



# Om de kwaliteit van de arbeidsverhoudingen

Wie in Nederland als werkgever afscheid wil nemen van een werknemer en daarover met die werknemer geen overeenstemming kan bereiken, staan twee wegen ten dienste om de werknemer te ontslaan.

**JOOP VAN ZIJL**

**U**itgangspunt in de wet was oorspronkelijk dat de arbeidsovereenkomst zou moeten worden opgezegd, waartoe de werkgever echter de voorafgaande toestemming (ontslagvergunning) van het UWV WERKbedrijf behoeft. Oorspronkelijk bedoeld als uitzondering voor gevallen waarin om gewichtige redenen snel en definitief een einde moest worden gemaakt aan een arbeidsovereenkomst, is de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter

inmiddels verworden tot een volwaardig alternatief voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst.

Tussen beide procedures bestaan belangrijke verschillen. De meest in het oog springende is wel de vraag of aan de werknemer ter zake van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst een vergoeding toekomt en, zo ja, van welke omvang. Die vraag wordt in beide gevallen op uiteenlopende wijze beantwoord. Bij opzegging van de arbeidsovereenkomst

is het uitgangspunt dat aan de werknemer ter zake van het eindigen van de arbeidsovereenkomst geen vergoeding toekomt. Alleen wanneer het ontslag zonder ontslagvergoeding "kennelijk onredelijk" is (te verstaan als "voor iedereen duidelijk dat het onredelijk is"), heeft de werknemer recht op een ontslagvergoeding, die hij dan in een aparte procedure bij de kantonrechter moet vorderen. Inclusief eventueel hoger beroep kan de procedure tot enkele jaren in beslag nemen.

Hoe anders is dit bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Hier wordt in één procedure beslist over zowel het einde van de arbeidsovereenkomst als de vraag of aan de werknemer ter zake van het eindigen van de arbeidsovereenkomst een vergoeding toekomt en, zo ja, welke. De procedure duurt in beginsel ongeveer twee maanden en hoger beroep is niet mogelijk. Omdat de procedure gericht is op snelle en definitieve beëindiging van de arbeidsovereenkomst, leent de procedure zich niet voor de ultieme waarheidsvinding over de vraag wat exact aan de noodzaak voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst vooraf is gegaan. De procedure is "quick and dirty". Daarbij past dat de werknemer wordt gecompenseerd doordat aan hem eerder een ontslagvergoeding wordt toegekend. De vergoeding is dan ook uitgangspunt en het niet betalen van een ontslagvergoeding een uitzondering. Ook het bepalen van de hoogte van de ontslagvergoeding gebeurt enigszins "quick and dirty" op basis van de zogenaamde "kantonrechttersformule": de schade als gevolg van het eindigen van de arbeidsovereenkomst wordt in beginsel bepaald aan de hand van enkele globale factoren, zoals leeftijd, duur van het dienstverband en salaris, waarna de kantonrechter daar nog een correctiefactor op los laat waarmee hij zijn billijkheidsoordeel over de zaak tot uitdrukking brengt. Bij de ontslagvergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure is veel meer het uitgangspunt de werkelijk te lijden schade als gevolg van het ontslag. Veel kantonrechtters hadden er moeite mee dat de gevolgen van beide procedures voor werknemers zo verschillend waren als het ging om de vraag of zij een ontslagvergoeding kregen en zo ja, welke, te meer daar het in de praktijk de werkgever is die de keuze voor de procedure maakt en het de werknemer is die de gevolgen van die keuze ondervindt voor wat betreft de hoogte van een eventuele ontslagvergoeding. Die kantonrechtters gingen de opzegging van een arbeidsovereenkomst al vrij snel "kennelijk onredelijk" vinden en pasten soms openlijk en anders wellicht heimelijk toch bij het bepalen van de hoogte van de ontslagvergoeding de kantonrechttersformule toe. Deze kantonrechtters vonden in oktober 2008 het gerechtshof 's-Gravenhage aan

hun zijde. Het gerechtshof besliste dat voor de toekenning van een ontslagvergoeding na opzegging van de arbeidsovereenkomst het ontslag niet eerst kennelijk onredelijk behoeft te zijn en dat de hoogte van de ontslagvergoeding diende te worden bepaald aan de hand van de kantonrechttersformule, zij het dan in dit geval onder aftrek van 30 procent, vanwege verschillen tussen de ontbindingsprocedure en de opzeggingsprocedure. De andere vier gerechtshoven hebben echter in juli 2009 een ander standpunt ingenomen: wel eerst toetsing van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag en alleen als het ontslag inderdaad kennelijk onredelijk geacht, werd de toekenning van een ontslagvergoeding bepaald aan de hand van de kantonrechttersformule zoals die vóór 2009 gold (met een zwaardere weging van de dienstjaren) en dan onder aftrek van 50 procent. In deze situatie was het aan de Hoge Raad om duidelijk te maken hoe het recht in deze zaak nu moest worden toegepast.

Al vrij snel, in december 2009, heeft de Hoge Raad de gewenste duidelijkheid geschapen: eerst toetsing van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag en alleen als het ontslag inderdaad kennelijk onredelijk is de toekenning van een ontslagvergoeding. Die moest niet worden bepaald aan de hand van algemene formules, maar aan de hand van een begroting van de werkelijke schade die de werknemer zou leiden. Niet door het einde van de arbeidsovereenkomst op zichzelf, maar door de kennelijk onredelijke opzegging daarvan. Ofwel: terug naar de situatie van vóór de recente arresten van de gerechtshoven.

Vooraanstaande arbeidsrechtjuristen hebben dit arrest van de Hoge Raad bekritiseerd, omdat zij graag hadden gezien dat de keuze van de procedure minder verschil zou maken voor de ontslagvergoeding van de werknemer. Ik deel hun mening niet. Naar mijn mening zou het een zeer kwalijke zaak zijn als de toekenning van een ontslagvergoeding bij het onvrijwillig eindigen van een arbeidsovereenkomst de regel in plaats van de uitzondering zou worden. Ik voorzie dat werknemers met een wat langer dienstverband zich dan een dief van de eigen portemonnee zouden gaan vinden als zij de arbeidsovereenkomst vrijwillig (en dus zonder ontslagver-

goeding) zouden beëindigen. Ik zie het er dan van komen dat werknemers eerst wat bonje trappen om vervolgens door de werkgever te worden weggestuurd dan dat er sprake is van een ontslagvergoeding. Dat komt ook nu al wel eens voor en de praktijk leert dat het, als de werknemer het handig aanpakt, lastig is om de kantonrechter er van te overtuigen dat geen ontslagvergoeding moet worden toegekend, omdat de werknemer daar juist op uit is geweest.

En werkgevers die op die manier de indruk krijgen dat zij toch "altijd" een ontslagvergoeding zouden moeten betalen, zou het wel eens niet meer zo veel kunnen uitmaken of zij hun werknemers wat meer of minder zorgvuldig behandelen. Een snel ontslag zou dan te verkiezen zijn, omdat met het voortduren van de arbeidsverhouding de kosten van de ontslagvergoeding alleen maar oplopen.

In die situatie komt de kwaliteit van de arbeidsverhouding in het gedrang: de ene partij zou de andere al snel niet meer vertrouwen. De kwaliteit van de arbeidsverhouding is gebaat bij toekenning van een ontslagvergoeding uitsluitend in die gevallen waarin er werkelijk een aanleiding toe bestaat, en dan nog alleen in een met voldoende waarborgen omgeven procedure. Het arrest van de Hoge Raad maakt dat de werkgever in elk geval mogelijkheden behoudt om aan de toekenning van een ontslagvergoeding te ontkomen door (overigens ook met alle nadelen van dien) niet voor de ontbindingsprocedure maar voor de opzeggingsprocedure te kiezen. Daarom heeft de Hoge Raad een verstandige beslissing genomen. Om de kwaliteit van de arbeidsverhoudingen niet in de waagschaal te stellen. ■

*Mr. J.P.M. van Zijl is advocaat te Tilburg.*