

ANNOTATIE

De op 7 juli 2009 gelanceerde ‘XYZ-formule’ - reden tot ‘forumshoppen’?

mr. dr. G.W. van der Voet

1. Driekwart jaar nadat het Hof Den Haag de rechtspraak op 14 oktober 2008 verraste door in een zevental arresten de kennelijk onredelijk ontslagformule (‘Hof Den Haag-formule’) te lanceren (Hof Den Haag 14 oktober 2008, LJN BF6720, BF6790, BF6960, BF7002, BF7077, BF8122, BF8136), overrompelden de andere hoven de praktijk op 7 juli 2009 opnieuw met een geheel eigen ‘hofformule’ voor kennelijk onredelijk ontslagzaken: de ‘XYZ-formule’ (Hof Den Bosch 7 juli 2009, LJN BJ1710, BJ1713 en BJ1716, Hof Amsterdam 7 juli 2009, LJN BJ1644 en 1648 en Hof Arnhem (nevenzittingsplaats Leeuwarden) 7 juli 2009, LJN BJ1688). Belangrijke vragen die direct rijzen zijn: (1) in welk opzicht verschilt deze XYZ-formule van de Hof Den Haag-formule; (2) waarom is gekozen voor een afwijkende formule; (3) biedt de komst van de nieuwe formule de praktijk aanleiding tot ‘forumshoppen’, en (4) is deze ontwikkeling wenselijk?

2. Vanwege de grote rechtsongelijkheid en -onzekerheid ten aanzien van de vraag wanneer een ontslag nu precies kennelijk onredelijk is en welke vergoeding in zo'n geval dient te worden toegekend (waarbij de frustraties hoog opliepen blijkens de inmiddels geveleugelde uitspraak *Is there a system in this madness?* (zie R.A.A. Duk, ‘Kennelijk onredelijk: radeloos, reddeloos, redeloos’, *SMA* 2008, p. 207 en 208)) kwam het Hof Den Haag op 14 oktober 2008 met een formule aan de hand waarvan zou kunnen worden bepaald of het ontslag kennelijk onredelijk. Tevens zou hiermee de hoogte van de in dat geval verschuldigde schadevergoeding kunnen worden bepaald (een geïntegreerde toets dus). De formule is een variant op de kantonrechtersformule die wordt toegepast bij ontbindingsprocedures ex art. 7:685 BW en die luidt als volgt: $A \times B \times C \times 0,7 = \text{vergoeding}$

De A- en de B-factor staan daarbij voor het gewogen aantal dienstjaren respectievelijk het bruto maandinkomen overeenkomstig de kantonrechtersformule zoals die gold op het moment van het eindigen van het dienstverband, terwijl in de C-factor alle overige relevante omstandigheden van het geval tot uitdrukking komen. Ten aanzien van de wijze waarop het hof de C-factor aan de hand van de feiten inkleurt, wordt in de 14 oktober-arresten reeds een tipje van de sluier opgelicht: (1) in geval van een bedrijfseconomisch ontslag is de C-factor in beginsel gelijk aan 1, tenzij sprake is van een met (een) representatieve vakorganisatie(s) overeengekomen sociaal plan of andere bijzondere omstandigheden van het geval waaronder de ‘habe nichts/habe weinig’-situatie (zie o.a. LJN BG4566); (2) in geval van ontslag na twee

jaar arbeidsongeschiktheid is de C-factor in beginsel gelijk aan 0 tenzij sprake is van bijkomende omstandigheden als: - de aanwezigheid van een verband tussen de arbeid(somstandigheden) en de ziekte en/of - de werkgever heeft zijn re-integratieverplichtingen niet nageleefd (zie o.a. LJN BF8122).

Op de uitkomst van deze ABC-formule brengt het Hof Den Haag vervolgens 30% in mindering omdat: (1) de redelijkheid van het ontslag blijkt het woordje 'kennelijk' slechts marginaal mag worden getoetst; (2) aan de opzegging reeds de redelijkheidstoets ex art. 6 BBA vooraf is gegaan; (3) er al een opzegtermijn in acht genomen moest worden. Bij deze 30%-kortingsregel en de daarvoor door het hof aangedragen argumenten kunnen de nodige kritische kanttekeningen worden geplaatst, maar deze laat ik thans, vanwege het beknopte karakter van dit commentaar, terzijde. Hetzelfde geldt ten aanzien van de vraag hoe deze wijze van schadebegroting zich verhoudt tot het karakter van de schadevergoeding ex art. 7:681 BW, welke inmiddels in cassatie is voorgelegd aan de Hoge Raad. (Zie voor kritische kanttekeningen bij deze onderwerpen o.a. A.R. Houweling en G.W. van der Voet, 'Kennelijk onredelijk ontslag volgens het Hof 's-Gravenhage: hogere wiskunde of "systematical madness"?', *TAP* 2009, p. 17 en 20).

3. Terwijl het Hof Den Haag de op het moment van het eindigen van het dienstverband geldende kantonrechtersformule in zijn formule als uitgangspunt neemt (zie o.a. LJN BF7002, r.o. 5.3), gaan de andere hoven in de XYZ-formule uitsluitend uit van de oude kantonrechtersformule (zoals die gold tot 2009). De formule luidt namelijk: $X \times Y \times Z =$ vergoeding

De X-factor staat daarbij voor de A-factor uit de oude kantonrechtersformule, de Y-factor stemt overeen met de B-factor, terwijl Z-factor vergelijkbaar is met de C-factor, zij het dat deze door de hoven in beginsel op (niet meer dan) dan 0,5 wordt geplaatst. De Z-factor kan echter - afhankelijk van de omstandigheden van het geval - ook lager uitvallen, bijvoorbeeld 0,15 (LJN BJ1644) of 0,3 (LJN BJ1713). Een tweede opvallend verschil ten opzichte van de Haagse formule is dat de XYZ-formule uitsluitend dient ter vaststelling van de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding, nadat de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is, reeds bevestigend is beantwoord. Er is bij de XYZ-formule met andere woorden geen sprake van een geïntegreerde toets. Hoewel de hoven dit niet expliciet hebben gezegd, kan uit het feit dat in geval van een kennelijk onredelijk ontslag altijd een schadevergoeding dient te worden toegekend (HR 4 juni 1976, *NJ* 1977, 98), worden afgeleid dat de Z-factor altijd hoger zal zijn dan 0.

4. Daar waar het Hof Den Haag zijn formule en de koerswijziging ten opzichte van het verleden in de 14 oktober-arresten uitgebreid motiveerde, ontbreekt iedere motivering bij de op 7 juli gelanceerde, afwijkende hofformule. Wij weten daarom niet waarom: (1) de andere hoven thans eveneens een variant van de kantonrechtersformule toepassen in kennelijk onredelijk ontslagzaken, daar waar zij dit tevoren nadrukkelijk (of impliciet) afwezen (zie M.W.A.M. van Kempen en J.J.W. Ladesteijn, 'Reflexwerking van de kantonrechtersformule in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure', *ArbeidsRecht* 2008/2, p. 16 e.v.) en (2) waarom zij

geen aansluiting hebben gezocht bij de Hof Den Haag-formule. Waarom is bijvoorbeeld niet eveneens gekozen voor een geïntegreerde toets? Zowel in het kader van de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is als bij de vraag naar de hoogte van de schadevergoeding dienen immers dezelfde omstandigheden van het geval in onderling verband in ogenschouw te worden genomen. (Zie o.a. HR 15 februari 2008, *JAR* 2008/76 en HR 3 december 2004, *JAR* 2005/2. Zie voorts A.R. Houweling en G.W. van der Voet, a.w., p 16 en 17). Evenmin wordt toegelicht waarom is gekozen voor aansluiting bij de oude kantonrechtersformule. Is dit een signaal naar de Kring van Kantonrechters dat er bij de hoven geen draagvlak bestaat voor de nieuwe kantonrechtersformule en de daaruit voortvloeiende lagere ontslagvergoedingen? Of beogen de hoven met hun formule slechts de bestaande praktijk tot dan toe te formaliseren (of beter gezegd: te 'formuliseren')? Bestudering van de hoogte van de schadevergoedingen die de laatste jaren in het kader van kennelijk onredelijk ontslag zijn toegekend, leert ons namelijk dat deze over het algemeen waren gelegen tussen 10% en 50% van de (neutrale) oude, - namelijk de destijds geldende - kantonrechtersformule. Door ook bij ontslagen van na 1 januari 2009 uit te blijven gaan van de oude kantonrechtersformule zullen de ontbindingsvergoedingen en de kennelijk onredelijk ontslagvergoedingen in hoogte naar elkaar toe kruipen. Uitgaande van een neutrale toepassing van de nieuwe kantonrechtersformule en van een standaard Z-factor van 0,5, zijn de ontbindingsvergoeding en de vergoeding volgens de XYZ-formule in de leeftijdscategorie tot 35 jaar zelfs even hoog (zie de eerste tabel hieronder, waarin deze lijnen over elkaar lopen). Waarom in dat geval nog de veel langere en lastigere weg van de opzegging volgen en de veel onaantrekkelijker procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag (met de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie) afwachten? De ontbindingsprocedure lijkt er dus met andere woorden in geval van jonge werknemers voor werkgevers verhoudingsgewijs aantrekkelijker op te zijn geworden. Een ontwikkeling waarvan men zich kan afvragen of deze positief is en of deze door de hoven ook zo is beoogd.

5. Ook voor werknemers kan de introductie van de XYZ-formule aanleiding vormen tot calculerend gedrag. Te denken valt daarbij aan de vraag bij welke rechter zij hun eventuele kennelijk onredelijk ontslagprocedure aanhangig zullen maken: bij de rechter van de vestigingsplaats van de (ex-)werkgever of de rechter van de plaats waar de werknemer gewoonlijk zijn werkzaamheden verrichtte (zie art. 99 resp. art. 100 Rv)? Indien deze keuze tot gevolg heeft dat men in hoger beroep óf bij het Hof Den Haag uitkomt óf bij een van de andere hoven, dan kan dit namelijk gevolgen hebben ten aanzien van de hoogte van de uiteindelijk door hen te ontvangen schadevergoeding, zo blijkt uit de onderstaande tabellen. Opgemerkt zij daarbij, dat bij de berekening van de uitkomst van de verschillende formules, is uitgegaan van een neutrale C-factor en een standaard Z-factor van 0,5 en dat bij de B-/Y-factor is uitgegaan van een maandinkomen van € 3.000,-- bruto.

6. Opvallend is dat de resultaten van de beide hofformules elkaar bij werknemers van 40 jaar en ouder niet eens zoveel ontlopen. Dit onderstreept nog eens de vraag waarom de hoven op 7 juli een nieuwe hofformule hebben geïntroduceerd en geen aansluiting hebben gezocht bij de al bestaande formule van het Hof Den Haag. Werd daarmee bevordering van de

rechtszekerheid en rechtseenheid beoogd? Thans is daardoor vooralsnog in ieder geval slechts verwarring gecreëerd.

7. Overigens is het sowieso de vraag of het in het leven roepen van een formule als de Hof Den Haag-formule of de XYZ-formule tot meer rechtszekerheid en rechtseenheid zal leiden ten aanzien van de uitkomst in een kennelijk onredelijk ontslagzaak. Veel zal daarbij afhangen van de *motivering* van de invulling van de C-/Z-factor. Thans wordt in nog te weinig uitspraken duidelijk gemotiveerd hoe de hoven precies tot een bepaalde C-/Z-factor zijn gekomen. In de onderhavige zaak bijvoorbeeld was sprake van een 53-jarige werknemer met een 28-jarig dienstverband die was uitgevallen met rug- en heupklachten ten gevolge van reuma. De werkgever was voorts niet tevreden over zijn inzet bij het verrichten van passende arbeid gedurende zijn arbeidsongeschiktheid. Daarnaast had zich - zo stelde de werknemer - een geval van bedreiging op de werkvloer voorgedaan (er zou een kogel onder zijn broeddoos zijn gelegd) ten gevolge waarvan hij overspannen was geworden. Na twee jaar van arbeidsongeschiktheid was zijn dienstverband zonder toekenning van een vergoeding opgezegd. Het Hof Arnhem oordeelde dat de Z-factor in casu op 0,5 diende te worden gesteld. Voor een neerwaartse bijstelling pleitte weliswaar het feit dat de arbeidsongeschiktheid 'niet direct werkgerelateerd' was, maar de werkgever was anderzijds ernstig te kort geschoten in zijn re-integratieverplichtingen, meer in het bijzonder in zijn verplichting om de-escalering van het arbeidsconflict te voorkomen (r.o. 31). Welke invloed de omstandigheid dat de werknemer al twee jaar arbeidsongeschikt was, dat hij niet naar tevredenheid functioneerde en dat hem geen vergoeding was aangeboden op de Z-factor heeft gehad, wordt verder niet duidelijk gemaakt. In een arrest van het Hof Den Bosch (LJN BJ1713) werd de invulling van de Z-factor voorts al helemaal niet gemotiveerd. De Z-factor diende in dat geval 'alle omstandigheden in aanmerking genomen hebbende' volgens het hof op 0,3 te worden geplaatst. Een dusdanige algemene onderbouwing biedt geen enkel inzicht in de redenering van het hof en kan daardoor niet tot meer rechtszekerheid en rechtseenheid leiden.

8. Het bereiken van meer rechtseenheid en rechtszekerheid hangt bovendien af van de bereidheid van de hoven om elkaars rechtspraak wat betreft de invulling van de C-/Z-factor te volgen. Het zou een zeer wenselijke ontwikkeling zijn indien de hoven - in navolging van de Kring van Kantonrechters - op dit punt met gemeenschappelijke aanbevelingen zouden komen. In die aanbevelingen zouden zij aansluiting kunnen zoeken bij het 'puntensysteem' dat in het strafrecht wordt gehanteerd bij het bepalen van de strafmaat, in die zin dat aan iedere relevante omstandigheid een bepaalde mate van opwaartse of neerwaartse invloed wordt toegekend (bijvoorbeeld + of -/- 0,1). Aangezien de invloed van de leeftijd van de werknemer en de lengte van zijn dienstverband al in de A-/X-factor tot uitdrukking komen, hoeven deze niet meer in de C-/Z-factor tot uitdrukking te worden gebracht. Tevens zou in deze aanbeveling kunnen worden aangegeven welke stukken de werkgever precies moet overleggen, wil hij een succesvol beroep kunnen doen op 'habe nichts/habe wenig' (de 'exceptio pecuniae absentiae'). In de zaak waarover het Hof Amsterdam oordeelde (LJN BJ1644) waren daartoe volgens het hof onvoldoende stukken door de werkgever overgelegd. Wat wel door de werkgever had moeten worden overgelegd, gaf het hof echter niet aan.

Daarnaast zou in deze aanbevelingen eindelijk eens duidelijk kunnen worden gemaakt wat precies wordt bedoeld met ‘werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid’ en wat de invloed daarvan is op de invulling van de C-/Z-factor. Gaat het daarbij reeds om de situatie dat iemand arbeidsongeschikt wordt nadat hij zijn werk vele jaren heeft gedaan of moet de arbeidsongeschiktheid ook door het werk zijn veroorzaakt? In hoeverre moet dit causale verband dan voorts worden aangetoond c.q. aannemelijk worden gemaakt en welke (verzwarende?) rol speelt de eventuele verwijtbaarheid aan het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid?

9. De hoven zouden de rechtspraak kortom een grote dienst bewijzen indien zij tot een gezamenlijke formule zouden komen en deze gelegenheid zouden aangrijpen om in gezamenlijke aanbevelingen op bovengenoemde punten duidelijkheid te verschaffen.