

De lagere rechtspraak en het sociaal plan: redelijk of evident onbillijk?

P. Kruit*

1 Inleiding

Het sociaal plan is een veel voorkomend fenomeen. Niet alleen bij reorganisaties en bezuinigingsoperaties binnen ondernemingen, maar bijvoorbeeld ook bij fusies en overnames¹ worden vaak sociale plannen gesloten met daarin onder meer de condities waaronder (gedwongen) afvloeiing zal plaatsvinden. Vanwege het feit dat de wetgever zich nooit over het sociaal plan als zodanig heeft uitgesproken, is het uiteindelijk aan de rechter – in het bijzonder de Hoge Raad als hoogste rechtscollege met zijn rechtsvormende taak – om helderheid te creëren over (de status van) het sociaal plan. De belangrijkste elementen daaruit zijn dat het sociaal plan de voorwaarden waaronder afvloeiing zal plaatsvinden weergeeft, alsmede dat een sociaal plan zowel eenzijdig door de werkgever als in overleg met de vakbonden/OR kan worden opgesteld.

Een vraag die zich in het kader van het sociaal plan met enige regelmaat voordoet en die om een (duidelijk) antwoord vraagt, is die naar de rechterlijke gebondenheid aan het sociaal plan. In hoeverre bestaat er voor de rechter ruimte om naast de contractueel in het sociaal plan opgenomen vergoeding een (schade)vergoeding toe te kennen bij een concreet ontslag? Over het antwoord op deze vraag wordt verschillend gedacht. De algemene opvatting is dat er drie typen sociale plannen bestaan, namelijk sociale plannen die zijn overeengekomen met representatieve vakbonden (type 1), met de ondernemingsraad (type 2) en sociale plannen die eenzijdig door de werkgever zijn vastgesteld (type 3). Wat de precieze gevolgen zijn van dit onderscheid is nog niet helder.

Centraal in deze bijdrage staat de vraag in hoeverre er rechtseenheid bestaat in de lagere rechtspraak met betrekking tot de rechterlijke gebondenheid aan de verschillende typen sociale plannen. In het kader van het bewaken van rechtszekerheid en rechtseenheid – wat toch belangrijke kernwaarden van onze rechtsstaat zijn – is het van belang dat de rechterlijke macht een-

* Mr. P. Kruit is promovendus bij de sectie Arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 C.J. Loonstra, 'Collectieve afvloeiingsregelingen: het sociaal plan', in: F.B.J. Grapperhaus e.a., *Afvloeiingsregelingen in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 224.

zelfde lijn trekt voor wat betreft (de invulling van) het toetsingscriterium voor de binding aan het sociaal plan. In paragraaf 2 wordt een weergave gegeven van de verschillende standpunten die op dit punt in de literatuur worden verdedigd. Vervolgens zal in paragraaf 3 een uitgebreide analyse worden gemaakt van de lagere rechtspraak. Er wordt onderzocht hoe voormalige Aanbeveling 3.6² en de visie van de Hoge Raad zich tot elkaar verhouden in de lagere rechtspraak. Welke criteria spelen een rol bij inkleuring van de ‘aanwijzing’ van de Hoge Raad en het ‘evident onbillijk-criterium’ van Aanbeveling 3.6? In paragraaf 4 wordt tot slot een conclusie getrokken met betrekking tot de vraag in hoeverre in de lagere rechtspraak eenheid bestaat over de toe te passen criteria ter beoordeling of van de vergoeding conform het sociaal plan moet worden afgeweken.

2 De status van het sociaal plan: opvattingen in de literatuur

Voor sociale plannen die zijn overeengekomen met representatieve vakbonden geldt dat de Hoge Raad in het arrest Grady/Stogon al heeft geoordeeld dat dit type sociaal plan, onder omstandigheden een cao kan zijn.³ Welke omstandigheden hierbij een rol spelen en wat dit inhoudt voor de rechterlijke binding aan een sociaal plan, laat de Hoge Raad in het midden. De Hoge Raad heeft de formulering dat een sociaal plan een cao kan zijn vervolgens twee jaar later herhaald in het arrest Akzo Nobel.⁴ Een klein jaar later, op 13 april 2001, kreeg de Hoge Raad een hernieuwde kans zich uit te laten over het sociaal plan. In het arrest Duzgun formuleert de Hoge Raad als volgt:⁵

‘Onder omstandigheden kan onder “arbeidsvoorwaarden” bij een cao ook een afvloeiingsregeling in het kader van een sociaal plan worden verstaan.’

Vervolgens wordt echter niet uitgelegd wat onder ‘arbeidsvoorwaarden’ moet worden verstaan, en dus wordt ook niet duidelijk wanneer een sociaal plan een cao is.

De Hoge Raad voegt hieraan in het arrest Bulut/Troost toe dat wanneer een sociaal plan wel is overeengekomen met representatieve vakbonden, maar

2 Aanbeveling 3.6 van de Kring van Kantonrechters bestaat thans niet meer als Aanbeveling 3.6, maar is slechts verworden tot toelichting. In het vervolg van deze bijdrage zal ik omwille van de duidelijkheid echter nog spreken van Aanbeveling 3.6.

3 HR 20 maart 1998, JAR 1998/127 (Grady Stogon).

4 HR 26 mei 2000, JAR 2000/151 (Akzo Nobel).

5 HR 13 april 2001, JAR 2001/82 (Duzgun).

toch geen cao is, de toekenning van een vergoeding conform het sociaal plan *een aanwijzing vormt* (curs. PK) bij het beoordelen of de toegekende vergoeding redelijk is.⁶

De (kern)vraag waar de Hoge Raad in al deze vier arresten omheen draait, is de vraag wanneer een sociaal plan een cao is en zo ja, wat de gevolgen daarvan zijn voor de gebondenheid aan het sociaal plan, en wanneer mag worden afgeweken van het sociaal plan als cao en zo ja, op basis van welke criteria. Wanneer een sociaal plan geen cao is, wat is dan de status van de verschillende typen sociaal plan en in hoeverre is welk type sociaal plan in dat geval leidend bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding in het kader van een 681- of 685-procedure? En wat moet onder het begrip 'aanwijzing' worden verstaan? Tot op heden is hieromtrent geen duidelijkheid verschaft.

De kantonrechters hebben in Aanbeveling 3.6 van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters – die oorspronkelijk geschreven is voor de 685-procedure, maar wat het sociaal plan betreft regelmatig analoog wordt toegepast in 681-zaken⁷ – een ander standpunt ingenomen dan de Hoge Raad. De Kring van Kantonrechters stelt namelijk dat de vergoeding conform het sociaal plan, dat met representatieve vakbonden is gesloten, moet worden gevolgd, *tenzij onverkorte toepassing daarvan leidt tot een evident onbillijke uitkomst* (curs. PK). Deze formulering van 'evident onbillijk' duidt op een strengere rechterlijke binding aan het sociaal plan dan de Hoge Raad lijkt te suggereren met de term 'aanwijzing'.

Wat sociale plannen aangaat die met de ondernemingsraad zijn gesloten, dan wel eenzijdig door de werkgever zijn vastgesteld, geldt volgens Aanbeveling 3.6 dat hieraan geen waarde mag worden gehecht. De Hoge Raad heeft zich (nog) niet uitgelaten over de status van deze twee typen sociale plannen.

De nevelen waarin de Hoge Raad (de status van) het sociaal plan doet hullen, zijn in de literatuur aanleiding geweest voor een discussie over hoe de rechtspraak van de Hoge Raad dient te worden geïnterpreteerd.

6 HR 14 juni 2002, NJ 2003/324 (Bulut/Troost) m.nt. Heerma van Voss.

7 Zie bijv. recent nog Hof Den Haag 14 oktober 2008, LJN BF6790.

2.1 Het sociaal plan als cao

Voor wat betreft de status van het sociaal plan dat met representatieve vakbonden is overeengekomen, is voor 1997 de algemene opvatting dat dit type sociaal plan als cao dient te worden aangemerkt.⁸ Loonstra heeft in 1997 (dus nog voor Grady/Stogon) echter als een van de eersten betoogd dat het sociaal plan wellicht toch niet goed past in het stelsel van de Wet cao, omdat de definitie van artikel 1 Wet cao lijkt te suggereren dat het bij een cao gaat om arbeidsvoorwaarden die bij arbeidsovereenkomst in acht moeten worden genomen, en dus niet om voorwaarden die hebben te gelden bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst.⁹ Na het arrest Akzo/FNV,¹⁰ waarin de Hoge Raad expliciet aangeeft dat een sociaal plan een cao kan zijn (*maar dat dus zeker niet altijd is*; curs. PK), vindt het standpunt van Loonstra navolging.¹¹

Naar aanleiding van het Duzgun-arrest¹² is betoogd dat de rechtspraak van de Hoge Raad weliswaar aangeeft dat een sociaal plan een cao kan zijn, maar dat geen duidelijkheid wordt verschaft over de vraag wanneer een sociaal plan een cao is. Dat komt mede doordat de vraag naar een sociaal plan als cao diffuus is. Wanneer de werknemer zich op het sociaal plan beroept omdat hij de werkgever aan de herplaatsingsregels uit het sociaal plan wil houden, is het aannemen van een sociaal plan als cao in het voordeel van de werknemer, maar wanneer hij tegen de vergoeding uit het sociaal plan wil ageren, staat het sociaal plan als cao daaraan in de weg.¹³

Na het verschijnen van het arrest Bulut/Troost blijft de onduidelijkheid over het al dan niet een cao zijn van het sociaal plan aanhouden. In de literatuur is geopperd een onderscheid te maken tussen kale sociale plannen met alleen een vergoeding, deze zijn geen cao, en aangeklede sociale plannen met allerlei outplacement- en herplaatsingsverplichtingen, die wel als cao moeten worden aangemerkt.¹⁴ De Hoge Raad heeft zich hierover echter nooit uitgesproken, dus vooralsnog is dit slechts een theoretisch onderscheid.

8 M. Jansen, Gebondenheid van werknemer en rechter aan het Sociaal Plan, als cao overeengekomen, *ArbeidsRecht* 1997/1, p. 10.

9 C.J. Loonstra, 'Collectieve afvloeiingsregelingen: het sociaal plan', in: F.B.J. Grapperhaus e.a., *Afvloeiingsregelingen in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1997.

10 HR 26 mei 2000, JAR 2000/151 (Akzo/FNV).

11 Zie bijvoorbeeld A. Stege, *De cao en het regelingsbereik van de sociale partners*, Deventer: Kluwer 2003, p. 122 e.v.

12 HR 13 april 2001, JAR 2001/82 (Duzgun/Abilis).

13 D.J. Buijs, *De status van het sociaal plan*, ARA 2001/3, p. 85-86.

14 C.J. Loonstra, *Het sociaal plan: de mist is nog lang niet opgetrokken*, ARA 2002/3, p. 47-48. Loonstra laat zich hierbij inspireren door Buijs, a.w. (noot 13).

2.2 De gebondenheid aan het sociaal plan

Naast de onduidelijkheid over de kwalificatie van een sociaal plan als cao heerst onduidelijkheid over de gevolgen van het al dan niet zijn van een cao voor de rechterlijke gebondenheid aan het sociaal plan.

2.2.1 *Type 1: het sociaal plan met representatieve vakbonden*¹⁵

Loonstra stelt naar aanleiding van het arrest Bulut/Troost dat de term ‘aanwijzing’ die door de Hoge Raad wordt gehanteerd bij een sociaal plan dat geen cao is, een lichte vorm van rechterlijke binding impliceert. Bij een aanwijzing wordt vooralsnog van ‘iets’ uitgegaan, maar daarvan kan worden afgeweken op grond van redelijke argumenten, aldus Loonstra. Wanneer een sociaal plan wel een cao is, dan zou sprake moeten zijn van een grotere mate van rechterlijke gebondenheid. Helaas gaat de Hoge Raad voorbij aan de vraag welk criterium van toepassing is op een sociaal plan dat wel als cao moet worden gekwalificeerd. De Hoge Raad gaat tevens niet in op de vraag hoe zijn ‘aanwijzing’ zich verhoudt tot het ‘evident onbillijk-criterium’ van Aanbeveling 3.6.¹⁶

Van Slooten en Heerma van Voss lezen het oordeel van de Hoge Raad net iets anders, wanneer zij stellen dat de visie van de Hoge Raad aldus moet worden uitgelegd dat deze erop neer lijkt te komen dat het voor de mate van gebondenheid van een werknemer aan een sociaal plan enkel van belang is of een sociaal plan als cao kan worden aangemerkt of niet. Zo niet, dan kan het sociaal plan een ‘*belangrijke aanwijzing*’ (curs. PK) vormen voor de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is, maar dan doet niet meer ter zake of de vakorganisatie wel of geen partij is bij dat plan.¹⁷

Buijs is in zijn annotatie naar aanleiding van het Duzgun-arrest van mening dat de vraag of een sociaal plan een cao is, van subsidiair belang is. De artikelen 7:681 en 7:685 BW hebben immers het karakter van dwingend recht, dus ook een cao/sociaal plan ontnemt de rechter nooit zijn discretionaire bevoegdheid de aan hem ter beoordeling voorgelegde feiten en omstandigheden in onderling verband en samenhang te bezien. Ook als de werknemer op een of andere wijze aan het sociaal plan is gebonden, staat het de rechter

15 Het gaat hier uitdrukkelijk niet om de discussie wanneer een vakbond al dan niet representatief is, maar in dit kader wordt bedoeld de categorie sociale plannen die met een representatieve vakbond is overeengekomen.

16 C.J. Loonstra, a.w. (noot 14), p. 49-50.

17 J.M. van Slooten en G.J.J. Heerma van Voss, ‘Kroniek van het sociaal recht’, NJB 2002, nr. 31, p. 1520.

vrij via de norm van billijkheid (artikel 7:685 BW), dan wel kennelijke onredelijkheid (artikel 7:681 BW) af te wijken van het sociaal plan, wanneer de rechter dat nodig acht.¹⁸

Van der Hulst geeft in haar annotatie bij Bulut/Troost aan dat dit arrest van de Hoge Raad vragen oproept. Bedoelt de Hoge Raad te suggereren dat naarmate er meer binding aan het sociaal plan is, omdat sprake is van een cao, dit meebrengt dat de 'aanwijzing' sterker is? Deze opvatting is volgens Van der Hulst alleen door Loonstra verdedigd en wordt door haar niet ondersteund. Zij meent dat vanwege het feit dat de Hoge Raad de term 'aanwijzing' niet heeft uitgewerkt, er niet veel betekenis aan dit criterium hoeft te worden gehecht. De discretionaire bevoegdheid van de rechter op basis van de artikelen 7:681 en 7:685 BW is immers van dwingend recht en kan niet weggecontracteerd worden. Zij sluit hiermee aan bij Buijs.¹⁹

2.2.2 *Type 2: het sociaal plan met de ondernemingsraad*

De Hoge Raad heeft zich tot op heden niet uitgelaten over de rechterlijke binding van de rechter aan een sociaal plan dat met de ondernemingsraad is overeengekomen. Mag de rechtspraak inzake Bulut/Troost waarin wordt gesproken van een 'aanwijzing', analoog worden toegepast op sociale plannen die zijn gesloten met de OR?

Loonstra en Schellart en Van Coevorden geven aan dat een sociaal plan waarmee de OR heeft ingestemd, of waarover de OR positief heeft geadviseerd, in principe niet bindend is voor de werknemers, omdat de OR met zijn instemming dan wel positief advies niet beoogt een overeenkomst te sluiten.²⁰ Wanneer de ondernemer en de ondernemingsraad de gemaakte afspraken wel in een overeenkomst vastleggen, dan werkt die overeenkomst nog steeds niet direct door in de individuele arbeidsovereenkomst. De OR is namelijk slechts een overlegorgaan dat de werknemers niet kan binden.²¹ Ook Aanbeveling 3.6 sluit bij deze opvatting aan door te stellen dat aan een sociaal plan met de OR in beginsel geen waarde hoeft te worden gehecht. Schellart en Van Coevorden vinden dan ook dat het sociaal plan met de OR volledig dient te worden gepasseerd door de rechter.²² Volgens Loonstra zou een sociaal plan met de OR hoogstens als startpunt van rede-

18 D.J. Buijs, a.w. (noot 13), p. 85.

19 J. van der Hulst, Annotatie bij HR 14 juni 2002, JAR 2002/165, SMA 2002-9, p. 478.

20 C.J. Loonstra 2004, a.w. (noot 1), p. 229-230.

21 Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 26-27.

22 A. Schellart en R.S. van Coevorden, Afvloeiingsregeling en sociaal plan, Sociaal Recht 1997, p. 330-332.

neren kunnen fungeren bij de bepaling van de billijke ontslagvergoeding.²³ Van der Hulst schaar ik ook in de categorie 'Loonstra' betreffende het sociaal plan met de OR, omdat zij in haar dissertatie stelt dat aan het sociaal plan met de OR 'enig gewicht' dient toe te komen, welke dan vooral tot uitdrukking komt in het bepalen van de c-factor uit de kantonrechttersformule.²⁴

Boot en Van Slooten zijn – in tegenstelling tot Loonstra en Schellart en Van Coevorden – van mening dat een sociaal plan dat met de OR is overeengekomen, dezelfde bindende kracht zou moeten hebben als een sociaal plan met de vakbonden. De OR is volgens hen voldoende in staat een goed sociaal plan uit te onderhandelen en bovendien heeft de OR een goed zicht op de noodzaak van de reorganisatie. Wanneer alleen met de OR wordt onderhandeld, wordt tevens het gevaar gereduceerd dat bonden en OR tegen elkaar worden uitgespeeld. Het nadeel dat de OR wellicht minder ervaren en deskundig, maar meer afhankelijk van de werkgever is, weegt hier niet tegen op.²⁵

Sprengers houdt er een ingewikkelder standpunt op na, daar hij stelt dat de mate van rechterlijke binding aan een sociaal plan met de OR afhangt van de situatie in hoeverre de OR een dusdanige positie heeft, dat er sprake is van een verantwoorde en objectief aanvaardbare taakuitoefening. Hierbij zou ook de inhoud van het sociaal plan moeten worden betrokken.²⁶

Van Slooten en Heerma van Voss menen dat de rechtspraak van Bulut/Troost zo moet worden gelezen dat wanneer een sociaal plan geen cao is, er geen verschil meer moet worden gemaakt tussen sociale plannen met de vakbonden, sociale plannen met de OR en zelfs eenzijdig opgestelde sociale plannen.²⁷

2.2.3 *Type 3: het eenzijdige sociaal plan*

Een sociaal plan kan door de werkgever eenzijdig worden opgesteld, zonder dat bij de totstandkoming werknemersvertegenwoordigers zoals vakbonden of de OR zijn betrokken. Ook over dit type sociaal plan heeft de Hoge Raad zich – net als bij het sociaal plan met de OR – nog niet uitgesproken.

23 C.J. Loonstra 2004, a.w. (noot 1), p. 263.

24 J. van der Hulst, *Het sociaal plan*, Deventer: Kluwer 1999, p. 167-168.

25 G.C. Boot en J.M. van Slooten, *De landelijke kantonrechttersformule en het sociaal plan*, *Sociaal Recht* 1997-5, p. 138.

26 L.C.J. Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1998, p. 449-450.

27 J.M. van Slooten en G.J.J. Heerma van Voss, a.w. (noot 17), p. 1520.

Aanbeveling 3.6 geeft echter aan dat aan een eenzijdig sociaal plan geen waarde hoeft te worden toegekend:

‘Is het sociaal plan eenzijdig door de werkgever opgesteld, al dan niet na overleg van de vakbonden en/of de Ondernemingsraad, dan behoeft daar in beginsel geen waarde aan gehecht te worden. Door het ontbreken van overeenstemming kan immers onvoldoende getoetst worden of er aanleiding bestaat om een lagere vergoeding toe te kennen, terwijl anderzijds honorering van een dergelijk sociaal plan zou impliceren dat de werkgever eenzijdig de hoogte van de vergoeding kan bepalen.’

Het eenzijdige sociaal plan wordt in de literatuur wel gezien als aanbod in de zin van artikel 6:217 BW. Loonstra en Jansen verschillen nog van mening over wanneer de werknemer het aanbod van de werkgever al dan niet stilzwijgend heeft geaccepteerd, maar beiden zijn het erover eens dat deze acceptatie niet te snel mag worden aangenomen.²⁸ Het eenzijdige sociaal plan heeft volgens hen nauwelijks invloed in een eventuele kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure. Deze visie wordt ook door Van der Hulst²⁹ verdeeld en komt overeen met de opvattingen in de lagere rechtspraak. Over de status van het eenzijdig vastgestelde sociaal plan is dus niet veel onduidelijkheid; dit type sociaal plan dient in beginsel door de rechter te worden gepasseerd. Hooguit zou het eenzijdige sociaal plan een factor kunnen zijn in de afweging van alle factoren bij het bepalen van de c-factor.³⁰

3 Het sociaal plan in de lagere rechtspraak

Interessant is vervolgens te zien hoe de lagere rechtspraak omgaat met het sociaal plan, nu er aan de ene kant Aanbeveling 3.6 is en aan de andere kant de uitspraak van de Hoge Raad inzake Bulut/Troost, welke niet direct met elkaar in overeenstemming lijken te zijn, terwijl ook in de literatuur verdeeldheid heerst.

Sinds 14 juni 2002, de dag waarop de Hoge Raad het arrest Bulut/Troost heeft gewezen, zijn er 47 uitspraken van lagere rechters gepubliceerd waarin de vraag naar de redelijkheid van de in het sociaal plan overeengekomen vergoeding centraal staat en of er de mogelijkheid is voor de rechter om af te wijken van de vergoeding uit het sociaal plan. In zeventien van de geana-

28 C.J. Loonstra 2004, a.w. (noot 1), p. 227-228 en M. Jansen, a.w. (noot 8), p. 3.

29 J. van der Hulst, a.w. (noot 24), p. 157-158.

30 C.J. Loonstra 2004, a.w. (noot 1), p. 263.

lyseerde uitspraken wordt expliciet de toetsingsmaatstaf van Aanbeveling 3.6 aangehaald, namelijk dat de vergoeding overeenkomstig het sociaal plan moet worden vastgesteld, tenzij deze evident onbillijk is. In negen uitspraken werd aansluiting gezocht bij de formulering van de Hoge Raad in Bulut/Troost, waarbij de vergoeding overeengekomen in een sociaal plan een aanwijzing vormt dat deze redelijk is. Van de overige 21 uitspraken zijn er vier waarin het sociaal plan helemaal buiten toepassing wordt gelaten³¹ en zeventien waarin een andere toetsingsgrond wordt gebruikt dan Aanbeveling 3.6 en Bulut/Troost. Zie hiervoor tabel 1. In deze tabel is geen onderscheid gemaakt naar type sociaal plan, maar er wordt beoogd een algemeen overzicht te geven van gehanteerde toetsingsgronden.

Tabel 1: Overzicht aantal uitspraken sociaal plan naar criterium voor toereikendheid van de vergoeding

	Aantal uitspraken	Percentage
Aanbeveling 3.6	17	36%
Bulut/Troost	9	19%
SP buiten toepassing	4	9%
Overige	17	36%
Totaal	47	100%

3.1 Sociaal plan met de vakbonden

3.1.1 Aanbeveling 3.6 als toetsingscriterium

De grootste categorie uit tabel 1 wordt gevormd door uitspraken van kantonrechters die bij hun beoordeling van het sociaal plan paragraaf 1 van Aanbeveling 3.6 volgen. In tabel 2 is een overzicht gegeven van de uitspraken met betrekking tot een sociaal plan dat is overeengekomen met representatieve vakbonden, waarbij direct wordt verwezen naar (de inhoud van) deze Aanbeveling.

³¹ Deze uitspraken worden in dit artikel niet besproken, omdat ze buiten het bereik van dit artikel vallen, daar er in deze uitspraken niets over de criteria voor afwijking van het sociaal plan wordt gezegd. Het gaat om Ktr. Middelburg 31 oktober 2002, LJN AF0609; Ktr. Zwolle 18 maart 2003, LJN AF6423; Ktr. Haarlem 9 oktober 2006, RAR 2007/9 en Ktr. Leiden 27 december 2006, LJN BA4222.

Tabel 2: *Overzicht alle uitspraken met Aanbeveling 3.6 als toetsingscriterium*

Gerecht	Plaats	Vindplaats	Jaar	Nr.	Partij SP	Procedure
Ktr.	Utrecht	LJN	2008	BD1860	VB	681
Ktr.	Haarlem	JAR	2007	270	VB	685
Ktr.	Heerlen	JAR	2007	189	VB	685
Ktr.	Amersfoort	JAR	2007	114	VB + OR	681
Ktr.	Deventer	LJN	2007	AZ8667	VB	685
Ktr.	Amsterdam	JAR	2006	250	VB	685
Ktr.	Arnhem	JAR	2006	70	VB	681
Ktr.	Heerlen	JAR	2005	160	VB	681
Ktr.	Amsterdam	JAR	2004	135	VB	681
Ktr.	Terneuzen	JAR	2003	236	VB + OR	685
Ktr.	Roermond	JAR	2003	109	VB	685
Ktr.	Haarlem	JAR	2003	58	VB	685
Ktr.	Haarlem	LJN	2006	AX8998	VB	685
Ktr.	Heerlen	JAR	2005	87	VB	681

Hoe leggen de kantonrechters vervolgens het criterium ‘evident onbillijk’ uit? Welke factoren spelen in concreto een rol bij de beoordeling of de uitkomst bij toepassing van het sociaal plan evident onbillijk is?

In de meeste sociale plannen worden naast bepalingen omtrent de hoogte van de vergoeding afspraken gemaakt over een outplacementtraject, dat erop gericht is de boventallig verklaarde werknemers zo snel mogelijk weer aan nieuw werk te helpen. Wanneer werkgevers zich onvoldoende van hun taak kwijten het outplacementtraject vorm te geven, is dit een van de factoren die maken dat toepassing van de vergoeding van het sociaal plan tot een evident onbillijke uitkomst leidt.³² Dit is logisch te verklaren, omdat in de onderhandelingen tussen de vakbonden en de werkgever een compromis is gesloten, waarbij de hoogte van de vergoeding en het aanbieden van een outplacementtraject als wisselgeld tegenover elkaar worden gebruikt. Wanneer het outplacementtraject vervolgens onvoldoende voorstelt, dan is de hoogte van de vergoeding relatief te laag.

Een andere veelvoorkomende factor bij de invulling van het ‘evident onbillijk-criterium’ is de lengte van het dienstverband. In de jurisprudentie gaat het om zaken waarin de werknemer een dienstverband had van langer dan

32 Ktr. Heerlen 20 juni 2007, JAR 2007/189; Ktr. Amersfoort 14 februari 2007, JAR 2007/114 en Ktr. Terneuzen 10 september 2003, JAR 2003/236.

twintig jaar.³³ Tevens is geoordeeld dat een dienstverband van twaalf jaar onvoldoende is om als afwijkingsfactor te dienen.³⁴ In combinatie met de lengte van het dienstverband wordt vaak genoemd de positie van de betreffende werknemer op de arbeidsmarkt, alsmede diens leeftijd.³⁵ Vaak zijn werknemers met een zeer lang dienstverband eenzijdig opgeleid en ervaren, en bovendien wat ouder, waardoor hun perspectieven op de arbeidsmarkt zijn gereduceerd. De kans dat deze werknemers snel in het arbeidsproces terugkeren, is beduidend kleiner dan bij jongere werknemers met een minder eenzijdige werkervaring, waardoor een generalisatie van deze twee groepen in een sociaal plan tot een evident onbillijke uitkomst kan leiden.

Naast voornoemde factoren speelt de achtergrond waartegen de reorganisatie plaatsvindt een rol bij het bepalen of van de vergoeding uit het sociaal plan moet worden afgeweken. Wanneer de werkgever reorganiseert om redenen van bittere noodzaak, omdat anders de onderneming het hoofd niet boven water kan houden, wordt aan de vergoeding uit het sociaal plan eerder vastgehouden dan wanneer de werkgever slechts reorganiseert om meer winst te genereren in een toch al goedlopende onderneming.³⁶

Wanneer een werknemer arbeidsongeschikt is, dan wel een handicap heeft, is dit ook een omstandigheid die meeweegt bij de vaststelling of de vergoeding uit het sociaal plan tot een evident onbillijke uitkomst leidt, hetgeen uiteraard samenhangt met de arbeidsmarktpositie van de betrokken werknemer.³⁷ Er zijn echter wel (een aantal van vorengenoemde) bijkomende omstandigheden vereist. Arbeidsongeschiktheid op zich is onvoldoende om van evidente onbillijkheid te kunnen spreken.³⁸

In het geval dat de kantonrechter oordeelt dat de vergoeding die in het sociaal plan niet evident onbillijk is, wordt veelal slechts volstaan met de conclusie dat *niet is gesteld of gebleken dat de toepassing van het sociaal plan tot een evident onbillijke uitkomst zou leiden*. Er wordt vervolgens niet

33 Ktr. Amersfoort 14 februari 2007, JAR 2007/114 en Ktr. Amsterdam 20 september 2006, JAR 2006/250.

34 Ktr. Arnhem 20 februari 2006, JAR 2006/70.

35 Ktr. Amersfoort 14 februari 2007, JAR 2007/114 en Ktr. Amsterdam 20 september 2006, JAR 2006/250.

36 Ktr. Amersfoort 14 februari 2007, JAR 2007/114 en Ktr. Rotterdam 27 augustus 2004, JAR 2004/249.

37 Ktr. Utrecht 21 mei 2008, LJN BD1860 en Ktr. Amsterdam 20 september 2006, JAR 2006/250.

38 Ktr. Haarlem 27 september 2007, JAR 2007/270.

toegelicht welke omstandigheden een rol bij deze afweging spelen.³⁹ Een uitzondering hierop vormen Kantonrechter Heerlen, die aangeeft dat een lager salaris elders geen reden is het sociaal plan als evident onbillijk aan te merken,⁴⁰ Kantonrechter Arnhem, die aangeeft dat de lengte van het dienstverband en de leeftijd van de werknemer een rol spelen,⁴¹ en Kantonrechter Rotterdam, die de financiële positie van de werkgever als argument noemt.⁴²

De Kantonrechter Haarlem geeft in zijn vonnis van 27 september 2007 aan dat het toetsingscriterium bij een sociaal plan moet zijn het 'evident onbillijk-criterium', maar in deze zaak is in het sociaal plan een hardheidsclausule opgenomen waarin is bepaald dat afwijking kan plaatsvinden in 'onbillijke gevallen'.⁴³ De kantonrechter stelt eerst vast dat deze hardheidsclausule een lichtere toets bevat dan Aanbeveling 3.6 en vervolgt met te stellen dat nu eenmaal deze lichtere toets is overeengekomen, dit de maatstaf is waaraan het sociaal plan moet worden getoetst. De kantonrechter doet geen uitspraak over het evident onbillijk criterium, maar geeft slechts aan dat hiervan ten gunste van de werknemer mag worden afgeweken in het sociaal plan zelf.

Een aantal van de door de kantonrechters genoemde criteria is rechtstreeks afkomstig uit de voorbeelden die in Aanbeveling 3.6 worden genoemd, zoals de lengte van het dienstverband en het bestaan van een handicap. Wat opvalt, is dat de uitspraken waarin de hiervoor besproken criteria worden genoemd in zowel 685- als 681-procedures zijn gedaan. Het onderscheid dat in het kader van analoge toepassing van de kantonrechtersformule – toch ook een begrip uit de Aanbevelingen – tussen 685- en 681-procedures wordt gemaakt, is kennelijk in geval van Aanbeveling 3.6 minder aanwezig.⁴⁴ Aanbeveling 3.6 wordt immers ook in 681-zaken gehanteerd, zo blijkt uit onder meer Ktr. Utrecht 21 mei 2008, LJN BD1860, Ktr. Amersfoort 14 februari 2007, JAR 2007/114 en Ktr. Arnhem 20 februari 2006, JAR 2006/70. Het onder-

39 Zie Ktr. Deventer 13 februari 2007, LJN AZ8667; Ktr. Amsterdam 15 april 2004, JAR 2004/135; Ktr. Roermond 25 januari 2003, JAR 2003/109 en Ktr. Haarlem 12 december 2002, JAR 2003/58.

40 Ktr. Heerlen 8 juni 2005, JAR 2005/160.

41 Ktr. Arnhem 20 februari 2006, JAR 2006/70.

42 Ktr. Rotterdam 27 augustus 2004, JAR 2004/249.

43 Ktr. Haarlem 27 september 2007, JAR 2007/270.

44 Hof Den Haag heeft recent analoge toepassing van de kantonrechtersformule aangenomen in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure, waarmee wellicht een begin van het einde is gemaakt met betrekking tot de verschillende aanpak van kantonrechters en hoven, zie Hof Den Haag 14 oktober 2008, LJN BF8136, BF6720, BF6790, BF8122 en BF6960. Vooralsnog is echter onduidelijk in hoeverre deze arresten van het Hof Den Haag navolging vinden bij andere hoven.

scheid tussen 685- en 681-procedures met betrekking tot het toepassen van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters wordt blijkbaar minder scherp gemaakt wanneer het gaat om een sociaal plan.

3.1.2 *Bulut/Troost als toetsingsgrond*

Na het arrest Bulut/Troost in 2002 is in de lagere rechtspraak in negen van de 48 vergelijkbare gevallen een uitspraak gedaan waarin de kantonrechter of het hof sprak over de vergoeding van het sociaal plan als aanwijzing dat de toegekende ontslagvergoeding redelijk is. In tabel 3 is een overzicht opgenomen van deze uitspraken.

Tabel 3: Overzicht alle uitspraken met Bulut/Troost als toetsingscriterium

Gerecht	Plaats	Vindplaats	Jaar	Nr.	Partij SP	Procedure
Hof	Leeuwarden	LJN	2008	BC9221	VB	681
Hof	Leeuwarden	LJN	2007	BB0648	VB	681
Ktr.	Haarlem	LJN	2007	AZ8615	VB + OR	681
Ktr.	Arnhem	JAR	2007	57	VB	681
Ktr.	Den Bosch	JAR	2006	128	VB	638
Ktr.	Heerenveen	JIN	2004	10	VB	681
Hof	Den Bosch	JAR	2004	32	VB + OR	681
Ktr.	Hoorn	LJN	2004	AQ7950	VB	681
Ktr.	Deventer	LJN	2003	AH9533	VB	681

Wat direct opvalt, is dat ongeveer een derde van de uitspraken waarbij Bulut/Troost als uitgangspunt wordt genomen, is gewezen door een hof. Dit in tegenstelling tot de uitspraken waarin Aanbeveling 3.6 centraal staat, die enkel door kantonrechters zijn gewezen. Blijkbaar zijn de hoven minder snel geneigd de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters te volgen. Dit zou kunnen worden verklaard doordat de Aanbevelingen zijn geschreven voor de 685-procedure (hoewel kantonrechters Aanbeveling 3.6 ook toepassen in 681-zaken) en analoge toepassing door de hoven veelal wordt afgewezen. Gezien de (reeds eerder aangehaalde) uitspraken van het Hof Den Haag zou dit in de toekomst wellicht kunnen veranderen. Vooralsnog kiezen de hoven in het kader van het sociaal plan als uitgangspunt echter voor Bulut/Troost. Dit zou eventueel kunnen samenhangen met het feit dat de hoven hun arrest graag 'cassatieproof' willen maken.⁴⁵ Hoe wordt de 'aanwijzing' uit Bulut/Troost in de lagere rechtspraak geïnterpreteerd?

45 H.J. Snijders en A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2003, p. 42-43.

De factoren die de hoven en kantonrechters noemen, die tezamen met het sociaal plan aanwijzingen zijn die de redelijkheid van de vergoeding inkleuren, komen grotendeels overeen met de factoren die de rechters gebruiken ter invulling van het 'evident onbillijk-criterium'. Veel voorkomend zijn namelijk de bedrijfseconomische noodzaak van de werkgever om tot de reorganisatie over te gaan,⁴⁶ het aangeboden outplacementtraject,⁴⁷ het eenzijdig ontwikkelde carrièreverloop,⁴⁸ de duur van het dienstverband,⁴⁹ de leeftijd van de werknemer⁵⁰ en diens kansen op de arbeidsmarkt.⁵¹ De 'aanwijzing' uit Bulut/Troost wordt in dit kader dus feitelijk gezien als een omstandigheid in de afweging van alle omstandigheden van het geval uit de 681-procedure.

Een bijzondere uitspraak is het arrest van het Hof Leeuwarden van 25 juli 2007, waarin schematisch een overzicht wordt gepresenteerd van de aspecten die het hof meeweegt als aanwijzingen, die samen met het sociaal plan een rol spelen.⁵² Het hof noemt achtereenvolgens de bedrijfseconomische noodzaak, dat de toegekende vergoeding bestaat uit de kantonrechtersformule met $c=1$, dat de werknemer binnen een half jaar ander werk heeft gevonden en dat een outplacementtraject is aangeboden. Bijzonder aan deze uitspraak is enerzijds dat de hoogte van de vergoeding in het sociaal plan redelijk wordt geacht wanneer deze op de kantonrechtersformule is gebaseerd, en anderzijds dat blijkbaar de duur van de periode dat de werknemer ander werk heeft gevonden een rol speelt, hetgeen frappant te noemen is gezien de ex tunc-toetsing van artikel 7:681 BW.

3.1.3 Overige toetsingsgronden

In tabel 4 is een overzicht gegeven van de elf uitspraken die zien op de rechterlijke gebondenheid aan het sociaal plan, waarin een andere toetsingsmaatstaf wordt aangelegd dan in Aanbeveling 3.6 of Bulut/Troost.

46 Hof Leeuwarden 9 april 2008, LJN BC9221 en Hof Leeuwarden 25 juli 2007, LJN BBo648.

47 Hof Leeuwarden 25 juli 2007, LJN BBo648; Ktr. Heerenveen 2 september 2004, JIN 2004/10 en Ktr. Hoorn 9 augustus 2004, LJN AQ7950.

48 Hof Den Bosch 9 december 2003, JAR 2004/32 en Ktr. Hoorn 9 augustus 2004, LJN AQ7950.

49 Hof Leeuwarden 9 april 2008, LJN BC9221; Hof Den Bosch 9 december 2003, JAR 2004/32 en Ktr. Hoorn 9 augustus 2004, LJN AQ7950.

50 Hof Leeuwarden 9 april 2008, LJN BC9221; Hof Den Bosch 9 december 2003, JAR 2004/32 en Ktr. Hoorn 9 augustus 2004, LJN AQ7950.

51 Hof Den Bosch 9 december 2003, JAR 2004/32; Ktr. Heerenveen 2 september 2004, JIN 2004/10 en Ktr. Hoorn 9 augustus 2004, LJN AQ7950.

52 Hof Leeuwarden 25 juli 2007, LJN BBo648.

De lagere rechters die niet aanknopen bij Aanbeveling 3.6 of Bulut/Troost, hebben een ander scala aan toetsingsmaatstaven ontwikkeld waaraan het sociaal plan wordt getoetst. Zo stelt het Hof Den Bosch in r.o. 4.6.2:⁵³

‘In het geval de arbeidsovereenkomst conform de wettelijke regels is beëindigd en in het kader van die beëindiging (door middel van outplacement) bemiddeld wordt van werk naar werk en/of een vergoeding wordt toegekend zoals overeengekomen in een Sociaal Plan dat is opgesteld in overleg met de vakbonden om de gevolgen van een ontslag in verband met een reorganisatie te regelen, is slechts sprake van een kennelijk onredelijk ontslag indien er bijzondere feiten en/of omstandigheden aanwezig zijn die in een bepaald geval een afwijking van het Sociaal Plan rechtvaardigen. Het moet dan gaan om een geval waarin de getroffen voorzieningen voor de betrokken werknemer kennelijk onredelijk uitpakken.’

Tabel 4: Overzicht alle uitspraken met ander toetsingscriterium dan Aanbeveling 3.6 of Bulut/Troost

Gerecht	Plaats	Vindplaats	Jaar	Nr.	Partij SP	Procedure
Ktr.	Venlo	JAR	2008	85	VB	685
Ktr.	Alkmaar	LJN	2007	BB6992	VB	681
Ktr.	Amsterdam	JAR	2002	188	VB + OR	685
Hof	Den Bosch	LJN	2008	BD4813	VB	681
Ktr.	Amsterdam	JAR	2006	87	VB	681
Ktr.	Groningen	JAR	2007	187	VB	685
Ktr.	Den Haag	JAR	2005	55	VB	685
Ktr.	Utrecht	JAR	2008	84	VB	638
Ktr.	Zwolle	LJN	2006	AV1079	VB	685
Ktr.	Deventer	JAR	2003	57	VB	685
Ktr.	Utrecht	JAR	2003	63	VB	685

Het sociaal plan dat is gesloten met vakbonden (het woord ‘representatieve’ laat het hof weg, maar zal hier naar mijn mening wel moeten worden ingelezen), is in deze uitspraak dus leidend, tenzij er *bijzondere feiten en/of omstandigheden* zijn, die maken dat de getroffen voorzieningen onredelijk uitpakken. Dit kan mijns inziens noch worden gekwalificeerd als ‘evident onbillijk’, noch als ‘aanwijzing’. Het Hof Den Bosch lijkt dus een andere toetsingsmaatstaf aan te leggen dan de Hoge Raad en de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters. In het vervolg van het arrest overweegt het hof in r.o. 4.6.6 dat eenzijdige werkervaring en een inkomensachteruitgang van

53 Hof Den Bosch 29 april 2008, LJN BD4813.

onvoldoende betekenis zijn om als bijzondere feiten en omstandigheden te kunnen worden aangemerkt. Het criterium 'bijzondere omstandigheden' wordt vaker gehanteerd en omvat de toets aan de leeftijd van de werknemer (hoger dan 50 jaar), de lengte van het dienstverband, de (geringe) kansen op de arbeidsmarkt en de gezondheidssituatie van de werknemer.⁵⁴ In principe hanteert het hof hier dus een gewone 681-toetsing.

Wanneer een sociaal plan wel als cao wordt aangemerkt, betekent dat niet dat zonder meer gebondenheid ontstaat voor de ongeorganiseerde werknemer, wanneer geen incorporatiebeding is overeengekomen en de werknemer zich uitdrukkelijk tegen toepassing van het sociaal plan heeft verzet. Artikel 14 van de Wet cao brengt niet met zich dat gebondenheid van een werknemer aan een voor hem ongunstige regeling mag worden aangenomen. De *maatstaven van redelijkheid en billijkheid* brengen in dat geval niet mee dat het sociaal plan moet worden gevolgd.⁵⁵

Er zijn kantonrechters die menen dat de gebondenheid aan het sociaal plan moet worden getoetst aan het criterium '*apert onredelijk*'.⁵⁶ Deze term lijkt aan te sluiten bij Aanbeveling 3.6, waarin gesproken wordt van een evident onbillijke situatie. De Kantonrechter Venlo kleurt het begrip apert onredelijk in aan de hand van de hoogte van de c-factor (0,8) en het feit dat de werknemer de hoge werkdruk behorende bij de functie onvoldoende aankon. De Kantonrechter Alkmaar is zeer summier in zijn motivering door te stellen dat de gemaakte afspraken met de vakbonden voorzien in een vergoeding met $c=1,4$ of een beschermingsperiode van 24 maanden. Dit gegeven brengt mee dat het sociaal plan niet apert onredelijk is. De term apert onredelijk is hoogstwaarschijnlijk overgenomen uit de literatuur, waar Loonstra deze term als synoniem voor evident onbillijk heeft gebruikt.⁵⁷

Andere gehanteerde criteria in de lagere rechtspraak zijn wanneer toepassing van het sociaal plan tot een *individueel onbillijke situatie*⁵⁸ leidt of wanneer de werknemer door het sociaal plan *onevenredig in zijn belangen is getroffen*.⁵⁹ Als omstandigheden moeten dan worden meegewogen de leeftijd van de werknemer en diens kansen op de arbeidsmarkt.

54 Zie bijv. Ktr. Amsterdam 19 juli 2002, JAR 2002/188.

55 Ktr. Utrecht 13 februari 2008, JAR 2008/84.

56 Ktr. Venlo 5 februari 2008, JAR 2008/85 en Ktr. Alkmaar 19 september 2007, LJN BB6992.

57 Loonstra 2004, a.w. (noot 2), p. 263.

58 Ktr. Den Haag 22 december 2004, JAR 2005/55.

59 Ktr. Amsterdam 19 juli 2002, JAR 2002/188.

3.2 Sociaal plan met de ondernemingsraad

De werkgever kan er ook voor kiezen een sociaal plan te sluiten met de ondernemingsraad in plaats van met de vakbonden, bijvoorbeeld wanneer de vakbonden weigeren over een sociaal plan te onderhandelen. Aanbeveling 3.6 en Bulut/Troost zien slechts op sociale plannen die met de vakbonden zijn overeengekomen; de vraag is nu hoe de lagere rechtspraak omgaat met sociale plannen die met de OR zijn gesloten. Na het arrest Bulut/Troost zijn er vijf uitspraken gepubliceerd waarin een sociaal plan dat met de OR is gesloten centraal staat.

Tabel 5: Overzicht alle uitspraken waarin een sociaal plan is gesloten met enkel de OR

Gerecht	Plaats	Vindplaats	Jaar	Nr.	Partij SP	Procedure
Ktr.	Zaandam	LJN	2008	BC9654	OR	685
Ktr.	Rotterdam	JAR	2004	249	OR	685
Ktr.	Eindhoven	JAR	2007	184	OR	685
Ktr.	Lelystad	JAR	2007	258	OR	685
Ktr.	Amsterdam	JAR	2003	44	OR	685

Met betrekking tot sociale plannen die met de OR zijn overeengekomen, zijn in de lagere rechtspraak grofweg twee benaderingen te ontdekken. Er zijn rechters die het sociaal plan met de OR – ondanks dat representatieve vakbonden zich er niet mee hebben bemoeid – als uitgangspunt nemen. Daarbij wordt soms Aanbeveling 3.6 analoog toegepast op het sociaal plan met de OR,⁶⁰ en soms wordt een redelijkheidstoets op het sociaal plan losgelaten,⁶¹ waarbij in beide gevallen in de concrete invulling de financiële situatie van de werkgever alsmede de outplacementinspanningen van de werkgever weer een belangrijke rol spelen.

Er zijn echter ook kantonrechters die zich op het standpunt stellen dat aan het sociaal plan met de OR niet dezelfde waarde toekomt als aan een sociaal plan met de vakbonden. Zo oordeelt de (rijdende) Kantonrechter Zaandam dat nu het sociaal plan niet met de vakbonden is overeengekomen, Aanbeveling 3.6 niet van toepassing is. De instemming van de OR kan niet in de plaats treden voor die van de vakbonden. Er wordt dus afgeweken van de vergoeding conform het sociaal plan, waarbij de criteria voor afwijking zijn de (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid van de werknemer en diens slechte

60 Ktr. Rotterdam 27 augustus 2004, JAR 2004/249.

61 Ktr. Eindhoven 28 juni 2007, JAR 2007/184.

positie op de arbeidsmarkt.⁶² Ook de Kantonrechter Lelystad oordeelt dat het ‘evident onbillijk-criterium’ van Aanbeveling 3.6 niet van toepassing is, nu het sociaal plan niet met de vakbonden maar met de OR is gesloten. Bij vaststelling van de ontbindingsvergoeding moeten daarom alle omstandigheden van het geval worden meegewogen, waarvan het sociaal plan er een is. Overige omstandigheden zijn volgens de kantonrechter de leeftijd van de werknemer, de kansen op de arbeidsmarkt en de financiële situatie van de werkgever. Vervolgens oordeelt de kantonrechter dat hij gezien de genoemde omstandigheden toepassing van het sociaal plan evident onbillijk acht, hetgeen hoogst opmerkelijk is, gezien het feit dat de kantonrechter een rechtsoverweging eerder nog aangeeft dat het ‘evident onbillijk-criterium’ niet geldt voor sociale plannen die zijn gesloten met de OR. In het uiteindelijke oordeel worden alle omstandigheden meegewogen.⁶³ Dezelfde weging van alle omstandigheden komt eveneens voor in het vonnis van de Kantonrechter Amsterdam, die stelt dat het sociaal plan met de OR slechts een richtlijn is, welke in het concrete geval moet worden getoetst aan de omstandigheden die voor de betrokken werknemer gelden.⁶⁴

3.3 Eenzijdig sociaal plan

Een sociaal plan hoeft niet altijd tot stand te komen na overleg tussen de werkgever en de vakbond dan wel de OR. De werkgever kan ook eenzijdig een sociaal plan opstellen. De vraag is hoeveel waarde de (lagere) rechter hecht aan een sociaal plan waarbij geen enkele partij is betrokken die de belangen van de werknemers behartigt. Na Bulut/Troost zijn slechts vier uitspraken gepubliceerd waarin een eenzijdig vastgesteld sociaal plan centraal staat.

Tabel 6: Overzicht alle uitspraken met een eenzijdig vastgesteld sociaal plan

Gerecht	Plaats	Vindplaats	Jaar	Nr.	Partij SP	Procedure
Ktr.	Den Haag	JAR	2007	219	Eenzijdig	685
Ktr.	Rotterdam	RAR	2008	70	Eenzijdig	681
Ktr.	Zwolle	LJN	2003	AF6423	Eenzijdig	685
Hof	Amsterdam	JAR	2006	208	Eenzijdig	681

Wat de status van het eenzijdig opgestelde sociaal plan betreft oordelen de meeste kantonrechters dat – zoals gebruikelijk bij een 681-procedure – alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen, waarin het

62 Ktr. Zaandam 15 april 2008, LJN BC9654.

63 Ktr. Lelystad 5 april 2007, JAR 2007/258.

64 Ktr. Amsterdam 6 januari 2003, JAR 2003/44.

sociaal plan doorgaans geen rol speelt.⁶⁵ In een uitspraak van de Kantonrechter Zwolle wordt het sociaal plan zelfs uitdrukkelijk terzijde geschoven, omdat de vakbonden en de ondernemingsraad niet betrokken zijn geweest bij de totstandkoming ervan.⁶⁶

Bij de concrete invulling van het begrip ‘alle omstandigheden van het geval’ worden in elk geval genoemd de financiële positie van de werkgever, de outplacementinspanningen van de werkgever en de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt,⁶⁷ maar ook de lengte van het dienstverband en de leeftijd van de werknemer.⁶⁸

Ook bij het eenzijdig opgesteld sociaal plan keren dus dezelfde criteria terug als bij sociale plannen met representatieve vakbonden of de OR, zij het dat bij de eenzijdige sociale plannen het sociaal plan niet als basis wordt gebruikt. Nu de toetsingscriteria materieel gezien dezelfde zijn, ontloopt de uitkomst van deze toets die bij de overige sociale plannen niet (veel).

3.4 Analyse lagere rechtspraak

Uit de analyse van de lagere rechtspraak over sociale plannen die zijn overeengekomen met representatieve vakbonden blijkt, dat een driedeling kan worden gemaakt in toetsingscriteria die door de lagere rechtspraak worden aangelegd. Ten eerste zijn er kantonrechters die Aanbeveling 3.6, het ‘evident onbillijk-criterium’, toepassen. Daarnaast zijn er kantonrechters die het criterium dat het sociaal plan een aanwijzing vormt dat het redelijk is, toepassen, en dan is er nog een aantal kantonrechters dat een totaal ander criterium als maatstaf aanlegt.

Uit de analyse van de rechtspraak waarin kantonrechters aanknopen bij Aanbeveling 3.6 is gebleken dat bij de concrete invulling van het criterium ‘evident onbillijk’ in de meeste gevallen de lengte van het dienstverband een rol speelt. Een zeer lang dienstverband ten opzichte van de andere werknemers die afvloeien levert – al dan niet in combinatie met andere factoren – een grond op om de gevolgen van het sociaal plan als evident onbillijk te kwalificeren. Daarnaast worden de factoren dat de werknemer arbeidsongeschikt is, dat de werkgever een goede financiële positie heeft

65 Hof Amsterdam 6 juli 2006, JAR 2006/208; Ktr. Rotterdam 15 januari 2008, RAR 2008, 70 en Ktr. Den Haag 30 juli 2007, JAR 2007/219.

66 Ktr. Zwolle 18 maart 2003, LJN AF6423.

67 Hof Amsterdam 6 juli 2006, JAR 2006/208; Ktr. Rotterdam 15 januari 2008, RAR 2008, 70 en Ktr. Den Haag 30 juli 2007, JAR 2007/219.

68 Hof Amsterdam 6 juli 2006, JAR 2006/208.

en dat de werkgever te weinig aan outplacement heeft gedaan, veelvuldig meegewogen.

De kantonrechters en hoven die het 'aanwijzingscriterium' uit Bulut/Troost hebben toegepast, laten in hun concrete invulling van dat criterium in vrijwel alle gevallen de arbeidsmarktpositie van de werknemer, de financiële situatie van de werkgever, de lengte van het dienstverband en het aanbieden van een outplacementtraject meewegen. Dit zijn dus vrijwel dezelfde criteria als wanneer de lagere rechter aanknoopt bij Aanbeveling 3.6.

In de uitspraken waarbij Aanbeveling 3.6 noch Bulut/Troost wordt aangehaald, lopen de motiveringen om al dan niet af te wijken van het sociaal plan sterk uiteen. Sommige rechters volstaan door te stellen dat de hoogte van de overeengekomen vergoeding voldoet aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, of dat het feit dat de vakbond akkoord is gegaan, meebrengt dat de vergoeding niet kennelijk onredelijk is. In de vonnissen waarin wel een wat uitgebreidere motivering wordt gegeven, komen de leeftijd van de werknemer, de lengte van het dienstverband, de kansen op de arbeidsmarkt en de gezondheid van de werknemer als criteria aan bod.

Voor wat de uitspraken betreft waarbij een sociaal plan dat gesloten is met de OR centraal staat, geldt dat sommige kantonrechters Aanbeveling 3.6 (analoog) toepassen en andere kantonrechters het sociaal plan slechts als omstandigheid meenemen in een breder scala aan omstandigheden. Hierbij komen wel telkens de financiële situatie van de werkgever, de lengte van het dienstverband en de kansen op de arbeidsmarkt terug.

Een eenzijdig door de werkgever opgesteld sociaal plan wordt doorgaans niet als maatstaf genomen door de rechter. De werkgever heeft in deze situatie zijn verplichtingen vastgesteld zonder dat een werknemersvertegenwoordigend orgaan zich hierover heeft kunnen uitlaten en derhalve wordt het sociaal plan meestal buiten beschouwing gelaten. De criteria die dan worden gehanteerd, zijn echter dezelfde als bij de overige categorieën sociale plannen, dus de materiële uitkomst is voor de werknemer (gelukkig) vrijwel gelijk.

Hoewel de lagere rechters bij de toetsing van de redelijkheid van het sociaal plan weliswaar andere uitgangspunten hanteren door te kiezen voor Aanbeveling 3.6, hetzij Bulut/Troost, hetzij weer iets anders, zijn zij in hun concrete invulling van deze criteria redelijk consequent door overwegend dezelfde factoren mee te wegen. Duidelijk is dat bij sociale plannen die met een vakbond zijn overeengekomen, kan worden afgeweken van de overeen-

gekomen vergoeding wanneer sprake is van een zeer lang dienstverband, slechte kansen op de arbeidsmarkt, weinig outplacementinspanningen en arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Hierbij moet worden aangetekend dat een enkel element veelal niet voldoende is, maar dat een combinatie van deze factoren aanwezig zal moeten zijn, wil de lagere rechter tot afwijking van de vergoeding uit het sociaal plan overgaan. Wanneer een sociaal plan is overeengekomen met de OR, spelen meestal dezelfde criteria een rol, maar wordt minder strak het sociaal plan als uitgangspunt gehanteerd. Eenzijdig opgestelde sociale plannen worden doorgaans door de rechter gepasseerd, maar de 'gewone' 681-toets brengt met zich mee dat ook in deze zaken dezelfde criteria worden gehanteerd voor het bepalen van de vergoeding.

4 Conclusie

In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen drie typen sociaal plan. De mate van gebondenheid van de rechter aan het sociaal plan zou sterker moeten zijn naarmate een invloedrijker werknemersvertegenwoordigend orgaan betrokken is geweest bij de totstandkoming van het sociaal plan. Over de status van het sociaal plan dat is overeengekomen met representatieve vakbonden – het meest voorkomende type sociaal plan –, is geen consensus in de literatuur en evenmin in de lagere jurisprudentie. Het sociaal plan met de ondernemingsraad wordt in de literatuur verschillend gekwalificeerd, maar de visie van Loonstra en Van der Hulst, waarbij dit type sociaal plan een van de factoren is die meewegen bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding, wordt door de lagere rechtspraak veelal gevolgd. Aan het eenzijdig door de werkgever opgestelde sociaal plan wordt zowel in de literatuur als in de jurisprudentie weinig waarde toegekend. Het verschil van opvattingen in de literatuur en lagere rechtspraak wordt namelijk extra gevoed door de onduidelijkheid die door de Hoge Raad is gecreëerd met betrekking tot de status van het sociaal plan.

Uit de analyse van de lagere rechtspraak is gebleken dat kantonrechters en hoven vooral pragmatici zijn, die in een concreet voorliggende zaak zo veel mogelijk recht doen aan de omstandigheden van het geval. Hoewel de status van het sociaal plan en de daarmee samenhangende gebondenheid verre van duidelijk is, en daar door kantonrechters verschillend over wordt gedacht, blijkt dat bij de concrete invulling van het 'aanwijzingscriterium' van de Hoge Raad dan wel het 'evident onbillijk-criterium' uit Aanbeveling 3.6 veelal dezelfde factoren worden meegewogen. Zo komen de financiële situatie van de werkgever, het aantal dienstjaren van de werknemer, de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt en eventuele arbeidsonge-

schiktheid zeer frequent terug bij de invulling in het concrete geval. Het ingaan op de grondslag en de status van het sociaal plan wordt door lagere rechters veelal vermeden, waardoor de motivering soms wat aan duidelijkheid te wensen overlaat.

Na deze analyse van de lagere rechtspraak inzake het sociaal plan zou ik zeker niet willen concluderen dat de lijn in de rechtspraak evident onbillijk is. Het geringe aantal hoger beroeps- en cassatiezaken is eerder een aanwijzing dat de lagere rechtspraak inzake het sociaal plan van goede kwaliteit is. Vanwege de onduidelijkheid die de Hoge Raad heeft gecreëerd met het arrest Bulut/Troost, zijn echter verschillende toetsingscriteria ontstaan, waardoor er formeel geen sprake is van rechtseenheid. De lagere rechtspraak gaat echter pragmatisch met de verschillende criteria om en hanteert eenzelfde concrete invulling ongeacht het criterium, waardoor geconcludeerd kan worden dat er materieel gezien wel sprake is van de gewenste rechtseenheid.