

**De arresten van 27 november 2009 en 12 februari 2010 en de
Aanbevelingen van de Kring van de Kantonrechters: wie heeft gelijk?**

"Als de berg niet naar Mohamed komt, moet Mohamed maar naar de berg komen." Die wijsheid doet niet alleen vermoeden dat de Islam wat relativerender en pragmatischer kan zijn dan de geachte afgevaardigde, de heer Wilders, ons wil doen geloven, maar kan tevens dienen als thema voor deze voordracht. De overdrachtelijke betekenis wordt dan: "Als de schadevergoeding van art. 7:681 BW zich niet richt naar de vergoeding naar billijkheid van art. 7:685 BW, moet die vergoeding zich dan maar naar die schadevergoeding gaan richten? Dat roept de twee in deze voordracht te bespreken vragen op. De eerste vraag is in hoeverre de analyse van de Hoge Raad overtuigt dat er tussen die twee vergoedingen principiële verschillen vallen aan te wijzen. De tweede vraag is of er, gegeven de arresten van 27 november en 12 februari jl., aanleiding is de Aanbevelingen te heroverwegen. Mijn hierna te motiveren antwoord op de eerste vraag is dat de Hoge Raad die verschillen nogal zwaar heeft aangezet. Dat doet er niet aan af dat ik de tweede vraag zo beantwoord dat er weliswaar onvoldoende aanleiding is het gebruik van de Kantonrechtersformule af te zweren, maar tegelijkertijd goede gronden zijn om een aantal aanpassingen van de Aanbevelingen te overwegen.

(A)

De stelling dat er principiële verschillen tussen beide categorieën kunnen worden aangewezen, valt op formele gronden eenvoudig te verdedigen. In zijn arrest van 27 november 2009 (JAR 2009/305) heeft de Hoge Raad het verschil in karakter tussen beide soorten vergoedingen benadrukt. In rov. 4.3. van dat arrest is dat verschil mede verklaard uit "de aard van de procedure". In een ontbindingsprocedure wordt op korte termijn beslist en oordeelt de rechter op grond van wat hem van de stellingen van partijen over en weer zonder bewijslevering aannemelijk voorkomt. In de procedure op basis van art. 7:681 BW gelden, zo stelt de Hoge Raad – op zichzelf

terecht – voorop, de regels van het bewijsrecht. Ook zijn in die procedure "de gewone regels omtrent de begroting van schade(vergoeding) van toepassing". Daarvoor geldt het bewijsrecht echter nu juist zeker niet onverkort; de rechter mag schade onder omstandigheden ook "intuïtief" vaststellen. Verder is de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag "gerelateerd aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen". Daarom zou, in de woorden van rov. 4.4. van het arrest, in ontbindingsprocedures een "globale berekeningswijze aan de hand van een beperkt aantal factoren" rechterlijk uitgangspunt mogen zijn, maar moet de vaststelling van de schadevergoeding ex art. 7:681 BW zo geschieden dat de rechter "zich steeds nauwkeurig rekenschap (dient te) geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen".

Deze benadering zal niet iedereen direct overtuigen en heeft blijkens de eerste reacties op het arrest van 27 november jl. (zie b.v. de bijdrage van O. van der Kind aan TRA 2010/1) ook de nodige kritiek uitgelokt. In de eerste plaats: weliswaar geldt het bewijsrecht niet in ontbindingsprocedures, maar de rechter zal rekening moeten houden met wat door partijen gesteld is en, bij voorbeeld met schriftelijke verklaringen van potentiële getuigen, al dan niet aannemelijk is gemaakt. Bovendien mag wel degelijk een bewijsopdracht worden gegeven, een mogelijkheid die (sommige) kantonrechters wel eens benutten. Zeker in zaken waarin een ernstig verwijt aan de werknemer wordt gemaakt, deze dat verwijt krachtig weerspreekt en bewijslevering op dat punt overzichtelijk is, verdient dat voorbeeld navolging. Bovendien kan de ontbindingsrechter bij de mondelinge behandeling van een zaak niet alleen partijen, maar ook andere (meegenomen) betrokkenen, zij het buiten ede, horen. Ook dat gebeurt wel eens, maar het verdient overweging dat structureler te doen. Wie in de arbeidsrechtelijke praktijk regelmatig met het ontbindingsbijltje hakt, weet dat alleen al het horen van partijen zelf in veel gevallen duidelijkheid geeft over nogal wat punten die bij het lezen van verzoekschrift en verweerschrift nog zeer omstreden leken. Daarvoor is dan wel een rechter vereist die niet

slechts aanhoort, maar vraagt én (vooral) doorvraagt. Die voor de waarheidsvinding cruciale aanpak wordt in zaken die zich daarvoor lenen, zeker niet steeds gehanteerd. Wat dit door de Hoge Raad benoemde punt betreft verschilt de ontbindingsprocedure niet wezenlijk van andere procedures waarin het bewijsrecht toepassing mist, zoals de procedure in kort geding.

Aangezien de door de Hoge Raad aangeduide beperking zowel geldt voor door de werkgever aangevoerde, op ontbinding en/of op een lagere vergoeding dan "normaal" gerichte argumenten als voor door de werknemer ingeroepen, op weigering van de ontbinding en/of op een hogere vergoeding gerichte argumenten, zou de uitkomst in ontbindingsprocedures per saldo wat meer naar het "gemiddelde" kunnen neigen. Daarvoor is met name vereist dat de rechter de juistheid van zekere over een weer verdedigde stellingen in de ontbindingsbeschikking in het midden laat bij gebreke van de daarvoor naar zijn oordeel vereiste bewijslevering. Mijn indruk is dat dat bij veel kantonrechters een sjablonen nabijkomt als het gaat om door werkgevers gemaakte verwijten over het functioneren van de betrokken werknemers. Daar staan dan weer de – de betrokken partij vaak treurig stemmende – gevallen tegenover waarin stellingen aannemelijk worden geacht die de vuurproef van een ordentelijke bewijslevering niet zouden hebben doorstaan.

Van belang is ook het volgende. Is de ontbindingsrechter van oordeel dat hij bepaalde factoren waarop de werknemer een beroep doet, niet goed kan beoordelen, dan kan hij die factoren, – volgens de zogenoemde Baijingsleer van de Hoge Raad: bij wijze van uitzondering –, buiten haakjes plaatsen en de werknemer daarvoor naar een opvolgende rolprocedure verwijzen. In zo'n rolprocedure gelden dan wél de normale regels van bewijsrecht en bestaat de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie, maar dat neemt niet weg dat ook de in dat geval additioneel te vergoeden schade moet worden bepaald op de schattende wijze die bij de ontbindingsprocedure past (H.R. 11 juli 2008, JAR 2008/203). Dat dat al snel leidt tot een rechterlijke

spagaat, valt eenvoudig in te zien. Deze uitzondering kan slechts tot een additionele vergoeding leiden en derhalve alleen de werknemer baten. De werkgever kan wellicht worden geholpen doordat de kantonrechter in de ontbindingsbeschikking zelf de aanspraak op de vergoeding of een deel daarvan afhankelijk stelt van nadere bewijslevering in een opvolgende rolprocedure op een omstreden punt, bij voorbeeld een beweerdelijk door de werkgever gedane, maar niet in de ontbindingsprocedure nog niet aangetoonde toezegging.

Niet alleen bij het argument van de Hoge Raad ontleend aan het al dan niet toepasselijk zijn van het bewijsrecht kan men vraagtekens plaatsen, dat geldt evenzeer voor wat wordt overwogen over de "globale berekeningswijze" van de kantonrechtersformule. Immers, alle omstandigheden die de rechter bij een vordering ex art. 7:681 BW in ogenschouw moet nemen, zijn ook van belang in een ontbindingsprocedure waarin de Aanbevelingen uitgangspunt zijn, en wel via de C-factor die nu juist bedoeld is om daarmee rekening te kunnen houden.

Daarbij passen twee kanttekeningen. De eerste is dat wie kennis neemt van de rechtspraak zoals deze eerst door C.G. Scholtens en sinds enige jaren door C.J. Loonstra en P. Kruyt is samengebracht in jaarlijkse overzichten in ArbeidsRecht, zich moeilijk aan de indruk zal kunnen onttrekken dat $C=1$ in de ontbindingspraktijk de hoofdregel is en dat afwijkingen daarvan zich in het algemeen binnen een vrij smalle bandbreedte bewegen, waardoor sterke afwijkingen van een "neutrale" uitkomst hoge uitzondering zijn, zij het dat die uitzonderingen in de gepubliceerde rechtspraak – terecht – duidelijk oververtegenwoordigd zijn. Dat min of meer vasthouden aan $C=1$ "tenzij ..." is ook wel te begrijpen: zou de vergoeding niet slechts in een minderheid van de gevallen gebaseerd worden op een duidelijk van $C=1$ afwijkende correctiefactor, dan zou aan de met die formule beoogde voorspelbaarheid afbreuk gedaan kunnen worden. Dat is overigens niet meer dan "kunnen": op zichzelf is met de formule niet onverenigbaar dat bij bepaalde categorieën van gevallen een lagere of juist een hogere correctiefactor dan

C=1 uitgangspunt vormt. Bedacht zij dat C=1 bedoeld is voor die gevallen waarin de reden voor het ontslag in de risicosfeer van de werkgever ligt, maar noch aan hem noch aan de werknemer een verwijt kan worden gemaakt. In feite is dat ook al de praktijk en weet de insider, in elk geval bij benadering, in welke gevallen veelal een hogere dan wel juist een lagere vergoeding pleegt te worden toegekend dan die welke behoort bij het hanteren van een neutrale correctiefactor, zij het dat uit die praktijk niet ondubbelzinnig blijkt welke correctiefactor dan per “subcategorie” het meest aangewezen is. Op dat punt zouden bij onderzoek wel eens duidelijke verschillen tussen de verschillende sectoren kanton, en zelfs tussen kantonrechters binnen dezelfde sector, kunnen blijken.

Een neerwaarts aangepaste correctiefactor is gebruikelijk, bij voorbeeld, als de werkgever in grote financiële problemen verkeert, maar ook als het ontbindingsverzoek is gebaseerd op gedurende langere tijd achterblijvend presteren of op verwijtbare handelingen van de werknemer, ook al leveren die geen dringende reden op – uiteraard: aangenomen dat die omstandigheden voldoende aannemelijk gemaakt worden –, terwijl een opwaartse aanpassing pleegt plaats te vinden als – én naar de mate waarin – de ontslagreden minder overtuigt en de werkgever, door een ongegronde schorsing of door negatieve publiciteit, verwijtbaar – niet als goed werkgever – heeft gehandeld. Dat goed werkgeverschap wordt voor de schadevergoeding van art. 7:681 in het arrest van 27 november jl. als (mede)bepalende factor genoemd. Art. 7:681 BW zou in de visie van dat arrest niet veel meer zijn dan een bijzondere toepassing van art. 7:611 BW. Dat lijkt betwistbaar. Veeleer zou het zo moeten zijn dat handelen in strijd met de eisen van goed werkgeverschap dat mede heeft geleid tot de noodzaak van het ontslag, behoort bij te dragen aan de conclusie dat een (hogere) schadevergoeding ex art. 7:681 geïndiceerd is, maar dat ook andere omstandigheden een opwaartse óf neerwaartse druk op de schadevergoeding kunnen hebben. En verder: aan toepassing van de formule, met als uitgangspunt $A \times B \times 1$, komt men ook volgens de Aanbevelingen zelf eerst toe **als** er reden is niet alleen om wegens een

verandering van de omstandigheden te ontbinden, maar ook om bij die ontbinding een vergoeding toe te kennen.

Niet alleen bij het door de Hoge Raad veronderstelde globale karakter van de berekening volgens de Kantonrechttersformule vallen derhalve relativiserende kanttekeningen te plaatsen, maar ook bij het ideaalbeeld dat de Hoge Raad schetst van de wijze van bepaling van de schadevergoeding ex art. 7:681 BW. In rov. 3.5.5. van het arrest van 12 februari jl. heeft de Hoge Raad alsnog het bijzondere karakter van de schadevergoeding van art. 7:681 BW benadrukt en in dat kader aanvaard dat het vervallen van het begrip “naar billijkheid” met de wetwijziging van 1997 niet tot gevolg heeft dat een andersoortig resultaat zou zijn bewerkstelligd dan voordien het geval was. Dat is meer dan alleen een nuancering van de verwijzing naar de bepalingen van Boek 6 in het eerste arrest. Probleem met die verwijzing is dat de schadevergoeding nu eenmaal niet betreft de schade ten gevolge van het ontslag als zodanig, maar de schade voortvloeiend uit het kennelijk onredelijk karakter daarvan.

Procesdossiers in zaken over kennelijk onredelijk ontslag hebben veelal een zekere verwantschap met echtscheidingsdossiers. Die verwantschap bestaat hierin dat in beide categorieën zaken de advocaten niet steeds de neiging – die van hen zelf of, vermoedelijk vaker, die van hun cliënten – kunnen bedwingen om breed uit te meten hoe lieblijk de eigen cliënt en hoe gitzwart de wederpartij is. In echtscheidingszaken pleit tegen die wijze van procederen dat ook daarin een formule wordt gehanteerd en dat die formule nu juist abstraheert van zulke kwesties en zich in plaats daarvan concentreert op draagkracht en behoefte. In zaken betreffende een kennelijk onredelijke opzegging moet de feitelijke rechter zich volgens de Hoge Raad niet alleen **(a)** nauwkeurig **rekenschap** geven van de omstandigheden van het geval, maar **(b)** ook **inzicht** geven in de wijze waarop zijn beslissing tot stand is gekomen. In dat ideaalmodel stelt de rechter niet alleen (eerst) alle relevante feiten vast, maar hangt hij (vervolgens) aan iedere vastgestelde omstandigheid ook nog eens een op

– zijn minst benaderend – prijskaartje, in die zin dat per door hem vastgesteld feit ten minste behoort te worden aangegeven of en in hoeverre dat feit de toe te kennen vergoeding verhoogt dan wel verlaagt. Ook kan dat dan weer geen lakmoestest zijn in die zin dat een omstandigheid hetzij een opwaarts hetzij een neerwaarts effect heeft, maar zal per omstandigheid (of complex van omstandigheden) moeten worden aangegeven hoe sterk dat effect is.

Voor dit model valt in abstracto veel te zeggen, maar de verwachting lijkt gewettigd dat het in de praktijk niet eenvoudig valt toe te passen. Het doet een beetje denken aan wat wel over het NBW werd gezegd, te weten dat het uitgangspunt daarvan was dat iedere rechter net zo briljant zou zijn als Wouter Snijders en Arthur Hartkamp. In theorie zou bij het model immers ten aanzien van vrijwel ieder tussen partijen omstreden punt een bewijsopdracht aan de ene of de andere partij moeten worden gegeven. Dat zou alleen niet gelden voor zover een beslissing op dat punt in het gegeven geval noch tot een hogere noch tot een lagere vergoeding dan die welke de rechter toekent, zou behoren te leiden. In de op een “diepe” motivering van het oordeel van de feitelijke rechter gerichte opvatting van de Hoge Raad zal dat echter niet snel het geval kunnen zijn. Er is immers heel veel dat, zo juist, een net een beetje hogere of een net een beetje lagere vergoeding kan rechtvaardigen. Uiteraard kan de feitelijke rechter trachten een procedure "kort te sluiten" door te beslissen dat in het hem voorgelegde concrete geval de aan- of afwezigheid van een omstreden omstandigheid voor de uiteindelijke uitkomst niet uitmaakt, maar de ervaren procesadvocaat ziet bij die aanpak de reeks appellen en cassatieberoepen al voor zich waarin geklaagd wordt dat aan een relevante stelling en, bij gemotiveerde betwisting van die stelling, een daartoe betrekkelijk gespecificeerd bewijsaanbod ten onrechte voorbijgegaan is.

Daarbij is nog van belang dat de Hoge Raad verwijst naar "concrete omstandigheden en factoren" zonder in het arrest van 27 november jl. te specificeren wat het verschil tussen die twee begrippen is. Dat verschil

wordt enigszins verduidelijkt in het (vervolg-)arrest van 12 februari jl.: in rov. 3.9.2, daarvan worden namelijk de lengte van het dienstverband en de hoogte van de leeftijd van de ontslagen werknemer als (relevante) "factoren" benoemd. Daarmee is de "A-factor" van de Kantonrechtersformule zeker niet zonder meer gered. Leeftijd en diensttijd moeten immers "individueel (...) worden meegewogen". Wat dat betekent, is althans mij niet echt duidelijk. Wel wordt daarbij uitdrukkelijk aanvaard dat deze factoren van meer gewicht zijn naarmate de leeftijd hoger is en het dienstverband langer heeft geduurd. Of die verhouding ook recht evenredig moet, althans mag zijn, zoals min of meer geldt voor de "gewogen anciënniteit van de "A" in de formule, is daarmee nog niet duidelijk.

De tussenbalans die op grond van dat alles kan worden opgemaakt, houdt in dat de tegenstelling tussen de door de Hoge Raad voorgestane benadering bij op art. 7:681 BW gebaseerde schadevorderingen enerzijds en de Kantonrechtersformule anderzijds iets weg heeft van het verschil tussen een half volle en een half lege fles. Immers, in de visie van de Hoge Raad is weliswaar bij de schadevergoeding een "holistische" benadering vereist doordat met alle omstandigheden en factoren rekening moet worden gehouden, maar wordt desalniettemin aanvaard dat door de feitelijke rechters mag worden gestreefd naar een "zekere mate van harmonisatie", terwijl bij de Aanbevelingen weliswaar "een bepaalde algemene formule" tot uitgangspunt wordt genomen, maar met behulp de correctiefactor steeds een aan de omstandigheden van het geval aangepaste uitkomst goed mogelijk is. Ik realiseer mij dat aldus beschreven het verschil tussen beide methodes te weinig accent krijgt. Immers, het is weliswaar niet strikt nodig dat de uitkomst in beide categorieën verschilt, laat staan dat deze sterk verschilt, maar dat neemt niet weg dat het verschil in uitgangspunten zich zeer wel in een significant verschil in resultaat **kan** uiten. Met de methodiek van de Hoge Raad, ook in de ietwat gerelativeerde variant daarvan uit het arrest van 12 februari jl., zijn ten opzichte van toepassing van de Kantonrechtersformule forse uitschieters zowel naar boven als naar beneden te rechtvaardigen, waarbij uitschieters naar boven niet zijn

gebonden aan een correctiefactor van $C=2$ dat voor de ontbindingsvergoeding wel als normaliter het maximum wordt gezien. Daarmee kom ik toe aan een volgend onderdeel van de eerste vraag.

Wat moet in de visie van de Hoge Raad de rechter die een vordering ex art. 7:681 BW beoordeelt, doen **nadat** hij de concrete omstandigheden vastgesteld en de relevante factoren benoemd heeft? Wil die rechter een uitspraak doen die "cassatieproof" is, dan kan hij die factoren en omstandigheden opsommen en daaraan de slotsom toevoegen dat "gelet op die factoren en omstandigheden in onderling verband en samenhang beschouwd, een schadevergoeding van EUR [X] in dit bijzondere geval gerechtvaardigd is" resp. dat gelet op dat een en ander geen schadevergoeding behoort te worden toegekend. Dat lokt al snel een zekere intellectuele oneerlijkheid uit. De rechter zal, met de Griekse filosoof, een vast punt willen hebben om op te staan. Het enkele "duidelijk benoemen" van de factoren helpt hem daarbij niet erg. Met dat "benoemen" kan hij bovendien niet volstaan. Daarnaast moet hij immers "inzichtelijk maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden". Dat roept welhaast om een formule, maar dat mag nu juist niet, althans niet voor zover het "één bepaalde algemene formule als vuistregel" betreft. Dat nodigt de rechter die gelijke gevallen gelijk wil behandelen en verschillende gevallen naar de mate van hun verschil, er onvermijdelijk toe uit zich er bij de bepaling van de vergoeding in een zeker geval, al is het maar in het achterhoofd, rekenschap van te geven waartoe zijn "favoriete" formule in dat geval leidt en vervolgens juist dat **niet** in zijn uitspraak neer te schrijven.

Wat tot nu toe is gezegd, heeft een in sommige opzichten hoog academisch gehalte. Daarmee bedoel ik dat het moeilijkheden bij de vaststelling en, vooral, de weging van factoren en omstandigheden veronderstelt die er in veel gevallen niet of nauwelijks zullen zijn. Vorderingen uit kennelijk onredelijke opzegging ziet men in de praktijk vooral bij reorganisatieontslagen en bij ontslag na twee jaar ziekte. Voor

reorganisaties geldt veelal een Sociaal Plan, en de Hoge Raad heeft duidelijk gemaakt dat de voorzieningen uit hoofde van zo'n plan voor de rechter uitgangspunt mogen zijn. Een noodzaak tot afwijking naar boven zal slechts in bijzondere omstandigheden bestaan, en afwijkingen naar beneden lijken niet of, bij vormen van rechtsverwerking, slechts onder zeer bijzondere omstandigheden aan de orde. Bij ontslag na twee jaar ziekte past in beginsel geen vergoeding, omdat zo'n ontslag in de risicosfeer van de werknemer zal liggen. Dat alles ligt bij ontbindingen niet wezenlijk anders dan bij procedures op grond van een kennelijk onredelijke opzegging. Een vergoeding komt eerst aan de orde als de ziekte verband houdt met het werk, met name als de werkgever voor het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid een verwijt kan worden gemaakt, en verder als de werkgever na de uitval van de werknemer onvoldoende reïntegratie-inspanningen heeft gepleegd.

Bij ontbindingsverzoeken gaat het vaak om hetzij achterblijvend functioneren hetzij verstoorde verhoudingen. In de eerste categorie is de vraag vooral waaruit het door de werkgever gestelde disfunctioneren blijkt en, zo dat voldoende blijkt: wat de werkgever heeft gedaan om verbetering van het functioneren te bevorderen. Het is moeilijk zich aan de indruk te onttrekken dat bij veel werkgevers (en hun advocaten) de overtuiging heerst dat in een procedure ex art. 6 BBA (thans) UWV Werkbedrijf er niet snel van kan worden overtuigd dat van disfunctioneren dat ontslag (reeds op het tijdstip dat om toestemming wordt verzocht) rechtvaardigt, sprake is, ook als dat volgens de betrokken leidinggevenden evident wèl het geval is. In die situaties kan de vergoeding worden gezien, en wordt deze ook door werkgevers aanvaard, als prijs voor de "afkoop" van (naar verwachting succesvol) verweer tegen een verzoek om toestemming voor ontslag.

In de tweede in de ontbindingspraktijk prominent fungerende categorie, die van de verstoorde verhoudingen, speelt dat laatste punt ook een zekere rol, maar is, omdat herstel van de vertrouwensbasis vaak illusoir is, de vraag vooral waardoor de verhouding tussen partijen verstoord is geraakt en wie

van de partijen daarvoor het zwaarste verwijt treft. Op dat laatste punt zal zich in veel gevallen, terecht of ten onrechte, aan de rechter de waarheid – of was het: de wijsheid? – van het gezegde van "waar twee kijven ..." opdringen. Als het punt van het vertrouwensverlies in een procedure over kennelijk onredelijke opzegging speelt, dan is duidelijk dat de "gemiddelde" rechter snel geneigd zal zijn te zoeken naar een manier om een bewijsopdracht over de schuldvraag te vermijden, omdat hem ambtshalve bekend is dat bewijslevering – eufemistisch gezegd – niet vaak tot een ondubbelzinnig antwoord op die vraag zal leiden. Daarvoor spelen percepties over en weer een te grote rol. Dit is ook de categorie van gevallen waarin zich de vergelijking met echtscheidingsprocedures het sterkst opdringt, en daarmee van gevallen waarin de methodiek van de arresten van 27 november en 12 februari het meest "wringt".

(B)

Tegen de aldus geschetste achtergrond kom ik toe aan een poging tot beantwoording van de tweede vraag, die of de arresten van 27 november en 12 februari jl. aanleiding geven tot heroverweging van de Aanbevelingen, ten principale of op zekere punten. Ik beantwoord die vraag deels bevestigend, maar ten principale, zij het met een zekere aarzeling, ontkennend. Het is juristen nu eenmaal eigen moeilijke vragen met "ja en nee" te beantwoorden, en daaraan houd ik mij met dat antwoord. Daarbij speelt het volgende een rol.

Het arrest van 12 februari jl. maakt in rov. 3.7 duidelijk dat het werkgeversaandeel in de pensioenpremie voor de bepaling van de schadevergoeding een relevante factor is. Deze valt echter, zeker in beginsel, buiten de "B" van de formule. Gelet op het grote belang van pensioenopbouw en de zeer uiteenlopende wijze waarop in de financiering daarvan kan worden voorzien, lijkt het onverantwoord die factor buiten beschouwing te blijven laten. In zoverre behoeven de Aanbevelingen zeker aanpassing. Dat is echter niet meer dan een ondergeschikte wijziging. Wel

zal die zonder verdere aanpassing van de Aanbevelingen leiden tot een verhoging van de relevante beloning met het werkgeversaandeel in de pensioenpremie, dus al snel met zo'n 20%, met uitschieters naar boven en naar beneden al naar gelang aard en omvang van de geldende pensioenvoorziening. Dat kan een rechtvaardiging opleveren om de A-factor naar rato naar beneden bij te stellen om zo de gemiddelde werkgeverslast bij ontbinding niet te verzwaren. Evenzeer in strijd met wat de Hoge Raad voor art. 7:681 heeft overwogen, is het buiten beschouwing laten van zulke variabele inkomensbestanddelen als die voortvloeiend uit aandelen- en optieregelingen. Zelfs het buiten beschouwing laten van het privégebruik van "de auto van de zaak" verdient vanuit dit perspectief heroverweging.

Verder verdient het mijns inziens aanbeveling om, bij voorbeeld aan de hand van een analyse van de Kantonrechtspraak vanaf 1997, in de Aanbevelingen te benoemen welke categorieën van omstandigheden en factoren, binnen een zekere bandbreedte, normaliter een van $C = 1$ afwijkende correctiefactor rechtvaardigen. Daarbij zal dan met bepaalde prototypes moeten worden gewerkt, en zullen aan de hand van de rechtspraak, in de toelichting op de aldus aan te passen Aanbevelingen, voorbeelden kunnen worden gegeven van de gevolgen voor de vergoeding die zekere afwijkingen van het prototype kunnen hebben. De Aanbevelingen zouden daarmee meer het karkater van een "Restatement" krijgen.

Voor gevallen van disfunctioneren waarin de werkgever de achterblijvende werknemer adequaat heeft begeleid, maar dat niet tot de noodzakelijke verbetering heeft geleid, zou men bij voorbeeld kunnen denken aan een correctiefactor van normaliter $C=0,5$ met een bandbreedte van, bij voorbeeld $C=0,3$ tot $C=0,7$. Daarbij is voorstelbaar dat achterblijvend functioneren tot een geringere korting (in procenten) op de correctiefactor leidt naarmate het dienstverband langer heeft geduurd, het disfunctioneren zich later heeft geopenbaard of dat disfunctioneren het gevolg is van wijzigingen in de werkwijze van de onderneming. Ook is voorstelbaar dat aan verschillen van inzicht of gebleken onverenigbaarheid van karakter een

relatief lager prijskaartje wordt gehangen bij managers en kaderpersoneel dan bij "blauwe boorden", omdat op dat hogere niveau het belang van een overeenstemmende visie en een goede samenwerking relatief groter is en de mogelijkheden om via overplaatsing en dergelijke een alternatieve oplossing te vinden, relatief kleiner. Daarbij komt dan nog dat van hogere functionarissen in sterkere mate geëist kan worden dat dezen nodeloze conflicten weten te vermijden en nodige conflicten niet onnodig laten escaleren. In zijn inaugurale rede heeft Bouwens zo'n drie jaar geleden voor reorganisatieontslag een uitgangspunt van $C=0,5$ gesuggereerd, maar tegenover de reorganisatie uit pure economische hoofdzaak staat die waarin de ingreep voortkomt uit louter organisatorische motieven of vooral gericht is op een verdere verbetering van het resultaat op de middellange termijn. Noch de $C=1$ van de formule noch een andere vaste "reorganisatiefactor" doet volledig recht aan die variëteit.

Er bestaat een zekere roep naar maximering van ontslagvergoedingen. De Code Corporate Governance gaat uit van een maximum van één jaar vast salaris, en voor de semi-publieke sector wordt ook in die richting gewerkt. Wetsvoorstel 31 862 gaat voor werknemers met een inkomen vanaf EUR 75.0000,-- bruto per jaar ook van dat maximum uit, zij het op basis van het "volle" inkomen, maar geldt alleen bij ontbindingen, niet bij vorderingen ex art. 7:681 BW. Het lijkt tijd om het "hap-snap-karakter" aan het debat te ontnemen en meer principieel de vraag te bezien of een maximering wenselijk is, en zo ja: welke.

Waarom ben ik een voorstander van het deels – op details – aanpassen en het deels verfijnen van de Kantonrechttersformule, met name op de zojuist besproken punten, maar ook van het ten principale handhaven daarvan? Dat ben ik, omdat ik mij nog maar al te goed de wanorde in de onderhandelings- en procespraktijk herinner die vóór de vaststelling van de eerste versie van de Aanbevelingen, in 1996, bestond. De ontbindingspraktijk als fenomeen dateert van het eind van de jaren '70 en heeft in de jaren '80 en '90 een hoge vlucht genomen. Sommige

kantonrechters deden, zeker aan het begin van die ontwikkeling, zo te zien "maar wat". In andere kantons of groepen kantons werden geleidelijk "eigen" regels ontwikkeld, die dan weer vaak onderling sterk afweken. Soms waren die regels niet meer dan een oriëntatiepunt, soms ook was afwijking daarvan hoge uitzondering. Uit die periode herinner ik mij de opperste verbazing van een Rotterdamse werknemersadvocate die in Dordrecht moest horen dat "de norm" daar nu eenmaal één maand per dienstjaar was, ongeacht de leeftijd, en de verbijstering van haar Amsterdamse collega die in Den Haag twee maanden voor elk van de vele dienstjaren van haar cliënt verwachtte, zoals dat op haar thuisbasis toen kennelijk gebruikelijk was, terwijl de kantons in het Haagse arrondissement kort voor de zitting in die zaak in een aantal beschikkingen kenbaar hadden gemaakt, als uitgangspunt, één maand toe te kennen voor dienstjaren tot en anderhalve maand voor dienstjaren vanaf 45.

De leer van de Hoge Raad lijkt voor vorderingen uit kennelijk onredelijke opzegging tot een terugkeer naar die nogal chaotische situatie te nopen. Die leer maakt echter ook duidelijk dat en waarom een zo globale werkwijze als een min of meer mechanische toepassing van "A x B x C" – of XYZ – aan de rechtvaardigheid in het individuele geval onvoldoende recht doet.

Ik zei: "... lijkt ... te nopen ...". Maar noopt die leer daar ook echt toe? Anders gezegd: hoe breed is de kier die de Hoge Raad laat om tot "een zekere mate van harmonisatie" te komen? Daarbij is het "benoemen" van de "van belang zijnde factoren" op zichzelf te doen, maar is de vraag vooral hoe de feitelijke rechter "inzichtelijk (kan) maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden"? Houdt in cassatie stand een uitspraak waarin wordt overwogen dat het ontslag kennelijk onredelijk is omdat de werknemer na een lang dienstverband wegens "obsolescence of skills" is ontslagen zonder dat hem kan worden verweten zijn vaardigheden niet te hebben aangepast, en dat bij dat ontslag een schadevergoeding past van een zeker bedrag,

– toevallig? – gelijk aan zoveel maanden beloning als de werknemer jaren voor de werkgever heeft gewerkt (al dan niet naar dienstjaar verschillend gewogen)? Of mag de verhoging niet recht evenredig aan het aantal dienstjaren zijn, en zo nee: moet de staffel dan op- of juist aflopen? De schade ten gevolge het ontslag zal immers niet verschillen al naar gelang een medewerker van een zekere leeftijd na 10 of na 20 jaar wordt ontslagen. Die schade betreft immers in de eerste plaats het missen van **toekomstig** inkomen. Zelfs als de rechters in een bepaald hof voor een bepaalde benadering zouden kiezen, zou dat niet meebrengen dat de andere hoven ook voor die benadering zouden **moeten** kiezen, of zelfs maar voor een andere benadering dan die waarin ieder geval – zogenaamd of werkelijk – volstrekt op de eigen merites wordt beoordeeld. De Hoge Raad geeft immers enige ruimte voor, maar verplicht zeker niet tot harmonisatie.

Dat alles betekent dat de arresten van de Hoge Raad weliswaar niet tot een volledige Einzelfallgerechtigheid nopen, maar dat, nu de vijf hoven het blijkbaar niet over een enkele "Hof-formule" eens konden worden, de kans klein lijkt dat "een zekere mate van harmonisatie tot stand" zal komen, laat staan dat dat op overzienbare termijn zal gebeuren.

Aldus hebben de twee arresten in twee opzichten een waar "lawyer's paradise" geschapen. De onvoorspelbaarheid van het resultaat rechtvaardigt het om als raadsman van een werknemer veel te vragen – het arrest van 12 februari maakt duidelijk dat ook het bij de XYZ-formule ingevoerde maximum (van $Z = 0,5$) rechtens niet aanvaardbaar is – en als raadsman van de werkgever weinig of niets te bieden. Over de uitkomsten waartoe dat bij uitprocederen leidt, spreken wij elkaar dan wel weer over een jaar of vijf. In die periode openbaart zich dan ook het "lawyer's paradise" voor de tweede groep, die van de juridische arbeidsrechtwetenschappers, die in hun commentaren op en overzichten van de rechtspraak lijnen zullen moeten gaan ontwaren in de vooralsnog vermoedelijk op het oog vormeloze brij die de rechtspraak zal gaan

opleveren. Daarbij ligt het dan in de rede de daadwerkelijk toegewezen bedragen, in vonnis of arrest (naar de schijn of echt) bepaald zonder hantering van een formule, af te zetten tegen het resultaat waartoe de rechter zou zijn gekomen bij hantering van een of meer formules als "vergelijkingsobject".

Rechtvaardigt dat woelen der gehele wereld ingrijpen van de wetgever? In de eerste plaats: voor zover de wetgever ingrijpt, gebeurt dat in het ontslagrecht niet steeds met een gelukkige hand. Bij de maximering op één jaar van wetsvoorstel 31 862 vallen sowieso de nodige vraagtekens te plaatsen, waaronder thans ook die of redelijk is dat een werknemer met een inkomen van meer dan € 75.000,-- per jaar een beter resultaat lijkt te mogen verwachten van een procedure ex art. 7:681 BW dan van een op basis van art. 7:685 BW. Probleem met de wetgever is dat die geneigd is tot "one size fits all", terwijl wat de arresten van 27 november en 11 februari in elk geval duidelijk maken, is dat in de visie van de Hoge Raad (die ik in zoverre deel) aldus onvoldoende rekening kan worden gehouden met de specifieke omstandigheden van het geval. Dat betekent dat de wetgever niet eenvoudig uitkomst kan brengen.

Waarom heeft de Hoge Raad de twee beroepen niet verworpen of althans slechts vernietigd op zodanige (beperkte) gronden dat het hanteren van enigerlei formule zonder gevaar op vernietiging mogelijk zou blijven? De argumentatie in de beide arresten is immers zeker niet dwingend. In alimentatiezaken wordt een door de commissie-Kalker formule gehanteerd, en voor de vergoeding van immateriële schade bij aantasting van de persoon vormen de overzichten in "Verkeersrecht" een rechtens aanvaard uitgangspunt. De uitkomsten daarvan worden door de cassatierechter als feitelijk en daarom niet op juistheid te toetsen aanvaard. Ik sluit niet uit dat bij de rechtspolitieke keuze die de Hoge Raad op 27 november jl. heeft gemaakt, een zekere rol heeft gespeeld dat bij verwerping van de beroepen in beide zaken ontslagen werknemers uit het ressort 's-Gravenhage gemiddeld zo'n 40% meer zouden ontvangen dan hun lotgenoten elders in

Nederland. Dat hoorde niet te gebeuren, en betekent onder meer dat het thans aan de vijf hoven is om te trachten in goed overleg tot een min of meer gemeenschappelijke benadering te komen voor dit type zaken, evenzeer als er voor de Kring van Kantonrechters aanleiding is om te bezien in hoeverre er reden is om in het licht van de arresten van 27 november en 12 februari jl. de Aanbevelingen aan te passen. De twee arresten van de Hoge Raad zijn daarmee niet het einde van de discussie, maar – in de woorden van de dichter Nijhoff – niet meer dan "een voorgoed begonnen begin".

Juist omdat die arresten niet veel duidelijkheid geven en op de in het voorgaande aangeduide punten nogal wat vragen oproepen, is er wat mij betreft geen aanleiding om het systeem van de Aanbevelingen als zodanig prijs te geven en, in plaats daarvan, te opteren voor een systeem waarin iedere formule wordt afgeschaft. Zo'n systeem lijkt mij zeker niet superieur, laat staan beter hanteerbaar. Als de hier gesuggereerde verfijningen in de Aanbevelingen zouden worden aangebracht, zou dat zelfs steun kunnen bieden aan de zekere mate van harmonisatie waarvoor ook de Hoge Raad bij kennelijk onredelijke opzegging ruimte ziet.

* * *

Met een en ander heb ik de twee vragen beantwoord die ik aan het begin van deze voordracht heb gesteld. Het antwoord op de eerste vraag is dat het nodige valt af de dingen op het belang van de verschillen die de Hoge Raad voor de schadevergoeding van art. 7:681 en de vergoeding naar billijkheid van art. 7:685 aangeeft. Die verschillen zijn eerder gradueel dan principieel. En op de tweede vraag luidt het antwoord dat de arresten van 27 november en 12 februari jl. ook voor de ontbindingspraktijk te denken geven, en dat dat denken er mijns inziens niet toe dient te leiden dat het systeem van de kantonrechtersformule wordt verlaten, maar wel dat daarin verfijningen worden aangebracht, die er met name op gericht zijn de

A-factor aan te passen en aan het hanteren van de C-factor meer richting te geven.