starten indien de arbeidsovereenkomst is ontbonden door de kantonrechter, als de arbeidsovereenkomst van rechtswege afloopt, met wederzijds goedvinden beëindigd wordt of als de werknemer wordt ontslagen tijdens de proeftijd. Of de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd door een ontslagvergunning aan te vragen bij de CWI, hangt af van de keuze van de werkgever. De werkgever bepaalt (vaak aan de hand van de situatie en of er bijvoorbeeld sprake is van een opzegverbod zoals ziekte) op welke wijze de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd.

De rechter *kan* in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure een schadevergoeding toekennen aan de werknemer. Indien er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, dan *moet* de rechter volgens een uitspraak van de Hoge Raad een schadevergoeding toekennen. De hoogte van deze schadevergoeding is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Ook kan de rechter de werkgever verplichten om de dienstbetrekking met de werknemer te herstellen of kan hij een afkoopsom vaststellen. In de praktijk komt het zelden voor dat de dienstbetrekking met de werknemer wordt hersteld. De reden hiervoor is dat de relatie tussen werkgever en werknemer in de meeste gevallen zodanig verstoord is geraakt, dat herstel van de overeenkomst voor beide partijen geen bevredigende optie is.

De rechter bepaalt de onevenredige nadelige gevolgen voor de werknemer aan de hand van de omstandigheden die golden ten tijde van het ontslag. Een Heerlense kantonrechter voegt daaraan toe dat één van deze omstandigheden inhoudt of de werknemer een vergoeding is toegekomen bij het beëindigen van de overeenkomst. Het gevolgencriterium dient volgens een Rotterdamse kantonrechter niet te worden beoordeeld aan de hand van de kantonrechtersformule. Dit vanwege de grote verschillen tussen de ontbindingsprocedure en de kennelijk onredelijk ontslagprocedure.

De arresten van de Hoge Raad waaruit blijkt dat enkel het ontbreken van een vergoeding het ontslag niet meteen kennelijk onredelijk maakt, zijn in strijd met een uitspraak van het gerechtshof Amsterdam. Het Amsterdamse gerechtshof heeft beslist dat een ontslag toch kennelijk onredelijk kan zijn enkel gebaseerd op het feit dat er geen vergoeding aan de werknemer is toegekend. Het hof heeft hier echter wel aan

⁸¹ Kantonrechter Eindhoven 13 september 1996, JAR 1996/210, rechtbank 's-Gravenhage 24 maart 1993, JAR 1993/94, rechtbank Amsterdam 8 oktober 1997, JAR 1997/228

toegevoegd dat er sprake moet zijn van een ontslag wegens een vertrouwensbreuk die aan de werkgever te wijten is. Op basis hiervan kan gesteld worden dat over het algemeen een ontslag niet kennelijk onredelijk is, alleen omdat er geen vergoeding aan de werknemer is toegekend. Er moeten nog andere omstandigheden zijn die er samen voor zorgen dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. In specifieke gevallen is enkel het ontbreken van een vergoeding voldoende om het ontslag kennelijk onredelijk te maken, namelijk als er sprake is van een aan de werkgever te wijten vertrouwensbreuk.

Volgens een Tilburgse kantonrechter is er geen sprake van 'misbruik' van het gevolgcriterium, maar kan er eerder gesproken worden van een 'oprekking' van het criterium. Mijn mening sluit hier volledig bij aan als het gaat om een bepaalde groep relatief jonge werknemers (tot ongeveer 40 jaar) die ontslagen wordt met een relatief kort dienstverband (10-12 jaar). Gezien hun leeftijd en kansen op de arbeidsmarkt is er vaak geen sprake van een ontslag dat kennelijk onredelijk is. Deze groep werknemers poogt om een schadevergoeding te krijgen, terwijl er in de meeste gevallen geen bijzondere omstandigheden, zoals bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheid, van toepassing zijn. Ik denk dat deze groep werknemers het aantal kennelijk onredelijk ontslagprocedures aanzienlijk verhoogd wat tot gevolg heeft dat er minder vaak een schadevergoeding toegekend wordt. Enkel het ontbreken van een vergoeding, maakt het ontslag namelijk niet kennelijk onredelijk. Dit hangt ook weer samen met de stelplicht en bewijslast van de werknemer. Wanneer er geen sprake is van bijzondere omstandigheden, wordt het voor de werknemer lastig om te bewijzen dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Als de werknemer niet in staat is om te stellen en bewijzen zal het ontslag niet als kennelijk onredelijk aangemerkt worden.

4. Ontbinding door de rechter

De kantonrechter is bevoegd om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Titel 7:10 BW kent twee vormen van een dergelijke ontbinding. De eerste vorm is ontbinding wegens gewichtige redenen op grond van art. 7:685 BW en de tweede vorm is ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming op grond van art. 7:686 BW. In deze scriptie zal enkel ingegaan worden op de ontbinding wegens gewichtige redenen.

4.1 De ontbindingsprocedure

In 1907 is bij de wet van 13 juli (*Stb.* 1907, 193, inwerkingtreding 1 februari 1909) door de wetgever de ontbindingsprocedure art. 1639w in het BW opgenomen om in bijzondere gevallen de arbeidsrelatie zonder inachtneming van de opzegtermijn of de einddatum 'regelmatig' te kunnen beëindigen.⁸² In het huidige recht is dit art. 7:685 BW. Vóór 1945 was de ontbinding wegens gewichtige redenen vooral van toepassing op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, vanwege het feit dat deze overeenkomsten gewoonlijk met een korte opzegtermijn regelmatig konden worden opgezegd. In het huidige recht is op grond van het BBA goedkeuring van de CWI vereist en kunnen er opzegverboden van toepassing zijn.⁸³

In 1953 heeft een herziening van het ontslagrecht plaatsgevonden. Artikel 1639w BW is toen op twee punten uitgebreid; ten eerste werd het begrip 'gewichtige redenen' verruimd en ten tweede werd de mogelijkheid gecreëerd om, in geval van ontbinding, een vergoeding toe te kennen.⁸⁴

Naast de mogelijkheid om een werknemer via de CWI-procedure te ontslaan (zie paragraaf 3.1), bestaat er ook nog de mogelijkheid om de kantonrechter te verzoeken om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De rechter kan de arbeidsovereenkomst ontbinden als er sprake is van een gewichtige reden. Deze gewichtige reden kan zijn een dringende reden of een verandering in omstandigheden. Onder dringende redenen worden dezelfde redenen verstaan als bij opzegging wegens dringende reden ex art. 7:677 lid 1 BW. Verandering in omstandigheden omvat alle mogelijke ontslaggronden als bedrijfseconomische of bedrijfsorganisatorische redenen, niet of onvoldoende functioneren van de werknemer, een verstoorde arbeidsrelatie/gebrek aan vertrouwen, arbeidsongeschiktheid of seksuele intimidatie.⁸⁵ Indien de kantonrechter ervan overtuigd is dat er sprake is van een gewichtige reden, dan kan hij het verzoek om ontbinding inwilligen en een datum vaststellen wanneer de ontbinding plaats zal vinden.⁸⁶ Indien de kantonrechter het verzoek toewijst op grond van verandering in omstandigheden, dan kan er op grond van art. 7:685 lid 8 BW aan een van de partijen ten laste van de wederpartij een vergoeding toegekend worden. Indien de rechter niet overgaat tot ontbinding, dan blijft de arbeidsovereenkomst in stand en blijft het dienstverband bestaan. Ontbinding kan niet met terugwerkende kracht verzocht worden. Ook staat er tegen de

⁸² Van der Heijden, Van Slooten en Verhulp 2006, p.176 en Scholtens 2001, p. 3

⁸³ Van der Grinten 2005, p. 419

⁸⁴ Scholtens 2001, p. 4

⁸⁵ Van der Heijden, Van Slooten en Verhulp 2006, p. 178-179

⁸⁶ Beltzer, Knecht en Van Rijs 1998, p. 27-28

uitspraak van de kantonrechter over de hoogte van de vergoeding staat geen hoger beroep en cassatie open (art. 7:685 lid 11 BW).⁸⁷

4.2 Ontstaan van de landelijke kantonrechtersformule

De kantonrechter kan in een ontbindingsprocedure eveneens beslissen om op grond van billijkheidsoverwegingen geen vergoeding toe te kennen.⁸⁸ Mede doordat een ontbindingsbeschikking niet voor hoger beroep vatbaar is en de rechter niet altijd een vergoeding toekent, werd er steeds meer gevraagd om een duidelijke richtlijn voor het berekenen van de vergoeding.⁸⁹ De eerste formule die in 1972 in omloop kwam was de zwartkruisformule. Deze formule was in eerste instantie ontwikkeld voor ontslagen binnen grote ondernemingen. Bij het bepalen van hoogte van de vergoeding volgens de zwartkruisformule wordt rekening gehouden met de leeftijd van de werknemer, het aantal dienstjaren, het functieniveau en de kans op het verwerven van een gelijkwaardige positie elders.⁹⁰ Vervolgens zag een tweede formule, die overigens minder toegepast is, het licht; de formule Briët, ook wel de ST-formule genoemd. Beiden formules waren voornamelijk opgesteld voor bedrijven. Na deze formules kwam de zogenaamde 1-2 formule, nu beter bekend als de kantonrechtersformule.⁹¹

De kantonrechtersformule is een richtlijn die op 8 november 1996 is opgesteld door de gezamenlijke kantonrechters in Nederland. De formule is een onderdeel van de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters. Deze aanbevelingen zijn tot stand gekomen doordat de Commissie Arbeidsrecht alle kantonrechters binnen Nederland een enquête heeft in laten vullen. Het doel van de enquête was om aansluiting te vinden bij de vele opvattingen van de kantonrechters met betrekking tot de vergoeding in een ontbindingsprocedure.⁹²

De reden van vaststelling van de formule is dat er tussen de kantongerechten en tussen de kantonrechters per sector kanton verschillen bestonden in het toekennen van ontbindingsvergoedingen. Om bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding een bepaalde maatstaf te hanteren, heeft de Kring van Kantonrechters de landelijke kantonrechtersformule vastgesteld (deze is nog gewijzigd met ingang van 1 juni 1998 en 1 november 1999).⁹³ Het doel van de kantonrechtersformule was vooral het bereiken van uniformiteit, het bevorderen van de rechtseenheid en duidelijkheid scheppen over de wijze waarop een vergoeding zou moeten worden berekend.⁹⁴

Benadrukt dient te worden dat de kantonrechtersformule een aanbeveling is, wat inhoudt dat de kantonrechter de formule niet *hoef*t te volgen. Uit de rechtspraktijk blijkt dat

⁸⁷ www.ontslagadvocaat.nl/ontslagprocedures.php#div1 (6 mei 2008) en HR 22 september 1995, NJ 1996, 38

⁸⁸ HR 22 september 1995, NJ 1996, 38

⁸⁹ Luttmer-Kat 2002, suppl. 223 (november 2004), p. 153

⁹⁰ www2.aegon.com/annual_report/2004/dutch/downloads/rem_report.pdf (26 maart 2008)

⁹¹ Beltzer, Knecht en Van Rijs 1998, p. 33-34

⁹² Van der Meer 2003, p. 3

⁹³ nl.wikipedia.org/wiki/Kantonrechtersformule (7 april 2008)

⁹⁴ Bodewes 2001, p. 41

kantonrechters op grond van een in de samenleving gegroeide rechtsovertuiging, de ontbindingsvergoeding hebben omgebogen tot een rechterlijke plicht.⁹⁵

4.3 De kantonrechtersformule

Indien de kantonrechter beslist dat er sprake is van verandering van omstandigheden, en hij kent een 'vergoeding naar billijkheid' toe, dan zal hij dit veelal doen op basis van de kantonrechtersformule. De rechter is echter geheel vrij om een vergoeding toe te kennen, maar ook om de hoogte van deze vergoeding vast te stellen. De rechter is niet gebonden aan de bepalingen genoemd in art. 6:95 e.v. BW, waarin de wettelijke verplichting tot schadevergoeding geregeld is. Deze vrijheid van de rechter wordt ook wel een discretionaire bevoegdheid genoemd.⁹⁶

De kantonrechtersformule wordt in sommige gevallen ook wel de ABC-formule genoemd. Dit vanwege het feit dat formule bestaat uit de factoren A, B en C die met elkaar worden vermenigvuldigd. Factor A staat hierbij voor het gewogen aantal dienstjaren, factor B voor de beloning ofwel de vaste bestanddelen van het brutoloon. Factor C is een correctiefactor. Hieronder worden de factoren één voor één besproken.

Factor A: het aantal dienstjaren

Wanneer het aantal gewogen dienstjaren berekend moet worden, dan wordt de diensttijd altijd afgerond op hele jaren. Deze afronding gebeurt naar beneden als er sprake is van een half jaar of minder en naar boven als er sprake is van een half jaar plus één dag. De weging van de dienstjaren is als volgt:

- elk dienstjaar tot het 40^e levensjaar = 1
- elk dienstjaar vanaf het 40^e tot het 50^e levensjaar = 1,5
- elk dienstjaar vanaf het 50^e jaar = 2

Voorbeeld:⁹⁷

Wanneer een werknemer 53 jaar oud is en 17 dienstjaren heeft, dan is het aantal dienstjaren:

$$(4 \times 1) + (10 \times 1,5) + (3 \times 2) = 4 + 15 + 6 = 25$$

Over de weging van de dienstjaren heeft het Hof Arnhem⁹⁸ het volgende geoordeeld.

"In de toelichting op de aanbevelingen staat uitdrukkelijk vermeld dat dienstjaren, dat wil zeggen de totale periode dat de werknemer in dienst is geweest, op gehele jaren wordt afgerond. Vervolgens worden de (individuele) dienstjaren gewogen. Dat ook de leeftijd per de datum van ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij deze weging moet worden afgerond, blijkt niet uit de tekst en evenmin uit de toelichting daarop. Het in de toelichting opgenomen rekenvoorbeeld geeft voorts slechts één oplossing. Als de werknemer op het moment van ontbinding 54 jaar oud is, dan worden vier (en niet vijf) jaren dubbel geteld. Naar het oordeel van het hof betekent dit dat bij de weging van de individuele dienstjaren slechts rekening moet worden gehouden met de volle jaren, gewerkt na de 40^e of 50^e verjaardag, waarbij de (niet afgeronde) leeftijd van de werknemer per de datum van ontbinding van de arbeidsovereenkomst in aanmerking wordt genomen".

⁹⁵ Loonstra 2001, p. 38

⁹⁶ Scholtens en Harmsma 1996, p.10

⁹⁷ nl.wikipedia.org/wiki/Kantonrechtersformule (7 april 2008)

⁹⁸ Hof Arnhem 17 oktober 2006, RAR 2007/41, r.o. 2.10

Medio 2002 heeft er door de Commissie Arbeidsrecht een enquête met betrekking tot de tevredenheid van de kantonrechtersformule plaatsgevonden onder alle 200 leden van de Kring van Kantonrechters. In deze enquête waren 38 (meerkeuze)vragen opgenomen. Van de 200 uitgedeelde exemplaren zijn er 134 formulieren ingevuld retour gekomen (67%). Op basis hiervan is door de Commissie geconcludeerd dat de uitkomsten van de enquête representatief zijn.⁹⁹

Met betrekking tot factor A heeft een grote meerderheid van de kantonrechters aangegeven dat zij bij het bepalen van de hoogte van een ontbindingsvergoeding de aanbevelingen volgt. Aangegeven werd dat er twee belangrijke knelpunten waren bij het toepassen van de A-factor, namelijk het toepassen van de formule bij korte dienstverbanden en bij op latere leeftijd in dienst getreden werknemers. In de praktijk bleek al eerder een knelpunt te zijn dat het in de aanbevelingen genoemde 'levensjaar' gezien moest worden als 'leeftijd'. Hier deden zich op dat moment echter geen problemen meer voor onder de kantonrechters. Bij korte dienstverbanden blijkt een flinke minderheid de kantonrechtersformule niet toe te passen. Kantonrechters die de formule wel toepassen bij korte dienstverbanden met oudere werknemers, corrigeren vaker de C-factor dan de A-factor.

Factor B: de beloning

Bij de beloning wordt uitgegaan van het brutosalaris per maand. Dit brutoloon wordt in elk geval vermeerderd met vaste en overeengekomen componenten, zoals vakantietoeslag, een vaste dertiende maand, een structurele overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag.

Componenten die zelden tot de B-factor gerekend zullen worden, zijn de auto van de zaak, het werkgeversaandeel pensioenpremie, onkostenvergoedingen, tantième¹⁰⁰, het werkgeversaandeel in de ziektekostenverzekering en pensioen, de niet-structurele winstdeling en opties en/of aandelen in de onderneming. In uitzonderlijke gevallen kan de kantonrechter beslissen dat bepaalde componenten wel tot de B-factor gerekend moeten worden.¹⁰¹

Ten aanzien van factor B blijkt uit de enquête dat vrijwel alle kantonrechters de aanbevelingen altijd toepassen. Ook geven de kantonrechters aan dat ze geen rekening houden met het werkgeversdeel van de pensioenpremie en de auto van de zaak, ondanks allerlei pleidooien in de literatuur. Een uitzondering hierop is wanneer er tussen de werkgever en werknemer individuele afspraken zijn gemaakt hierover. De kantonrechters hadden aangegeven dat ze vrijwel geen rekening houden met de variëteit van autoregelingen, vervoersplannen e.d. Ze kunnen wel begrijpen dat de werknemers van mening zijn dat het om een belangrijk loonbestanddeel gaat, maar ze willen deze opening toch gesloten houden, omdat er simpelweg volgens de kantonrechters niet aan te beginnen valt. Daarbij komt dat een afwijking wat betreft de auto een soort van sneeuwbaaleffect veroorzaakt naar andere arbeidsvoorwaarden, zoals Ov-kaarten, privé-pc's, telefoons, ziektekosten- en algemene onkostenvergoeding. De

⁹⁹ Van der Meer 2003, p. 3

¹⁰⁰ www.vandale.nl, definitie tantième: evenredig aandeel in winst of overwinst van een onderneming

¹⁰¹ nl.wikipedia.org/wiki/Kantonrechtersformule (7 april 2008)

meerderheid van de kantonrechters houdt echter wel rekening met de jaarlijks toegekende flexibele loonbestanddelen als een bonus, tantième en provisie.¹⁰²

Factor C: correctiefactor

De correctiefactor is een variabele component van de kantonrechtersformule. Aan de hand van de correctiefactor kan de kantonrechter aangeven aan wie hij de omstandigheden, die tot de ontbindingsgrond leiden, wijt.¹⁰³ De C-factor is bij een 'neutrale' ontbinding gelijk aan één. Er zijn in dat geval dan geen bijzondere omstandigheden die ervoor zouden moeten zorgen dat er sprake zou moeten zijn van een hogere of lagere vergoeding. Een voorbeeld hiervan is als de arbeidsplaats vervalt wegens reorganisatie, waarbij het afspiegelingsbeginsel is gevolgd en er geen sprake is van bijzondere financiële omstandigheden. Afwijking van de neutrale ontbinding kan worden gebaseerd op de verwijtbaarheid van het ontslag van beide partijen, de risicosfeer met betrekking tot de gewichtige reden en de schuld aan het ontstaan van de gewichtige reden.¹⁰⁴ De correctiefactor één zal over het algemeen vaak gebruikt worden indien er sprake is van een ontbindingsgrond die geheel in risicosfeer van de werkgever ligt. Een voorbeeld hiervan is als in verband met een reorganisatie de arbeidsplaats van de werknemer komt te vervallen.¹⁰⁵

De correctiefactor kan ook nul zijn, namelijk als de rechter van oordeel is dat de bijzondere omstandigheden niet doorslaggevend genoeg zijn, waardoor toekenning van een vergoeding niet gerechtvaardigd is. Een voorbeeld hiervan is als er geen sprake is van verwijtbaarheid bij de werkgever wat met zich meebrengt dat de ontbindingsgrond geheel in de risicosfeer van de werknemer ligt. Ook kan de C-factor nul zijn als de ontbindingsgrond in zeer ernstige mate aan de werknemer te wijten is. Overigens kan er ook sprake zijn van een correctiefactor die tussen nul en één ligt.¹⁰⁶

Indien de kantonrechter heeft geoordeeld dat de verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever ligt, dan kan er sprake zijn van een correctiefactor van hoger dan één¹⁰⁷. De kantonrechter Gorinchem¹⁰⁸ heeft in 2003 geoordeeld dat de vergoeding i.c. neerkwam op een factor C van meer dan 8.

"Bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding zijn de volgende omstandigheden meegewogen. Niet is gebleken dat verweerderster in haar functie door verzoekster voldoende is begeleid en dat zij bij haar afwezigheid door ziekte in de organisatie van verzoekster voldoende rugsteun heeft gekregen. Inmiddels is kennelijk geen draagvlak voor haar binnen de organisatie. Dit valt te meer aan verzoekster te wijten, omdat zij

¹⁰² Van der Meer 2003, p. 4

¹⁰³ nl.wikipedia.org/wiki/Kantonrechtersformule (7 april 2008)

¹⁰⁴ Luttmer-Kat 2002, suppl. 223 (november 2004), p. 161

¹⁰⁵ [www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+kanton/Aanbevelingen+van+de+Kring+van+Kantonrechters+\(kantonrechtersformule\)/De+kantonrechtersformule.htm](http://www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+kanton/Aanbevelingen+van+de+Kring+van+Kantonrechters+(kantonrechtersformule)/De+kantonrechtersformule.htm) (7 april 2008)

¹⁰⁶ [www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+kanton/Aanbevelingen+van+de+Kring+van+Kantonrechters+\(kantonrechtersformule\)/De+kantonrechtersformule.htm](http://www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+kanton/Aanbevelingen+van+de+Kring+van+Kantonrechters+(kantonrechtersformule)/De+kantonrechtersformule.htm) (7 april 2008)

¹⁰⁷ [www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+kanton/Aanbevelingen+van+de+Kring+van+Kantonrechters+\(kantonrechtersformule\)/De+kantonrechtersformule.htm](http://www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+kanton/Aanbevelingen+van+de+Kring+van+Kantonrechters+(kantonrechtersformule)/De+kantonrechtersformule.htm) (7 april 2008)

¹⁰⁸ Kantonrechter Gorinchem 4 augustus 2003, JAR 2003/233, r.o. 7

verweerster heeft verzocht haar vorige functie te verlaten. Verweerster, die met haar ziekte moeilijk een baan zal kunnen vinden als zij geen baan heeft, wordt buiten haar schuld zwaar getroffen door de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Zij dient een hogere vergoeding te krijgen dan de neutrale kantonrechtersformule, die gelet op de duur van het dienstverband, de leeftijd en het inkomen van verweerster neerkomt op 3.020,60 inclusief 8% vakantiegeld. De door verweerster gevraagde vergoeding komt neer op een factor C van meer dan 8, hetgeen ongebruikelijk hoog is, maar gelet op het gedrag van verzoekster is deze vergoeding wel gerechtvaardigd”.

Bovenstaande uitspraak is echter een zeer uitzonderlijk geval. De hoogte van de C-factor is op basis van de genoemde omstandigheden vastgesteld. Over het algemeen ligt de C-factor in ontbindingsprocedures tussen de 0,1 en 2.

Uit de enquête onder de Kring van Kantonrechters kwam met betrekking tot de C-factor naar voren dat hiermee het belangrijkste kenmerk van de kantonrechtersformule wordt gegeven, omdat het gaat om een onzekere factor.

Op basis van de resultaten die voortvloeiden uit de enquête kon overigens worden geconstateerd dat een aanpassing van de aanbevelingen niet nodig was. Uit de evaluatie bleek dat de aanbevelingen breed toegepast werden, waarmee ze enerzijds de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid vergroten, maar anderzijds nog voldoende mogelijkheid bieden voor de rechters om billijkheidscorrecties toe te passen. Creativiteit blijft voor de rechters mogelijk, maar de billijkheid is nog steeds het belangrijkste¹⁰⁹.

4.4 Actualiteit

De laatste tijd is de kantonrechtersformule regelmatig in het nieuws. Gesteld wordt dat deze formule op korte termijn (waarschijnlijk dit najaar) zal worden herzien, wellicht inhoudende een halvering van de B-factor (het maandsalaris).

Uit de media¹¹⁰ blijkt dat de vergoedingsregeling voor ontslag via de kantonrechter flink wordt versoerd. Rechters zouden momenteel aan het werken zijn aan een herziening van de kantonrechtersformule. Bekeken wordt of het verschil in de leeftijdsgroepen niet in strijd is met de antidiscriminatiewet. De laatste jaren is de arbeidsmarkt ontzettend veranderd in die zin dat de arbeidsdeelname van ouderen is toegenomen.

Tijdens een evaluatievergadering van de Kring van Kantonrechters is gebleken dat kantonrechters soms het gevoel hebben dat de huidige kantonrechtersformule tekortschiet op bepaalde onderdelen. Een aantal kantonrechters twijfelt over de toepassing van de ‘Groen-variant’.¹¹¹ De Groen-variant heeft betrekking op werknemers die op latere leeftijd in dienst zijn getreden. Bepaalde kantonrechters willen deze groep werknemers in plaats van twee maanden per dienstjaar, één maand toekennen. Verder

¹⁰⁹ Van der Meer 2003, p. 7

¹¹⁰ Zie o.a. ‘Dagblad de Limburger, ‘Ontslagvergoeding flink versoerd’ d.d. 27-02-2008, p. 1 en www.rechtennieuws.nl/18051/kantonrechtersformule-onder-de-loep.html d.d. 29-02-2008 (11 maart 2008)

¹¹¹ www.ziekteverzuim.nl/images/pdf-documenten/nummer%2011/InZiekteverzuim--jurisdrudentie-ontslagvergoeding-oudere-werknemers-Nummer11-augustus2007-11.pdf (6 mei 2008): De Groenvariant van de kantonrechtersformule houdt bij de bepaling van de ontslagvergoeding géén rekening met de hogere leeftijd van een werknemer die op latere leeftijd in dienst treedt. De Groenvariant is vernoemd naar mr. Groen, kantonrechter te Hilversum.

staat ook de ontslagvergoeding voor werknemers tot 40 jaar ter discussie. Volgens de kantonrechters gaat deze groep er na ontslag vaak op vooruit, doordat ze snel weer een baan vinden tegen betere arbeidsvoorwaarden. Naast een maximering van de ontslagvergoeding bekijkt de commissie van de Kring van Kantonrechters ook de definitie van het begrip 'loon' in de kantonrechtersformule. Op het moment is het zo dat bijvoorbeeld een vaste dertiende maand en ploegentoeslag wel meetelt bij de vaststelling van de ontslagvergoeding en een auto van de zaak niet.¹¹²

4.5 Mijn visie

Ik denk dat er behoefte is aan een aanpassing van de kantonrechtersformule vanwege het feit dat er momenteel een vergrijzing in ons land plaatsvindt. De 'babyboom' tijdens de tweede wereldoorlog heeft ervoor gezorgd dat er momenteel veel 55-plussers op de arbeidsmarkt zijn. Doordat er zo'n grote groep ouderen in ons land werkzaam is, worden er ook regelmatig mensen op deze leeftijd ontslagen. Indien deze groep werknemers een relatief kort dienstverband heeft opgebouwd bij hun werkgever (Groen-variant), krijgt zij ondanks hun leeftijd een hoge vergoeding mee. Als al deze mensen met een hoge vergoeding en een relatief kort dienstverband bij elkaar opgeteld worden, is dit een enorm bedrag aan vergoedingen. Vergoedingen die door de werkgever betaald moeten worden.

Ook de vergoeding bij de groep werknemers tot 40 jaar (die er volgens kantonrechters vaak op vooruitgaan na een ontslag, doordat ze een vergoeding en een betere baan krijgen), moet naar mijn mening herzien worden. In een ontbindingsprocedure is het moeilijk om de arbeidsmarktperspectieven van de ontslagen werknemer te beoordelen, omdat de ontbinding tegelijk met het vaststellen van een vergoeding plaatsvindt. In de meeste gevallen heeft de werknemer dan nog geen nieuwe baan. Doordat deze factor moeilijk mee te wegen is bij de vaststelling van de vergoeding, is het wellicht een optie om de A- en/of B-factor van de formule naar beneden aan te passen.

4.6 Conclusie

De rechter heeft, net als in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure, de bevoegdheid om in een ontbindingsprocedure een vergoeding voor de werknemer vast te stellen. De maatstaf die in het huidige recht het meest gehanteerd wordt voor het bepalen van de hoogte van de ontbindingsvergoeding is de kantonrechtersformule. Deze formule houdt in dat het aantal dienstjaren wordt vermenigvuldigd met de beloning (loon en vaste componenten). De uitkomst hiervan wordt vervolgens vermenigvuldigd met de correctiefactor (C-factor). De C-factor is erg variabel. In een neutraal geval is de C-factor één. Afwijking hiervan kan gebaseerd worden op de verwijtbaarheid en de risicosfeer met betrekking tot en de schuld aan het ontstaan van de gewichtige reden. Aan de hand van de leeftijd, de duur van het dienstverband, het loon en de verwijtbaarheid van partijen wordt de hoogte van de vergoeding berekend. De rechter is vrij (door de C-factor) om de hoogte van deze vergoeding te bepalen, waardoor de vergoeding veelal vooraf niet te berekenen valt. Er kan slechts een indicatie van de hoogte van de vergoeding berekend worden indien er vanuit wordt gegaan dat in de meeste gevallen de correctiefactor tussen de 0,1 en 2 ligt. Verder worden factoren als scholing en de

¹¹² www.ziekteverzuim.nl/images/pdf-documenten/nummer%2011/InZiekteverzuim--jurisdrudentie-ontslagvergoeding-oudere-werknemers-Nummer11-augustus2007-11.pdf (6 mei 2008)

zwaarte van de werkomstandigheden niet meegewogen bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding in een ontbindingsprocedure. Dit in tegenstelling tot een kennelijk onredelijk ontslagprocedure waar deze factoren wél meewegen bij het vaststellen van een schadevergoeding. Deze factoren spelen naar mijn mening wel een rol in een art. 7:685 BW-procedure.

Uit een enquête uit 2002 met betrekking tot de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters, waarin de kantonrechtersformule is opgenomen, bleek dat de kantonrechters tevreden waren over de formule waardoor deze niet aangepast hoefde te worden. Zes jaar later wordt de kantonrechtersformule opnieuw 'onder de loop'¹¹³ genomen. Een aantal kantonrechters is van mening dat het aantal dienstjaren dat in de formule verdisconteerd zit in enkele gevallen verlaagd moet worden bij het vaststellen van de ontbindingsvergoeding.

¹¹³ www.rechternieuws.nl/18051/kantonrechtersformule-onder-de-loop.html d.d. 29-02-2008 (11 maart 2008)

5. De schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure

Als de arbeidsovereenkomst na een CWI-procedure met een werknemer beëindigd wordt, dan kan hij, zoals eerder gesteld, binnen 6 maanden een kennelijk onredelijk ontslagprocedure starten op grond van art. 7:681 BW om zo eventueel recht te krijgen op een schadevergoeding. Met een schadevergoeding wordt bedoeld een bedrag dat een werknemer ontvangt bij een gedwongen beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De werknemer dient hiervoor naar de kantonrechter te gaan, omdat de CWI, die al dan niet toestemming verleent voor een ontslagvergunning, niet bevoegd is om een schadevergoeding toe te kennen. Wanneer de rechter oordeelt dat er sprake is van een kennelijk onredelijke ontslag, dan kan de werkgever door de rechter verplicht worden tot het betalen van een schadevergoeding. Deze schadevergoeding wordt ook wel een 'gouden handdruk', beëindigingsvergoeding' of 'exit-regeling' genoemd. Hiervan is sprake als de schadevergoeding een hoog bedrag is, bijvoorbeeld meer dan 50.000 euro.¹¹⁴

5.1 Moment waarop de schadevergoeding verschuldigd is.

Vanaf het moment dat de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is beëindigd, is er een schadevergoeding verschuldigd.¹¹⁵ Dit houdt in dat er vanaf dat moment ook wettelijke rente over de schadevergoeding berekend kan worden. Gesteld kan dan ook worden dat hetgeen de kantonrechter te Alkmaar¹¹⁶ oordeelde in haar uitspraak, onjuist is. De rechter ging er in deze zaak van uit dat de schadevergoeding (en dus ook de wettelijke rente erover) pas verschuldigd was op het moment dat het *vonnis* *gewezen* was. Het vonnis van de rechter is echter niet vormend voor het kennelijk onredelijk karakter van het ontslag. Het maakt hierbij dan ook niet uit dat de rechter de schadevergoeding in een later stadium pas vaststelt.¹¹⁷

5.2 Hoogte van de schadevergoeding

Wat de hoogte van de schadevergoeding zal zijn in geval de rechter het ontslag kennelijk onredelijk acht, is veelal vooraf niet te zeggen. Het gaat in een art. 7:681 BW-procedure (net als in een art. 7:685 BW-procedure) namelijk niet om een gefixeerde schadevergoeding zoals in art. 7:680 BW (onregelmatige opzegging) genoemd wordt, maar om een schadevergoeding waarin de omstandigheden van het geval zijn verdisconteerd.¹¹⁸

De Hoge Raad heeft in het Van Ree/Damco-arrest¹¹⁹ bevestigd dat voor de vraag naar de kennelijke onredelijkheid van het ontslag en de hoogte van de schadevergoeding alle omstandigheden ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang van belang zijn. Zie

¹¹⁴ Winter 2008, p. 7

¹¹⁵ HR 4 juni 1976, NJ 1977, 98

¹¹⁶ Kantonrechter Alkmaar 4 december 2002, JAR 2003/1, r.o. 5.1

¹¹⁷ Zondag 2005, p. 21-22

¹¹⁸ Beltzer, Knecht en Van Rijs 1999, p. 35

¹¹⁹ HR 3 december 2004, JAR 2005/30, r.o. 2.5

voor de door de rechter bepaalde factoren die meewegen bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding paragraaf 5.4.3.

5.3 Criteria die de wetgever heeft gesteld aan een kennelijk onredelijk ontslagprocedure

Zoals in paragraaf 3.3.3 aan de orde kwam, is de bedoeling van de schadevergoeding die aan een ontslagen werknemer wordt toegekend op grond van een kennelijk onredelijk ontslag, volgens de wetgever, een compensatie voor het verlies van de arbeidsplaats.¹²⁰ De schadevergoeding is een soort van 'pleister op de wonde voor het ontslag als zodanig', ook al is daarbij de juiste opzegtermijn in acht genomen. De schade is vaak moeilijk te bewijzen en te schatten, waardoor de wetgever de rechter de vrijheid heeft gegeven om een schadevergoeding toe te kennen.¹²¹

Uit de Memorie van Toelichting van de Tweede Kamer¹²² volgt: *“Een dergelijke rechterlijke bevoegdheid om naar redelijkheid en billijkheid de al te verstrekkende gevolgen die de onverkorte toepassing van rechtsregels zou hebben, bij te stellen, is in het burgerlijk recht niet ongewoon en niet goed weg te denken. (...) Ook de artikelen 1639s en 1639w gaan ervan uit dat de rechter na een kennelijk onredelijk ontslag respectievelijk een ontbinding wegens omstandigheden de mogelijkheid moet hebben met inachtneming van de bijzondere omstandigheden van het geval over de financiële gevolgen van het ontslag een beslissing naar billijkheid te nemen”*.

Verder blijkt uit de Memorie van Toelichting¹²³ dat de rechter bij een kennelijke onredelijkheidstoetsing altijd oordeelt met inachtneming van de omstandigheden van het geval. Die omstandigheden beïnvloeden de hoogte van de schadevergoeding die de rechter toekent.

Ook blijkt uit de Memorie van Toelichting¹²⁴ dat de plaatsing van het toentertijd voorgestelde onderdeel van artikel 7A:1639s BW, het beroep op werkweigerings wegens ernstig gewetensbezwaar (inmiddels is dit art. 7:681 lid 2 sub e BW) duidelijk maakt dat per individueel geval een rechterlijke toetsing is vereist, waarbij rekening moet worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van het geval. Dit wil echter niet zeggen dat elk ontslag wegens het feit dat de werknemer zich beroept op een ernstig gewetensbezwaar weigert zijn werk te verrichten, kennelijk onredelijk is. Aannemelijk is dat deze bepaling voor het oordeel van de rechter over de vraag of het gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, richtinggevend zal zijn. Meer over de werkweigerings wegens een ernstig gewetensbezwaar u in paragraaf 3.3.1

5.4 Jurisprudentie

Om een beeld te krijgen van hoe een schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure ex art. 7:681 BW in de praktijk door rechters wordt vastgesteld, is in deze scriptie een onderzoek gedaan naar jurisprudentie van de Hoge Raad,

¹²⁰ Van der Heijden, Van Slooten en Verhulp 2006, p. 171; zie ook HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495 en HR 3 september 1993, NJ 1993, 715

¹²¹ Scholtens 2002, p. 7

¹²² Kamerstukken II, 1989/90, 21 479, nr. 3, p. 13

¹²³ Kamerstukken II, 1989/90, 21 479, nr. 3, p. 8

¹²⁴ Kamerstukken II, 1991/92, 22 392, nr. 3, p. 7-8

gerechtshoven, rechtbanken¹²⁵ en sectoren kanton in Nederland. Bekeken is op grond van welke omstandigheden er in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure een schadevergoeding wordt toegekend en hoe de hoogte van deze schadevergoeding wordt vastgesteld. Onderscheid wordt daarbij gemaakt tussen rechters die aansluiting zoeken bij de kantonrechtersformule en rechters die juist tegen het hanteren van de kantonrechtersformule zijn. Voor dit onderzoek is met name jurisprudentie onderzocht van de afgelopen vijf jaar, maar ook enkele belangrijke uitspraken van voor die tijd zijn in het onderzoek opgenomen.

5.4.1 Wel aansluiting bij de kantonrechtersformule

Ondanks het gegeven dat de kantonrechtersformule volgens de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters is geschreven voor een ontbindingsprocedure, zijn er toch rechters die de kantonrechtersformule hanteren in een art. 7:681 BW-procedure. Onderstaande uitspraken zijn hier voorbeelden van.

In 2001 heeft het Hof Amsterdam¹²⁶ eenmalig geoordeeld dat de schadevergoeding toegekend moest worden op basis van de kantonrechtersformule. In casu was de door de werkgever aangeboden functie niet passend, ondanks de aangeboden financiële compensatie. De werknemer mocht daarom de functie weigeren. Het hof was van mening dat er mocht worden verwacht dat de werkgever een passende voorziening zou treffen en nam daarbij als uitgangspunt de standaardvergoeding (C=1) in het (zich niet voordoende) geval de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever had ontbonden. Het hof trok van de C=1 berekening 1 vanaf. Dit was gelegen in het feit dat de werkgever vanaf de non-actiefstelling tot het einde van het dienstverband het loon van de werknemer volledig had doorbetaald. Dit terwijl de werknemer geruime tijd arbeidsloos inkomen had genoten terwijl er geen passend werk voor hem was, waardoor bovendien de ingangs- en einddatum van de WW-uitkering aanmerkelijk in tijd waren opgeschoven.

Verder is er zowel bij het hof Amsterdam als bij de andere gerechtshoven geen uitspraak gevonden die deze richting op gaat. Gesteld zou kunnen worden dat bovenstaande uitspraak van het hof Amsterdam een 'eendagsvlieg' is geweest.

De rechtbank Rotterdam, sector kanton¹²⁷ stelde zich op het standpunt dat aansluiting gezocht diende te worden bij de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters. De rechter stelde de correctiefactor vast op C=2,5. Deze factor is volgens de rechtbank in het licht van alle omstandigheden van het geval, waaronder met name de (mate van) verwijtbaarheid en de in haar risicosfeer liggende omstandigheden, billijk". De rechter gaf overigens geen nadere uitleg waarom hij de formule i.c. hanteerde.

¹²⁵ Voor 2002 bestond er een aparte rechterlijke instantie voor kantonzaken. Inmiddels is het oude kantongerecht een aparte sector kanton geworden. De wijziging hield in dat tegen vonnissen van de kantonrechter in plaats van bij de rechtbank bij het gerechtshof hoger beroep ingesteld moet worden.

¹²⁶ Hof Amsterdam 23 augustus 2001, NJ 2004, 482

¹²⁷ Rechtbank Rotterdam, sector kanton 7 maart 2007, JAR 2007/122, r.o. 4.31, 4.34

In een uitspraak van de kantonrechter Wageningen¹²⁸ ging het om het volgende. Een 78-jarige werknemer was 38 jaar in dienst bij werkgever, de laatste jaren steeds gedurende negen tot tien maanden per jaar. Werknemer werd ontslagen wegens wangedrag. De kantonrechter was van mening dat het voor een werknemer als eiser, die zo lang werkzaam was geweest op hetzelfde bedrijf, schokkend was om zonder dringende reden op staande voet ontslagen te worden. Dit zou ook zijn reputatie aantasten. Ook mocht de werknemer verwachten dat de arbeidsrelatie met werkgever zou voortduren zolang de werknemer fysiek genoeg was om het werk te verrichten en de werkgever geen dringende reden voor ontslag gaf. De werknemer mocht dit verwachten doordat hij jarenlang na zijn pensionering telkens voor de werkgever (en haar rechtsvoorgangers) had gewerkt. Met het daarmee verdiende loon vulde de werknemer zijn pensioen aan. Door het ontslag was dit inkomen weggefallen, waardoor het voor de werknemer onmogelijk werd om vervangend betaald werk te vinden. De kantonrechter was van mening dat een concrete toepassing van de kantonrechtersformule tot een billijke oplossing kon leiden. De uitkomst van de neutrale formule moest naar boven worden afgrond gezien het diffamerende en schokkende karakter van de opzegging. Een vergoeding van € 6000, - werd billijk geacht.

In een tweetal uitspraken van de kantonrechter Heerlen¹²⁹ zette de kantonrechter uiteen waarom hij van mening is dat de kantonrechtersformule ex art. 7:685 BW ook van toepassing is in de art. 7:681 BW-procedure, waarbij het belangrijkste argument gelegen is in het wegnemen van rechtsonzekerheid waardoor het 'tombola-effect' voorkomen wordt. Verder is de achterliggende gedachte volgens de kantonrechter dat de werkgever door de keuze van de ontslagprocedure (CWI- of 685 procedure) niet de rechts- en financiële positie van de ontslagen werknemer behoort te kunnen beïnvloeden. De Heerlense kantonrechter die uitspraak heeft gedaan in de betreffende zaken, de heer mr. Nevelsteijn, is, zoals al uit de uitspraken blijkt, een groot voorstander van het toepassen van de kantonrechtersformule in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Hiermee wordt per definitie niet gesuggereerd dat alle kantonrechters van de sector kanton te Heerlen het volledig met deze stelling eens zijn.¹³⁰

De rechtbank Zwolle is niet direct vóór het toepassen van de kantonrechtersformule in kennelijk onredelijk ontslagprocedures, maar meent dat deze in sommige gevallen wel van toepassing kan zijn. *“Zonder te willen zeggen dat die ‘ontbindingsformule’ zich in alle gevallen leent voor toepassing als ‘kennelijk onredelijk ontslagformule’ – in het eerste geval gaat het namelijk om een vergoeding naar billijkheid, in het laatste geval om schadevergoeding – zal juist bij (kennelijk onredelijk) ontslag van oudere werknemers die in het algemeen geen uitzicht op ander werk hebben, het resultaat in het ene en in het andere geval zo dicht bijeen liggen dat de rechtbank met name bij kennelijk onredelijk ontslag van oudere werknemers toepassing van de kantonrechtersformule op zijn plaats acht. Zij zal die formule daarom tot richtsnoer nemen”*.¹³¹

¹²⁸ Kantonrechter Wageningen 22 november 2006, RAR 2007/35, r.o. 7

¹²⁹ Kantonrechter Heerlen 9 maart 2005, RAR 2005/56, r.o. 7.1 en kantonrechter Heerlen 23 augustus 2006, RAR 2006/153

¹³⁰ Fragment uit een interview met dhr. P. Hoekstra, kantonrechter te Heerlen, gehouden op 22 april 2008; zie ook bijlage 3 en 4

¹³¹ Rechtbank Zwolle 29 september 1999, JAR 2000/15, r.o. 4.11

Uit een uitspraak van de Kantonrechter van Utrecht¹³² waarin eveneens de kantonrechtersformule van toepassing werd verklaard, blijkt dat bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, waartoe gerekend kunnen worden de duur van het dienstverband, de hoogte van het salaris en andere vaste bijverdiensten, de leeftijd van de werknemer, de voorzienbare schade die de werknemer lijdt door het verlies van de arbeidsplaats (waarbij met name ook moet worden gedacht aan een lange periode van werkloosheid), de mate van verwijtbaarheid van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (waarbij onder andere een rol speelt welke ontslaggrond door de werkgever is aangevoerd) de aard van de voorzieningen en de aard van andere passende arbeid die door de werkgever al zijn aangeboden, alsmede de financiële situatie waarin de werkgever verkeert.

In bijlage 1 van dit document is eveneens een overzicht opgenomen met uitspraken van een aantal rechtbanken en sectoren kanton waarin uitdrukkelijk wordt vermeld dat de kantonrechtersformule in een 7:681 BW-procedure **wél** van toepassing is. De uitspraken dateren van 1999 tot en met 2007. Als naar de data van de uitspraken gekeken wordt, dan blijkt dat in 2007 acht kantonrechters de kantonrechtersformule hebben toegepast in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. In 2002 was dit aantal vijf. In de tussenliggende jaren werd de formule steeds één, twee of drie keer per jaar toegepast.

5.4.2 Geen aansluiting bij de kantonrechtersformule

Hierna wordt jurisprudentie besproken van gerechtshoven en sectoren kanton waarin de kantonrechtersformule ex art. 7:685 BW **niet** als maatstaf gehanteerd is bij het vaststellen van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure ex art. 7:681 BW.

Het hof 's-Gravenhage¹³³ heeft in 2003 als eerste van de vijf gerechtshoven in haar uitspraak weergegeven dat de kantonrechtersformule niet bedoeld is voor een art. 7:681 BW-procedure. Uit het volgende fragment van deze uitspraak kan dit worden afgeleid. *“De kantonrechtersformule maakt deel uit van een aantal aanbevelingen die de plenaire vergadering van de Kring van Kantonrechters heeft vastgesteld voor procedures ex (thans) artikel 7:685 BW. Deze aanbevelingen strekken er derhalve niet toe maatstaven aan te geven voor een schadevergoeding in geval van een kennelijk onredelijk ontslag. De kantonrechtersformule hanteert bij de bepaling van de hoogte van een ontbindingsvergoeding drie factoren: de hoogte van het laatstverdiende salaris, de duur van het dienstverband in relatie tot de leeftijd van de werknemer, en een derde factor waarvan de hoogte afhankelijk is van de waardering van alle overige omstandigheden van het geval. Daarbij worden dus ook de omstandigheden, dat de arbeidsovereenkomst op korte termijn kan worden beëindigd en dat het verzoek tot ontbinding kan worden ingetrokken, in aanmerking genomen. Dit zijn omstandigheden die zich in geval van een ontslag dat als kennelijk onredelijk gegeven wordt aangemerkt niet voordoen. De kantonrechtersformule kan ook om deze reden niet als maatstaf of basis dienen voor de hoogte van een vergoeding in geval van kennelijk onredelijk ontslag”.*

¹³² Kantonrechter Utrecht 26 november 1997, JAR 1998/41, r.o. 3, zie ook kantonrechter Utrecht 24 juli 1996, JAR 1996/185

¹³³ Hof 's-Gravenhage 10 januari 2003, NJ 2003, 394, r.o. 4 en 6

“Bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding neemt het hof daarbij alle omstandigheden in aanmerking, onder meer de duur van de arbeidsrelatie, werknemers’ leeftijd en de omstandigheid dat de ontslaggrond in de risicosfeer van de werkgever gelegen is. Voorts is van belang de omstandigheid dat werknemer onmiddellijk na het ontslag en bij voortduring weer werk heeft. Daarbij is – mede gezien het feit, dat werknemer sedert thans ongeveer een jaar werkzaam is – niet gebleken, dat er sprake is van zodanige onzekerheden dat daarmee rekening zou moeten worden gehouden. Het feit dat er, eerder dan werknemer verwachtte, een einde is gekomen aan de dienstbetrekking met de werkgever is geen omstandigheid van betekenis. Overigens heeft de werkgever tijdig aan de werknemer kenbaar gemaakt dat hij voornemens was de bedrijfsuitoefening te staken”.

Vervolgens heeft in 2006 ook het hof Arnhem¹³⁴ in haar beslissing het volgende weergegeven.

“Bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding ziet het hof, anders dan de werknemer, geen reden de kantonrechtersformule (die is bedoeld om de vergoeding bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:685 BW te bepalen) toe te passen. In de hiervoor omschreven omstandigheden acht het hof een schadevergoeding van € 7.500,- redelijk”.

De omstandigheden die het hof heeft meegewogen zijn de gevolgen die het ontslag meebrengt voor de werknemer en het feit dat hij geen vergoeding heeft gekregen. Ook valt de werknemer terug in inkomen en is de kans dat de werknemer, gezien zijn oudere leeftijd en beperkingen een andere dienstbetrekking vindt met dezelfde salariëring, erg gering. Verder heeft de werkgever zich niet voldoende ingespannen voor reïntegratie en heeft hij onzorgvuldig gehandeld jegens de werknemer door hem eerst een vast dienstverband aan te bieden en vervolgens vijf maanden later over te gaan tot beëindiging van dit dienstverband.

Dezelfde mening deelt het hof 's-Hertogenbosch. Zij heeft geoordeeld dat *“de kantonrechtersformule slechts een richtlijn is voor de kantonrechters bij de vaststelling van een beëindigingvergoeding in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW kan niet zonder meer gelijk worden gesteld aan een ontslag met toestemming van de CWI, omdat een ontbinding door de kantonrechter van de arbeidsovereenkomst een beslissing op korte termijn inhoudt zonder opzegtermijn, de werkgever de mogelijkheid heeft om het verzoek in te trekken indien hij de vastgestelde vergoeding te hoog vindt, en de werkgever bij verkregen toestemming van de CWI rekening dient te houden met de geldende opzegtermijn. Niettemin houdt het hof wel rekening met het bestaan van de formule en met de daarin genoemde criteria”.*¹³⁵ Bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag, heeft het hof rekening gehouden met de volgende omstandigheden: de reden van het ontslag, het feit dat de werkgever de werknemer op de hoogte heeft gesteld van de slechte bedrijfsresultaten en van het feit dat een ontslagvergunning voor hem was aangevraagd, de kansen op de arbeidsmarkt, het eenzijdige arbeidsverleden, het loon (dat boven de CAO-norm lag), de leeftijd, het parttime dienstverband, het ontbreken van een sociaal plan, de financiële gevolgen van het ontslag voor de werknemer (waaronder pensioenbreuk), de duur van het dienstverband, de emotionele band die de werknemer

¹³⁴ Hof Arnhem 12 december 2006, JAR 2007/44, r.o. 4.6

¹³⁵ Hof 's-Hertogenbosch 28 november 2006, LJN AZ9585, r.o. 4.5.1

met het bedrijf had en de financiële positie van het bedrijf. Het hof had in casu geen schadevergoeding aan de werknemer toegekend, omdat de gevolgen voor de werknemer volgens het hof niet ernstiger waren dan de belangen die de werkgever had bij de opzegging. Er was geen sprake van een kennelijk onredelijk ontslag.

Het hof Leeuwarden¹³⁶ heeft overeenkomstig beslist. Het hof oordeelde dat de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters niet voor een kennelijk onredelijk ontslagprocedure zijn geschreven en in deze kennelijk onredelijk ontslagzaak dus ook niet van toepassing zijn. Het daadwerkelijke financiële nadeel dat de werknemer geleden heeft wegens het niet aanbieden van tijdelijk werk door de werkgever, is in casu beperkt. De werknemer heeft kort na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst zelf soortgelijk tijdelijk werk gevonden. De toe te kennen billijke schadevergoeding van twee maandsalarissen heeft dan ook de strekking om compensatie te bieden voor de kennelijke onredelijkheid van de handelwijze van de werkgever.

Tot slot heeft ook het hof Amsterdam¹³⁷ het volgende bepaald.

“Alle omstandigheden in aanmerking nemende, waaronder de hiervoor gegeven feiten en omstandigheden, de leeftijd van de werknemer (57 jaar ten tijde van het ontslag) en de duur van de arbeidsovereenkomst (ruim 20 jaar) acht het hof een schadevergoeding van € 25.000,- bruto billijk”.

Naast de leeftijd en de duur van de arbeidsovereenkomst acht het hof de verwijtbaarheid van beide partijen van belang. In casu was er sprake van een vertrouwensbreuk die aan de werkgever te wijten was. In de uitspraak wordt, in tegenstelling tot de voorgaande uitspraken van de gerechtshoven, niet expliciet genoemd dat de kantonrechtersformule niet als maatstaf behoort te dienen in een art. 7:681 BW-procedure. Er wordt echter ook niet vermeld dat de kantonrechtersformule wél van toepassing is, waardoor vermoed wordt dat het hof de formule bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding niet toegepast heeft. Dit vermoeden wordt bevestigd wanneer de i.c. toegekende schadevergoeding naberekend wordt aan de hand van de kantonrechtersformule. Op basis van deze formule zou (uitgaande van een neutrale correctiefactor van 1) de schadevergoeding op een bedrag van ongeveer € 120.000,- uitkomen. Dit betreft een aanzienlijk hoger bedrag dan i.c. aan de werknemer is toegekend.

Naast de gerechtshoven zijn er ook een aantal kantonrechters geweest die uitspraak hebben gedaan over het feit dat de kantonrechtersformule niet als maatstaf dient te worden gehanteerd in een art. 7:681 BW-procedure.

De rechtbank Breda¹³⁸ oordeelde dat wat de hoogte van de schadevergoeding betreft, een schadevergoeding op grond van art. 7:681 BW wegens kennelijke onredelijk ontslag niet dient te worden vastgesteld zoals een vergoeding op grond van art. 7:685 BW, omdat dit twee volstrekt verschillende procedures zijn. Uit een latere uitspraak van dezelfde rechtbank, sector kanton¹³⁹ blijkt nogmaals dat de schadevergoeding niet gebaseerd dient te worden op de kantonrechtersformule, maar dat de factoren (zoals leeftijd en duur dienstverband) die bij deze formule meespelen in dit geval wel van belang zijn. Deze factoren worden in samenhang met andere relevante omstandigheden

¹³⁶ Hof Leeuwarden 18 oktober 2006, JAR 2006/285, r.o. 10

¹³⁷ Hof Amsterdam 23 maart 2006, NJ 2006, 426, r.o. 4.7

¹³⁸ Rechtbank Breda 27 januari 1998, JAR 1999/143, r.o. 3

¹³⁹ Rechtbank Breda, sector kanton 10 maart 2004, JAR 2004/160, r.o. 3.20

van het geval bekeken en op basis daarvan wordt de hoogte van de schadevergoeding bepaald.

Ook de sectoren kanton van Leeuwarden, Haarlem en Tilburg zijn van mening dat de kantonrechtersformule niet van toepassing is in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Uit de volgende passages komt dit duidelijk naar voren:

Kantonrechter Leeuwarden¹⁴⁰

“Bij de bepaling van de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding kan niet naar analogie de kantonrechtersformule als maatstaf worden gehanteerd. De kantonrechtersformule maakt deel uit van een aantal aanbevelingen dat door de Kring van kantonrechters is opgesteld voor procedures ex art. 7:685 BW. Deze aanbevelingen zijn derhalve niet geschreven voor de vaststelling van een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag ex art. 7:681 BW”.

Bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag acht de kantonrechter van belang dat aan de hand van alle omstandigheden beoordeeld moet worden of, mede in aanmerking genomen de door de werkgever voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor de werknemer bestaande mogelijkheden om ander werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor de werknemer ernstig te zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging. De kantonrechter heeft bij de vaststelling van de schadevergoeding de volgende factoren in aanmerking genomen: het ontbreken van een financiële voorziening ten tijde van het ontslag, de duur van het dienstverband, het functioneren van de werknemer, de leeftijd van de werknemer en de kansen op de arbeidsmarkt.

Kantonrechter Haarlem¹⁴¹

“De kantonrechtersformule is op een vergoeding krachtens kennelijk onredelijke opzegging niet van toepassing. De achtergronden van een vergoeding op grond van art. 7:685 BW, lid 8 BW en op basis van art. 7:681 lid 1 BW zijn verschillend. De redenering van eiser dat, nu er, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, geen vergoeding is aangeboden berekend op basis van de kantonrechtersformule er sprake is van een inadequate voorziening en derhalve van een kennelijke onredelijke opzegging, gaat niet op.

Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, moet volgens de kantonrechter in casu rekening gehouden worden met de financiële voorziening die de werkgever bij het einde van het dienstverband aan de werknemer heeft toegekend. Het feit dat deze financiële voorziening gebaseerd was op een, door de vakbond overeengekomen sociaal plan, is daarbij ook van belang. Uiteraard brengt het ontslag nadelige aspecten voor de werknemer mee. Volgens de kantonrechter heeft het aanbieden van een financiële voorziening aan de werknemer, de in casu nadelige aspecten gecompenseerd. De kantonrechter acht het ontslag dan ook niet kennelijk onredelijk.

Kantonrechter Tilburg¹⁴²

“Alle voornoemde omstandigheden leveren ieder voor zich als zodanig wellicht nog geen grond op om het ontslag kennelijk onredelijk te achten, maar tezamen en in hun

¹⁴⁰ Kantonrechter Leeuwarden 8 mei 2007, LJN BA5411, r.o. 4.2

¹⁴¹ Kantonrechter Haarlem 14 februari 2007, LJN AZ8615, r.o. 9

¹⁴² Kantonrechter Tilburg 19 december 2007, LJN BC1075, r.o. 3.11

onderlinge samenhang bezien leiden zij de kantonrechter in dit geval tot een ander oordeel. (...) Nu de zogenoemde kantonrechtersformule voor de berekening van een vergoeding als de onderhavige geen juiste maatstaf biedt, wordt deze gelet op alle omstandigheden van het geval naar billijkheid vastgesteld op € 15.000,00”.

De omstandigheden die de kantonrechter bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding van belang heeft geacht zijn: de nadelige gevolgen voor de werknemer en de belangen voor de werkgever bij de opzegging, de aanwezigheid van een financiële compensatie, de kansen op de arbeidsmarkt voor de werknemer, de leeftijd van de werknemer, de duur van het dienstverband, de verwijtbaarheid van de werkgever bij het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid, de vraag of er sprake van causaal verband tussen de duur van de verrichte werkzaamheden en de ontstane arbeidsongeschiktheid en de reïntegratie-inspanningen van zowel de werkgever als de werknemer.

In bijlage 2 van dit document is een overzicht opgenomen met uitspraken van gerechtshoven, rechtbanken en sectoren kanton waarin uitdrukkelijk wordt vermeld dat de kantonrechtersformule in een art. 7:681 BW-procedure **niet** van toepassing is. Verder is er in diezelfde bijlage nog een overzicht met uitspraken opgenomen waarin niet uitdrukkelijk is vermeld dat de kantonrechtersformule niet van toepassing is, maar wel uit de uitspraken blijkt dat de formule niet is toegepast doordat er een schadevergoeding naar billijkheid wordt toegekend die gebaseerd is op de omstandigheden van het geval. De uitspraken dateren van 1998 tot en met 2007. Als de data van de uitspraken bekeken wordt, dan valt op dat er van 2003 tot en met 2007 jaarlijks 10 tot 19 keer door gerechtshoven en kantonrechters geoordeeld is dat de kantonrechtersformule niet van toepassing is in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure.

5.4.3 Omstandigheden van het geval

Uit paragraaf 5.4.2 blijkt dat de kantonrechtersformule niet van toepassing is in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure en ook niet expliciet wordt gebruikt door rechters. Ook blijkt dat de kennelijke onredelijkheid van het ontslag en de hoogte van de schadevergoeding bepaald moeten worden door de omstandigheden van het geval in onderlinge samenhang te bekijken. In de volgende passage van de uitspraak van de kantonrechter Breda¹⁴³ komt dit erg duidelijk naar voren.

*“Onder omstandigheden kan een opzegging van de arbeidsovereenkomst – ondanks toekenning van een zekere financiële vergoeding – kennelijk onredelijk zijn. Dat doet zich onder meer voor indien de financiële vergoeding – in het licht van de omstandigheden waaronder de opzegging heeft plaatsgevonden – te gering is te achten. **Vaste maatstaven voor de bepaling van de omvang van een financiële vergoeding zijn niet ontwikkeld.***

*Omstandigheden die van belang zijn, zijn **in dit geval** met name de duur van de arbeidsovereenkomst (bijna 24 jaar), de leeftijd van Mommers (ten tijde van het ontslag bijna 44 jaar) en zijn opleiding (de eenzijdigheid ervan) enerzijds en het feit dat de arbeidsplaats is vervallen uit een oogpunt van kostenreductie (ten behoeve van de continuïteit van de onderneming van Hendrixx) en dat Hendrixx niet ontevreden was over het functioneren van Mommers anderzijds”.*

¹⁴³ Kantonrechter Breda 12 juli 2000, JAR 2000/197

Enkel het ontbreken van een vergoeding maakt, nogmaals, een ontslag niet direct kennelijk onredelijk. Dit geldt ook wanneer er sprake is van een lang dienstverband en de werknemer een goede staat van dienst heeft gehad en het voor de werknemer moeilijk zal zijn om andere passende werkzaamheden te vinden.¹⁴⁴ Ook enkel een moeilijke arbeidsmarktpositie kan er niet toe leiden dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag.¹⁴⁵

De Hoge Raad¹⁴⁶ heeft in een van zijn arresten met betrekking tot de verwijtbaarheid van de werkgever het volgende bepaald.

“Weliswaar is verwijtbaarheid geen voorwaarde om te kunnen oordelen dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, maar indien de werkgever wél een verwijt kan worden gemaakt van het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid, is zulks – naast de overige terzake dienende omstandigheden van het geval – van belang bij de beoordeling van de redelijkheid van het ontslag en van de voor de werknemer in dat verband getroffen voorzieningen”

Wat er precies wordt bedoeld met ‘de omstandigheden van het geval’, wordt matig gemotiveerd door rechters. Door de gerechtshoven en door een aantal kantonrechters wordt weliswaar keer op keer aangegeven dat de kantonrechtersformule niet van toepassing is in een art. 7:681 BW-procedure. Gekeken zou moeten worden naar de omstandigheden van het geval en aan de hand daarvan moet een schadevergoeding bepaald worden. In dit onderzoek is expliciet gezocht naar wat met de ‘omstandigheden van het geval’ in de jurisprudentie bedoeld wordt. Er is een tweedeling gemaakt van factoren die ten gunste van de werknemer komen en factoren die ten gunste van de werkgever komen.

Factoren die ten gunste van de werknemer komen

- de kans op een schadevergoeding is groter bij een oudere werknemer (o.a. hof Amsterdam 18 maart 2004, JAR 2004/161);
- de kans op een schadevergoeding is groter bij een hoger salaris (o.a. hof Amsterdam 18 maart 2004, JAR 2004/161);
- de kans op een schadevergoeding is groter bij een langdurig dienstverband (o.a. HR 3 maart 1995, NJ 1995, 451);
- de kans op een schadevergoeding is groter als het functioneren van de werknemer goed is geweest (o.a. hof Amsterdam 18 maart 2004, JAR 2004/161);
- de kans op een schadevergoeding is groter bij de aanwezigheid van een eerder of later opgesteld sociaal plan of een CAO die gunstiger is;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de werknemer hoofddirectiefuncties heeft bekleed;
- de kans op een schadevergoeding is groter als er geen herplaatsing(smogelijkheden) zijn voor de werknemer;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de werknemer door het ontslag pensioenschade heeft geleden;

¹⁴⁴ HR 25 juni 1999, NJ 1999, 601 (Boulidam/ Driessen) en HR 3 december 2004, JAR 2005/30 (Van Ree/ Damco)

¹⁴⁵ Zie noot 113; zie ook o.a. kantonrechter Utrecht 22 maart 2000, JAR 2000/94 en kantonrechter Zaanstad 30 januari 2003, JAR 2003, 64

¹⁴⁶ HR 15 februari 2008, JAR 2008/76

- de kans op een schadevergoeding is groter als er geen kans op prepensioen voor de werknemer bestaat;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de werknemer geen pensioenvoorziening heeft;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de partner van de werknemer geen zelfstandig inkomen heeft;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de werknemer voor het tot stand komen van de arbeidsovereenkomst naar Nederland is gekomen en de taal niet machtig is;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de werknemer geen recht op een WW-uitkering heeft in verband met een ontslag op staande voet;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de werknemer is aangewezen op een WAO-uitkering;
- de kans op een schadevergoeding is groter als er geen tot weinig (financiële) voorziening(en) voor de werknemer zijn getroffen (o.a. hof 's-Gravenhage 9 november 2007, LJN BC1197);
- de kans op een schadevergoeding is groter als de arbeidsongeschiktheid gerelateerd is aan het werk en er causaal verband tussen (de duur van) de verrichte werkzaamheden en de ontstane arbeidsongeschiktheid bestaat (o.a. kantonrechter Amsterdam 11 mei 2004, JAR 2004/152, kantonrechter Zaandam 31 oktober 2002, JAR 2002/283);
- de kans op een schadevergoeding is groter als de arbeidsongeschiktheid ten gevolge van het werk is ontstaan en er sprake is van verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever bij het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid (o.a. Rechtbank Utrecht 8 augustus 2001, JAR 2001, 184);
- de kans op een schadevergoeding is groter als de reden van het ontslag verwijtbaar is aan de werkgever;
- de kans op een schadevergoeding is groter als er veel nadelige gevolgen voor de werknemer zijn (bijvoorbeeld extra leed dat de werknemer wordt toegegaan of het verplaatsen van activiteiten door de werkgever wat ervoor zorgt dat de werknemer een aanzienlijk langere reistijd (van Yde (tussen Groningen en Assen) naar Veenendaal (bij Utrecht), wat ongeveer 185 km is) heeft dan voorheen, waarvan de werkgever overigens slechts een deel van de kosten wil vergoeden) (o.a. kantonrechter Assen 19 juni 2007, JAR 2007/198; kantonrechter Assen 1 mei 2001, JAR 2001/107);
- de kans op een schadevergoeding is groter als er geen sprake is van goed werkgeverschap (hieronder valt ook de interne en externe re-integratieverplichting van de werkgever) (o.a. kantonrechter Amsterdam 30 mei 2001, JAR 2001/242, rechtbank Zutphen 21 december 2000, JAR 2001/38, verplichting tot tijdelijke tewerkstelling i.p.v. ontslag);
- de kans op een schadevergoeding is groter als de opzegtermijn (die geldt nadat het ontslag is gegeven) te kort of onjuist is (o.a. rechtbank Utrecht 7 november 2001, JAR 2001/253);
- de kans op een schadevergoeding is groter als er onvoldoende inspanningen van de werkgever zijn geweest om opdrachten voort te brengen;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de werkgever de werknemer vooraf niet in kennis heeft gesteld van het voorgenomen ontslag;
- de kans op een schadevergoeding is groter als er sprake is van zware werkomstandigheden (bijvoorbeeld het hebben van een verantwoordelijke functie en het werken onder hoge tijdsdruk. Dit kan overigens alleen tot een hogere

vergoeding leiden indien sprake is van bovenmatige werkomstandigheden (bijvoorbeeld zware, rugbelastende werkzaamheden die arbeidsongeschiktheid tot gevolg hebben) of werkomstandigheden die niet aan redelijke eisen voldoen) (o.a. HR 3 december 2004, JAR 2005/30).¹⁴⁷

- de kans op een schadevergoeding is groter als de kansen voor herintreding op de arbeidsmarkt voor de werknemer slecht zijn; (gekeken wordt onder andere naar eenzijdigheid van het arbeidsverleden, de opleiding/cursussen/diploma's, leeftijd, parttime dienstverband) (o.a. hof Amsterdam 18 maart 2004, JAR 2004/161)
- de kans op een schadevergoeding is groter als de inkomensverwachting/financiële gevolgen voor de werknemer na het ontslag slecht zijn; (o.a. HR 3 maart 1995, NJ 1995, 451)

De laatste twee omstandigheden hebben betrekking op de periode na het ontslag en zijn daarom op het moment van het ontslag niet objectief bepaalbaar.¹⁴⁸

Factoren die ten gunste van de werkgever komen

- de kans op een schadevergoeding is kleiner bij een jonge(re) werknemer;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner bij een kortstondig dienstverband;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de kansen van de werknemer voor herintreding op de arbeidsmarkt goed zijn (werknemer heeft bijvoorbeeld al een baan gevonden of reageert actief op vacatures);
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werknemer niet arbeidsongeschikt is geworden ten gevolge van het werk;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werkgever de werknemer reeds een bedrag heeft betaald al dan niet conform een sociaal plan;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als werkgever de werknemer vrijstelling van werkzaamheden heeft gegeven tijdens de opzegtermijn;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werkgever een outplacement voor de werknemer heeft betaald;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werkgever meer of langer dan de wettelijk verplichte loondoorbetaling heeft (door)betaald bij arbeidsongeschiktheid aan de werknemer (zie o.a. HR 3 december 2004, JAR 2005/30);
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werkgever zich voldoende heeft ingespannen voor reïntegratie;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werknemer herplaatsing heeft afgewezen;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werknemer door het ontslag niet in een slechtere positie is terechtgekomen;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werknemer (nog) ander werk heeft bij een andere werkgever;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werknemer een reëel aanbod heeft gehad voor een nieuwe baan;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werknemer te weinig flexibiliteit heeft getoond;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als het UWV een uitkering aan de werknemer toekent;

¹⁴⁷ Van Grinsven en Geugjes 2006, p. 91

¹⁴⁸ Hillen 1996, p. 5

- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de baan 50% is;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de financiële positie van het bedrijf ten tijde van het ontslag slecht is (o.a. rechtbank Middelburg, 28 juni 2000 JAR 2000/161, Rechtbank Zwolle 15 december 1999 JAR 2000/41) en als de werkgever zich (terecht) beroept op het habenichts/habewenig criterium¹⁴⁹

Op basis van bovenstaande factoren dient de rechter per geval te bekijken welke factoren ten gunste komen van de werknemer en welke van de werkgever. Door deze factoren tegen elkaar af te wegen dient er op basis van de redelijkheid en billijkheid een schadevergoeding te worden vastgesteld. De meest genoemde factoren die in de uitspraken naar voren kwamen zijn de leeftijd van de werknemer, de duur van het dienstverband en de kansen op de arbeidsmarkt.

Opgemerkt kan echter nog worden dat de hierboven genoemde omstandigheden niet limitatief zijn. Er kan in specifieke gevallen nog sprake zijn van andere omstandigheden. De omstandigheden verschillen immers per geval.

5.5 Uitspraken vóór het ontstaan van de kantonrechtersformule

In paragraaf 5.4.1 en 5.4.2 zijn uitspraken genoemd waaruit blijkt dat rechters juist wel of niet de kantonrechtersformule als maatstaf hanteren in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. In de uitspraken waarin de rechters niet de kantonrechtersformule hanteren, wordt de hoogte van de schadevergoeding bepaald aan de hand van alle omstandigheden van het geval (zie paragraaf 5.4.3). In deze paragraaf is aan de hand van uitspraken van vóór 8 november 1996 onderzocht of rechters vóór de invoering van de kantonrechtersformule dezelfde redenering volgden bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding als momenteel door de gerechtshoven en de meeste kantonrechters gedaan wordt.

De onderstaande kennelijk onredelijk ontslaguitspraken dateren van vóór 8 november 1996, dus voordat de kantonrechtersformule werd ingevoerd.

In een uitspraak van het Hof Leeuwarden¹⁵⁰ oordeelde de rechter dat de rechtbank terecht de schadevergoeding aan de hand van de zwartkruisformule (zie ook paragraaf 4.2) heeft vastgesteld, hetgeen een bedrag opleverde van 5 jaren salaris (f 1.500.000,=) en f10.000,= ter zake van immateriële schade.

Het hof heeft de hoogte van de schadevergoeding bepaald aan de hand van de duur van het dienstverband, de daarin door de werknemer bereikte toppositie als centrale figuur binnen het concern, zijn leeftijd en de geringe kans op een andere baan.

In een uitspraak van de rechtbank Den Bosch¹⁵¹ werd op grond van de redelijkheid en billijkheid een schadevergoeding van f 40.000,- en f 15.000,- smartengeld en f 5.000,- wegens buitengerechtelijke kosten aan de werknemer toegekend.

¹⁴⁹ Rechtbank Utrecht 2007, p. 1-5. De factoren ten gunste van de werknemer en werkgever zijn ontleend aan de laatste 15 uitspraken van elk gerechtshof, gewezen tussen januari 2001 en september 2007 (intern stuk van de rechtbank Utrecht met toestemming van dhr. mr. P.L. Kerkhofs, kantonrechter te Tilburg, gebruikt)

¹⁵⁰ Hof Leeuwarden 11 november 1992, JAR 1993/118, r.o. 18

¹⁵¹ Rechtbank 's-Hertogenbosch 18 augustus 1995, JAR 1995/209, r.o. 4.16

Bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding heeft de rechtbank de door de werkgever getroffen afvloeiingsregeling en de mogelijkheid voor de werknemer om ander passend werk te vinden van belang geacht. Ook heeft de rechtbank bij de beoordeling de aard van de functie, de duur van het dienstverband, de leeftijd en het feit dat de werknemer mede tengevolge van de reorganisaties in de gezondheidszorg (gepaard gaande aan drastische bezuinigingen) voor een zware taak is komen te staan in acht genomen.

De rechtbank Amsterdam¹⁵² brengt in haar uitspraak het volgende naar voren.
“Met inachtneming van het hiervoor onder 11.3 overwogene is de rechtbank van oordeel dat, gelet op de leeftijd van Keff en de daarmee samenhangende geringheid van haar kansen op de arbeidsmarkt, alsmede gelet op de duur van haar thans beëindigde dienstverband en haar nog steeds voortdurende arbeidsongeschiktheid, van Unique had mogen worden geleverd dat zij ten behoeve van Keff wegens het beëindigen van haar dienstverband een voorziening had getroffen, strekkende tot het gedurende drie jaren na beëindiging van de dienstbetrekking aanvullen van haar arbeidsongeschiktheidsuitkering tot 100% van haar laatstverdiende loon. Waar Unique heeft nagelaten deze of een vergelijkbare voorziening te treffen zal naar billijkheid een schadevergoeding aan Keff worden toegekend. Met inachtneming van de reeds genoemde factoren wordt deze vergoeding vastgesteld op een bedrag van f50.000,=”.

De rechtbank 's-Gravenhage¹⁵³ heeft het volgende geoordeeld.
“Voorop gesteld wordt dat de in het kader van artikel 7A:1639s BW toe te kennen schadevergoeding dient om de onredelijkheid van het ontslag weg te nemen. Onder verwijzing naar hetgeen hiervoor in rechtsoverweging 4.5 is overwogen begrijpt de rechtbank dat de kantonrechter de onredelijkheid van het onderhavige ontslag met name gelegen acht in het feit dat Bel Air heeft volstaan met het door de kantonrechter bedoelde korte briefje aan het Gewestelijk Arbeidsbureau te sturen en zich in de procedure voor de directeur Gewestelijk Arbeidsbureau aan de in dit briefje vervatte summiere -onjuiste- redengeving te houden. De rechtbank kan dit oordeel onderschrijven. De rechtbank begrijpt voorts dat de Kantonrechter door in zijn motivering van de schadevergoeding te verwijzen naar 'alle omstandigheden van het geval' onder meer heeft gedoeld op deze onredelijkheid en de rechtbank is het met de kantonrechter eens dat in verband daarmee een schadevergoeding van f5.000,= passend is”.
De omstandigheden die de rechtbank hier meeweegt zijn aan de zijde van de werknemer de duur van het dienstverband, de leeftijd en de mogelijkheden om weer passende arbeid te vinden (dit kan blijken uit het feit dat de werknemer relatief korte tijd na het ontslag elders is gaan werken). Aan de zijde van de werkgever houdt de rechter rekening met de teruglopende bedrijfsbezetting.

Uit een uitspraak van de kantonrechter Amsterdam¹⁵⁴ blijkt het volgende.
“De kantonrechter is van oordeel dat aan Van der Kraats in dit verband een schadevergoeding naar billijkheid moet worden toegekend, maar kan daarbij niet buiten beschouwing laten dat Van der Kraats reeds streefde naar beëindiging van het dienstverband, omdat hij het werken bij AMW Regio Zuid niet langer meer zag zitten. Voorts dient bij de bepaling van de schadevergoeding naar billijkheid ook in aanmerking

¹⁵² Rechtbank Amsterdam 17 augustus 1994, JAR 1994/185, r.o. 13

¹⁵³ Rechtbank 's-Gravenhage 24 maart 1993, JAR 1993/94, r.o. 4.10 en 4.13

¹⁵⁴ Kantonrechter Amsterdam 9 maart 1993, JAR 1993/71, r.o. 4.6

te worden genomen dat Van der Kraats reeds wettelijke schadeloosstelling werd toegewezen. De Kantonrechter bepaalt deze schadevergoeding ex aequo et bono op f25.000,=. Er worden geen termen gezien voor een afzonderlijke schadevergoeding wegens geleden immateriële schade”.

Bij het kantongerecht van Utrecht¹⁵⁵ speelde het volgende. Bij verhuizing van een bedrijf van Mijdrecht naar Lelystad werd aan de werknemers een verhuiskostenvergoeding van f 5.000,-- of een reiskostenvergoeding gedurende drie maanden aangeboden. Negen werknemers die, wegens gezinsomstandigheden, niet mee wilden/konden naar Lelystad werden met RDA-toestemming, zonder afvloeiingsregeling, ontslagen en vorderden een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. Hoewel op zich het besluit tot bedrijfsverhuizing redelijk was, oordeelde de kantonrechter dat de werkgever ook rekening had moeten houden met de belangen van de werknemers die niet mee wilden/konden en aan hen ook een bedrag beschikbaar had moeten worden gesteld. De kantonrechter bepaalde dat op één maand per dienstjaar, maar rekening houdend met de financiële omstandigheden van het bedrijf, met een maximum van f 5.000,-- bruto per werknemer (zijnde een bedrag gelijk aan de verhuispremie).

Op basis van bovenstaande uitspraken zijn de omstandigheden die rechters hebben betrokken bij de beoordeling van de hoogte van de schadevergoeding vóór de invoering van de kantonrechtersformule hieronder samengevat.

Meegewogen factoren aan de zijde van de werknemer:

- de duur van het dienstverband;
- de leeftijd;
- de kansen op de arbeidsmarkt;
- de functie van de werknemer en de aard daarvan;
- de getroffen financiële voorzieningen ten tijde van het ontslag;
- de (zwaarte van de) werkomstandigheden;
- arbeidsongeschiktheid;
- de intentie van de werknemer (behouden of beëindigen dienstverband).

Meegewogen factoren aan de zijde van de werkgever:

- de financiële omstandigheden van de organisatie;
- de personele bezetting van de organisatie.

Vóór het bestaan van de kantonrechtersformule waren de belangrijkste factoren die meewogen bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding de leeftijd van de werknemer, de duur van het dienstverband en de kansen op de arbeidsmarkt. Als deze omstandigheden vergeleken worden met de factoren genoemd in paragraaf 5.4.3 dan kan gesteld worden dat deze overeenstemmen. De factoren die vóór 1996 het meest bepalend waren voor de hoogte van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure, zijn in de huidige jurisprudentie nog steeds van groot belang bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding. In de loop der jaren zijn er wel steeds meer omstandigheden bijgekomen die per geval meegewogen kunnen worden. Factoren als de verwijtbaarheid van partijen, de reïntegratie-inspanningen van beide partijen en de inkomensverwachting van de werknemer zijn voorbeelden van

¹⁵⁵ Kantonrechter Utrecht 21 januari 1993, JAR 1993/53, r.o. 3

omstandigheden die wél in de huidige jurisprudentie terugkomen, maar niet in jurisprudentie van vóór 1996. Ook zijn er in de afgelopen jaren meer factoren in de jurisprudentie ontwikkeld die ten gunste van de werkgever komen.

5.6 Argumenten tegen het gebruik van de kantonrechtersformule

Volgens Van Kempen en Van Ladesteijn¹⁵⁶ komen er uit de jurisprudentie en literatuur drie argumenten vóór én drie argumenten tegen de reflexwerking van de kantonrechtersformule in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure tot uitdrukking. De argumenten tegen de reflexwerking van de kantonrechtersformule zijn het grammaticale argument, het wetshistorische argument en het systematische argument.

Het grammaticale argument houdt in dat uit de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters blijkt dat de kantonrechtersformule is geschreven voor ontbindingzaken ex art. 7:685 BW en niet voor kennelijk onredelijk ontslagprocedures ex art. 7:681 BW. Rechters gebruiken dit argument vaak om een beroep op de kantonrechtersformule in een 7:681BW procedure af te wijzen (zie paragraaf 5.4.2 en bijlage 2).

Het wetshistorische argument houdt in dat er een verschil is in de formulering van het woord vergoeding in de artikelen 7:681 en 7:685 BW. Artikel 7:681 BW spreekt van een 'schadevergoeding', terwijl art. 7:685 BW het woord 'vergoeding' noemt. Deze vergoeding naar billijkheid (7:685) heeft volgens de wetgever geen directe relatie met de schade. De schadevergoeding van art. 7:681 BW daarentegen wel. Om bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding in een ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW een maatstaf te bieden, is de kantonrechtersformule ontwikkeld. De bedoeling van de wetgever was om de kantonrechtersformule te gebruiken bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding in een art. 7:685 BW-procedure en niet in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure ex art. 7:681 BW. Het wetshistorische argument pleit dan ook voor het argument dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest om de kantonrechtersformule in een art. 7:681 BW procedure toe te passen.

Het systematische argument zoekt aansluiting bij het systematische verschil tussen de twee procedures met betrekking tot het moment dat de verschillende vergoedingen tot stand komen. In een kennelijk onredelijk ontslagprocedure is het namelijk zo dat de schadevergoeding na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst tot stand komt. In de meeste gevallen is dit minimaal een half jaar na het eindigen van de arbeidsovereenkomst. Hierdoor kan de rechter een deel van de gevolgen van het ontslag opnemen in zijn beslissing. In ontbindingsprocedures is dit niet mogelijk, omdat de ontbindingsvergoeding wordt vastgesteld en toegekend bij de ontbinding zelf en dus op zijn best op hetzelfde moment wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt. Ook is er een verschil in de wijze waarop bepaald wordt dat er sprake is van een grond voor ontbinding dan wel kennelijk onredelijk ontslag en de schadevergoeding die hierbij toegekend kan worden. De rechter toetst achteraf of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Dit wordt ook wel een repressieve toets genoemd. Bij een ontbindingsprocedure is dit juist andersom; bekeken moet worden of de arbeidsovereenkomst ontbonden dient te worden. De beslissing om te ontbinden en een eventuele vergoeding toe te kennen vallen samen en geschieden preventief. In een

¹⁵⁶ Van Kempen en Van Ladesteijn 2008, p. 16-22

7:681 BW procedure dient er een volledige belangenafweging plaats te vinden of er al dan niet sprake is van een ontslag dat kennelijk onredelijk is. Indien de rechter besluit dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, dan moet hij ook een schadevergoeding toekennen (zie hiervoor paragraaf 3.2.3).

5.7 Argumenten vóór het gebruik van de kantonrechtersformule

Naast deze argumenten tegen de reflexwerking, spreken Van Kempen en Van Ladesteijn¹⁵⁷ ook nog van argumenten die vóór de reflexwerking van de kantonrechtersformule in een 7:681 BW procedure zijn. Deze argumenten zijn het maatschappelijk/psychologische argument, het rechtsontwikkelingsargument, en het pragmatische argument.

Het eerste argument is het maatschappelijke/psychologische argument. Dit houdt in dat de werkgever van te voren niet de financiële positie en de rechtspositie van de ontslagen werknemer dient te beïnvloeden door de keuze van de ontslagprocedure te maken. Het maatschappelijk argument hierin is dat het niet uit is te leggen waarom het voor een ontslagen werknemer financieel aantrekkelijker is als de werkgever voor een ontbindingsprocedure kiest in plaats van een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. In het geval de werknemer een ontbindingsprocedure start is hij veelal verzekerd van een vergoeding, terwijl dit in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure niet zo zeer vanzelfsprekend is. Het psychologische argument dat hierin schuilt is dat een rechter in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure, waar veelal maanden overheen gaan voordat er een beslissing wordt genomen, anders oordeelt dan in een ontbindingsprocedure. Dit ondanks het arrest van de Hoge Raad waarin geoordeeld werd dat bij de vaststelling van het bedrag aan schadevergoeding de na het einde van de dienstbetrekking intredende omstandigheden buiten beschouwing gelaten moeten worden.¹⁵⁸

Het rechtsontwikkelingsargument houdt in dat de toetsingsmaatstaven door het verloop van de jaren zodanig naar elkaar zijn toegegroeid, dat bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding aansluiting gezocht moet worden bij de kantonrechtersformule. Dat de toetsing is verschoven van een marginale toetsing, naar een vollere toetsing, blijkt mede uit het De Vries/ Lampe-arrest uit 1961 (zie ook paragraaf 3.2.1).¹⁵⁹

Het pragmatische argument, is een veelvoorkomend argument uit de literatuur en jurisprudentie. Gesteld wordt dat er geen objectieve maatstaf bestaat voor het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding in een art. 7:681 BW procedure, waardoor de kantonrechtersformule in een dergelijke procedure dient te worden toegepast.

De kantonrechters van Utrecht zijn van mening dat er een lijn moet komen die door kantonrechters gevolgd kan worden in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Dit dient volgens de Utrechtse kantonrechters te gebeuren in het kader van de rechtseenheid. Het is volgens hen van groot belang dat gelijke kennelijk onredelijk ontslagzaken tot gelijke uitkomsten leiden. De indruk wordt gewekt dat er sprake is van een totale willekeur bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding. Dit baseren de kantonrechters op uitspraken van de gerechtshoven van afgelopen jaren.

¹⁵⁷ Van Kempen en Van Ladesteijn 2008, p. 16-22

¹⁵⁸ HR 17 oktober 1997, NJ 1999 266 (Schoonderwoert/ Schoonderwoerd)

¹⁵⁹ HR 1 december 1961, NJ 1962, 78 (De Vries/ Lampe)

Ook moet er een lijn komen in art. 7:681 BW-procedures omdat het slecht uit te leggen is dat er zo'n groot verschil bestaat tussen de uitkomsten (van de schadevergoeding) in kennelijk onredelijk ontslagzaken en ontbindingszaken. De Utrechtse kantonrechters stellen dan ook voor om aan te sluiten bij de kantonrechtersformule. Hoewel de beide procedures een verschillend karakter hebben, blijkt uit aanwijzingen uit de praktijk dat ze steeds meer naar elkaar groeien. Een andere reden om aansluiting te zoeken bij de kantonrechtersformule is dat bij een kennelijk onredelijk ontslagprocedure enkele factoren genoemd worden die in wezen gerelateerd zijn aan de kantonrechtersformule (de A- en B-factor). In een kennelijk onredelijk ontslagprocedure kan er net als in een ontbindingsprocedure sprake zijn van verwijtbaarheid, waarmee de C-factor hoger of lager gewaardeerd kan worden. Voor een startwaarde van 1 moet volgens de kantonrechters dan ook sprake zijn in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure.

De kantonrechters zijn echter van mening dat er met betrekking tot de vergoeding wel enig verschil is met de ontbindingsprocedure. In een kennelijk onredelijk ontslagprocedure kan er sprake zijn van een aantal factoren, die er uiteindelijk volgens de kantonrechters ertoe moeten leiden tot een mindering op het te berekenen bedrag. Dit bedrag wordt dus in eerste instantie vastgesteld aan de hand van de kantonrechtersformule. Indien er sprake is van bij of in het kader van het ontslag reeds betaalde voorzieningen, doorbetaling tijdens de opzegtermijn, kosten van outplacement die door de werkgever zijn vergoed en/of geheel onverplicht getroffen voorzieningen voor het ontslag (bijvoorbeeld 100% loondoorbetaling in plaats van 70%), dan kan er een mindering op het op basis van de kantonrechtersformule te berekenen bedrag plaatsvinden.¹⁶⁰

5.8 Mijn visie

Er wordt door de gerechtshoven (en sectoren kanton) geen richtlijn of een dergelijk instrumentarium genoemd waarmee de hoogte van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure vastgesteld kan worden. Ik vermoed¹⁶¹ dat de meeste kantonrechters¹⁶² (en wellicht ook wel de gerechtshoven)¹⁶³ de kantonrechtersformule in hun achterhoofd houden bij het vaststellen van de hoogte van een schadevergoeding in een art. 7:681 BW-procedure. Dit om een soort van richtlijn en houvast te hebben. Of gerechtshoven de hoogte van de schadevergoeding bepalen op basis van eerder gedane vergelijkbare kennelijk onredelijk ontslaguitspraken, durf ik niet te zeggen. Het is namelijk zo dat de hoven formeel gezien nooit de kantonrechtersformule toepassen, omdat er geen hoger beroep open staat tegen een ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Rechtbank Utrecht 2007, p. 3-4 (intern stuk van de rechtbank Utrecht met toestemming van dhr. mr. P.L. Kerkhofs, kantonrechter te Tilburg, gebruikt)

¹⁶¹ Dit vermoeden is gebaseerd op uitspraken van kantonrechters en gerechtshoven (zie noot 162,163) en op een fragment uit een interview met dhr. mr. P. Hoekstra, kantonrechter te Heerlen, gehouden op 22 april 2008; zie ook bijlage 3 en 4

¹⁶² Zie o.a. rechtbank Breda, sector kanton 10 maart 2004 JAR 2004/160

¹⁶³ Zie o.a. hof 's-Hertogenbosch 28 november 2006, LJN AZ9585

¹⁶⁴ Uitspraak gebaseerd op een fragment uit een interview met dhr. mr. P. Hoekstra, kantonrechter te Heerlen, gehouden op 22 april 2008; zie ook bijlage 3 en 4

Ik ben van mening dat er gekeken moet worden naar wat de wetgever heeft bedoeld met art. 7:681 BW. De wetgever heeft in de wet, maar ook daarbuiten, geen richtlijn vastgesteld hoe de hoogte van een schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure vastgesteld moet worden. Wel blijkt uit de jurisprudentie dat alle omstandigheden van het geval meegewogen moeten worden bij het beoordelen van de hoogte van de schadevergoeding. De rechter heeft dus vrijheid hierin. Het systematische argument van Van Kempen en Van Ladesteijn vind ik erg sterk. Doordat de procedures inhoudelijk goed met elkaar vergeleken worden, blijkt dat ze totaal verschillend zijn waardoor toepassing van de kantonrechtersformule in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure (formeel gezien) niet mogelijk is. Daarbuiten blijft het een feit dat de kantonrechtersformule niet voor een art. 7:681 BW-procedure geschreven is en daarom ook niet toegepast dient te worden in deze procedure.

De argumenten van de Utrechtse kantonrechters om de kantonrechtersformule te gaan hanteren in kennelijk onredelijk ontslagprocedures, vind ik minder steekhoudend dan de argumenten tegen de kantonrechtersformule van Van Kempen en Van Ladesteijn. Ik denk dat kantonrechters de formule hanteren bij gebrek aan beter en niet omdat ze de formule uitermate geschikt vinden voor de art. 7:681 BW-procedure. De kantonrechters vinden dat er geen richtlijn bestaat, zoals een wiskundige formule, waarmee de hoogte van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure berekend kan worden. Omdat zij deze vergelijking gemakkelijk kunnen maken met de ontbindingsprocedure, waar wel een formule is ontwikkeld voor het vaststellen van een vergoeding, denk ik dat zij meer behoefte hebben aan richtlijn en houvast voor de kennelijk onredelijk ontslagprocedure dan dat de gerechtshoven daar behoefte aan hebben. Uit de uitspraken van de gerechtshoven blijkt namelijk toch al dat ze de hoogte van de schadevergoeding bepalen aan de omstandigheden van het geval en dat ze expliciet niet de kantonrechtersformule hanteren in kennelijk onredelijk ontslagzaken.

Naar mijn idee heeft de wetgever er bewust voor gekozen om geen formule in het leven te roepen voor de kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Anders had hij dit waarschijnlijk alsnog gedaan. Het is denk ik niet een kwestie van geen formule/richtlijn *willen* hanteren, maar het gewoonweg niet *kunnen*. Dit vanwege het feit er ontzettend veel omstandigheden meewegen bij de beoordeling van het kennelijk onredelijk ontslag, die ook nog eens per geval verschillen, waardoor ze moeilijk in één formule verdisconteerd kunnen worden.

Een tweetal ideeën met betrekking tot het vaststellen van de schadevergoeding in een art. 7:681 BW-procedure hebben mijn gedachtegang doorlopen, maar schoten uiteindelijk naar mijn mening toch tekort. Ik zal ze hieronder kort toelichten.

- het berekenen van de hoogte van de schadevergoeding door het aantal maanden dat de werknemer geen salaris heeft ontvangen (en dus werkloos is) te vermenigvuldigen met het laatstverdiende salaris. Voor de werknemer zal het dan financieel aanvoelen alsof er niets gebeurd is, terwijl het ontslag veelal niet geheel aan de werkgever te wijten valt. Factoren die ten gunste van de werkgever komen, zoals de (slechte) financiële positie van het bedrijf, dienen immers ook meegewogen te worden bij het vaststellen van een schadevergoeding. Vaak wordt een werknemer ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen. Indien de rechter het ontslag kennelijk onredelijk acht, zou de werkgever het volle salaris met terugwerkende kracht aan de

- werknemer moeten voldoen. Dit lijkt me niet reëel. De werkgever had de werknemer dan net zo goed in dienst kunnen houden.
- het vaststellen van de schadevergoeding in een art. 7:681 BW-procedure aan de hand van eerder gedane vergelijkbare kennelijk onredelijk ontslaguitspraken. Er zou dan een (vervolg)onderzoek gestart moeten worden naar de wijze van vaststelling van de schadevergoeding in een art. 7:681 BW-procedure. In dit onderzoek zouden kennelijk onredelijk ontslaguitspraken van zowel de Hoge Raad, gerechtshoven en kantonrechters opgenomen moeten worden. Daarbij zou de ontslagreden, de omstandigheden van het geval en de hoogte en totstandkoming van de schadevergoeding moeten worden bekeken en gesorteerd. Aan de hand van deze gesorteerde gegevens zou dan een gemiddelde schadevergoeding bepaald kunnen worden voor de opzegging wegens valse of voorgewende reden, het gevolgcriterium, schending van het afspiegelingsbeginsel enz. Rechters kunnen dan aan de hand van de omstandigheden vergelijken met eerdere uitspraken en de gemiddelde schadevergoeding naar boven of beneden afronden (in geval van specifieke omstandigheden). De methode houdt echter in dat er in de toekomst een schadevergoeding gebaseerd wordt op schadevergoedingen uit eerdere uitspraken die nergens op gebaseerd zijn. Er ontstaat weliswaar een richtlijn en houvast voor rechters, maar de totstandkoming van de schadevergoeding kan niet gekoppeld worden aan een logische (wiskundige) formule. Het nadeel hiervan is dus dat er iets voortborduurdt wordt op iets wat nergens op gebaseerd is.

Hoe de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure nu wél vastgesteld dient te worden, is moeilijk te zeggen. Ik denk dat dit toch aan de hand van de omstandigheden van het geval moet gebeuren en dus *niet* aan de hand van de kantonrechtersformule. De rechter stelt in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure een schadevergoeding vast die in zijn ogen billijk is. Billijkheid is een begrip waar geen definitie aan verbonden kan worden, waardoor de schadevergoeding per rechter en per geval zal verschillen. In tegenstelling tot een ontbindingsprocedure (waar de C-factor meestal tussen de 0,1 en 2 ligt en de dienstjaren en het salaris vaste gegevens zijn) kan er in een art. 7:681 BW-procedure geen indicatie gegeven worden over de hoogte van de schadevergoeding. Of dit erg is weet ik niet. Het is voor de werknemer (en werkgever) wellicht vervelend dat er geen indicatie gegeven kan worden, maar aan de andere kant wordt er door het invoeren van een formule een stukje vrijheid van de rechter weggenomen. Ik denk dat dit laatste van groter belang is.

Als ik de omstandigheden van het geval die in de jurisprudentie naar voren komen bekijk, dan valt me op dat de rechter bij de beoordeling van het ontslag met ontzettend veel factoren rekening houdt. Een factor die ten gunste van de werknemer komt inhoudende dat de werknemer een hoofddirectiefunctie heeft bekleed, vind ik minder relevant voor de hoogte van de schadevergoeding. De functie van de werknemer wordt namelijk ook al meegewogen in de factor de hoogte van het salaris. Iemand met een hoge functie heeft immers ook een hoger salaris. Ook de duur van het dienstverband is van minder groot belang. Een werknemer kan gedurende een relatief lang dienstverband allerlei functies uitgeoefend hebben, opleidingen gevolgd hebben e.d. Ik denk dat factoren als de leeftijd van de werknemer en de hoogte van het salaris een grote rol spelen bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding in een kennelijk

onredelijk ontslagprocedure. De kansen op de arbeidsmarkt dienen daar ook in meegewogen te worden. Verder ben ik van mening dat factoren als reïntegratie-inspanningen van de werkgever en werknemer, het ontstaan van arbeidsongeschiktheid, de (financiële) voorzieningen die voor de werknemer getroffen zijn, de reden van het ontslag en de financiële positie van het bedrijf van belang. Wanneer een werknemer een kennelijk onredelijk ontslagprocedure start, kunnen de arbeidsmarktperspectieven vaak goed beoordeeld worden; de werknemer heeft immers al een baan of de vooruitzichten op een baan zijn nihil. Ook wanneer de organisatie in faillissement verkeerd moet daar rekening mee worden gehouden bij het vaststellen van de schadevergoeding.

Naast het feit dat het lastig is om een formule/richtlijn te ontwikkelen voor de kennelijk onredelijk ontslagprocedure, is het ook moeilijk om overeenstemming te vinden met betrekking tot een formule tussen alle rechters in Nederland. De Hoge Raad, gerechtshoven en kantonrechters dienen hier immers betrokken bij te worden. Het vaststellen van de kantonrechtersformule was daarentegen eenvoudiger in die zin dat er 'enkel' kantonrechters over hoefden te oordelen.

5.9 Conclusie

In een kennelijk onredelijk ontslagprocedure is er schadevergoeding verschuldigd vanaf het moment dat de arbeidsovereenkomst met de werknemer is beëindigd. De hoogte van de schadevergoeding in een art. 7:681 BW-procedure is vooraf niet te bepalen. De rechter heeft de vrijheid heeft om aan de hand van de omstandigheden van het geval de hoogte te bepalen.

De wetgever is bij het stellen van criteria aan een toe te kennen schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure niet erg duidelijk geweest. Wanneer in de wetsgeschiedenis gekeken wordt, blijkt dat de wetgever alleen heeft aangegeven dat er bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding rekening moet worden gehouden met 'de omstandigheden van het geval'. Dit is erg summier. Ook al zijn er een aantal rechters van mening dat de kantonrechtersformule wel toegepast dient te worden in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure, naar mijn mening dient de formule niet gehanteerd te worden bij het vaststellen van de schadevergoeding in een art. 7:681 BW-procedure. De onderbouwing van deze stelling ligt in het feit dat er bij het bepalen van de verwijtbaarheidsfactor in de formule te veel omstandigheden worden meegewogen die niet van toepassing zijn in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Voorbeelden hiervan zijn dat in een ontbindingsprocedure op korte termijn het dienstverband kan worden beëindigd en er direct een schadevergoeding aan verbonden kan worden. Ook kan het ontbindingsverzoek door de werkgever worden ingetrokken en ontbreekt in een ontbindingsprocedure de mogelijkheid van hoger beroep. Deze factoren spelen geen rol in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure, maar worden in geval van toepassing van de kantonrechtersformule in de art. 7:681 BW-procedure wel onbewust meegewogen.

Daarnaast spelen in kennelijk onredelijk ontslagprocedures ook toekomstige omstandigheden mee zoals de kansen voor herintreding op de arbeidsmarkt en de inkomensverwachting voor de werknemer. In een ontbindingsprocedure kunnen deze omstandigheden ook een rol spelen, maar zal de rechter deze kansen moeilijk in kunnen schatten. Wellicht kan de ontbindingsvergoeding hierdoor hoger uitvallen (bijvoorbeeld ingeval de rechter de kansen op de arbeidsmarkt zeer gering acht, terwijl de werknemer

binnen afzienbare tijd al weer een baan heeft). Deze kansen kunnen in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure beter ingeschat worden, vanwege het feit dat er tussen het beëindigen van de arbeidsovereenkomst en de kennelijk onredelijk ontslagprocedure gemiddeld genomen een aantal maanden verstreken is. Het hiervoor genoemde argument is nóg een reden waarom de kantonrechtersformule geen goede maatstaf is in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure.

Uit de uitspraken van de vijf gerechtshoven blijkt dat de kantonrechterformule niet als maatstaf kan dienen in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. De motivering van de hoven ligt vooral in het feit dat er veel verschillen zijn tussen de ontbindingsprocedure en de kennelijk onredelijk ontslagprocedure en dat de formule niet geschreven is voor kennelijk onredelijk ontslagprocedures. Een groot aantal rechtbanken en sectoren kanton volgen de gerechtshoven hierin.

Tevens komen uit de jurisprudentie een aantal factoren duidelijk naar voren die van belang zijn bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Deze factoren kunnen ondergebracht worden onder de 'omstandigheden van het geval'. De opsomming is echter niet limitatief. De meest terugkomende factoren in de jurisprudentie zijn de leeftijd van de werknemer, de duur van het dienstverband en de perspectieven op de arbeidsmarkt. Deze factoren kwamen zowel in uitspraken van vóór de invoering van de kantonrechtersformule als erna eenduidig naar voren. De invoering van de kantonrechtersformule in 1996 heeft met zich meegebracht dat bepaalde rechters (bijvoorbeeld sector kanton Heerlen) de kantonrechtersformule gingen hanteren in kennelijk onredelijk ontslagprocedures. Het merendeel van de rechters toetst de kennelijke onredelijkheid van het ontslag aan de omstandigheden van het geval, zoals dit vóór 1996 ook gedaan werd. In de loop van de jaren is het aantal factoren (wellicht door de toename van de kennelijk onredelijk ontslagprocedures) slechts toegenomen. Deze factoren worden in bepaalde gevallen meegewogen bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding in een art. 7:681 BW-procedure.

Als in de jurisprudentie naar de omstandigheden van het geval wordt gekeken, dan blijkt dat er de afgelopen jaren ook factoren zijn ontwikkeld die ten gunste van de werkgever komen. Vóór de invoering van de kantonrechtersformule werd de financiële situatie van de organisatie ook al bij de beoordeling betrokken. In de meer recente uitspraken is het in bepaalde gevallen ook van belang of de werkgever bijvoorbeeld een outplacementtraject voor de werknemer heeft betaald, of de werkgever bij ziekte meer of langer het loon heeft doorbetaald en of de werkgever zich als goed werkgever heeft gedragen en er niet voor heeft gezorgd dat de werknemer door het ontslag in een slechtere positie is gekomen. Ook wordt er ten gunste van de werkgever bekeken of de werknemer recht heeft op een uitkering na het beëindigen van het dienstverband en wat de inspanningen van de werknemer zijn geweest bij de reïntegratie. De positie van de werkgever is in dit opzicht meer betrokken geraakt bij de beoordeling in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Dit komt wellicht doordat rechters veelal niet erg royaal zijn met het toekennen van een schadevergoeding en het van groot belang achten dat een ontslag niet zonder meer en op basis van summier gestelde omstandigheden kennelijk onredelijk is, ook al wordt dit door de werknemer gesteld.

Tot slot blijkt uit de uitspraken genoemd in bijlage 2 dat er jaarlijks 10-19 maal uitspraak wordt gedaan door gerechtshoven en kantonrechters dat de kantonrechtersformule niet gehanteerd dient te worden als basis in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Uitspraken genoemd in bijlage 1 waaruit blijkt dat de kantonrechtersformule wel als basis kan dienen in een art. 7:681 BW-procedure zijn er een stuk minder, slechts maximaal 8 uitspraken per jaar. Over het algemeen werd dus tussen 1999 en 2007 de kantonrechtersformule door rechters vaker niet dan wel gehanteerd in kennelijk onredelijk ontslagprocedures. De reden die hierbij werd genoemd was dat de art. 7:681 en 7:685 BW-procedure te verschillend van elkaar waren om dezelfde (kantonrechters)formule te hanteren.

6. De relatie tussen art. 7:681 en 7:685 BW

*“De schadevergoeding naar billijkheid van art. 7A:1639s BW en de vergoeding naar billijkheid van art. 7A:1639w BW zijn appels en peren: beide zijn zoet (of zuur) en stillen (indien men voldoende krijgt) de honger, maar de smaak blijft verschillend”.*¹⁶⁵

Het citaat hierboven geeft aan dat de kennelijk onredelijk ontslagprocedure en de ontbindingsprocedure twee totaal verschillende procedures zijn. Naast verschillen tussen de procedures zijn er ook overeenkomsten met betrekking tot het vergoedingsaspect.

In dit hoofdstuk wordt de relatie tussen de kennelijk onredelijk ontslagprocedure en de ontbindingsprocedure weergegeven. Dit gebeurt aan de hand van literatuur en jurisprudentie, maar ook met meningen van kantonrechters worden deze overeenkomsten en verschillen onderbouwd. Met betrekking tot de verschillen kan deels aangesloten worden bij de argumenten tegen de reflexwerking van de kantonrechtersformule in een art. 7:681 BW-procedure van Van Kempen en Van Ladesteijn, welke eerder in paragraaf 5.6 en 5.7 zijn genoemd.

6.1 De overeenkomsten

Volgens Olde is er sprake van een overeenkomst met betrekking tot het woord ‘vergoeding’ in zowel art. 7:681 BW als 7:685 BW. In beide procedures gaat het namelijk om een ‘vergoeding naar billijkheid’. Artikel 7:681 BW spreekt van een schadevergoeding, terwijl de schadevergoeding volgens Olde meer is bedoeld als een ‘pleister op de wond’. Van schade in de zin van art. 6:95 BW hoeft volgens Olde geen sprake te zijn voor een recht op schadevergoeding op grond van art. 7:681 BW.¹⁶⁶

Volgens Loonstra staat zowel in art. 7:681 BW als in art. 7:685 BW dat de rechter een (schade)vergoeding *kan* toewijzen. Het gaat dus in beide procedures om een rechterlijke bevoegdheid en niet om een verplichting om een schadevergoeding toe te kennen.¹⁶⁷

Uit jurisprudentie blijkt dat de toetsingsmaatstaven van art. 7:681 en 7:685 BW naar elkaar zijn toegegroeid. Dit komt voornamelijk doordat de van oorsprong marginale toetsing van art. 7:681 BW verschoven is naar een vollere toetsing waarin meer naar de omstandigheden van het geval gekeken wordt. Hierdoor zou gesteld kunnen worden dat in beide procedures een volle toetsing wordt gehanteerd bij de bepaling van de hoogte van de (schade)vergoeding en er dus sprake is van een overeenkomst tussen beide procedures.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Scholtens en Harmsma 1996, p. 11

¹⁶⁶ Olde 2000, p. 39

¹⁶⁷ Loonstra 2001, p. 39

¹⁶⁸ HR 1 december 1961, NJ 1962, 78 (De Vries/ Lampe); zie ook Kantonrechter Heerlen 9 maart 2005, RAR 2005/56 en Van Kempen en Van Ladesteijn 2008, p. 18

Volgens een Tilburgse kantonrechter is een overeenkomst tussen de kennelijk onredelijk ontslagprocedure en de ontbindingsprocedure in principe dat in beide procedures de werknemer een (schade)vergoeding nastreeft (enkele uitzonderingen daargelaten).¹⁶⁹

Een kantonrechter uit Roermond is van mening dat in elk geval een overeenkomst tussen beide procedures is dat zowel in de ontbindingsprocedure als in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure er voor de kantonrechter wordt geprocedeerd. De kantonrechter is in beide procedures absoluut bevoegd op grond van art. 93 Rv. Verder impliceert de kantonrechter dat er wellicht een overeenkomst tussen beide procedures is met betrekking tot de afkoopsom welke in art. 7:682 BW is geregeld. Deze afkoopsom zou vergeleken kunnen worden met de ontbindingsvergoeding ex art. 7:685 BW. In het laatste geval zal de door de rechter bepaalde vergoeding vaak afwijken van hetgeen de werkgever heeft voorgesteld. Op grond van art. 7:682 lid 4 BW stelt de rechter de afkoopsom met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid vast.¹⁷⁰

6.2 De verschillen

Met het citaat over ‘appels en peren’ in de inleiding van dit hoofdstuk willen Scholtens en Harmsma aangeven dat hoewel uit de rechtspraak blijkt dat toepassing van de artikelen 7:681 BW en 7:685 BW zodanig is opgerekt en naar elkaar is toegegroeid, er toch sprake is van een verschillend doel en een verschillende oorsprong tussen beide procedures.¹⁷¹

Volgens Olde sluiten de ontbindingsprocedure en de kennelijk onredelijk ontslagprocedure elkaar uit. Het grootste verschil tussen beide procedures is dat met de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW een beëindiging van een arbeidsovereenkomst door de rechter wordt beoogd, terwijl de kennelijk onredelijk ontslagprocedure ex art. 7:681 BW slechts betrekking kan hebben op een arbeidsovereenkomst die is geëindigd door middel van opzegging door de werkgever.¹⁷²

Verder zijn er volgens Van Kempen en Van Ladesteijn procedurele verschillen. In een art. 7:685 BW-procedure is sprake van factoren die niet van toepassing zijn op een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Dit zijn factoren als het op korte termijn kunnen beëindigen van het dienstverband, het ontbindingsverzoek dat kan worden ingetrokken en het ontbreken van een hoger beroep mogelijkheid. Ook is de duur van de CWI-procedure (en de lengte van opzegtermijnen) in vergelijking met de ontbindingsprocedure (gericht op snelheid) relatief lang. Verder is er sprake van een bewijslastverschil. In een kennelijk onredelijk ontslagprocedure dient de werknemer de kennelijke onredelijkheid van het ontslag te stellen en bewijzen. In een ontbindingsprocedure speelt deze stelplicht en bewijslast geen rol.¹⁷³

¹⁶⁹ Fragment uit een interview met dhr. mr. P.L. Kerkhofs, kantonrechter te Tilburg, gehouden op 23 april 2008; zie ook bijlage 3 en 4

¹⁷⁰ Fragment uit een interview met dhr. mr. M.P.F. van Dooren, teamleider kantonrechters van de sectoren kanton te Roermond en Venlo, gehouden op 21 april 2008; zie ook bijlage 3 en 4

¹⁷¹ Scholtens en Harmsma 1996, p. 11

¹⁷² Olde 2000, p. 37

¹⁷³ Van Kempen en Van Ladesteijn 2008, p. 17; zie ook Hof ‘s-Gravenhage 10 januari 2003, NJ 2003, 394, r.o. 4

Volgens Van Kempen en Van Ladesteijn¹⁷⁴ is er ook een wetshistorisch verschil met betrekking tot de vergoeding. Artikel 7:681 BW noemt het woord 'schadevergoeding', terwijl art. 7:685 BW spreekt van het woord 'vergoeding'. Hoewel het in beide procedures 'vergoedingen naar billijkheid' zijn, had de vergoeding in art. 7A:1639w BW (nu 7:685 BW) geen directe relatie met de schade in tegenstelling tot de vergoeding in art. 7A:1639s BW (nu 7:681 BW).

Verder heeft de schadevergoeding ex art. 7:681 BW een ander doel dan de vergoeding ex art. 7:685 BW. Bij een kennelijk onredelijk ontslag is het namelijk zo dat de schade die de werknemer lijdt, begroot (deze begroting wordt naar billijkheid vastgesteld) en toegekend wordt. Daarentegen is de vergoeding die op grond van art. 7:685 BW wordt toegekend, een vergoeding naar billijkheid waarbij de kantonrechter rekening houdt met de (bijzondere) omstandigheden van het geval. De verwachte schade is hierbij slechts één van de omstandigheden¹⁷⁵

Ook komt de schadevergoeding die de rechter in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure toekent pas tot stand nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Hierdoor kan de rechter bij het vaststellen van de schadevergoeding rekening houden met de gevolgen van het ontslag die ten tijde van het ontslag bestonden. In een ontbindingsprocedure gaat het ontbinden van de arbeidsovereenkomst gelijktijdig met het toekennen van een vergoeding, waardoor de rechter geen rekening kan houden met de gevolgen van de beëindiging. Dit wordt ook wel een systematisch verschil tussen beide procedures genoemd.¹⁷⁶

Uit bovenstaand argument kan afgeleid worden dat de toetsing in een kennelijk onredelijk ontslag achteraf geschiedt en dus repressief oftewel ex tunc is.¹⁷⁷ In een ontbindingsprocedure is dit andersom, daar geschiedt de toetsing preventief. Dit houdt in dat er tegelijkertijd een beslissing genomen wordt om de arbeidsovereenkomst te ontbinden én om een vergoeding toe te kennen. In een art. 7:681 BW-procedure vindt er een volledige belangenafweging plaats bij de toetsing of het ontslag al dan niet kennelijk onredelijk is. Indien de rechter dan bepaalt dat het ontslag kennelijk onredelijk is, dan hoeft er bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding in principe geen belangenafweging meer plaats te vinden vanwege het feit dat deze al heeft plaatsgevonden.

Veder is er een grammaticaal verschil met betrekking tot de vergoeding tussen beide procedures. De kantonrechtersformule is volgens de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters expliciet geschreven voor een ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW. Daarmee kan kortgesloten worden dat deze formule niet als maatstaf gehanteerd dient te worden bij het vaststellen van de hoogte van een schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure.¹⁷⁸

Daarnaast is een beslissing op grond van art. 7:681 BW wél vatbaar voor hoger beroep en cassatie, terwijl tegen een beslissing ex art. 7:685 BW in principe geen beroepsmogelijkheid bestaat. Ook bestaat er een formeel verschil ten aanzien van de

¹⁷⁴ Van Kempen en Van Ladesteijn 2008, p. 17

¹⁷⁵ Beltzer, Knecht en Van Rijs 1998, p. 46-47; zie ook HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257

¹⁷⁶ Beltzer, Knecht en Van Rijs 1999, p. 35-36

¹⁷⁷ HR 3 maart 1995, NJ 1995, 45 (Rossum/ Van Erp); zie ook rechtbank Amsterdam 7 juni 2000, JAR 2000/147

¹⁷⁸ Van Kempen en Van Ladesteijn 2008, p. 17

verhouding tussen het besluit over een (schade)vergoeding enerzijds en het besluit betreffende de aanwezigheid van een gewichtige reden respectievelijk kennelijke onredelijkheid van het ontslag anderzijds. Bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:685 BW worden de besluiten omtrent de vergoeding en de ontbinding gescheiden gehouden. De mogelijkheid van ontbinding is (in principe) niet afhankelijk van enige door de werkgever aan de werknemer aangeboden voorziening. Dit is anders bij een beslissing ex artikel 7:681 BW: de door de werkgever aangeboden financiële compensatie kan voor het oordeel over de kennelijke onredelijkheid van een ontslag van doorslaggevende betekenis zijn.¹⁷⁹

Volgens een Roermondse kantonrechter kan er in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure naast schadevergoeding ook immateriële schade gevorderd worden. Ook moet er in een art. 7:681 BW-procedure sprake zijn van een opzegging die kennelijk onredelijk is. Deze kennelijke onredelijkheid van de opzegging moet voor een ieder duidelijk zijn.¹⁸⁰

Een kantonrechter uit Tilburg geeft aan dat de ontbindingsprocedure en de kennelijk onredelijk ontslagprocedure de laatste tijd steeds meer naar elkaar toe aan het groeien zijn. In een dagvaardingsprocedure waar het gaat om een kennelijk onredelijk ontslag, wordt de kennelijke onredelijkheid van dat ontslag regelmatig aangenomen op basis van aannemelijkheid, zoals dit in een ontbindingsprocedure ook gaat. In een kennelijk onredelijk ontslagprocedure dient een werknemer normaal gesproken zijn stellingen te bewijzen. De kantonrechter geeft aan dat er wel een verband is tussen beide procedures, maar dat er geen lijn is.¹⁸¹

Tot slot geeft een aantal kantonrechters aan dat een belangrijk verschil tussen beide procedures gelegen is in het feit dat de ontbindingsprocedure een verzoekschriftenprocedure is en de kennelijk onredelijk ontslagprocedure een dagvaardingsprocedure. Dit verschil heeft belangrijke gevolgen voor het (proces)technische verloop van de procedure. Drie van de vier geïnterviewde kantonrechters geeft overigens aan de kantonrechtersformule niet te hanteren in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Wel houden enkele kantonrechters de formule bij het bepalen van de hoogte in een art. 7:681 BW-procedure in hun achterhoofd. De reden voor het niet toepassen van de formule in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure is gelegen in het feit dat er te veel verschillen zijn tussen de art. 7:681 BW-procedure en de art. 7:685 BW-procedure.¹⁸²

6.3 Mijn visie

Als gekeken wordt naar de hierboven genoemde overeenkomsten en verschillen, dan ben ik van mening dat de verschillen meer overheersend zijn dan de overeenkomsten.

¹⁷⁹ Beltzer, Knecht en Van Rijs 1998, p. 35 e.v.

¹⁸⁰ Fragment uit een interview met dhr. mr. M.P.F. Van Dooren, teamleider kantonrechters van de sectoren kanton te Venlo en Roermond, gehouden op 21 april 2008; zie ook bijlage 3 en 4

¹⁸¹ Fragment uit een interview met dhr. mr. P.L. Kerkhofs, kantonrechter te Tilburg, gehouden op 23 april 2008; zie ook bijlage 3 en 4

¹⁸² Fragmenten uit interviews met dhr. mr. M.P.F. van Dooren, kantonrechter te Roermond, dhr. mr. P. Hoekstra, kantonrechter te Heerlen en dhr. mr. P.L. Kerkhofs, kantonrechter te Tilburg, gehouden op 21, 22 en 23 april 2008; zie ook bijlage 3 en 4

Naast het verschil in aantal, is naar mijn idee de inhoud van de argumenten waarin de verschillen tussen beide procedures worden geuit, sterker. Weliswaar groeien de ontbindingsprocedure en de kennelijk onredelijk ontslagprocedure steeds meer naar elkaar toe, doordat in beide gevallen de omstandigheden worden bekeken en beoordeeld. Toch worden er in een ontbindingsprocedure deels andere omstandigheden meegewogen bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding dan in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. In een ontbindingsprocedure wordt bijvoorbeeld minder waarde gehecht aan de factoren die ten gunste van de werkgever komen zoals de financiële positie van de organisatie en de kosten die de werkgever voor de werknemer heeft gemaakt (betalen van outplacement, reïntegratie en doorbetaling/aanvulling loon). Ook de systematische verschillen tussen de art. 7:681 en 7:686 BW-procedures vind ik erg sterk (zie ook paragraaf 5.8).

Ook de uitspraken van onder andere de vijf gerechtshoven waaruit blijkt dat de kantonrechtersformule niet van toepassing is in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure dienen als onderbouwing van mijn mening. De gerechtshoven hebben in recente uitspraken geoordeeld dat de kantonrechtersformule niet geschreven is voor een art. 7:681 BW-procedure vanwege het feit dat er te veel verschillen zijn tussen een kennelijk onredelijk ontslagprocedure en een ontbindingsprocedure. Verder wordt ook in de literatuur gesteld dat beide procedures te verschillend zijn om met elkaar vergeleken te kunnen worden.¹⁸³ Daarnaast blijkt uit de interviews met een aantal kantonrechters dat zij moeite hadden met het noemen van overeenkomsten tussen de procedures, terwijl het noemen van verschillen hen gemakkelijk af ging.¹⁸⁴ Hieruit vloeit dan weer voort dat wat betreft het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding, in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure niet dezelfde maatstaf bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding gehanteerd kan worden als in een ontbindingsprocedure. De kantonrechtersformule is en blijft naar mijn mening een formule die enkel voor ontbindingsprocedures is geschreven.

6.4 Conclusie

Tussen de kennelijk onredelijk ontslagprocedure en de ontbindingsprocedure zijn meer verschillen dan overeenkomsten met betrekking tot het schadevergoedingsaspect. Door het grote aantal verschillen tussen beide procedures blijkt dat de procedures niet met elkaar vergeleken kunnen worden. Met betrekking tot het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding in een art. 7:681 BW-procedure dient de kantonrechtersformule, welke overigens expliciet geschreven is voor een art. 7:685 BW-procedure, niet als maatstaf gehanteerd worden in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure ex art. 7:681 BW. Bovendien past drie van de vier van het aantal geïnterviewde kantonrechters de formule niet toe bij het toekennen van een schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure vanwege het feit dat de procedures te zeer van elkaar verschillen.

¹⁸³ Vgl. Olde, Scholtens en Harmsma en Van Kempen en Van Ladesteijn

¹⁸⁴ Zie bijlage 4

7. Conclusies

De centrale vraagstelling in deze scriptie is tweeledig opgebouwd. Enerzijds dient de vraag te worden beantwoord hoe volgens de wetgever een schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure vastgesteld zou moeten worden. Anderzijds wordt gekeken naar hoe deze schadevergoeding in de jurisprudentie en literatuur is vastgesteld. Gezien het tweeledige karakter van de vraagstelling is er gekozen voor een tweeledige beantwoording van de hoofdvraag.

In het eerste deel van dit hoofdstuk ga ik in op het eerste gedeelte van de hoofdvraag waarna ik in paragraaf 7.2 het tweede gedeelte van de hoofdvraag zal beantwoorden. Tot slot zal ik mijn eigen mening in een slotconclusie weergeven in paragraaf 7.3.

Hoe zou volgens de wetgever een schadevergoeding in een art. 7:681 BW-procedure moeten worden vastgesteld?

7.1 Criteria die de wetgever aan het vaststellen van de schadevergoeding in een art. 7:681 BW-procedure gesteld heeft

7.1.1 Artikel 7:681 BW

In artikel 7:681 BW is het kennelijk onredelijk ontslag geregeld. Zowel een werknemer als een werkgever kan hier een beroep op doen in geval de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is beëindigd na een CWI-procedure. Er bestaat geen mogelijkheid om een kennelijk onredelijk ontslagprocedure te starten indien de arbeidsovereenkomst reeds is ontbonden door de kantonrechter, als de arbeidsovereenkomst van rechtswege afloopt, met wederzijds goedvinden beëindigd wordt of als de werknemer ontslagen wordt tijdens de proeftijd. Artikel 7:681 BW geeft met betrekking tot het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijke opzegging geen duidelijkheid. Gesteld wordt slechts dat de rechter indien een van de partijen de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk opzegt, aan de andere partij een schadevergoeding *kan* toekennen. Deze schadevergoeding dient te worden geïnterpreteerd als een schadevergoeding die naar billijkheid moet worden vastgesteld. De door de wetgever genoemde opsomming in lid 2 en 3 van art. 7:681 BW is niet limitatief. Redenen voor de werknemer om zich te beroepen op de kennelijke onredelijkheid van het ontslag kunnen zijn een dringende of valse reden, het gevolgcriterium (wanneer de gevolgen voor de werknemer ernstiger zijn dan de belangen die de werkgever heeft bij de opzegging), opzegging tijdens dienstbetrekking, opzegging in strijd met het anciënniteitsbeginsel (inmiddels afspiegelingsbeginsel) en werkweigering wegens ernstig gewetensbezwaar. De werkgever kan zich op grond van lid 3 'slechts' beroepen op de eerste twee redenen. Naast het toekennen van een schadevergoeding kan de rechter de werkgever veroordelen om de arbeidsovereenkomst met de werknemer te herstellen dan wel een afkoopsom te bepalen.

7.1.2 Wetsgeschiedenis

Wanneer in de wet, maar ook in de wetsgeschiedenis gekeken wordt met betrekking tot het vaststellen van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure, dan blijkt dat de wetgever geen formule of maatstaven hieromtrent heeft opgenomen in artikel 7:681 BW. Volgens de wetgever is het toekennen van een schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure bedoeld als compensatie voor het verlies van de arbeidsplaats. De schadevergoeding dient naar billijkheid te worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Wat deze omstandigheden van het geval inhouden, wordt

door de wetgever niet nader gemotiveerd. Per geval dienen (bijzondere) omstandigheden van zowel de werknemer als de werkgever tegen elkaar afgewogen te worden en aan de hand daarvan dient de rechter een schadevergoeding vast te stellen.

Hoe wordt de schadevergoeding in een art. 7:681 BW-procedure in de praktijk blijkens de jurisprudentie en literatuur vastgesteld?

7.2 De (schade)vergoeding in de praktijk

7.2.1 De ontbindingsprocedure

De rechter *kan* in een ontbindingsprocedure een vergoeding voor de werknemer vaststellen. Veelal hanteert de rechter bij het bepalen van de hoogte van de ontbindingsvergoeding de kantonrechtersformule. Deze formule is een vermenigvuldiging van het aantal dienstjaren, de beloning (loon en vaste componenten) en de correctiefactor (C-factor). De hoogte van de C-factor wordt gebaseerd op de verwijtbaarheid van partijen. Ook wordt gekeken naar de risicosfeer met betrekking tot de gewichtige reden en de schuld aan het ontstaan van de gewichtige reden. Aan de hand van de leeftijd, de duur van het dienstverband, het loon en de verwijtbaarheid van partijen wordt de hoogte van de vergoeding berekend. Factoren als scholing en de zwaarte van de werkomstandigheden worden niet meegewogen bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding in een ontbindingsprocedure. Dit in tegenstelling tot een kennelijk onredelijk ontslagprocedure waar deze factoren wél meewegen bij het vaststellen van een vergoeding. In 2002 volgde uit een enquête over de kantonrechtersformule dat de kantonrechters tevreden waren over de formule waardoor deze niet aangepast hoefde te worden. Momenteel wordt de kantonrechtersformule weer opnieuw bekeken. Een aantal kantonrechters is van mening dat het aantal dienstjaren (A-factor) dat in de formule verdisconteerd zit in enkele gevallen verlaagd moet worden.

7.2.2 De kennelijk onredelijk ontslagprocedure

7.2.2.1 Literatuur

Uit de literatuur blijkt dat er tussen de kennelijk onredelijk ontslagprocedure en de ontbindingsprocedure meer verschillen dan overeenkomsten zijn. De verschillen luiden als volgt.

- met de ontbindingsprocedure wordt een beëindiging van de arbeidsovereenkomst beoogd. In een kennelijk onredelijk ontslagprocedure is de arbeidsovereenkomst al beëindigd doordat de werkgever heeft opgezegd;
- in ontbindingsprocedures spelen factoren als het op korte termijn beëindigen van de arbeidsovereenkomst, het ontbindingsverzoek dat kan worden ingetrokken en het ontbreken van een hoger beroep mogelijkheid een rol. In kennelijk onredelijk ontslagprocedures spelen deze factoren geen rol, maar zouden bij toepassing van de kantonrechtersformule wel meegewogen worden;
- de ontbindingsprocedure is in vergelijking met de kennelijk onredelijk ontslagprocedure veel korter;
- in een ontbindingsprocedure speelt de stelplicht en bewijslast van de werknemer geen rol. In een kennelijk onredelijk ontslagprocedure dient de werknemer de kennelijke onredelijkheid van de opzegging te stellen en te bewijzen;
- in art. 7:685 BW wordt gesproken van 'vergoeding', terwijl in art. 7:681 BW wordt gesproken van 'schadevergoeding';
- in een ontbindingsprocedure houdt de rechter slechts rekening met bijzondere omstandigheden als de verwijtbaarheid van partijen, terwijl in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure de schade die de werknemer lijdt, begroot en toegekend wordt;

- in een ontbindingsprocedure gaat het ontbinden van de arbeidsovereenkomst gelijktijdig met het toekennen van een vergoeding. In een kennelijk onredelijk ontslagprocedure komt de schadevergoeding pas tot stand nadat de arbeidsovereenkomst is beëindigd;
- de toetsing in een ontbindingsprocedure is ex nunc en in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure ex tunc;
- de Kring van Kantonrechters heeft in zijn aanbevelingen opgenomen dat de kantonrechtersformule slechts bedoeld is om de hoogte van de vergoeding in een ontbindingsprocedure vast te stellen. De formule is dus niet voor een kennelijk onredelijk ontslagprocedure geschreven;
- tegen een ontbindingsbeschikking is geen hoger beroep en cassatie mogelijk. In een kennelijk onredelijk ontslagprocedure wel;
- in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure kan ook immateriële schade gevorderd worden;
- de ontbindingsprocedure is een verzoekschriftprocedure en de kennelijk onredelijk ontslagprocedure een dagvaardingsprocedure.

De overeenkomsten tussen beide procedures zijn meer beperkter.

- in zowel de ontbindingsprocedure als de kennelijk onredelijk ontslagprocedure gaat het om een 'vergoeding naar billijkheid';
- in beide procedures gaat het om een bevoegdheid van de rechter om een (schade)vergoeding toe te kennen, doordat de werknemer in beide procedures een (schade)vergoeding nastreeft (uitzonderingen daargelaten);
- de toetsingsmaatstaven in beide procedures zijn naar elkaar toegegroeid; waardoor er in beide procedures 'vol' getoetst wordt aan de hand van de omstandigheden van het geval;
- in beide procedures is de kantonrechter absoluut bevoegd op grond van art. 93 Rv.

Door de vele en grote verschillen tussen beide procedures dient bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding in een art. 7:681 BW-procedure de kantonrechtersformule volgens de literatuur niet als maatstaf gehanteerd te worden.

Verder blijkt uit de literatuur (alsook uit de jurisprudentie) dat het gevolgcriterium de meest gehanteerde reden voor een werknemer is om een kennelijk onredelijk ontslagprocedure te starten. Overwegingen van een werknemer om een art. 7:681 BW-procedure starten zijn veelal gelegen in het feit dat de werknemer geen vergoeding heeft meegekregen bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst en dat hij zich afgedankt en bedonderd voelt door zijn werkgever (na bijvoorbeeld een lang dienstverband). Bij de beoordeling van het gevolgcriterium bekijkt de rechter of de gevolgen van de opzegging voor de werknemer onevenredig nadelig zijn in vergelijking met het belang dat de werkgever heeft bij de opzegging. De omstandigheden van het geval die ten tijde van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst golden worden hierin meegewogen. Ook dient bekeken te worden of de werknemer een vergoeding is toegekomen bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst.

7.2.2.2 Jurisprudentie

Uit het jurisprudentieonderzoek dat is verricht met betrekking tot de wijze van vaststellen van een schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure, komt naar voren dat alle vijf de gerechtshoven tegen het hanteren van de kantonrechtersformule zijn in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. De gerechtshoven motiveren dit door de verschillen tussen de kennelijk onredelijk ontslagprocedure en de ontbindingsprocedure te noemen. Ook zeggen de hoven met zoveel woorden dat de kantonrechtersformule niet is geschreven voor een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Verder volgen een groot aantal rechtbanken en

sectoren kanton de gerechtshoven hierin. Citaten uit uitspraken van gerechtshoven en kantonrechters voor en tegen het hanteren van de kantonrechtersformule in een art. 7:681 BW-procedure zijn opgenomen in bijlage 1 en 2. Overigens blijkt uit een voor dit onderzoek gehouden interview met een viertal kantonrechters dat drie van de vier de kantonrechters de kantonrechtersformule niet toepast bij het toekennen van een schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure vanwege het feit dat de procedures te zeer van elkaar verschillen. Twee van de vier kantonrechters geeft echter aan de kantonrechtersformule bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding wel in hun achterhoofd te houden.

Verder zijn de afgelopen jaren in de jurisprudentie een aantal factoren ontwikkeld die van belang zijn bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding in een art. 7:681 BW-procedure. Deze omstandigheden vallen onder de door de wetgever genoemde 'omstandigheden van het geval'. Bij de factoren die meewegen bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding in een art. 7:681 BW-procedure, is een tweedeling gemaakt in factoren die ten gunste van de werknemer komen en factoren die ten gunste van de werkgever komen.

Factoren die ten gunste van de werknemer komen

- de kans op een schadevergoeding is groter bij een oudere werknemer;
- de kans op een schadevergoeding is groter bij een hoger salaris;
- de kans op een schadevergoeding is groter bij een langdurig dienstverband;
- de kans op een schadevergoeding is groter als het functioneren van de werknemer goed is geweest;
- de kans op een schadevergoeding is groter bij de aanwezigheid van een eerder of later opgesteld sociaal plan of een CAO die gunstiger is;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de werknemer hoofddirectiefuncties heeft bekleed;
- de kans op een schadevergoeding is groter als er geen herplaatsing(smogelijkheden) zijn voor de werknemer;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de werknemer door het ontslag pensioenschade heeft geleden;
- de kans op een schadevergoeding is groter als er geen kans op prepensioen voor de werknemer bestaat;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de werknemer geen pensioenvoorziening heeft;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de partner van de werknemer geen zelfstandig inkomen heeft;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de werknemer voor het tot stand komen van de arbeidsovereenkomst naar Nederland is gekomen en de taal niet machtig is;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de werknemer geen recht op een WW-uitkering heeft in verband met een ontslag op staande voet;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de werknemer is aangewezen op een WAO-uitkering;
- de kans op een schadevergoeding is groter als er geen tot weinig (financiële) voorziening(en) voor de werknemer zijn getroffen;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de arbeidsongeschiktheid gerelateerd is aan het werk en er causaal verband tussen (de duur van) de verrichte werkzaamheden en de ontstane arbeidsongeschiktheid bestaat;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de arbeidsongeschiktheid ten gevolge van het werk is ontstaan en er sprake is van verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever bij het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de reden van het ontslag verwijtbaar is aan de werkgever;

- de kans op een schadevergoeding is groter als er veel nadelige gevolgen voor de werknemer zijn;
- de kans op een schadevergoeding is groter als er geen sprake is van goed werkgeverschap (hieronder valt ook de interne en externe reïntegratieverplichting van de werkgever);
- de kans op een schadevergoeding is groter als de opzegtermijn (die geldt nadat het ontslag is gegeven) te kort of onjuist is;
- de kans op een schadevergoeding is groter als er onvoldoende inspanningen van de werkgever zijn geweest om opdrachten voort te brengen;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de werkgever de werknemer vooraf niet in kennis heeft gesteld van het voorgenomen ontslag;
- de kans op een schadevergoeding is groter als er sprake is van zware werkomstandigheden;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de kansen voor herintreding op de arbeidsmarkt voor de werknemer slecht zijn;
- de kans op een schadevergoeding is groter als de inkomensverwachting/financiële gevolgen voor de werknemer na het ontslag slecht zijn.

Factoren die ten gunste van de werkgever komen

- de kans op een schadevergoeding is kleiner bij een jonge(re) werknemer;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner bij een kortstondig dienstverband;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de kansen van de werknemer voor herintreding op de arbeidsmarkt goed zijn (werknemer heeft bijvoorbeeld al een baan gevonden of reageert actief op vacatures);
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werknemer niet arbeidsongeschikt is geworden ten gevolge van het werk;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werkgever de werknemer reeds een bedrag heeft betaald al dan niet conform een sociaal plan;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als werkgever de werknemer vrijstelling van werkzaamheden heeft gegeven tijdens de opzegtermijn;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werkgever een outplacement voor de werknemer heeft betaald;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werkgever meer of langer dan de wettelijk verplichte loondoorbetaling heeft (door)betaald bij arbeidsongeschiktheid aan de werknemer;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werkgever zich voldoende heeft ingespannen voor reïntegratie;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werknemer herplaatsing heeft afgewezen;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werknemer door het ontslag niet in een slechtere positie is terechtgekomen;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werknemer (nog) ander werk heeft bij een andere werkgever;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werknemer een reëel aanbod heeft gehad voor een nieuwe baan;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de werknemer te weinig flexibiliteit heeft getoond;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als het UWV een uitkering aan de werknemer toekent;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de baan 50% is;
- de kans op een schadevergoeding is kleiner als de financiële positie van het bedrijf ten tijde van het ontslag slecht is.

Met betrekking tot bovenstaande factoren kan gesteld worden dat deze factoren niet limitatief zijn en per geval verschillen en toegepast kunnen worden. De meest terugkomende factoren in de jurisprudentie zijn de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en de perspectieven op de arbeidsmarkt. Deze factoren in combinatie met nog andere factoren, bepalen óf er een schadevergoeding wordt toegekend en hoe hoog deze schadevergoeding zal zijn.

De duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer, de kansen op de arbeidsmarkt, de functie van de werknemer en de aard daarvan, de getroffen financiële voorzieningen ten tijde van het ontslag, de (zwaarte van de) werkomstandigheden, arbeidsongeschiktheid, de intentie van de werknemer en de financiële omstandigheden van de werkgever speelden vóór de invoering van de kantonrechtersformule een rol bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. De vergelijking van de factoren vóór de invoering van de kantonrechtersformule met de factoren uit de huidige jurisprudentie is gemaakt om te kijken of rechters vóór de invoering van de kantonrechtersformule dezelfde redenering volgden bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding als momenteel door de gerechtshoven en kantonrechters gedaan wordt.

gemaakt om te kijken Als deze factoren met elkaar vergeleken worden, dan blijkt dat deze factoren overeenkomen en dat er de laatste jaren nog vele omstandigheden zijn ontwikkeld die meegewogen worden bij de beoordeling. Met name de factoren die ten gunste van de werkgever komen zijn de laatste jaren sterk ontwikkeld. De reden hiervoor is dat een werkgever die er op financieel gebied slecht voorstaat, niet in staat is om een schadevergoeding toe te kennen (bijv. ingeval van een faillissement of slechte bedrijfseconomische omstandigheden), maar ook dat rechters wat terughoudender zijn in het toekennen van een schadevergoeding. Dit laatste komt wellicht doordat het gevolgcriterium 'opgerecht' wordt doordat relatief jonge werknemers (tot ongeveer 40 jaar) met een relatief kort dienstverband (tot 10-12 jaar) zich beroepen op een kennelijk onredelijk ontslag. Dit terwijl de 'kennelijke' onredelijkheid hiervan vaak niet, zoals een vereist, voor een ieder duidelijk is en het dus om een 'alledaags' ontslag gaat.

De invoering van de kantonrechtersformule in 1996 heeft met zich meegebracht dat bepaalde rechters (bijvoorbeeld sector kanton Heerlen) de kantonrechtersformule gingen hanteren in kennelijk onredelijk ontslagprocedures. Het merendeel van de rechters toetst de kennelijke onredelijkheid van het ontslag aan de omstandigheden van het geval, zoals dit vóór 1996 ook gedaan werd.

7.3 Mijn visie

Er wordt door zowel de wetgever als de gerechtshoven en kantonrechters geen formule of een dergelijk instrumentarium genoemd waarmee de hoogte van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure vastgesteld kan worden. Ik denk dat er gekeken moet worden naar wat de wetgever heeft bedoeld met art. 7:681 BW. Doordat de wetgever in de wet, maar ook daarbuiten, geen richtlijn heeft vastgesteld omtrent het vaststellen van een schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure, moet gekeken worden naar de factoren die uit de jurisprudentie naar voren komen. Hierdoor heeft de rechter bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding een grote mate van vrijheid.

De kantonrechtersformule is naar mijn mening niet van toepassing in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. De redenen die in de literatuur naar voren komen met betrekking tot de verschillen tussen de ontbindingsprocedure en de kennelijk onredelijk ontslagprocedure ondersteunen mijn mening. Het antwoord op de vraag 'De kantonrechtersformule: een formule voor 7:685 én 7:681 BW?' moet dan ook met 'nee' beantwoord worden. Je bent dan 'appels met peren aan het vergelijken'.

8. Aanbevelingen

8.1 Uitspraken vóór en tegen het hanteren van de kantonrechtersformule in art. 7:681 BW-procedures

Aan hoofdstuk 5 van deze scriptie zijn twee bijlagen gerelateerd. In de bijlagen zijn kennelijk onredelijk ontslaguitspraken van gerechtshoven en kantonrechters opgenomen. In de uitspraken in bijlage 1 wordt door rechters wél aansluiting gezocht bij de kantonrechtersformule in art. 7:681 BW-procedures. Passages waarin dit is gemotiveerd zijn in deze bijlage opgenomen. In bijlage 2 zijn citaten opgenomen van rechters die niet de kantonrechtersformule hanteren bij het bepalen van de schadevergoeding in kennelijk onredelijk ontslagzaken.

Boels Zanders Advocaten ondervindt in de praktijk dat werknemers in kennelijk onredelijk ontslagprocedures veelal een beroep doen op de kantonrechtersformule voor de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding. Ook blijkt uit de jurisprudentie dat een aantal (kanton)rechters in deze stelling meegaan.

Gezien het feit dat Boels Zanders Advocaten voornamelijk voor organisaties en daarmee werkgevers optreedt, dient zij de stelling van de werknemer dat de kantonrechtersformule wél van toepassing is in een art. 7:681 BW-procedure te weerleggen. Dit om te voorkomen dat de schadevergoeding in sommige gevallen wellicht hoger kan uitvallen dan wanneer deze wordt gebaseerd op de omstandigheden van het geval. (bijvoorbeeld indien het gaat om een oudere werknemer met veel dienstjaren, maar die inmiddels wel al een andere baan heeft, terwijl zijn oude werkgever op de rand van faillissement verkeerd). Aan de hand van de citaten in bijlage 2 kan Boels Zanders Advocaten onderbouwen waarom de kantonrechtersformule niet van toepassing kan zijn in kennelijk onredelijk ontslagprocedures. Door de uitspraken in bijlage 1 op voorhand te bekijken, heeft zij een idee op basis waarvan de stellingen en verweren van de werknemer zijn gebaseerd. Boels Zanders Advocaten kan met behulp van deze uitspraken haar cliënten nóg beter bijstaan in kennelijk onredelijk ontslagprocedures.

8.2 Omstandigheden van het geval

In paragraaf 5.4.3 is een overzicht opgenomen met factoren die ten gunste van de werknemer komen en factoren die ten gunste van de werkgever komen bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure.

In een kennelijk onredelijk ontslagprocedure bestaat de mogelijkheid in hoger beroep en cassatie te gaan. In een ontbindingsprocedure waar de kantonrechtersformule wordt toegepast, is geen hoger beroep of cassatie mogelijk. De problematiek waar Boels Zanders tegenaan loopt in kennelijk onredelijk ontslagzaken is de toekenning van een schadevergoeding aan werknemers in hoger beroepprocedures. In de praktijk blijkt dat de sector kanton Venlo niet vaak een schadevergoeding toekent in een art. 7:681 BW-procedure. Dit komt ten gunste van de werkgever. Wanneer de werknemer echter in hoger beroep gaat bij bijvoorbeeld het hof 's-Hertogenbosch, dan blijkt dat deze andere criteria stelt aan het toekennen van een schadevergoeding, waardoor er vaak alsnog een schadevergoeding aan de werknemer toegekend wordt. De werkgever wordt daardoor alsnog in zijn nadeel getroffen.

De factoren die ten gunste van de werkgever komen zijn voor Boels Zanders Advocaten van groot belang. Door per individueel geval deze factoren te bekijken en deze op te nemen in processtukken, kan het uiteindelijk zo zijn dat de rechter meer gewicht toekent aan deze

factoren dan aan de factoren die een rol spelen bij de werknemer. Een voorbeeld hiervan kan zijn indien de werkgever in faillissement of zeer slechte bedrijfsomstandigheden verkeert of dat de werkgever verschillende (financiële) reïntegratie-inspanningen heeft verricht en de werknemer deze telkens heeft afgehouden. Doordat de factoren ten gunste van de werkgever benadrukt worden, kan het zo zijn dat de schadevergoeding aan de werknemer wellicht lager uitvalt.

9. Samenvatting

Deze scriptie is een onderzoek naar de vaststelling van een schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure ex art. 7:681 BW. Middels een jurisprudentie-, literatuur- en wet(sgeschiedenis)onderzoek wordt Boels Zanders Advocaten inzicht gegeven op dit gebied om zo de belangen van haar cliënten in juridische procedures nog beter te kunnen behartigen. Boels Zanders Advocaten heeft geregeld te maken met kennelijk onredelijk ontslagprocedures en vertegenwoordigt daarin veelal de werkgever. Vaak start een werknemer een art. 7:681 BW-procedure nadat zijn arbeidsovereenkomst is opgezegd met een ontslagvergunning van de CWI. In de praktijk blijkt dat de werknemer zich vaak beroept op het feit dat hem geen vergoeding is toegekomen bij het einde van de arbeidsovereenkomst, maar ook dat de gevolgen voor hem ernstiger zijn dan de belangen die de werkgever heeft bij de opzegging (gevolgencriterium). De werknemer vraagt dan in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure om een schadevergoeding, welke in veel gevallen door hem gebaseerd wordt op de kantonrechtersformule. Bijlage 1 en 2 van deze scriptie bieden ondersteuning aan Boels Zanders bij het maken van processtukken.

Uit de onderzochte literatuur blijkt dat de kantonrechtersformule onderdeel uitmaakt van de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters. Deze richtlijn is in 1996 vastgesteld met als doel uniformiteit te bereiken tussen kantongerechten en tussen kantonrechters onderling met betrekking tot het toekennen van een vergoeding in een ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW. Ook blijkt dat de ontbindingsprocedure en de kennelijk onredelijk ontslagprocedure twee totaal verschillende procedures zijn. Door het grote aantal verschillen tussen de procedures, kan de kantonrechtersformule niet gehanteerd worden als maatstaf in een art. 7:681 BW-procedure.

De wetsgeschiedenis van artikel 7:681 BW met betrekking tot het schadevergoedingsaspect is summier. De wetgever heeft bij het vaststellen van het kennelijk onredelijk ontslag geen richtlijn of formule vastgesteld, maar heeft de rechter de vrijheid gegeven bij het bepalen van de hoogte van een schadevergoeding. Volgens de wetgever dient de hoogte van de schadevergoeding naar billijkheid vastgesteld te worden en dient daarbij gekeken te worden naar de omstandigheden van het geval.

Uit de jurisprudentie komt naar voren dat alle vijf de gerechtshoven tegen het hanteren van de kantonrechtersformule zijn in kennelijk onredelijk ontslagprocedures. Ook een aantal kantonrechters volgen de gerechtshoven hierin. Volgens deze rechters dient aan de hand van de omstandigheden van het geval die golden ten tijde van het ontslag een schadevergoeding vastgesteld te worden. De meest terugkomende factoren zijn de leeftijd van de werknemer, de duur van het dienstverband en de kansen op de arbeidsmarkt. Daarnaast dient er met meer factoren rekening gehouden te worden wil er een schadevergoeding toegekend worden. Hiervoor is een tweedeling gemaakt tussen factoren die ten gunste van de werknemer en ten gunste van de werkgever komen. Deze factoren kunnen ondersteuning bieden aan Boels Zanders Advocaten bij het maken van processtukken. Als de kennelijk onredelijk ontslaguitspraken van vóór de invoering van de kantonrechtersformule bekeken worden, dan blijkt dat er in de loop der jaren factoren die ten gunste van de werkgever komen zijn ontwikkeld. De factoren ten gunste van de werknemer waar vóór 1996 aan werd getoetst, zijn in de huidige jurisprudentie nog steeds van belang zij het zo dat deze factoren uitgebreid zijn.

10. Literatuurlijst

Boeken

Baarda, de Goede en Teunissen 2005

- D.B. Baarda, M.P.M. de Goede en J. Teunissen, *Basisboek kwalitatief onderzoek. Handleiding voor het opzetten en uitvoeren van een kwalitatief onderzoek*, Groningen/Houten: Wolters Noordhoff 2005

Bakels, Asscher-Vonk en Fase 2007

- H.L. Bakels, I.P. Asscher-Vonk en W.J.P.M. Fase, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2007

Bastiaans e.a. 2004

- M.H. Bastiaans e.a., *Leidraad voor juridische auteurs 2004*, Deventer: Kluwer 2004.

Beltzer, Knecht en Van Rijs 1999

- R.M. Beltzer, R. Knecht en A.D.M. van Rijs, *Vergoedingen bij ontslag van werknemers en ambtenaren*, Den Haag: Ministerie van SZW 1999

Beltzer, Knecht en Van Rijs 1998

- R.M. Beltzer, R. Knecht en A.D.M. van Rijs, *Ontslagvergoedingen. Regelingen, opvattingen en praktijk*, Den Haag: SDU Uitgevers 1998

Van Genderen e.a. 2006

- D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, (5^e druk) Den Haag: SDU Uitgever 2006

Van Grinsven en Geugjes 2006

- P.M.H.J. van Grinsven en H.C. Geugjes, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006

Van der Grinten 2005

- W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Nijmegen: Kluwer 2005

Van der Heijden, Van Slooten en Verhulp 2006

- P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten en E. Verhulp (bewerkt door), *Tekst & Commentaar Arbeidsovereenkomst. Titel 7.10 BW* (4^e druk), Deventer: Kluwer 2006

Van den Heuvel 1983

- L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer: Kluwer 1983

Kuip 1993

- S.W. Kuip, *Monografieën Sociaal Recht 12. Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden*, Deventer: Kluwer 1993

Luttmer-Kat 2002

- A.M. Luttmer-Kat (bewerkt door), *Arbeidsovereenkomst. Afdeling 9 einde van de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2002

Van Mierlo en Van Dam-Lely 2003

- A.I.M. van Mierlo en J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2003

Winter 2008

- M. Winter, *Ontslagvergoeding, nu en in de toekomst*, Soest: W&P Belastingadviseur/Gouden Handdrukspecialist 2008

Zondag 2005

- W.A. Zondag, *Actualiteiten sociaal recht deel 20. Rechtspraak kennelijk onredelijk ontslag*, Deventer: Kluwer 2005

Artikelen

Bodewes 2001

- K.W.M. Bodewes, 'De ontslagvergoeding in de praktijk', *ArbeidsRecht* 2001-8/9, p. 41-46

Hillen 1996

- M.H.F. Hillen, 'Verwachtingen bij kennelijk onredelijk ontslag', *ArbeidsRecht* 1996-1, p. 5-7

Van Kempen en Van Ladesteijn 2008

- M.W.A.M. van Kempen en J.J.W. van Ladesteijn, 'Reflexwerking van de kantonrechtersformule in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure', *ArbeidsRecht* 2008-2, p. 16-22

Margadant 2006

- M. Margadant, 'Spiegeltje, spiegeltje in de praktijk; een analyse van het nieuwe afspiegelingsbeginsel', *ArbeidsRecht* 2006-11, p. 11-17

Van der Meer 2003

- H.Th. van der Meer, 'Kantonrechters tevreden over kantonrechtersformule'. Een evaluatie door de Kring van Kantonrechters', *ArbeidsRecht* 2003-1, p. 3-7

Loonstra en Kruit 2007

- C.J. Loonstra en P. Kruit, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2006: de stabiliteit voorbij?', *ArbeidsRecht* 2007-5, p. 15-29

Loonstra 2001

- C.J. Loonstra, 'De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen', *ArbeidsRecht* 2001-8/9, p. 32-40

Olde 2000

- R. Olde, 'Kennelijk onredelijk ontslag: (n)iets nieuws onder zon?', *ArbeidsRecht* 2000-8/9, p. 35-39

Scholtens 2001

- C.G. Scholtens, 'De gewichtige reden van art. 7:685 BW; bedoeling en werkelijkheid (1)', *ArbeidsRecht* 2001-6/7, p. 3-11

Scholtens 2002

- C.G. Scholtens, 'Kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen 1992-2001, verschil moet er zijn (?)', *ArbeidsRecht* 2002-11, p. 3-18

Scholtens 2004

- C.G. Scholtens, 'Statistiek ontslagvergoedingen 2003: gerommel in de polder (I)', *ArbeidsRecht* 2004-2, p. 3-12

Scholtens 2004

- C.G. Scholtens, 'Statistiek ontslagvergoedingen 2003: gerommel in de polder (II)', *ArbeidsRecht* 2004-3, p. 3-14

Scholtens 2005

- C.G. Scholtens, 'Statistiek ontslagvergoedingen 2004: de gordiaanse knoop (II)', *ArbeidsRecht* 2005-3, p. 3-14

Scholtens en Harmsma 1996

- C. G. Scholtens en L.J. Harmsma, 'De (schade)vergoeding van 7A:1639S BW en 7A:1639W BW: appels en peren', *ArbeidsRecht* 1996-12, p. 7-11

Jurisprudentie

Hoge Raad

- HR 1 december 1961, NJ 1962, 78 (De Vries/ Lampe)
- HR 29 maart 1963, NJ 1963, 247
- HR 4 juni 1976, NJ 1977, 98
- HR 20 maart 1987, NJ 1988, 17
- HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495
- HR 3 april 1992, NJ 1992, 412
- HR 3 september 1993, NJ 1993, 715
- HR 3 maart 1995, NJ 1995/451 (Rossum/ Van Erp)
- HR 22 september 1995, Nj 1996, 38
- HR 17 oktober 1997, NJ 1999/266 (Schoonderwoert/ Schoonderwoerd)
- HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257
- HR 29 januari 1999, NJ 1999/323 (Verkerk/ Wifac)
- HR 18 juni 1999, NJ 2000, 31
- HR 25 juni 1999, NJ 1999, 601 (Boulidam/ Driessen)
- HR 17 december 1999, NJ 2000, 171
- HR 28 april 2000, NJ 2000, 565
- HR 7 september 2001 NJ 2001, 616 (Staat/Middel)
- HR 22 februari 2002, LJN AD9332
- HR 23 april 2004, JAR 2004/116
- HR 3 december 2004, JAR 2005/30 (Van Ree/ Damco)
- HR 29 april 2005, JAR 2005/137
- HR 15 februari 2008, JAR 2008/76

Gerechtshoven

- Hof Arnhem 12 december 2006, JAR 2007/44
- Hof Arnhem 17 oktober 2006, RAR 2007/41
- Hof Arnhem 14 februari 2006, LJN AV2332
- Hof Arnhem 18 maart 2003, JAR 2003/127
- Hof Amsterdam 23 maart 2006, NJ 2006, 426
- Hof Amsterdam 18 maart 2004, JAR 2004/161

- Hof Amsterdam 23 augustus 2001, NJ 2004, 482
- Hof 's-Gravenhage 9 november 2007, LJN BC1197
- Hof 's-Gravenhage 25 mei 2007, LJN BA6753
- Hof 's-Gravenhage 25 mei 2007, LJN BA6752
- Hof 's-Gravenhage 26 januari 2007, LJN AZ8877
- Hof 's-Gravenhage 10 januari 2003, NJ 2003, 394
- Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2007, LJN BA5740
- Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2007, LJN BB0046
- Hof 's-Hertogenbosch 28 november 2006, LJN AZ9585
- Hof 's-Hertogenbosch 21 maart 2006, JAR 2006/241
- Hof 's-Hertogenbosch 9 december 2003, JAR 2004/32
- Hof Leeuwarden 10 januari 2007, LJN AZ6016
- Hof Leeuwarden 18 oktober 2006, JAR 2006/285
- Hof Leeuwarden 11 november 1992, JAR 1993/118

Rechtbanken

- Rechtbank Amsterdam 7 juni 2000, JAR 2000/147
- Rechtbank Amsterdam 8 oktober 1997, JAR 1997/228
- Rechtbank Amsterdam 17 augustus 1994, JAR 1994/185
- Rechtbank Amsterdam 17 februari 1993, JAR 1993/58
- Rechtbank Breda, sector kanton 10 maart 2004, JAR 2004/160
- Rechtbank Breda 27 januari 1998, JAR 1999/143
- Rechtbank 's-Gravenhage 25 september 2002, JAR 2002/258
- Rechtbank 's-Gravenhage 24 maart 1993, JAR 1993/94
- Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 januari 1999, JAR 1999/41
- Rechtbank 's-Hertogenbosch 18 augustus 1995, JAR 1995/209
- Rechtbank Middelburg 28 juni 2000, JAR 2000/161
- Rechtbank Rotterdam, sector kanton 7 maart 2007, JAR 2007/122
- Rechtbank Utrecht 7 november 2001, JAR 2001/253
- Rechtbank Utrecht 8 augustus 2001, JAR 2001/197
- Rechtbank Zutphen 18 april 2002, LJN AE1700
- Rechtbank Zutphen 21 december 2000, JAR 2001/38
- Rechtbank Zwolle, sector kanton 7 mei 2003, LJN AG0203
- Rechtbank Zwolle 29 september 1999, JAR 2000/15
- Rechtbank Zwolle 15 december 1997, JAR 2000/41
- Rechtbank Zwolle 14 mei 1997, JAR 1997/208

Sectoren kanton

- Kantonrechter Alkmaar 4 december 2002, JAR 2003/1
- Kantonrechter Alkmaar 16 januari 2002, JAR 2002/51
- Kantonrechter Alphen a/d Rijn 21 december 2004, JAR 2005/120
- Kantonrechter Amersfoort 14 februari 2007, JAR 2007/114
- Kantonrechter Amsterdam 21 maart 2007, LJN BA3552
- Kantonrechter Amsterdam 13 november 2006, JAR 2007/3
- Kantonrechter Amsterdam 11 mei 2004, JAR 2004/152
- Kantonrechter Amsterdam 21 januari 2002, JAR 2002/72
- Kantonrechter Amsterdam 30 mei 2001, JAR 2001/242
- Kantonrechter Amsterdam 9 maart 1993, JAR 1993/71
- Kantonrechter Assen 19 juni 2007, JAR 2007/198
- Kantonrechter Assen 1 mei 2001, JAR 2001/107
- Kantonrechter Bergen op Zoom 4 april 2007, JAR 2007/129
- Kantonrechter Breda 12 juli 2000, JAR 2000/197
- Kantonrechter Eindhoven 4 oktober 2007, PRG 2007/167
- Kantonrechter Eindhoven 13 september 1996, JAR 1996/210

- Kantonrechter Enschede 8 december 1997, PRG 1998/4903
- Kantonrechter Gorinchem 8 oktober 2007, LJN BB5931
- Kantonrechter Gorinchem 4 augustus 2003, JAR 2003/233
- Kantonrechter Gouda 6 februari 2003, PRG 2003/ 6027
- Kantonrechter Groningen 28 juli 2005, RAR 2005/119
- Kantonrechter Haarlem 14 februari 2007, LJN AZ8615
- Kantonrechter Haarlem 15 juni 2005, LJN AT6528
- Kantonrechter Heerlen 23 augustus 2006, RAR 2006/153
- Kantonrechter Heerlen 9 maart 2005, RAR 2005/56
- Kantonrechter Heerlen 29 januari 2003, JAR 2003/59
- Kantonrechter Leeuwarden 20 november 2007, LJN BC0012
- Kantonrechter Leeuwarden 8 mei 2007, LJN BA5411
- Kantonrechter Lelystad 7 april 2004, JAR 2004/107
- Kantonrechter Maastricht 6 juni 2001, JAR 2001/120
- Kantonrechter Maastricht 17 januari 2001, PRG 2001/5657
- Kantonrechter Nijmegen 9 november 2007, RS 2007/580
- Kantonrechter Nijmegen 28 september 2007, LJN BB4600
- Kantonrechter Rotterdam 2 mei 2000, JAR 2000/144
- Kantonrechter Rotterdam 24 augustus 1992, JAR 1992/77
- Kantonrechter Terneuzen 6 februari 2002, JAR 2002/59
- Kantonrechter Tiel 18 juli 2007, LJN BB0961
- Kantonrechter Tilburg 19 december 2007, LJN BC1075
- Kantonrechter Utrecht 20 april 2005, JAR 2005/145
- Kantonrechter Utrecht 3 maart 2004, JAR 2004/80
- Kantonrechter Utrecht 22 maart 2000, JAR 2000/94
- Kantonrechter Utrecht 26 november 1997, JAR 1998, 41
- Kantonrechter Utrecht 24 juli 1996, JAR 1996/185
- Kantonrechter Utrecht 21 januari 1993, JAR 1993/53
- Kantonrechter Venlo 24 november 1999, JAR 2000/36
- Kantonrechter Wageningen 22 november 2006, RAR 2007/35
- Kantonrechter Wageningen 6 februari 2002, JAR 2003/127
- Kantonrechter Zaandam 13 september 2007, LJN 2007 BB2330
- Kantonrechter Zaandam 31 oktober 2002, JAR 2002/283
- Kantonrechter Zaanstad 30 januari 2003, JAR 2003/64
- Kantonrechter Zutphen 25 februari 2003, JAR 2003/100

Parlementaire stukken

- Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 1947-1948, 881, nr 3
- Memorie van Antwoord, Kamerstukken II 1951-1952, 881, nr. 6
- Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 1989-1990, 21 479, nr. 3
- Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 1991-1992, 22 392, nr. 3

Internet

- Aegon jaarverslag 2004
<www2.aegon.com/annual_report/2004/dutch/downloads/rem_report.pdf> (26 maart 2008)
- Afspiegelen, 'wat is afspiegelen' <www.afspiegelen.nl> (18 maart 2008)
- ANP, 'Ontslagaanvragen zowat gehalveerd'
<www.zibb.nl/10227814/Personeelszaken/Personeelszaken-nieuws/Personeelszaken-nieuwsbericht/Aantal-ontslagaanvragen-zowat-gehalveerd.htm> (6 mei 2008)

- ANP, 'Kantonrechtersformule onder de loep' <www.rechternieuws.nl> (alleen abonnees) (21 april 2008)
- Arbeidsrecht, 'ontslagredenen' <www.arbeidsrecht.nl/arbeidsrecht.asp?p=84> (6 mei 2008)
- Arbeidsrechter, 'opzeggingsverboden, militaire dienst' <www.arbeidsrechter.nl> (21 april 2008)
- Froukje van der Linden, 'Schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag', <www.zibb.nl/10119622/Personeelszaken/Personeelszaken-how-to-guides/Ontslag/Schadevergoeding-bij-kennelijk-onredelijk-ontslag.htm> (29 april 2008)
- Marijn van den Oudenhoven, 'ontslagvergoeding voor oudere werknemers', <www.ziekteverzuim.nl/images/pdf-documenten/nummer%2011/InZiekteverzuim--jurisdrudentie-ontslagvergoeding-oudere-werknemers-Nummer11-augustus2007-11.pdf> (6 mei 2008)
- Online woordenboek, <www.vandale.nl> (14 mei 2008)
- Ontslagadvocaat, 'ontslagprocedures' <www.ontslagadvocaat.nl/ontslagprocedures.php#div1> (6 mei 2008)
- Rechtspraak, 'de kantonrechtersformule' <www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+kanton/Aanbevelingen+van+de+Kring+van+Kantonrechters+%28kantonrechtersformule%29/De+kantonrechtersformule.htm> (7 april 2008)
- Wikipedia, 'dagvaardingsprocedure (Nederland)' <nl.wikipedia.org/Dagvaardingsprocedure_%28Nederland%29> (21 april 2008)
- Wikipedia, 'kantonrechtersformule' <nl.wikipedia.org/wiki/Kantonrechtersformule> (26 maart 2008)
- Wikipedia, 'sector kanton' <nl.wikipedia.org/wiki/Sector_kanton> (1 april 2008)
- W&P Gouden Handdruk Adviseurs, 'ontslagrecht, werknemer' <www.stamrecht.nl> (22 april 2008)

Elektronische bronnen

- CD-Rom: Legal Office Arbeidsrecht, 2007.4 (intern)
- CD-Rom: Juridische bibliotheek deel 1 2007.6 (intern)

Figuren

- Omslag: logo Boels Zanders Advocaten, <www.boelszanders.nl> 23 april 2008;
- Omslag: foto appels en peren, <www.flickr.com> 14 mei 2008.

Overigen

Rechtbank Utrecht 2007

- Rechtbank Utrecht, *Notitie kennelijk onredelijk ontslag*, eigen uitgave; 2007

Geassocieerde Pers Diensten (GPD) 2008

- Geassocieerde Pers Diensten, '*Ontslagvergoeding flink versoberd*', *Dagblad de Limburger* 27 februari 2008, p. 1
- Interview met de heer mr. M.P.F. van Dooren, teamleider kantonrechters van de sectoren kanton te Venlo en Roermond, gehouden op 21 april 2008;
- Interview met de heer mr. P. Hoekstra, kantonrechter te Heerlen, gehouden op 22 april 2008;
- Interview met de heer mr. T.J.M. Kolschoten, kantonrechter te Helmond, gehouden op 23 april 2008;
- Interview met de heer mr. P.L. Kerkhofs, kantonrechter te Tilburg, gehouden op 23 april 2008