

De armlastige werkgever en de ontbindingsvergoeding

44

De per 1 januari 2009 ingevoerde Aanbeveling 3.4.4 betreffende het zogenoemde habenichtsverweer in ontbindingsprocedures wordt geanalyseerd en besproken, mede tegen de achtergrond van de rechtspraak terzake. De in de Aanbeveling gelegde koppeling met de BBA-procedure lijkt verwarrend en ongelukkig. Bij financieel onvermogen van de werkgever zou de kantonrechter een ontbindingsverzoek (extra) kritisch moeten beoordelen en tevens eventuele alternatieven voor ontbinding en alternatieve vormen van compensatie in ogenschouw moeten nemen.

1 Inleiding

Vanaf 1 januari 2009 richten kantonrechters zich bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en bij het bepalen van een ontbindingsvergoeding op herziene Aanbevelingen.² Eén van de wijzigingen betreft een passage over het zogenoemde habenichtsverweer of habewenigverweer.

In de oude tekst van de Aanbevelingen was niets specifiek te vinden over financieel onvermogen van de werkgever. Wel volgde uit Aanbeveling 3.6 dat de kantonrechter bij afwijking van een sociaal plan de correctiefactor op maximaal 1 stelde, mits er sprake was van een reorganisatie wegens slechte financiële omstandigheden van de werkgever. Voorts volgde uit Aanbeveling 3.6 dat de kantonrechter wegens de aanwezigheid van een sociaal plan dat is overeengekomen met een of meer representatieve vakorganisaties, kon afwijken van de gebruikelijke kantonrechtersformule, omdat de som van de vergoedingen volgens die formule doorgaans niet betaalbaar zou zijn, soms mede vanwege de kosten van alternatieven zoals bemiddeling, omscholing en outplacement. Aanbeveling 3.6, hernummerd tot 3.7, is ongewijzigd in de nieuwe Aanbevelingen gehandhaafd.

Nieuw is Aanbeveling 3.4.4. Zonder dat een relatie wordt gelegd met de aan- of afwezigheid van een sociaal plan, luidt deze: 'De overige bijzondere omstandigheden van het geval, zoals de (slechte) financiële positie van de werkgever of de afwijkende arbeidsmarktpositie van de werknemer, worden eveneens door middel van de toepassing van de C-factor tot uitdrukking gebracht.' Deze passage is als volgt toegelicht: 'Met betrekking tot de habenichts- of habewenig-exceptie (een beroep op een slechte financiële positie zowel bij bedrijfsbeëindiging als bij werk- en omzetvermindering bij reorganisatie) wordt

aansluiting gezocht bij de BBA-ontslagprocedure. Van de werkgever mag redelijkerwijs verwacht worden, dat hij jaarstukken overlegt in de vorm van de balans en de winst- en verliesrekening over de laatste drie boekjaren, die voorzien zijn van een heldere toelichting, alsmede prognoses over de komende zes maanden. Ook zal een behoorlijke toelichting op de urgentie en omvang van de ingreep dienen te worden verstrekt. Met deze stukken kan een beroep op een lagere vergoeding verantwoord worden beoordeeld en zal een passende beslissing over de hoogte van de toe te kennen vergoeding kunnen worden genomen.'

2 De grondslag van de ontbindingsvergoeding en de habenichtsexceptie

Sinds 1954 geeft de wet de kantonrechter de mogelijkheid om bij ontbinding een vergoeding te bepalen. De regering vond dat het 'billijk' kon zijn de ontbinding niet zonder vergoeding uit te spreken. Zo'n vergoeding is geen zuivere schadevergoeding, maar een financiële prestatie die naar billijkheid op basis van de omstandigheden van het geval wordt vastgesteld. Noch over de grondslag van deze vergoeding, noch over de omstandigheden die bij de vaststelling relevant zijn, is in de Kamerstukken iets te vinden.³ De vergoeding wordt veelal gerechtvaardigd geacht om de verbreking van de relatie met de werknemer te compenseren en de schade aan inkomen, prestige en eigenwaarde te vergoeden. Het is op het eerste gezicht minder logisch om de solvabiliteit van de werkgever mee te wegen. Loonstra noemt als grondslagen het belonen van trouwe dienst en de postcontractuele zorgplicht van de werkgever. Tevens noemt hij als rechtvaardigend beginsel voor financiële compensatie het meedelen van de werknemer in het bedrijfsresultaat, de toegevoegde waarde. Ook in een negatief resultaat zou de werknemer dan moeten delen.⁴ Ik zou menen dat de werknemer een zekere verantwoordelijkheid draagt voor de continuïteit van het bedrijf en de werkgelegenheid van zijn collega's. Indien die belangen door toekenning van een vergoeding aanmerkelijk geschaad worden, moet het belang van de individuele werknemer bij financiële compensatie van zijn schade geheel of gedeeltelijk wijken.

1. Mevr. mr. D.J.B. de Wolff is advocaat te Utrecht.

2. www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/69DE63CF-5492-454F-844C-6D02EB0D23A8/0/kantonrechterformulenieuw.pdf

3. Zie A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2009, over wetsgeschiedenis en literatuur met betrekking tot de grondslagen van de ontbindingsvergoeding.

4. C.J. Loonstra, 'De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen', *ArbeidsRecht* 2001, 43.

Het ligt in verband met financieel onvermogen overigens niet voor de hand om te spreken van een 'exceptie'. De vraag of de werkgever in staat is een vergoeding te betalen, is een van de omstandigheden van het geval die de kantonrechter bij de vaststelling van de vergoeding meeweegt.

3 Koppeling van de vergoeding aan de BBA-procedure

Aanbeveling 3.4.4 beoogt aan te sluiten bij de BBA-procedure. Daarin wordt de redelijkheid van het ontslag getoetst, waarbij de bredere maatschappelijke en arbeidsmarktbelangen een rol spelen. In de Beleidsregels Ontslagtaak UWV is uiteengezet hoe de werkgever ontslagaanvragen wegens bedrijfseconomische redenen moet onderbouwen. Deze beleidsregels nopen tot een uitvoerigere en specifiekere onderbouwing dan Aanbeveling 3.4.4.⁵

Om een aantal redenen is de koppeling van Aanbeveling 3.4.4. aan de ontslagprocedure ongelukkig. De BBA-procedure ziet ten eerste uitsluitend op de vraag of opzegging redelijk is, niet op de vraag of de werkgever voor de werknemer een financiële voorziening kan treffen. Aanbeveling 3.4.4 hinkt met de verwijzing naar de BBA-procedure dan ook op twee gedachten. Enerzijds bepaalt de aanbeveling dat de werkgever een 'behoorlijke toelichting op de urgentie en omvang van de ingreep' verstrekt. Daarmee lijkt de aanbeveling een onderbouwing te eisen voor de noodzaak tot ontbinding als zodanig. Anderzijds wordt deze onderbouwing vereist in verband met het bepalen van een lagere vergoeding. Het gaat echter om twee verschillende afwegingen: is er voldoende reden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst met deze werknemer en is een vergoeding op zijn plaats? Als reden voor toekenning van een ontbindingsvergoeding wordt wel genoemd dat de kantonrechter over het algemeen soepel is bij het honoreren van ontbindingsverzoeken.⁶ In de praktijk zien we inderdaad dat de rechter 'niet op de stoel van de ondernemer' wil zitten en een keuze voor reorganisatie vrij soepel sauveert.⁷ Ik meen dat het ontbreken van een vergoedingsmogelijkheid een (extra) kritische beoordeling rechtvaardigt van de ontbindingsgrond als zodanig, inclusief de door de werkgever gemaakte selectie van werknemers en de vraag welke alternatieven voor ontbinding de werkgever heeft aangeboden, zoals overplaatsing, outplacement of deeltijd-WW. Het is daarbij te betreuren dat de Kring van Kantonrechters het vraagstuk van een billijke compensatie van

werknemers bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet in een breder kader heeft geplaatst en het belang van werkzekerheid boven baan zekerheid niet sterker heeft benadrukt. In sociale plannen treffen we vaak een mix aan van compenserende maatregelen, zoals outplacement en scholing, waarbij de uiteindelijke vergoeding soms slechts een fractie bedraagt van de 'neutrale' vergoeding. Een lage vergoeding kan dan gerechtvaardigd zijn, omdat werknemers adequate ondersteuning hebben gekregen bij het vinden van ander werk. Bij het honoreren van een beroep op een slechte financiële positie zouden kantonrechters daarom mijns inziens extra kritisch moeten zijn indien werkgevers geen andere compenserende maatregelen hebben aangeboden. Dat geldt zeker bij oudere werknemers met een langdurig dienstverband, die normaal gesproken op een betrekkelijk hoge vergoeding zouden kunnen rekenen. Kantonrechters lijken soms wat te worstelen met het uitgangspunt dat trouwe dienst wordt beloond. In een zaak waarin de Kantonrechter Eindhoven een arbeidsovereenkomst ontbond, was de 54-jarige werknemer 33 jaar in dienst geweest en toepassing van een neutrale correctiefactor zou een vergoeding hebben opgeleverd van € 200 000.⁸ De kantonrechter kende slechts € 100 000 toe, waarbij de slechte financiële situatie van de werkgever in aanmerking werd genomen en werd benadrukt dat de 'langdurigheid' van het dienstverband berustte op de 'eigen keuze' van de werknemer, zodat die 'billijkerwijs' niet alleen voor rekening van de werkgever diende te worden gebracht.⁹ In een andere zaak werd een koppeling gelegd tussen de financiële problemen van de werkgever en de opstelling van de werknemer tijdens een lang dienstverband. Het kon de werkgever volgens de rechter niet worden aangerekend dat de werknemer de ontwikkelingen in zijn werk niet kon volgen en daardoor in een positie was gekomen die in het gedrang kwam bij een negatieve economische ontwikkeling.¹⁰ Wegens de financiële problemen van de werkgever werd een vergoeding met een correctiefactor van 0,4 billijk geacht. Deze voorbeelden tonen aan dat het bevredigender was geweest als de kantonrechter zich tevens had afgevraagd of en in hoeverre de werkgever zelf een bijdrage had geleverd aan de *employability* van de werknemer. De vergelijking met de BBA-procedure is verder ongelukkig omdat het UWV bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen de wederindiensttredingsvoorwaarde kan stellen. Aan de toestemming voor opzegging wordt dan de voorwaarde verbonden dat de werkgever binnen 26 weken na bekendmaking van de toestemming geen werknemer in dienst zal nemen voor het verrichten van werkzaamheden van dezelfde aard, dan nadat hij de werknemer in de gelegenheid heeft gesteld zijn vroegere werkzaamheden te hervatten. Een wederindiensttredings-

5. Hfdst. 9 en 10 van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV, zie www.werk.nl.

6. A.M. Luttmer-Kat, 'De rechtsgrond van (forfaitaire) ontslagvergoedingen', *SMA* 1999, p. 436; C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief', *NJB* 2000, p. 1277.

7. Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 17 februari 2004, *JAR* 2004/56.

8. Ktr. Eindhoven 18 februari 2004, *JAR* 2004/89.

9. Anders Ktr. Bergen op Zoom 24 maart 2003, *JAR* 2003/266.

10. Ktr. Amsterdam 31 januari 2003, *JAR* 2003/46.

voorwaarde laat zich slecht combineren met ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In de rechtspraak valt één zaak op waarin aan ontbinding de 'voorwaarde' werd verbonden dat de werkgever de werknemer bij voorrang weer in dienst moest nemen indien zich binnen ruim veertien maanden 'een vacature voordoet waarvoor hij (desverlangd) in aanmerking komt'.¹¹ Voor het stellen van zo'n voorwaarde geeft art. 7:685 BW echter niet expliciet de ruimte.

Een ander vraagpunt bij de koppeling tussen vergoeding en BBA-procedure wordt zichtbaar als we ons realiseren dat de Aanbevelingen ook een zekere reflexwerking hebben in procedures betreffende kennelijk onredelijke opzegging. Een opzegging als zodanig kan wegens de redenen die eraan ten grondslag liggen volkomen redelijk zijn, maar niettemin op grond van art. 7:681 lid 2 aanhef en sub b BW als kennelijk onredelijk aangemerkt worden omdat de werkgever geen vergoeding heeft aangeboden of andere voorzieningen heeft getroffen.¹² Ook daaruit blijkt dat de vraag of een vergoeding billijk is, een andere is dan de vraag of de werkgever een redelijke grond had voor opzegging.

De Bock heeft ten slotte gesignaleerd dat onduidelijk is in hoeverre bij ontbindingsverzoeken om andere dan bedrijfseconomische redenen een beroep op financieel onvermogen kan worden gehonoreerd.¹³ De Aanbevelingen lijken, mogelijk onbedoeld, in te houden dat dit slechts bij beëindigingen wegens bedrijfseconomische redenen aan de orde zou kunnen zijn. Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt overigens dat een slechte financiële situatie in de praktijk eigenlijk ook alleen maar in bedrijfseconomische beëindigingsprocedures wordt aangevoerd.

4 Beoordeling van financieel onvermogen

De nieuwe Aanbeveling somt op welke stukken de werkgever in het geding moet brengen bij een beroep op financieel onvermogen: de balans en de winst- en verliesrekening over de laatste drie boekjaren, voorzien van een heldere toelichting, prognoses over de komende zes maanden en een behoorlijke toelichting op de urgentie en omvang van de ingreep. Op basis van deze opsomming is het lastig te voorspellen wanneer de kantonrechter overtuigd is dat een lagere vergoeding gerechtvaardigd is. De Aanbevelingen zijn ook niet een geschikte plaats om de weging van de financiële stukken nader te bepalen. Toch hadden mijns inziens, mede op basis van de rechtspraak, enkele omstandigheden benoemd kunnen worden die bij de weging van de wederzijdse belangen in ogen-schouw genomen kunnen worden.

11. Ktr. Eindhoven 23 juli 2003, *JAR* 2003/203.

12. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *JAR* 2008/290 en 291.

13. E.S. de Bock, 'Habe nichts, habe wenig neues', *ArbeidsRecht* 2009, 11.

Concernverhoudingen

De stelling dat er geen ruimte is voor betaling van een vergoeding strandt in de praktijk regelmatig op de aanwezigheid van een draagkrachtig moederbedrijf. In het geval van een bedrijfssluiting achtte de kantonrechter Haarlem 'enige neerwaartse bijstelling' ten opzichte van een neutrale correctiefactor aangewezen, nu de werkgever enerzijds zijn bedrijf moest sluiten wegens de slechte resultaten, maar anderzijds niet aannemelijk was dat de Zweedse moedermaatschappij geen financiële steun zou kunnen geven aan een behoorlijke afvloeiingsregeling, waar zij op andere momenten ook was bijgesprongen.¹⁴ De Ktr. Alphen aan den Rijn overwoog over een verzoek van een werkgever die onderdeel was van een kapitaalkrachtige multinational, de stelling dat het concern niet bereid zou zijn bij te springen, niet met enig stuk was onderbouwd en derhalve onvoldoende aannemelijk was geworden.¹⁵ De Ktr. Amsterdam overwoog dat, nu de werkgever zich op mondiale omstandigheden beriep die een reorganisatie rechtvaardigden, zijn financiële positie ook 'mondiaal' moest worden gewogen. De rechter vond het niet aannemelijk dat deze positie dusdanig was dat de werkgever niet een neutrale vergoeding zou kunnen betalen.¹⁶ De Ktr. Sittard-Geleen achtte de bedrijfseconomische noodzaak voor reductie van het personeelsbestand weliswaar voldoende aangetoond, maar overwoog dat een beroep op financieel onvermogen alleen te rechtvaardigen is als toekenning van de neutrale vergoeding zou leiden tot faillissement of opheffing van de werkgever en als daardoor de werkgelegenheid van andere werknemers in gevaar zou komen. Niet viel in te zien waarom de moedermaatschappij geen steun zou kunnen verlenen, nu deze ook had aangedrongen op het snijden in de personeelskosten.¹⁷ In een andere zaak werd overwogen dat een bedrijf dat technisch failliet is onder omstandigheden verplicht kan zijn aan te kloppen bij de moederonderneming.¹⁸ Van belang was dat de moedervernootschap de werkgever jarenlang financieel was bijgesprongen, 'met alle fiscale voordelen van dien.'

De Bock heeft zich over deze rechtspraak kritisch betoond.¹⁹ Hij meent dat de positie van een moederconcern 'niet aan de orde' is, indien er geen sprake is van expliciete aansprakelijkheid van de moeder, blijkend uit een verklaring als bedoeld in art. 2:403 BW. Die visie is wat mij betreft te strikt. In de hier besproken zaken²⁰ bleek dat ontbindingsverzoeken ook ingegeven kunnen zijn door het beleid van het moederbedrijf of voorafgegaan zijn door eerdere steunoperaties vanuit het moeder-

14. Ktr. Haarlem 18 juni 2007, *JAR* 2007/200.

15. Ktr. Alphen aan den Rijn 10 oktober 2006, *JAR* 2006/269.

16. Ktr. Amsterdam 28 december 2007, *JAR* 2008/78.

17. Ktr. Sittard-Geleen 17 mei 2005, *JAR* 2005/143.

18. Te kennen uit HR 3 oktober 2008, *JAR* 2008/278.

19. E.S. de Bock, 'Habe nichts, habe wenig neues', *ArbeidsRecht* 2009, 11.

20. En bijvoorbeeld ook Ktr. Hilversum 14 maart 2007, *JAR* 2007/118.

bedrijf. Er kan sprake zijn van een dusdanige verwevenheid van beleid, dat het redelijk is het beroep op financieel onvermogen ook te toetsen aan de draagkracht van de moeder. Ook die vormt dan immers een omstandigheid van het geval die bij de billijkheidstoetsing relevantie kan hebben.

Andere werknemers en sociaal plan

Een andere relevante omstandigheid bij de beoordeling van het financiële onvermogen van de werkgever is de positie van de overige werknemers. Deze positie komt op twee manieren aan de orde: in de vorm van toepassing van het beginsel 'gelijke monniken gelijke kappen'²¹ en als relevante omstandigheid wanneer de werkgelegenheid (verder) zou worden bedreigd door de betaling van een vergoeding aan de betrokken werknemer.

In een zaak waarin de beide argumenten opgeld deden, ontbond de Ktr. Leiden een arbeidsovereenkomst zonder toekenning van een vergoeding, omdat betaling van een vergoeding binnen het bestaande kredietarrangement met de bank niet mogelijk was en de werkgelegenheid voor de ruim 270 overblijvende werknemers in ernstig gevaar zou brengen. De werknemers die reeds waren ontslagen, ontvingen evenmin een vergoeding. Indien de kantonrechter toch een vergoeding zou toekennen, zou daarmee het gelijkheidsbeginsel worden doorbroken.²²

In een geval waarin de financiële positie van de werkgever 'ronduit rampzalig' was te noemen, ontbond de kantonrechter – 'met pijn in het hart' – een arbeidsovereenkomst zonder vergoeding. De nog aanwezige liquiditeit in het bedrijf was noodzakelijk om het overlevingsplan – voortzetting van het bedrijf met veertien werknemers – te financieren.²³

Een 56-jarige werkneemster die de opzegging van haar dienstverband kennelijk onredelijk achtte, ontving na een dienstverband van ruim twintig jaar een aanvulling op haar WW-uitkering gedurende maximaal een jaar. Mede gelet op het ontbreken van vergoedingen aan andere ontslagen werknemers, werd het ontslag in samenhang met deze bescheiden vergoeding niet kennelijk onredelijk geacht.²⁴ De kantonrechter nam aan dat de financiële situatie van de werkgever 'benard' was. Het argument dat andere werknemers evenmin een vergoeding ontvingen, zou naar mijn mening in gevallen als deze met voorzichtigheid moeten worden gebruikt. Indien die medewerkers bijvoorbeeld reeds ander werk hebben gevonden of betere kansen op de arbeidsmarkt hebben, kunnen we immers niet zonder meer van gelijke monniken

ken spreken. Een kritische benadering is zeker nodig indien de werkgever geen sociaal plan overeen heeft willen komen met representatieve vakorganisaties.

Betaling in termijnen

Art. 7:7685 BW verzet zich er niet tegen bij tijdelijke (liquiditeits)problemen betaling van een vergoeding in termijnen te bepalen. De Ktr. Eindhoven was van oordeel dat er sprake was van een 'tamelijk dramatisch beeld' bij de werkgever.²⁵ Het ontbindingsverzoek was daarom toegewezen. De kantonrechter stelde de C-factor niettemin op 0,75 – onder meer omdat de werkgever nog een grote vordering kon incasseren – en gaf de werkgever de gelegenheid de vergoeding in twee termijnen te betalen.

5 Evaluatie

Een werkgever die zich als Habenichts (Duits voor 'armoedzaaier') Habewenig (steenkolenduits) presenteert, roept geen exceptie in, maar noemt een omstandigheid die de kantonrechter meeweegt bij de beslissing over de ontbinding als zodanig, bij de vraag of de billijkheid een vergoeding rechtvaardigt en bij de vaststelling van de hoogte van die vergoeding. Het ligt voor de hand dat de kantonrechter bij financieel onvermogen van de werkgever het ontbindingsverzoek als zodanig (extra) kritisch beoordeelt, de eventuele alternatieven voor ontbinding meeweegt en de aandacht dus niet te snel uitsluitend richt naar de vraag welke vergoeding gepast is. Zeker bij langdurige dienstverbanden zou van een armlastige werkgever verwacht mogen worden dat deze alternatieve vormen van compensatie aanbiedt, zoals herplaatsing, outplacementondersteuning, scholing of deeltijd-WW. De nieuwe Aanbeveling 3.4.4 is door de koppeling met de BBA-procedure verwarrend geformuleerd. Met een redelijke grond voor ontslag of ontbinding is immers nog niet gegeven dat de werkgever geen vergoeding kan betalen.

De rechtspraak biedt aanknopingspunten om bij financieel onvermogen van de werkgever mede acht te slaan op enkele andere omstandigheden. In concernverhoudingen kan er aanleiding zijn de draagkracht van een moederbedrijf mee te wegen, bijvoorbeeld indien dat bedrijf zich actief met de bedrijfsvoering van de werkgever bemoeit. Indien andere werknemers evenmin een vergoeding ontvingen, kan dat een relevante omstandigheid zijn, maar noopt het ontbreken van een sociaal plan tot een kritische weging. Zijn de financiële problemen van tijdelijke aard, dan kan worden overwogen de betaling in termijnen op te leggen.

21. Bijvoorbeeld Ktr. Haarlem 18 juni 2007, JAR 2007/200.

22. Ktr. Leiden 5 oktober 2005, JAR 2006/5.

23. Ktr. Enschede, 9 juni 2004, JAR 2004/196.

24. Ktr. Amsterdam 23 juni 2006, JAR 2006/194.

25. Ktr. Eindhoven 23 juli 2003, JAR 2003/203.