



# ABC of XYZ? Abracadabra!

Een werknemer ontslaan is in Nederland geen sinecure. Afgezien van gevallen waarin de overeengekomen duur van een arbeidsovereenkomst is verstreken of waarin een beroep kan worden gedaan op een proeftijdbeding, kan de arbeidsovereenkomst niet zonder meer worden beëindigd.

## DOOP VAN ZIJL

De ontslagbescherming van de werknemer brengt met zich mee dat dan voorafgaande toestemming van de autoriteiten nodig is. En vreemd genoeg kent die voorafgaande toestemming twee verschillende verschijningsvormen. Uitgangspunt is dat de werkgever de arbeidsovereenkomst met de werknemer opzegt en daarvoor vooraf toestemming

(de ontslagvergunning) vraagt aan een bestuurlijke autoriteit, het UWV WERKbedrijf. Dit bestuursorgaan is bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid tot het verlenen van ontslagvergunning gebonden aan de regels die de wetgever heeft opgenomen in het Ontslagbesluit. Maar de werkgever kan er ook voor kiezen om de kantonrechter te verzoeken

de arbeidsovereenkomst te ontbinden. In dat geval moet dus een rechterlijke autoriteit vooraf in het ontslag bewilligen. De keuze tussen beide procedures is in beginsel vrij. In de praktijk is die keuze daarmee aan de werkgever. Beide procedures kennen hun eigen bijzonderheden en daarmee hun eigen voor- en nadelen. De meest in het oog springende is die

betreffende de mogelijkheid voor de werknemer om de werkgever ertoe te dwingen aan hem een vergoeding te betalen ter zake van de schade die hij als gevolg van het ontslag ondervindt. Aan UWV WERKbedrijf is bij wet niet de bevoegdheid toegekend om een ontslagvergoeding aan de werknemer toe te kennen. Evenmin mag het voor UWV WERKbedrijf bij het al dan niet verlenen van een ontslagvergunning verschil maken of de werkgever wel of niet heeft aangeboden een ontslagvergoeding te betalen. De werknemer die toch nog een ontslagvergoeding wil hebben dient zich daarvoor tot de kantonrechter te wenden, die in een (in beginsel) schriftelijke procedure met 'alles er op en er aan' (getuigenbewijs, hoger beroep enzovoorts) over de eis van de werknemer beslist. De toekenning van een ontslagvergoeding is daarbij allerminst een gegeven. Volgens de wet is daarvoor alleen reden als het ontslag 'kennelijk onredelijk' is, hetgeen wil zeggen dat het voor iedereen duidelijk is dat het ontslag zonder vergoeding onredelijk is. Een tamelijk hoge grens dus, die echter in de praktijk door veel kantonrechters niet zo stringent wordt gehanteerd in de wetenschap dat het allemaal heel anders loopt als de werkgever er niet voor kiest om een ontslagvergunning aan UWV WERKbedrijf te vragen, maar om de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. In een snelle en eenvoudige procedure (waarin bijvoorbeeld géén getuigenbewijs en géén hoger beroep) neemt de kantonrechter dan een besluit over het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, welk verzoek in de praktijk vrijwel steeds wordt ingewilligd. De prijs daarvoor is dat de werkgever aan de werknemer ook vrijwel steeds een ontslagvergoeding moet betalen.

Over dit zogenaamde 'duale' ontslagsy-

steem met zijn zo verschillende gevolgen voor onder meer de ontslagvergoeding zijn door arbeidsrechtjuristen al boeken vol geschreven. Dat het anders zou moeten, daar is iedereen het wel over eens. Maar hoe anders is weer een tweede. En vervolgens is de politiek keer op keer onmachtig gebleken om een beter werkbaar nieuw systeem te ontwerpen. Het gevolg is dat rechters proberen het toch wat krakkemikkige systeem wat op te poetsen en aldus wat beter werkbaar te maken. Zo hebben de kantonrechters onder elkaar afgesproken dat zij hun bevoegdheid om bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst een vergoeding toe te kennen zullen gebruiken met hantering van de zogenaamde 'kantonrechtersformule'. Deze komt er op neer dat de hoogte van de ontslagvergoeding wordt bepaald aan de hand van drie factoren, te weten het 'Aantal dienstjaren', de 'vaste Beloning per maand' en de 'Correctiefactor' waarmee de kantonrechter zijn billijkheidsoordeel over de zaak tot uitdrukking brengt. Omdat de formule  $A \times B \times C$  luidt, wordt ook wel gesproken over de ABC-formule. Bij de toepassing van de kantonrechtersformule worden de dienstjaren gewogen, aldus dat dienstjaren op latere leeftijd zwaarder meetellen dan dienstjaren op jongere leeftijd. Deze weging is door de kantonrechters per 1 januari 2009 wat aangepast in het nadeel van de werknemers, waarmee de kantonrechters in feite het ontslagsysteem wijzigden juist op een moment waarop de wetgever daartoe onmachtig bleek.

Tot voor kort was de hoogte van de ontslagvergoeding in 'kennelijk onredelijk ontslag'-zaken met grote raadsels omgeven. De kantonrechters die wat sneller geneigd waren om een ontslagvergoeding toe te kennen deden dat (uitdrukkelijk of stilzwijgend) nogal eens

op basis van de kantonrechtersformule die bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst geldt. Maar andere kantonrechters kenden veel minder snel een ontslagvergoeding toe en baseerden de eventuele vergoeding ook niet op de kantonrechtersformule. Vorig jaar deed het gerechtshof in Den Haag in deze kwestie van zich spreken door op 14 oktober 2008 te bepalen dat bij kennelijk onredelijk ontslagzaken die in hoger beroep bij dit hof zouden komen voortaan de ontslagvergoeding op basis van de kantonrechtersformule zou worden vastgesteld, evenwel onder aftrek van 30%. Dit vanwege de verschillen tussen de opzeggings- en ontbindingsprocedure. Dat standpunt zorgde in elk geval voor duidelijkheid, al kan men zich afvragen waarop het is gebaseerd. Pikant is dat de andere vier gerechtshoven in een serie gecoördineerde arresten van 7 juli 2009 vervolgens aangegeven hebben in kennelijk onredelijk ontslagzaken een andere formule te hanteren, die door de betreffende hoven zelf als XYZ-formule is aangeduid. Die formule is eigenlijk de kantonrechtersformule zoals die tot 1 januari 2009 gold, onder aftrek van 50%. Wat de gerechtshoven bewogen heeft om relatief kort na elkaar zulke uitgesproken en verschillende standpunten in te nemen, blijft voorlopig in nevelen gehuld. Maar duidelijk is dat de rechts-eenheid daar niet mee is gediend. Waar van de wetgever weinig te verwachten valt, is dan ook te hopen dat de Hoge Raad het tot zijn taak rekent om in dezen duidelijkheid te scheppen. Want voor niet-arbeidsrechtjuristen is ABC of XYZ natuurlijk vooral abracadabra. ■

*Mr. J.P.M. (Joop) van Zijl, advocaat te Tilburg.*