

ABC of XYZ: ontslagvergoeding wordt 'alphabet soup'

*Mr. I.L. Gerrits en mr. H.T. ten Have**

Inleiding

Op 7 juli 2009 wezen drie van de vijf gerechtshoven belangrijke arresten betreffende de ontslagvergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Waar zij toepassing van de kantonrechttersformule voorheen slechts afwezen, introduceerden zij nu een eigen formule: de XYZ-formule. Met de nodige gevolgen voor de praktijk.

Beëindiging van de arbeidsovereenkomst en ontslagvergoeding

Voor een gedwongen ontslag van een werknemer staan een werkgever twee hoofdroutes ter beschikking: opzegging of ontbinding. In het geval van opzegging dient de werkgever op grond van artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) in het algemeen eerst een vergunning aan te vragen bij het UWV WERKbedrijf. Het UWV WERKbedrijf toetst of de werkgever gegronde redenen voor het ontslag heeft. Indien dat het geval is, verkrijgt de werkgever een ontslagvergunning waarmee hij de arbeidsovereenkomst, met inachtneming van de geldende opzegtermijn, kan opzeggen. De werknemer kan dan vervolgens nog wel een procedure op basis van kennelijk onredelijk ontslag ex artikel 7:681 BW initiëren, waarin doorgaans slechts de vraag centraal staat of aan de werknemer een vergoeding dient te worden toegekend.

In geval van een ontbindingsverzoek ex artikel 7:685 BW toetst de rechter of sprake is van gewichtige redenen die een ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigen. Als hij van mening is dat dit het geval is, kan hij de arbeidsovereenkomst ontbinden. In verreweg de meeste gevallen leidt een ontbindingsverzoek ook daadwerkelijk tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, met toekenning van een vergoeding aan de werknemer.

De vergoeding bij ontbinding wordt sinds 1997 vastgesteld aan de hand van de kantonrechttersformule: $A \times B \times C$.¹ Hierbij staat A voor het gewogen aantal dienstjaren, B voor het laatstverdiende brutomaandloon en C voor de correctiefactor. Deze laatste is in een 'neutrale' situatie gelijk aan 1, maar kan hoger of lager zijn, afhankelijk van de verwijtbaarheid aan de kant van een der partijen. Voor de berekening van de vergoeding bij ken-

nelijk onredelijk ontslag bestond tot voor kort geen algemene regel of formule. Vaststond slechts dat alle omstandigheden van het geval beslissend waren.²

In de rechtspraak en literatuur wordt al langere tijd geworsteld met de vraag of de vergoedingen op grond van een procedure ex artikel 7:681 BW en een procedure ex artikel 7:685 BW niet op dezelfde manier berekend zouden moeten worden en, in het verlengde daarvan, of in procedures op grond van kennelijk onredelijk ontslag niet ook de kantonrechttersformule toegepast zou moeten worden. De voorstanders stellen dat een ontslag een ontslag is en dat het niet uit zou moeten maken op welke wijze dit geëffectueerd wordt. Als vanzelf komt in dat verband de vraag aan de orde wat de grondslagen van het toekennen van een ontslagvergoeding zijn.

De grondslagen voor het bestaan van een ontslagvergoeding worden in de literatuur heftig bediscussieerd.³ Loonstra noemt drie gronden voor het toekennen van een ontslagvergoeding: (1) trouwe dienst moet worden beloofd; (2) bedrijfsresultaten komen ook de werknemer toe; en (3) op de werkgever rusten postcontractuele zorgplichten.⁴

In aanvulling hierop wijzen Baris en Grapperhaus erop dat de werknemer recht heeft op een vergoeding voor niet-terugverdiende investeringen. Daarbij dient niet alleen rekening te worden gehouden met eventueel in de toekomst nog te genereren inkomsten, maar ook met de door de werknemer op het bedrijf van zijn werkgever toegespitste kennis en ervaring, de verloren anciënniteit, het verlies van reputatie en prestige, en ook het mislopen van promotie- en verbeteringskansen bij de oude werkgever.⁵ Verburg wijst op het publieke belang van de ontslagvergoeding. Hij ziet de ontslagvergoeding als een manier om een zekere mate van rust in het land te handhaven. Werknemers

2. HR 27 februari 1998, JAR 1998, 111.

3. Zie bijvoorbeeld C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief*, NJB 2000, p. 1267-1277, G.C. Boot, *Ontslagvergoedingen: grondslag, vormen en toekomst*, SMA 1999, p. 406-417, A.M. Luttmer-Kat, *De rechtsgrond van (forfaitaire) ontslagvergoedingen*, SMA 1999, p. 435-441 en recenter M.W.A.M. van Kempen & J.J.W. Ladesteijn, *Reflexwerking van de kantonrechttersformule in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure*, *ArbeidsRecht* 2009, nr. 9.

4. C.J. Loonstra, *De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen*, *ArbeidsRecht* 2001, nr. 8/9.

5. A. Baris, *Vergoeding bij ontslag zonder grondslag?*, SMA 2004, p. 339-345 en F.B.J. Grapperhaus, *De positie van de bestuurder van de Nederlandse beursvennootschap*, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 416-423.

* Mr. I.L. Gerrits is advocaat bij NautaDutilh. Mr. H.T. ten Have is advocaat bij NautaDutilh.

1. Aanbevelingen voor procedures ex art. 7:685 BW, zoals vastgesteld in de plenaire vergadering van de Kring van Kantonrechtters d.d. 8 november 1996, zoals laatstelijk gewijzigd d.d. 30 oktober 2008.

zouden niet te angstig moeten zijn voor ontslag, zodat zij weerbaarder zijn. De wetenschap dat men niet van het ene moment op het andere zonder geld op straat kan komen te staan, zou rust en zekerheid geven. Volgens hem voorziet een ontslagvergoeding hierin.⁶

Boot stelt in zijn proefschrift dat de duidelijkste grond voor een ontslagvergoeding de op de werkgever rustende postcontractuele zorgplicht is, in het licht van de door de werknemer als gevolg van het ontslag te verwachten materiële schade. De vergoeding hoeft volgens hem niet de volledige te verwachten inkomensschade op te vangen, omdat de op de werkgever rustende postcontractuele zorgplicht stopt waar de werknemer zelf voor zijn eigen levensonderhoud moet zorg dragen.⁷

De genoemde grondslagen hebben gemeen dat zij van toepassing kunnen zijn op elk ontslag. Het is daarbij niet van belang via welke weg dit ontslag gestalte krijgt. Hoe zijn de verschillende benaderingen in geval van een ontbindingsprocedure en een procedure uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag dan te verklaren?

Een veelgehoord argument is het feit dat de beide vergoedingen verschillende grondslagen hebben. Artikel 7:681 BW ziet op de vergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag en luidt: 'Indien een van de partijen de arbeidsovereenkomst (...) kennelijk onredelijk opzegt, kan de rechter steeds aan de wederpartij een schadevergoeding toekennen.' Artikel 7:685 lid 8 BW heeft betrekking op de vergoeding bij ontbinding en luidt: 'Indien de rechter het verzoek inwilligt wegens veranderingen in de omstandigheden kan hij, zo hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt, aan een van de partijen ten laste van de wederpartij een vergoeding toekennen (...).' Uit de wettekst blijkt dus dat er in het ene geval sprake is van een schadevergoeding en in het andere geval van een vergoeding naar billijkheid. Of de verschillen in uitkomst in de praktijk nu heel groot zijn, is niet helemaal duidelijk. De onderzoeksresultaten spreken elkaar in dat opzicht enigszins tegen.⁸ Hoe dit ook zij, vaststaat dat de wetteksten ruimte bieden voor verschillende berekeningsmethodieken en derhalve verschillende uitkomsten.

Vanuit praktisch oogpunt wordt vaak beweerd dat een ontslagvergoeding bij ontbinding gerechtvaardigd is, nu de ontslagbescherming in deze procedure in feite minder is dan bij de UWV-procedure. Omdat rechters doorgaans weinig heil zien in het laten voortbestaan van een arbeidsovereenkomst tegen de wil van een der partijen, leidt een ontbindingsprocedure in de meeste gevallen daadwerkelijk tot ontbinding. Bovendien is een ontbindingsprocedure normaal gesproken sneller afgerond dan het aanvragen van een ontslagvergunning en dient de werkgever in

het laatste geval ook nog eens de arbeidsovereenkomst met inachtneming van de opzegtermijn op te zeggen. Deze omstandigheden zouden kunnen verklaren waarom de ontbindingsprocedure voor werkgevers aantrekkelijk is, hoewel de mogelijkheid van toekenning van een vergoeding maakt dat er voor hem wel een prijskaartje aan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan komen te hangen.

Rechtsontwikkelingen

Kantonrechtersformule

Per 1 januari 2009 is een nieuwe, versoberde kantonrechtersformule in werking getreden. De versobering zit voornamelijk in de A-factor (het aantal gewogen dienstjaren). Voorheen telde gewerkte jaren tot het bereiken van de leeftijd van 40 jaar voor 1, gewerkte jaren in de leeftijd van 40 tot 50 jaar voor 1,5 en gewerkte jaren vanaf de leeftijd van 50 jaar voor 2.

De formule is aangepast omdat de kantonrechters van mening waren dat de vooruitzichten op de arbeidsmarkt voor jongere werknemers tegenwoordig gunstiger zijn dan ten tijde van het opstellen van de oude kantonrechtersformule. Het behoeft geen verdere toelichting dat het maar de vraag is of deze inzichten in de huidige economische omstandigheden nog steeds van kracht zijn. Hoe dan ook, tegenwoordig tellen dienstjaren tot het bereiken van de leeftijd van 35 jaar voor 0,5, dienstjaren tussen de leeftijd van 35 en 45 voor 1, dienstjaren tussen de leeftijd van 45 en 55 voor 1,5 en dienstjaren vanaf het bereiken van de leeftijd van 55 jaar voor 2.

Vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag

Ook uit de rechtspraak over de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag blijken de nodige ontwikkelingen. In de lagere rechtspraak is sprake van een rijkgeschakeerd beeld. De ene rechtbank past de kantonrechtersformule toe, de andere kijkt naar daadwerkelijk geleden schade en weer een andere stelt eenvoudig een bedrag vast, zonder dat daar een verdere motivering bij wordt gegeven.⁹ De gerechtshoven hebben zich in eerste instantie tegenstanders getoond van toepassing van de kantonrechtersformule in procedures op grond van kennelijk onredelijk ontslag. Zo oordeelde het Hof Den Haag dat de kantonrechtersformule geen maatstaf is voor de vergoeding in het geval van kennelijk onredelijk ontslag.¹⁰ De procedures van artikel 7:681 en 7:685 verschillen volgens het hof wezenlijk. Het Hof Den Bosch kwam tot een dergelijk oordeel in zijn arrest van 12 april 2005¹¹ en het Hof Amsterdam,¹² het Hof Leeuwarden¹³

6. L.G. Verburg, De statutair directeur na 15 april 2005 in de periode tot en met 2007, *ArbeidsRecht* 2008, nr. 6/7.

7. G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.

8. Zie bijvoorbeeld R. Knegt, *Ontslagvergoedingen in een duaal ontslagstelsel*, SR 2006, p. 287-293 en C.J. Loonstra & P. Kruij, *Statistiek ontbindingsvergoedingen 2007: meer van hetzelfde?*, *ArbeidsRecht* 2008, nr. 26.

9. Zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht 7 mei 2008, JAR 2008, 159 en Ktr. Den Bosch 18 december 2008, LJN BH0395 (toepassing kantonrechtersformule) en Ktr. Haarlem 19 december 2007, JAR 2008, 25 en Ktr. Breda 4 april 2007, LJN BA2783 (geen toepassing kantonrechtersformule).

10. Hof Den Haag 10 januari 2003, NJ 2003, 394.

11. Hof Den Bosch 12 april 2005, JIN 2005, 258 en 21 maart 2006, JAR 2006, 241.

12. Hof Amsterdam 18 maart 2004, JAR 2004, 161 en 23 maart 2006, JAR 2006, 224.

13. Hof Leeuwarden 18 oktober 2006, JAR 2006, 285 en 10 januari 2007, LJN AZ6016.

en het Hof Arnhem¹⁴ hebben deze lijn onderschreven. Kortom, alle vijf de gerechtshoven stelden zich op het standpunt dat er geen plaats is voor de kantonrechtर्सformule in een procedure op basis van kennelijk onredelijk ontslag.

De laatste anderhalf jaar heeft echter een verschuiving plaatsgevonden. Het begon met een uitspraak van het Hof Den Bosch op 11 maart 2008, waarin het in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure aansluit bij de kantonrechtर्सformule met een C-factor van 1.¹⁵ Vervolgens wees het Hof Den Haag op 14 oktober 2008 zeven arresten, waarin de hoogte van de vergoeding in geval van een kennelijk onredelijk ontslag werd bepaald aan de hand van de kantonrechtर्सformule, met een 'korting' van 30%.¹⁶ Het hof erkent dat het terugkomt op zijn eerdere jurisprudentie, waarin het oordeelde dat de kantonrechtर्सformule niet als maatstaf of basis kan worden genomen voor het bepalen van de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. De reden voor de ommezwaai was de constatering dat in de praktijk verdeeldheid bestond over de berekeningswijze. Zo gebruikten kantonrechtर्स onderling verschillende methoden (waarbij een groot aantal de kantonrechtर्सformule), terwijl de hoven zich in het algemeen tegen toepassing van de kantonrechtर्सformule keerden zonder daarbij een goed alternatief te bieden. Het Hof Den Haag achtte deze verschillen vanuit het oogpunt van rechtseenheid ongewenst en overweegt: 'Het hof kiest er daarom in deze ook voor ook bij de beoordeling van de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is, de kantonrechtर्सformule tot uitgangspunt te nemen, m.n. nu het zowel in ontbindingsprocedures als in kennelijk onredelijk ontslag-zaken gaat om een vergoeding met het oog op de gevolgen van het eindigen van de dienstbetrekking, waarbij de schade abstract berekend wordt.' Met deze redenering maakt het hof in onze ogen echter onvoldoende duidelijk waarom het nu precies kiest voor toepassing van de kantonrechtर्सformule. Een enkele verwijzing naar het bevorderen van de rechtseenheid is wat dat betreft te summier. Toegegeven, de kantonrechtर्सformule leidt wel tot min of meer uniforme resultaten en een zekere voorspelbaarheid.

De korting van 30% wordt door het hof gerechtvaardigd door de deels praktische verschillen tussen de beide procedures: bij een kennelijk onredelijk ontslagprocedure wordt het ontslag voorafgaand getoetst door het CWI (thans UWV WERKbedrijf), hetgeen tijd kost, is een opzegtermijn van toepassing, en duidt het wettelijk criterium ('kennelijk') op een drempel. Het laatste punt komt ons dogmatisch gezien merkwaardig voor. Waarom zou de vergoeding bij een ontslag dat kennelijk onredelijk wordt geacht, automatisch lager moeten zijn dan in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst? Toekenning van een vergoeding in een ontbindingsprocedure is krachtens het bepaalde in artikel 7:685 BW immers ook geen automatisme.

Een ander opmerkelijk punt in dit verband is dat het hof het antwoord op de vraag of sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, in belangrijke mate laat afhangen van de aan de werknemer geboden vergoeding. Aan de werknemer zou normaal gesproken een vergoeding moeten worden aangeboden gelijk aan 70% van de kantonrechtर्सformule. Met andere woorden, de kantonrechtर्सformule wordt niet alleen gebruikt bij het bepalen van de hoogte van een vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag, maar ook bij de voorvraag of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag.

Na de uitspraken van het Hof Den Haag was de vraag wat de andere hoven zouden doen. Zoals gezegd hebben de Hoven Den Bosch, Amsterdam en Arnhem (nevenzittingsplaats Leeuwarden) met hun arresten van 7 juli van dit jaar een alternatieve formule in het leven geroepen, die gebaseerd is op de oude kantonrechtर्सformule en inmiddels bekendstaat als de XYZ-formule.¹⁷ X staat hierbij voor het aantal gewogen dienstjaren, Y voor het laatstverdiende brutomaandsalaris en Z voor de correctiefactor.

Wat onmiddellijk opvalt, is dat de X-factor wordt berekend op dezelfde wijze als bij de 'oude' kantonrechtर्सformule: gewerkte jaren vóór het bereiken van de leeftijd van 40 jaar tellen voor 1, gewerkte jaren in de leeftijd van 40 tot 50 jaar tellen voor 1,5 en gewerkte jaren vanaf de leeftijd van 50 jaar tellen voor 2.

De Z-factor bedraagt in beginsel maximaal 0,5. Slechts in bijzondere gevallen kan deze factor hoger uitvallen dan 0,5. Wat deze bijzondere gevallen zijn, wordt niet verder uitgewerkt. De hoven overwegen daarbij dat de Z-factor van 0,5 beoogt aan te sluiten bij de bestaande praktijk van de rechtspraak van de hoven van de laatste jaren. Bedoeld zal zijn dat het resultaat van deze berekening ongeveer overeenkomt met de bedragen die in het algemeen door de hoven werden toegekend. Ook leidt toepassing van de XYZ-formule bij een dienstverband met een zekere duur tot ongeveer dezelfde uitkomst als de nieuwe kantonrechtर्सformule met de korting van 30%, zoals toegepast door het Hof Den Haag.

XYZ-arresten

Bij nadere bestudering van de XYZ-arresten valt in de eerste plaats op dat de vraag of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag, systematisch los wordt gezien van een eventueel aangeboden vergoeding. Waar het Hof Den Haag deze punten met elkaar verbindt door te oordelen dat wanneer geen of een lage vergoeding aangeboden is, het ontslag kennelijk onredelijk is, overwegen de andere hoven dat eerst de vraag beantwoord dient te worden of de opzegging kennelijk onredelijk is, en pas bij een bevestigend antwoord de schadevergoeding aan de orde komt. De benadering van de andere hoven komt ons zuiverder voor dan die van het Hof Den Haag. Uit de wettekst volgt al dat de rechter slechts een vergoeding kan toekennen indien het ontslag

14. Hof Arnhem 12 december 2006, JAR 2007, 44.

15. Hof Den Bosch 11 maart 2008, JAR 2008, 108.

16. Hof Den Haag 14 oktober 2008, LJN BF6720, BF6790, BF6960, BF7002, BF7077, BF8122 en BF8136.

17. Hof Den Bosch 7 juli 2009, LJN BJ1710, BJ1713 en BJ 1716, Hof Amsterdam 7 juli 2009, LJN BJ1644 en BJ1648 en Hof Arnhem (nevenzittingsplaats Leeuwarden) 7 juli 2009, LJN BJ1688.

kennelijk onredelijk is. Er moet dus eerst sprake zijn van een kennelijk onredelijk ontslag. Bovendien is vaste rechtspraak dat niet elke opzegging waarbij geen vergoeding is aangeboden, kennelijk onredelijk is.¹⁸ De hoven die de XYZ-formule gebruiken, geven in hun overwegingen expliciet aan welke omstandigheden van belang kunnen zijn bij de vraag of het gegeven ontslag kennelijk onredelijk is. Deze omstandigheden worden verdeeld in vier categorieën: (1) algemeen: dienstverband en opzegging, (2) ander (passend) werk, (3) de financiële gevolgen van de opzegging en (4) getroffen voorzieningen en financiële compensatie.

Een tweede opvallend punt is dat de hoven met hun XYZ-formule aanknopen bij de oude kantonrechttersformule. Zoals gezegd wordt het aantal gewogen dienstjaren, oftewel de X-factor, namelijk berekend op dezelfde wijze als bij de kantonrechttersformule, zoals die luidde vóór 1 januari 2009. Het is enigszins verwarrend dat de hoven dat doen. Als uniformiteit het na te streven doel is, valt niet in te zien waarom niet aangeknoopt kan worden bij de thans geldende kantonrechttersformule, zoals het Hof Den Haag doet. Hoewel, zoals gezegd, de verschillen in uitkomst tussen de benadering van het Hof Den Haag en de overige hoven bij een dienstverband met een zekere duur verwaarloosbaar zijn: een 'korting' van 30% op de nieuwe versoberde kantonrechttersformule zal ongeveer evenveel zijn als een korting van 50% op de oude kantonrechttersformule.

In de laatste plaats is het opmerkelijk dat de hoven op geen enkele wijze een motivering geven voor hun opvatting dat aangeknoopt dient te worden bij de kantonrechttersformule. Gezien de onzekerheid die in de rechtspraak bestaat omtrent dit onderwerp, en de discussies in de literatuur was dat toch zeer welkom geweest. Ook omdat dat de Hoge Raad bij een eventueel cassatieberoep meer handvatten zou geven om een duidelijk standpunt in te nemen.

Conclusie A-G Spier 4 september 2009

Op 4 september 2009 heeft advocaat-generaal Spier conclusie genomen¹⁹ in het hoger beroep van een uitspraak van het Hof Den Haag van 2 december 2008,²⁰ waarin het de kantonrechttersformule met een korting van 30% heeft toegepast. In een zeer uitgebreide en lezenswaardige conclusie zet de advocaat-generaal uiteen dat wat hem betreft toepassing van de kantonrechttersformule te billijken is. Anders ligt dat voor de generieke korting.

Spier stelt dat in de wet gesproken wordt over schadevergoeding. Om de schade vast te stellen dient de feitelijke situatie (het kennelijk onredelijke ontslag) te worden vergeleken met de hypothetische situatie dat sprake was van een rechtens toelaatbaar (niet kennelijk onredelijk) ontslag. En daarover stelt hij dat: 'Die hypothetische situatie is geenszins zonder meer dat de werkgever zou hebben afgezien van ontslag. Immers is de hoofdregel van ons arbeidsrecht dat arbeidsovereenkomsten kunnen worden

beëindigd (...). Voor zover de weg via het UWV al geen uitkomst voor de werkgever die zich van een werknemer wil ontdoen zou bieden, leert de ervaring dat art. 7:685 BW doorgaans voldoende soelaas biedt.' En: 'Bij gebreke van een betere maatstaf (hypothetisch vergelijkingskader) ligt m.i. het meest voor de hand om aan te knopen bij een veronderstelde ontbinding.' Met andere woorden, bij het bepalen van de vergoeding in die hypothetische situatie geldt dat die vergoeding doorgaans wordt begrensd door hetgeen de werknemer, bij veronderstelde ontbinding, op de voet van artikel 7:685 BW zou hebben ontvangen. Toepassing van de kantonrechttersformule derhalve.

Vervolgens gaat Spier in op de generieke korting die door het Hof Den Haag wordt toegekend. Hij overweegt dat wanneer wordt aangenomen dat toepassing van de kantonrechttersformule de beste (of minst slechte) oplossing is, het een uitgebreide toelichting behoeft waarom daarop een (soort) generieke korting zou moeten worden toegepast. Naar het oordeel van Spier ontbreekt een dergelijke toelichting. Hetzelfde kan *mutatis mutandis* worden gezegd over de XYZ-formule van de andere hoven.

Uitwerking in de praktijk

Laten we nu eens de balans opmaken. De stand van zaken is thans waarschijnlijk zo dat alle hoven aanknopen bij de kantonrechttersformule, zij het met een korting. Wat betekent een en ander in de praktijk?

Statutair bestuurder

Het is goed mogelijk dat werknemers die zich in zeer vergelijkbare omstandigheden bevinden, bij een ontslag zeer uiteenlopende vergoedingen krijgen. Het volgende voorbeeld moge dit verduidelijken.

Twee directeuren – beiden 50 jaar oud – zijn vijftien jaar in dienst en verdienen beiden EUR 20.000 bruto per maand. Zij worden ontslagen omdat 'zij niet langer de juiste man op de juiste plaats zijn'. Het enige verschil tussen de beide directeuren is dat de een behalve werknemer tevens statutair bestuurder is. Voor de statutair bestuurder geldt dat voorafgaande toestemming voor ontslag door het UWV niet vereist is.²¹ Bovendien staat sinds de zogenoemde '15 april-arresten' buiten kijf dat een vennootschapsrechtelijk ontslag tevens een arbeidsrechtelijk ontslag inhoudt.²² Dat betekent dat (in de meeste gevallen) de aandeelhoudersvergadering een statutair bestuurder kan ontslaan, hetgeen het einde van de arbeidsovereenkomst met zich meebrengt. Geen preventieve toets derhalve. Als partijen vervolgens geen regeling weten te treffen, zal de ontslagen statutair bestuurder een procedure aanhangig dienen te maken op grond van kennelijk onredelijk ontslag. Ervan uitgaande dat hij succesvol is, zou hij bij het Hof Den Haag een vergoeding van ongeveer

21. Art. 6 lid 9 BBA jo. de ministeriële regeling van 21 november 1972, Stcrt. 1972, 234.

22. HR 15 april 2005, RAR 2005, 76 (Bartelink/Ciris) en HR 15 april 2005, RAR 2005, 77 (Verkerk/Unidek Volumebouw en Eggenhuizen/Unidek Volumebouw).

18. Zie recentelijk HR 15 februari 2008, JAR 2008, 76.

19. Conclusie mr. J. Spier in zaak 09/00978, 4 september 2009, LJN BJ6596.

20. Hof Den Haag 2 december 2008, LJN BH2842.

EUR 252.000 tegemoet kunnen zien. Bij de andere hoven zou hij op basis van de XYZ-formule uitkomen op EUR 200.000.

De arbeidsovereenkomst van de directeur die 'slechts' werknemer is en niet tevens statutair bestuurder, kan niet zomaar worden opgezegd, waardoor de werkgever zich tot de kantonrechter zal dienen te wenden om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. In een ontbindingsprocedure zou deze directeur op basis van de huidige kantonrechtर्सformule uitkomen op een vergoeding van ongeveer EUR 360.000.

Dit zijn grote verschillen in uitkomst in situaties met kleine verschillen in de arbeidsrechtelijke situaties. Een goede rechtvaardiging hiervoor ontbreekt. Zeker nu de werknemer die tevens statutair bestuurder is, de preventieve bescherming van de UWV-procedure moet ontberen en het dus zowel met minder ontslagbescherming moet doen als met een lagere vergoeding. Daarmee is hij dubbel de klos. Dat klemt temeer nu het feitelijk vaak ter bepaling van de (aandeelhouder van de) werkgever staat of de betreffende werknemer tevens tot statutair bestuurder wordt benoemd of niet. Vraag is of de gerechtshoven wel voldoende stilgestaan hebben bij deze gevolgen. Dat blijkt in ieder geval niet uit hun arresten. Het is in dit kader van belang in ogenschouw te nemen dat er nog andere typen werknemers zijn die het zonder de bescherming van het BBA moeten doen en daarmee in dezelfde positie komen als de statutair bestuurder. Dit geldt bijvoorbeeld voor bepaalde types onderwijzend personeel, geestelijken en schoonmakers (art. 2 BBA).

Sociaal plan

De ABC-formule wordt regelmatig als uitgangspunt gehanteerd in sociale plannen. Met de introductie van de XYZ-formule en de Haagse variant van de ABC-formule met een korting van 30% ligt het voor de hand dat werkgevers bij onderhandelingen over een sociaal plan zullen inzetten op toepassing van deze nieuwe formules in de plaats van de ABC-formule. Deze leiden immers tot goedkopere afvloeiingen. Om dezelfde reden zal van de kant van werknemers en vakbonden juist worden ingezet op voortzetting van toepassing van de ABC-formule.

In geval van een reorganisatie zal er doorgaans sprake zijn van opzegging van de arbeidsovereenkomsten van de overtollige werknemers en niet van ontbinding daarvan. Dat gegeven brengt met zich dat het eerder in de rede ligt om de rechtspraak van de gerechtshoven als uitgangspunt te nemen in plaats van de voor de ontbindingsprocedure ontworpen ABC-formule, hoewel daar aan de hand van de conclusie van advocaat-generaal Spier het nodige tegen in valt te brengen. Hoe het ook zij, er is sprake van een onduidelijke en dus onzekere situatie. Zeker in tijden als de huidige, waarin de relatie tussen werkgevers en vakbonden meer onder druk staat dan een aantal jaren geleden, kan dergelijke onzekerheid leiden tot grote onrust. Dit is uiteraard ongewenst en het is zaak dat hier op korte termijn duidelijkheid in komt.

Tot slot

Met de introductie van de XYZ-formule hebben de betreffende gerechtshoven geprobeerd een zekere uniformiteit en voorspelbaarheid te creëren ten aanzien van de vergoedingen in kennelijk onredelijk ontslag-procedures. Dat valt te prijzen. Er kleeft echter een aantal bezwaren aan. Het belangrijkste bezwaar is dat toepassing van de XYZ-formule op zichzelf niet wordt gemotiveerd, anders dan dat het een weergave van de reeds bestaande praktijk zou zijn. A-G Spier wijst hier ook op en motiveert waarom aanknoping bij de ABC-formule zonder generieke korting juist wel voor de hand ligt. Al met al is het naar ons oordeel te betreuren dat de betreffende gerechtshoven hun keuze niet inzichtelijk hebben gemaakt. Dit geldt temeer nu de formule in de praktijk tot een belangrijke benadeling kan leiden voor een niet-onaanzienlijke groep van werknemers, zoals de werknemers die tevens statutair bestuurder zijn. De gerechtshoven wijden hier geen overwegingen aan en A-G Spier doet dat ook niet. Tegen die achtergrond dringt zich de conclusie op dat zij het ontbreken van ontslagbescherming kennelijk niet als een belangrijke omstandigheid zien bij het toekennen van een vergoeding. Dat is toch opmerkelijk, mede in het licht van de jarenlange discussie over het duale ontslagstelsel en de bijzondere positie van de statutair bestuurder.

Een volgend belangrijk bezwaar wordt gevormd door de praktische gevolgen van de verschillende arresten. Er is op het moment een wirwar aan formules in omloop: de XYZ-formule, de ABC-formule en de Haagse variant van de ABC-formule met een korting van 30%. Dit maakt het geheel er niet overzichtelijker op en zal voor onrust zorgen, niet alleen bij onderhandelingen over sociale plannen, maar ook in individuele gevallen.²³

Een oplossing voor de hiervoor omschreven knelpunten is uiteraard zeer gewenst. Wij zijn ons bewust van het feit dat wij in deze bijdrage slechts knelpunten constateren zonder een kant-en-klare oplossing te bieden. Gezien de zeer fundamentele rechtspolitieke keuzes waarmee een mogelijke oplossing rekening zou moeten houden, zou die oplossing ook geboden dienen te worden door de wetgever of de Hoge Raad. Met het instrumentarium dat tot hun beschikking staat, hebben de gerechtshoven er in ieder geval voor gezorgd dat daartoe een concrete mogelijkheid is. Voor de rechtspraak is te hopen dat de Hoge Raad die mogelijkheid benut. De zaak waarin A-G Spier zijn conclusie heeft genomen, staat op de rol van 13 november 2009.

23. Zie bijv. Ktr. Amsterdam 11 september 2009, JAR 2009, 260.