

## Kennelijk onredelijk ontslagprocedure

Indien een werknemer wordt ontslagen via een procedure bij het UWV WERKbedrijf (voorheen CWI), kan de werknemer in sommige gevallen zelf een procedure bij de kantonrechter starten om een ontslagvergoeding te verkrijgen. Deze procedure bij de kantonrechter heet een **kennelijk onredelijk ontslagprocedure**

. De afgelopen tijd is er bij voortdurende discussie geweest over de vraag hoe deze ontslagvergoeding dient te worden berekend. Dient de kantonrechter in dit soort procedures ook uit te gaan van de kantonrechtersformule, of dient de vergoeding op een andere wijze berekend te worden? De Hoge Raad heeft daar onlangs uitsluitend over gegeven. Dit arrest van de Hoge Raad is hieronder weergegeven.

Samengevat komt de uitspraak erop neer dat de kantonrechtersformule niet van toepassing is. De Hoge Raad is van mening dat in kennelijk onredelijk ontslagprocedures alle bijzondere omstandigheden van het geval dienen te worden meegewogen, zodat een algemene formule niet kan worden gehanteerd.

In zijn uitspraak geeft de Hoge Raad tevens aan dat het enkele feit dat de werkgever de werknemer geen vergoeding heeft aangeboden, het ontslag niet per definitie kennelijk onredelijk maakt.



## Uitspraak

12 februari 2010

Eerste Kamer

09/03517

EE/TT

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

[Eiser],

wonende te [woonplaats],

EISER tot cassatie, advocaat: mr. R.A.A. Duk,

t e g e n

het rechtspersoonlijkheid bezittend publiekrechtelijk lichaam WNO BEDRIJVEN, handelend onder de naam Breed,

gevestigd te Nijmegen,

VERWEERSTER in cassatie, niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] en Breed.

### 1. Het geding in feitelijke instanties

[Eiser] heeft bij exploit van 28 februari 2007 Breed gedagvaard voor de kantonrechter te Nijmegen en gevorderd - kort gezegd - Breed te veroordelen aan [eiser] te betalen een vergoeding ter zake van kennelijk onredelijk ontslag en een bedrag aan loon.

Breed heeft de vordering bestreden.

De kantonrechter heeft bij vonnis van 9 november 2007 Breed veroordeeld aan [eiser] te betalen een bedrag van € 44.000,-- bruto ter zake van de kennelijke onredelijkheid van de opzegging als bedoeld in art. 7:681 BW, vermeerderd met de wettelijke rente van art. 6:119 BW, alsmede een bedrag van € 6.762,61 bruto ter zake van loon over de periode van 1 juni 2005 tot en met 12 februari 2006. De kantonrechter heeft het meer of anders gevorderde afgewezen. Tegen het vonnis van de kantonrechter heeft Breed hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem. [Eiser] heeft incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 21 juli 2009 heeft het hof het vonnis van de kantonrechter vernietigd en, opnieuw rechtdoende, Breed veroordeeld aan [eiser] te betalen een bedrag van € 9.000,-- ter zake van schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, vermeerderd met rente, en een bedrag van € 1.389,48 bruto ter zake van achterstallig loon over de periode van 1 juni 2005 tot en met 10 juli 2005. Het meer of anders gevorderde heeft het hof afgewezen.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

### 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen Breed is verstek verleend.

De zaak is voor [eiser] toegelicht door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot vernietiging van het bestreden arrest. De advocaat van [eiser] heeft bij brief van 4 december 2009 op de conclusie gereageerd.

### 3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [Eiser], geboren in 1966, is in mei 1990 in dienst getreden van Breed als meewerkend voorman groen. Het dienstverband, aangegaan voor onbepaalde tijd, omvatte laatstelijk 84,21% van de volledige werktijd. Het laatstverdiende loon bedroeg € 2.083,-- bruto per maand, exclusief een vakantietoeslag van 8%.

(ii) Breed, een rechtspersoon in de zin van de Wet sociale werkvoorziening, heeft na daartoe verkregen positief advies van het Centrum voor Werk en Inkomen de arbeidsovereenkomst met [eiser] bij brief van 18 april 2006 opgezegd tegen 1 september 2006. Als ontslaggrond is aangevoerd dat [eiser] sedert 10 juli 2003, en dus langer dan twee jaar, onafgebroken arbeidsongeschikt is.

3.2 De vordering van [eiser] strekt onder meer tot betaling van een schadevergoeding van € 105.000,-- wegens kennelijk onredelijk ontslag. Daarbij heeft hij zowel een beroep gedaan op het feit dat zijn ontslag berust op een valse of voorgewende reden (art. 7:681 lid 2, onder a, BW) als op het feit dat, mede gelet op de voor hem getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging (art. 7:681 lid 2, onder b, BW). De kantonrechter heeft de eerste grondslag verworpen en de tweede aanvaard op grond van de omstandigheid dat Breed op "verwijtbaar onzorgvuldige" wijze de opleiding van [eiser] heeft beëindigd waardoor een arbeidsconflict is ontstaan, waaraan [eiser] overigens ook zelf heeft bijgedragen. De kantonrechter heeft aan [eiser] een schadevergoeding toegekend van € 44.000,-- bruto. Het hof heeft op dezelfde grondslag aangenomen dat het ontslag kennelijk onredelijk is, doch de vergoeding vastgesteld op een bedrag van € 9.000,--.

3.3 De overwegingen die het hof tot zijn oordeel hebben geleid, kunnen als volgt worden samengevat.

(a) Ook het hof is van oordeel dat geen sprake is geweest van een valse of voorgewende reden. (rov. 4.7)

(b) Met betrekking tot de grond als bedoeld in art. 7:681 lid 2, aanhef en onder b, moet eerst aan de hand van de omstandigheden ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang worden beoordeeld of de gevolgen van het ontslag, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen te ernstig zijn, en pas daarna, bij een bevestigend antwoord, welke schadevergoeding aan de werknemer wordt toegekend. Het hof vermeldt daarbij een groot aantal in het algemeen in aanmerking te nemen omstandigheden. (rov. 4.9-4.11)

(c) Indien is geoordeeld dat het ontslag kennelijk onredelijk is, komt de schadevergoeding aan de orde. Deze dient als volgt te worden begroot:

"Schadevergoeding = X x Y x Z

X-factor: het aantal gewogen dienstjaren.

Voor de berekening van X wordt de diensttijd afgerond op hele jaren. Vervolgens worden de dienstjaren op de volgende wijze gewogen: dienstjaren voor het 40e levensjaar tellen voor 1, van het 40e tot het 50e voor 1,5 en elk dienstjaar vanaf het 50e telt voor 2. Een periode van meer dan zes maanden wordt naar boven afgerond.

Y-factor: laatstverdiende salaris.

Bij de berekening van Y zal worden uitgegaan van het bruto maandsalaris, in ieder geval vermeerderd met vaste en overeengekomen looncomponenten, zoals vakantietoeslag, een vaste dertiende maand, een structurele overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag.

Behoudens zeer uitzonderlijke gevallen zullen niet tot Y (laatstverdiende salaris) worden gerekend: het werkgeversaandeel pensioenpremie, de auto van de zaak, onkostenvergoedingen, het werkgeversaandeel in de ziektekostenverzekering en niet structurele looncomponenten (bijvoorbeeld niet structurele bonus).

Z-factor: correctiefactor.

In de Z-factor worden alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag gewogen, onder meer de hiervoor genoemde omstandigheden. Uitgangspunt is  $Z=0,5$ . Daarbij heeft te gelden dat deze factor beoogt in beginsel de maximale schadevergoeding bij een kennelijk onredelijke opzegging vast te leggen. Slechts in bijzondere gevallen kan deze factor hoger uitvallen dan 0,5. 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.

Afronding: de schadevergoeding wordt afgerond in ronde getallen en betreft een brutobedrag.

Maximering: de schadevergoeding zal in beginsel niet hoger zijn dan de verwachte inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd."

(rov. 4.12)

(d) Vervolgens is het hof, na aan de hand van het partijdebat uitvoerig te zijn ingegaan op de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is, tot de conclusie gekomen dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. Het voortduren van het arbeidsconflict tot medio april 2004 en de mede daaruit voortvloeiende arbeidsongeschiktheid van [eiser] kunnen aan Breed worden toegerekend. Breed heeft haar houding vervolgens echter gewijzigd door zich gedurende meer dan een jaar ervoor in te spannen dat een redelijke oplossing van het arbeidsconflict wordt bereikt, en zij heeft de daartoe benodigde begeleiding en scholing toegezegd, waaraan [eiser], die was voorzien van juridische bijstand, evenwel geen of onvoldoende medewerking heeft verleend. Het lag dus voor de hand dat Breed zou streven naar een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met [eiser]. Hoewel [eiser] een aanzienlijke bijdrage heeft geleverd aan het voortduren van het arbeidsconflict en dus aan de situatie zoals deze aan het CWI is voorgelegd, blijft staan dat het arbeidsconflict zijn primaire oorzaak vindt in een niet nader gemotiveerde weigering van de toenmalige manager aan [eiser] nog verdere begeleiding te geven welke noodzakelijk was voor de reeds aangevangen cursus, zodat [eiser] deze heeft moeten beëindigen. Breed heeft aldus niet de zorgvuldigheid betracht die, gelet op de beperking van [eiser], van een goed werkgever belast met de uitvoering van de WSW mag worden verwacht. Voorts heeft Breed zich aanvankelijk, in ieder geval tot 14 april 2004, weinig flexibel opgesteld. Dit brengt mee dat rekening moet worden gehouden met de gevolgen die het ontslag voor [eiser] heeft, met name een terugval in inkomen en het moeilijk kunnen vinden van ander werk in zijn woonomgeving, omdat hij is aangewezen op een arbeidsovereenkomst in WSW-verband. Daarom komt hem een vergoeding toe berekend op basis van de in rov. 4.12 geformuleerde regel. (rov. 4.40-4.42)

(e) Daarbij wordt X gesteld op 16, Y op € 2.250,-- en Z op 0,25, nu [eiser] in belangrijke mate heeft bijgedragen aan het arbeidsconflict. (rov. 4.43)

3.4 Onderdeel 1 van het middel is met zes klachten gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 4.12 (zie hiervoor in 3.3 onder c), en de onderdelen 2 en 3 tegen de daaruit door het hof getrokken conclusies in de rov. 4.42 en 4.43 (hiervoor in 3.3 weergegeven onder d en e). 3.5.1 Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld.

3.5.2 Het hof heeft terecht tot uitgangspunt genomen dat bij de beantwoording van de vraag of het ontslag ingevolge het 'gevolgencriterium' van art. 7:681 lid 2, aanhef en onder b, kennelijk onredelijk is, alle omstandigheden ten tijde van het ontslag in aanmerking moeten worden genomen. De enkele omstandigheid dat de werknemer zonder toekenning van een vergoeding is ontslagen, levert in het algemeen geen grond op voor een vordering als bedoeld in art. 7:681 lid 1. In een dergelijk geval moet voor het aannemen van kennelijke onredelijkheid sprake zijn van bijzondere omstandigheden die meebrengen dat de nadelige gevolgen van de beëindiging geheel of ten dele voor rekening van de werkgever dienen te komen. Er is geen reden hierover anders te oordelen in een geval als het onderhavige, waarin de werkgever wegens twee jaar onafgebroken arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsverhouding mag beëindigen.

3.5.3 Als eenmaal door de rechter is aangenomen dat het ontslag kennelijk onredelijk is, heeft (in dit geval:) de werknemer recht op een vergoeding. De hoogte van deze vergoeding houdt uiteraard nauw verband met de omstandigheden die de rechter tot zijn oordeel over de kennelijke onredelijkheid van het ontslag hebben geleid, en is mede afhankelijk van omstandigheden zoals de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en diens kans op het vinden van ander passend werk, een en ander zoals door het hof uitvoerig in zijn arrest is omschreven.

3.5.4 Ten aanzien van de door de rechter bij de begroting van de omvang van de schadevergoeding aan te leggen maatstaf, geldt in aansluiting op hetgeen is beslist in HR 27 november 2009, nr. 09/00978, LJN BJ6596, het volgende.

3.5.5 De in art. 7:681 lid 1 bedoelde schadevergoeding heeft in zoverre een bijzonder karakter dat deze vooral ertoe dient aan de benadeelde een zekere mate van genoegdoening (of, zoals het door de wetgever ook wel is genoemd: "pleister op de wonde", Kamerstukken II 1951/52, 881, nr. 6, p. 30) te verschaffen die in overeenstemming is met de aard en de ernst van de tekortkoming van de wederpartij. Daarmee strookt dat de rechter een grote mate van vrijheid heeft op grond van alle omstandigheden de hoogte van de vergoeding te bepalen, zoals ook duidelijk wordt uit de wetsgeschiedenis. De voorganger van deze bepaling, art. 1639s (oud) BW, bevatte als maatstaf "naar billijkheid". Met die maatstaf werd tot uitdrukking gebracht dat de rechter bij de begroting van de schadevergoeding niet gebonden was aan de regels van stelplicht en bewijslast. Deze woorden zijn in 1997 bij de invoering van art. 7:681 BW komen te vervallen, enerzijds omdat aan schadevergoeding naar billijkheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek een andere betekenis toekomt dan naar oud recht het geval was, en anderzijds omdat de wetgever van oordeel was dat deze woorden overbodig waren, nu de algemene regels van Boek 6 BW voor de begroting van schadevergoeding van toepassing zijn. Art. 6:97 BW geeft als algemene regel dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest in overeenstemming daarmee is, en laat de rechter de vrijheid de omvang van de schade te schatten als deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. In het licht hiervan moet worden aangenomen dat de wetgever van opvatting was en ook beoogde dat in de praktijk toepassing van deze maatstaf tot een gelijksoortig resultaat zou leiden als de toepassing van de oude maatstaf.

3.5.6 Hoewel de rechter dus een grote mate van vrijheid heeft bij de begroting van de schade, brengen hetgeen hiervoor is overwogen in 3.5.2 en de daaruit voortvloeiende aard van de aansprakelijkheid van de werkgever mee dat de rechter, zoals in het hiervoor genoemde arrest van 27 november 2009 is overwogen, zich in een geval als dit steeds nauwkeurig rekenschap dient te geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen, en dat hij daarvan in zijn beslissing ook verantwoording dient af te leggen op zodanige

wijze dat voldoende inzicht wordt gegeven in de afweging die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid. Hij moet de vergoeding dan ook relateren aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen en aan de daaruit voor de werknemer voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen. Dit laat overigens onverlet dat art. 6:97 BW de rechter vrij laat de hoogte van de vergoeding uiteindelijk naar billijkheid op een bedrag te begroten.

3.5.7 Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat de rechter, in verband met de betekenis die aan de bijzondere omstandigheden van het geval behoort te worden toegekend, de schade niet mag begroten aan de hand van een algemene formule, zoals door het hof is gehanteerd. Hoewel niet ontkend kan worden dat de voorspelbaarheid van dit soort frequent voorkomende beslissingen en daarmee in zeker opzicht ook het belang van de rechtszekerheid, zou worden gediend met het toepassen van zo'n formule, kan ook daarin geen toereikende rechtvaardiging worden gevonden voor het hanteren daarvan. Die voorspelbaarheid staat of valt overigens niet met zo'n formule: zij neemt immers ook toe naarmate de rechter vollediger inzicht geeft in de gedachtegang die tot zijn beslissing heeft geleid. Daarnaast blijft denkbaar dat de rechters die over deze vergoedingen beslissen, 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 eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden, zonder dat zij één bepaalde algemene formule als vuistregel hanteren (vgl. het genoemde arrest van 27 november 2009, rov. 4.6).

3.6.1 De klacht van onderdeel 1 onder (i) voor zover inhoudende dat het hanteren van een vaste formule die volledig of in verregaande mate abstraheert van de nadelen die een werknemer door de kennelijk onredelijke opzegging van zijn arbeidsovereenkomst heeft geleden, onjuist is, treft op grond van het hiervoor in 3.5 overwogene dus doel.

3.6.2 Onderdeel 1 onder (iv) bevat voorts de klacht dat de beslissing van het hof de Z-factor (in de formule  $X \times Y \times Z$ ) in beginsel te stellen op 0,5 en daarmee de maximale schadevergoeding vast te leggen, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Deze klacht is in zoverre gegrond dat de door het hof gebruikte formule een te globale, immers alleen aan een algemene weging van bepaalde factoren gerelateerde, maatstaf oplevert, mede omdat daarbij als uitgangspunt geldt dat de hoogte van de schadevergoeding aan een maximum wordt gebonden.

3.6.3 De klachten van deze onderdelen treffen echter geen doel voor zover zij ertoe strekken dat de rechter de vergoeding alleen kan bepalen op basis van een concrete en nauwkeurige schadeberekening.

3.7 De klachten van onderdeel 1 onder (ii) en (iii) hebben betrekking op het al dan niet in aanmerking nemen van bepaalde beloningscomponenten, waaronder het werkgeversaandeel in de pensioenpremie, bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding. Deze klachten treffen eveneens doel voor zover het hof heeft geoordeeld dat deze factoren "behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden" buiten beschouwing behoren te worden gelaten, omdat dit oordeel miskent dat het van de omstandigheden van het te beoordelen geval afhangt of en in hoeverre deze factoren een rol kunnen spelen. Voor zover het oordeel van het hof evenwel inhoudt dat voor het in aanmerking nemen van niet-structurele beloningscomponenten een deugdelijke reden moet bestaan, getuigt dit oordeel niet van een onjuiste rechtsopvatting.

3.8 Onderdeel 1 onder (v) keert zich tegen het oordeel van het hof dat de hoogte van de schadevergoeding, bijzondere gevallen daargelaten, wordt gemaximeerd op de te verwachten inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd. Ook dit onderdeel slaagt, nu het hof eraan voorbij heeft gezien dat bij de begroting van de schadevergoeding wegens kennelijk

onredelijk ontslag andere schadeposten voor vergoeding in aanmerking kunnen komen, zoals onder daartoe aanleiding gevende omstandigheden immateriële schade en pensioenschade.

3.9.1 Onderdeel 1 onder (vi) strekt ten betoge dat de door het hof gehanteerde formule getuigt van een onjuiste rechtsopvatting omdat door de toepassing daarvan bij de begroting van de schade steeds, zowel indirect, door de hoogte van de vergoeding te koppelen aan de lengte van het dienstverband, als direct onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt. Het gebruik van een algemene regel die in iedere zaak toepassing vindt ongeacht de concrete omstandigheden, moet als verboden onderscheid naar leeftijd worden aangemerkt in het licht van art. 3 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid in verbinding met Richtlijn 2000/78/EG nu daarvoor geen objectieve rechtvaardiging valt aan te wijzen. In elk geval had het hof, aldus het onderdeel, behoren te onderzoeken of dit onderscheid wel kon worden gerechtvaardigd omdat daarmee een legitiem doel werd nagestreefd en het middel om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk is.

3.9.2 Het onderdeel kan geen doel treffen op grond van het navolgende. Het aantal dienstjaren en de leeftijd van de benadeelde zijn factoren waarmee de rechter bij de begroting van de schade rekening kan houden. In hoeverre de lengte van het dienstverband en de hoogte van de leeftijd van de benadeelde een rol spelen, zal afhangen van de omstandigheden van het concrete geval die tot het oordeel hebben geleid dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Dit betekent dat zij individueel moeten worden meegewogen. Dat de rechter daarbij in het algemeen meer gewicht aan deze factoren toekent naarmate het dienstverband langer heeft geduurd en de leeftijd van de betrokkene hoger is, is in overeenstemming met de aard van de aansprakelijkheid en van de schade. Het hof heeft in het onderhavige geval voldoende onderkend dat hierop uitzonderingen mogelijk zijn. Van een verboden algemeen onderscheid naar leeftijd is derhalve reeds daarom geen sprake. Nu de Hoge Raad het gebruik van een formule als door het hof is gebruikt met het oog op de begroting van schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag voor het overige als getuigend van een onjuiste rechtsopvatting heeft aangemerkt, behoeft het onderdeel verder geen behandeling. Ook het op dit onderdeel voortbouwende onderdeel 3 faalt daarom.

3.10 Het slagen van de klachten van onderdeel 1 onder (i) tot en met (v) heeft tot gevolg dat ook het tegen rov. 4.42 en rov. 4.43 gerichte onderdeel 2 en het tegen rov. 4.45 gerichte onderdeel 4 doel treffen.

#### 4. Beslissing over **kennelijk onredelijk ontslag**

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Arnhem van 21 juli 2009;

verwijst de zaak naar het gerechtshof te 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Breed in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 3.317,16 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris.

Dit arrest is geweest door de vice-president J.B. Fleers als voorzitter en de raadsheren O. de Savornin Lohman, A. Hammerstein, C.A. Streefkerk en W.D.H. Asser, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 12 februari 2010.

Conclusie

09/03517

mr. J. Spier

Zitting 20 november 2009 (bij vervroeging)

Conclusie inzake

[Eiser]

tegen

het rechtspersoonlijkheid bezittend publiekrechtelijk lichaam WNO Bedrijven, h.o.d.n. Breed,  
(hierna: Breed)

1. Feiten

1.1 Voor zover thans nog van belang gaat het in deze zaak om het volgende.(1)

1.2 [Eiser] is op WSW-indicatie van 28 mei 1990 tot 1 september 2006 in dienst geweest van Breed, werkzaam in de sfeer van de WSW. 1.3 Na verkregen positief advies van het CWI heeft Breed de arbeidsovereenkomst met inachtneming van de geldende opzegtermijn (4 maanden) opgezegd tegen 1 september 2006 omdat [eiser] langer dan twee jaar arbeidsongeschikt was. 1.4 [Eiser] is op 7 november 1966 geboren.(2)

2. Procesverloop

2.1.1 Op 28 februari 2007 heeft [eiser] Breed gedagvaard voor de Kantonrechter Nijmegen. Hij heeft onder meer betaling van € 105.000 gevorderd wegens kennelijk onredelijk ontslag. Dit bedrag is gebaseerd op de kantonrechtersformule zoals nader uitgewerkt in de dagvaarding onder 76 en de mva onder 20. 2.1.2 Deze vordering was subsidiair gebaseerd op het "gevolgencriterium".(3)

2.2 In zijn vonnis van 9 november 2007 oordeelt de Kantonrechter dat [eiser] aanspraak heeft op een vergoeding naar billijkheid. Deze wordt vastgesteld door aansluiting te zoeken bij "de bestaande praktijk in de gevallen van de in artikel 7:685 lid 1 BW bedoelde ontbinding" op € 44.000 bruto (rov. 3.15). 2.3 Breed heeft hoger beroep ingesteld. 2.4 Het beroep is bestreden door [eiser] die (gedeeltelijk voorwaardelijk) incidenteel beroep heeft ingesteld. Bij akte heeft [eiser] zijn vordering gewijzigd, maar die wijziging is thans niet van belang. In zijn derde grief kant [eiser] zich tegen de hoogte van het toegewezen bedrag. Hij baseert zich andermaal op de kantonrechtersformule (mva sub 19 en 20).

2.5 Voor zover thans nog van belang heeft het Hof het bestreden vonnis vernietigd. De ontslagvergoeding wordt bepaald op € 9000 (bruto). Daartoe heeft het Hof overwogen:

"4.11 Bij de beoordeling van de vraag of de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging, dient de rechter alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking te nemen (o.a. HR 15 februari 2008, NJ 2008, 111). Hierbij kunnen onder meer de hierna genoemde omstandigheden een rol spelen.

1. Algemeen: dienstverband en opzegging

- opzeggingsgrond: risicosfeer werkgever/werknemer
- de noodzaak voor de werkgever het dienstverband te beëindigen
- de duur van het dienstverband
- de leeftijd van de werknemer bij einde dienstverband
- de wijze van functioneren van de werknemer
- de door de werkgever bij de werknemer gewekte verwachtingen

- de financiële positie van de werkgever
  - ingeval van een arbeidsconflict: pogingen van partijen om een oplossing te bereiken ter vermijding van een ontslag
- bij arbeidsongeschiktheid zijn specifieke omstandigheden:
- o de relatie tussen de arbeidsongeschiktheid en het werk
  - o de verwijtbaarheid van de werkgever ten aanzien van de arbeidsongeschiktheid
  - o de aard, de duur en de mate van de arbeidsongeschiktheid (kansen op (volledig) herstel)
  - o de opstelling van de werkgever ten aanzien van de arbeidsongeschiktheid, met name voor wat betreft de reïntegratie
  - o de inspanningen van de werknemer ten behoeve van zijn reïntegratie
  - o de geboden financiële compensatie tijdens de arbeidsongeschiktheid (bijvoorbeeld aanvulling loon, lengte van het dienstverband na intreden arbeidsongeschiktheid)

### 2. Ander (passend) werk

- de inspanningen van de werkgever en de werknemer om binnen de onderneming van de werkgever ander (passend) werk te vinden (bijvoorbeeld door om- of bijscholing)
- flexibiliteit van de werkgever/werknemer
- de kansen van de werknemer op het vinden van ander (passend) werk (waarbij opleiding, arbeidsverleden, leeftijd, arbeidsongeschiktheid en medische beperkingen een rol kunnen spelen)
- de inspanningen van de werknemer om elders (passend) werk te vinden (bijvoorbeeld outplacement)

- vrijstelling van werkzaamheden gedurende de (opzeg)termijn

### 3. Financiële gevolgen van een opzegging

- de financiële positie waarin de werknemer is komen te verkeren, waarbij van belang kunnen zijn eventuele inkomsten op grond van sociale wetgeving en eventuele pensioenschade

### 4. Getroffen voorzieningen en financiële compensatie

- reeds aangeboden/betaalde vergoeding
- vooraf individueel overeengekomen afvloeiingsregeling
- sociaal plan (eenzijdig opgesteld of overeengekomen met vakorganisaties of ondernemingsraad).

4.12 Indien is geoordeeld dat de opzegging kennelijk onredelijk is, komt de schadevergoeding aan de orde. De hoogte van de schadevergoeding wordt als volgt begroot. Schadevergoeding =  $X \times Y \times Z$

X-factor: het aantal gewogen dienstjaren.

Voor de berekening van X wordt de diensttijd afgerond op hele jaren. Vervolgens worden de dienstjaren op de volgende wijze gewogen: dienstjaren voor het 40e levensjaar tellen voor 1, van het 40e tot het 50e voor 1,5 en elk dienstjaar vanaf het 50e telt voor 2. Een periode van meer dan zes maanden wordt naar boven afgerond.

Y-factor: laatstverdiende salaris.

Bij de berekening van Y zal worden uitgegaan van het bruto maandsalaris, in ieder geval vermeerderd met vaste en overeengekomen looncomponenten, zoals vakantietoeslag, een vaste dertiende maand, een structurele overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag. Behoudens zeer uitzonderlijke gevallen zullen niet tot Y (laatstverdiende salaris) worden gerekend: het werkgeversaandeel pensioenpremie, de auto van de zaak, onkostenvergoedingen, het werkgeversaandeel in de ziektekostenverzekering en niet structurele looncomponenten (bijvoorbeeld niet structurele bonus). Z-factor: correctiefactor.

In de Z-factor worden alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag gewogen, onder meer de hiervoor genoemde omstandigheden. Uitgangspunt is  $Z=0,5$ . Daarbij heeft te gelden dat deze factor beoogt in beginsel de maximale schadevergoeding bij een kennelijk onredelijke opzegging vast te leggen. Slechts in bijzondere gevallen kan deze factor hoger uitvallen dan 0,5. 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.

Afronding: de schadevergoeding wordt afgerond in ronde getallen en betreft een brutobedrag.

Maximering: de schadevergoeding zal in beginsel niet hoger zijn dan de verwachte inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd.

(..)

4.42 CWI heeft bij brief van 12 april 2006 aan Breed een positief advies gegeven tot ontslag van [eiser]. Breed heeft vervolgens de arbeidsovereenkomst met [eiser] per 1 september 2006 opgezegd. Hoewel uit het voorgaande volgt dat [eiser] een aanzienlijke bijdrage heeft geleverd aan het voortduren van het arbeidsconflict en dus aan de situatie zoals deze aan het CWI is voorgelegd, blijft staan dat de het arbeidsconflict zijn primaire oorzaak vindt in de niet nader gemotiveerde weigering van de toenmalig manager van [eiser] om aan [eiser] nog verder begeleiding te geven welke noodzakelijk was voor het volgen van de reeds aangevangen cursus zodat [eiser] deze heeft moeten beëindigen. Breed heeft daarbij niet de zorgvuldigheid betracht die, gelet op de beperking van [eiser] van een goed werkgever belast met de uitvoering van de WSW mag worden verwacht. Voorts heeft Breed zich in eerste instantie, in ieder geval tot 14 april 2004 weinig flexibel opgesteld en [eiser] verwezen naar de geldende geschillenregeling. Dit brengt dan mee dat bij het ontslag van [eiser] Breed tevens rekening moet houden met de gevolgen die het ontslag voor [eiser] heeft. Voor [eiser] betekent het ontslag een terugval in inkomen. Ten gevolge van zijn beperking is [eiser] aangewezen op een arbeidsovereenkomst in WSW-verband en het ontslag bij Breed maakt het voor [eiser] heel moeilijk om in zijn directe woonomgeving buiten Breed ander werk te vinden. Dat Breed na het ontslag tijdens de procedure in eerste aanleg -zonder resultaat- [eiser] heeft aangeboden weer in dienst te treden bij Breed doet hieraan niet af. Het hof is daarom van oordeel dat het ontslag kennelijk onredelijk is als bedoeld in artikel 7:681 lid 3 sub b BW nu Breed de financiële gevolgen van dit ontslag voor [eiser] niet heeft verzacht. Het hof zal daarom aan [eiser] een schadevergoeding toekennen begroot op basis van de in rechtsoverweging 4.12 geformuleerde regel.

4.43 Bij de toepassing van deze regel wordt X gesteld op 16 (28 mei 1990-1 september 2006; [eiser] was toen 39 jaar); Y op 2.250,- (€ 2.083,- + 8%) en Z op 0,25 nu, zoals in rechtsoverweging 4.40 is overwogen, het hof met de kantonrechter van oordeel is dat [eiser] in belangrijke mate heeft bijgedragen aan het voortduren van het arbeidsconflict en de daardoor ontstane situatie. De schadevergoeding wordt vastgesteld op € 9.000,-.

(..)

Slotsom

4.45 Uit het voorgaande volgt dat de grieven in principaal- en incidenteel hoger beroep gedeeltelijk slagen zodat het bestreden vonnis zal worden vernietigd. Breed zal worden veroordeeld tot de onder 4.43 en 4.44 genoemde bedragen. Zoals uit het bovenstaande volgt hebben beide partijen bijgedragen aan de situatie die aanleiding heeft gegeven voor het ontslag. Tegen, deze achtergrond in samenhang met de omvang van de vastgestelde schadevergoeding vindt het hof aanleiding om de proceskosten in beide instanties te compenseren. Al het overige zal worden afgewezen."

2.6 [Eiser] heeft tijdig beroep in cassatie ingesteld. Tegen Breed is verstek verleend. [Eiser] heeft zijn klachten uitvoerig doen toelichten.

### 3. De klachten zijn goeddeels onbegrijpelijk

3.1 Pièce de résistance van het middel is (opnieuw) dat de kantonrechtersformule in dit soort zaken geen geëigende maatstaf vormt ter bepaling van de hoogte van de vergoeding op de voet van art. 7:681 lid 2 onder b BW. 3.2 In de s.t. onder 5, 6, 55 en 56 betoogt mr Sagel dat het Hof zijns inziens in feite aansluiting zoekt bij de zogenaamde kantonrechtersformule, zij het dan ook met een correctiefactor van 0,5 zoals de s.t. onder 58 terecht vermeldt. Zoals bekend deel ik die mening; zie hierna onder 4.5. 3.3 De kernklachten miskennen dat [eiser] zelf zowel in eerste als in tweede aanleg aansluiting heeft gezocht bij de kantonrechtersformule. Hij is, in zoverre geheel consequent, niet opgekomen tegen het expliciete oordeel van de Kantonrechter dat aansluiting moet worden gezocht bij deze formule. Vrijwel alle klachten lopen reeds hierop stuk. Daarbij laat ik rusten of dat meebrengt dat [eiser] in zoverre niet-ontvankelijk is of dat het beroep in zoverre moet worden verworpen. Dat maakt praktisch immers niet uit.

3.4 De klacht die is gebaseerd op (verboden) leeftijdsdiscriminatie ziet er eveneens aan voorbij dat het Hof waar het betreft de leeftijdsfactor niets anders heeft gedaan dan in zoverre de vordering volgen. Zo heeft [eiser] in de inleidende dagvaarding onder 76 het aantal gewogen dienstjaren gesteld op 16; idem mva onder 20. Het Hof had niet de vrijheid meer toe te kennen, voor zover de klachten dat al bedoelen te bewerkstelligen.

3.5.1 Daar komt nog bij dat ook overigens het belang van [eiser] bij deze klacht niet duidelijk is en ook niet duidelijk wordt gemaakt. Veronderstellenderwijs aannemend dat een leeftijdstoeslag in de kantonrechtersformule (en in de in dit opzicht in essentie gelijke formule van het Hof) in strijd zou zijn met Nederlandse of Europese regelgeving zijn er twee mogelijkheden. De eerste en meest voor de hand liggende is dat deze toeslag als hoofdregel ongedaan wordt gemaakt. Daarbij spint [eiser] evenwel geen garen. De andere mogelijkheid is dat alle leeftijden een toeslag krijgen. 3.5.2 Daargelaten de wenselijkheid van zo'n algemene toeslag ongeacht de leeftijd, de kans dat de rechter daartoe als uitgangspunt bereid zal zijn, is nihil. In mijn vorige conclusie heb ik reeds geschetst dat de wetgever werkt aan een versobering van de ontslagvergoedingen. Daarom, gezien de economische recessie en de kommervolle situatie waarin veel bedrijven verkeren, is zo'n verhoging (in elk geval thans) niet reëel. Ook daarom mist [eiser] belang bij die klacht.

### 4. Inleiding op de behandeling van de klachten voor zover nodig

4.1 In mijn conclusie in de zaak [A]/[B] van 4 september 2009(4) wordt zéér uitvoerig aandacht besteed aan de problematiek die in deze zaak andermaal aan de orde wordt gesteld. Mr Sagel, die in die zaak optrad voor de werkgever, verdedigt thans de goeddeels tegengestelde belangen van de werknemer. Hoewel ik onder 3 al heb aangegeven dat en waarom de meeste klachten falen, lijkt goed om te allen overvloede nog kort stil te staan bij misverstanden die kennelijk naar aanleiding van mijn vorige conclusie zijn gerezen.

4.2 Ter besparing van bomen zie ik ervan af om de eerdere conclusie in te lassen. Voldoende lijkt thans om de hoofdlijnen daarvan weer te geven. Voor het overige zij verwezen naar hetgeen ik eerder schreef. Op een enkel punt wordt dat hierna onder 5 verduidelijkt en naar aanleiding van de huidige klachten iets nader ingevuld.

4.3 Kennelijk onredelijk ontslag is een verzamelnaam voor verschillende situaties. Deze conclusie - en ook de vorige(5) - ziet vooral op situaties waarin het ontslag kennelijk onredelijk is op de voet van art. 7:681 lid 2 onder b BW. In andere in dat artikel genoemde gevallen kan in voorkomende gevallen (mogelijk) inspiratie worden geput uit of worden aangesloten bij de hier

verdedigde benadering. Ik behoef me thans niet uit te laten over de vraag of, en zo ja in hoeverre, in andere situaties het varen van een afwijkende koers aangewezen is.

4.4 Bij de beoordeling van de rechtsvraag die thans wél aan de orde is, moet het volgende worden bedacht (tussen haakjes worden de vindplaatsen in de vorige conclusie vermeld waar na te noemen stellingen verder worden uitgewerkt):

- a. een arbeidsovereenkomst is geen "levensverzekering", des dat de werknemer er recht op heeft dat deze niet vóór zijn pensioen zal worden beëindigd (§ 3.1-3.2 en 6.8.1 ii);
- b. volgens de eigen stellingen van mr Sagel hebben werknemers naar "internationaal recht" geen aanspraak op vergoeding bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor zover zij in het algemeen aanspraak kunnen maken op een uitkering (§ 3.13);
- c. ingevolge de rechtspraak van Uw Raad moeten bij bepaling van de vergoeding alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen (§ 5.3);
- d. ook naar thans geldend recht zal bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding de billijkheid een rol mogen spelen (§ 6.1, 6.2 en 8.6 a);
- e. het vaststellen van schadevergoeding vereist een vergelijking tussen de situatie die er thans is met die welke er zou zijn geweest, de tot vergoeding verplichtende gebeurtenis weggedacht (§ 6.4);
- f. het wettelijk criterium biedt evenwel geen houvast voor het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding omdat geen aanknopingspunten worden geboden voor het maken van de onder e genoemde vergelijking. Datzelfde geldt daarmee onvermijdelijk voor de omstandigheden van het geval-benadering (§ 6.3, 6.5, 6.8.2 en 8.7);
- g. bij deze stand van zaken ligt het meest voor de hand als vergelijkspunt aan te knopen bij een hypothetische ontbinding (§ 6.5), zij het dan ook dat er in een concreet geval aanleiding kan bestaan daarvan naar boven of naar beneden af te wijken (§ 6.11; 6.13; 6.14.2; 9.14 en 11.5; zie ook 7.7.1);
- h. de onder g genoemde benadering is geen wet van meden en perzen (§ 6.5.3);
- i. de bepleite benadering is niet in strijd met de onder c genoemde rechtspraak (§ 6.6), waarbij nog valt te bedenken dat de kantonrechttersformule - en ook die van de hoven - expliciet rekening houdt met alle omstandigheden (§ 6.8.2 en 8.6 d);
- j. mijn benadering is niet dwingend, maar de minst slechte oplossing (§ 6.7; 8.6 a);
- k. in het voorafgaande ligt besloten dat een standaardaftrek (van 30 of 50%) niet juist en ook niet bevredigend is (§ 9.13; 10.5 en 11.6);
- l. afwijzing van de koers van alle hoven, voor zover deze als hoofdregel inhoudt dat in situaties als bedoeld in art. 7:681 lid 2 onder b BW wordt aangesloten bij de kantonrechttersformule, werkt ofwel rechtsongelijkheid dan wel rechterlijke ongehoorzaamheid in de hand. Geen van beide is wenselijk (§ 11.7.1 en 11.8).

4.5 In mijn vorige conclusie werd betoogd dat het werkelijke probleem in mijn ogen is gelegen in de door alle hoven toegepaste korting (vier Hoven 50% en één Hof 30%).(6) Voorts heb ik nog gewezen op de omstandigheid dat de kantonrechttersformule midden in de grootste economische crisis sinds decennia voor (relatief) jeugdige werknemers naar beneden is bijgesteld vanwege hun verondersteld goede kansen op de arbeidsmarkt (§ 7.5.1). Ik zou me kunnen voorstellen dat de hoven in zoverre (blijven) afwijken van de kantonrechttersformule (§ 7.8).

### 5. Bespreking van de klachten

5.1 In de inleiding tot het middel wordt aangegeven welke oordelen niet worden bestreden. Op blz. 4 van de cassatiedagvaarding wordt vermeld dat het Hof heeft geoordeeld dat acht moet worden geslagen op alle omstandigheden van het geval. Dat oordeel wordt niet bestreden.

5.2 In de uitvoerige s.t. is voor een groot deel sprake van een herhaling van zetten van de reeds in de vorige zaak genoemde argumenten. Voor zover daarin niets nieuws wordt aangevoerd, ga ik er niet op in. Dat is, voor zover voor die zaak dienstig, al uitvoerig gebeurd in mijn conclusie in de zaak [A]/[B]. 5.3 Eén punt verdient wél bijzondere aandacht. Wat er zij van de vraag of kantonrechters in het verleden voor het bepalen van de vergoeding ex art. 7:681 lid 2 onder b BW aansluiting zochten bij de ontbindingsvergoedingen (art. 7:685 BW), thans doen alle hoven dat.(7) Daarmee heeft het betoog in de s.t. onder 43-52, waaraan in mijn eerdere conclusie ook aandacht is besteed, nog slechts rechtshistorische betekenis.

5.4 Onderdeel 1 komt op tegen rov. 4.12. Dit oordeel wordt op een aantal gronden onjuist geacht:

- i. aldus wordt geabstraheerd van "de werkelijke schade";
- ii. een groot aantal beloningscomponenten - zoals werkgeversaandeel pensioenpremie, niet structurele bonus, worden "vrijwel in alle gevallen" buiten de begroting gelaten. Deze zouden evenwel "vol" moeten meewegen;
- iii. idem ii., specifiek met betrekking tot de pensioenpremie omdat het Hof eerder (in rov. 4.11) heeft beslist "dat de pensioenschade die de werknemer door de opzegging lijdt, één van de factoren is die betrokken kunnen worden bij de beoordeling van kennelijk onredelijk ontslag";
- iv. het in beginsel hanteren van een vermenigvuldigingsfactor van 0,5 is niet juist;
- v. voor zover in de XYZ-formule besloten ligt dat de vergoeding wordt gemaximeerd op de verwachte inkomensderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd is dat onjuist omdat:
  - a. ook allerlei andere factoren moeten worden meegewogen, zoals immateriële schade als 's werknemers goede naam is aangetast, schade door verval van opties en (andermaal) pensioenschade. Deze posten behoren bovenop de vergoeding te komen;
  - b. denkbaar is dat een werknemer geen schade lijdt; de formule leidt er dan toe dat de werknemer geen vergoeding ontvangt. Ingevolge de rechtspraak van Uw Raad zou een werknemer in zo'n geval ipso iure toch steeds aanspraak hebben op een vergoeding "naar billijkheid". 's Hofs opvatting zou ertoe leiden dat een bepaalde categorie werknemers "straffeloos" kennelijk onredelijk kan worden ontslagen;
- vi. sprake is van een ontoelaatbaar onderscheid naar leeftijd omdat de X-factor wordt toegepast "ongeacht de concrete omstandigheden van dat individuele geval". De formule is - kort gezegd - te grofmazig. Het Hof heeft niet onderzocht of met het gehanteerde onderscheid een legitiem doel wordt nagestreefd en of dat middel passend en noodzakelijk is om dat doel te bereiken.

5.5 Als ik het goed zie dan is mr Sagel uit op duidelijkheid. Rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid zijn hem een doorn in het oog. Hij hoopt dat Uw Raad daaraan een einde wil maken (s.t. onder 7). Dat is nu precies wat ik, in grote lijnen in het voetspoor van alle Hoven, in mijn eerdere conclusie heb geprobeerd. Maar dat kan mr Sagel niet bekoren. Onder de dekmantel van het uit de weg ruimen van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid propageert hij een stelsel dat nu juist grote onzekerheid en ongelijkheid teweeg zal brengen. Een stelsel dat bovendien zelfs in grote contouren in mijn ogen niet goed is doordacht. 5.6 Een van de kernstellingen van de klachten en s.t. is dat het in casu gaat om schadevergoeding. In mijn eerdere conclusie heb ik al aangegeven dat en waarom dat maar gedeeltelijk waar is. Belangrijker nog is dat tot op heden niemand een zinvolle maatstaf heeft weten te bedenken om de schade te berekenen. Mr Duk heeft dat helder en overtuigend aldus verwoord: het antwoord op de "alleszins gerechtvaardigde vraag" van justitiabelen welke schadevergoeding zij mogen ontvangen ingeval sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag is: "Minder dan u verwacht,

maar hoeveel minder kan ik u echt niet zeggen".(8)

5.7.1 Schade is een vergelijking tussen een toestand die zonder de tot vergoeding nopende omstandigheid zou hebben bestaan en de feitelijke situatie na het plaatsvinden van die omstandigheid.(9) Welnu: de intrinsieke zwakte van het betoog van mr Sagel en de vele anderen die een vergelijkbaar standpunt betrekken, is dat zij in het geheel niet duidelijk maken hoe die gevalsvergelijking moet worden gemaakt, waarom dat het geval is en waarom die benadering strookt met het wettelijk stelsel. Een groot deel van de klachten ketst ook daarop af.

5.7.2 In zijn uitvoerige s.t. besteedt mr Sagel vele pagina's aan deze kwestie (§ 17 - 30 en verderop § 64 e.v.). Daarin passeren allerlei op zich niet oninteressante kwesties de revue. Ook doet hij beroep op een aantal auteurs die aangeven dat het gaat om schadevergoeding. Maar daar hebben we niets aan. Zij blijven, met alle respect, steken in de nietszeggende en ook niet nader uitgewerkte stelling dat schadevergoeding moet worden betaald. Ook de s.t. onder 61 blijft hangen in de exclamatieve sfeer. 5.7.3 Ook stellingen dat schade concreet moet worden berekend, zijn zinledig wanneer niet nauwkeurig wordt aangegeven hoe de schade concreet moet worden berekend. Of, anders gezegd, waarom dat gepresenteerde bedrag daadwerkelijk (= concreet) schade is. 5.7.4 Dit was nu precies het probleem waarvoor ik me in mijn vorige conclusie ge-steld zag. Wetgever en doctrine laten ons volledig in de steek, zoals Bouwes en Duk het zo trefzeker hebben gezegd: "art. 681 geeft niet recht op een reeds door de wet vastgelegde schadevergoeding".(10) Ik heb geprobeerd om dit probleem te omzeilen door een maatstaf te formuleren aan de hand waarvan de schade kan worden berekend. Anders dan [eiser] lijkt te menen, is die berekening zo concreet mogelijk; zij is nu juist niet abstract. Ik weet best dat mijn benadering niet dwingend is. Daarop werd ook gewezen. Maar ik wist niets beters en weet dat nog steeds niet. De na de conclusie verschenen commentaren brengen ons, het spijt me dat te moeten zeggen, in het geheel niet verder. 5.8 Wel was en ben ik gevoelig voor de stelling dat toepassing van de - overigens op zich al flexibele - formule geen automatisme moet zijn.(11) In concrete gevallen kunnen zich omstandigheden voordoen die nopen tot een correctie naar boven of naar beneden. Daarop werd in mijn eerdere conclusie reeds gewezen; zie hierboven onder 4.4 sub h. Mr Sagel wijst er in zijn s.t. onder 40 - 42 terecht op dat afwijkingen in de praktijk ook regelmatig voorkomen.

5.9.1 Voor zover de s.t., in het verlengde van de klachten, aanvoert dat bij kennelijk onredelijk ontslag altijd een vergoeding moet volgen, is m.i. sprake van een misverstand. De stelling wortelt in het arrest Derksen/Derksen BV(12), in de s.t. onder 19 gedeeltelijk geciteerd. Ik neem aan dat vooral aansluiting wordt gezocht bij de volgende passages:

"dat art. 1639s aan hem (...) een recht op schadevergoeding jegens de wederpartij verschafft" en voorts de overweging dat de rechter weliswaar grote vrijheid heeft, maar "niet naar believen de vergoeding van de schade kan gelasten of achterwege laten".

5.9.2 Aldus wordt het arrest m.i. verkeerd gelezen. De overweging (m.b.t. onderdeel c) wordt ingeleid met de volgende woorden:

"dat art. 1639s aan hem die schade lijdt".

5.9.3 Aldus doet de Hoge Raad duidelijk uitkomen dat zonder schade geen vergoedingsverplichting bestaat. In de passages waar [eiser] heil bij zoekt, wordt niet meer en niet minder gezegd dan dat de rechter niet de vrijheid heeft om schade niet te vergoeden. Maar daarmee is niet gezegd dat ook niet geleden schade moet worden vergoed, wat trouwens ook op gespannen voet staat met hetgeen mr Sagel elders betoogt.

5.10 Ik kom dan op de klachten, die ik hierna aanduid met de letters en nummers vermeld onder 5.4.1.

5.11 De klacht onder iv slaagt op de eerder aangegeven grond.

5.12.1 De overige klachten falen op de hiervoor genoemde gronden. Met betrekking tot de klachten ii en iii en ten dele v (a) merk ik daarbij op dat deze in de lucht hangen nu [eiser] een dergelijke vergoeding niet heeft gevorderd zodat hij zich niet met vrucht kan beklagen over een oordeel van het Hof daaromtrent.

5.12.2 Hoewel ik inhoudelijk best enige sympathie heb voor de stelling dat pen-sioenschade voor vergoeding in aanmerking zou moeten (kunnen) komen, verliest zij uit het oog:

a) dat slechts aanspraak op vergoeding bestaat wanneer de werknemer in een concreet geval recht zou hebben gehad op voortduring (voor een zekere periode) van het dienstverband. In het algemeen is dat niet zo. In een concreet geval kan dat anders liggen. Het ligt op de weg van de werknemer op dit punt voldoende te stellen;

b) dat het Hof zodanige vergoeding nu juist niet categorisch afwijst, zoals duidelijk blijkt uit rov. 4.12 sub Y-factor.

5.13 Ook klacht v (a) hangt in de lucht. [Eiser] heeft geen immateriële schadevergoeding gevorderd. Bovendien heeft het Hof niet geoordeeld dat zij (nog wel categorisch) valt uit te sluiten. Hetgeen onder v (b) te berde wordt gebracht, behelst niet meer dan algemene bespiegelingen die zien op kwesties die [eiser] niet raken en waarbij hij dus geen belang heeft. Uit hetgeen onder 5.8 werd opgemerkt, moge volgen dat ook ik meen dat in een concreet geval aanleiding kan bestaan om van de XYZ-formule af te wijken. Overigens moet mij nog van het hart dat de klachten op elkaar uitsluitende uitgangspunten lijken te hinken omdat ze nu eens lijken uit te gaan van de gedachte dat wél en op andere punten juist dat geen rekening moet worden gehouden met de concrete omstandigheden van het geval.

5.14.1 Onderdeel 1 vi werpt voorts een nieuw argument in de strijd: verboden leeftijdsdiscriminatie. Onder 3.4 gaf ik al aan waarom dat argument in casu niet ter zake doet. In de andere zaak, waarin door Uw Raad nog niet is beslist, is deze kwestie niet aan de orde gesteld.

5.14.2 Onderdeel 3 behelst eveneens een klacht die is geënt op verboden leeftijdsdiscriminatie. Het Hof zou niet voldoende hebben uitgelegd waarom "de toepassing van de XYZ-formule op [eiser] (...) objectief wordt gerechtvaardigd". Het zou eveneens - en ten onrechte - hebben gezwegen over de legitimiteit van dit onderscheid en de passendheid en noodzakelijkheid ervan. Ook deze klacht miskent dat [eiser] zelf voor het anker van de kantonrechtersformule is gaan liggen en dat het Hof niet de vrijheid had meer toe te wijzen dan gevorderd. Dat argument kan niet worden geparereerd met de stelling dat [eiser] slechts een fractie heeft gekregen van hetgeen hij heeft gevorderd. Dat valt immers te herleiden tot andere oordelen die in cassatie niet worden bestreden.

5.15 Het lijkt mij niet opportuun om in deze zaak ten gronde op deze interessante kwestie in te gaan. Daarvoor bestaan verschillende redenen:

- a. het is niet nodig, zoals hiervoor uitvoerig geschetst;
  - b. de vraagstelling is, met alle respect, onvoldoende duidelijk. Zij lijkt ervan uit te gaan dat de XYZ-formule, in de bewoordingen van onderdeel 1 sub vi, een algemene regel voor iedere zaak geeft, ongeacht de concrete omstandigheden van het individuele geval. Dat is evenwel onjuist;
  - c. een uitgekristalliseerd debat over deze kwestie heeft niet plaatsgevonden. In de vorige zaak in het geheel niet en in de onderhavige zaak is de stelling voor het eerst in cassatie - waar de wederpartij verstek heeft laten gaan - aangevoerd en dan bovendien nog met miskenning van de andersluidende eigen stellingen<sup>(13)</sup> in feitelijke aanleg.
- 5.16.1 Met betrekking tot 5.15 sub b veroorloof ik me nog enkele kanttekeningen. Blijkens rov. 4.11 is in 's Hof's benadering

expliciet geen sprake van een hard and fast rule. Dat blijkt al terstond uit de eerste alinea waarin wordt benadrukt dat de lange lijst van daarop volgende omstandigheden enuntiatief is. Onder 2 wordt expliciet als relevante omstandigheid genoemd de kansen van de werknemer om ander passend werk te vinden, gelet op zijn persoonlijke omstandigheden. Ook de financiële positie waarin de werknemer is komen te verkeren speelt een rol (sub 3), wat mogelijk maakt rekening te houden met bijvoorbeeld een nakend pensioen. Weliswaar worden al deze omstandigheden slechts expliciet genoemd in het kader van de vraag of sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, maar ze spelen eveneens een rol bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding en wel in het kader van de Z-factor. Dat staat met zoveel woorden in de eerste volzin van de toelichting op die factor.

5.16.2 De formules en met name ook de toelichting op de Z-factor zijn in zoverre niet helemaal duidelijk dat er een zekere spanning lijkt te bestaan tussen het meewegen van "alle omstandigheden van het geval (...) onder meer de hiervoor genoemde" en de daarop volgende volzin waarin staat dat de Z-factor "in beginsel beoogt de maximale schadevergoeding (..) vast te leggen", terwijl deze factor "slechts in bijzondere gevallen" hoger kan uitvallen dan 0,5. Ik begrijp dat aldus dat voor een lagere vergoeding volledig met alle omstandigheden rekening wordt gehouden en voor een hogere slechts "in bijzondere gevallen". 5.17.1 De zo-even genoemde spanning heeft met leeftijdsdiscriminatie niet van doen. Immers geldt zij voor alle leeftijden. 5.17.2 Ik veronderstel dat het Hof het volgende tot uitdrukking wil brengen. Rechtseenheid en daarmee gelijke behandeling van gelijke gevallen kan slechts worden geëffectueerd door een zekere mate van standaardisatie. Er moet een werkelijk goede (klemmende) reden zijn om van de standaardnorm af te wijken. Het Hof spreekt in dat verband klaarblijkelijk van "bijzondere gevallen". Als deze er zijn, dan staat niets aan afwijking van de standaardvergoeding in de weg.

5.18 Ik voel mij, als gezegd, niet geroepen om vooruit te lopen op beantwoording van de vraag of de XYZ-formule een ontoelaatbare leeftijdsdiscriminatie is. Ik plaats daarbij aanstonds de kanttekening dat niet aanstonds voor de hand ligt dat die vraag ontkennend zou moeten worden beantwoord, reeds omdat a) de formule, als gezegd, de mogelijkheid biedt om in een concreet geval af te wijken van de standaardregel;

b) de door het middel gewraakte leeftijdstoelage beoogt de belangen van oudere werknemers te beschermen. Ingevolge art. 6 lid 1 onder a richtlijn 2000/78 kan het maken van onderscheid ten gunste van oudere werknemers geoorloofd zijn wanneer sprake is van het creëren van bijzondere voorwaarden voor ontslag;

c) rekening houden met de economische (en daarmee vaak ook sociale) belangen van werknemers niet alleen is ingebed in Nederlandse en EU-regelgeving, maar ook in diverse mensenrechtelijke verdragen. Het is nu eenmaal een feit van algemene bekendheid dat de kansen op de arbeidsmarkt veelal minder gunstig zijn voor "oudere" werknemers.

5.19 Bovendien lijkt goed te bedenken dat in gevallen waarin het gaat om beëindiging van een arbeidsovereenkomst met "oudere" werknemers al spoedig sprake is van enkele kenmerkende bijzonderheden. Veelal zal hun positie op de arbeidsmarkt, als gezegd, minder gunstig zijn dan die van "jongeren". Dat hoeft niet steeds zo te zijn, maar als hoofdregel kan er m.i. wel van worden uitgegaan. Weliswaar is moeilijk en in zekere zin ook enigszins willekeurig om daarbij vaste leeftijden als uitgangspunt te hanteren, maar dat kan moeilijk anders. Enerzijds omdat bij een tegengestelde benadering de rechtszekerheid te grabbel wordt gegooid en anderzijds omdat ook (en misschien zelfs wel: juist) wanneer geen enigszins nauwkeurige uitgangspunten worden gehanteerd al spoedig sprake zal zijn van ongelijke behandeling die evenwel kan

worden gemaskeerd met de fictie dat de omstandigheden van het geval de toegekende vergoeding rechtvaardigen. Maar toepassing in het luchtledige, want zonder enig houvast, van een "omstandigheden van het geval-benadering" kan praktisch slechts tot uiteenlopende resultaten leiden, waarmee een ongelijke behandeling juist in de hand wordt gewerkt in plaats dat zij wordt voorkomen.

5.20 Maar zelfs als men de vage richtingaanwijzers van mr Sagel probeert te volgen, zal de rechter al spoedig verdwalen. Zo'n rechter zal dan willen proberen - zonder wettelijke aanknopingspunten, maar nochtans - 's werknemers schade te bepalen. Hij zal in dat verband allicht willen weten wat de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt zijn, daargelaten wat hij dan precies met die "kennis" wil/mag/kan/moet gaan doen. Veelal zal het ondoenlijk zijn om veel zinnigs over die kansen te zeggen omdat in een groot aantal gevallen niet met enige nauwkeurigheid valt vast te stellen of zelfs maar in te schatten wat de kansen van een individuele werknemer, in het licht van al zijn bijzondere kwaliteiten, eigenschappen en leeftijd, op de arbeidsmarkt zijn en nog minder of en wanneer hij een vergelijkbare baan met een (enigszins) vergelijkbaar salaris zal kunnen krijgen. Dat wijst andermaal op het nut van algemene uitgangspunten die afwijking toelaten wanneer daarvoor in een concreet geval wél voldoende basis bestaat.

5.21 Het voorafgaande leidt tot de voorlopige conclusie dat een leeftijdstoeslag in de abc- en de XYZ-formule weliswaar een onderscheid naar leeftijd maakt, maar dat dit onderscheid de toets van de "verboden discriminatie" zeer wel zou kunnen doorstaan. Al was het maar omdat het abandonneren van een formule juist ongelijkheid en daarmee discriminatie in de hand werkt.

5.22.1 Nochtans is goed dat mr Sagel de problematiek van de leeftijdsdiscriminatie aan de orde heeft gesteld. Leeftijdsdiscriminatie is een delicaat onderwerp. De rechtspraak van het Hof van Justitie EG op dat punt - waarop thans niet nader wordt ingegaan - lijkt, onvermijdelijk maar nochtans, op dit punt nog enigszins zoekende te zijn. Bij die stand van zaken zou aangewezen kunnen zijn om nog wat sterker dan in de vorige conclusie werd gedaan te benadrukken dat de abc- of XYZ-formule niet klakkeloos ware toe te passen. 5.22.2 Telkens zal de rechter zich moeten afvragen of de concrete omstandigheden van het geval grond opleveren om daarvan naar boven of naar beneden af te wijken. Dat kan - zoals, als ik me niet vergis, veelal gebeurt - door nadere invulling van de c- of Z-factor. Waar het gaat om de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt verdient mogelijk aanbeveling dat veeleer te doen door aanpassing van de a- of de X-factor. Al was het maar omdat aldus duidelijker naar voren komt dat en waarom aanpassing plaatsvindt.

5.22.3 Volledigheidshalve stip ik hierbij nog aan dat a fortiori rekening kan worden gehouden met een nieuwe baan van de werknemer. Ik benadruk in dit verband kan, omdat zo'n nieuwe baan niet noodzakelijkerwijs gelijkwaardig is aan de vorige.

5.23 Ik keer terug naar de klachten. Onderdeel 2 behelst een voortbouwende klacht. Deze klacht slaagt in zoverre het Hof de correctiefactor 0,5 heeft toegepast. Zij faalt voor het overige op de hiervoor genoemde gronden. Datzelfde geldt voor onderdeel 4.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest.

De Procureur-Generaal bij de

Hoge Raad der Nederlanden,

Advocaat-Generaal

1 Zie rov. 4.2 van het arrest a quo.

- 2 Rov. 1.1 van het vonnis van de kantonrechter Nijmegen.
- 3 Zie rov. 2.2 van het vonnis in prima.
- 4 Rolnr 09/00978. 5 Zie § 6.9.2.
- 6 § 6.14.2.
- 7 Zie mijn eerdere conclusie § 7.
- 8 SMA 2008 blz. 207.
- 9 Daarop wijst trouwens ook mr Sagel: s.t. onder 24.
- 10 Van der Grinten, Arbeidsovereenkomst (2008) blz. 431.
- 11 O.m. s.t. onder 61.
- 12 HR 4 juni 1976, NJ 1977, 98.
- 13 Volledigheidshalve: mr Sagel heeft [eiser] niet bijgestaan in feitelijke aanleg.

Bel: **0900 – 123 73 24** of [mail ons](#) indien u vragen heeft over **kennelijk onredelijk ontslag**.