

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85793>

Please be advised that this information was generated on 2019-04-20 and may be subject to change.

ArbeidsRecht. Maandblad voor de praktijk, 681 en 685 zijn het zat. Een ontslagvergoeding? Dat bepalen we zelf wel!

ArbeidsRecht. Maandblad voor de praktijk, 681 en 685 zijn het zat. Een ontslagvergoeding? Dat bepalen we zelf wel!

ArbeidsRecht. Maandblad voor de praktijk, 681 en 685 zijn het zat. Een ontslagvergoeding? Dat bepalen we zelf wel!

Vindplaats: ArbeidsRecht 2010, 33 Bijgewerkt tot: 01-08-2010

Auteur: Prof. mr. L.G. Verburg[1]

681 en 685 zijn het zat. Een ontslagvergoeding? Dat bepalen we zelf wel!

Inleiding ter gelegenheid van het twaalfde Nationaal ArbeidsRechtDiner op 10 juni 2010.

Inleiding ter gelegenheid van het twaalfde Nationaal ArbeidsRechtDiner op 10 juni 2010

1. In 1954 schreef Levenbach een verzameling studies over de vernieuwingen die de Wet van 17 december 1953 (*Stb.* 619) aanbracht in het ontslagrecht. Onder die vernieuwingen treffen wij de invoering van de regeling van het kennelijk onredelijk ontslag. Levenbach stelt dat de toevoeging van het woord 'kennelijk' aan de term 'onredelijk' een betekenis heeft. Het ging om een compromis in de Stichting van de Arbeid. De werkgevers waren bereid het ontslagbeleid aan een zekere rechterlijke controle te onderwerpen en de werknemers waren tot hetzelfde bereid ten aanzien van de bewegingsvrijheid van de arbeider. Beide groepen wensten tevens dat een zekere armslag voor de betrokken individuen tegenover procesdreigingen - met alle daaraan gepaard gaande onzekerheden - behouden zou blijven. De oordelende instantie diende dus in de visie van Levenbach niet het eigen oordeel over redelijkheid als scherpe maatstaf te hanteren, maar moest een behoorlijke marge toestaan en slechts als kennelijk onredelijk wraken wat in het licht van de ter tijde geldende opvattingen omtrent de verhoudingen tussen werkgevers en werknemers duidelijk over de schreef gaat. Een algemene abstracte formule, meer concreet dan de uitdrukking 'kennelijk onredelijk', kon daarvoor in 1954 niet worden gegeven. Levenbach meende dat na een groot aantal concrete beslissingen via een kritische analyse toch enkele meer abstracte samenvattingen bereikt zouden kunnen worden, maar dat was vooralsnog toekomstmuziek. Levenbach refereert aan een dynamisch element in het begrip 'kennelijk onredelijk'. Dit was ook de zienswijze van de regering en van de Tweede Kamer.

De Tweede Kamer:

'De vaste commissie deelt verder de opvatting der Regering, dat van geval tot geval zal moeten worden uitgemaakt, wat kennelijk onredelijk is. Een nadere concrete uitwerking van dit begrip in de wet acht ook zij onmogelijk. Er zal ten aanzien van dit begrip natuurlijk een zekere jurisprudentie ontstaan en men mag aannemen, dat dit reeds zeer spoedig het geval zal zijn.'

Ik herhaal de laatste zin van de Tweede Kamer uit de wetsgeschiedenis:

'Er zal ten aanzien van dit begrip natuurlijk een zekere jurisprudentie ontstaan en men mag aannemen, dat dit reeds zeer spoedig het geval zal zijn.'

De Tweede Kamer vervolgt met:

'Overigens kan het begrip 'onredelijk' zeer wel een andere inhoud krijgen dan men geneigd is daaraan op het ogenblik toe te kennen. De betekenis van algemene termen in het burgerlijk recht maakt nu eenmaal altijd een ontwikkeling door, naarmate de denkbeelden onder het gehele volk en in wetenschap en jurisprudentie zich wijzigen.'

De minister reageert aldus:

'Ook de ondergetekende komt het voor dat de jurisprudentie op den duur vastheid zal geven aan het begrip 'onredelijk'. Hij deelt de verwachting dat dit begrip daarbij een ontwikkeling kan doormaken naarmate de denkbeelden in het gehele volk evenals in wetenschap en jurisprudentie zich wijzigen.'[2]

2. U begrijpt dat mijn oog bleef hangen bij de gedachte dat na een groot aantal concrete beslissingen via een kritische analyse toch enkele meer abstracte samenvattingen bereikt kunnen worden en bij het zinnetje dat stelde dat men mag aannemen dat reeds zeer spoedig een zekere jurisprudentie zou ontstaan. In het arrest van de Hoge Raad van 27 november 2009 lezen wij dat voorspelbaarheid in belangrijke mate afhankelijk is van het inzicht dat de rechter geeft in de wijze waarop deze frequent voorkomende beslissingen tot stand zijn gekomen. Daarbij is denkbaar dat de rechters een zekere mate van harmonisatie tot stand brengen door de van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden.[3]

3. Terzijde: deze overweging is zowat de enige passage uit het 27 november 2009-arrest welke niet door het voortschrijdend inzicht van de Hoge Raad in het arrest van 12 februari 2010 wordt getroffen.[4] De overweging is integraal overgenomen in het arrest van 12 februari 2010 (r.o. 3.5.7). Dat is handig. In toekomstige voordrachten over de 681-materie behoeft men slechts het arrest van 12 februari 2010 als verplichte stof voor te schrijven. Het arrest van 27 november 2009 speelt met name nog een rol in een voordracht over hoe heel goede civilisten zich zonder verdere kleerscheuren via de route van de 'aanvulling' van A naar Beter schrijven.

4. Terug naar de passage zelf. Heeft de tijd tussen 1954 en 2009/2010 stilgestaan? Zegt Levenbach in 1954 niet exact hetzelfde als wat de Hoge Raad eind 2009 en begin 2010 aanraadt? Hebben wij van de twistappel van kennelijke onredelijkheid uit 1954 gegeten en zijn wij in een 55-jarige slaap gevallen? Natuurlijk weten wij dat de praktijk vanaf eind jaren zeventig van de vorige eeuw gaandeweg meer op het paard van de 685-route is gaan wedden. Maar dat is bezien vanuit 1954 zowat rondom het 25-jarig jubileum van de 681-route. Zijn wij in een diepe 681-slaap gesust en heeft de Hoge Raad ons nu, als de prins die zich van geen kwaad bewust is, wakker gekust? Of was het de twistappel die de Trojaanse oorlog aan het rollen bracht en daarmee aan de wieg stond van het paard van Troje en van twee van de meest beroemde reisverslagen: de Odyssee en de Aeneas. Leefden wij de afgelopen decennia in een sprookjeswereld of beleefden wij de contouren van de routes die Odysseus en Aeneas ieder voor zich vervolgden? En wie van hen nam hier de 681-route en wie de 685-route? Odysseus was van Troje naar huis vele jaren onderweg, ontmoette de eenogige Kykloop, moest laveren tussen Skylla en Charybdis (Skylla als een soort januskop van weleer, maar dan een zeskoppige) en zat jarenlang als gevangene bij Kalypso, de dochter van Atlas, bij wie hij overigens - dat dan weer wel - twee kinderen kreeg, een Homerisch detail dat heel wel past in de chaos van het ontslagrecht. Odysseus op zoek naar zichzelf, ongetwijfeld in de hoop dat hij na een groot aantal concrete beproevingen via een kritische analyse enkele meer abstracte samenvattingen zou kunnen geven van zichzelf. En Aeneas, ook hij vertrekt tezelfdertijd uit het brandende Troje en is jaren op weg naar zijn lotsbestemming. Hij komt terecht op de kust van Tunesië en ontmoet daar de lokale muze, koningin Dido, tot elkaars innige tevredenheid. Het lukt de goden slechts met veel pijn en moeite Aeneas zijn route te laten vervolgen. Dat kost Dido het leven na te hebben voorspeld dat voor Rome en Carthago geldt dat never the twain shall meet in harmonie, een voorspelbaarheid die vandaag ook de ontslagvergoeding tussen art. 7:681 BW en art. 7:685 BW treft. Twee routes met eenzelfde beginpunt (Troje) en een heel verschillend slot. Twee beroemde verhalen uit de tijd dat ze nog verteld werden, reizen die de vraag stellen of start en finish belangrijk zijn en het niet veeleer zo is dat de zoektocht zelf het doel is van de exercitie; dat het om de tocht gaat en de

aankomst irrelevant is. Verhalen die onze worsteling met de ontslagvergoeding meewarig begroeten met: welkom in de wereld waarin u leeft!

5. Of droomde ik slechts dat de 681-route en de 685-route deel uitmaken van dezelfde soort chaos die de helden Odysseus en Aeneas probeerden te overmeesteren en moet ik mij erbij neerleggen dat de ontslagvergoeding die uit de 681-route voortspuit geen spiegelbeeld kan zijn van de ontslagvergoeding die de 685-route geeft, zoals Odysseus en Aeneas als bekend aan het einde van de route gekomen elkaar niet meer de hand hebben weten te schudden en gelijkenissen in hun beider verhalen slechts de reizen zelf betreffen en niet het reisdoel. Want Odysseus doodt thuisgekomen de 100 vrijers van zijn vrouw. Oké, met hulp van zijn zoon, maar toch een kras staaltje. Aeneas vervolgt met de vaste schrijvershand van een Vergilius zijn route naar het beginpunt van wat het Romeinse Rijk zou worden, ook een kras staaltje. Maar Aeneas komt aan het beginpunt, Odysseus komt aan het eindpunt.

6. Grote vragen waarvoor wij grote spelers van het ontslagveld hebben uitgenodigd. De heer Loonstra komt eerst aan bod, de heer Duk volgt na de pauze. Zij hebben hun ontslagsporen in de wetenschap en de praktijk verdiend en vele jaren in het ontslagrecht speurtochten ondernomen. De redactie heeft ook in eigen gelederen gezocht naar experts. Wij hadden daarvoor natuurlijk geen jaren nodig. Mevrouw Charbon en mevrouw Bodewes zitten in de gekende voorhoede en zullen hun licht laten schijnen en zodoende de discussie voor- en bijlichten die wij voeren aan de hand van de betogen van Loonstra en Duk.

7. Maar voordat ik het woord geef aan de heer Loonstra maak ik u nog deelgenoot van een zinnetje dat bij mij blijft knagen. Het zinnetje is te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 12 februari 2010. Het zinnetje is niet van de Hoge Raad zelf, maar van de vier hoven die de XYZ-formule in elkaar toeverden. Het zinnetje staat aan het slot van de beschrijving van de Z-factor. Het zinnetje luidt:

'De Z-factor van 0,5 beoogt aan te sluiten bij de bestaande praktijk van de (gepubliceerde en ongepubliceerde) rechtspraak van de hoven van de laatste jaren.'

Het staat er zo sereen, verscholen achter het struikgewas van de omstandigheden van het geval. Haal je het struikgewas weg, en laat ons wel wezen: de Hoge Raad heeft dat in het arrest van 12 februari 2010 vrij radicaal aangepakt, dan blijft alleen over de bestaande praktijk van de gepubliceerde en ongepubliceerde rechtspraak van de vier hoven van de laatste jaren. De Hoge Raad heeft de Z-factor om zeep gebracht, maar niet de bestaande praktijk van de laatste jaren. Komt hier niet achter de te ruw bevonden bolster een blanke pit tevoorschijn? De voorvraag is natuurlijk of überhaupt sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Die kans ligt, als ik af ga op de rekenkunde van Buijs in een recente annotatie bij een uitspraak van de Haarlemse kantonrechter, op fiftyfifty.[5] Dat percentage sluit goed aan bij wat je bij sommige minder cliëntgerichte arbeidsrechtadvocaten vaker als taxatie tegenkomt.

8. Terug naar de blanke pit van de begroting van de 681-vergoeding. Als het ontslag kennelijk onredelijk is, dan moet krachtens vaste jurisprudentie de portemonnee op tafel komen. De begroting van het 681-bedrag op grond van de bestaande praktijk van de vier hoven van de laatste jaren resulteert grosso modo, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, met de billijkheid als (door de Hoge Raad op 12 februari 2010 'herontdekte') maatstaf, voorzien van een vleugje rechterlijke intuïtie - u kent het arrest van de Hoge Raad inzake *Seminis Vegetable Seeds* uit 2008[6] - in een bedrag dat uitkomt op in beginsel niet meer dan een halve kantonrechtformule oude stijl. Dit resultaatvoetbal kan de rechtspraak ongetwijfeld opschrijven op een manier die in cassatie de toets der kritiek doorstaat. De hoven hebben daarin ook jaren ervaring. Het ging eerst mis bij de codificatie in een 'leunstoelformule'. Je kunt tot begrotingsrichtsnoeren (het internationale bedrijfsleven spreekt dan over Key Performance Indicators, KPI's) komen via een vaste formule (mag niet) of via een rondje langs alle velden van de omstandigheden van het geval (mag wel). Deze teleologische benadering van het billijkheidsoordeel is nog steeds mogelijk. Ook Hof

's-Gravenhage is op zoek naar een nieuwe steen der wijzen. Het ligt dus voor de hand dat alle hoven nog eens om de tafel gaan zitten en proberen een nieuw paard van Troje te bouwen om samen nieuwe reizen naar onbekende verten te kunnen maken. Opdat wij daarvan op dit Nationaal ArbeidsRechtDiner jaarlijks verslag kunnen doen.

Voetnoot

[1]

Prof. mr. L.G. Verburg is hoofdredacteur van *ArbeidsRecht*.

[2]

M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954, p. 49-50.

[3]

HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305 (*Van de Grijp/Stam*). Zie r.o. 4.6.

[4]

HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72 (*Rutten/Breed*).

[5]

Ktr. Haarlem 3 maart 2010, *JIN* 2010/332 (m.nt. Buijs).

[6]

HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/203 (*Seminis Vegetable Seeds Holland BV/Van Wielink*).

Copyright © Kluwer 2012
Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 07-05-2012

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.