

Schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag

In het verleden behaalde resultaten bieden geen garantie voor de toekomst.

door

Irene Bindels
(2014191)

Afstudeerscriptie voor de studierichting HBO Rechten aan de Juridische Hogeschool
Avans-Fontys en 't Regtshuis Advocaten

27 mei 2011

Schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag

In het verleden behaalde resultaten bieden geen garantie voor de toekomst.

Naam: Irene Bindels
Studentnummer: 2014191
School: Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Locatie: Tilburg
Afstudeerperiode: 2010 – 2011
Opdrachtgever: 't Regtshuis Advocaten
Afstudeermentor: de heer mr. C.J. (Corné) Spitters
Eerste afstudeerdocent: de heer mr. J.P.E. (John) Lousberg
Tweede afstudeerdocent: mevrouw mr. J. (Jenny) Pop

Plaats: Breda
Datum: 27 mei 2011

Voorwoord

Voor u ligt een afstudeeropdracht die ik heb geschreven voor 't Regtshuis Advocaten in verband met het afstuderen aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys, maar ook voor iedereen die werkzaam is in het arbeidsrecht, zoals arbeidsrechtadvocaten en rechters. Ik vond het een leuke en leerzame opdracht.

Ik wil graag van de gelegenheid gebruik maak een aantal personen te bedanken voor hun medewerking. Allereerst wil ik mijn afstudeerdocent, mr. J.P.E. (John) Lousberg, bedanken voor zijn begeleiding en goede feedback. Ook wil ik graag mijn afstudeermentor en opdrachtgever, mr. C.J. (Corné) Spitters, bedanken voor zijn medewerking, begeleiding en visie, maar ook voor de opdracht. Daarnaast wil ik kanton- en persrechter bij de rechtbank Breda, mr. C. Wallis, bedanken voor het interview. Tot slot wil ik mijn vriendin en studiegenoot, G.F. (Gwen) Bieleveld, bedanken voor haar steun en tips!

Irene Bindels

Breda, 27 mei 2011

Inhoudsopgave

Samenvatting	6
Lijst van afkortingen	7
1. Inleiding	8
1.1 Probleembeschrijving.....	8
1.2 Doelgroep	9
1.3 Vraag- en doelstelling	9
1.4 Methode van onderzoek.....	10
1.5 Opbouw onderzoek.....	10
2. Juridisch kader	11
2.1 Het ontslagrecht in het algemeen.....	11
2.2 Wat is kennelijk onredelijk ontslag?.....	12
2.3 Wanneer wordt een kennelijk onredelijk ontslag procedure gevoerd?.....	12
2.4 Wanneer is een ontslag kennelijk onredelijk?.....	12
2.4.1 De wet.....	12
2.4.2 Richtlijnen bij beoordeling kennelijk onredelijk ontslag uit de jurisprudentie... 13	
2.5 Wat zijn de mogelijkheden voor een werknemer in een kennelijk onredelijk ontslag procedure?.....	14
2.5.1 Schadevergoeding	14
2.5.2 Herstel van de arbeidsovereenkomst	14
2.6 Stelplicht en bewijslast	14
2.7 Verjaring	15
2.8 Inperking van het onderzoek	15
2.9 Conclusie	15
3. Vóór de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed	16
3.1 Vóór de invoering van artikel 7:681 BW	16
3.2 De invoering van artikel 7:681 BW	17
3.3 Na de invoering van artikel 7:681 BW	18
3.4 De Haagse formule	18
3.5 De XYZ-formule	19
3.6 Waarom werden de Haagse formule en de XYZ-formule door de gerechtshoven gehanteerd?.....	20
3.7 Bevindingen van A-G Spier	20
3.8 Conclusie	21
4. De arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed	23
4.1 Van de Grijp/Stam.....	23
4.2 Rutten/Breed.....	25
4.3 Welke criteria heeft de Hoge Raad meegegeven in de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed die richtinggevend kunnen zijn bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding?.....	27
4.4 Reacties vanuit de praktijk	28
4.5 Conclusie	30
5. Na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed	32
5.1 Uitspraken vanaf 27 november 2010 tot 1 mei 2011	32
5.2 Wat doet de rechtspraak met de Haagse formule en de XYZ-formule na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed?	37

5.3	Wat gebeurt er in de rechtspraak met richtinggevende criteria die de Hoge Raad in Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed heeft meegegeven bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding?.....	37
5.4	Conclusie	38
6.	Slotconclusies en aanbevelingen.....	41
6.1	Slotconclusies.....	41
6.2	Aanbevelingen	44
7.	Evaluatie.....	46
	Literatuur- en jurisprudentielijst	47
	Bijlage 1: verslag interview mr. C. Wallis	

Samenvatting

In deze scriptie is onderzoek gedaan naar de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed. De Hoge Raad heeft in voornoemde arresten bepaald dat (een variant van) de kantonrechtersformule niet van toepassing is op een kennelijk onredelijk ontslag procedure. De Hoge Raad geeft aan dat bij de begroting van de schade moet worden uitgegaan van alle omstandigheden van het geval, tezamen en in onderling beschouwd, zoals die zich ten tijde van het ontslag voordeden of op dat moment konden worden voorzien. Maar de Hoge Raad heeft geen concrete handvatten meegegeven die richtinggevend konden zijn bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding. Werkgevers en werknemers hadden na deze arresten geen houvast bij het begroten van de schadevergoeding. Na deze arresten zijn er meerdere uitspraken geweest. Er is landelijk gezocht naar gepubliceerde uitspraken vanaf 27 november 2010 tot 1 mei 2011 waarin is vastgesteld dat het ontslag kennelijk onredelijk is en een schadevergoeding is toegekend. Die uitspraken zijn vervolgens geanalyseerd en vergeleken. Er is gekeken welke omstandigheden en factoren een rol spelen bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding en hoe rechters die schadevergoeding vaststellen. Uit de rechtspraak die sedert bovengenoemde arresten is gepubliceerd komt een beeld naar voren welke omstandigheden en factoren een rol spelen bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding, maar ook hoe de rechter die schadevergoeding vervolgens vaststelt. Vaak heeft de werkgever geen voorziening voor de werknemer getroffen in de vorm van een inkomensvoorziening c.q. afbouwregeling of outplacementtraject en is de schadevergoeding hierop gebaseerd. Het is aan te raden om als werkgever altijd iets doen, omdat er genoeg rechters zijn die een ontslag kennelijk onredelijk vinden en schadevergoeding toekennen indien er geen voorziening (afbouwregeling of outplacementtraject) is getroffen voor de werknemer. De Hoge Raad wil niet dat er een formule wordt toegepast in een kennelijk onredelijk ontslag procedure, omdat met een formule geen rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval, de schadevergoeding aan een maximum gebonden is, bepaalde beloningscomponenten en schadeposten buiten beschouwing blijven en de schadevergoeding abstraheert van de daadwerkelijk geleden schade. Het is aan te bevelen de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters aan te passen c.q. uit te breiden. Door het aanpassen c.q. uitbreiden van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters kunnen al deze punten worden meegenomen in de berekening en hebben partijen houvast bij het begroten van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding. Ook is uit de rechtspraak gebleken dat de rechter alle omstandigheden en factoren meeneemt bij het bepalen van de schadevergoeding, maar één bedrag noemt aan schadevergoeding en dat de schadevergoeding niet wordt begroot, maar meestal wordt geschat c.q. naar billijkheid wordt vastgesteld. Vaak bestaat de schadevergoeding uit een outplacementvergoeding of suppletie van de werkloosheidsuitkering. Er is gebleken dat als partijen de kennelijke onredelijkheid en schadeomvang concreet stellen en bewijzen de kans groter is dat de gevorderde schadevergoeding wordt toegewezen en de rechter de schadevergoeding begroot. Het is aan te bevelen de kennelijke onredelijkheid en schadeomvang zo concreet mogelijk te stellen en bewijzen. Tot slot is gebleken dat wanneer twee werknemers om dezelfde redenen, maar via twee verschillende ontslagroutes (ontbinding en opzegging) worden ontslagen, de hoogte van de (schade)vergoeding verschillend is, terwijl zowel de ontbindingsvergoeding als de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding naar billijkheid wordt vastgesteld. Het is aan te bevelen het duale stelsel af te schaffen, zodat er geen verschil meer zit in de uitkomst over de hoogte van de (schade)vergoeding.

Lijst van afkortingen

A-G	advocaat-generaal
Art.	artikel
BBA	Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BW	Burgerlijk Wetboek
c.q.	casu quo
Hof	gerechtshof
HR	Hoge Raad
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
LJN	Landelijke Nederlandse Jurisprudentie
Ktr.	kantonrechter
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NB	nota bene
Rb.	rechtbank
r.o.	rechtsoverweging
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
TAP	Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk
WW	Werkloosheidswet

1. Inleiding

1.1 Probleembeschrijving

De volgende situaties zullen menigeen wel bekend voorkomen: je arbeidsovereenkomst wordt na 30 jaar dienstverband met een ontslagvergunning van het UWV WERKbedrijf wegens reorganisatie c.q. bedrijfseconomische noodzaak zonder enige vergoeding beëindigd. Je begint een kennelijk onredelijk ontslag procedure om alsnog schadevergoeding te krijgen van je werkgever. Volgende situatie: je arbeidsovereenkomst wordt wegens veranderingen in de omstandigheden (reorganisatie c.q. bedrijfseconomische noodzaak) door de kantonrechter ontbonden met een vergoeding.

Bovenstaande situaties hebben één ding gemeen: in beide gevallen kan de rechter bepalen dat de werkgever bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst een (schade)vergoeding moet betalen aan de werknemer. Maar er is ook één verschil: beide werknemers krijgen een verschillende vergoeding, terwijl hun arbeidsovereenkomsten om dezelfde reden (bedrijfseconomische noodzaak c.q. reorganisatie) is beëindigd.

Een werkgever (maar ook werknemer) kan meerdere ontslagroutes volgen. De eerste ontslagroute die kan worden gevolgd is de procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter op basis van artikel 7:685 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) wegens gewichtige redenen. Op grond van artikel 7:685 lid 8 BW kan de rechter bij veranderingen in de omstandigheden een schadevergoeding toekennen, waarbij werkgevers en werknemers bij de berekening van de ontslagvergoeding uitgaan van de kantonrechtersformule. Dit onderzoek zal zich beperken tot de onderhavige situatie. Een andere ontslagroute die gevolgd kan worden, is de route via een ontslagvergunning bij het UWV WERKbedrijf op grond van artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna: BBA). In die procedure wordt geen vergoeding vastgesteld, maar een werknemer heeft wel de mogelijkheid om een kennelijk onredelijk ontslag procedure te voeren bij de kantonrechter als de werknemer vindt dat de gevolgen van het ontslag voor hem/haar te ernstig zijn in vergelijking met het belang dat de werkgever heeft bij het ontslag. De werknemer dient in het kader van zo'n procedure aannemelijk te maken dat de werknemer door het ontslag te zwaar benadeeld is als daar geen vergoeding tegenover staat. De werknemer kan dan in die procedure schadevergoeding op grond van artikel 7:681 BW of herstel van de arbeidsovereenkomst op basis van artikel 7:682 BW vorderen bij de rechter. De rechter stelt vervolgens vast of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag aan de hand van alle omstandigheden van het geval, tezamen en in onderling verband beschouwd. Indien er is vastgesteld dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag dient conform de reguliere regels van Boek 6 BW de schadevergoeding begroot te worden. In het arrest Schoonderwoert/Schoonderwoerd heeft de Hoge Raad bepaald dat bij de begroting van de schadevergoeding moet worden uitgegaan van alle omstandigheden van het geval, zoals die zich ten tijde van het ontslag voordeden of op dat moment konden worden voorzien en niet van de daadwerkelijk geleden schade.¹ Arbeidsrechtadvocaten en (lagere) rechters hanteerden bij het bepalen van de schadevergoeding (gemakshalve, dan wel uit het oogpunt van rechtsgelijkheid en rechtseenheid) de kantonrechtersformule. Het gerechtshof 's-Gravenhage en de andere hoven hanteerden ieder een eigen afgeleide variant van de kantonrechtersformule (de Haagse formule en de XYZ-formule) om de schadevergoeding te begroten. De Hoge Raad heeft in de arresten Van de Grijp/Stam² en Rutten/Breed³ een dikke streep door deze praktijken getrokken en geoordeeld dat (een variant van) de

¹ HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266.

² HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596.

³ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472.

kantonrechtersformule niet op een procedure uit kennelijk onredelijk ontslag van toepassing is. De Hoge Raad geeft weliswaar aan dat bij de begroting van de schade moet worden uitgegaan van de omstandigheden, tezamen en in onderling verband beschouwd, zoals die zich ten tijde van het ontslag voordeden of op dat moment konden worden voorzien, maar concrete handvatten die richtinggevend kunnen zijn bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding geeft de Hoge Raad niet. Werkgever en werknemer hebben geen houvast bij het begroten van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag procedure.

1.2 Doelgroep

Dit onderzoek is gedaan voor de advocaten van 't Regtshuis Advocaten, maar ook voor iedereen die werkzaam is in het arbeidsrecht, zoals arbeidsrechtadvocaten en rechters.

1.3 Vraag- en doelstelling

De opdrachtgever van dit onderzoek is 't Regtshuis Advocaten.⁴ Dit is een advocatenkantoor dat juridisch advies levert aan ondernemers en particulieren en is onder andere gespecialiseerd in het personen- en familierecht, strafrecht, milieurecht en arbeidsrecht. 't Regtshuis Advocaten heeft regelmatig te maken met kennelijk onredelijk ontslag procedures. Het kan gaan om werknemers die een kennelijk onredelijk ontslag procedure starten, omdat ze het niet eens zijn met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst via een ontslagvergunning van het UWV WERKbedrijf of om werkgevers die worden geconfronteerd met werknemers die een kennelijk onredelijk ontslag procedure starten om alsnog schadevergoeding te krijgen. 't Regtshuis Advocaten treedt voor zowel werknemers als werkgevers op. Zij kan cliënten na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed echter moeilijk adviseren in een kennelijk onredelijk ontslag procedure, omdat de Hoge Raad geen concrete handvatten heeft meegegeven die richtinggevend kunnen zijn bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding. De kantonrechtersformule of een afgeleide variant daarvan mag niet worden gebruikt bij de berekening van de schadevergoeding en er rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval op het moment van het ontslag. 't Regtshuis Advocaten wil door middel van dit onderzoek een jurisprudentie overzicht krijgen dat zij kan gebruiken bij kennelijk onredelijk ontslag procedures om te bepalen hoe hoog de schadevergoeding kan zijn. Zo verwacht zij haar cliënten nog beter bij te kunnen staan en te adviseren.

Op grond van het bovenstaande kan tot de volgende hoofdvraag worden gekomen:

“Welke omstandigheden en factoren spelen een rol bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding en hoe begroot de rechter de schadevergoeding na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed?”

Deze hoofdvraag valt uiteen in de volgende deelvragen:

- Wat is kennelijk onredelijk ontslag?
- Wat is er geregeld in de wet en jurisprudentie over de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag?
- Hoe werd de hoogte van de schadevergoeding vastgesteld vóór de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed en welke richtinggevende handvatten heeft de rechtspraak in haar uitspraken geformuleerd bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding voor de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed?

⁴ <www.regtshuis.nl>, geraadpleegd op 29 september 2010.

- Wat heeft de Hoge Raad in de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed bepaald over het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag?
- Op welke wijze wordt de hoogte van de schadevergoeding in de rechtspraak bij kennelijk onredelijk ontslag na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed begroot?

1.4 Methode van onderzoek

Juridisch onderzoek

In dit onderzoek is een juridisch onderzoek gedaan voor 't Regtshuis Advocaten in de vorm van een literatuuronderzoek.⁵ In de wet, jurisprudentie en literatuur is gezocht naar een antwoord op de onderzoeksvraag. Het literatuuronderzoek is gedaan door de wet, literatuur en jurisprudentie te bestuderen om te weten te komen wat kennelijk onredelijk ontslag is en wat er is geregeld over de schadevergoeding. Vervolgens is er landelijk (Hoge Raad, gerechtshoven en rechtbanken) gezocht naar gepubliceerde uitspraken vanaf 27 november 2010 tot 1 mei 2011 waarbij is geoordeeld door de rechter dat het ontslag kennelijk onredelijk is en schadevergoeding is toegewezen. Deze uitspraken zijn daarna geanalyseerd en vergeleken om te kijken welke omstandigheden en factoren een rol spelen bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding en hoe de rechter de schadevergoeding begroot om te kijken of daar een harmonisatie in zit. Er is gekozen om uitspraken vanaf 27 november 2010 tot 1 mei 2011 te analyseren en vergelijken, omdat dit uitspraken zijn één jaar na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed. Maar ook omdat het anders te veel uitspraken zouden worden om te analyseren en vergelijken voor dit onderzoek.

Interview

Ook is er een open interview gehouden met de heer mr. C. Wallis op 2 mei 2011. Hij is kanton- en persrechter bij de rechtbank Breda. Het was een half gestructureerd interview, omdat de vragen en antwoorden niet vast lagen.⁶ Het interview is afgelegd aan de van hand een topiclijst.

1.5 Opbouw onderzoek

Om een beeld te krijgen van wat kennelijk onredelijk ontslag is, wordt in hoofdstuk 2 het juridisch kader uiteengezet aan de hand waarvan een kennelijk onredelijk ontslag vordering dient te worden beoordeeld. Enig inzicht in het kennelijk onredelijk ontslag is noodzakelijk om te begrijpen hoe de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag wordt begroot. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 ingegaan op het juridisch kader waarbinnen de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag vóór de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed dient te worden begroot. Ook worden daarin de Haagse formule en de XYZ-formule besproken. In hoofdstuk 4 worden de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed besproken. De overwegingen van de Hoge Raad over de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag staan hierbij centraal. Ook de reacties vanuit de praktijk komen aan bod. Hoofdstuk 5 betreft het hoofdstuk waarin de uitspraken van lagere en hogere rechters één jaar na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed worden besproken. Er wordt gekeken welke omstandigheden en factoren een rol spelen bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag en hoe de rechter die schadevergoeding vervolgens vaststelt. In hoofdstuk 6 wordt afgesloten met een conclusie met daarin antwoord op de hoofdvraag van het onderzoek en daarnaast enkele aanbevelingen.

⁵ IJzermans & Van Schaaijk 2007, p. 23.

⁶ Baarda, De Goede & Van der Meer-Middelburg 2000, p. 26.

2. Juridisch kader

Alvorens nader op de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag in te gaan, zal hierna het relevant juridisch kader uiteen worden gezet aan de hand waarvan een vordering op grond van kennelijk onredelijk ontslag dient te worden beoordeeld.

In dit hoofdstuk wordt uitgelegd wat kennelijk onredelijk ontslag is en waar het is geregeld. Dit wordt gedaan aan de hand van het beschrijven van de wetsartikelen en de jurisprudentie. Om het kennelijk onredelijk ontslag te begrijpen, wordt begonnen met haar plaats binnen het ontslagrecht aan te geven. Dit hoofdstuk eindigt met een conclusie.

2.1 Het ontslagrecht in het algemeen

Een arbeidsovereenkomst tussen werknemer en werkgever kan op vier manieren eindigen, namelijk door:

1) *wederzijds goedvinden*

Bij deze vorm van beëindigen van de arbeidsovereenkomst zijn partijen het samen eens geworden dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd op een bepaalde datum. Voor deze vorm van beëindigen van de arbeidsovereenkomst is geen specifieke bepaling in de wet terug te vinden;

2) *ontbinding*

Bij ontbinding eindigt de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer of werkgever door de rechter op grond van gewichtige redenen. Als er sprake is van veranderingen in de omstandigheden kan de rechter een "billijke" vergoeding toekennen (artikel 7:685 lid 8 BW). De rechter maakt bij het vaststellen van deze vergoeding gebruik van kantonrechtersformule;

3) *opzegging*

Bij opzegging zegt de werknemer of de werkgever de arbeidsovereenkomst op. Een werkgever die de arbeidsovereenkomst wil beëindigen door opzegging heeft een ontslagvergunning van het UWV WERKbedrijf op grond van artikel 6 BBA nodig. De werkgever vraagt bij het UWV WERKbedrijf een ontslagvergunning aan. Het UWV WERKbedrijf beoordeelt vervolgens of de aanvraag volledig is en neemt de aanvraag in behandeling. De werknemer krijgt vervolgens een brief van het UWV WERKbedrijf met daarin een termijn om verweer te voeren. Daarna toetst het UWV WERKbedrijf de ontslaggrond aan het Ontslagbesluit en brengt de ontslagadviescommissie een advies uit. Vervolgens verleent of onthoudt het UWV WERKbedrijf de ontslagvergunning. Als de ontslagvergunning is verleend door het UWV WERKbedrijf mag de werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen. De werkgever moet dit binnen acht weken doen en rekening houden met de opzegtermijn. De arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer is beëindigd na afloop van de opzegtermijn. Beide partijen kunnen vervolgens een kennelijk onredelijk ontslag procedure starten; en

4) *van rechtswege*

Bij deze vorm van beëindigen eindigt de arbeidsovereenkomst (voor bepaalde tijd) tussen werknemer en werkgever door het verstrijken van een bepaalde tijd of het vervullen van een ontbindende voorwaarde (artikel 7:667 lid 1 BW). Ook als de werknemer overlijdt, eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege (artikel 7:674 BW).

2.2 Wat is kennelijk onredelijk ontslag?

Op 1 juli 1954 is de kennelijk onredelijke opzegging opgenomen in het burgerlijk wetboek in artikel 7A:1639s BW. Dit artikel is opgenomen in het BW, omdat de wetgever van mening was dat een werknemer op moest kunnen komen tegen een door hem gegeven ontslag, dat aan alle regels voldeed van een geldig ontslag, maar “kennelijk onredelijk” met andere woorden “niet netjes” was van de werkgever.

Dit artikel is op 1 april 1997 vervangen door artikel 7:681 BW. In artikel 7:681 BW is bepaald:

“Indien een van de partijen de arbeidsovereenkomst, al dan niet met inachtneming van de voor de opzegging geldende bepalingen, kennelijk onredelijk opzegt, kan de rechter steeds aan de wederpartij een schadevergoeding toekennen.”

2.3 Wanneer wordt een kennelijk onredelijk ontslag procedure gevoerd?

Artikel 7:681 BW geeft aan dat het om een opzegging moet gaan. Een kennelijk onredelijk ontslag procedure kan dus alleen gevoerd worden als de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en werkgever is beëindigd door opzegging. Er kan geen kennelijk onredelijk ontslag procedure worden gevoerd als de arbeidsovereenkomst is beëindigd door ontbinding, opzegging tijdens proeftijd, ontslag met wederzijds goedvinden, ontslag op staande voet of van rechtswege.⁷ Wel kan een werknemer waarbij de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd na twee jaar ziekte een kennelijk onredelijk ontslag procedure voeren. De kans dat dit beroep slaagt is klein.⁸

2.4 Wanneer is een ontslag kennelijk onredelijk?

Het is de rechter die oordeelt op grond van artikel 7:681 BW of een ontslag kennelijk onredelijk is. De rechter heeft een grote mate van vrijheid bij de beoordeling van een vordering op grond van artikel 7:681 BW.⁹ De rechter moet bij de beoordeling rekening houden met alle omstandigheden van het geval, tezamen en in onderling verband beschouwd.¹⁰ De omstandigheden die een rol kunnen spelen, zullen hierna (paragraaf 2.4.2) worden besproken.

2.4.1 De wet

De wetgever heeft in artikel 7:681 BW een aantal voorbeelden opgenomen van gevallen wanneer een ontslag kennelijk onredelijk kan zijn. In artikel 7:681 lid 2 BW is bepaald dat de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de werkgever *onder andere* kennelijk onredelijk kan zijn:

1. wanneer deze geschiedt zonder opgave van redenen of onder opgave van een voorgewende of valse reden (7: 681 lid 2 sub a BW);
2. wanneer, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om 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 (7:861 lid 2 sub b BW);
3. wanneer deze geschiedt in verband met een verhindering van de werknemer om de bedongen arbeid te verrichten als bedoeld in artikel 670 lid 3 BW (7:681 lid 2 sub c BW);

⁷ Van der Grinten 2008, p. 420.

⁸ Van Grinsven, Geugjes & Soemers 2009, p. 262.

⁹ *Kamerstukken II 1947/48*, 881, nr.3, p. 5.

¹⁰ *Kamerstukken II 1947/48*, 881, nr.3, p. 5.

4. wanneer deze geschiedt in afwijking van een in de bedrijfstak of de onderneming krachtens wettige regeling of gebruik geldende getalsverhouding- of anciënniteitsregeling, tenzij hiervoor zwaarwichtige gronden aanwezig zijn (7:681 lid 2 sub d BW);
5. wanneer deze geschiedt wegens het enkele feit dat de werknemer met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar weigert de bedongen arbeid te verrichten (7:681 lid 2 sub e BW).

In lid 3 van artikel 7:681 BW is bepaald dat de opzegging door de werknemer *onder andere* kennelijk onredelijk kan zijn:

1. wanneer deze geschiedt zonder opgave van redenen of onder opgave van een voorgewende of valse reden (7: 681 lid 3 sub a BW);
2. wanneer de gevolgen van de opzegging voor de werkgever te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werknemer bij de opzegging (7:681 lid 3 sub b BW).

Artikel 7:681 BW is geen limitatieve opsomming van wanneer een ontslag kennelijk onredelijk is.¹¹ Dit is in lijn met de Parlementaire Geschiedenis van artikel 7:681 BW (en 1639s BW).

2.4.2 Richtlijnen bij beoordeling kennelijk onredelijk ontslag uit de jurisprudentie

De meeste kennelijk onredelijk ontslag procedures worden gevoerd op grond van artikel 7:681 lid 2 sub b BW (het gevolgen criterium). De rechter moet beoordelen of de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging. Het is vaste rechtspraak dat de rechter bij de beoordeling van deze vraag rekening moet houden met alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag, tezamen en in onderling verband beschouwd.¹² De rechter moet hierbij een belangenafweging maken door te kijken naar de belangen van werkgever en werknemer. Om te komen tot een meer eenduidige 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, hebben het gerechtshof Arnhem, nevenzittingsplaats Leeuwarden, het gerechtshof Amsterdam, het gerechtshof 's-Hertogenbosch en het gerechtshof Arnhem identieke richtlijnen geformuleerd. De omstandigheden die hierbij een rol kunnen spelen, zijn de volgende (o.a. HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 111):

- 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 om een oplossing te bereiken ter vermijding van een ontslag;
 - 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, 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.

¹¹ Van Grinsven, Geugjes & Soemers 2009, p. 260.

¹² HR 17 oktober 1999, *NJ* 1999, 266; zie ook HR 3 december 2004, *JAR* 2005, 30.

- 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 voorziening en financiële compensatie*
 - reeds aangeboden/betaalde vergoeding;
 - vooraf individueel overeengekomen afvloeiingsregeling;
 - sociaal plan (eenzijdig opgesteld of overeengekomen met vakorganisaties of ondernemingsraad).

In de praktijk wordt dit vaak de gezichtspuntencatalogus genoemd. Het is de rechter die vaststelt of een ontslag kennelijk onredelijk is aan de hand van alle omstandigheden van het geval, tezamen en in onderling verband beschouwt. Het enkele feit dat er geen voorziening is getroffen voor de werknemer betekent nog niet meteen dat het ontslag kennelijk onredelijk moet worden geacht. Ook een langdurig dienstverband en/of een relatief hoge leeftijd vormen niet direct automatisch voldoende grond om het ontslag als kennelijk onredelijk aan te merken.¹³ Pas als de rechter heeft vastgesteld dat het ontslag kennelijk onredelijk is, kan worden toegekomen aan de vraag welke vergoeding eventueel moet worden toegekend.

2.5 Wat zijn de mogelijkheden voor een werknemer in een kennelijk onredelijk ontslag procedure?

Artikel 1639s BW en 7:681 BW hebben het over “een van de partijen”. Dit betekent dat zowel de werknemer als de werkgever een kennelijk onredelijk ontslag procedure kan starten. Meestal is het de werknemer die een kennelijk onredelijk ontslag procedure start. De werknemer kan in een dagvaardingsprocedure verzoeken om schadevergoeding (artikel 7:681 lid 1 BW) of herstel van de dienstbetrekking (artikel 7:682 BW), maar ook de werkgever kan dus een kennelijk onredelijk ontslag procedure starten. Dit komt in de praktijk maar weinig voor.¹⁴

2.5.1 Schadevergoeding

Meestal vordert een werknemer schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag procedure. Hierop zal in hoofdstuk 3 nader worden ingegaan.

2.5.2 Herstel van de arbeidsovereenkomst

In artikel 7:682 BW is opgenomen dat de werknemer bij de rechter kan vorderen dat de arbeidsovereenkomst met de werkgever wordt hersteld. De rechter kan de werkgever dan vervolgens veroordelen de dienstbetrekking met de werknemer te herstellen. In de praktijk komt het maar weinig voor dat een werknemer herstel van de dienstbetrekking vordert, omdat de werkgever de veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking kan afkopen.¹⁵

2.6 Stelplicht en bewijslast

In een kennelijk onredelijk ontslag geldt de (gebruikelijke) hoofdregel “wie stelt, bewijst”. Meestal start de werknemer een kennelijk onredelijk ontslag procedure. De werknemer zal moeten stellen dat het ontslag kennelijk onredelijk is en bij betwisting door de werkgever ook

¹³ HR 15 februari 2008, *JAR* 2008, 76.

¹⁴ Van Grinsven, Geugjes & Soemers 2009, p. 265.

¹⁵ Loonstra & Zondag 2010, p. 424; zie ook Van Grinsven, Geugjes & Soemers 2009, p. 260.

moeten bewijzen. Komt de werkgever niet met tegenbewijs c.q. wordt de kennelijke onredelijkheid niet betwist, dan mag de rechter ervan uitgaan dan de stellingen van de werknemer juist zijn.

2.7 Verjaring

Een vordering tot kennelijk onredelijk ontslag moet binnen zes maanden worden ingesteld. Na zes maanden verjaart de vordering namelijk, zo bepaalt artikel 7:683 lid 1 BW.

2.8 Inperking van het onderzoek

Dit onderzoek beperkt zich tot de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag en dus niet tot de vraag c.q. beoordeling of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag.

2.9 Conclusie

Artikel 7:681 BW bepaalt dat werkgever en werknemer een kennelijk onredelijk ontslagprocedure kunnen voeren bij de rechter. Dit kan alleen als de arbeidsovereenkomst is beëindigd door opzegging en één van de partijen vindt dat de opzegging kennelijk onredelijk is gebeurd. In artikel 7:681 lid 2 en 3 BW is een aantal voorbeelden (vijf voor de werkgever in lid 2 en twee voor de werknemer in lid 3) opgenomen van gevallen wanneer een ontslag kennelijk onredelijk kan zijn. Dit is geen limitatieve opsomming. De rechter heeft een grote vrijheid bij het vaststellen of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Vaak is het de werknemer die zo'n procedure voert. De meeste kennelijk onredelijk ontslag procedures worden gevoerd op grond van artikel 7:681 lid 2 sub b BW. De werknemer dient in het kader van zo'n procedure aannemelijk te maken dat de gevolgen van de opzegging te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging. De stelplicht en bewijsaandragplicht van de kennelijk onredelijkheid ligt bij de werknemer. De rechter moet bij een vordering op grond van artikel 7:681 BW eerst vaststellen of het ontslag kennelijk onredelijk is, vóórdat kan worden toegekomen aan de vraag welke vergoeding eventueel kan worden toegekend. Of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, tezamen en in onderling verband beschouwd. De werknemer kan schadevergoeding of herstel van de dienstbetrekking vorderen. Meestal vordert de werknemer schadevergoeding, omdat de rechter een vordering tot herstel van de dienstbetrekking bijna nooit toewijst, omdat de werkgever dit kan afkopen.

3. Vóór de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed

In dit hoofdstuk wordt het juridisch kader geschetst waarbinnen de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag vóór de arresten Van de Grijp/Stam¹⁶ en Rutten/Breed¹⁷ dient te worden begroot. Echter, vóórdat deze arresten werden gewezen, was er al veel discussie over de manier waarop schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag zou moeten worden begroot.

Eerst wordt de periode vóór de invoering van artikel 7:681 BW besproken. Daarna komt de invoering van artikel 7:681 BW aan bod. Vervolgens wordt er ingegaan op zowel de Haagse formule als de XYZ-formule in de periode na de invoering van artikel 7:681 BW, met aandacht voor de bevindingen van advocaat-generaal Spier (hierna: A-G Spier). Tot slot eindigt dit hoofdstuk met een conclusie.

3.1 Vóór de invoering van artikel 7:681 BW

Bij de invoering van artikel 7A:1639s in het BW werd bepaald dat de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag naar billijkheid moest worden vastgesteld en dat de stel- en bewijsregels niet van toepassing zijn bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding. De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag dient als “pleister op de wonde”.¹⁸ In de memorie van toelichting staat dat:

“De schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag daarentegen moet juist een pleister op de wonde zijn voor het ontslag als zodanig ook al zijn daarbij alle termijnen volledig in acht genomen. Hierbij is de schade, die ook op een nog langer durende onzekere toekomst betrekking heeft, vaak moeilijk te schatten en te bewijzen; vandaar dat de oplossing gekozen is dat de rechter een schadevergoeding „naar billijkheid” kan toekennen.”¹⁹

Rechters kenden vaak een schadevergoeding naar billijkheid toe die werd bepaald door het rechtsgevoel van de rechter. De rechter zocht namelijk naar een bedrag aan schadevergoeding dat zijn rechtsgevoel bevredigde. Als de rechter had vastgesteld dat het ontslag kennelijk onredelijk was, maakte hij een sprong door ineens een bedrag aan schadevergoeding te noemen zonder aan te geven hoe hij aan dat bedrag was gekomen.²⁰ De wijze waarop een dergelijke beslissing van de rechter tot stand komt, wordt ook wel “de sprong van Scholten” genoemd. Volgens Scholten hebben rechterlijke beslissingen een sprongkarakter. Die sprong zou gegrond zijn in de eigen overtuiging van de rechter. De rechter stelt namelijk eerst de feiten en omstandigheden vast. Vervolgens toetst de rechter zijn beslissing aan zijn eigen geweten om de feiten en omstandigheden te bevestigen of opnieuw te kiezen. Tot slot noemt de rechter een bedrag (de sprong). Dat bedrag sluit aan bij de feiten en omstandigheden die de rechter heeft meegenomen in zijn beslissing en sust zijn geweten.²¹ Het is vaste rechtspraak dat als er is vastgesteld dat het ontslag kennelijk onredelijk is de rechter verplicht is schadevergoeding aan de werknemer toe te kennen.²²

¹⁶ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596.

¹⁷ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472.

¹⁸ *Kamerstukken II* 1951/52, 881, nr. 6, p. 30.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1951/52, 881, nr. 6, p.30.

²⁰ Loonstra & Zondag 2010, p. 420.

²¹ Asser-Scholten 1974, p. 129.

²² HR 4 juni 1976, *NJ* 1977, 98.

3.2 De invoering van artikel 7:681 BW

Bij de invoering van artikel 7:681 in het BW in 1997 is artikel 7A:1639s aangepast. Artikel 7:681 lid 1 BW geeft aan dat de rechter aan de wederpartij een schadevergoeding kan toekennen. In dit artikel is niet bepaald hoe deze vergoeding moet worden berekend. Uit de memorie van toelichting van artikel 7A:1639s bleek dat de schadevergoeding naar billijkheid moest worden vastgesteld. In artikel 7:681 BW staat alleen nog maar het woord schadevergoeding. De reden dat de woorden “naar billijkheid” niet zijn overgenomen in artikel 7:681 BW is, omdat deze woorden volgens de wetgever iets anders zouden betekenen in het nieuwe BW en de wetgever deze woorden overbodig vond, omdat de reguliere regels van Boek 6 BW van toepassing waren.

“De woorden «naar billijkheid» zijn geschrapt. Met die woorden werd blijkens de memorie van toelichting aangegeven dat voor het steilen en bewijzen van de schade niet de stringente, gewone regels van het B.W. gelden. In het nieuwe Burgerlijk Wetboek duiden de woorden «schadevergoeding naar billijkheid» echter op iets anders; in artikel 106 van Boek 6 wordt in verband met nadeel dat niet in vermogensschade bestaat gesproken van een vaststelling van de schadevergoeding naar billijkheid. Dat betekent dat die woorden in artikel 680, dat niet op ideële schade betrekking heeft, beter niet kunnen blijven staan. Anderzijds kent het nieuwe Burgerlijk Wetboek thans in artikel 197 van Boek 6 de algemene regel dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is, terwijl, als de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, de rechter de schade schat. In de memorie van toelichting op het artikel wordt gesteld dat de rechter een grote vrijheid heeft bij de begroting van de schade en bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaatsvinden en ook niet gebonden is aan de gewone regels van stel- en bewijsplicht. Nu dus datgene wat de woorden «naar billijkheid» in het huidige artikel! 1639 s uitdrukten in de toekomst uit de algemene regeling in Boek 6 zal voortvloeien, kunnen die woorden vervallen.”²³

De rechter dient conform de reguliere regels van Boek 6 BW de schadevergoeding te begroten. Artikel 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade dient te begroten op de wijze die het meest met de aard daarvan in overeenstemming is. Kan de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan kan die worden geschat. De rechter heeft dus een grote vrijheid bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding. Door de woorden “naar billijkheid” niet meer op te nemen in artikel 7:681 BW, maar de regels van Boek 6 BW van toepassing te verklaren, was de wetgever van mening dat in de praktijk hetzelfde resultaat zou worden bereikt als met de woorden “naar billijkheid” in artikel 1639s BW.

In het arrest Schoonderwoert/Schoonderwoerd overwoog de Hoge Raad dat bij de begroting van de schadevergoeding niet moet worden uitgegaan van de daadwerkelijk geleden schade, maar van alle omstandigheden van het geval, zoals die zich ten tijde van het ontslag voordeden of op dat moment konden worden voorzien.²⁴ *NB Dit wordt nogmaals overwogen door de Hoge Raad in zijn uitspraak van 8 april 2011.*²⁵ Het ging in dit arrest om een vordering tot schadevergoeding op grond van artikel 1639s BW. De schadevergoeding die de Hoge Raad in dit arrest heeft toegekend was dus een schadevergoeding naar billijkheid. Ook heeft de Hoge Raad in dit arrest bepaald dat als is vastgesteld dat het ontslag kennelijk onredelijk is, de werknemer recht heeft op een schadevergoeding, zelfs al is er geen schade geleden door de werknemer. Er moet dan naar billijkheid een schadevergoeding worden toegekend. Tot slot heeft de Hoge Raad in dit arrest bepaald dat de datum voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding dezelfde datum is als de datum ter beantwoording van de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is. Die datum is door de Hoge Raad in het arrest Van Rossum/Van Erp bepaald.²⁶ Dit is uiterlijk de datum van de feitelijke ingang van het ontslag (toetsing ex tunc). *NB In het arrest Hoedjes/Volker Wessels bepaalt de Hoge Raad nogmaals dat dit uiterlijk de datum van het ontslag is.*²⁷

²³ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 51.

²⁴ HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266.

²⁵ HR 8 april 2011, *LJN* BP4804.

²⁶ HR 3 maart 1995, *JAR* 1995, 78.

²⁷ HR 21 mei 2010, *JAR* 2010, 163.

3.3 Na de invoering van artikel 7:681 BW

Ook na de invoering van artikel 7:681 BW bleven rechters de schadevergoeding naar billijkheid vaststellen op basis van hun rechtsgevoel. Toen de kantonrechtersformule in 1997 werd ingevoerd, werd deze door sommige (lagere) rechters toegepast op een kennelijk onredelijk ontslag procedure.²⁸ Het IVA beleidsonderzoek en advies heeft in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een onderzoek gedaan dat inzicht moest geven in de uitkomsten van ontbindingsprocedures en kennelijk onredelijk ontslag procedures en de belangrijkste overwegingen die rechters in de uitspraak hanteerden. Uit dit onderzoek is gebleken dat er 4.600 kennelijk onredelijk ontslag procedures en 21.000 ontbindingsprocedures werden gevoerd in 2008. Ook bleek uit dit onderzoek dat 38% van de werknemers een vergoeding kreeg in een kennelijk onredelijk ontslag procedure. De gemiddelde vergoeding in kennelijk onredelijk ontslag procedures was rond de € 20.000,00. Uit dit onderzoek bleek ook uit het vonnis dat bij 16% van de kennelijk onredelijk ontslag procedures de kantonrechtersformule werd toegepast. De meest voorkomende redenen voor toekenning van een vergoeding waren:

1. een slechte financiële/arbeidsmarktpositie van de werknemer;
2. het nalaten door de werkgever van het verzachten van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer; en
3. het tekortschieten van de werkgever bij het bieden van hulp aan de werknemer om ander werk te vinden.

Tot slot bleek ook uit dit onderzoek dat de vergoeding in een ontbindingsprocedure bijna twee keer zo hoog was als een vergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag procedure (1,56 maandsalaris per dienstjaar tegenover 0,80 maandsalaris per dienstjaar).

Aan deze gang van zaken kwam een einde op 1 januari 2002 toen de gerechtshoven als appelrechters gingen optreden in arbeidszaken. Zij wilden niet dat de kantonrechtersformule werd toegepast op een kennelijk onredelijk ontslag procedure en wezen tot 14 oktober 2008 het gebruik van de kantonrechtersformule bij de begroting van schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag procedure af, maar rechters hielden de kantonrechtersformule vaak wel in hun achterhoofd bij het begroten van de schadevergoeding. Rechtsonzekerheid en rechtsonduidelijkheid waren het gevolg.²⁹

3.4 De Haagse formule

Op 14 oktober 2008 heeft het hof 's-Gravenhage, in acht verschillende kennelijk onredelijk ontslag zaken, geoordeeld dat als er een schadevergoeding moet worden toegekend, deze moet worden bepaald aan de hand van de (oude) kantonrechtersformule, verminderd met 30% (de Haagse formule).³⁰ De vermindering met 30% houdt verband met het feit dat de werkgever om toestemming heeft moeten vragen bij het UWV WERKbedrijf en de opzegtermijn in acht heeft moeten nemen. De minus 30% is ook bedoeld om het verschil tussen de ontbindingsprocedure en de kennelijk onredelijk ontslag procedure aan te geven.

Het Haagse hof was van mening dat een ontslag kennelijk onredelijk is als er geen vergoeding was aangeboden. De hoogte van de vergoeding baseerde het hof op de kantonrechtersformule, waarbij van de uitkomst van deze vergoeding 30% in mindering werd gebracht.

De kantonrechtersformule

Sinds 1 januari 1997 wordt de kantonrechtersformule (AxBxC) door kantonrechters gehanteerd bij de berekening van ontbindingsvergoedingen wegens veranderingen in

²⁸ Von Bergh, Van Rijs & Siesling 2009, p. 41.

²⁹ Loonstra & Zondag 2010, p. 421.

³⁰ Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, L/JN BF6720, BF6790, BF6960, BF7002, BF7077, BF8122 en BF8136.

omstandigheden.³¹ Officieel heet de kantonrechtersformule: “de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters”, maar in de praktijk wordt het de kantonrechtersformule genoemd. Er is gekozen voor Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters in plaats van Richtlijnen van de Kring van Kantonrechters, omdat aanbevelingen uitgangspunten zijn, waarvan kan worden afgeweken in bijzondere gevallen. De kantonrechtersformule is er gekomen, omdat rechters vroeger uiteenlopende vergoedingen toekenden in vergelijkbare zaken en er vanuit de praktijk behoefte was aan rechtszekerheid. In de kantonrechtersformule wordt door de rechter rekening gehouden met de leeftijd van de werknemer, het salaris en eventuele vaste extra's, zoals een 13^e maand, hoelang de werknemer in dienst is geweest en of er sprake is van eigen schuld van de werknemer en/of werkgever en in welke mate.

De A-factor staat voor het aantal gewogen dienstjaren. De B-factor staat voor beloning en de C-factor staat voor correctiefactor. De dienstjaren van de werknemer vóór het 40^e levensjaar tellen voor 1, van het 40^e tot het 50^e voor 1,5 en elk dienstjaar vanaf het 50^e telt voor 2. Een periode van meer dan zes maanden wordt naar boven afgerond en de totale diensttijd wordt afgerond op hele jaren. In de B-factor worden het bruto maandsalaris en vaste extra's, zoals vakantietoeslag, dertiende maand, structurele overwerkvergoeding en vaste ploegentoeslag meegenomen. Het werkgeversaandeel pensioenpremie, de auto van de zaak, onkostenvergoedingen, tantième, het werkgeversaandeel in de ziektekostenverzekering en een niet structurele winstdeling worden niet in de berekening meegenomen, tenzij het om een uitzonderlijk geval gaat. De C-factor wordt uitgedrukt in een cijfer, meestal tussen de 0 en 2, en wordt bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval. Hierbij kijkt de rechter welke partij “de meeste schuld” heeft aan het ontslag (of wie het meest te wijten is dat het ontslag is gegeven). Indien geen van partijen is aan te wijzen als “schuldige” is C 1 (neutraal). De kantonrechtersformule is per 1 januari 2009 aangepast.³² De dienstjaren van de werknemer vóór het 35^e levensjaar tellen voor 0,5, van het 35^e tot het 45^e voor 1,0, van het 45^e tot het 55^e voor 1,5 en elk dienstjaar vanaf het 55^e telt voor 2. Ook bij de aangepaste formule geldt dat een periode van meer dan zes maanden naar boven wordt afgerond en ook de totale diensttijd wordt afgerond op hele jaren.

De vergoeding wordt afgerond in ronde getallen en is een brutobedrag. In principe bedraagt de vergoeding niet meer dan de verwachte inkomensderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd.

3.5 De XYZ-formule

Tot 7 juli 2009 werd toepassing van de kantonrechtersformule, met of zonder korting, door de hoven Amsterdam, 's-Hertogenbosch, Arnhem en Leeuwarden afgewezen.³³ Op 7 juli 2009 hebben ook deze hoven een eigen formule ontwikkeld: de XYZ-formule. De hoven overwogen in deze arresten dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in aanmerking moeten worden genomen en als er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag de vergoeding moet worden berekend volgens de XYZ-formule (XxYxZ).

De X-factor staat voor het aantal gewogen dienstjaren. De dienstjaren van de werknemer vóór het 40^e levensjaar tellen voor 1, van het 40^e tot het 50^e levensjaar voor 1,5, en elk dienstjaar vanaf het 50^e levensjaar telt voor 2. Een periode van meer dan zes maanden wordt naar boven afgerond en de totale diensttijd wordt afgerond op hele jaren. De Y-factor

³¹ <www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-kantonrecht/Aanbevelingen-van-de-kring-van-kantonrechters/Pages/Kantonrechtersformule.aspx>, geraadpleegd op 3 maart 2011.

³² <www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-kantonrecht/Documents/kantonrechterformulenuw.pdf>, geraadpleegd op 3 maart 2011.

³³ Hof Amsterdam 24 februari 2009, LJV BI6603, Hof Leeuwarden 23 december 2008, LJV BH0361 en hof 's-Hertogenbosch 16 september 2008, LJV BG2170.

staat voor laatstverdiende salaris. Er moet bij de berekening van de Y-factor worden uitgegaan van het bruto maandsalaris, vermeerderd met vaste en overeengekomen looncomponenten, zoals vakantietoeslag, een vaste dertiende maand, structurele overwerkvergoeding en vaste ploegentoeslag. Niet meegerekend worden het werkgeversaandeel pensioenpremie, de auto van de zaak, onkostenvergoedingen, het werkgeversaandeel ziektekostenverzekering en niet structurele looncomponenten, zoals een niet structurele bonus. Deze factor komt overeen met de B-factor van de kantonrechtersformule. De Z-factor staat voor correctiefactor. Bij de Z-factor moeten alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag worden gewogen. De Z-factor is in beginsel maximaal 0,5, maar in bijzondere gevallen kan de Z-factor hoger zijn.³⁴ De hoven wilden met de Z-factor de maximale schadevergoeding vastleggen en hiermee zou de vergoeding ook aansluiten bij de bestaande praktijk van de (gepubliceerde en ongepubliceerde) rechtspraak van de hoven van de laatste jaren.

De X-factor wordt op dezelfde manier berekend als de oude kantonrechtersformule, die tot 1 januari 2009 gold. Dit is opmerkelijk. Waarom werd niet de nieuwe kantonrechtersformule gebruikt? Waarschijnlijk wilden de hoven het verschil tussen de kantonrechtersformule en de hofformule uitdrukken. Verder zal een rol hebben gespeeld dat het ging om procedures die voor 1 januari 2009 (bij de Haagse formule) werden gevoerd (en toen gold de oude kantonrechtersformule nog) en dat de oude kantonrechtersformule gunstiger was voor oudere werknemers, omdat die maar drie leeftijdscategorieën had en de nieuwe kantonrechtersformule vier, omdat jongere werknemers een betere arbeidsmarktpositie hebben.³⁵ De vergoeding voor oudere werknemers is hierdoor versoberd, zeker bij een langdurig dienstverband.

3.6 Waaron werden de Haagse formule en de XYZ-formule door de gerechtshoven gehanteerd?

In een kennelijk onredelijk ontslag procedure zijn hoger beroep en cassatie mogelijk. Kantonrechters konden dus niet samen zitten voor een oplossing, zoals zij dat hadden gedaan voor de kantonrechtersformule. Het was dus aan de hoven om met een oplossing te komen.

In de rechtspraak en literatuur was er een discussie ontstaan over de vraag of de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag met dezelfde formule (kantonrechtersformule) zou moeten worden bepaald als de vergoeding in de ontbindingsprocedure. Lagere rechters pasten de kantonrechtersformule toe in kennelijk onredelijk ontslag zaken, maar de hogere rechters waren het hier niet mee eens. Dit zorgde voor rechtsonzekerheid en rechtsonduidelijkheid. Er was behoefte aan rechtszekerheid en rechtsduidelijkheid, maar ook rechtsgelijkheid en rechtseenheid. Het Haagse hof heeft als eerste geprobeerd meer duidelijkheid te verschaffen door de Haagse formule te gebruiken. De andere hoven waren het niet eens met de Haagse formule en hebben een eigen formule ontwikkeld, XYZ-formule.

3.7 Bevindingen van A-G Spier

A-G Spier heeft voor beide arresten een conclusie geschreven. Zijn belangrijkste conclusies (in beide arresten) zijn dat zowel de Haagse formule als de XYZ-formule niet mag worden

³⁴ Hof Arnhem 7 juli 2009, *LJN* BJ6144 en BJ1648, Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2009, *LJN* BJ1710, BJ1713 en BJ1716 en Hof Leeuwarden 7 juli 2009, *LJN* BJ1688.

³⁵ <www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-kantonrecht/Documents/kantonrechterformulenuw.pdf>, geraadpleegd op 3 maart 2011.

toegepast in een kennelijk onredelijk ontslag procedure. Hij vindt dat de arresten moeten worden vernietigd, maar om andere redenen als de Hoge Raad dat uiteindelijk doet in de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed. A-G Spier geeft aan dat de kantonrechtersformule kan worden gebruikt in een kennelijk onredelijk ontslag procedure, maar dan zonder de Haagse korting van 30% of Z-factor – 0,5 van de XYZ-formule, omdat A-G Spier weinig verschil ziet tussen een ontbindingsprocedure en een kennelijk onredelijk ontslag procedure.

A-G Spier is van mening dat als het voorstel tot maximering van de kantonrechtersformule tot € 75.000,00 wordt ingevoerd, de kennelijk onredelijk ontslag procedure minder vaak zal worden gevoerd, omdat de kantonrechtersformule voordeliger voor de werkgever is. Hierbij krijgt de werknemer dan maximaal één jaarsalaris, ook wanneer de werknemer al een lang dienstverband bij de werkgever heeft en aan te nemen is dat de werknemer op korte termijn geen ander werk zal vinden. In een kennelijk onredelijk ontslag procedure geldt deze maximering niet. A-G Spier ziet hier dus een reden in om de formule te gebruiken om ongelijke behandeling van werknemers op basis van hun inkomen te voorkomen.

Ook is het volgens A-G Spier niet mogelijk om de volledige schade te begroten, omdat de feitelijke situatie (kennelijk onredelijk ontslag) moet worden vergeleken met een hypothetische situatie, waarbij een ontslag rechtens toelaatbaar (niet kennelijk onredelijk) is. Bij de hypothetische situatie zou de werkgever hebben afgezien van het ontslag, maar arbeidsovereenkomsten kunnen worden beëindigd. Als dit niet via het UWV WERKbedrijf gaat, kan de werkgever dat via artikel 7:685 BW doen. In beide gevallen wordt de arbeidsovereenkomst beëindigd, want de meeste kantonrechters voelen er weinig voor een arbeidsovereenkomst in stand te laten als het door één van de partijen als een last wordt gezien. A-G Spier geeft aan dat bovenstaande vergelijking niet mogelijk is, omdat het feitelijk onmogelijk is om te bepalen wat de schade van de werknemer is, omdat het bijvoorbeeld niet duidelijk is hoelang de arbeidsovereenkomst van de werknemer nog zou hebben geduurd. Als de hypothetische situatie zou worden toegepast in een ontbindingsprocedure (artikel 7:685 BW) zou een werknemer niet meer krijgen als de uitkomst van de kantonrechtersformule. A-G Spier ziet hierin dus nog een reden om de kantonrechtersformule te gebruiken bij het bepalen van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag procedure.

A-G Spier geeft aan dat er volgens hem twee mogelijkheden zijn:

- 1) de Hoge Raad blijft gebruik maken van de “alle omstandigheden van het geval” berekening; of
- 2) de Hoge Raad gaat op zoek naar een formule die in beide procedures gebruikt kan worden (deze laatste mogelijkheid heeft zijn voorkeur). Spier is van mening dat dit de (oude) kantonrechtersformule kan zijn. Door het toepassen van de kantonrechtersformule kan bij de C-factor rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval en in bijzondere gevallen kan worden afgeweken van deze formule. Volgens Spier wordt op deze manier de schade concreet berekend, conform de Hoge Raad en het BW.

3.8 Conclusie

Voor de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed werd de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag op de volgende manier begroot. Als er is vastgesteld dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag kan er eventueel een schadevergoeding worden toegekend. In artikel 1639s BW (de voorganger van artikel 7:681 BW) was bepaald dat de schadevergoeding door rechters naar billijkheid moest worden vastgesteld. De schadevergoeding moest als “pleister op de wonde” dienen. De rechter is bij het vaststellen van de te begroten schadevergoeding niet gebonden aan de stel- en bewijsregels, maar wel

bij het beoordelen of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Rechters kenden vaak een schadevergoeding naar billijkheid toe dat hun rechtsgevoel bevredigde. Dit bedrag was voor partijen vaak een verrassing, omdat rechters niet aangaven hoe zij aan dit bedrag kwamen. Rechters maakten een sprong bij de berekening van de hoogte van de schadevergoeding. Ook toen artikel 1639s BW werd vervangen door artikel 7:681 BW en de reguliere regels van Boek 6 BW van toepassing werden verklaard, bleven rechters een schadevergoeding naar billijkheid vaststellen. Dit was ook de bedoeling van de wetgever. De woorden "naar billijkheid" kwamen weliswaar niet meer voor in artikel 7:681 lid 1 BW, maar de billijkheid bleek wel uit artikel 6:97 BW. In dat artikel is bepaald dat de rechter de schade moet begroten, lukt dat niet dan mag hij de schade schatten. In het arrest Schoonderwoert/Schoonderwoerd heeft de Hoge Raad overwogen dat bij de begroting niet moet worden uitgegaan van de daadwerkelijk geleden schade, maar moet worden uitgegaan van alle omstandigheden van het geval, zoals die zich ten tijde van het ontslag voordeden of op dat moment konden worden voorzien.³⁶ Toen de kantonrechtersformule in 1997 werd ingevoerd, bleven rechters een schadevergoeding naar billijkheid vaststellen, maar sommige (lagere) rechters hanteerden bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding de kantonrechtersformule (gemakshalve, dan wel uit het oogpunt van rechtsgelijkheid en rechtseenheid). Zij gaven dit zelfs vaak aan in hun uitspraken. In 2002 werden de gerechtshoven appelrechter in kennelijk onredelijk ontslag procedures. De gerechtshoven vonden dat de kantonrechtersformule niet op een procedure uit kennelijk onredelijk ontslag van toepassing kon zijn. Er was behoefte aan rechtszekerheid en rechtsduidelijkheid, maar ook aan rechtsgelijkheid en rechtseenheid, zowel door rechters als burgers. Het Haagse hof en de andere hoven probeerden duidelijkheid en zekerheid te scheppen door een (afgeleide) variant van de kantonrechtersformule te ontwikkelen. Het Haagse hof kwam in 2008 met de Haagse formule (oude kantonrechtersformule minus 30%), een afgeleide variant van de kantonrechtersformule om te bepalen hoe hoog de ontslagvergoeding zou moeten zijn. De andere hoven kwamen met de XYZ-formule ($XxYxZ$), waarbij de Z-factor in beginsel maximaal 0,5 is om te bepalen hoe hoog de schadevergoeding zou moeten zijn.

Er kan worden gezegd dat door het ontwikkelen van de twee formules er rechtsduidelijkheid en rechtszekerheid per hofressort was. Maar ook rechtsongelijkheid, omdat de uitkomsten van de formules verschillend waren.

³⁶ HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266.

4. De arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed

Er is zowel tegen de arresten van het gerechtshof over de Haagse formule als de arresten van de hoven over de XYZ-formule cassatie bij de Hoge Raad ingesteld. De Haagse formule heeft tot het Van de Grijp/Stam arrest en de XYZ-formule tot het Rutten/Breed arrest geleid.

Eerst wordt het arrest Van de Grijp/Stam behandeld, waarbij er wordt geconcentreerd op de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Vervolgens staat het arrest Rutten/Breed centraal. De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag heeft ook hier de aandacht. Ook worden de richtinggevende criteria die de Hoge Raad heeft gegeven in beide arresten besproken op grond waarvan een vergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag in de toekomst door de rechter moet worden begroot. Ten slotte worden de reacties vanuit de praktijk op beide arresten besproken. Er wordt afgesloten met een conclusie.

4.1 Van de Grijp/Stam

Op 27 november 2009 heeft de Hoge Raad een dikke streep gehaald door de Haagse formule (kantonrechtर्सformule minus 30%) van het Haagse hof en de conclusie van Spier. Het ging in dit arrest om het volgende. Werkgever Van de Grijp had een ontslagvergunning bij het CWI aangevraagd, omdat werknemer Stam langdurig arbeidsongeschikt was en er geen passende arbeid mogelijk was voor Stam binnen het bedrijf. Van de Grijp verkrijgt de ontslagvergunning en Stam wordt (na 30 jaar dienstverband) ontslagen op 58-jarige leeftijd. Stam was het niet eens met zijn ontslag en is een kennelijk onredelijk ontslag procedure gestart, waarin hij schadevergoeding vordert door te stellen dat de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is. Van de Grijp gaat in hoger beroep bij het gerechtshof 's-Gravenhage. Het hof overweegt dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag en past de Haagse formule toe bij het begroten van de schadevergoeding. Deze zaak komt uiteindelijk bij de Hoge Raad.

De Hoge Raad beslist het volgende:

- 1) Het Haagse hof was van mening dat als er geen vergoeding was aangeboden in een kennelijk onredelijk ontslag procedure aan de werknemer op grond van artikel 7:681 lid 1 en 2 BW het ontslag kennelijk onredelijk was. De Hoge Raad deelt deze mening niet en geeft aan dat er eerst, aan de hand van de omstandigheden tezamen en in onderling verband, moet worden vastgesteld of een ontslag kennelijk onredelijk is en dat daarna pas moet worden gekeken welke vergoeding aan de werknemer wordt toegekend. Volgens de Hoge Raad blijkt dit ook uit de wettelijke omschrijving van artikel 7:681 lid 2 sub b BW. Er moet gekeken worden naar alle omstandigheden van het geval, waaronder het ontbreken van een vergoeding. De Hoge Raad geeft aan dat het Haagse hof correct heeft gehandeld door alle omstandigheden van geval mee te nemen in haar beoordeling, maar een verkeerde regel heeft toegepast door te oordelen dat als er geen vergoeding is aangeboden die overeenkomt met de kantonrechtर्सformule minus 30% het ontslag kennelijk onredelijk is.³⁷
- 2) Vervolgens is het Haagse hof bij de berekening van de vergoeding van een onjuiste stelling uitgegaan. Het Haagse hof was van mening dat de kantonrechtर्सformule minus 30% het verschil tussen de ontbindingsvergoeding op grond van artikel 7:685 lid 8 BW en een vergoeding op grond van artikel 7:681 lid BW zou aangeven. De

³⁷ HR 27 november 2009, LjN BJ6596, r.o. 4.2.

Hoge Raad zegt hierover dat de vergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag procedure een ander karakter heeft als een vergoeding bij een ontbindingsprocedure. In een ontbindingsprocedure wordt een vergoeding naar billijkheid toegekend als er sprake is van verandering van omstandigheden en in een kennelijk onredelijk ontslag procedure gaat het om een vergoeding van de geleden schade van de werknemer als gevolg van het kennelijk onredelijk ontslag. De Hoge Raad zegt dus dat het om twee aparte procedures gaat, waarbij de vergoedingen dus ook op aparte manieren berekend moet worden. In de ontbindingsprocedure moet de rechter zo snel mogelijk een beslissing nemen. Hoger beroep is na een ontbindingsprocedure niet meer mogelijk. In een ontbindingsprocedure beslist de rechter op basis van wat hem aannemelijk voorkomt of de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve wordt beëindigd. Vervolgens kijkt de rechter of het billijk is om een vergoeding toe te kennen aan de werknemer. In een kennelijk onredelijk ontslag procedure wordt de vergoeding in een gewone procedure bepaald, waarin de regels van het bewijsrecht gelden. De hoogte van de vergoeding wordt berekend aan de hand van de door de rechter op basis van de aangevoerde stellingen vast te stellen feiten en na een afweging van de omstandigheden van allebei de partijen, waarbij de gewone regels gelden voor de begroting van schade (vergoeding).³⁸ Ook geeft de Hoge Raad aan in dit arrest dat:

“Bij kennelijk onredelijk ontslag is de hoogte van de toe te kennen vergoeding bovendien gerelateerd aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen, en aan de daaruit voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen voor de werknemer.”³⁹

Daarna zegt de Hoge Raad het volgende over het verschil tussen de vergoeding op grond van de ontbindingsprocedure en de kennelijk onredelijk ontslag procedure:

“dat de kantonrechtersformule, zoals deze in de praktijk wordt gehanteerd, een op harmonisering van ontbindingsvergoedingen gerichte globale berekeningswijze aan de van een beperkt aantal factoren vormt, en dat het de rechter vrij staat een andere berekeningswijze te volgen als hij daartoe in de omstandigheden van het geval aanleiding vindt. Bij kennelijk onredelijk ontslag moet de rechter zich evenwel steeds nauwkeurig rekenschap geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen, en dient hij daarvan in zijn beslissing ook verantwoording 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.”⁴⁰

De Hoge Raad heeft naar aanleiding van het bovenstaande bepaald dat de kantonrechtersformule niet gebruikt kan worden als een algemeen uitgangspunt bij de berekening van een vergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag procedure. Ook de kantonrechtersformule minus 30% mag niet worden toegepast in een kennelijk onredelijk ontslag procedure, omdat deze formules niet overeenkomen met de manier waarop de rechter de vergoeding dient te begroten in een kennelijk onredelijk ontslag procedure.⁴¹

Ten slotte bepaalt de Hoge Raad in dit arrest met betrekking tot de voorspelbaarheid en rechtszekerheid het volgende. De Hoge Raad begrijpt het standpunt van het Haagse hof en geeft aan dat de voorspelbaarheid er wel kan komen als rechters aangeven in hun uitspraken hoe zij tot hun beslissing zijn gekomen door aan te geven welke factoren bij hun beslissing een rol hebben gespeeld. Het is volgens de Hoge Raad zelfs denkbaar dat er harmonisatie kan komen in de uitspraken over vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag procedures als rechters de factoren die van belang zijn duidelijk benoemen en aangeven welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen aan de verschillende factoren verbonden kunnen worden, zonder dat de rechter gebruik maakt van een algemene formule.⁴²

³⁸ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596, r.o. 4.3.

³⁹ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596, r.o. 4.3.

⁴⁰ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596, r.o. 4.4.

⁴¹ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596, r.o. 4.5.

⁴² HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596, r.o. 4.6.

4.2 Rutten/Breed

Op 12 februari 2010 heeft de Hoge Raad, met het Rutten/Breed arrest, korte metten gemaakt met de XYZ-formule van de andere hoven, waarbij de Hoge Raad een nadere uitwerking heeft gegeven van het Van de Grijp/Stam arrest. In het Rutten/Breed arrest was het volgende aan de hand. Werkgever Breed vroeg een ontslagvergunning aan bij het CWI voor werknemer Rutten die al twee jaar arbeidsongeschikt was. Breed kreeg de ontslagvergunning van het CWI en Rutten wordt na zestien jaar dienstverband ontslagen. Rutten is het hier niet mee eens en start een kennelijk onredelijk ontslagprocedure, waarin hij schadevergoeding vordert. Breed gaat in hoger beroep tegen het vonnis van de kantonrechter bij het gerechtshof te Arnhem. Ook deze zaak komt bij de Hoge Raad.

De Hoge Raad geeft de volgende overwegingen:

- 1) De Hoge Raad heeft in dit arrest bevestigd dat in een kennelijk onredelijk ontslag procedure op grond van artikel 7:681 lid 2 sub b BW alle omstandigheden ten tijde van het ontslag moeten worden meegenomen en het enkele feit dat er geen vergoeding is aangeboden aan de ontslagen werknemer niet als kennelijk onredelijk kan worden aangemerkt op grond van artikel 7:681 lid 1 BW. Voor een kennelijk onredelijk ontslag procedure op grond van artikel 7:681 lid 2 sub b BW moet er sprake zijn van bijzondere omstandigheden die ervoor zorgen dat de nadelige gevolgen van de beëindiging geheel of gedeeltelijk voor rekening van de werkgever komen.⁴³
- 2) Als er is vastgesteld dat het ontslag kennelijk onredelijk is, heeft de werknemer recht op een vergoeding. De hoogte van die vergoeding hangt nauw samen met de omstandigheden die er volgens de rechter toe hebben geleid dat het ontslag kennelijk onredelijk is en is ook afhankelijk van de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en diens kans op het vinden van ander passend werk.⁴⁴
- 3) De Hoge Raad geeft aan dat zij aansluit bij wat is beslist over de maatstaf bij de begroting van de omvang van de hoogte van de schadevergoeding in het arrest Van de Grijp/Stam en gaat daar verder op in, in de volgende rechtsoverwegingen.⁴⁵
- 4) De Hoge Raad vertelt dat de schadevergoeding een bijzonder karakter heeft en als “pleister op de wonde” moet worden gezien die overeenkomt met de aard en de ernst van de tekortkoming van de wederpartij. Dit betekent dat de rechter een grote mate van vrijheid heeft om op grond van alle omstandigheden van het geval de hoogte van de vergoeding vast te stellen. Dit blijkt ook uit de wetgeschiedenis. De Hoge Raad gaat vervolgens in op deze wetgeschiedenis en legt uit waarom de woorden “naar billijkheid” niet zijn overgenomen in artikel 7:681 BW. Artikel 1639s BW, dat later in 1997 is vervangen door artikel 7:681 BW, bevatte de woorden “naar billijkheid”. De woorden naar billijkheid hielden in dat de rechter bij de begroting van schadevergoeding niet gebonden was aan stel- en bewijsregels. Deze woorden zijn niet opgenomen in artikel 7:681 BW, omdat de woorden “naar billijkheid” in het nieuwe BW iets anders zouden betekenen dan in het oude BW en, omdat de wetgever van mening was dat deze woorden in artikel 7:681 BW overbodig zouden zijn, omdat de reguliere regels van Boek 6 BW van toepassing waren voor de begroting van schadevergoeding. In artikel 6:97 BW is bepaald dat de rechter de schade begroot op een manier die het meest in overeenstemming daarmee is en als de schade niet nauwkeurig begroot kan worden dat deze dan geschat mag worden.

⁴³ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472, r.o. 3.5.2.

⁴⁴ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472, r.o. 3.5.3.

⁴⁵ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472, r.o. 3.5.4.

De wetgever was van mening door het niet opnemen van de woorden naar billijkheid, maar de regels van Boek 6 BW van toepassing te verklaren hetzelfde resultaat zou worden behaald als wat de woorden naar billijkheid in artikel 1639s BW tot doel hadden.⁴⁶

- 5) Vervolgens geeft de Hoge Raad aan dat de rechter dus een grote vrijheid heeft bij de begroting van de schade, maar:

“dat de rechter zich 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 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.”⁴⁷

De Hoge Raad benadrukt dat de rechter op grond van artikel 6:97 BW vrij is de vergoeding uiteindelijk naar billijkheid vast te stellen.⁴⁸

- 6) De Hoge Raad beslist in dit arrest dat de schade niet mag worden begroot aan de hand van een algemene formule, omdat het gaat om bijzondere omstandigheden en een algemene formule daar niet geschikt voor is. De Hoge Raad is het eens met de hoven dat er door het toepassen van een formule voorspelbaarheid en rechtszekerheid komt, maar oordeelt dat dit niet hoeft te komen door een algemene formule. Dit kan, aldus de Hoge Raad, ook komen als rechters duidelijk aangeven welke gedachtegang tot de beslissing heeft geleid. De Hoge Raad geeft ook aan dat het wel denkbaar is dat er een zekere mate van harmonisatie in de uitspraken kan komen, als rechters de van belang zijnde factoren duidelijk noemen en aangeven welke financiële gevolgen die hebben per factor in soortgelijke gevallen, zonder een algemene formule te gebruiken.⁴⁹ De Hoge Raad heeft dit ook al aangegeven in het arrest Van de Grijp/Stam.⁵⁰
- 7) Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat de vaststelling van de hoven van de Z-factor op maximaal 0,5 niet mag. Hierdoor is de hoogte van de schadevergoeding aan een maximum gebonden en is er geen ruimte meer om bepaalde omstandigheden mee te nemen in de berekening, omdat alleen bepaalde algemene factoren worden meegewogen.⁵¹
- 8) Daarna gaat de Hoge Raad in op het niet meenemen van bepaalde beloningscomponenten bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding in de formule, bijvoorbeeld het werkgeverstaandeel in de pensioenpremie. De Hoge Raad vindt dat deze factoren moeten worden meegenomen als zij een rol kunnen spelen bij de bepaling over de hoogte, tenzij (“behoudens zeer uitzonderlijke gevallen”) er kan worden aangetoond dat deze factoren geen rol spelen.⁵²
- 9) De Hoge Raad oordeelt dat de maximering van de schadevergoeding op de te verwachten inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd niet mag, omdat bij de berekening van een kennelijk onredelijk ontslag vergoeding ook andere

⁴⁶ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472, r.o. 3.5.5.

⁴⁷ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472, r.o. 3.5.6.

⁴⁸ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472, r.o. 3.5.6.

⁴⁹ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472, r.o. 3.5.7.

⁵⁰ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6569, r.o. 4.6.

⁵¹ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472, r.o. 3.6.2.

⁵² HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472, r.o. 3.7.

schadeposten kunnen worden meegenomen, zoals immateriële schade en pensioenschade.⁵³

4.3 Welke criteria heeft de Hoge Raad meegegeven in de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed die richtinggevend kunnen zijn bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding?

- 1) De Hoge Raad overweegt in beide arresten dat eerst moet worden vastgesteld of een ontslag kennelijk onredelijk is, vóórdat kan worden toegekomen aan de vraag welke vergoeding eventueel kan worden toegekend. Of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, tezamen en in onderling verband beschouwd. Het enkele feit dat er geen voorziening is getroffen, is daarbij onvoldoende om aan te nemen dat een ontslag kennelijk onredelijk moet worden geacht. In het arrest Rutten/Breed oordeelt de Hoge Raad nog dat als is vastgesteld dat het ontslag kennelijk onredelijk is, de werknemer recht heeft op een vergoeding. Deze overwegingen van de Hoge Raad liggen in het verlengde van eerdere rechtspraak van de Hoge Raad (Schoonderwoert/Schoonderwoerd)⁵⁴ en is bovendien in lijn met de Parlementaire Geschiedenis van artikel 7:681 BW,⁵⁵
- 2) De Hoge Raad overweegt dat de rechter steeds moet aangeven welke concrete omstandigheden en factoren de hoogte van de vergoeding bepalen en verantwoorden hoe hij de vergoeding heeft berekend. De vergoeding moet gerelateerd zijn aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting zich als goed werkgever te gedragen en de voor de werknemer daaruit voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen. In het arrest Rutten/Breed bepaalt de Hoge Raad ook nog dat als is vastgesteld dat het ontslag kennelijk onredelijk is, de werknemer recht heeft op een vergoeding. De hoogte van de vergoeding hangt nauw samen met de omstandigheden die er volgens de rechter toe hebben geleid dat een ontslag kennelijk onredelijk is en is mede afhankelijk van de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en de kans op het vinden van ander passend werk door de werknemer;
- 3) De Hoge Raad overweegt dat de reguliere regels van Boek 6 BW van toepassing zijn voor de begroting van de schadevergoeding en dat er geen inhoudelijke wijzigingen zijn bedoeld met het niet meer opnemen van de woorden “naar billijkheid” in artikel 7:681 BW, omdat dit een andere betekenis heeft in het BW en de billijkheid ook uit Boek 6 BW zou blijken. Op basis van Boek 6 BW moet de rechter de schade begroten. Lukt dat niet dan mag hij de schade schatten. Lukt ook dat niet, dan mag de rechter uiteindelijk de vergoeding naar billijkheid vaststellen, zo oordeelt de Hoge Raad in het arrest Rutten/Breed en blijkt uit artikel 6:97 BW;
- 4) De Hoge Raad overweegt dat er voorspelbaarheid kan komen in de uitspraken als de rechter goed aangeeft hoe hij tot zijn beslissing over de hoogte van de vergoeding is gekomen door aan te geven welke factoren bij het bepalen van de vergoeding een rol hebben gespeeld. Ook overweegt de Hoge Raad dat er harmonisatie kan komen in de uitspraken over de vergoedingen als de rechter de van belang zijnde factoren duidelijk noemt en aangeeft welke financiële gevolgen deze factoren kunnen hebben in soortgelijke gevallen.

⁵³ HR 12 februari 2010, *LJN BK4472*, r.o. 3.8.

⁵⁴ HR 17 oktober 1997, *NJ 1999*, 266.

⁵⁵ *Kamerstukken II 1947/48*, 881, nr.3, p. 5.

4.4 Reacties vanuit de praktijk

Er is vanuit de praktijk veel commentaar op de arresten van de Hoge Raad. Zo zijn Heerma van Voss & Van Slooten van mening dat de Hoge Raad niet vooruitstrevend is.⁵⁶ De Hoge Raad verwijst namelijk naar afdeling 6.1.10 BW. Dit heeft de wetgever in de jaren negentig al gedaan. Ook is er volgens Heerma van Voss & Van Slooten onzekerheid over hoever de reguliere regels van Boek 6 BW van toepassing zijn, omdat de Hoge Raad uitzonderingen maakt op deze regels. Heerma van Voss & Van Slooten vinden het ook jammer dat er niet gelijk richtlijnen zijn gegeven, maar zijn van mening dat deze er binnen een paar jaar kunnen zijn. Tot slot zijn Heerma van Voss & Van Slooten van mening dat het “lawyers paradise” ook nog niet van de baan is. Dit houdt in dat werknemers tijdens de opzegtermijn om ontbinding kunnen vragen en zo een (hogere) vergoeding krijgen als de werknemer kan aantonen dat er sprake is van veranderingen in omstandigheden, waardoor de arbeidsovereenkomst nog eerder moet worden ontbonden dan de datum waartegen is opgezegd. De Hoge Raad heeft in het arrest Van Hooff Elektra/Oldenburg bepaald dat dit mag.⁵⁷ Volgens Heerma van Voss & Van Slooten zijn de hoven nu aan zet. Zij menen dat de Hoge Raad niet in één keer richtlijnen kan ontwikkelen, maar de praktijk dit moet doen. Zij leiden af uit de woorden “een zekere mate van harmonisatie” dat de hoven deze richtlijnen mogen maken en daarmee niet buiten hun boekje gaan.

Luttmer-Kat is daarentegen van mening dat “de techniek weliswaar klopt, maar niet werkt”.⁵⁸ Zij vindt dat de arresten kloppen, omdat ontbinding en ontslag niet hetzelfde zijn. De Hoge Raad heeft beslist op wetstechnische argumenten waar niets tegen te doen is, maar Luttmer-Kat denkt dat dit in de praktijk niet gaat werken, omdat de Hoge Raad in het arrest Van Hooff/Oldenburg heeft beslist dat als een arbeidsovereenkomst is opgezegd, deze kan worden ontbonden tijdens de opzegtermijn als er sprake is van veranderingen van omstandigheden en de arbeidsovereenkomst hierdoor eerder moeten worden ontbonden dan de datum waartegen is opgezegd. De rechter moet bij het vaststellen van de ontbindingsvergoeding rekening houden met het feit dat de arbeidsovereenkomst al is beëindigd met ingang van de datum van opzegging. Over de vergoeding zegt de Hoge Raad het volgende:

“de vraag of de ontslagen werknemer ook aanspraak kan maken op een vergoeding ter zake de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de opzegging, dient te worden beantwoord aan de hand van het bepaalde in artikel 7:681 BW.”⁵⁹

Luttmer-Kat vindt dat de Hoge Raad door te verwijzen naar artikel 7:681 BW heeft aangegeven dat een werknemer na een tegenvallende ontbindingsvergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag procedure ook nog een vergoeding kan proberen te krijgen. Zij leidt dit af uit de woorden “ook aanspraak kan maken op een vergoeding”.⁶⁰ Luttmer-Kat is van mening dat de wetgever moet ingrijpen. Zij vindt dat het ontslagrecht moet worden herzien.

Volgens Duk wordt er te zwaar getild aan de verschillen tussen de ontbindingsprocedure en de kennelijk onredelijk ontslag procedure door de Hoge Raad.⁶¹ In een kennelijk onredelijk ontslag procedure zijn de regels van Boek 6 BW van toepassing verklaard en gelden dus de normale regels voor het voeren van bewijs. Deze gelden niet in een ontbindingsprocedure, maar de rechter moet rekening houden met wat partijen hebben gesteld en aannemelijk hebben gemaakt. Op dit gebied is er dus geen verschil volgens Duk. Ook vindt Duk dat de overweging van de Hoge Raad dat de kantonrechttersformule een te globale berekenwijze is,

⁵⁶ Heerma van Voss & Van Slooten 2010.

⁵⁷ HR 11 december 2009, L/JN BJ9069.

⁵⁸ Luttmer-Kat 2010.

⁵⁹ HR 11 december 2009, L/JN BJ9069.

⁶⁰ HR 11 december 2009, L/JN BJ9069.

⁶¹ Duk 2010.

niet klopt. Hij is van mening dat alle omstandigheden die de rechter moet meenemen in een kennelijk onredelijk ontslag procedure ook worden meegenomen in de ontbindingsprocedure en wel in de C-factor. De C-factor is meestal 1 en wordt alleen in uitzonderlijke gevallen omhoog of omlaag bijgesteld. Tot slot vindt Duk dat de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters moeten worden aangepast c.q. verfijnd. Hij vindt dat:

“als de schadevergoeding van art. 7:681 BW zich niet richt naar de vergoeding van billijkheid van art. 7:685 BW, moet die vergoeding zich dan maar naar die schadevergoeding gaan richten?”

Duk is van mening dat de Aanbevelingen van de B-factor moet worden aangepast, zodat daar het werkgeversaandeel pensioenpremie, variabele inkomensbestanddelen, auto van de zaak e.d. in worden meegenomen. Ook vindt Duk dat de Aanbevelingen van de C-factor moeten worden aangepast. Volgens hem moet er in de Aanbevelingen benoemd worden welke categorieën van omstandigheden en factoren van correctiefactor $C = 1$ mogen afwijken. Volgens Duk moet er dan met prototypes worden gewerkt. Vanuit de rechtspraak kunnen er voorbeelden genoemd worden van gevolgen voor de vergoeding die een afwijking rechtvaardigen.

Kantonrechter Buijs vindt dat een kennelijk onredelijk ontslag procedure staat en valt met een inhoudelijk debat op basis van argumenten.⁶² Volgens hem zijn partijen verantwoordelijk voor de kwaliteit van het debat, omdat partijen de grenzen van de rechtsstrijd bepalen. Buijs meent dat partijen de techniek van Boek 6 BW moeten beheersen en de rechter moeten leiden. Als partijen de techniek van Boek 6 BW beheersen is hulp van de Hoge Raad volgens hem niet meer nodig.

Ook Loonstra is van mening dat de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed voor veel commotie hebben gezorgd.⁶³ Loonstra is van mening dat de Hoge Raad een janusknop heeft. Hij heeft het over de janusknop oost en de janusknop west. De janusknop oost gaat over het schadevergoedingsrecht van Boek 6 BW en janusknop west gaat over het eigen karakter van de 681-schadevergoeding. Loonstra ziet zes verschillen tussen deze twee janusknoppen. Hij vergelijkt oost met west.

- 1) Janusknop oost spreekt over volledige schadevergoeding, janusknop west spreekt over een zekere mate van genoegdoening (“pleister op de wonde”);
- 2) Bij janusknop oost moet er naar de toekomst worden gekeken als de schade begroot moet worden. Bij janusknop west mag er ook naar het verleden gekeken worden, omdat de schadevergoeding mede afhankelijk is van de leeftijd van de werknemer en de duur van het dienstverband;
- 3) Bij janusknop oost krijg je geen schadevergoeding als er geen schade is, maar bij janusknop west krijg je wel schadevergoeding, ook al heb je geen schade geleden;
- 4) Bij janusknop oost gelden de stel- en bewijsregels en bij janusknop west niet;
- 5) Bij janusknop oost wordt concrete schadeberekening als uitgangspunt genomen en bij janusknop west niet;
- 6) Bij janusknop oost wordt er ex nunc getoetst en bij janusknop west wordt er ex tunc getoetst.

Loonstra stelt twee schadevergoedingsmodellen voor, namelijk het harde en het zachte model. Het harde model kijkt in de oostelijke richting, het zachte model in de westelijke richting. Het harde model gaat uit van cijfers en het zachte model niet. Loonstra geeft de voorkeur aan het harde model, omdat het zachte model volgens hem zal doodgaan. Hij werkt het harde model als volgt uit. Loonstra vindt dat de inkomensschade als uitgangspunt moet worden genomen die door de werknemer wordt geleden doordat de arbeidsovereenkomst ten einde is gekomen. Vervolgens moet er gekeken worden naar het goed werkgeverschap van de werkgever. Dit moet volgens Loonstra in percentages worden gedaan. Als een

⁶² Buijs 2010.

⁶³ Loonstra 2010.

werkgever niet of nauwelijks tekort is geschoten mag er minder percentage op de inkomensschade in mindering worden gebracht. Loonstra vindt dat gerechten afspraken moeten maken bij welke aard en ernst van tekortkoming welk percentage en maximum horen. Loonstra meent dat de 1^e en 2^e categorie van de XYZ-formule kan worden als factoren die het goed werkgeverschap aangeven. Per onderdeel van deze categorieën kunnen volgens hem percentages worden afgesproken met een maximum. Loonstra stelt voor een 100% - min stelsel in te voeren. Een werknemer kan dan nooit meer dan 100% krijgen, maar zou zelfs ook niets kunnen krijgen. Loonstra wil dus een 100% - stelsel waarbij de inkomensschade het uitgangspunt is en waarvan vervolgens factoren kunnen worden afgehaald. Deze factoren moeten te maken hebben met het goed werkgeverschap van de werkgever en kunnen categorie 1 en 2 van de XYZ-formule zijn. Aan deze factoren moeten percentages verbonden worden met een maximum.

4.5 Conclusie

Tegen de Haagse formule en de XYZ-formule is cassatie ingesteld bij de Hoge Raad. De Haagse formule heeft tot het arrest Van de Grijp/Stam en de XYZ-formule tot het arrest Rutten/Breed geleid. In beide arresten heeft de Hoge Raad de wijze aangegeven waarop moet worden vastgesteld of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, alsmede hoe de eventueel daarop volgende schadevergoeding moet worden begroot.

De Hoge Raad heeft in beide arresten overwogen dat bij de beoordeling van een vordering op grond van artikel 7:681 BW eerst moet worden vastgesteld of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag aan de hand van alle omstandigheden van het geval, tezamen en in onderling verband beschouwd, zoals die zich ten tijden van het ontslag voordeden of op dat moment konden worden voorzien, vóórdat kan worden toegekomen aan de vraag welke vergoeding eventueel moet worden toegekend.

In het arrest Van de Grijp/Stam heeft de Hoge Raad het verschil in vergoeding en procedure tussen de ontbindingsprocedure en de kennelijk onredelijk ontslag procedure uitgelegd. Een kennelijke onredelijk ontslag vergoeding heeft een ander karakter dan een ontbindingsvergoeding. Bij een kennelijk onredelijk ontslag vergoeding moet een schadevergoeding worden vastgesteld die gebaseerd is op de schade die de werknemer heeft geleden als gevolg van het kennelijk onredelijk ontslag. Bij een ontbindingsvergoeding wordt een vergoeding naar billijkheid toegekend. In een ontbindingsprocedure moet er snel door de rechter worden beslist en beslist hij, op basis van wat hem aannemelijk voorkomt, of de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. De rechter kan dan vervolgens naar billijkheid een vergoeding toekennen. In een kennelijk onredelijk ontslag procedure gelden de stel- en bewijsregels bij beoordeling van de vraag of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag en wordt de schadevergoeding begroot aan de hand van door de rechter op basis van aangevoerde stellingen vast te stellen feiten en na een afweging van de omstandigheden aan de zijde van beide partijen, waarbij de gewone regels over begroting van schade van toepassing zijn.

In het arrest Rutten/Breed gaat de Hoge Raad in op de geschiedenis van artikel 7:681 BW en vooral het niet meer opnemen van de woorden "naar billijkheid". Ook geeft de Hoge Raad aan dat de stel en bewijsregels niet gelden bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding op grond van artikel 7:681 BW. Vervolgens geeft de Hoge Raad aan dat de reguliere regels van Boek 6 BW van toepassing zijn. Op basis van Boek 6 BW moet de rechter de schade begroten en als dat niet lukt, mag hij de schade schatten. De rechter mag de vergoeding uiteindelijk zelfs naar billijkheid vaststellen. De Hoge Raad overweegt dat er door het schrappen van de woorden "naar billijkheid" en het van toepassing verklaren van de regels van Boek 6 BW geen veranderingen in de berekenwijze waren bedoeld.

Ook geeft de Hoge Raad in beide arresten een aantal criteria die richtinggevend kunnen zijn bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding:

- 1) de hoogte van de vergoeding houdt nauw verband met de omstandigheden die het ontslag kennelijk onredelijk hebben gemaakt, maar is ook afhankelijk van de leeftijd, de duur van het dienstverband en de mogelijkheid van het vinden van ander passend werk;
- 2) de rechter moet steeds nauwkeurig aangeven welke concrete omstandigheden en factoren een rol hebben gespeeld bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding en hoe de rechter aan dit bedrag is gekomen. De vergoeding moet zijn gebaseerd op de aard en de ernst van het tekortschieten van de van de werkgever om als goed werkgever te handelen en aan de daaruit voor de werknemer voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen;
- 3) dat er voorspelbaarheid in de uitspraken kan komen als rechters goed aangeven hoe zij tot hun beslissing over de hoogte van de vergoeding zijn gekomen door de factoren die een rol spelen bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding te noemen, maar dat er ook harmonisatie in de uitspraken over de vergoedingen kan komen als rechters de van belang zijnde factoren duidelijk benoemen en aangeven welke financiële consequenties in soortgelijke gevallen aan de deze factoren kunnen worden gehangen.

De Hoge Raad heeft in beide arresten geoordeeld dat (een variant van) de kantonrechtersformule niet op een procedure uit kennelijk onredelijk ontslag van toepassing is. Door het toepassen van (een variant van) de kantonrechtersformule zouden bepaalde beloningscomponenten (bijvoorbeeld werkgeverstaandeel pensioenpremie) en schadeposten (immateriële schade en pensioenschade) buiten beschouwing blijven en wordt de schadevergoeding gemaximeerd (tot aan de pensioengerechtigde leeftijd, maar ook door de Z-factor in beginsel 0,5 in te vullen). Ook zou door het toepassen van (een afgeleide variant van) de kantonrechtersformule de schadevergoeding abstraheren van de daadwerkelijk geleden schade en wordt er geen rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.

Er kan worden gezegd dat er door deze arresten zowel weer rechtsgelijkheid als rechtsduidelijkheid is, omdat een einde is gemaakt aan de situatie dat er twee verschillende formules door verschillende hoven konden worden toegepast die in vergelijkbare gevallen verschillende uitkomsten zouden geven. Er kan echter ook worden gezegd dat er meer rechtsonzekerheid en weer rechtsongelijkheid is ontstaan, omdat rechters een schadevergoeding naar billijkheid mogen vaststellen als begroten en schatten van de schade niet lukt. Vaak is dat een bedrag dat het rechtsgevoel van de rechter bevredigt, maar voor partijen is dan onduidelijk hoe de rechter aan dat bedrag is gekomen. Tot slot kan er worden gezegd dat de overwegingen van de Hoge Raad in beide arresten in lijn zijn met de Parlementaire Geschiedenis van artikel 7:681 BW.

5. Na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed

Om tot een antwoord op de hoofdvraag te komen, wordt in dit hoofdstuk besproken hoe de rechtspraak de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag begroot één jaar na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed. Ook wordt er aandacht besteed wat de rechtspraak doet met de criteria die de Hoge Raad heeft meegegeven in deze arresten bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding. Dit hoofdstuk eindigt met een conclusie.

5.1 Uitspraken vanaf 27 november 2010 tot 1 mei 2011

Nadat de Hoge Raad in de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed de wijze heeft aangegeven waarop moet worden vastgesteld of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, alsmede hoe de eventueel daaropvolgende schadevergoeding moet worden begroot, zijn er meerdere uitspraken geweest. Dit onderzoek zal zich beperken tot die uitspraken waarin is vastgesteld dat het ontslag kennelijk onredelijk is en een schadevergoeding is toegekend in de periode vanaf 27 november 2010 tot 1 mei 2011.

Uit de rechtspraak die één jaar na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed is gepubliceerd, komt een beeld naar voren dat de rechtspraak de volgende stappen maakt om daarna de schade te begroten: eerst wordt er gekeken wat het ontslag kennelijk onredelijk maakt, vervolgens wordt er gekeken wat de tekortkoming is, daarna tot welke schade dit leidt en tot slot volgt er een bedrag aan schadevergoeding. Dit volgt uit de onderstaand jurisprudentie overzicht:

De kantonrechter te 's-Gravenhage overwoog in zijn uitspraak van 16 december 2010 dat het ontslag kennelijk onredelijk was op grond van valse redenen, omdat de werkgever zijn verplichtingen als goedwerkgever op grond van artikel 7:611 BW niet was nagekomen en daardoor schadevergoeding moet betalen.⁶⁴ De leeftijd en medische beperkingen van werknemer waardoor zijn kansen op de arbeidsmarkt minder zijn spelen een rol bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding. De kantonrechter overweegt dat de schade niet nauwkeurig kan worden begroot en moet worden geschat. Werkgever en werknemer waren aan het onderhandelen. Werkgever heeft € 70.000,00 aangeboden en werknemer heeft € 95.000,00 gevorderd. Was de kantonrechttersformule toegepast had werknemer een bedrag van € 75.000,00 gekregen. De kantonrechter oordeelt dat het "habe nichts-exceptie" van de werkgever niet opgaat, omdat werkgever een bedrag van € 70.000,00 had gereserveerd voor werknemer. De kantonrechter stelt een bedrag van € 41.000,00 aan schadevergoeding vast. Werknemer krijgt namelijk nog een bedrag van € 46.488,00 aan bereikbaarheidstoeslag (loonaanspraken).

Op 16 december 2010 overwoog de kantonrechter te Deventer dat werknemer bijna 58 jaar oud was op het moment van het ontslag, een dienstverband had van afgerond 13 jaar, werknemer altijd goed heeft gefunctioneerd, zijn arbeidspositie niet rooskleurig is vanwege zijn leeftijd (het is een feit van algemene bekendheid dat oudere werknemers moeilijker werk kunnen vinden), dat werknemer dit heeft onderbouwd met een rapport "Arbeidsmarktanalyse 2010" en niet duidelijk is hoelang werknemer in de WW zal zitten, de ontslaggrond geheel in de risicosfeer van werkgever ligt en niet duidelijk is geworden dat de financiële positie van werkgever zo slecht was dat zij geen hogere voorziening kon aanbieden (werkgever heeft een vergoeding van € 14.000,00 aangeboden, maar werknemer heeft deze geweigerd).⁶⁵ De kantonrechter overweegt dat de aangeboden voorziening niet voldoende is gelet op alle

⁶⁴ Ktr. 's-Gravenhage 16 december 2010, LJN BP5370.

⁶⁵ Ktr. Deventer 16 december 2010, LJN BP0192.

omstandigheden van het geval en oordeelt dat het ontslag daarom kennelijk onredelijk is. De kantonrechter overweegt dat de schadevergoeding niet kan worden begroot, omdat de hoogte ook wordt bepaald door bepaalde toekomstige onzekere omstandigheden en moet worden geschat. De kantonrechter schat op grond van alle omstandigheden van het geval de schade op een bedrag van € 40.000,00.

In zijn vonnis van 21 december 2010 overweegt de kantonrechter te Assen dat de nadelige gevolgen van het ontslag voor werknemer ernstiger zijn dan het belang dat de werkgever bij het ontslag had.⁶⁶ Werkgever heeft namelijk niet goed gemotiveerd dat er sprake was van bedrijfseconomische redenen om werknemer te ontslaan. Werknemer had te maken met een inkomensachteruitgang van 40% en was kostwinner. Werkgever heeft wel loopbaanadvies, loopbaanonderzoek en sollicitatietraining op haar kosten aangeboden, maar werknemer kon hier geen gebruik van maken, omdat hij te maken had met fysieke beperkingen. De kantonrechter oordeelt dat de werknemer niet kan worden verweten dat hij niet heeft gezocht naar ander werk, omdat hij arbeidsongeschikt was. Ook overweegt de kantonrechter dat de fysieke beperkingen, leeftijd en het burn-out verleden van de werknemer niet in zijn voordeel werken bij het vinden van ander werk. De kantonrechter overweegt ook dat van een goede werkgever verwacht had mogen worden dat hij een afbouwregeling had getroffen voor zijn werknemer. Tot slot overweegt de kantonrechter nog dat werkgever zijn stelling dat hij geen financiële voorziening kan treffen niet voldoende heeft onderbouwd. De kantonrechter stelt een schadevergoeding vast op € 12.000,00. De kantonrechter overweegt hierbij dat met dit bedrag de inkomensdaling kan worden opgevangen in een periode van 1,5 jaar tot naar het uitkeringsniveau.

Op 24 december 2010 oordeelt de Hoge Raad met verwijzing naar de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed (r.o. 3.2) dat het hof bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding gebruik heeft gemaakt van de XYZ-formule en dat dit niet mag volgens de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed.⁶⁷ De zaak wordt terugverwezen naar het gerechtshof 's-Gravenhage voor verdere behandeling. A-G Spier heeft een conclusie geschreven en is van mening dat het arrest vernietigd moet worden, omdat in de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed is bepaald dat (een afgeleide variant) van de kantonrechtersformule niet mag.

In zijn vonnis van 5 januari 2011 overweegt de kantonrechter te Utrecht dat de door de werknemer 1 en 2 overgelegde schaderapporten, waarin de schade is begroot aan de hand van de nog te verwachten werkloosheid en terugval op bijstandsniveau, maatgevend zijn als er sprake is van een ernstige tekortkoming van de werkgever.⁶⁸ Daar is in casu geen sprake van, maar wel van een belangenafweging op grond van artikel 7:681 lid 2 BW (het gevolgen criterium), omdat de gevolgen van de opzegging voor werknemer 1 en 2 te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging. De werkgever heeft voor de financiële crisis nog aansluitingsvergoedingen uitgekeerd, waardoor er geen vergoedingen meer konden worden aangeboden aan de werknemers. Ook het Sociaal Plan is niet nagekomen. Ook de leeftijd, de duur van het dienstverband en de inkomensschade die werknemer 1 en 2 lijden spelen een rol. De kantonrechter oordeelt dat van een goede werkgever mag worden verwacht dat zij zich inspant om het geschatte nadeel dat de werknemer lijdt door de opzegging van de arbeidsovereenkomst probeert te beperken. De werkgever is in deze verplichting te kort geschoten. Bij de vaststelling van de schade moet rekening worden gehouden met geleden schade bestaande uit het ontvangen van een lager inkomen en de nog te lijden schade als gevolg van het bijna niet kunnen vinden van werk. De kantonrechter overweegt dat de schade moeilijk daadwerkelijk te begroten is en daarom moet worden geschat. De kantonrechter overweegt over de schade van werknemer 1 het volgende: werknemer was ten tijde van het ontslag 56 jaar, had een dienstverband van bijna

⁶⁶ Ktr. 21 december 2010, L/JN BO9109.

⁶⁷ HR 24 december 2010, L/JN BJ3583.

⁶⁸ Ktr. Utrecht 5 januari 2011, L/JN BP0454.

10 jaar, schat dat werknemer 3,5 jaar nodig heeft om passende arbeid te vinden en schat de schade op € 40.354,56 (inclusief pensioenschade) gebaseerd op de gegevens uit het schaderapport. De kantonrechter overweegt over de schade van werknemer 2 het volgende: werknemer had een leeftijd van 41 jaar, had een dienstverband van 4,5 jaar, schat dat werknemer 2 jaar nodig zal hebben om passende arbeid te vinden en schat de schade op € 8.250,21 (inclusief pensioenschade), ook weer gebaseerd op de gegevens uit het schaderapport. De werkgever doet een beroep op het “habe nichts-exceptie”, maar de kantonrechter acht dit niet inzichtelijk en aannemelijk. De kantonrechter wijst de vorderingen van werknemer 1 (€ 40.354,56) en werknemer 2 (€ 8.250,21) toe.

Het gerechtshof te Leeuwarden oordeelde op 1 februari 2011 met verwijzing naar de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed (r.o. 7.4) dat in een situatie waarbij uitsluitend bedrijfseconomische omstandigheden ten grondslag liggen aan de opzegging, die oorzaak in de risicosfeer van de werkgever ligt het ontslag kennelijk onredelijk maakt. Maar ook de omstandigheid dat de betreffende werknemer een relatief hoge leeftijd had (56 jaar) met een langdurig en onberispelijk dienstverband (22 dienstjaren), het ontbreken van uitzicht op ander werk, het terugvallen in inkomen en het feit dat de werkgever geen maatregelen heeft genomen die de gevolgen verzachten voor de werknemer (de aangeboden outplacementvergoeding van € 7.000,00 telt niet mee), waren voldoende grond om het ontslag als kennelijk onredelijk aan te merken.⁶⁹ Van een werkgever mag verwacht worden dat zij enig flankerend beleid treft ter voorkoming of verzachting van de schadelijke gevolgen voor de werknemer. De werkgever heeft een beroep gedaan op het “habe nichts- exceptie”. Het hof houdt rekening met de slechte financiële positie van de werkgever, maar vindt dat de werkgever op basis van de hiervoor genoemde omstandigheden van het geval een vergoeding van € 75.000,00 had moeten aanbieden ter compensatie van de inkomensterugval en als voorziening voor de outplacementvergoeding. Omdat deze vergoeding niet is aangeboden oordeelt het hof dat het ontslag kennelijk onredelijk is en wijst het hiervoor genoemde bedrag (€ 75.000,00) als schadevergoeding toe aan werknemer.

Op 1 februari 2011 oordeelde de kantonrechter te Enschede met verwijzing naar de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed (r.o. 3.3) dat de werkgever tekort is geschoten door het niet melden van de voorgenomen reorganisatie, terwijl dit verplicht was volgens de CAO en het achterwege laten van een financiële compensatie, het ontslag kennelijk onredelijk maakt en de werknemer recht heeft op een vergoeding.⁷⁰ De werkgever heeft een beroep gedaan op het “habe nichts-exceptie” en heeft dit aan de hand van jaarstukken over de afgelopen drie jaar inzichtelijk en aannemelijk gemaakt. De kantonrechter acht het “habe nichts-exceptie” aanwezig en houdt bij de begroting rekening met de wankelende positie van de werkgever. De kantonrechter is van mening dat er van een abstracte schadeberekening moet worden uitgegaan en niet van een concrete berekening of een schatting. De kantonrechter bepaalt dat werkgever een bedrag van € 3.000,00 aan schadevergoeding moet betalen aan de werknemer, waarmee de werknemer alsnog de hulp kan invoeren van buitenaf bij het vinden van ander werk.

In zijn vonnis van 24 februari 2011 overweegt de kantonrechter dat de werkgever, nadat was verteld aan de werknemer dat er een ontslagvergunning was aangevraagd, heeft nagelaten om te vragen of de werkgever iets kon betekenen voor de werknemer. De werkgever heeft niets van zich laten horen.⁷¹ De kantonrechter oordeelt dat dit het ontslag kennelijk onredelijk maakt, omdat de werkgever door zo te handelen zich niet als een goede werkgever heeft gedragen. Werknemer was ruim 20 jaar bij werkgever in dienst, hij had een eenzijdig arbeidsverleden, waardoor hij weinig kans heeft op de arbeidsmarkt en hij was kostwinner. De kantonrechter oordeelt over de hoogte van de vergoeding dat deze wordt bepaald op grond van de volgende omstandigheden en factoren. Dat in een situatie waarbij uitsluitend

⁶⁹ Hof Leeuwarden 1 februari 2011, *LJN* BP7397.

⁷⁰ Ktr. Enschede 1 februari 2011, *LJN* BP2924.

⁷¹ Ktr. Zaandam 24 februari 2011, *LJN* BP6067.

bedrijfseconomische omstandigheden ten grondslag liggen aan de opzegging, het ontslag niet kennelijk onredelijk maken. Het ontslag is kennelijk onredelijk op de manier waarop werkgever met werknemer is omgegaan. Werkgever had moeten helpen bij het zoeken van ander werk, bijvoorbeeld door een outplacementtraject of scholing aan te bieden aan de werknemer. De kosten hiervan (deze moeten worden geschat) vormen een bestanddeel van de schadevergoeding. Ook had van de werkgever verwacht mogen worden dat zij naar de mogelijkheden heeft gekeken om de inkomensachteruitgang (van ongeveer € 800,00 per maand) te voorkomen. Een gesprek met werknemer hierover was wel het minste wat de werkgever had kunnen doen. De kantonrechter oordeelt op basis van alle omstandigheden van het geval dat een periode van zes maanden voor rekening van werkgever komt. De kantonrechter overweegt dat voldoende is komen vast te staan dat de werkgever niet netjes is omgegaan met werknemer na een dienstverband van 20 jaar. Een immateriële component maakt om die reden ook deel uit van de te bepalen schadevergoeding. De kantonrechter oordeelt dat het ontslag kennelijk onredelijk is en de werkgever een bedrag van € 7.500,00 moet betalen aan de werknemer als schadevergoeding.

De kantonrechter te Leeuwarden overwoog in zijn uitspraak van 4 maart 2011 met verwijzing naar het arrest Van de Grijp/Stam (r.o. 5) dat de werknemer een dienstverband heeft van 24 jaar, ten tijde van het ontslag 54 jaar oud was en het een feit is dat de arbeidsmarktpositie van werknemers boven de 50 jaar veel minder rooskleurig is dan die van jonge werknemers, nergens uit is gebleken dat de werknemer slecht functioneerde, zijn inkomenspositie is verslechterd, werknemer is ontslagen om redenen die volledig in de risicosfeer van werkgever liggen en er geen voorziening is getroffen om het ontslag te verzachten, dat de hiervoor genoemde omstandigheden het ontslag kennelijk onredelijk maken.⁷² De kantonrechter oordeelt dat op basis van de hiervoor genoemde omstandigheden van de werkgever verwacht had mogen worden dat zij "enig flankerend beleid" had moeten treffen ter verzachting van de schadelijke gevolgen van het ontslag voor de werknemer. De werkgever had bijvoorbeeld een aanvulling kunnen geven op de WW-uitkering voor een bepaalde duur. Ook was er in deze uitspraak sprake van onregelmatige opzegging. De kantonrechter oordeelt dat dit onzorgvuldig werkgeverschap is, omdat de werknemer na een lang dienstverband onmiddellijk aan de kant wordt gezet. De werkgever had werknemer vrij moeten stellen van arbeid gedurende de opzegtermijn met behoud van loon. De kantonrechter houdt uitdrukkelijk rekening met de slechte financiële positie van de werkgever, maar vindt dat op basis van de omstandigheden van het geval de werkgever een vergoeding had moeten aanbieden. De werkgever heeft dit nagelaten. De kantonrechter vindt dat er een schadevergoeding moet worden vastgesteld. De kantonrechter oordeelt dat een bedrag van € 25.000,00 aan schadevergoeding moet worden vastgesteld als tegemoetkoming voor de inkomensterugval. De kantonrechter heeft bij de vaststelling van de schadevergoeding alle genoemde omstandigheden van het geval, in hun onderling verband en samenhang bezien, meegewogen, zonder iedere omstandigheid afzonderlijk te wegen en op geld te waarderen.

Op 9 maart 2011 overwoog de rechtbank te Amsterdam dat het ontslag kennelijk onredelijk is, omdat werknemer na een dienstverband van 23 jaar, een slechte positie op de arbeidsmarkt heeft, niet meer in de reisbranche mocht werken en er geen voorziening was getroffen.⁷³ De rechter oordeelt dat de schade kan worden begroot op het bedrag aan beëindigingsvergoeding dat partijen zouden zijn overeengekomen. Werknemer vordert een bedrag van € 204.770,00. Dit bedrag wordt betwist door de werkgever, maar niet voldoende weersproken. De rechter gaat ervan uit dat partijen een vergoeding zouden zijn overeengekomen van € 204.770,00. De rechter wijst de vordering van € 204.770,00 aan vergoeding toe.

⁷² Ktr. Leeuwarden 4 maart 2011, *LJN* BP7496.

⁷³ Rb. Amsterdam 9 maart 2011, *LJN* BP8020.

De Hoge Raad komt in zijn arrest van 11 maart 2011 met verwijzing naar de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed (r.o. 3.12) tot het oordeel dat de begroting van schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag procedure niet mag op basis van de XYZ-formule.⁷⁴ Ook heeft de Hoge Raad in dit arrest bepaald dat het passeren van bewijsaanbod en dit ook niet motiveren niet mag. De Hoge Raad heeft de zaak terugverwezen naar het gerechtshof Arnhem.

Het gerechtshof Amsterdam oordeelt in zijn arrest van 15 maart 2011 met verwijzing naar de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed (r.o. 4.14 en 4.30) dat het ontslag kennelijk onredelijk is, omdat van de werkgever verwacht had mogen worden dat zij een financiële voorziening zou treffen voor werknemer en omdat niet te verwachten was dat werknemer op korte termijn ander passend werk zou kunnen vinden en daarmee een vergelijkbaar inkomen zou kunnen verdienen.⁷⁵ Het hof overweegt dat bij het bepalen van de hoogte van financiële voorziening alle omstandigheden die een rol hebben gespeeld bij de beoordeling of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag ook hierbij een rol spelen. Op basis van die omstandigheden had de werkgever een financiële voorziening moeten treffen, zodat de werknemer zonder inkomensverlies een periode kon overbruggen. Het hof gaat uit van een overbruggingsperiode van drie jaar, waarbij het hof rekening houdt dat werknemer vier maanden was vrijgesteld van het verrichten van arbeid en in die maanden op zoek kon gaan naar ander werk. Het hof vindt dat de financiële voorziening van de werkgever om het inkomensverlies te compenseren gebaseerd moet zijn op de volgende omstandigheden: de leeftijd van de werknemer, de lengte van het dienstverband, de financiële positie van de werkgever, de omstandigheid dat werknemer een van de oprichters van het bedrijf was en door zijn inspanningen deze onderneming een succes is geworden. Het hof oordeelt dat de financiële voorziening die de werkgever had moeten treffen kan worden vastgesteld op het te verwachten inkomensverlies van de werknemer. Het hof gaat hierbij uit van het verschil tussen het laatstelijk verdiende salaris en de WW-uitkering. Werknemer krijgt van het hof de gelegenheid om een berekening te maken en in te dienen bij akte van de financiële voorzieningen, waarvan hiervoor is geoordeeld dat werkgever die had moeten treffen (inkomensschade, premies pensioenverzekering, premies ziektekostenverzekering en kosten auto van de zaak). De werkgever krijgt de gelegenheid hierop te reageren.

In zijn uitspraak van 6 april 2011 heeft de kantonrechter te Groningen overwogen dat werkneemster haar volledige arbeidsverleden heeft doorgebracht bij werkgever, zij 50 jaar oud was toen zij werd ontslagen, werkgever haar geen ander werk heeft kunnen aanbieden, dat de opzegging op grond van bedrijfseconomische redenen in de risicosfeer van werkgever ligt, werkgever een outplacementtraject heeft aangeboden, maar de kansen voor werkneemster niet gunstig zijn en verwacht had mogen worden van de werkgever dat zij een voorziening zou treffen voor werkneemster voor de te verwachten inkomensachteruitgang van € 20.000,00, het ontslag kennelijk onredelijk maakt.⁷⁶ De kantonrechter oordeelt dat werkgever een vergoeding van € 20.000,00 moet betalen aan werknemer.

De kantonrechter te 's-Hertogenbosch heeft in zijn vonnis van 7 april 2011 overwogen dat werkgever een voorziening voor werknemer had moeten treffen, vanwege de inkomensachteruitgang van werknemer, de leeftijd van werknemer en het feit dat werknemer niet eenvoudig een gelijkwaardige functie zou kunnen vinden.⁷⁷ De kantonrechter houdt bij de berekening van de vergoeding geen rekening met het feit dat werknemer salaris heeft gekregen over de periode dat werknemer was vrijgesteld van arbeid. De kantonrechter oordeelt dat, rekeninghoudend met de hiervoor genoemde omstandigheden van het geval en de duur van het dienstverband van werknemer (10 jaar), een schadevergoeding van € 30.000,00 redelijk en billijk is.

⁷⁴ HR 11 maart 2011, *LJN* BO9624.

⁷⁵ Hof Amsterdam 15 maart 2011, *LJN* BP7925.

⁷⁶ Ktr. Groningen 6 april 2011, *LJN* BQ2458.

⁷⁷ Ktr. 's-Hertogenbosch 7 april 2011, *LJN* BQ3527.

Op 13 april 2011 heeft de kantonrechter te Utrecht met verwijzing naar de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed (r.o. 4.3) overwogen dat het ontslag kennelijk onredelijk is, omdat er geen voorziening is getroffen voor werknemer.⁷⁸ Werknemer was arbeidsongeschikt en heeft niet kunnen zoeken naar ander werk. Ook de leeftijd van werknemer speelde een rol bij de overweging volgens de kantonrechter. De kantonrechter oordeelt dat de werkgever een voorziening had moeten treffen, zodat werknemer in een overbruggingsperiode zonder inkomensverlies naar ander werk zou kunnen zoeken. De kantonrechter stelt een overbruggingsperiode van drie jaar vast. De kantonrechter stelt de schadevergoeding vast op € 9.000,00.

5.2 Wat doet de rechtspraak met de Haagse formule en de XYZ-formule na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed?

In bijna alle uitspraken worden de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed genoemd, wordt ernaar verwezen, worden ze uitgelegd of kort samengevat, bijvoorbeeld in de volgende uitspraken:

“in het arrest Van de Grijp/Stam van 27 november 2009 (LJN:BJ6569) zegt de Hoge Raad dat de in artikel 7:681 BW neergelegde maatstaf voor kennelijk onredelijk ontslag in de kern inhoudt dat het ontslag is gegeven in strijd met algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap. In het arrest Rutten/Breed van 12 februari 2010 (LJN:BK4472) wordt de hoogte van de schadevergoeding door de HR gerelateerd aan de aard en het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting om als goed werkgever te handelen. Kennelijk onredelijk is dus een opzegging in strijd met (algemeen aanvaarde normen van) goed werkgeverschap.”⁷⁹ (r.o. 3.3).

“In een dergelijk geval moet voor het aannemen van kennelijke onredelijkheid sprake zijn van – in beginsel door de werknemer te stellen (vgl. HR 27 november 2009, NJ 2010/493 en 12 februari 2010, NJ 2010/494) – bijzondere omstandigheden die meebrengen dat de nadelige gevolgen van de beëindiging geheel of ten dele voor rekening van de werkgever dienen te komen.”⁸⁰ (r.o. 4.14)

“bij de beoordeling staat voorop dat alle omstandigheden van het geval gewogen moeten worden en dat, als al sprake is van kennelijk onredelijk ontslag, een volgens een algemene formule berekende schadevergoeding, zoals gevorderd, volgens de Hoge Raad niet toelaatbaar is (zie de arresten van 27 november 2009, LJN BJ6598, JAR 2009/305 en 12 februari 2010, LJN BK4472, JAR 2010/72).”⁸¹ (r.o. 7.4)

De rechtspraak oordeelt in al deze uitspraken dat zowel de Haagse formule als de XYZ-formule niet mag worden toegepast bij een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Op 11 maart 2011 oordeelde de Hoge Raad dit zelfs nog.⁸²

5.3 Wat gebeurt er in de rechtspraak met richtinggevende criteria die de Hoge Raad in Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed heeft meegegeven bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding?

Uit de rechtspraak is gebleken dat de rechter eerst vaststelt of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, vóórdat de rechter een schadevergoeding toekent.

Ook is gebleken dat de rechter concreet aangeeft welke omstandigheden en factoren een rol hebben gespeeld bij het vaststellen van hoogte van de schadevergoeding. Vaak zijn dit ook de omstandigheden en factoren die een rol hebben gespeeld bij de beoordeling of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Ook houdt de rechter bij de begroting rekening met de leeftijd, het dienstverband en de mogelijkheid van het vinden van ander passend werk. Er

⁷⁸ Ktr. Utrecht 13 april 2011, LJN BQ0693.

⁷⁹ Ktr. Enschede 1 februari 2011, LJN BP2924.

⁸⁰ Hof Amsterdam 15 maart 2011, LJN BP7925.

⁸¹ Hof Leeuwarden 1 februari 2011, LJN BP7397.

⁸² HR 11 maart 2011, LJN BO9624.

is ook gebleken uit de rechtspraak dat de rechter bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding rekening houdt met de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting om zich als goed werkgever te gedragen en de daaruit voor de werknemer voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen. Meestal heeft de werkgever geen inkomensvoorziening c.q. outplacementtraject aangeboden en is de schadevergoeding hierop gebaseerd. De schadevergoeding bestaat uit een outplacementvergoeding of suppletie van de werkloosheidsuitkering.

Ook is uit de rechtspraak gebleken dat er geen verandering in de berekenwijze van de schadevergoeding heeft plaatsgevonden. De rechter schat c.q. stelt de schadevergoeding na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed meestal naar billijkheid vast. Dit blijkt ook uit het onderzoek van De Laat.⁸³ Hij heeft een half jaar na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed gekeken hoe de schadevergoeding na kennelijk onredelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst wordt begroot in de rechtspraak. De Laat vindt dat er meer wordt geschat dan begroot door rechters. De rechters die de schadevergoeding schatten c.q. naar billijkheid vaststellen passen het zachte model van Loonstra toe.⁸⁴ Er heeft dus geen verandering plaatsgevonden door de regels van Boek 6 BW van toepassing te verklaren en de woorden “naar billijkheid” niet meer op te nemen in artikel 7:681 BW. De schadevergoeding wordt na de arresten op dezelfde manier vastgesteld als vóór de wetwijziging.

Uit de rechtspraak is gebleken dat er wel voorspelbaarheid zit in de uitspraken, maar nog geen harmonisatie. De rechter geeft goed aan welke omstandigheden en factoren een rol spelen bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding, maar noemt één bedrag aan schadevergoeding en geeft niet per omstandigheid c.q. factor aan welke financiële consequenties die heeft.

5.4 Conclusie

Er kan worden gezegd dat de rechtspraak na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed goed motiveert welke concrete omstandigheden en factoren een rol spelen bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding. De navolgende omstandigheden en factoren zijn in de rechtspraak meerdere malen aangetroffen als zijnde omstandigheden en factoren die een rol spelen bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding:

- de financiële positie waarin de werknemer is komen te verkeren als gevolg van het ontslag:
doorgaans komt de werknemer in aanmerking voor een WW-uitkering of een WIA-uitkering, wellicht gevolgd door IOW, wellicht gevolgd door pensioen, hetgeen relevant is bij het bepalen van de maximale inkomstenderving en daarmee de schade welke de werknemer lijdt, maar ook de omstandigheid dat werknemer vaak kostwinner is;
- de financiële positie van de werkgever:
dit is een zeer belangwekkende omstandigheid. De financiële (on)mogelijkheden van de werkgever spelen uiteraard een (grote) rol bij wat van de werkgever in het kader van het treffen van voorzieningen verlangd kan c.q. mag worden;
- de kansen van de werknemer op het vinden van ander (passend) werk.
dit is eveneens een belangwekkende omstandigheid bij de beoordeling of een ontslag kennelijk onredelijk is, mede in het licht van de (al dan niet) aangeboden voorziening;
- de wijze van functioneren van de werknemer:

⁸³ De Laat 2010.

⁸⁴ Loonstra 2010.

- het hoeft geen betoog dat bij een uitstekend functionerende werknemer een voorziening eerder op zijn plaats is dan bij een slecht functioneren werknemer;
- de ontslaggrond:
deze ligt volgens vaste rechtspraak bij beëindiging op grond van reorganisatie c.q. bedrijfseconomische noodzaak in de risicosfeer van de werkgever;
 - de noodzaak om het dienstverband te beëindigen:
deze staat vast, als bij ongewijzigde voortzetting van de organisatie, de levensvatbaarheid van de organisatie (op langere termijn) ernstig in gevaar komt;
 - de inspanningen van de werknemer om elders passend werk te vinden:
het is aan de werknemer om aannemelijk te maken dat hij zich hiertoe voldoende heeft ingespannen;
 - de getroffen voorzieningen en financiële compensatie:
aan de hand van bovengenoemde omstandigheden en factoren dient dit per werknemer te worden beoordeeld c.q. afgewogen;
 - de leeftijd van de werknemer bij einde van het dienstverband:
deze factor is een parabool. Dit houdt in dat de schade van een jonge werknemer in de meeste gevallen kleiner is gelet op diens arbeidsmarktpositie, terwijl de schade die een werknemer lijdt die binnen enige tijd in aanmerking komt voor pensioen eveneens te overzien is, terwijl tussen de 45 en 55 jaar tussen de wal en het schip dreigen te geraken en derhalve de meeste schade hebben te duchten;
 - de duur van het dienstverband:
deze factor legt meer gewicht in de schaal al naar gelang het dienstverband langer heeft geduurd.

Voornoemde omstandigheden spelen ook een rol bij het beoordelen of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Zij kunnen vaak niet los van elkaar worden gezien. Er wordt gekeken door de rechter wat de werkgever had moeten doen om de kennelijke onredelijkheid te voorkomen c.q. heeft gedaan om de schadelijke gevolgen voor de werknemer te verzachten. Vaak heeft de werkgever geen voorziening in de vorm van een inkomensvoorziening c.q. afbouwregeling of outplacementtraject aangeboden en wordt de schadevergoeding hierop gebaseerd. Tot slot blijkt dat de hiervoor aangehaalde omstandigheden en factoren in de richtlijnen van de gerechtshoven staan (de gezichtspuntencatalogus). Dit is dus een nuttig instrument bij het stellen en bewijzen of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, maar ook bij het stellen en bewijzen van de schadeomvang.

Er kan ook worden gezegd dat uit analyse van de uitspraken is gebleken dat de rechter alle bovenstaande omstandigheden en factoren meeneemt bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding, maar één bedrag aan schadevergoeding noemt. De rechter begroot de schadevergoeding niet, maar stelt meestal de schadevergoeding naar billijkheid vast c.q. schat de schadevergoeding.⁸⁵ Vaak bestaat de schadevergoeding uit een outplacementvergoeding of een suppletie van de werkloosheidsuitkering. In slechts twee uitspraken is de schadevergoeding begroot door de rechter en de door de werknemer gevorderde schadevergoeding toegewezen (één uitspraak hiervan is geweest door de heer mr. J.J.M. de Laat, die van mening is dat rechters vaker schatten dan begroten), omdat de werknemer de schadeomvang concreet had gesteld en bewezen aan de hand van schaderapporten. Deze rechters passen het harde model van Loonstra toe.⁸⁶ De rechter beslist op wat partijen stellen en bewijzen c.q. wel en niet betwisten. Ook kan er worden gezegd dat als de werknemer de kennelijke onredelijkheid en schadeomvang concreet stelt en bewijst, de kans groter is dat de gevorderde schadevergoeding wordt toegekend. Want als de werknemer de kennelijke onredelijkheid en schadeomvang niet c.q. slecht stelt en bewijst, moet de rechter een bedrag aan schadevergoeding schatten c.q. naar billijkheid

⁸⁵ Zie ook De Laat 2010.

⁸⁶ Loonstra 2010.

vaststellen. Er blijft dan een sprong die niet te motiveren is, omdat voor partijen onduidelijk is hoe de rechter dit bedrag heeft berekend, maar voor partijen is er ook sprake van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. Ook wordt nog steeds niet aangegeven hoe de rechter de schadevergoeding heeft berekend. De rechter maakt weer een sprong. Die sprong was er vóór de Haagse formule en XYZ-formule ook al bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding. Nadat is geoordeeld dat het ontslag kennelijk onredelijk is, noemt de rechter een bedrag aan schadevergoeding (de sprong), zonder goed aan te geven hoe hij aan dit bedrag is gekomen.

Tot slot kan er worden gezegd dat er sprake is van voorspelbaarheid in de uitspraken, omdat de rechter goed aangeeft welke omstandigheden en factoren een rol spelen bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding. Maar er is nog geen sprake van harmonisatie in de uitspraken over de vergoedingen, omdat de rechter niet per omstandigheid c.q. factor aangeeft welke financiële consequenties die heeft, maar één bedrag aan schadevergoeding noemt, waarin alle omstandigheden en factoren worden meegenomen. Die bedragen zijn heel verschillend c.q. uiteenlopend. Er is dus nog geen rechtszekerheid, rechtseenheid en rechtsgelijkheid.

6. Slotconclusies en aanbevelingen

In de voorgaande hoofdstukken is het reilen en zeilen van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag onder de loep genomen. Het ontstaan van het kennelijk onredelijk ontslag, wat kennelijk onredelijk ontslag is en wanneer een ontslag kennelijk onredelijk is, hoe de eventueel daaropvolgende schadevergoeding moet worden begroot, evenals het juridisch kader dat daarop van toepassing is. Er is aandacht besteed aan de periode vóór de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed. Ook zijn deze arresten aan bod gekomen. Tot slot is bekeken hoe de rechtspraak de schadevergoeding begroot na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed.

In het navolgende worden eerst kort de belangrijkste bevindingen ten aanzien van de in de inleiding geformuleerde deelvragen herhaald. Vervolgens wordt een antwoord gegeven op de hoofdvraag. Tot slot eindigt dit hoofdstuk met een aantal aanbevelingen aan partijen. Ook worden enkele aanbevelingen aan de rechter en wetgever gedaan.

6.1 Slotconclusies

Terugblik

De rechter moet bij een vordering op grond van artikel 7:681 BW eerst vaststellen of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, vóórdat kan worden toegekomen aan de vraag welke vergoeding eventueel kan worden toegekend. Of er sprake is van een kennelijke onredelijk ontslag moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, tezamen en in onderling verband beschouwd. Indien is vastgesteld dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag dient conform de reguliere regels van Boek 6 BW de schadevergoeding te worden begroot. In het arrest Schoonderwoert/Schoonderwoerd overwoog de Hoge Raad dat bij deze begroting moet worden uitgegaan van alle omstandigheden van het geval, zoals die zich ten tijde van het ontslag voordeden of op dat moment kon worden voorzien en niet van de daadwerkelijk geleden schade.⁸⁷ Voor de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed stelde de rechter een schadevergoeding naar billijkheid vast, dat zijn rechtsgevoel bevredigde. Sommige arbeidsrechtadvocaten en lagere rechters hanteerden bij het bepalen van de schadevergoeding (gemakshalve, dan wel uit het oogpunt van rechtsgelijkheid en rechtseenheid) de kantonrechtersformule. De gerechtshoven waren het hier niet mee eens en wilden niet dat de kantonrechtersformule werd toegepast bij het begroten van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding. Er was behoefte aan rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, rechtseenheid en rechtsduidelijkheid. Het gerechtshof 's-Gravenhage kwam met de Haagse formule en de andere hoven kwamen met de XYZ-formule. Ieder hanteerde een eigen afgeleide variant van de kantonrechtersformule om te bepalen hoe hoog de schadevergoeding zou moeten zijn. De Hoge Raad heeft in de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed geoordeeld dat (een variant van) de kantonrechtersformule niet op een procedure uit kennelijk onredelijk ontslag van toepassing is, maar heeft geen concrete handvatten meegegeven die richtinggevend konden zijn bij het begroten van de schadevergoeding. Nadat de Hoge Raad in beide arresten had aangegeven op welke wijze er moet worden vastgesteld dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, alsmede hoe de eventueel daaropvolgende schadevergoeding moet worden begroot, zijn er alweer meerdere uitspraken geweest. Die uitspraken zijn geanalyseerd en vergeleken. Dit onderzoek heeft zich beperkt tot die uitspraken waarin is vastgesteld dat het ontslag kennelijk onredelijk is en een schadevergoeding is toegekend één jaar na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed.

⁸⁷ HR 17 oktober 1997, NJ 1999, 266.

Op grond van het voorgaande kan antwoord worden gegeven op de in de inleiding geformuleerde hoofdvraag:

“Welke omstandigheden en factoren spelen een rol bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding en hoe begroot de rechter de schadevergoeding na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed?”

De volgende omstandigheden en factoren spelen hierbij een rol:

Omstandigheden en factoren:

- de financiële positie waarin de werknemer is komen te verkeren als gevolg van het ontslag:
doorgaans komt de werknemer in aanmerking voor een WW-uitkering of een WIA-uitkering, wellicht gevolgd door een IOW-uitkering, wellicht gevolgd door pensioen, hetgeen relevant is bij het bepalen van de maximale inkomstenderving en daarmee de schade welke de werknemer lijdt, maar ook de omstandigheid dat werknemer vaak kostwinner is;
 - de financiële positie van de werkgever:
dit is een zeer belangwekkende omstandigheid. De financiële (on)mogelijkheden van de werkgever spelen uiteraard een (grote) rol bij wat van de werkgever in het kader van het treffen van voorzieningen verlangd kan c.q. mag worden;
 - de kansen van de werknemer op het vinden van ander (passend) werk.
dit is eveneens een belangwekkende omstandigheid bij de beoordeling of een ontslag kennelijk onredelijk is, mede in het licht van de (al dan niet) aangeboden voorziening;
 - de wijze van functioneren van de werknemer:
het hoeft geen betoog dat bij een uitstekend functionerende werknemer een voorziening eerder op zijn plaats is dan bij een slecht functioneren werknemer;
 - de ontslaggrond:
deze ligt volgens vaste rechtspraak bij beëindiging op grond van reorganisatie c.q. bedrijfseconomische noodzaak in de risicosfeer van de werkgever;
 - de noodzaak om het dienstverband te beëindigen:
deze staat vast, als bij ongewijzigde voortzetting van de organisatie, de levensvatbaarheid van de organisatie (op langere termijn) ernstig in gevaar komt;
 - de inspanningen van de werknemer om elders passend werk te vinden:
het is aan de werknemer om aannemelijk te maken dat hij zich hiertoe voldoende heeft ingespannen;
 - de getroffen voorzieningen en financiële compensatie:
aan de hand van bovengenoemde omstandigheden en factoren dient dit per werknemer te worden beoordeeld c.q. afgewogen;
 - de leeftijd van de werknemer bij einde van het dienstverband:
deze factor is een paraboel. Dit houdt in dat de schade van een jonge werknemer in de meeste gevallen kleiner is gelet op diens arbeidsmarktpositie, terwijl de schade die een werknemer lijdt die binnen enige tijd in aanmerking komt voor pensioen eveneens te overzien is, terwijl tussen de 45 en 55 jaar tussen de wal en het schip dreigen te geraken en derhalve de meeste schade hebben te duchten;
 - de duur van het dienstverband:
deze factor legt meer gewicht in de schaal al naar gelang het dienstverband langer heeft geduurd.
- 1) Voornoemde omstandigheden en factoren zijn in de rechtspraak meerdere malen aangetroffen als zijnde omstandigheden en factoren die een rol spelen bij het vaststellen van de te begroten schadevergoeding, maar ook als omstandigheden en factoren die de kennelijk onredelijkheid van de opzegging bepalen. Er kan dus worden gezegd dat de rechter goed aangeeft welke omstandigheden en factoren een

rol spelen bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding. Als is vastgesteld dat een ontslag kennelijk onredelijk is, begroot de rechter de schadevergoeding niet, maar schat de rechter vaak één bedrag aan schadevergoeding c.q. stelt de rechter één bedrag aan schadevergoeding naar billijkheid vast. Dit is in lijn met de Parlementaire Geschiedenis van artikel 7:681 BW en bovendien in lijn met de overweging van de Hoge Raad in het arrest Rutten/Breed, dat als de rechter de schadevergoeding niet kan begroten, deze mag schatten of zelfs naar billijkheid mag vaststellen. In maar twee uitspraken is de schadevergoeding begroot door de rechter en de door de werknemer gevorderde schadevergoeding toegewezen, omdat de werknemer de schadeomvang concreet had gesteld en bewezen aan de hand van schaderapporten. Er kan dus worden gezegd dat als de kennelijke onredelijkheid en de schadeomvang concreet worden gesteld en bewezen, de kans groter is dat de gevorderde schadevergoeding wordt toegewezen en de rechter de schadevergoeding niet hoeft te schatten c.q. naar billijkheid hoeft vast te stellen. Indien de kennelijke onredelijkheid en schadeomvang slecht worden gesteld en bewezen door partijen, moet de rechter vaak een bedrag aan schadevergoeding schatten c.q. naar billijkheid vaststellen en blijft er een sprong die niet te motiveren is en dus ook rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid.

- 2) De Hoge Raad wil niet dat (een variant van) de kantonrechttersformule wordt toegepast op een procedure uit kennelijk onredelijk ontslag, omdat bepaalde beloningscomponenten (werkgeversaandeel pensioenpremie) en schadeposten (immateriële schade en pensioenschade) hiermee buiten beschouwing zouden blijven, de (schade)vergoeding zou zijn gebonden aan een maximum (tot aan de pensioengerechtigde leeftijd, maar ook door de Z-factor in beginsel met maximaal 0,5 in te vullen), de schadevergoeding abstraheert van de daadwerkelijk geleden schade en er geen rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval.
- 3) Er zit een verschil in de hoogte van de uitkomst van de (schade)vergoeding in een ontbindingsprocedure en een kennelijk onredelijk ontslag procedure, wanneer beide arbeidsovereenkomsten om dezelfde reden worden beëindigd (bedrijfseconomische redenen c.q. reorganisatie en beide (schade)vergoedingen naar billijkheid worden vastgesteld. De ontbindingsvergoeding is een vergoeding naar billijkheid (dit blijkt uit artikel 7:685 BW) en ook een kennelijk onredelijk ontslag vergoeding kan een schadevergoeding naar billijkheid zijn. Dit blijkt uit de wetsgeschiedenis van artikel 1639s BW, artikel 6:97 BW en uit het arrest Rutten/Breed, waarin de Hoge Raad heeft aangegeven dat met het niet meer opnemen van de woorden “naar billijkheid” in artikel 7:681 BW geen wijzigingen werden bedoeld en dus ook geen andere berekenwijze. Het verschil zit in de gekozen ontslagroute. De werknemer waarbij de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, krijgt een vergoeding die is berekend met de kantonrechttersformule. De werknemer waarbij de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd, krijgt geen schadevergoeding. De werknemer zal in een kennelijk onredelijk ontslag procedure moeten stellen en bewijzen dat het ontslag kennelijk onredelijk en kan daarna eventueel een schadevergoeding krijgen. Deze schadevergoeding is vaak lager dan de ontbindingsvergoeding.

6.2 Aanbevelingen

De hiervoor opgesomde conclusies hebben geleid tot de volgende aanbevelingen. De aanbevelingen vallen uiteen in aanbevelingen aan partijen, de rechter en wetgever.

Aanbevelingen gericht aan partijen:

Werknemer

- 1) a. In een kennelijk onredelijk ontslag procedure zijn de stel- en bewijsregels van toepassing bij beoordeling van de vraag of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Werknemer moet inzichtelijk maken welke gevolgen de opzegging heeft, bijvoorbeeld: door aannemelijk te maken dat werknemer zich voldoende heeft ingespannen om elders passend werk te vinden aan de hand van sollicitatiebrieven, afwijzingen, inschrijvingen bij een uitzendbureau etc. Of: door aan de hand van statistieken van het UWV WERKbedrijf te stellen en te bewijzen dat het een feit is dat oudere werknemers moeilijker werk kunnen vinden. Of: door te stellen en te bewijzen met statistieken dat door het opleidingsniveau van de werknemer het lastiger is om ander passend werk te vinden. Of: door met statistieken aan te tonen dat het in de bedrijfstak waarbinnen werknemer werkzaam was, moeilijk is om werk te vinden. Het is aan te bevelen om de kennelijke onredelijkheid zo concreet mogelijk te stellen en te bewijzen (bij voorkeur aan de hand van statistieken), maar ook de schadeomvang zo concreet mogelijk te stellen en te bewijzen aan de hand van berekeningen, bijvoorbeeld door het verschil tussen het laatstverdiende salaris en de WW-uitkering of nieuwe baan uit te rekenen, omdat de rechter dan geen bedrag aan schadevergoeding schat c.q. naar billijkheid vaststelt, maar het gevorderde bedrag aan schadevergoeding toewijst. De richtlijnen van de gerechtshoven (de gezichtspuntencatalogus) kunnen bij het stellen en bewijzen van de kennelijke onredelijkheid en de schadeomvang een nuttig instrument zijn.⁸⁸

Werkgever:

- b. Het is aan te bevelen om als werkgever altijd iets te doen voor de werknemer, bijvoorbeeld: de werknemer vrijstellen van arbeid gedurende de opzegtermijn. Indien dit organisatorisch mogelijk is, is het raadzaam dit als werkgever aan te bieden, te meer dit de werknemer nog meer in de gelegenheid stelt om uit te kijken naar een functie elders. Het is ook aan te raden een eventuele outplacementvergoeding of suppletie van de werkloosheidsuitkering aan te bieden. De reden dat deze voorzieningen worden aangehaald is dat in de rechtspraak meerdere malen is gebleken dat deze voorzieningen worden aangemerkt als zijnde voldoende maatregelen die de kennelijke onredelijkheid van de gevolgen van de opzegging wegnemen.

Aanbevelingen gericht aan de rechter:

- 2) de Kring van Kantonrechters dient de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters aan te passen c.q. uit te breiden, zodat deze ook bij de berekening van een kennelijk onredelijk ontslag vergoeding kan worden gebruikt. Het aanpassen c.q. uitbreiden van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters is aan te raden, omdat er dan rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid is, maar ook voorspelbaarheid, omdat werkgevers en werknemers concrete handvatten c.q. houvast hebben bij het berekenen van de hoogte van de schadevergoeding. De Aanbevelingen voor de A-factor hoeven niet te worden aangepast. In deze factor worden de leeftijd en de duur van het dienstverband van de werknemer meegenomen. De B-factor moet wel worden aangepast c.q. uitgebreid. Hierin moeten alle beloningscomponenten kunnen worden meegenomen, zoals werkgeversaandeel

⁸⁸ Zie ook Buijs 2010.

pensioenpremie, auto van de zaak, onkostenvergoedingen, het werkgeversaandeel in de ziektekostenverzekering en niet structurele looncomponenten, omdat deze nu niet in de berekening worden meegenomen en bij een kennelijk onredelijk ontslag procedure wel een rol spelen. Ook de Aanbevelingen van de C-factor moet worden aangepast c.q. uitgebreid, bijvoorbeeld door $C = 1$ te laten staan voor ontbindingsprocedures, maar deze voor kennelijk onredelijk ontslag procedures niet standaard met een geval in te vullen, maar deze door de rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval te laten invullen. De rechter zou dan elke omstandigheid c.q. factor die een rol speelt een waardering kunnen geven. Ook de eventuele pensioenschade en immateriële schade. Vervolgens moeten die waarderingen met elkaar vermenigvuldigd worden en gedeeld worden door het aantal omstandigheden en factoren. De uitkomst van deze berekening vult de rechter dan in bij de C-factor. In de uitspraak moet de rechter aangeven welke waardering hij aan iedere omstandigheid c.q. factor heeft gegeven, maar ook de berekening, zodat inzichtelijk is hoe de rechter tot zijn beslissing is gekomen. Of: $C = 1$ blijft staan voor beide procedures, maar de rechter moet aangeven welke omstandigheden en factoren een hogere of lagere $C = 1$ rechtvaardigen. Ook de pensioenschade en immateriële schade kunnen een waardering krijgen. Het is aan te raden om die omstandigheden en factoren op te nemen op een lijst. In beide gevallen kan er harmonisatie in de uitspraken ontstaan, omdat rechters een waardering geven aan de omstandigheden en factoren en hier vervolgens een eenheid in kan ontstaan. Als de Aanbevelingen op voornoemde manier worden aangepast c.q. uitgebreid worden alle criteria van de Hoge Raad die richtinggevend kunnen zijn bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding meegenomen en wordt in lijn met de wens van de Hoge Raad geen formule toegepast. De C-factor is namelijk niet standaard ingevuld, zoals bij de Haagse formule en de XYZ-formule, maar moet worden ingevuld c.q. worden bijgesteld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Er wordt dan dus rekening gehouden met alle omstandigheden van het geval, de schadevergoeding is niet gebonden aan een maximum, want de C-factor moet nog worden ingevuld of bijgesteld. Daarbij zijn de aanbevelingen maar uitgangspunten. Er kan van worden afgeweken als dat nodig is. Ook blijven er geen beloningscomponenten of schadeposten buiten beschouwing en wordt de schadevergoeding concreet begroot, want de rechter hoeft de schadevergoeding niet te schatten c.q. naar billijkheid vast te stellen. Tot slot wordt er voldaan aan het Schoonderwoert/Schoonderwoerd criterium, omdat bij de begroting moet worden uitgegaan van alle omstandigheden van het geval, zoals die zich ten tijde van het ontslag voordeden of op dat moment konden worden voorzien⁸⁹, want de kantonrechtersformule kijkt niet naar de toekomst, maar naar de omstandigheden en factoren op het moment van de ontbinding.⁹⁰

Aanbevelingen gericht aan de wetgever:

- 3) Tot slot kan er worden gezegd dat als het duale stelsel wordt afgeschaft, er geen verschil meer zit in de uitkomst over de hoogte van de (schade)vergoeding in beide procedures. Er is namelijk geen rechtvaardiging voor deze verschillen, want zowel de ontbindingsvergoeding als de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding wordt naar billijkheid vastgesteld. Werknemers en werkgevers kunnen dan bij de berekening van de (schade)vergoeding uitgaan van bijvoorbeeld de aangepaste c.q. uitgebreide kantonrechtersformule. Er is dan ook rechtsduidelijkheid, rechtszekerheid, rechtseenheid en rechtsgelijkheid. Ook is het lawyers' paradise (werknemers vragen de rechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst tijdens de opzegtermijn om zo een (hogere) vergoeding te krijgen) dan ook van de baan. Het is dus aan te bevelen het duale stelsel af te schaffen.⁹¹ Jammer voor mijn opdrachtgever, maar goed voor de rechtspraktijk.

⁸⁹ HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266.

⁹⁰ Zie ook Duk 2010.

⁹¹ Zie ook Luttmer-Kat 2010.

7. Evaluatie

In dit hoofdstuk wordt het onderzoek geëvalueerd en gekeken naar de bruikbaarheid, betrouwbaarheid en validiteit van het onderzoek.

Het onderzoek is begonnen met het opstellen van een onderzoeksplan. De hoofd- en deelvragen zijn niet veranderd. Wel is de volgorde van de hoofdvraag veranderd. Er is niet afgeweken van de onderzoeksmethoden. Er heeft een juridisch onderzoek in de vorm van een literatuuronderzoek en een interview plaatsgevonden. Wel is het literatuuronderzoek tijdens het onderzoek aangepast, omdat er te veel uitspraken waren om te analyseren en vergelijken vanaf 27 november 2009 tot 1 mei 2011. Er is gekozen om de uitspraken één jaar na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed te analyseren en vergelijken. Tot slot is er wel afgeweken van het tijdschema wegens een operatie aan mijn hand. Het is niet gelukt om ieder hoofdstuk apart volgens het tijdschema bij de afstudeermentor in te leveren, maar wel alles volgens het tijdschema bij de afstudeerdocent.

Dit onderzoek is betrouwbaar, bruikbaar en valide, omdat alle methoden en middelen juist en betrouwbaar zijn toegepast. Er is gewerkt met betrouwbare en de van toepassing zijnde wet, literatuur en jurisprudentie. Ook is er een kort verslag gemaakt van het interview met de heer mr. C. Wallis en bijgevoegd als bijlage (bijlage 1). Er kan ook worden gezegd dat dit onderzoek bruikbaar is. Er komt duidelijk in beeld welke omstandigheden en factoren een rol spelen bij het bepalen van de te begroten schadevergoeding, maar ook hoe de rechter de schadevergoeding vaststelt. Ook is het onderzoek valide, omdat er landelijk is gezocht naar uitspraken waarbij is vastgesteld dat het ontslag kennelijk onredelijk en er een schadevergoeding is toegekend. In deze uitspraken werden de omstandigheden en factoren genoemd die voor dit onderzoek van belang waren. Tot slot is er waar mogelijk gewerkt met voetnoten en bronvermelding in de literatuur- en jurisprudentielijst.

Literatuur- en jurisprudentielijst

Boeken

Asser-Scholten 1974

P. Scholten, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, met feitelijke gegevens aangevuld door mr. G.J. Scholten, Zwolle: Tjeenk Willink 1974.

Baarda, De Goede & Van der Meer-Middelburg 2000

D.B. Baarda, M.P.M. de Goede & A.G.E. van der Meer-Middelburg, *Open interviews. Praktische handleiding voor het voorbereiden en afnemen van open interviews*, Houten: Stenfert Kroese 2000.

Van Grinsven, Geugjes & Soemers 2009

P.M.H.J. van Grinsven, H.C. Geugjes & H.N.M. Soemers, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Van der Grinten 2008

W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

IJzermans & Van Schaaik 2007

M.G. IJzermans & G.A.F.M. van Schaaik, *Oefening baart kunst. Onderzoeken, argumenteren en presenteren voor juristen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Loonstra & Zondag 2010

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Artikelen

Buijs 2010

D.J. Buijs, 'Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: hoe nu verder?', *TRA* 2010-1, pag. 16-19.

Duk 2010

R.A.A. Duk, 'De arresten van 27 november 2009 en 12 februari 2010 en de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters: wie heeft gelijk?', *TRA* 2010-5.

Heerma van Voss & Van Slooten 2010

G. Heerma van Voss & J. van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJ* 2010-15, p. 994-953.

De Laat 2010

J.J.M. de Laat, 'Een dik half jaar verder... schadevergoeding na kennelijk onredelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst', *TRA* 2010-10, p. 22-24.

Loonstra 2010

C.J. Loonstra, 'De janusknop van de Hoge Raad. Over de verhouding tussen art. 7:681 BW en afdeling 6.1.10 BW', *Arbeidsrecht* 2010-8/9, p. 6-15.

Luttmer-Kat 2010

A.M. Luttmer-Kat, 'Het Van de Grijp/Stam-arrest: de techniek klopt, maar het werkt niet', *TRA* 2010-3, p. 20.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1947/48, 881, nr. 3.
Kamerstukken II 1951/52, 881, nr. 6.
Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3.

Elektronische bronnen

Rechtspraak
<www.rechtspraak.nl>, geraadpleegd op 3 maart 2011.

't Regtshuis Advocaten
<www.regtshuis.nl>, 29 geraadpleegd op september 2010.

Staten-Generaal digitaal
<www.statengeneraaldigitaal.nl>, geraadpleegd op 1 maart 2011.

Rapporten

Von Bergh, Van Rijs & Siesling

M. von Bergh, A. van Rijs & M. Siesling, *Ontslagzaken via de kantonrechter. Periode 2003-2008*, Tilburg: IVA 2009.

Jurisprudentielijst

Hoge raad
HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472.
HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596.
HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266.
HR 15 februari 2008, *JAR* 2008, 76.
HR 4 juni 1976, *NJ* 1977, 98.
HR 21 mei 2010, *JAR* 2010, 163.
HR 11 december 2009, *LJN* BJ9069.
HR 11 maart 2011, *LJN* BO9624.
HR 24 december 2010, *LJN* BO3583.
HR 3 maart 1995, *JAR* 1995, 78.
HR 3 december 2004, *JAR* 2005,30.
HR 8 april 2011, *LJN* BP4804.

Gerechtshof
Hof Amsterdam 7 juli 2009, *LJN* BJ1644.
Hof Amsterdam 7 juli 2009, *LJN* BJ1648.
Hof Amsterdam 15 maart 2011, *LJN* BP7925.
Hof Amsterdam 24 februari 2009, *LJN* BI6603.
Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF6720.
Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF6790.
Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF6960.

Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF7002.
Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF7077.
Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF8122.
Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF8136.
Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2009, *LJN* BJ1710.
Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2009, *LJN* BJ1713.
Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2009, *LJN* BJ1716.
Hof 's-Hertogenbosch 16 september 2008, *LJN* BG2170.
Hof Leeuwarden 7 juli 2009, *LJN* BJ1688.
Hof Leeuwarden 23 december 2008, *LJN* BH0361.
Hof Leeuwarden 1 februari 2011, *LJN* BP7397.

Rechtbank

Rb. Amsterdam 9 maart 2011, *LJN* BP8020.

Kantonrechter

Ktr. Assen 21 december 2010, *LJN* BO9109.
Ktr. Deventer 16 december 2010, *LJN* BP0192.
Ktr. Enschede 1 februari 2011, *LJN* BP2924.
Ktr. 's-Gravenhage 16 december 2010, *LJN* BP5370.
Ktr. Groningen 6 april 2011, *LJN* BQ2458.
Ktr. 's-Hertogenbosch 7 april 2011, *LJN* BQ3527.
Ktr. Leeuwarden 4 maart 2011, *LJN* BP7496.
Ktr. Utrecht 5 januari 2011, *LJN* BP0454.
Ktr. Utrecht 13 april 2011, *LJN* BQ0693.
Ktr. Zaandam 24 februari 2011, *LJN* BP6067.