

Schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag

Op welke manier bepalen lagere rechters de hoogte van de schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag en in hoeverre is een meer inzichtelijke en uniforme methode van berekening mogelijk teneinde rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid te verbeteren?

- Afstudeerscriptie Juridische Hogeschool Avans-Fontys te 's-Hertogenbosch -

Titelpagina

Titel:

Schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag

Ondertitel:

Op welke manier bepalen lagere rechters de hoogte van de schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag en in hoeverre is een meer inzichtelijke en uniforme methode van berekening mogelijk teneinde rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid te verbeteren?

Auteur: N. (Nicole) van Leeuwen
Studentnummer: 2032668

Onderwijsinstelling: Juridische Hogeschool Avans-Fontys te 's-Hertogenbosch

Organisatie: Rechtbank 's-Hertogenbosch
Opdrachtgever: Sector kanton, rechtbank s-Hertogenbosch
Afstudeermentor: mr. B.A.E. Derksen

Opleiding: HBO-Rechten
Eerste afstudeerdocent: mr. J.P.E. Lousberg
Tweede afstudeerdocent: mr. F.M. van Doesburg – van Leeuwen

Plaats: 's-Hertogenbosch
Datum: december 2012

Voorwoord

De afgelopen drieënhalve jaar heb ik gestudeerd aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te 's-Hertogenbosch. Ter afronding van deze periode heb ik een onderzoek uitgevoerd naar een onderwerp van mijn keuze. Arbeidsrecht heeft al geruime tijd mijn interesse en de sector kanton als werkomgeving spreekt mij erg aan. Om deze redenen was de keuze voor de organisatie waar ik mijn onderzoek wenste uit te voeren snel gemaakt en heb ik van september 2012 tot december 2012 mijn afstudeeronderzoek mogen uitvoeren bij de sector kanton van rechtbank 's-Hertogenbosch. Het resultaat van dit onderzoek is de scriptie die voor u ligt.

Gedurende de drie maanden die ik bij de sector kanton heb doorgebracht, heb ik gebruik kunnen maken van diverse faciliteiten die de rechtbank biedt. Daarnaast hebben verschillende kantonrechters en medewerkers van de rechtbank mij geholpen bij het onderzoek. De hulp van een aantal van hen is bijzonder waardevol geweest. Zonder hen had ik deze scriptie niet kunnen waarmaken. In het bijzonder ben ik mijn afstudeermentor Babs Derksen zeer dankbaar voor haar enthousiasme, input en feedback. Daarnaast ben ik Rein Klaase erkentelijk voor de kans die hij mij bij de sector kanton heeft geboden en zijn steun gedurende de afstudeerperiode. Ten slotte wil ik mijn afstudeerdocent John Lousberg bedanken voor zijn begeleiding en vlotte reacties.

Nicole van Leeuwen

's-Hertogenbosch, december 2012

Inhoudsopgave

| | |
|---|-----------|
| Samenvatting | 5 |
| Inleiding | 6 |
| 1.1 DE OPDRACHTGEVER | 6 |
| 1.2 PROBLEEMBESCHRIJVING | 6 |
| 1.3 CENTRALE VRAAG EN DOELSTELLING | 7 |
| 1.4 VERANTWOORDING | 7 |
| 1.5 LEESWIJZER | 8 |
| Hoofdstuk 2 Het kennelijk onredelijk ontslag | 9 |
| 2.1 INLEIDING | 9 |
| 2.2 PLAATS VAN ART. 7:681 BW IN HET ONTSLAGRECHT | 9 |
| 2.3 KENNELIJK ONREDELIJK ONTSLAG IN DE WET | 10 |
| 2.3.1 SCHADEVERGOEDING OF HERSTEL VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST | 10 |
| 2.3.2 ART. 7:681 LID 2, LID 3 EN LID 4 BW | 11 |
| 2.4 GESCHIEDENIS | 13 |
| 2.4.1 INTRODUCTIE ONTSLAGRECHT EN DE KENNELIJK ONREDELIJKE BEËINDIGING | 13 |
| 2.4.2 WIJZIGING ARTIKEL 7A:1639S BW NAAR ARTIKEL 7:681 BW | 14 |
| 2.4.3 ONTBINDING EN KENNELIJK ONREDELIJK ONTSLAG | 15 |
| 2.5 SAMENVATTING | 16 |
| Hoofdstuk 3 Ontwikkelingen in de rechtspraak | 17 |
| 3.1 INLEIDING | 17 |
| 3.2 VÓÓR ARRESTEN VAN DE GRIJP/STAM EN RUTTEN/BREED | 17 |
| 3.3 DE HOGE RAAD | 18 |
| 3.3.1 VAN DE GRIJP/STAM | 19 |
| 3.3.2 RUTTEN/BREED | 19 |
| 3.4 NA RUTTEN/BREED | 20 |
| 3.4.1 OPVATTINGEN DESKUNDIGEN | 20 |
| 3.4.2 RUTTEN/BREED II | 22 |
| 3.5 SAMENVATTING | 23 |
| Hoofdstuk 4 Rechtspraak na Rutten/Breed | 24 |
| 4.1 INLEIDING | 24 |
| 4.2 ONDERZOEK VONNISSEN KANTONRECHTERS | 24 |
| 4.2.1 ALGEMENE ONDERZOEKSRESULTATEN | 25 |
| 4.2.2 TOEPASSING VAN DE RICHTLIJNEN UIT JURISPRUDENTIE | 26 |
| 4.3 SECTOR KANTON, RECHTBANK 'S-HERTOGENBOSCH | 30 |
| 4.4 GERECHTSHOVEN | 31 |
| 4.5 CONCLUSIE | 31 |
| Hoofdstuk 5 Uniformeren van de schadevergoeding | 33 |
| 5.1 INLEIDING | 33 |
| 5.2 STAPPENPLAN | 33 |
| 5.3 KRING VAN KANTONRECHTERS | 36 |
| 5.4 REGEERAKKOORD 2013 | 37 |
| 5.5 SAMENVATTING | 38 |
| Hoofdstuk 6 Conclusies en aanbevelingen | 39 |
| 6.1 INLEIDING | 39 |
| 6.2 BEVINDINGEN EN CONCLUSIES NAAR AANLEIDING VAN HET LITERATUURONDERZOEK | 39 |
| 6.3 BEVINDINGEN EN CONCLUSIES JURISPRUDENTIEONDERZOEK | 40 |
| 6.4 OVERIGE CONCLUSIES NAAR AANLEIDING VAN HET ONDERZOEK | 41 |
| 6.5 AANBEVELINGEN | 42 |
| 6.5 TOT SLOT | 44 |
| Evaluatie | 45 |
| Bronvermelding | 46 |

Samenvatting

Ingevolge art. 7:681 lid 1 BW kan de rechter, indien een van de partijen de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk opzegt, aan de wederpartij een schadevergoeding toekennen. De wetgever heeft aan de rechter een grote mate van vrijheid gegeven bij bepaling van de hoogte van de schadevergoeding. In de praktijk doen veelal werknemers een beroep op de kennelijk onredelijkheid van het ontslag in de situatie waarin de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd met een vergunning van het UWV.

Naast opzeggen van de arbeidsovereenkomst is het mogelijk de arbeidsovereenkomst te ontbinden via de kantonrechter. De kantonrechter kan in dit geval een vergoeding naar billijkheid aan de werknemer toekennen. Bij berekening van deze vergoedingen maken kantonrechters gebruik van de kantonrechtersformule. In het verleden hebben rechters bij de begroting van de schadevergoeding krachtens art. 7:681 BW aansluiting gezocht bij de kantonrechtersformule. De Hoge Raad oordeelde echter dat een abstracte formule, zoals een afgeleide van de kantonrechtersformule, geen toepassing mag vinden bij berekening van schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag omdat bij deze vergoeding concrete en volledige schade het uitgangspunt is. Verder gaf de Hoge Raad richtlijnen ter begroting van de schadevergoeding en benadrukte het belang van een inzichtelijke gedachtegang. Uit literatuur blijkt dat sinds de arresten van de Hoge Raad onduidelijkheid bestaat op welke manier rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid optimaal kunnen worden gewaarborgd.

Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat het merendeel van de lagere rechters de richtlijnen van de Hoge Raad toepast waarbij zij uitgaan van een concrete schadevergoeding op basis van de regels uit Boek 6 BW. Toch blijkt dat in vonnissen vaak een expliciete onderbouwing van de hoogte van de uiteindelijke vergoeding ontbreekt. Op grond van jurisprudentie en literatuur is het mogelijk een meer inzichtelijke en uniforme manier te verwezenlijken waarop de schadevergoeding wordt vastgesteld teneinde rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid te waarborgen.

Kantonrechters kunnen hun beslissingen meer inzichtelijk en uniform maken door een stappenplan waarbij expliciete onderbouwing centraal staat. Aan de hand van alle omstandigheden van het geval die in de procedure zijn gesteld en zo nodig bewezen, zal de kantonrechter de schadevergoeding vaststellen. Hij dient de materiële schade concreet vast te stellen aan de hand van schadeposten zoals inkomensverlies, pensioenschade of de kosten voor een outplacementtraject. De eventuele immateriële schade bepaalt de kantonrechter naar billijkheid. Vervolgens kan de kantonrechter de vergoeding matigen naar gelang de mate van verwijtbaarheid van partijen en de financiële draagkracht van de werkgever. Dit wordt uitgedrukt in percentages. In het stappenplan wordt minimaal geabstraheerd zodat de beoordelingsvrijheid van de rechter niet in het gedrang komt en alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen. Indien rechters bij de variabele factoren aansluiting zoeken bij eerder gewezen vonnissen, zullen deze factoren toch evenredig worden benaderd.

Vorenstaand stappenplan is een methode waarmee de hoogte van de schadevergoeding vastgesteld kan worden en die bijdraagt aan een meer inzichtelijke en voorspelbare benadering van schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag.

Inleiding

1.1 De opdrachtgever

De rechtbank 's-Hertogenbosch is tot 1 januari 2013 één van de negentien rechtbanken in Nederland.¹ Daarna treedt de wet Herziening Gerechtelijke Kaart in werking waardoor de 19 rechtbanken worden samengevoegd naar tien 10 rechtbanken en bijna alle gerechten krijgen verschillende zittingsplaatsen.² De sector kanton van de rechtbank 's-Hertogenbosch zal vanaf dat moment team Kanton heten en bestaat uit de locaties Eindhoven en 's-Hertogenbosch. Het team houdt zich onder meer bezig met arbeidsovereenkomsten, consumentenkoop, consumentenkrediet, huurkwesties en geldvorderingen tot een bedrag van € 25.000,-. Daarnaast is de kantonrechter voor die zaken voorzieningenrechter in kort gedingprocedures.³

1.2 Probleembeschrijving

Het kennelijk onredelijk ontslag is sinds 1953 onderdeel van het Nederlands ontslagrecht en thans geregeld in art. 7:681 BW. Ingevolge art. 7:681 lid 1 BW kan de rechter, indien een van de partijen de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk opzegt, aan de wederpartij een schadevergoeding toekennen. In de praktijk doen meestal werknemers een beroep op art. 7:681 BW.⁴ Een beroep op de kennelijk onredelijke opzegging is mogelijk nadat de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd met een vergunning van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna: UWV) of na een onregelmatige opzegging.

Art. 7:681 lid 2 BW geeft een niet-limitatieve opsomming van situaties wanneer opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk kan worden geacht. De hoogte van de schadevergoeding staat niet vast wanneer de rechter oordeelt dat sprake is van kennelijke onredelijkheid. In artikel 7:681 lid 1 BW staat alleen dat de rechter bij een kennelijk onredelijk ontslag een vergoeding *kan* toekennen. Hiermee heeft de wetgever aan de rechter een grote mate van vrijheid gegeven bij bepaling van de hoogte van de schadevergoeding.

Door de ruime beoordelingsvrijheid zijn rechters zich bewust van het maatschappelijk belang van voorspelbaarheid en rechtsgelijkheid van rechterlijke beslissingen.⁵ In dit kader van voorspelbaarheid en rechtsgelijkheid hebben verschillende gerechtshoven getracht een formule op te stellen aan de hand waarvan schadevergoedingen op grond van kennelijk onredelijk ontslag kunnen worden begroot. Deze formule was gebaseerd op de kantonrechtersformule, die oorspronkelijk is opgesteld om vergoedingen krachtens de ontbindingsprocedure uit art. 7:685 BW te berekenen. In het arrest Rutten/Breed uit 2010 heeft de Hoge Raad een dergelijke formule echter van de hand gewezen en geoordeeld dat bij een schadevergoeding op grond van artikel 7:681 lid 1 BW de verwachte schade zo concreet en nauwkeurig moet worden begroot aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Daarbij dienen rechters rekening te houden met de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever om als goed werkgever te handelen, de nadelen voor de werknemer bij de opzegging en verschillende factoren.

¹ 'Over de rechtbank ' <www.rechtspraak.nl/Organisatie/Rechtbanken/'s-Hertogenbosch>, geraadpleegd op 29 december 2012.

² 'Herziening Gerechtelijke Kaart (HGK)' <www.rechtspraak.nl/Recht-in-Nederland/Themadossiers>, geraadpleegd op 29 december 2012.

³ 'Kanton' <[www.rechtspraak.nl/Organisatie/Rechtbanken/'s-Hertogenbosch/Over de rechtbank/Rechtsgebieden](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Rechtbanken/'s-Hertogenbosch/Over%20de%20rechtbank/Rechtsgebieden)>, geraadpleegd op 29 december 2012.

⁴ Van der Grinten 2011, p. 438; HR 1 december 1978, *NJ* 1979, 185 (m.nt. P.A.S.); uitzondering: Ktr. Emmen 10 mei 2006, *LJN* AY3601

⁵ 'Effectiviteit van de rechtspraak' <[www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad voor de rechtspraak/Visie op de rechtspraak](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad%20voor%20de%20rechtspraak/Visie%20op%20de%20rechtspraak)>, geraadpleegd op 29 december 2012.

Deze factoren kunnen bijvoorbeeld de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer of zijn arbeidsmarktpositie zijn. In verband met de betekenis die aan de bijzondere omstandigheden van het geval behoort te worden toegekend, mag de schade niet begroot worden aan de hand van een algemene formule, zoals door het gerechtshof is gehanteerd. Verder oordeelt de Hoge Raad dat bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding ex art. 7:681 BW de algemene regels van schadevergoeding uit Boek 6.1.10 BW dienen te worden toegepast.

Hoewel de Hoge Raad een abstracte formule afwijst, sluit hij de mogelijkheid van een bepaalde harmonisatie niet uit. Hij bepaalt dat feitenrechters een standaardisatie tot stand kunnen brengen door nadrukkelijk factoren te benoemen die bij bepaling van de schadevergoeding een rol spelen. Aan die factoren kunnen zij financiële gevolgen verbinden, zonder dat zij één algemene formule als vuistregel hanteren. Bovendien oordeelt hij dat voorspelbaarheid van beslissingen in belangrijke mate afhankelijk is van het inzicht dat de rechter geeft in zijn gedachtegang.⁶

De sector kanton van de rechtbank 's-Hertogenbosch is benieuwd hoe kantonrechters van andere rechtbanken, na het arrest Rutten/Breed, omgaan met het toekennen van schadevergoeding in situaties van kennelijk onredelijk ontslag. Zij wil graag inzicht in hoeverre een meer uniforme benadering van de schadevergoeding krachtens art. 7:681 BW mogelijk is teneinde rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid van rechterlijke beslissingen te waarborgen.

1.3 Centrale vraag en doelstelling

De centrale vraag van dit onderzoek: op welke manier bepalen lagere rechters de hoogte van de schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag en in hoeverre is een meer inzichtelijke en uniforme methode van berekening mogelijk teneinde rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid te verbeteren?

Doelstelling: op 10 december 2012 lever ik een onderzoeksrapport op over de manier waarop lagere rechters omgaan met de schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag en in hoeverre een meer inzichtelijke en uniforme manier van bepalen van de hoogte van de schadevergoeding mogelijk is, zodat rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid van rechterlijke beslissingen verbetert.

1.4 Verantwoording

In het onderzoek is gebruik gemaakt van de wet, parlementaire stukken, jurisprudentie, literatuur, vaktijdschriften en het internet. De wet is een solide rechtsbron en de rechter interpreteert deze bron in jurisprudentie. Het is mogelijk dat een rechtsregel op verschillende wijzen wordt geïnterpreteerd waardoor meningsverschillen ontstaan over de juiste toepassing ervan. Ter voorkoming van tunnelvisie en subjectiviteit is geprobeerd in dit onderzoek een zo compleet mogelijk beeld te geven van diverse opvattingen in jurisprudentie en literatuur. De literatuur bestaat uit bekend studiemateriaal en bij selectie van de literatuur is gelet op het jaar van uitgave en de diepgang van de materie. Wat betreft de vaktijdschriften is getracht alle relevante artikelen sinds de arresten van de Hoge Raad te raadplegen.

⁶ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596.

Bij het jurisprudentieonderzoek is op de eerste plaats gekozen voor kwantitatief onderzoek. De uitspraken zijn op een statistische wijze geanalyseerd teneinde nieuwe kennis te sorteren. Daarnaast heeft kwalitatief onderzoek plaatsgevonden omdat naast het verzamelen van meetbare gegevens, het van belang is dat de jurisprudentie juist wordt geïnterpreteerd. Rechterlijke beslissingen vanaf 2010 zijn geanalyseerd op argumentatie en overwegingen. Een behoorlijk inzicht in de gedachte van rechters is essentieel voor de beeldvorming, correcte conclusies en eventuele aanbevelingen.

Betrouwbaarheid van het onderzoek is gewaarborgd door het zorgvuldige gebruik van uiteenlopende literatuur, tijdschriften en een uitgebreid jurisprudentieonderzoek. Op deze wijze worden foutieve analyses en interpretaties van leerstukken voorkomen.

1.5 Leeswijzer

Het tweede hoofdstuk van dit onderzoek omvat een beschrijving van het kennelijk onredelijk ontslag en ontwikkelingen van art. 7:681 BW sinds de invoering in 1953. Het derde hoofdstuk bevat een beschrijving van jurisprudentie sinds 2002 waarbij de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed van de Hoge Raad centraal staan. Hierbij zijn opvattingen uit vaktijdschriften weergegeven, teneinde in kaart te brengen dat de arresten allerm minst voor duidelijkheid hebben gezorgd. Hoofdstuk vier bevat de resultaten van het jurisprudentieonderzoek waarin is onderzocht hoe rechters sinds 2010 de schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag bepalen. Naar aanleiding van de bevindingen uit voorgaande hoofdstukken wordt in hoofdstuk vijf ingegaan op de mogelijkheden om de begroting van schadevergoedingen krachtens het kennelijk onredelijk ontslag meer uniform te maken. Tot slot bestaat het laatste hoofdstuk uit een conclusie met aanbevelingen waarin antwoord wordt gegeven op de centrale vraag van het onderzoek.

Het kennelijk onredelijk ontslag

2.1 Inleiding

Art. 7:681 BW maakt het mogelijk om een gerechtelijke procedure te starten indien de werknemer of werkgever meent dat beëindiging van het dienstverband kennelijk onredelijk is. Sinds de invoering van art. 7:681 BW zijn verschillende termen gebezigd: de kennelijk onredelijke beëindiging, opzegging en ontslag. De termen zijn geen synoniemen, maar in het kader van art. 7:681 BW zijn de verschillen nauwelijks van belang. De benamingen zijn door de wetgever, in literatuur en in jurisprudentie door elkaar gebruikt. In dit onderzoek wordt de term ontslag gehanteerd. In verwijzing naar bronnen kunnen andere termen worden gebruikt omdat de betreffende bron die term hanteert.

Het onderzoeksrapport begint met een beschrijving van het kennelijk onredelijk ontslag. In dit hoofdstuk komt het juridisch kader en de geschiedenis van art. 7:681 BW aan bod. De centrale vraag in dit hoofdstuk luidt: wat is het kennelijk onredelijk ontslag?

2.2 Plaats van art. 7:681 BW in het ontslagrecht

Wanneer een werkgever de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een werknemer eenzijdig wil beëindigen heeft hij twee mogelijkheden. Hij kan de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van art. 7:685 BW of hij kan de arbeidsovereenkomst met de werknemer opzeggen. Indien de werkgever wil opzeggen heeft hij krachtens art. 6 jo 9 BBA een vergunning nodig van het UWV. De kantonrechter en het UWV toetsen in die situaties beiden vooraf of de overeenkomst mag worden beëindigd. Dit systeem noemt men een preventief duaal ontslagstelsel.⁷ Beide ontslagwegen hebben voor- en nadelen en afhankelijk van de omstandigheden zal de werkgever kiezen voor ontbinding via de kantonrechter, dan wel opzegging via het UWV. Voordelen van een ontbinding zijn bijvoorbeeld dat algemene opzegverboden- en termijnen niet van toepassing zijn. Verder is de procedure gericht op een spoedige beslissing waarin de rechter op basis van hetgeen hem aannemelijk voorkomt, beoordeelt of de arbeidsovereenkomst behoort te eindigen.⁸ Bovendien is de kantonrechter bevoegd aan de werknemer, ten laste van de werkgever, een vergoeding toe te kennen indien hij dat billijk acht.⁹ De procedure via het UWV neemt meer tijd in beslag omdat de werkgever een aanvraag moet indienen en na toestemming van het UWV opzegtermijnen in acht moet nemen. Het UWV is in tegenstelling tot de kantonrechter niet bevoegd een vergoeding aan de werknemer toe te kennen en een aanvraag is kosteloos.¹⁰

De vrijheid van de werkgever in het kiezen van een ontslagroute en de verschillende gevolgen die dit mee kunnen brengen maken de positie van de werknemer onzeker. Indien de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt met een vergunning van het UWV is het voor de werknemer evenwel mogelijk een kennelijk onredelijk ontslagprocedure te starten, teneinde een schadevergoeding te ontvangen die de kennelijke onredelijkheid van het ontslag compenseert.¹¹ Een kennelijk onredelijk ontslagprocedure is niet mogelijk na ontbinding via de kantonrechter, art. 7:681 BW heeft namelijk betrekking op de gevallen waarin één der partijen de overeenkomst opzegt, en niet ontbindt.¹²

⁷ Van Drongelen e.a. 2011, p. 25; Loonstra en Zondag 2008, p. 349.

⁸ HR 27 november 2009, L/JN BJ6596.

⁹ Artikel 7:685 lid 8 BW.

¹⁰ Loonstra en Zondag 2008, p. 371.

¹¹ Hof Amsterdam 25 september 2012, L/JN BX9760.

¹² Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 51 (MvT).

2.3 Kennelijk onredelijk ontslag in de wet

Art. 7:681 lid 1 BW: *'Indien een van de partijen de arbeidsovereenkomst, al of niet met inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen, kennelijk onredelijk opzegt, kan de rechter steeds aan de wederpartij een schadevergoeding toekennen.'*

De kennelijk onredelijkheid van de opzegging kan betrekking hebben op de reden van opzegging, de wijze van opzegging en de gevolgen van opzegging.¹³ Volgens de Hoge Raad is het een in de wet geregelde vorm van een tekortkoming van de werkgever in zijn verplichting om zich, ook bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, als een goed werkgever te gedragen.¹⁴ Het woord 'kennelijk' beoogt dat van een kennelijk onredelijk ontslag slechts sprake is wanneer de onredelijkheid voor een redelijk handelend mens duidelijk is.¹⁵ Met andere woorden: de kantonrechter kan alleen tot het oordeel komen dat er sprake is van kennelijke onredelijkheid, indien het een overduidelijke, evidente misstap betreft.¹⁶ Overigens heeft de wetgever met het woord 'kennelijk' een marginale toetsing beoogd. Dit betekent dat de kantonrechter toetst of de werkgever in redelijkheid tot het ontslag had kunnen komen, waarbij hij de beoordelingsvrijheid van de werkgever respecteert.¹⁷

Ondanks de bedoeling van de wetgever zijn ontwikkelingen van marginale naar volledige toetsing duidelijk te zien in het arrest De Vries/Lampe uit 1961 en het arrest Elmar/Felix eind 1978, waarin de rechter kiest voor een ruime toepassing van art. 7:681 lid 2 sub b BW (zie paragraaf 2.4.1).¹⁸

De kennelijke onredelijkheid wordt 'ex tunc' beoordeeld. Dit houdt in dat de rechter het ontslag dient te beoordelen aan de hand van omstandigheden zoals zij waren ten tijde van het ontslag. Omstandigheden die later zijn ingetreden kunnen alleen bij het beraad van de kantonrechter worden betrokken indien zij ten tijde van het ontslag voorzienbaar waren.¹⁹

2.3.1 Schadevergoeding of herstel van de arbeidsovereenkomst

De kantonrechter kan, indien hij oordeelt dat de beëindiging kennelijk onredelijk is, een schadevergoeding toekennen aan de werknemer of de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer herstellen op grond van art. 7:682 BW.²⁰ Herstel van de arbeidsovereenkomst komt in de praktijk zelden voor omdat arbeidsverhoudingen na een opzegging vaak zijn verstoord. Geforceerd in stand houden van de arbeidsrelatie heeft in dat geval geen functie, terwijl schadevergoeding kan fungeren als: *'Een pleister op de wonde voor het ontslag als zodanig.'*²¹

In de literatuur bestaat een discrepantie van opvattingen over de vraag of de rechter verplicht is schadevergoeding toe te kennen indien sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Veel auteurs menen dat rechters verplicht zijn schadevergoeding toe te kennen indien de kennelijke onredelijkheid is vastgesteld en zij baseren zich op meerdere uitspraken van de Hoge Raad, waarvan de eerste dateert uit 1976.²² Ook de kantonrechter in Alkmaar oordeelde in 2010 dat de werknemer recht heeft op schadevergoeding in geval van een kennelijk onredelijk ontslag.²³

¹³ Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3780.

¹⁴ HR 28 april 2000, JAR 2000, 120.

¹⁵ Van Drongelen e.a. 2012, p. 248; Loonstra en Zondag 2008, p. 347.

¹⁶ Loonstra en Zondag 2008, p. 347 en 385.

¹⁷ Van Caspel en Klein 2012, p. 220.

¹⁸ Bakels e.a. 2011, p. 170; HR 1 december 1978, NJ 1979, 185; HR 1 december 1961, NJ 1962, 78.

¹⁹ HR 3 maart 1995, JAR 1995, 78.

²⁰ In het arrest van de Hoge Raad d.d. 4 juni 1976, LJN AB6935 is bepaald dat de rechter slechts tot herstel van de dienstbetrekking kan veroordelen, wanneer de benadeelde dit heeft gevorderd.

²¹ Kamerstukken II 1951/52, 881 nr. 6, p. 30 (MvA).

²² Van der Heijden 2010, p. 191; Loonstra en Zondag 2008, p. 387; HR 17 oktober 1997, JAR 1997, 245; HR 4 juni 1976, LJN AB6935.

²³ Ktr. Alkmaar 18 augustus 2010, LJN BN7723.

Van der Grinten meent echter dat uit het arrest van 1976 niet mag worden afgeleid dat de rechter verplicht is altijd een schadevergoeding toe te kennen indien sprake is van een kennelijk onredelijke beëindiging.²⁴ Voor de begroting van de schadevergoeding krachtens art. 7:681 BW zijn de regels van Boek 6.1.10 BW van toepassing, waarbij een concrete schadebegroting het uitgangspunt is. Indien geen schade is geleden, zo meent Van der Grinten, zouden kantonrechters in strijd met Boek 6.1.10 BW toch verplicht zijn een vergoeding toe te kennen.

Voor beide opvattingen zijn voor- en tegenargumenten denkbaar, zoals het belang van de beoordelingsvrijheid van de rechter (blijkens het woord 'kan') of het recht van de werknemer op schadevergoeding in geval van kennelijke onredelijkheid. In de praktijk is het evenwel nauwelijks van belang of kantonrechters de mogelijkheid, dan wel de verplichting hebben tot het toekennen van schadevergoeding. Indien de kantonrechter namelijk oordeelt dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, zal er in de regel ook enige schade zijn, die hij al dan niet gedeeltelijk kan toekennen.

2.3.2 Art. 7:681 lid 2, lid 3 en lid 4 BW

In lid 2 en 3 van art. 7:681 BW staat in welke gevallen een opzegging onder andere kennelijk onredelijk kan worden geacht. In lid 2 staan gevallen die een beëindiging op initiatief van de werkgever kennelijk onredelijk kunnen maken en in lid 3 staan gevallen die een beëindiging op initiatief van de werknemer kennelijk onredelijk kunnen maken. De situaties uit lid 3 komen in de praktijk zelden voor en om die reden is volstaan met enkel de benoeming ervan. In lid 4 staat: '*een beding waarbij aan de partijen de beslissing wordt overgelaten of de arbeidsovereenkomst al of niet kennelijk onredelijk is opgezegd, is nietig.*' Deze bepaling valt buiten het bereik van dit onderzoeksrapport en wordt derhalve verder buiten beschouwing gelaten.

Lid 2 sub a: zonder opgave van redenen of onder opgave van een voorgewende of valse reden

Van een kennelijk onredelijke beëindiging kan sprake zijn indien de arbeidsovereenkomst is opgezegd zonder opgave van redenen of onder opgave van een voorgewende of valse reden. '*Een valse reden, is een reden die niet bestaat. Een voorgewende reden is een reden die wel bestaat, maar slechts wordt aangevoerd om een andere reden te camoufleren.*'²⁵ Verder dienen de woorden 'zonder opgave van redenen' niet te worden geïnterpreteerd als dat de reden aan de wederpartij steeds dient te worden uitgelegd. Het is voldoende als de wederpartij de reden kent of kan afleiden uit de omstandigheden rondom het ontslag.²⁶ In de praktijk komt het geregeld voor dat een werknemer een procedure start op grond van art. 7:681 lid 2 sub a BW. Een werknemer stelt bijvoorbeeld dat hij is ontslagen vanwege een arbeidsconflict, terwijl de werkgever een ontslagvergunning van het UWV heeft gekregen op grond van bedrijfseconomische redenen. Indien de werkgever in een dergelijk geval voldoende aannemelijk kan maken dat hij wel een bedrijfseconomische reden had om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, wordt de vordering van de werknemer afgewezen.

Lid 2 sub b: het gevolgscriterium

Als de reden is opgegeven en redelijk is, kan een ontslag toch kennelijk onredelijk zijn als de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging. Dit wordt het gevolgscriterium genoemd. Het gevolgscriterium heeft betrekking op de financiële gevolgen die het ontslag voor de werknemer met zich meebrengt.²⁷

²⁴ Van der Grinten 2011, p. 441.

²⁵ *Kamerstukken II 1947/48 nr. 881 3*, p. 10 (MvT).

²⁶ HR 4 december 1992, *JAR* 1992, 149; HR 10 april 1987, *NJ* 1988.

²⁷ Loonstra en Zondag 2008, p. 386.

Financiële gevolgen zijn onder andere het verlies van inkomen of verlies van pensioenopbouw. Factoren waar rechters rekening mee houden bij de bepaling of het ontslag kennelijk onredelijk is zijn bijvoorbeeld de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en de mogelijkheid om op korte termijn passende arbeid te vinden.²⁸ Kantonrechters dienen bij een beroep op het gevolgscriterium alle omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen om een belangenafweging te kunnen maken.²⁹ Uit het arrest De Vries/Lampe van 1961 blijkt dat de rechter niet alleen behoort te oordelen of het gegeven ontslag al dan niet kennelijk onredelijk is, hij dient tevens te beoordelen of de werkgever in de wijze waarop hij de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd voldoende rekening heeft gehouden met de belangen van de werknemer.³⁰

Lid 2 sub c, d en e

De werknemer kan een beroep op doen op art. 7:681 lid 2 sub c BW indien zijn werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd omdat de werknemer wordt opgeroepen voor zijn (militaire) dienstplicht. Sinds de afschaffing van de dienstplicht voor Nederlanders is dit artikellid nauwelijks nog van betekenis en is in dit hoofdstuk volstaan met alleen de benoeming ervan. Art. 7:681 lid 2 sub d BW geeft als voorbeeld dat een ontslag kennelijk onredelijk kan zijn indien de werkgever niet correct gebruik heeft gemaakt van de anciënniteitsregeling of getalsverhouding. De anciënniteit wordt bepaald door de duur van het dienstverband en leeftijd van de werknemer, hierbij kan rekening worden gehouden met eerdere arbeidsovereenkomsten bij dezelfde werkgever.³¹

Op grond van lid 2 sub e kan de werknemer een beroep doen op de kennelijk onredelijkheid van de opzegging indien hij is ontslagen wegens het enkele feit dat hij met een beroep op een ernstig gewetensbezwaar zijn werk weigert. Een gewetensbezwaar is volgens de memorie van toelichting: *'Een onoverkomelijke verhindering om werkzaamheden te verrichten op grond van een serieus persoonlijk normbesef van goed en kwaad'*.³²

Voorbeelden zijn: het verrichten van werkzaamheden met een onzedelijk of kwetsbaar karakter, aanleg van wegen door natuurgebieden of het verzekeren van bontjassen.³³

2.3.3 Stelplicht en bewijslast

Teneinde een compleet beeld van het kennelijk onredelijk ontslag te krijgen is het van belang te weten welke basisregels gelden voor de bewijslast in de procedure. De kantonrechter oordeelt namelijk over de kennelijke onredelijkheid van het ontslag en de eventuele schadevergoeding op basis van het gestelde en bewezen door partijen. Art. 150 Rv bepaalt de hoofdregel in het Nederlandse bewijsrecht: wie stelt, moet bewijzen. In het kader van de kennelijk onredelijk ontslagprocedure stelt de werknemer dat het ontslag kennelijk onredelijk is gegeven en dat hij schade (zal) lijden. Hij zal dit dienen te bewijzen wanneer de werkgever het gestelde gemotiveerd betwist. In bijzondere gevallen kan de bewijslast omgekeerd worden of de werkgever belast worden met een verzwaarde motiveringsplicht.³⁴ Als de werkgever naar het oordeel van de kantonrechter het gestelde van de werknemer onvoldoende betwist, zal de kantonrechter tot het oordeel komen dat het ontslag kennelijk onredelijk is.

²⁸ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472; HR 1 december 1978, *NJ* 1979, 185.

²⁹ HR 4 juni 1976, *NJ* 1977, 98.

³⁰ HR 1 december 1961, *NJ* 1962, 78.

³¹ HR 28 maart 1997, *JAR* 1997, 90.

³² *kamerstukken II* 1991/92, 22 392, nr. 3, p. 7 (MvT).

³³ *kamerstukken II* 1991/92, 22 392, nr. 3, p. 3 (MvT).

³⁴ Van Drongelen e.a. 2012; HR 19 september 1980, *NJ* 1981.

2.4 Geschiedenis

Deze paragraaf bevat een uitleg van de totstandkoming en ontwikkeling van art. 7:681 BW en de bijbehorende schadevergoeding. Door verdieping in de wetsgeschiedenis kan de betekenis van een wetsartikel en het doel van de wetgever worden uitgelegd. Met behulp van jurisprudentie zijn in deze paragraaf ontwikkelingen in het kennelijk onredelijk ontslag van de vorige eeuw uiteengezet.

2.4.1 Introductie ontslagrecht en de kennelijk onredelijke beëindiging

Op 1 februari 1909 is de wet op de arbeidsovereenkomst in werking getreden waarin het ontslagrecht werd geregeld. Volgens literatuur is de arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer ongelijk, omdat er sprake is van een gezagsverhouding waarbij de werknemer ondergeschikt en afhankelijk is van de werkgever in juridische, maatschappelijke en economische zin.³⁵ Om die reden bestaat het ontslagrecht uit wettelijke regels die juridische compensatie bieden voor deze feitelijke ongelijkheid.³⁶

Sinds 1953 is het mogelijk om een beroep te doen op de kennelijk onredelijke beëindiging (artikel 7a:1639s BW, thans 7:681 BW). De gedachte van de wetgever achter het artikel: *'De werkgever die zijn arbeider zonder goede reden ontslaat, en de arbeider, die wegens een gril de dienst opzegt, handelen naar huidige opvatting niet behoorlijk, ook al nemen zij de opzeggingstermijnen in acht.'*³⁷ De wetgever beoogt deze gedachtegang op twee wijzen te codificeren.

Op de eerste plaats gaat het om de redelijkheid van de opzegging. Met het artikel wordt de mogelijkheid aan de werknemer en de werkgever geboden om zich tegen kennelijk onredelijke opzeggingen te verweren. De strekking is dat de benadeelde partij zich na de opzegging of beëindiging uit hoofde van deze bepaling tot de rechter kon wenden.³⁸ Bij beoordeling van de kennelijke onredelijkheid zal met alle omstandigheden van het geval rekening moeten worden gehouden.³⁹ Volgens de Memorie van Toelichting verschilt de verhouding tussen werkgever en werknemer binnen bedrijfstakken en om die reden acht de wetgever het stellen van een nadere abstracte definitie van 'kennelijk onredelijk' uiterst bezwaarlijk en zeer gevaarlijk. Bijgevolg wordt aan de rechtsprekende instanties een grote mate van beoordelingsvrijheid gegeven en volstaat de wetgever met een niet-limitatieve opsomming van voorbeelden die als kennelijk onredelijk kunnen worden beschouwd (zie paragraaf 2.3.2). Op deze wijze heeft de wetgever invulling gegeven aan het artikel.⁴⁰ Op de tweede plaats scheidt de arbeidsovereenkomst een band. De wetgever meent dat verbreking van deze band niet uitsluitend ter beoordeling van een van de partijen hoort te staan. Om die reden bepaalt art. 7:682 BW dat de rechter niet alleen een schadevergoeding kan toekennen, hij kan ook de verplichting opleggen om de arbeidsovereenkomst te herstellen. Soms behoort een herstel niet meer tot de reële mogelijkheden. Vandaar dat art. 7:682 lid 3 BW bepaalt dat de verplichting tot herplaatsing zich steeds zal kunnen oplossen in de betaling van een afkoopsom.⁴¹

Zoals in paragraaf 2.3 is benoemd, heeft de wetgever bij invoering van de kennelijk onredelijke beëindiging een marginale toetsing van de rechter beoogd. In de loop der jaren heeft echter een verschuiving plaatsgevonden van marginale naar volledige toetsing. Deze ontwikkeling begon met het arrest De Vries/Lampe.⁴² In onderhavige zaak disfunctioneerde werkneemster de Vries, waarop werkgever Lampe de arbeidsovereenkomst had opgezegd.

³⁵ Van Drongelen e.a. 2011, p. 24.

³⁶ Loonstra en Zondag 2008, p. 23.

³⁷ Kamerstukken II 1947/48, 881, nr. 3, p. 5 (MvT).

³⁸ Kamerstukken II 1947/48, 881, nr. 3, p. 9 (MvT).

³⁹ Kamerstukken II 1947/48, 881, nr. 3, p. 5 (MvT).

⁴⁰ Kamerstukken II 1947/48, 881, nr. 3, p. 5 (MvT); HR 29 januari 1999, JAR 1999, 46.

⁴¹ Kamerstukken II 1947/48, 881, nr. 3, p. 6 (MvT).

⁴² HR 1 december 1961, NJ 1962, 78.

De rechtbank achtte de oorzaak van het disfunctioneren gelegen in een wijziging van het beleid door de werkgever. Dat werkgever Lampe de overeenkomst met werkneemster had opgezegd zonder het treffen van enige voorziening, maakte het ontslag kennelijk onredelijk. In de jaren die volgden ging het gedachtegoed dat bij een onvrijwillig ontslag een vergoeding hoort steeds meer domineren, en nam het aantal zaken toe waarin de rechter oordeelde dat de opzegging kennelijk onredelijk was omdat de werkgever had nagelaten een vergoeding aan te bieden.⁴³ Dit gebeurde bijvoorbeeld in het arrest Elmar/Felix in 1978.⁴⁴ Inmiddels is van marginale toetsing geen sprake meer en wordt de onredelijkheid in zijn volledige omvang getoetst aan de hand van de aangevoerde omstandigheden. De rechter kijkt daarbij of partijen voldoende rekening hebben gehouden met elkaars belangen.⁴⁵

2.4.2 Wijziging artikel 7a:1639s BW naar artikel 7:681 BW

Bij de hervorming van het Burgerlijk Wetboek in 1997 is artikel 7a:1639s gewijzigd in artikel 7:681 BW. Naast de wijziging van het woord 'beëindigt' in het woord 'opzegt', is de belangrijkste aanpassing het weglaten van de woorden 'naar billijkheid' uit lid 1. Met deze woorden werd aangegeven dat voor het stellen en bewijzen van schade niet de bindende regels van het Burgerlijk Wetboek van toepassing waren.⁴⁶ Tegenwoordig is de betekenis van billijkheid: '*Ongeschreven recht dat mede de vergoeding tussen schuldeiser en schuldenaar bepaalt en zelfs hetgeen tussen hen geldt opzij kan zetten respectievelijk aanvullende en derogerende werking heeft (...)*'.⁴⁷ Blijkens de memorie van toelichting meende de wetgever dat de woorden 'naar billijkheid' in art. 7:681 BW uitdrukten wat in het nieuwe Burgerlijk Wetboek uit de algemene regels van Boek 6 zou voortvloeien.⁴⁸ De wetgever beoogde dat toepassing van de regels van Boek 6 BW tot eenzelfde resultaat zou leiden als de toepassing van billijkheid uit art. 7a:1639s BW.⁴⁹ In de praktijk heeft deze 'redactionele' wijziging echter tot discussie geleid over de wijze waarop de hoogte van de vergoeding op grond van een kennelijk onredelijke opzegging dient te worden vastgesteld. De Hoge Raad oordeelde in het arrest Schoonderwoert/Schoonderwoerd uit 1997 nog dat de schadevergoeding niet hoeft te worden vastgesteld op basis van een begroting van schade die daadwerkelijk voortvloeit uit beëindiging van de dienstbetrekking, aangezien de kennelijke onredelijkheid ex tunc wordt beoordeeld. Volgens de Hoge Raad was er nog steeds sprake van een vergoeding naar billijkheid.⁵⁰ Echter, een aantal jaren later beslist de Hoge Raad in het arrest Van de Grijp/Stam dat de schadevergoeding begroot dient te worden aan de hand van het algemene schadevergoedingsrecht uit Boek 6 BW waarbij billijkheid pas uiteindelijk aan de orde komt.⁵¹

Volgens de schadevergoedingsregels van Boek 6.1.10 BW dient de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand te worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als het ontslag niet kennelijk onredelijk was.⁵² Art. 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest in overeenstemming is met de aard van de schade en dat de rechter vrij is de omvang van de schade te schatten als deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Uit dit artikel volgt dat de rechter de verwachte schade zo nauwkeurig en concreet mogelijk begroot, waarbij hij rekening houdt met de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever.⁵³

⁴³ Bakels e.a. 2011, p. 170; D.J. Buijs, 'kennelijk onredelijk ontslag vanuit een historisch perspectief verklaard', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010, nr. 2, p. 32.

⁴⁴ HR 1 december 1978, *NJ* 1979, 185.

⁴⁵ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472; HR 15 februari 2008, *JAR* 2008, 76; HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 119.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 1947/48, 881, nr. 3, p. 9 (MvT).

⁴⁷ Van Caspel en Klein 2012, p. 58.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 51 (MvT).

⁴⁹ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472.

⁵⁰ HR 17 oktober 1997, *JAR* 1997, 245.

⁵¹ HR 27 november 2009, *LJN* BK6596.

⁵² HR 26 maart 2010, *LJN* BL0539.

⁵³ Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3783.

Art. 6:109 BW codificeert deze gedachte nader door de rechter een matigingsbevoegdheid toe te kennen indien volledige schadevergoeding tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Het immateriële deel van de schadevergoeding blijft de rechter naar billijkheid bepalen, zo volgt uit art. 6:106 BW. De billijkheid blijft, ook na de wetswijziging, een belangrijke rol spelen. Billijkheid is echter niet langer het uitgangspunt; het speelt slechts een rol bij de immateriële schade en de matigingsbevoegdheid.

2.4.3 Ontbinding en kennelijk onredelijk ontslag

Bij invoering van de kennelijk onredelijke beëindiging in 1953 werd art. 7a:1639w BW gewijzigd waarin ontbinding van de arbeidsovereenkomst was opgenomen (thans art. 7:685 BW). De wijziging maakte het voor de rechter mogelijk een schadevergoeding toe te kennen in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst via de kantonrechter. De wetgever achtte het namelijk mogelijk dat een recht op schadeloosstelling of schadevergoeding billijk zou kunnen zijn in geval van ontbinding.⁵⁴ Inmiddels is in art. 7:685 lid 8 BW geregeld dat de rechter, indien het hem met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt, aan een van de partijen ten laste van de wederpartij een vergoeding toekent. In het artikel is niet aangegeven wat 'billijk' precies inhoudt, derhalve heeft de rechter veel vrijheid bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding.⁵⁵ Door de wetswijziging is in beide wegen van het duale ontslagstelsel vergoeding mogelijk (zie paragraaf 2.2). Pas in de jaren 80 kozen steeds meer werkgevers voor ontbinding in plaats van opzegging. Door de gestage toename van ontbindingszaken rees de gedachte dat een formule ontwikkeld diende te worden waarin billijkheid van de vergoeding besloten lag en de rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid werd gewaarborgd.⁵⁶ Daarop volgend deed de Kring van Kantonrechters aanbevelingen ter bepaling van ontbindingsvergoedingen. De 'Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters' is in werking getreden op 1 januari 1997 en bestaat uit een formule waarmee de vergoeding in geval van een ontbinding conform art. 7:685 lid 8 BW kan worden berekend.⁵⁷

Vergoeding in geval van ontbinding = A x B x C

A = Aantal gewogen dienstjaren

B = Beloning per maand

C = Correctiefactor

De vergoeding in een ontbindingsprocedure op grond van de kantonrechtersformule is vaak beduidend hoger dan in kennelijk onredelijk ontslagzaken. De vrijheid van de werkgever in de keuze voor een ontslagroute in combinatie met verschillende vergoedingen worden als onredelijk ervaren.⁵⁸ Mr. Spier stelt dat het niet logisch is dat de werknemer waarvan de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, er financieel beter aan toe is dan wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt.⁵⁹ De kantonrechter te Amsterdam meent dat de praktijk uitwijst dat de procedures veelal op dezelfde wijze verlopen.⁶⁰ In dit licht is het volgens sommigen, waaronder Buijs, begrijpelijk dat de kantonrechtersformule in een aantal gevallen evenredig werd toegepast in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure.⁶¹ De evenredige toepassing van de formule bij het vaststellen van schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag wordt de reflexwerking van de kantonrechtersformule genoemd.

⁵⁴ *Kamerstukken II 1947/48*, 881, nr. 3, p. 10 (MvT).

⁵⁵ Van Drongelen e.a. 2011, p. 298.

⁵⁶ D.J. Buijs, 'kennelijk onredelijk ontslag vanuit een historisch perspectief verklaard', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010, nr. 2, p. 34.

⁵⁷ 'Kantonrechtersformule', 1997 <www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke_regelingen/Sector_kanton/Aanbevelingen_van_de_kring_van_kantonrechters>, geraadpleegd op 29 december 2012.

⁵⁸ Hof Amsterdam 7 juli 2009, *LJN* BJ1644 (m.nt. E. Verhulp).

⁵⁹ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596, r.o. 8.3 (concl. A-G Spier).

⁶⁰ Ktr. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BN2259.

⁶¹ D.J. Buijs, 'kennelijk onredelijk ontslag vanuit een historisch perspectief verklaard', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010, nr. 2, p. 42.

Sinds de inwerkingtreding van de kantonrechtर्सformule bestaat zowel in jurisprudentie als in literatuur verdeeldheid over de wenselijkheid van reflexwerking. Voorstanders benadrukken dat toepassing van de kantonrechtर्सformule de voorspelbaarheid en rechtsgelijkheid dient.⁶² Tegenstanders van de reflexwerking geven aan dat de kantonrechtर्सformule is bedoeld voor de ontbindingsprocedure en niet voor de kennelijk onredelijk ontslagprocedure.⁶³ Daarnaast is bij de kantonrechtर्सformule via de C-factor rekening gehouden met de omstandigheden dat de arbeidsovereenkomst op korte termijn kan worden beëindigd, het ontbindingsverzoek kan worden ingetrokken en hoger beroep niet mogelijk is.⁶⁴ Bovenstaande omstandigheden spelen geen rol bij de kennelijk onredelijk ontslagprocedure en gezien deze procedurele verschillen zou het niet juist zijn een gelijksoortige formule te hanteren.⁶⁵ Nog meer beduidend is het verschil in de totstandkoming van de vergoeding. In het geval van kennelijk onredelijk ontslag betreft het een schadevergoeding waarbij de benadeelde (in de regel de werknemer) feiten dient te stellen en zo nodig te bewijzen dat het ontslag kennelijk onredelijk is en waaruit de geleden schade kan worden afgeleid.⁶⁶ Het uitgangspunt is een concrete berekening van de omvang van de volledige schade. Bij een ontbindingsprocedure is de vergoeding geen vergoeding voor de (in de toekomst gelegen) schade, maar een vergoeding naar billijkheid.⁶⁷ Door bovenstaande voor- en nadelen van reflexwerking heeft lange tijd de vraag bestaan hoe de rechtsprekende macht de hoogte van de schadevergoeding op grond van art. 7:681 BW diende te bepalen. In hoofdstuk 3 wordt nader ingegaan op deze ontwikkeling in de rechtspraak.

2.5 Samenvatting

De kennelijk onredelijke opzegging is een in de wet geregelde vorm van een tekortkoming van de werkgever in zijn verplichting om zich, ook bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, als een goed werkgever te gedragen. Er is sprake van een kennelijke onredelijke opzegging indien de onredelijkheid voor een weldenkend handelend mens duidelijk is. De wetgever heeft het begrip kennelijk onredelijk niet nader gedefinieerd en volstaat met een niet-limitatieve opsomming van voorbeelden waarbij de opzegging kennelijk onredelijk geacht kan worden. Aan de rechter is een grote mate van beoordelingsvrijheid gegeven. In de praktijk doen veelal werknemers een beroep op de kennelijk onredelijkheid van het ontslag nadat de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd met een vergunning van het UWV. Sinds de inwerkingtreding van art. 7:681 BW hebben meerdere ontwikkelingen plaatsgevonden die van invloed waren op de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag en op de manier van begroten van de schadevergoeding. Zo heeft vanaf de jaren 60 een verschuiving plaatsgevonden van marginale naar volledige toetsing van het ontslag. In de daarop volgende jaren kwam steeds meer de gedachte op dat bij een onvrijwillig ontslag een vergoeding hoort en is het aantal zaken toegenomen waarin de rechter oordeelde dat de opzegging kennelijk onredelijk was omdat de werkgever had nagelaten een vergoeding aan te bieden. In 1997 heeft de wetgever art. 7:681 BW gewijzigd en de woorden 'naar billijkheid' uit lid 1 verwijderd. De verwachting was dat deze wijziging geen gevolgen zou hebben voor de manier waarop de schadevergoeding wordt vastgesteld, aangezien de regels van Boek 6 BW van toepassing zijn en ook daar de billijkheid is geregeld. In dezelfde periode ontstond de kantonrechtर्सformule. Teneinde rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid te waarborgen waren een aantal kantonrechtर्स en deskundigen van mening dat bij bepaling van schadevergoeding krachtens art. 7:681 BW aansluiting gezocht diende te worden bij de kantonrechtर्सformule.

⁶² HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596 r.o. 8.3 (concl. A-G Spier).

⁶³ R.E.M. Dijkstra, 'Geld wat stom is, maakt recht wat krom is!', *Sociaal Recht* 2008, p. 307.

⁶⁴ Hof Arnhem 22 juli 2008, *LJN* BD8651.

⁶⁵ Hof Arnhem 22 juli 2008, *LJN* BD8651.

⁶⁶ Nieuwenhuis e.a. 2011 p. 2533.

⁶⁷ Nieuwenhuis e.a. 2011 p. 3794 en 3796.

Ontwikkelingen in de rechtspraak

3.1 Inleiding

Uit hoofdstuk 2 blijkt dat de rechter de hoogte van de schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag dient te bepalen conform de regels van Boek 6.1.10 BW waarin billijkheid ligt besloten. Hoewel de kantonrechtersformule niet was ontworpen voor schadevergoedingen ex art. 7:681 BW, werd in het kader van rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid in de rechtspraak met betrekking tot het kennelijk onredelijk ontslag toch aansluiting gezocht bij de formule. Enerzijds de toepassing van de regels uit Boek 6.1.10 BW en anderzijds de reflexwerking heeft geleid tot verschil van opvattingen in literatuur en ontwikkelingen in jurisprudentie, teneinde een uniforme en rechtens juiste wijze van begroten te realiseren. Dit hoofdstuk bevat een omschrijving van de ontwikkelingen in de rechtspraak waarbij de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed centraal staan. In deze arresten is namelijk bepaald dat toepassing van een abstracte formule, gebaseerd op de kantonrechtersformule, niet de manier is waarop rechters de schadevergoeding op grond van art. 7:681 BW mogen begroten. De centrale vraag luidt: welke belangrijke ontwikkelingen hebben in de rechtspraak plaatsgevonden met betrekking tot het vaststellen van de schadevergoeding op grond van art. 7:681 BW?

3.2 Vóór arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed

In 2002 is de Wet op de Rechterlijke Organisatie gewijzigd en sindsdien bepaalt art. 60 RO dat hoger beroep na uitspraak van de kantonrechter wordt behandeld door de gerechtshoven.⁶⁸ De opvattingen van kantonrechters over de reflexwerking van de kantonrechtersformule liepen uiteen, maar over het algemeen oordeelden de hoven sinds 2002 dat de formule geen maatstaf was voor begroting van schadevergoeding op grond van het gevolg criterium.⁶⁹ Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelt in 2005 dat de hoogte van de schadevergoeding dient te worden begroot aan de hand van alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag, waarbij de rechter vrij is in de beoordeling van het gewicht dat aan de diverse factoren wordt toegekend.⁷⁰ Verder meent het hof dat de kantonrechtersformule is vastgesteld voor procedures krachtens art. 7:685 BW en niet voor procedures op grond van art. 7:681 BW. Bij de kantonrechtersformule wordt bijvoorbeeld in aanmerking genomen dat de arbeidsovereenkomst op korte termijn kan worden beëindigd en dat het ontbindingsverzoek kan worden ingetrokken. Deze omstandigheden doen zich niet voor bij een kennelijk onredelijk ontslag en om die reden kan volgens het hof de kantonrechtersformule niet als basis dienen voor de hoogte van een vergoeding in geval van kennelijk onredelijk ontslag.

Het Hof 's-Gravenhage komt in 2008 terug op (zijn) eerdere jurisprudentie waarin het meent dat de kantonrechtersformule niet als basis kan dienen voor een schadevergoeding op grond van art. 7:681 BW.⁷¹ Op 14 oktober 2008 doet het hof namelijk uitspraak in zeven kennelijk onredelijk ontslagzaken waarin de vordering van de werknemer (tevens) is gebaseerd op het gevolg criterium en het neemt in deze zaken de kantonrechtersformule met een vermindering van 30 procent als uitgangspunt.⁷² In zowel ontbindingsprocedures als in kennelijk onredelijk ontslagzaken gaat het volgens het hof om een vergoeding met het oog op de gevolgen van het eindigen van de dienstbetrekking.

⁶⁸ *Stb.* 2001, 584; *Stb.* 2001, 582.

⁶⁹ Bakels e.a. 2011, p. 470; Hof Arnhem 22 juli 2008, *LJN* BD8651; Hof 's-Gravenhage, 10 januari 2003, *LJN* AF6530; uitzondering: Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2008, *LJN* BD5660.

⁷⁰ Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2005, *LJN* AT9925.

⁷¹ Onder meer: Hof 's-Gravenhage 10 januari 2003, *JAR* 2003, 105.

⁷² Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF6720; *LJN* BF6960; *LJN* BF6790; *LJN* BF8136; *LJN* BF8122; *LJN* BF7077; *LJN* BF7002.

Middels de C-factor kan voldoende rekening worden gehouden met de voor de hoogte van de vergoeding relevante omstandigheden.⁷³ De verschillen tussen de ontbindingsprocedure en de kennelijk onredelijk ontslagprocedure rechtvaardigen de standaard vermindering van 30 procent. Verder oordeelt het hof dat sprake kan zijn van kennelijke onredelijkheid indien de werkgever aan de werknemer geen vergoeding heeft uitgekeerd die gelijk is aan de uitkomst van de kantonrechtersformule, minus 30 procent.

Als antwoord op de nieuwe berekening van Hof 's-Gravenhage formuleren de andere hoven in juli 2009 een eigen formule, de zogeheten XYZ-formule waarbij X staat voor het aantal gewogen dienstjaren, Y staat voor beloning en Z staat voor de correctiefactor.⁷⁴ De schadevergoeding wordt gemaximeerd tot de verwachte inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd. De XYZ-formule verschilt niet veel van de kantonrechtersformule. Bij de XYZ-formule wordt weliswaar uitgegaan van een correctiefactor van $Z=0,5$, maar de resultaten van de kantonrechtersformule met de korting van 30 procent zijn vaak gelijk aan die van de XYZ-formule.⁷⁵

Naast de introductie van een nieuwe formule beoordelen de hoven het kennelijk onredelijk ontslag op een wezenlijk andere manier. De hoven maken de beoordeling van art. 7:681 BW tweeledig: eerst dient de vraag te worden beantwoord of sprake is van een kennelijke onredelijke opzegging en pas als het antwoord bevestigend is komt de schadevergoeding aan de orde. Bij bepaling of het ontslag kennelijk onredelijk is, maken de hoven gebruik van een zelfontwikkelde omstandighedencatalogus.⁷⁶ De omstandighedencatalogus bestaat uit een niet-uitputtende lijst met omstandigheden waarmee rechters nadrukkelijk rekening kunnen houden bij het oordeel of het ontslag kennelijk onredelijk is. De catalogus is een hulpmiddel zodat geen omstandigheden over het hoofd worden gezien.

3.3 De Hoge Raad

Tot november 2009 heeft de Hoge Raad geen expliciete uitspraken gedaan over de toepasbaarheid van een (kantonrechters-)formule. In 2008 heeft de Hoge Raad wel bepaald dat de schadevergoeding krachtens art. 7:681 BW is te beschouwen als een bijzondere vorm van schadevergoeding wegens wanprestatie.⁷⁷ Volgens Houweling impliceerde de Hoge Raad met deze uitspraak al dat een algemene formule zoals de kantonrechtersformule zich niet leent voor begroting van de schadevergoeding in geval van kennelijk onredelijk ontslag.⁷⁸ In het onderhavige geval zoekt de Hoge Raad aansluiting bij het bepaalde in Boek 6 BW met betrekking tot de wettelijke rente over de schadevergoeding. Door analoge toepassing van de algemene schadevergoedingsregels, hadden de hoven kunnen verwachten dat de Hoge Raad in volgende arresten de schadevergoeding ook zou benaderen aan de hand van de regels van Boek 6.1.10 BW en een abstracte formule zou afkeuren. De formule van het Hof 's-Gravenhage en de XYZ-formule waren uiteindelijk een kort leven beschoren, tot de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed een paar maanden later.

⁷³ Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF6720.

⁷⁴ Hof Amsterdam 7 juli 2009, *LJN* BJ1644; Hof Arnhem 7 juli 2009, *LJN* BJ1688; Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2009, *LJN* BJ1716.

⁷⁵ Hof Amsterdam 7 juli 2009, *LJN* BJ1644 (m.nt. E. Verhulp).

⁷⁶ Bijlage 1: Hof Amsterdam 7 juli 2009, *LJN* BJ1644.

⁷⁷ HR 14 november 2008, *JAR* 2008, 318.

⁷⁸ R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen', *Ars Aequi* 2010, nr. 9.

3.3.1 Van de Grijp/Stam⁷⁹

In het arrest Van de Grijp/Stam verwerpt de Hoge Raad het arrest van het Hof 's-Gravenhage waarin het hof de kantonrechtersformule minus 30 procent toepaste. Advocaat-generaal mr. Spier doet in het arrest een aantal uitspraken over de wijze waarop de schadevergoeding dient te worden vastgesteld. Hij stelt bijvoorbeeld dat de mogelijke reflexwerking van de kantonrechtersformule niet alleen een juridisch vraagstuk, maar ook een rechtspolitek vraagstuk behelst. Volgens hem spelen naast de gevolgen voor de individuele partijen, ook de afname van het niveau van de sociale voorzieningen en de toename van de werkloosheid een rol. De kernvraag met betrekking tot de hoogte van de schadevergoeding is volgens Spier voor wiens risico de gevolgen komen van de onttakelde sociale voorzieningen en van het niet (meer) beschikbaar zijn van voldoende werkgelegenheid. Uit zijn redenering blijkt dat Spier voorstander is van reflexwerking van de kantonrechtersformule, al ziet hij geen juridische basis voor een algemene korting.

De Hoge Raad acht toepassing van de kantonrechtersformule met een korting van 30 procent in geval van kennelijk onredelijk ontslag onjuist. Op de eerste plaats oordeelt de Hoge Raad dat uit art. 7:681 lid 1 en 2 BW volgt dat de rechter eerst dient te kijken naar de kennelijke onredelijkheid van het ontslag voordat de schadevergoeding aan bod komt, zoals door de overige hoven eerder al was aangenomen. Daarnaast volgt uit de wet dat het enkele feit dat geen voorziening voor de werknemer is getroffen, niet voldoende is om aan te nemen dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Volgens de Hoge Raad heeft het Hof 's-Gravenhage ten onrechte als vuistregel aanvaard dat het enkel ontbreken van een voorziening in overeenstemming met de uitkomst van de kantonrechtersformule minus 30 procent het ontslag kennelijk onredelijk doet zijn. Verder oordeelt de Hoge Raad dat de vergoeding een schadevergoeding is en geen vergoeding naar billijkheid, zoals de ontbindingsvergoeding krachtens art. 7:685 lid 8 BW. Ook de verschillen in procedure maken dat reflexwerking van de kantonrechtersformule niet geschikt is. *(...)De hoogte van de toe te kennen vergoeding moet worden gerelateerd aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen (...)*⁸⁰ Hieruit volgt dat onderscheid mogelijk is in de mate en aard van de kennelijke onredelijkheid en dat dit onderscheid van invloed is op de hoogte van de vergoeding.⁸¹

De Hoge Raad oordeelt dat in plaats van toepassing van een abstracte formule, van de rechter wordt verwacht dat hij zich nauwkeurig rekenschap geeft van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding kunnen bepalen.⁸² Hoewel hij de kantonrechtersformule of een variant daarop afwijst, sluit hij de mogelijkheid van een bepaalde harmonisatie niet uit. Hij meent dat feitenrechters een standaardisatie tot stand kunnen brengen door factoren duidelijk te benoemen en daaraan financiële gevolgen te verbinden, zonder dat zij één bepaalde algemene formule als vuistregel hanteren. Bovendien beslist hij: *(...) Uit het hiervoor overwogene volgt dat de voorspelbaarheid van beslissingen waarbij deze vergoeding wordt toegekend, in belangrijke mate afhankelijk is van het inzicht dat de rechter geeft in de wijze waarop deze beslissingen tot stand zijn gekomen, met name wat betreft de factoren die bij de bepaling van de vergoeding een rol spelen.*⁸³

3.3.2 Rutten/Breed

Drie maanden later oordeelt de Hoge Raad nogmaals over de schadevergoeding op grond van art. 7:681 BW in het zogeheten arrest Rutten/Breed en ditmaal keurt hij ook de XYZ-formule af.⁸⁴ De Hoge Raad volgt in grote lijnen zijn eerdere opvattingen uit Van de Grijp/Stam.

⁷⁹ HR 27 november 2009, L/JN BJ6596 (concl. A-G Spier).

⁸⁰ HR 27 november 2009, L/JN BJ6596, r.o. 3.4.

⁸¹ G.J.J. Heerma van Voss e.a., 'Begroot, schat, vergoed en bewonder', *TRA* 2010, 47.

⁸² Bakels e.a. 2011, p. 169.

⁸³ HR 27 november 2009, L/JN BJ6596, r.o. 4.6.

⁸⁴ HR 12 februari 2010, L/JN BK4472.

Hij merkt op dat de schadevergoeding er vooral toe dient aan de werknemer een zekere mate van genoegdoening te verschaffen. Daarbij moet rekening worden gehouden met de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever (om als goed werkgever te handelen), de nadelen voor de werknemer bij de opzegging en verschillende factoren zoals de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en zijn arbeidspositie.⁸⁵ In zowel Van de Grijp/Stam als Rutten/Breed benadrukt de Hoge Raad dat alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen, maar het is in beginsel aan de werknemer om feiten en omstandigheden te stellen (en zo nodig te bewijzen) die het ontslag kennelijk onredelijk maken.⁸⁶ In Rutten/Breed bevestigt de Hoge Raad dat de werknemer recht heeft op een vergoeding indien het ontslag kennelijk onredelijk is en dat de hoogte van de vergoeding nauw verband houdt met de omstandigheden die de rechter tot zijn oordeel over de kennelijke onredelijkheid van het ontslag hebben gebracht.⁸⁷ De hoogte van de schadevergoeding mag niet gemaximeerd worden op de te verwachten inkomensderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd omdat ook andere schadeposten zoals immateriële schade en pensioenschade in aanmerking kunnen komen. Verder geeft de Hoge Raad in dit arrest meer expliciet aan dat de schade dient te worden begroot aan de hand van art. 6:97 BW. De rechter dient dus eerst de schade concreet te begroten en indien dit niet mogelijk is, mag hij de schade schatten. Pas wanneer schatten ook niet haalbaar blijkt, wordt schade naar billijkheid vastgesteld. Bepalen van de vergoeding naar billijkheid is dus niet het uitgangspunt, maar het ultimum remedium.⁸⁸

Vorenstaande arresten zijn opmerkelijk en roepen vragen op omdat de Hoge Raad een wijze van schade berekenen afwijst die al in meer of mindere mate werd toegepast in de rechtspraak. De Hoge Raad geeft richtlijnen maar laat het na zelf een concrete en vervangende oplossing aan te dragen. In plaats daarvan benadrukt de Hoge Raad het belang van een volledige inzicht in de gedachtegang van de rechter en hij wijst op de toepassing van de schadevergoedingsregels uit Boek 6.1.10 BW. Bovendien blijft volgens de Hoge Raad standaardisatie zonder formule mogelijk door een meer inzichtelijke gedachtegang in de af te wegen omstandigheden.

3.4 Na Rutten/Breed

Uit de verschillende opvattingen van deskundigen blijkt dat de Hoge Raad allerminst heeft gezorgd voor duidelijkheid met betrekking tot de manier waarop de hoogte van de schadevergoeding dient te worden bepaald. In deze paragraaf is een aantal interpretaties van auteurs weergegeven over de arresten van de Hoge Raad, ten einde de belangrijkste discussiepunten te illustreren. Nadien volgt een uitleg van het arrest van Hof 's-Hertogenbosch waarin het een definitief oordeel geeft in de zaak Rutten/Breed (hierna: Rutten/Breed II).⁸⁹ Het hof lijkt in dit arrest een nadere invulling te willen geven aan de lijn die de Hoge Raad heeft uitgezet.

3.4.1 Opvattingen deskundigen

Loonstra noemt een aantal verschillen tussen de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed.⁹⁰ Deze verschillen zouden de vragen en verschillende meningen kunnen verklaren. Volgens Loonstra benadrukt de Hoge Raad in het arrest Van de Grijp/Stam dat de hoogte van de vergoeding dient te worden bepaald aan de hand van het schadevergoedingsrecht uit Boek 6.1.10 BW terwijl hij in Rutten/Breed vooral de arbeidsrechtelijke eigenheid van het schadevergoedingsbegrip van art. 7:681 BW benadrukt.

⁸⁵ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472, r.o. 3.5.3.

⁸⁶ D.J. Buijs, 'Kennelijk onredelijk ontslag vanuit historisch perspectief verklaard', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010, nr. 2, p. 45.

⁸⁷ 'Hoge Raad haalt streep door de XYZ-formule bij kennelijk onredelijk ontslag', 2010 <www.ontslagdossier.nl/Nieuws>, geraadpleegd op 29 december 2012.

⁸⁸ G.J.J. Heerma van Voss e.a., 'Begroot, schat, vergoed en bewonder', *TRA* 2010, 47.

⁸⁹ Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2011, *LJN* BU2031.

⁹⁰ C.J. Loonstra, 'De januskop van de Hoge Raad', *ArbeidsRecht* 2010, 34.

De tegenstrijdigheid bestaat hieruit dat de Hoge Raad enerzijds spreekt van het bijzondere karakter en de zekere mate van genoegdoening terwijl anderzijds toepassing van Boek 6.1.10 BW als uitgangspunt dient te worden genomen. Boek 6 BW gaat uit van een volledige, concrete schadevergoeding en niet van een bepaalde genoegdoening. Verder geeft de Hoge Raad aan dat de rechter meer gewicht aan bepaalde factoren dient toe te kennen naarmate het dienstverband langer heeft geduurd of de leeftijd van de werknemer hoger is.⁹¹ Daarentegen gaan de schadevergoedingsregels uit van het heden en de toekomst in plaats van het verleden. Ook oordeelt de Hoge Raad dat de werknemer recht heeft op schadevergoeding in geval van kennelijke onredelijkheid, terwijl het schadevergoedingsrecht slechts uitgaat van een vergoeding als daadwerkelijk schade is geleden. Loonstra verwacht dat de werknemer in de toekomst steeds vaker concreet zijn schade zal motiveren waarbij het voor de hand ligt om aan te knopen bij de duur van de werkloosheid of WW-uitkering. Loonstra pleit voor een schadegids waarin het te betalen bedrag als uitgangspunt wordt gerelateerd aan de tot op zekere hoogte abstract berekende inkomensschade die de werknemer lijdt.

Volgens Buijs ligt het primaat van de schadeberekening bij het inzicht dat de rechter geeft in de gedachtegang die tot zijn beslissing heeft geleid.⁹² Volgens hem gaat het in de eerste plaats om de factoren die hebben geleid tot het oordeel van de rechter dat de werkgever is tekortgeschoten. Als die factoren leiden tot concreet vast te stellen en te begroten schade, gaat het om maatwerk dat zich, volgens Buijs, niet of nauwelijks leent voor harmonisatie. Al kan volgens hem een aantal uitspraken wel leiden tot precedentwerking. Verder ontstaat enige ruimte voor rechtelijk beleid waar het gaat om schadefactoren die niet concreet te begroten zijn maar die zich wel lenen voor schatting, zoals het verlies van inkomen. Buijs maakt een vergelijking met het strafrecht: ofschoon het bestaan van oriëntatiepunten rechters strikt genomen niet beperkt in hun straffoetmetingsvrijheid, is dat feitelijk toch het geval. De kern van de discussie is naar de mening van Buijs dat het nieuwe BW van de rechter een andere techniek van schadevaststelling vergt en dat de wetgever destijds beoogde dat die techniek niet tot andere resultaten zou leiden, wat echter wel degelijk het geval is.⁹³

Buijs stelt in een volgend artikel met de Laat dat gewerkt zal moeten worden met kwade en goede kansen volgend uit art. 6:105 BW.⁹⁴ Over de arresten van de Hoge Raad schrijven zij dat Rutten/Breed slechts een nuancering is van Van de Grijp/Stam waarbij de hoofdlijn en de crux blijft dat billijkheid pas aan het eind een oplossing biedt. Kantonrechters zullen expliciet relaties dienen te leggen tussen de omstandigheden en factoren die tot de kennelijke onredelijkheid hebben geleid en de daarmee samenhangende schadefactoren. Buijs en de Laat noemen als mogelijkheid een schadestaatprocedure waarbij vaststelling van de schadevergoeding in een andere procedure plaatsvindt dan de beoordeling van het kennelijk onredelijk ontslag. Het nadeel van een schadestaatprocedure is evenwel dat door een splitsing van procedures, de werknemer nog langer op zijn schadevergoeding zal moeten wachten.

Van der Voet vraagt zich vervolgens af wat genoegdoening betekent in kennelijk onredelijk ontslagprocedures.⁹⁵ Volgens hem dienen kantonrechters te beslissen of er een financiële tegemoetkoming aan de werknemer had behoren te worden betaald en zo ja, wat de omvang van deze tegemoetkoming had behoren te zijn. De vragen of het ontslag kennelijk onredelijk is en wat de hoogte van de schadevergoeding zou moeten zijn, laten zich, volgens Van der Voet, eenvoudig beantwoorden.

⁹¹ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472, r.o. 3.9.2.

⁹² D.J. Buijs, 'Kennelijk onredelijk ontslag vanuit historisch perspectief verklaard', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010, nr. 2.

⁹³ J.J.M. de Laat en D.J. Buijs, 'De Hoge Raad en kennelijk onredelijk ontslag', *TAP* 2010, nr. 5.

⁹⁴ J.J.M. de Laat en D.J. Buijs, 'De Hoge Raad en kennelijk onredelijk ontslag', *TAP* 2010, nr. 5.

⁹⁵ G.W. Van der Voet, 'De Hoge Raad in Rutten/Breed', *TAP* 2010, nr. 3.

Lousberg gaat in op het nader te beschrijven arrest Rutten/Breed II waarbij hij als belangrijkste uitgangspunt bij schadebegroting de inkomensachteruitgang noemt.⁹⁶ Daarna kan de rechter volgens hem niet anders dan een schatting maken van de duur van de werkloosheid en zodoende van de hoogte van de vergoeding. Vervolgens dient de rechter te bepalen of de vergoeding volledig voor rekening van de werkgever dient te komen. De aard en ernst van de gedraging van de werkgever speelt een rol, maar ook aan de schuld of verwijtbaarheid van beide partijen wordt aandacht besteed. Daarbij vermeldt art. 6:101 BW dat de mate van schuld naar billijkheid kan worden gecompenseerd.

Koster en de Lange gaan in op de wijze waarop rechters in de praktijk omgaan met het kennelijk onredelijk ontslag.⁹⁷ Zij hebben zich met name gericht op de gronden waarop de kennelijke onredelijkheid al dan niet wordt toegewezen en de hoogte van de schadevergoedingen. Koster en de Lange constateren dat lagere rechters steeds duidelijker de regels van Boek 6 BW als uitgangspunt nemen. Zij hebben verder geprobeerd een lijn te ontdekken in de manier waarop kantonrechters de schadevergoeding begroten, maar zij menen dat dit lastig is omdat de feiten en omstandigheden in de casussen sterk uiteenlopen.

In het algemeen zijn deskundigen het erover eens dat de rechter op de eerste plaats beslist of het ontslag kennelijk onredelijk is. Vervolgens begroot hij de schade, daarna maakt hij een schatting en tot slot stelt de rechter de vergoeding naar billijk vast. Hoe invulling wordt gegeven aan de onderdelen en op welk onderdeel van de schadebepaling vervolgens de nadruk ligt, is aan de hand van bovenstaande opvattingen niet eenduidig vast te stellen.

3.4.2 Rutten/Breed II

In het arrest Rutten/Breed II stelt het hof de schadevergoeding in de zaak Rutten/Breed opnieuw vast middels de gewone regels omtrent begroting van de schade en neemt voor een groot deel de overwegingen van de Hoge Raad over.⁹⁸ Zo noemt het hof de toepassing van art. 6:97 BW en stelt dat de hoogte van de vergoeding is gerelateerd aan de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen. Het Hof begroot de hoogte van de materiële schade op het verschil tussen het inkomen uit arbeid en uitkering gedurende de tijd dat Rutten (eiser in deze zaak) zich op een wachtlijst bevindt in afwachting van ander werk. Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de werkgever past het hof art. 6:101 BW toe. In het onderhavige geval meent het hof dat de werkgever in belangrijke mate verantwoordelijk is voor het ontstaan van het conflict, maar de werknemer draagt de grootste verantwoordelijkheid voor het voortduren ervan. Om die reden oordeelt het hof dat 35 procent van de schade voor rekening van de werkgever dient te komen. Voor toekenning van immateriële schade is volgens het hof in deze zaak geen plaats aangezien geen sprake is van geestelijk letsel dat kan worden aangemerkt als aantasting van de persoon die recht geeft op vergoeding van schade.

⁹⁶ J.P.E. Lousberg, 'Is de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag toch te vangen in een formule?', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2012, nr. 3.

⁹⁷ M. Koster en S. de Lange, 'De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: een update', *TAP* 2012, nr. 6.

⁹⁸ Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2011, *LJN* BU2031.

3.5 Samenvatting

Tot de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed waren de meningen verdeeld over de reflexwerking van de kantonrechtर्सformule. Teneinde de rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid te dienen heeft het Hof 's-Gravenhage in 2008 de kantonrechtर्सformule, weliswaar met een korting van 30%, als uitgangspunt genomen. De overige hoven reageerden hierop door zelf een formule te ontwikkelen.

De Hoge Raad wees beide manieren van schadevergoeding berekenen echter van de hand in de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed. Hij bepaalde dat de schadevergoeding begroot dient te worden aan de hand van de algemene regels van Boek 6 BW en dat de aard en het tekortschieten van het handelen van de werkgever en werknemer van invloed is op de vergoeding. De Hoge Raad heeft niet uitgesloten dat de vergoeding uiteindelijk naar billijkheid wordt begroot. Verder legt de Hoge Raad de nadruk op het belang van een inzichtelijke gedachtegang van de rechter. Na deze arresten werd in vaktijdschriften veel geschreven over de wijze waarop schadevergoeding in het vervolg dient te worden begroot. Hoewel deskundigen verschillen van mening over de precieze uitwerking, zijn zij het er over het algemeen over eens dat de schadevergoeding zo concreet mogelijk begroot dient te worden alvorens de kantonrechter mag schatten en ten slotte een vergoeding naar billijkheid mag toekennen. Het Hof 's-Hertogenbosch heeft in 2011 nader invulling gegeven aan de richtlijnen in Rutten/Breed II.

Onderstaand een opsomming van overwegingen ten aanzien van de vergoeding die volgen uit de arresten van de Hoge Raad en het arrest Rutten/Breed II:

- Een formule die abstraheert van de nadelen voor de werknemer en de z-factor van 0,5 om daarmee de maximale schadevergoeding vast te leggen, is onjuist.
- Bij bepaling van de omvang van de schadevergoeding zijn de gewone regels omtrent begroting van de schade(vergoeding) van toepassing waarbij art. 6:97 BW rechtर्स de vrijheid hebben de schade te schatten als deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.
- De hoogte van de vergoeding is gerelateerd aan de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen.
- Begroting van de hoogte van materiële schade kan via een suppletie op de WW-uitkering gedurende de tijd dat de werknemer werkloos is of tot zijn pensioen.
- Immateriële schadevergoeding wordt enkel toegewezen indien sprake is van geestelijk letsel dat kan worden aangemerkt als aantasting van de persoon die recht geeft op vergoeding van schade.
- Rechtर्स dienen te kijken naar alle omstandigheden van het geval zoals de nadelen voor de werknemer bij de opzegging, duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en zijn arbeidspositie.

Rechtspraak na Rutten/Breed

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk omvat een analyse van de uitspraken van kantonrechters waarin een geslaagd beroep op art. 7:681 BW is gedaan. Het betreft vonnissen die na het arrest Rutten/Breed zijn gewezen. Het jurisprudentieonderzoek bestaat uit een nulmeting. Hierbij is onderzocht in hoeverre rechters de door de Hoge Raad en het hof genoemde richtlijnen toepassen bij bepaling van de schadevergoeding. De resultaten brengen in kaart welke mogelijkheden er bestaan om de schadevergoeding meer inzichtelijk en uniform vast te stellen. De vonnissen van kantonrechters zijn gesorteerd en geanalyseerd waarbij is uitgegaan van de richtlijnen uit de arresten Van de Grijp/Stam, Rutten/Breed en Rutten/Breed II. Daarnaast is het onderzoek ingegaan op meer algemene factoren en overwegingen die een rol spelen bij bepaling van de hoogte van de schadevergoeding. Er is ook een paragraaf gewijd aan de manier waarop kantonrechters van rechtbank 's-Hertogenbosch in het bijzonder de schadevergoeding bepalen. Tot slot bevat dit hoofdstuk een korte analyse van arresten van de hoven. De centrale vraag in dit hoofdstuk luidt: hoe gaan rechters na de arresten van de Hoge Raad om met het bepalen van de hoogte van schadevergoeding in geval van kennelijk onredelijk ontslag?

4.2 Onderzoek vonnissen kantonrechters

In totaal zijn alle gepubliceerde uitspraken vanaf 13 februari 2010 tot 1 november 2012 en twee niet-gepubliceerde uitspraken uit het archief van Rechtbank 's-Hertogenbosch onderzocht, waarin kantonrechters oordelen dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag.⁹⁹ In totaal gaat het om 60 vonnissen. Sinds 2010 zijn veel meer kennelijk onredelijk ontslagzaken gepubliceerd, maar in al die situaties is de kennelijke onredelijkheid van het ontslag niet aangenomen. Het onderzoek heeft stapsgewijs plaatsgevonden waarbij de resultaten van de proefneming in een matrix zijn opgenomen.¹⁰⁰ Gedurende het onderzoek bleek deze methode niet in alle gevallen efficiënt omdat kantonrechters niet elke overweging expliciet opnemen in het vonnis. Ten einde betrouwbare en nuttige resultaten te verkrijgen is in de matrix bij iedere uitspraak ruimte gelaten voor opmerkingen waarin bijzonderheden zijn vermeld. De opmerkingen in de matrix zorgen voor een duidelijk overzicht waarin nuances zichtbaar zijn. Vervolgens is naast de matrix gebruik gemaakt van een tabel waarin de omstandigheden staan opgesomd waarmee kantonrechters rekening hebben gehouden bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding.¹⁰¹ De matrix en de tabel vormen de basis voor de analyse, maar bij iedere overweging zijn de betreffende vonnissen nogmaals gelezen teneinde een correct en volledig beeld te scheppen van de rechtspraktijk en verkeerde indrukken te voorkomen.

De volgende vragen staan centraal:

- In hoeverre zijn de regels van Boek 6 BW als uitgangspunt gehanteerd?
- Welke omstandigheden van het geval spelen in deze uitspraken een rol?
- Hoe begroten kantonrechters de materiële schade?
- Hoe begroten kantonrechters de immateriële schade?
- In hoeverre houden kantonrechters bij toekenning van de schadevergoeding rekening met de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting om als goed werkgever te handelen?

⁹⁹ Ktr. 's-Hertogenbosch 5 april 2012, rolnr. 11-10254; Ktr. 's-Hertogenbosch 23 februari 2012, rolnr. 11-6966.

¹⁰⁰ Bijlage 2: Matrix vonnissen toegewezen kennelijk onredelijk ontslag, sector kanton, periode 13-02-2010 tot 1-11-2012.

¹⁰¹ Bijlage 3: Tabel: Omstandigheden genoemd bij schadebegroting.

4.2.1 Algemene onderzoeksresultaten

De werknemer dient de schade en de daaruit voortvloeiende schade te stellen en zo nodig te bewijzen. De werkgever voert verweer waarin ook hij zijn stellingen dient te onderbouwen. Vervolgens geeft de kantonrechter zijn oordeel over de situatie zoals die is geschetst en onderbouwd door partijen. Aangevoerde omstandigheden in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure kunnen erg uiteenlopen waardoor ook de schadevergoedingen variëren.

In vier van de onderzochte uitspraken werd herstel van het dienstverband gevorderd en toegewezen. In twee van die gevallen werd een afkoopsom vastgesteld. De kantonrechter te Utrecht stelde in 2011 de afkoopsom vast op het verschil tussen loon en uitkering tot het 65^e levensjaar van de werknemer.¹⁰² In het tweede vonnis waarin een afkoopsom werd vastgesteld, werd deze begroot op € 50.000,-. De kantonrechter hield rekening met de omstandigheid dat de werkgever de mogelijkheid voor de werknemer had ontnomen bij de organisatie te blijven werken. Anderzijds oordeelde de kantonrechter dat de werkgever ruimhartige financiële voorzieningen had getroffen.¹⁰³ In het verdere jurisprudentieonderzoek zijn de vier uitspraken buiten beschouwing gelaten omdat een afkoopsom geen schadevergoeding in de zin van art. 7:681 BW is.

Verder is in de proefneming aandacht besteed aan de verschillende toegewezen vorderingsgronden. Bij aanvang van het onderzoek was namelijk niet duidelijk of een bepaalde grond van invloed was op de begroting van de vergoeding. In 48 gevallen was sprake van een geslaagd beroep op het gevolgscriterium, in 4 gevallen was sprake van een valse of voorgewende reden en in één geval was het ontslag gegeven in strijd met de anciënniteitsregeling. Goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) is een algemene omstandigheid en hier is 4 keer een geslaagd beroep op gedaan.¹⁰⁴ Een beroep op art. 7:681 lid 2 sub c en e is in dit onderzoek niet voorgekomen. Uit het onderzoek is niet gebleken dat een verband bestaat tussen de vorderingsgrond en de wijze van schade begroten. In de vier vonnissen waar sprake was van een voorgewende of valse reden zijn de schadevergoedingen niet eenduidig vastgesteld. Zo oordeelde de kantonrechter in 's-Gravenhage dat de schade bestond uit het financiële verschil tussen de reeds ontstane situatie en de situatie zoals die zou zijn indien de werkgever de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig had doen eindigen. De kantonrechter te Amsterdam wijst de gehele vordering toe omdat de werkgever geen inhoudelijk verweer had gevoerd tegen de gestelde schade. In de andere twee uitspraken is in de vonnissen niet exact opgenomen hoe de schadevergoeding tot stand is gekomen. De kantonrechter te Rotterdam is uitgegaan van inkomensverlies voor een geschatte periode, onduidelijk blijft waarop de rechter die periode baseert.

Gedurende het onderzoek bleek dat in bijna een derde van de vonnissen kantonrechters oordelen dat het ontslag mede kennelijk onredelijk is, omdat de werkgever geen of geen afdoende voorziening heeft getroffen teneinde de werknemer tegemoet te komen bij zijn ontslag. Deze conclusie is belangrijk omdat het van invloed kan zijn op de manier waarop kantonrechters de hoogte van de schadevergoeding bepalen. De kantonrechters beogen in deze zaken namelijk een compensatie te bewerkstelligen door de hoogte van de vergoeding gelijk te stellen aan de voorziening die de werkgever bij het ontslag had moeten aanbieden. Wat deze vergoeding inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. In één situatie heeft de werkgever bijvoorbeeld nagelaten de werknemer een vergoeding overeenkomstig een geldend sociaal plan aan te bieden, terwijl dit andere werknemers wel was aangeboden. In dit geval was de kantonrechter van mening dat de werkelijk geleden schade bestaat uit het bedrag dat de werknemer niet heeft ontvangen en zijn (ex-)collega's wel.¹⁰⁵

¹⁰² Ktr. Utrecht 13 juli 2011, *LJN* BR1276.

¹⁰³ Ktr. Utrecht 8 februari 2012, *LJN* BV2806.

¹⁰⁴ In één uitspraak oordeelde de kantonrechter dat de werkgever in strijd met goed werkgeverschap had gehandeld en dat er sprake was van een valse of voorgewende reden: Ktr. 's-Gravenhage 16 december 2010, *LJN* BP5370.

¹⁰⁵ Ktr. 's-Hertogenbosch 6 mei 2010, *LJN* BM3939.

In een andere uitspraak oordeelde de kantonrechter dat het niet treffen van een voorziening in combinatie met de beperkte mogelijkheden van de werknemer op de arbeidsmarkt, het ontslag kennelijk onredelijk maakt. De rechter overweegt: *'Indien een passende voorziening was getroffen in de vorm van een Sociaal Plan dan zou dat waarschijnlijk zijn gerelateerd aan de kantonrechtersformule (...).'*¹⁰⁶ Een compensatie ter opheffing van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag in de vorm van een vergoeding kan strijdig zijn met Rutten/Breed. De kantonrechter kan namelijk op basis van voormelde gedachtegang de schadevergoeding concreet vaststellen of hij kan de schadevergoeding vaststellen aan de hand van de vergoeding die de werkgever had moeten aanbieden. In de tweede situatie zal veelal aansluiting worden gezocht bij de kantonrechtersformule omdat werkgevers bij een sociaal plan, gedwongen ontslag of een vaststellingsovereenkomst teneinde de arbeidsovereenkomst te beëindigen, ook vaak de uitkomst van de kantonrechtersformule als uitgangspunt nemen. Echter, sinds 2012 hebben kantonrechters een dergelijke overweging niet opgenomen in de vonnissen.

4.2.2 Toepassing van de richtlijnen uit jurisprudentie

Kantonrechters noemen meestal niet alle richtlijnen van de Hoge Raad expliciet, maar de toepassing ervan blijkt uit de overwegingen en conclusies die zij wel in hun vonnissen opnemen.

Regels van Boek 6.1.10 BW als uitgangspunt

In 36 van de 56 uitspraken wordt Boek 6 of art. 6:97 BW genoemd. In de proefneming is ervan uitgegaan dat indien de kantonrechter een artikel uit Boek 6.1.10 BW of Boek 6 in het algemeen noemt, hij de algemene regels met betrekking tot schadevergoeding als uitgangspunt neemt.

In 20 uitspraken is Boek 6 BW of een artikel daaruit niet expliciet genoemd. In 16 van deze gevallen begroot de rechter de schade aan de hand van ondubbelzinnige schadeposten zoals WW-suppletie, pensioenschade of een tegemoetkoming inzake de te verwachten inkomensterugval. Kantonrechters lijken in deze gevallen toch de omstandigheden van het geval te hebben afgewogen en te hebben gezocht naar een zo concreet en volledig mogelijke schadevergoeding waar Boek 6 BW voor pleit. Om die reden is in het verdere onderzoek verondersteld dat ook in die 16 gevallen waarin de kantonrechter Boek 6 BW niet expliciet noemt, hij de algemene regels met betrekking tot schadevergoeding als uitgangspunt neemt. Het komt neer op 93% van de zaken waarbij kantonrechters de hoogte van de schadevergoeding vaststellen conform het algemene schadevergoedingsrecht. Uit het onderzoek blijkt dat in 4 uitspraken Boek 6 BW niet als uitgangspunt is genomen. In deze gevallen laten kantonrechters een heldere onderbouwing van de schadevergoeding achterwege. Zo wordt in twee vonnissen uit 2010 slechts verwezen naar de omstandigheden van het geval, zonder de omstandigheden van belang expliciet te benoemen, zodat voor de lezer onduidelijk blijft waarop de schadevergoeding is gebaseerd.¹⁰⁷ De kantonrechter van de rechtbank Middelburg volgt in december 2010 het sociaal plan van de werkgever waarbij ook hij weinig inzicht biedt in zijn gedachtegang, behalve de overweging dat in onderhavig geval het een billijke wijze van schade begroten was.¹⁰⁸ Tot slot geeft ook de kantonrechter van rechtbank Amsterdam weinig uitleg.¹⁰⁹ Hij oordeelde dat onder de gegeven omstandigheden de werkgever aan de werknemer enige compensatie voor het ontslag had moeten toekennen en dat het ontbreken daarvan het ontslag kennelijk onredelijk maakte. Zonder verdere onderbouwing acht de kantonrechter € 5.000,- immateriële schadevergoeding redelijk: materiële schadevergoeding was niet expliciet genoemd.

¹⁰⁶ Ktr. Middelburg 6 december 2010, *LJN* BU1260.

¹⁰⁷ Ktr. Utrecht 24 februari 2010, *LJN* BL4231; Ktr. 's-Gravenhage 3 maart 2010, *LJN* BN0658.

¹⁰⁸ Ktr. Middelburg 6 december 2010, *LJN* BU1260.

¹⁰⁹ Ktr. Amsterdam 11 maart 2011, *LJN* BU4264.

Kortom: in de regel lijken kantonrechters uit te gaan van de schadevergoedingsregels uit Boek 6.1.10 BW, in overeenstemming met de arresten van de Hoge Raad. In bijna de helft van de uitspraken is Boek 6 BW niet expliciet genoemd maar in die uitspraken begroot de kantonrechter schadevergoeding meestal via ondubbelzinnige schadeposten zoals inkomstenderving en pensioenschade. Hoewel Boek 6 BW niet wordt genoemd, blijkt toepassing ervan uit de schadevergoeding zelf. In de uitspraken waarbij Boek 6 BW niet is genoemd en waarbij een andere concrete manier van schadeberekening niet blijkt, is in de vonnissen geen heldere onderbouwing opgenomen zodat daar geen meetbare resultaten uit komen.

Omstandigheden van het geval

Aansluitend bij de vorige alinea's zijn 52 uitspraken onderzocht op omstandigheden die kantonrechters in het bijzonder noemen bij bepaling van de hoogte van de schadevergoeding. De Hoge Raad heeft bepaald dat de hoogte van de vergoeding nauw verband houdt met de omstandigheden die de rechter tot zijn oordeel over de kennelijke onredelijkheid van het ontslag hebben geleid en is mede afhankelijk van omstandigheden zoals de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en diens kans op het vinden van ander passend werk.¹¹⁰ In 17 gevallen verwijzen kantonrechters dan ook naar de omstandigheden die hebben geleid tot het oordeel dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Daarnaast zijn de meest genoemde omstandigheden:

| | |
|-------------------------------|---------------|
| Arbeidsmarktpositie: | 16 uitspraken |
| Lengte dienstverband: | 15 uitspraken |
| Leeftijd werknemer: | 12 uitspraken |
| Financiële positie werkgever: | 6 uitspraken |
| Staat van dienst: | 4 uitspraken |
| Hoogte van het loon: | 3 uitspraken |

In de meeste uitspraken hebben kantonrechters aangehaakt bij de door de Hoge Raad genoemde omstandigheden en herhalen zijn overweging. In sommige vonnissen wordt aan een enkele omstandigheid extra gewicht wordt toegekend. Zo gaat de kantonrechter van locatie Eindhoven, rechtbank 's-Hertogenbosch in 2010 met name uit van pensioenberekeningen.¹¹¹ In deze zaak was de omstandigheid dat de werknemer pensioenschade zou lijden, het meest relevant. Andere omstandigheden hebben in dezen een ondergeschikte rol, maar zij kunnen wel een aandeel hebben bij de vraag of de vergoeding zal worden gematigd.

Het loon is in drie uitspraken expliciet genoemd. Toch lijkt het loon vaker een belangrijke rol te spelen aangezien voor vaststelling van concrete toekomstige schade vaak wordt uitgegaan van het verlies van inkomen. Dit verlies is alleen te berekenen aan de hand van het toenmalig te ontvangen loon. Het is dus niet zozeer een omstandigheid die meeweegt, het is eerder een factor die een rol speelt bij de berekening van de toekomstige schade. Het is opvallend dat geen van de kantonrechters heeft gepoogd aan omstandigheden of factoren financiële gevolgen te verbinden, zoals de Hoge Raad heeft geïmpliceerd (zie paragraaf 3.3.1). Uit het onderzoek naar de van belangzijnde omstandigheden van het geval blijkt dat kantonrechters herhalen wat de Hoge Raad heeft bepaald in Rutten/Breed of zij verwijzen naar alle omstandigheden die hebben geleid tot de kennelijke onredelijkheid van het ontslag. Hierdoor blijft het in veel uitspraken onduidelijk welke omstandigheden doorslaggevend waren bij het vaststellen van de schadevergoeding.

¹¹⁰ HR 12 februari 2010, L/JN BK4472, R.o. 3.5.3.

¹¹¹ Ktr. Eindhoven 2 september 2010, L/JN BN6122.

Begroting materiële schade

'(...)De hoogte van de vergoeding dient te worden vastgesteld op basis van de aangevoerde stellingen vast te stellen feiten en na afweging van de omstandigheden aan de zijde van beide partijen, waarbij de gewone regels omtrent begroting van de schade (vergoeding) van toepassing zijn(...)'.¹¹² Kantonrechters dienen dus de concrete schade te begroten die de werknemer lijdt. De kennelijke onredelijkheid wordt ex tunc beoordeeld en om die reden dient ook de schadevergoeding te worden vastgesteld aan de hand van de schade die niet later dan op het tijdstip van het ontslag voorzienbaar was (zie paragraaf 2.3). In 42 van de 56 uitspraken is de schadevergoeding bepaald met behulp van de verwachte schade die in de regel bestaat uit inkomensderving of pensioenschade. Kantonrechters bepalen de lengte van de werkloosheid aan de hand van de duur van de WW-uitkering of ze maken een schatting. Zij overwegen dat de schadevergoeding bestaat uit een overbrugging naar een volgende baan of zij stellen door middel van een schadevergoeding de werknemer in staat zijn levensstijl en financiële verplichtingen aan te passen aan de nieuwe situatie. Sinds 2010 is een ontwikkeling zichtbaar waarbij kantonrechters meer nadruk leggen op bepalen van schadevergoeding middels suppletie van WW gedurende een bepaalde periode of vergoeden van (een deel van) de pensioenschade, zie tabel 4.1.

| Jaar | Aantal uitspraken | Inkomensderving of pensioenschade | Percentage |
|------|-------------------|-----------------------------------|------------|
| 2012 | 10 | 9 | 90% |
| 2011 | 20 | 17 | 85% |
| 2010 | 26 | 16 | 61% |

Tabel 4.1: Berekenen schade aan de hand van inkomstenderving of pensioenschade

Blijkens de tabel zijn in 2011 en 2012 vier uitspraken gedaan waarin kantonrechters de schade anders hebben bepaald dan via de te verwachten inkomensderving of pensioenschade. Hoe kantonrechters de hoogte van de vergoeding in deze gevallen bepalen, is niet duidelijk omdat ze in de vonnissen hun gedachtegang niet inzichtelijk weergeven (zie alinea: Regels van Boek 6.1.10 BW als uitgangspunt).

Begroting immateriële schade

Hof 's-Hertogenbosch: 'Immateriële schadevergoeding wordt enkel toegewezen indien sprake is van geestelijk letsel dat kan worden aangemerkt als aantasting van de persoon die recht geeft op vergoeding van schade.'¹¹³ Uit de volgende uitspraken blijkt dat het dient te gaan om een bepaalde mate van psychische belasting die te wijten is aan het handelen van de werkgever. In 9 van de 56 uitspraken is immateriële schadevergoeding gevorderd, maar in slechts vier gevallen is immateriële schadevergoeding toegekend of rekening gehouden met een immateriële schadecomponent. Toekennen van immateriële schadevergoeding kwam voor het laatst voor in maart 2011.¹¹⁴ Zonder duidelijke motivering kent de kantonrechter schadevergoeding toe. In een andere zaak wijst de kantonrechter van rechtbank Haarlem een immateriële component in de vergoeding toe omdat hij meent dat voldoende aannemelijk is dat werkgever de werknemer heeft geschaad.¹¹⁵ In deze zaak had de werkgever een slechte houding ten opzichte van de werknemer. De werkgever heeft bijvoorbeeld geen contact gehad met werknemer over het voorgenomen ontslag, geen hulp aangeboden en niet gevraagd hoe het met de werknemer ging terwijl de werknemer wel op kantoor aanwezig was. De totale vergoeding begroot de kantonrechter op € 7.500,-. Aangezien daar ook de kosten voor outplacement en inkomensachteruitgang van zes maanden bij zitten, is het immateriële deel minimaal.

¹¹² HR 12 februari 2010, L/JN BK4472, R.o. 4.3.

¹¹³ Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2011, L/JN BU2031.

¹¹⁴ Ktr. Amsterdam 11 maart 2011, L/JN BU4264.

¹¹⁵ Ktr. Haarlem 24 februari 2011, L/JN BP6067.

De kantonrechter van rechtbank Alkmaar begroot de immateriële schade op € 500,-, waarbij hij in aanmerking neemt dat de werknemer tijdens ziekte is ontslagen en de werkgever op onjuiste gronden op een ontslag heeft aangestuurd.¹¹⁶

Tot slot oordeelde de kantonrechter van rechtbank 's-Gravenhage dat de psychische belasting van de werknemer als gevolg van het verwijtbaar handelen van de werkgever mee wordt gewogen bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding.¹¹⁷ Concluderend wordt immateriële schadevergoeding in 15% van de onderzochte zaken gevorderd en in bijna de helft van die gevallen wordt immateriële schadevergoeding toegekend of rekening mee gehouden. Uit de matrix blijkt dat rechters in geval van immateriële schadevergoeding de regels van Boek 6.1.10 BW niet met zoveel woorden toepassen. Er ligt geen of slechts een summiere redenatie aan de vergoeding ten grondslag en de hoogte is minimaal. Art. 6:106 BW bepaalt dat in geval van immateriële schade, de benadeelde recht heeft op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding. In drie van de vier uitspraken is het woord billijkheid niet genoemd en ook uit de motivering blijkt niet dat Boek 6.1.10 BW is toegepast.

Aard en ernst tekortschieten werkgever

Volgens de Hoge Raad dient de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn handelen van invloed te zijn op de hoogte van de vergoeding. De mate van verwijtbaarheid is niet zozeer één van de omstandigheden waar kantonrechters rekening mee kunnen houden, maar een overweging die kantonrechters bij iedere beslissing in aanmerking dienen te nemen. De matigingsbevoegdheid is gecodificeerd in art. 6:109 BW waarin staat dat de rechter de verplichting tot schadevergoeding kan matigen indien in de gegeven omstandigheden volledige schadevergoeding tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden. De toets houdt een afweging van belangen in en is een discretionaire bevoegdheid. Dit brengt met zich mee dat de rechter de vergoeding ambtshalve kan matigen.

In 22 uitspraken houden kantonrechters nadrukkelijk rekening met de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever en dat blijkt uit herhaling van overwegingen van de Hoge Raad. Het is onduidelijk in welke mate het tekortschieten van invloed is op de hoogte van de schadevergoeding. Slechts een enkele keer hanteert een kantonrechter een percentage of wegingsfactor.¹¹⁸ Meerdere oorzaken zijn denkbaar voor het ontbreken of onduidelijk toepassen van de matigingsbevoegdheid in verband met de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever. Het is een discretionaire bevoegdheid waarbij de rechter een belangenafweging dient te maken. Dit brengt met zich mee dat de rechter geen concrete berekening kan opstellen, maar eerder dient te schatten, waarbij een uitdrukkelijke onderbouwing lastig is. Kantonrechters kunnen de vergoeding ook matigen in geval de werknemer enige blaam treft. De kantonrechter te Maastricht oordeelt bijvoorbeeld dat de bijdrage van tekortkomingen van de werkgever aan de onontkoombaarheid van de opzegging deels voor rekening van de werkgever en deels voor rekening van de werknemer komen. De bijdrage van de werknemer bestaat in deze situatie onder andere uit zijn minder tactvolle of te weinig gemotiveerde optreden.¹¹⁹

In art. 6:109 BW wordt ook de draagkracht van partijen genoemd op grond waarvan de rechter de schadevergoeding kan matigen. Het dient ook in deze kwestie te gaan om 'kennelijke' onaanvaardbare gevolgen; er mag geen onzekerheid bestaan over de financiële positie van de werkgever.

¹¹⁶ Ktr. Alkmaar 18 augustus 2010, *LJN* BN7723.

¹¹⁷ Ktr. 's-Gravenhage 3 maart 2010, *LJN* BN0658.

¹¹⁸ Bijvoorbeeld Ktr. Breda 30 november 2011, *LJN* BV3919; Ktr. Eindhoven 9 juni 2011, *LJN* BQ9248.

¹¹⁹ Ktr. Maastricht 15 augustus 2012, *LJN* BX9141.

De kantonrechter van de rechtbank Utrecht wijst erop dat een 'habe nichts'-verweer aan een strengere maatstaf wordt getoetst dan de beoordeling van de onevenredigheid in het kader van de kennelijk onredelijkheid van het ontslag.¹²⁰ In 15 van de onderzochte zaken heeft de rechter expliciet rekening gehouden met de draagkracht van de werkgever. In 9 zaken verwierp de kantonrechter een beroep op de slechte financiële positie van de werkgever. Echter, ook in deze gevallen gaf de kantonrechter weinig inzicht in de manier waarop hij de draagkracht liet meewegen in zijn beslissing.

4.3 Sector kanton, rechtbank 's-Hertogenbosch

11 van de 60 uitspraken zijn gedaan door kantonrechters van de rechtbank 's-Hertogenbosch waaronder ook de nevenzittingsplaatsen vallen. Van de 11 vonnissen, gewezen door kantonrechters van de rechtbank 's-Hertogenbosch, is in één geval de schade anders begroot dan via een concrete begroting waarbij gekeken wordt naar een vergoeding van pensioenschade en/of een suppletie op de WW-uitkering. In de rest van Nederland is dit 31 van de 44 keer gedaan. In percentages is dat 91% tegenover 70% waaruit geconcludeerd kan worden dat kantonrechters van de rechtbank 's-Hertogenbosch in de meeste gevallen eenzelfde uitgangspunt hanteren bij het bepalen van de schadevergoeding.

In 5 zaken in 's-Hertogenbosch waren buitengerechtelijke kosten gevorderd en in 4 gevallen zijn zij toegewezen. In de rest van Nederland lijken de kantonrechters de buitengerechtelijke kosten minder snel aan te nemen.¹²¹ Buitengerechtelijke kosten zijn kosten gemaakt ter incassering van een vordering buiten rechte en zijn niet gericht op de inhoudelijke vordering. Deze kosten komen bovenop de schadevergoeding en hebben geen invloed op de hoogte van de schadevergoeding op zichzelf. Om die reden hebben de kosten weinig invloed op de wijze waarop kantonrechters de hoogte van de schadevergoeding ex art. 7:681 BW bepalen.

Verder is in een niet-gepubliceerde zaak van de rechtbank 's-Hertogenbosch in comparitie een voorstel van de werkgever naar de werknemer gedaan ten bedrage van € 17.000,-.¹²² Uit de aantekeningen van de griffier blijkt dat dit voorstel is gebaseerd op een suppletie van de WW (voor ongeveer 24 maanden). De kantonrechter is in zijn beslissing uitgegaan van de berekening in de comparitie. In één uitspraak heeft de werknemer niet expliciet een vergoeding van pensioenschade gevorderd en de rechter heeft mogelijke pensioenschade om die reden niet betrokken bij zijn beslissing. In de andere niet-gepubliceerde uitspraak achtte de kantonrechter de pensioenschade niet voor rekening van de werkgever nu die tijdig het verzoek om ontslagvergunning bij het UWV heeft ingediend.

Uit het onderzoek blijkt dat in de regel kantonrechters van 's-Hertogenbosch de richtlijnen van de Hoge Raad toepassen. Echter, 11 uitspraken zijn onvoldoende om betrouwbare conclusies te trekken over eventuele verschillen en overeenkomsten tussen de gerechten in Nederland en rechtbank 's-Hertogenbosch in het bijzonder.

¹²⁰ Ktr. Utrecht 4 augustus 2010, L/JN BN4364.

¹²¹ Ktr. 's-Hertogenbosch 7 april 2011, L/JN BQ3527; Ktr. Arnhem 13 januari 2012, L/JN BV2098.

¹²² Ktr. 's-Hertogenbosch 5 april 2012, rolNr. 11-10254.

4.4 Gerechtshoven

Volledigheidshalve is ook onderzoek gedaan naar de manier waarop gerechtshoven de schadevergoeding begroten. Omdat uitgebreid is ingegaan op de wijze waarop kantonrechters de hoogte van de schadevergoeding bepalen, is volstaan met een korte analyse van een aantal arresten. De arresten zijn geselecteerd uit de digitale databank van de rechtbank. In de databank is gezocht naar arresten met betrekking tot het kennelijk onredelijk ontslag na Rutten/Breed. Uit de honderd meest relevante arresten zijn vervolgens de arresten geanalyseerd waarbij het hof de schadevergoeding (opnieuw) vaststelt.¹²³ De meeste hoven noemen de arresten Rutten/Breed of Van de Grijp/Stam en alle hoven gaan uit van concrete schade waarbij een aanvulling op de WW-uitkering veelvuldig centraal staat. Andere schadeposten zijn bijvoorbeeld pensioenschade en de kosten voor outplacement.¹²⁴ Van de onderzochte arresten is slechts eenmaal immateriële schade toegekend. Net als bij het onderzoek naar de vonnissen van kantonrechters werd immateriële schade slechts sporadisch gevorderd.¹²⁵

De hoven houden uitdrukkelijk rekening met de draagkracht en verwijtbaarheid van de werkgever. Net als kantonrechters laten de hoven een concrete onderbouwing aangaande de mogelijkheid tot matiging in de meeste gevallen achterwege. Een uitzondering vormen de arresten van het Hof 's-Hertogenbosch en van het Hof Amsterdam.¹²⁶ Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde in Rutten/Breed II namelijk dat de vergoeding met 65% gematigd diende te worden omdat de werknemer mede verantwoordelijk was voor het voortduren van het geschil tussen partijen. Het Hof Amsterdam achtte in zijn arrest de helft van de vordering toewijsbaar, waarbij het rekening hield met de slechte financiële positie van de werkgever.

4.5 Conclusie

Het jurisprudentieonderzoek heeft een aantal resultaten opgeleverd, te weten:

- a. Het overgrote deel van de geslaagde vorderingen is gebaseerd op het gevolgscriterium, maar niet is gebleken dat de vorderingsgrond samenhangt met de manier waarop kantonrechters de hoogte van de schadevergoeding bepalen.
- b. In 93% van de onderzochte uitspraken gaan kantonrechters uit van een concrete en volledige schadebegroting volgens het algemene schadevergoedingsrecht. Dat blijkt uit het noemen van wetsartikelen of de motivering van een concrete schadebegroting.
- c. In de overige vonnissen hebben kantonrechters geen heldere argumentatie in hun vonnis opgenomen zodat daar geen meetbare resultaten uit komen.
- d. Sinds 2010 is een trend zichtbaar waarbij kantonrechters steeds vaker toekomstige schade zo concreet mogelijk begroten waarbij de vergoeding meestal bestaat een suppletie van de WW-uitkering of vergoeding van pensioenschade. Kantonrechters overwegen in hun vonnissen dat de schadevergoeding bestaat uit een overbrugging naar een volgende baan of stellen de werknemer middels een vergoeding in staat zijn levensstijl en financiële verplichtingen aan te passen aan de nieuwe situatie. De duur van de werkloosheid wordt geschat, eventueel aan de hand van de duur van de WW-uitkering.
- e. Immateriële schadevergoeding wordt niet vaak gevorderd en in de helft van de gevorderde gevallen (in mindere mate) toegekend. De rechters hebben in deze gevallen niet duidelijk gemotiveerd hoe zij de hoogte van die schade bepalen.

¹²³ Bijlage 4: Tabel: Arresten van gerechtshoven sinds 01-03-2010 waarbij het hof de schade vaststelt.

¹²⁴ Hof Amsterdam 28 juni 2011, *LJN* BT2755; Hof Leeuwarden 2 november 2010, *LJN* BN3736.

¹²⁵ Hof Arnhem 18 oktober 2011, *LJN* BT8498; Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 2011, *LJN* BQ8271.

¹²⁶ Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2011, *LJN* BU2031; Hof Amsterdam 7 juni 2011, *LJN* BR6704.

- f. Kantonrechters houden in de meeste gevallen nadrukkelijk rekening met de draagkracht of de verwijtbaarheid van partijen bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding, maar een inzichtelijke onderbouwing van de beslissing in dezen blijft meestal achterwege. Slechts een enkele keer onderbouwt de rechter zijn beslissing met een percentage of wegingsfactor.
- g. Gezien het lage aantal vonnissen van de rechtbank 's-Hertogenbosch waarin de kantonrechter de schadevergoeding vaststelt, is het niet mogelijk praktisch bruikbare conclusies te trekken aangaande verschillen tussen vonnissen van de rechtbanken en 's-Hertogenbosch in het bijzonder. Binnen de sector kanton van de rechtbank 's-Hertogenbosch hanteren kantonrechters evenwel in de meeste gevallen eenzelfde uitgangspunt. Zij gaan namelijk uit van WW-suppletie of vergoeding van pensioenschade.
- h. Gerechtshoven gaan uit van een concrete schadevergoeding op basis van Boek 6 BW. Evenwel wordt de matigingsbevoegdheid minimaal onderbouwd. Slechts in twee arresten hanteert het hof een percentage.
- i. Hoewel uit het onderzoek volgt dat de richtlijnen van de Hoge Raad worden toegepast, is de schadevergoeding in de meeste gevallen niet na te rekenen. De oorzaak hiervan is dat de mate van verwijtbaarheid van partijen niet tot uiting komt middels een wegingsfactor. Een meer inzichtelijke motivatie maakt de beslissing voor partijen en derden beter controleerbaar en aanvaardbaar.¹²⁷

¹²⁷ HR 13 juli 2007, L/JN BA7215.

Uniformeren van de schadevergoeding

5.1 Inleiding

Uit voorgaande hoofdstukken blijkt dat de hoogte van de schadevergoeding op grond van art. 7:681 BW in ieder geval dient te worden vastgesteld aan de hand van regels uit Boek 6.1.10 BW. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de mogelijkheid van een stappenplan voor het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding, aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters in 2012 en het regeerakkoord 2013. Het doel van dit hoofdstuk is inzicht te bieden in de manier waarop rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid met betrekking tot de schadevergoeding krachtens een kennelijk onredelijk ontslag kan worden verbeterd. De vraag die centraal staat: welke mogelijkheden zijn er om schadevergoedingen op grond van het kennelijk onredelijk ontslag meer uniform te maken?

5.2 Stappenplan

Naar aanleiding van de bevindingen in voorgaande hoofdstukken is het mogelijk een stappenplan of denkmodel te beschrijven waarmee de hoogte van de schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag kan worden bepaald. De toepassing van een stappenplan is wenselijk omdat op die manier de schadevergoeding op een heldere manier wordt onderbouwd en tot stand komt. Met de arresten van de Hoge Raad, de vonnissen van de feitenrechters en de regels uit Boek 6 BW in gedachten, zijn overwegingen op een rij gezet die de basis vormen voor dit stappenplan. In dit denkmodel is rekening gehouden met het belang van beoordelingsvrijheid van de rechter in overeenstemming met de wet en jurisprudentie: *'De in art. 7:681 lid 1 BW bedoelde schadevergoeding heeft in zoverre een bijzonder karakter dat deze vooral ertoe dient aan de benadeelde een zekere mate van genoegdoening te verschaffen die in overeenstemming is met de aard en de ernst van de tekortkoming van de wederpartij. Daarmee strookt dat de rechter een grote mate van vrijheid heeft op grond van alle omstandigheden de hoogte van de vergoeding te bepalen, zoals ook duidelijk wordt uit de wetsgeschiedenis.'*¹²⁸

Materiële schade

Op de eerste plaats dient de kantonrechter de materiële schade te bepalen. De schade wordt vastgesteld aan de hand van de feiten en omstandigheden die partijen hebben gesteld en (zo nodig) bewezen. De schade bestaat uit concrete schadeposten zoals het verlies van inkomen, pensioenschade of de kosten voor outplacement. In het geval dat de kantonrechter oordeelt dat het ontslag mede kennelijk onredelijk is omdat de werkgever geen afdoende voorziening heeft getroffen, beoogt de kantonrechter een compensatie te bewerkstelligen door de hoogte van de vergoeding gelijk te stellen aan de voorziening die de werkgever had moeten aanbieden om de kennelijk onredelijkheid weg te nemen. De concrete materiële schade bestaat in dit geval uit het verschil tussen de vergoeding die de werknemer heeft ontvangen en de vergoeding die de werknemer had moeten ontvangen.

De situatie dat de materiële schade bestaat uit inkomensverlies komt veelvuldig voor. Om die reden hebben deskundigen van het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam een rekenprogramma opgesteld, te vinden op de website 'www.hoelangwerkloos.nl'.¹²⁹ Met dit rekenprogramma is het mogelijk de te verwachten duur van de werkloosheid van de werknemer en de kans op een andere baan uit te rekenen.

¹²⁸ HR 27 november 2009, L/JN BJ6596.

¹²⁹ Geraadpleegd op 29 december 2012.

De variabelen bestaan uit leeftijd en woonplaats van de werknemer, de lengte van het dienstverband en de sector en het opleidingsniveau van de functie waarin de werknemer laatstelijk werkzaam was.

Voorbeeld: een juridisch medewerker (geboortedatum: 13-09-1982), werkzaam in de sector openbaar bestuur in 's-Hertogenbosch met een dienstverband van zes jaar die per 1 februari 2013 is ontslagen zal naar verwachting 435 dagen werkloos zijn en 83% kans hebben op uitstroom naar een volgende baan.

Een dergelijke rekenmethode is een ideale manier om willekeur te voorkomen en op een standaard manier de duur van de werkloosheid en daarmee (een deel van) de materiële schade te berekenen. Echter, de rekenmethode zoals deze nu op de website van het Hugo Sinzheimer Instituut staat, geeft niet altijd een betrouwbare uitkomst. Op de website zelf is al aangegeven dat het systeem zijn beperkingen kent.¹³⁰ Op de eerste plaats berekent het systeem de duur van de werkloosheid na instroom in de WW en niet na ontslag. Op de tweede plaats zijn de uitkomsten gebaseerd op gegevens van het UWV, werknemers die zich niet laten inschrijven als werkloos worden niet meegenomen in de berekeningen. Op de derde plaats houdt het rekenprogramma geen rekening met een aantal van belang zijnde factoren, zoals de inzet van de werknemer en de mogelijkheid dat die werknemer voor meerdere functies geschikt is. Op de vierde plaats zijn de uitkomsten gebaseerd op cijfers uit de periode 2002 tot 2011. Veranderingen op de arbeidsmarkt en gebruik van de WW-uitkering maken dat de uitkomsten gedateerd kunnen zijn. Op de vijfde plaats is er geen toelichting op de beroepsgroepen of sectoren waarin iemand werkzaam was, waardoor in sommige gevallen onzekerheid bestaat over de juiste input. Tot slot is van belang dat op de website niet wordt uitgelegd hoe het aantal werkloosheidsdagen en de kans op het vinden van een nieuwe baan zich verhouden tot elkaar. Wat de invloed van het percentage op het aantal dagen kan zijn, is niet aangegeven.

Kortom: een dergelijk rekenprogramma kan een uitkomst bieden voor de berekening van de toekomstige materiële schade. De gepubliceerde rekenmethode bevat echter te veel onzekerheden waardoor interpretatie van de uitkomsten onduidelijk is en de uitkomsten zijn niet altijd betrouwbaar.

Een ander mogelijk uitgangspunt ter begroting van de materiële schade is de duur van de WW-uitkering. In sommige gevallen is dit een goede manier om de te verwachten schade in kaart te brengen.¹³¹ De duur van de WW-uitkering is niet in alle gevallen ideaal omdat deze periode niet altijd representatief is voor de werkelijke duur van de werkloosheid. De duur van de WW-uitkering is namelijk slechts gebaseerd op het arbeidsverleden, terwijl voor de arbeidsmarktpositie en de te verwachten werkloosheidsperiode veel meer factoren van belang zijn.

Indien de materiële schade bestaat uit inkomensverlies, kunnen rechters niet anders dan deze periode schatten. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kunnen rechters in de toekomst gebruik maken van de rekenmethode van het Hugo Sinzheimer Instituut, aansluiten bij de duur van de WW-uitkering of aansluiten bij de periode tot de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer. Indien deze opties niet leiden tot een redelijke uitkomst, kunnen rechters de periode schatten tot wanneer de werknemer een andere baan zal vinden. Voorwaarde voor de laatste mogelijkheid is dat rechters onderbouwen hoe zij tot een bepaalde tijdsduur komen.

¹³⁰ 'Toelichting' <www.hoelangwerkloos.nl/toelichting>, geraadpleegd op 29 november 2012.

¹³¹ Ktr. Arnhem 13 januari 2012, LJV BV2098.

Het is mogelijk dat de werkgever al een bepaalde genoegdoening heeft voldaan zoals het betalen voor outplacement of een andere vorm van scholing. De kosten die de werkgever in dit kader heeft gemaakt worden afgetrokken van de vastgestelde materiële schade.

Immateriële schade

'Immateriële schadevergoeding wordt enkel toegewezen indien sprake is van geestelijk letsel dat kan worden aangemerkt als aantasting van de persoon die recht geeft op vergoeding van schade'.¹³²

Kantonrechters dienen aansluiting te zoeken bij art. 6:106 BW. De functie van dit artikel is genoegdoening bieden in de vorm van een vergoeding.¹³³ De rechter heeft de vrijheid om de vergoeding naar billijkheid vast te stellen aangezien het lastig is op abstract niveau aan te geven welk bedrag bij welk leed hoort.

Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat kantonrechters slechts in uitzonderlijke gevallen immateriële schadevergoeding toekennen en er is geen reden om aan te nemen dat dit in de toekomst anders zal zijn. In de literatuur is de mogelijkheid van een schadegids geopperd zoals die ook bij letselschade wordt gebruikt (zie paragraaf 3.4.1). Het euvel bestaat eruit dat de er slechts een minimaal aantal zaken zijn waarin immateriële schade wordt toegekend en die zijn erg divers. Een billijke standaardisatie in de vorm van een schadegids is daardoor lastig en zal naar waarschijnlijkheid de moeite niet lonen. Met het oog op het geringe aantal zaken en de beoordelingsvrijheid van de rechter zal in dit stappenplan de berekening van immateriële schade niet nader worden ingevuld. Evenwel kan bij toewijzing van immateriële schade aansluiting worden gezocht bij het geringe aantal eerder gewezen vonnissen.

Matiging van de schade

Kantonrechters zijn bevoegd de schadevergoeding te matigen afhankelijk van de verwijtbaarheid van partijen. Zoals eerder in dit onderzoek uiteengezet is de hoogte van de vergoeding namelijk gerelateerd aan de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen.¹³⁴ Uit het arrest Rutten/Breed volgt dat de rechter ook dient te kijken naar de verwijtbaarheid van het handelen van de werknemer. De matiging van schadevergoeding is geregeld in art. 6:109 BW. De matiging is pas aan de orde nadat de volledige omvang van de schade is vastgesteld.¹³⁵ Uit art. 6:109 lid 1 BW volgt dat een afweging dient plaats te vinden van de belangen van beide partijen waarbij de rechter een grote mate van terughoudendheid in acht moet nemen. In lid 1 staan nadrukkelijk de 'aard van de aansprakelijkheid' en 'beider draagkracht' genoemd als aspecten waarmee de rechter rekening kan houden. Deze twee aspecten volgen ook uit de jurisprudentie waar het evenwel wordt verwoord in 'de manier waarop de werkgever is tekortgeschoten in zijn handelen' en zijn 'financiële positie'.

In geval van volledige verwijtbaarheid aan de kant van de werkgever, kan de kantonrechter 100 procent toekennen (bijvoorbeeld in geval van een valse of voorgewende reden). In andere gevallen kan de kantonrechter de schadevergoeding matigen met gebruik van een duidelijke onderbouwing en het noemen van een percentage zoals in Rutten/Breed II. De rechter kan de vergoeding ook matigen gelet op de financiële positie van de werkgever. Hierbij dient de werkgever aan te tonen dat hij een volledige schadevergoeding niet kan betalen of dat een volledige schadevergoeding zal leiden tot ernstige gevolgen voor zijn organisatie.¹³⁶ Verdere standaardisatie van deze bevoegdheid leidt niet tot verbeteringen in uitspraken.¹³⁷

¹³² Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2011, L/JN BU2031.

¹³³ Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 2560.

¹³⁴ HR 27 november 2009, L/JN BJ6596.

¹³⁵ Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 2575.

¹³⁶ Ktr. 's-Hertogenbosch 9 juni 2011, L/JN BQ9248.

¹³⁷ Een standaardisatie zoals het koppelen van standaard gedragingen aan een bedrag of percentage.

De matigingsbevoegdheid houdt een belangenafweging in en het wordt aan de rechterlijke macht overgelaten hier inzichtelijk en onderbouwd in te oordelen. Nadere invulling van de matigingsbevoegdheid kan de rechterlijke macht zelf invullen door steeds aansluiting te zoeken bij eerder gewezen vonnissen. Ondanks het gebrek aan een concrete formule ontstaat hierdoor toch harmonisatie.

5.3 Kring van Kantonrechters

Het verschil tussen enerzijds de ontslagroute via het UWV en anderzijds de ontbindingsprocedure is voor de kantonrechters een doorn in het oog. Na de arresten van de Hoge Raad is een kennelijk onredelijk ontslagprocedure niet aantrekkelijker geworden en de vergoeding is vaak lager dan de ontbindingsvergoeding. De Kring van Kantonrechters was voornemens een denkmodel op te stellen voor vergoedingen bij kennelijk onredelijk ontslagzaken, waarbij de werkelijk te lijden schade voorop zou staan.¹³⁸

In juni 2012 hebben Tweede Kamerleden met deskundigen, waaronder kantonrechters, gepraat over het Nederlands ontslagrecht. In het zogeheten rondetafelgesprek hebben Kamerleden vragen gesteld aan de deskundigen en de deskundigen hebben een toelichting op hun mening gegeven. Van dit gesprek is een verslag gemaakt.¹³⁹ In het rondetafelgesprek kwam met name de rechtsongelijkheid in het duale stelsel aan bod. Zo stelde Bouwens dat de verschillen in ontslagvergoedingen door iedere wetenschapper wordt afgewezen. Volgens hem betekent dit niet dat het duale stelsel afgeschaft dient te worden; verbetering van de rechtsgelijkheid is ook mogelijk door de vergoeding in ontbindingsprocedures meer af te stemmen op vergoedingen krachtens art. 7:681 BW. Boot (kantonrechter) geeft aan dat de Kring van Kantonrechters hard werkt aan een model voor de vergoeding op basis van het kennelijk onredelijk ontslag. Volgens Boot zijn zowel de ontbindingsvergoeding als de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding billijkheidsvergoedingen en om die reden is het mogelijk dat kantonrechters aanleiding zien om nog eens te kijken naar de vergoedingen krachtens art. 7:685 BW. Hachchi (kantonrechter) meent dat rechtsongelijkheid niet anders weggenomen kan worden dan door een wijziging van het ontslagstelsel. Boot benadrukt echter dat de kantonrechters bezig zijn met pogingen om de twee vergoedingen naar elkaar te brengen, waarmee de grootste onbillijkheid van het huidige systeem is opgelost.¹⁴⁰

Naar aanleiding van het rondetafelgesprek is in de rechtspraak een denkmodel opgesteld dat door de Kring van Kantonrechters als uitgangspunt gebruikt kan worden bij het opstellen van aanbevelingen voor de vergoedingen in geval van een kennelijk onredelijk ontslag.¹⁴¹ De basis van het denkmodel is samen te vatten in volgende formule:

Vergoeding = (schade x toerekening + immateriële schade) – getroffen voorziening

De Kring was in een vergevorderd stadium met het opstellen van een denkmodel, echter als gevolg van het regeerakkoord heeft de Kring besloten hun denkmodel niet openbaar te maken.¹⁴² De Kring meent namelijk dat door vaststelling en publicatie van de aanbevelingen verwarring kan worden gewekt.

¹³⁸ C. Buddingh, 'Nieuwe vergoeding bij kennelijk redelijk ontslag = (schade x toerekening + immateriële schade) – getroffen voorziening?' <[www.dirkzwager.nl/Publicaties/Carolina Buddingh](http://www.dirkzwager.nl/Publicaties/Carolina%20Buddingh)>, geraadpleegd op 29 december 2012.

¹³⁹ *Kamerstukken II* 2011/12, 29 544 nr. 411 (verslag van een rondetafelgesprek).

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 2011/12, 29 544 nr. 411 (verslag van een rondetafelgesprek).

¹⁴¹ C. Buddingh, 'Nieuwe vergoeding bij kennelijk redelijk ontslag = (schade x toerekening + immateriële schade) – getroffen voorziening?' <[www.dirkzwager.nl/Publicaties/Carolina Buddingh](http://www.dirkzwager.nl/Publicaties/Carolina%20Buddingh)>, geraadpleegd op 29 december 2012.

¹⁴² 'Geen aanbevelingen kantonrechters ontslagvergoeding' <www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuwsoverzicht>, geraadpleegd op 29 december 2012.

5.4 Regeerakkoord 2013

De partijleiders van de VVD en PvdA zijn in oktober 2012 tot een regeerakkoord gekomen waarin wijzigingen zijn opgenomen met betrekking tot het ontslagrecht. Hierdoor is de verwachting dat ook wijzigingen plaats gaan vinden met betrekking tot de schadevergoeding krachtens het kennelijk onredelijk ontslag.¹⁴³ Op de eerste plaats is de regering voornemens de mogelijkheid tot ontbinding via de kantonrechter slechts open te houden indien de werkgever zijn werknemer wil ontslaan in strijd met het opzegverbod of indien hij een tijdelijk contract wil ontbinden waarbij de mogelijkheid van tussentijdse opzegging niet is opgenomen. In alle andere gevallen dient de werkgever de overeenkomst op te zeggen waarbij hij om advies kan vragen bij het UWV. De toetsing van het UWV is niet nodig indien de toepasselijke cao voorziet in een vergelijkbare procedure. Bovendien kan de werkgever de arbeidsovereenkomst ook opzeggen in geval van een negatief advies, de werknemer kan dan een procedure aanhangig maken bij de kantonrechter.

Verder zijn werkgevers bij een ontslag verplicht een transitiebudget te betalen, tenzij het ontslag is ingegeven door de slechte financiële situatie van de werkgever en de werkgever failliet zal gaan als hij aan die verplichting moet voldoen.¹⁴⁴ De omvang van dit budget bedraagt een kwart maandsalaris per dienstjaar met een maximum van vier maandsalarissen. De ontslagen werknemer kan steeds een procedure bij de rechter aanhangig maken maar de toetsingscriteria voor de rechter worden identiek aan de criteria die het UWV toepast voor een werkgever.¹⁴⁵ Indien de kantonrechter beslist dat een ontslag onterecht is gegeven of in hoofdzaak aan de werkgever te wijten, kan hij een vergoeding toekennen. Indien de werkgever is afgewezen van een negatief ontslagadvies van het UWV, kan de rechter het ontslag ook ongedaan maken. De ontslagvergoeding bedraagt maximaal een half maandsalaris per dienstjaar, met een grens van € 75.000,- en er is geen mogelijkheid tot hoger beroep.

De verwachting is dat werknemers bij ontslagdreiging steviger en vaker verweer zullen voeren nu ontbinding slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk zal zijn en de werkgever bij een ontslag kan volstaan met een veelal veel lager transitiebudget.¹⁴⁶ Het is opvallend dat in het regeerakkoord niets staat over de kennelijk onredelijk ontslagprocedure terwijl eenzelfde situatie staat beschreven (waarbij de werknemer zich steeds kan wenden tot de kantonrechter na opzegging van de arbeidsovereenkomst). Omdat de kennelijke onredelijkheid niet wordt genoemd, is het voorsnog onduidelijk of in de toekomst de kantonrechter het ontslag op eenzelfde manier toetst als in de, nu bestaande, kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Als onredelijkheid van het ontslag in de toekomst aan andere voorwaarden onderhevig is, is het waarschijnlijk dat de vergoeding op een andere manier dient te geschieden. Bovendien wordt in het regeerakkoord gesproken van een maximum vergoeding per dienstjaar en dit strookt niet met de schadevergoedingsregels uit Boek 6 BW en de huidige methode waarop de schadevergoeding wordt berekend. De afspraken in het regeerakkoord geven het idee dat na de poging van de hoven een lijn te trekken aangaande de schadebegroting ex art. 7:681 BW en het oordeel van de Hoge Raad dat de schade zo concreet mogelijk dient te worden bepaald, nu weer een andere richting in moet worden geslagen. Echter, vorenstaande zijn slechts plannen waar men alleen over kan speculeren. De toekomst zal uitwijzen op welke manier de regering invulling zal geven aan de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding.

¹⁴³ 'Regeerakkoord bevat 16 miljard aan bezuinigingen – 'ideeënstrijd terug in de politiek'', 2012 <www.nrc.nl zoekterm: 'ideeënstrijd terug in de politiek' >, geraadpleegd op 29 december 2012.

¹⁴⁴ Een transitiebudget is een financiële vergoeding die ingezet dient te worden in het kader van scholing of het vinden van een nieuwe baan voor de werknemer.

¹⁴⁵ 'Ontslag via UWV' <www.uwv.nl/Werkgever/ik_wil_mijn_medewerker_ontslaan/Ontslag_aanvragen>, geraadpleegd op 29 december 2012.

¹⁴⁶ M. van Gelderen, 'Regeerakkoord: ontslagrecht gaat flink op de schop', 2012 <www.ontslag.nl/Werknemers/Extra/Nieuwsoverzicht>, geraadpleegd op 29 december 2012.

5.5 Samenvatting

Het is mogelijk de schadevergoeding op grond van het kennelijk onredelijk ontslag meer uniform te begroten. Op basis van jurisprudentie dient eerst de werkelijke materiële schade begroot te worden aan de hand van de aangevoerde omstandigheden van het geval. In de meeste gevallen zal de materiële schade bestaan uit toekomstige schade waarbij rechters de schade zullen schatten. Teneinde dit deel van de vergoeding eenduidig te benaderen, kunnen rechters aansluiten bij de rekenmethode van het Hugo Sinzheimer Instituut, bij de duur van de WW-uitkering of tot ingang van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer. Vervolgens dient de kantonrechter te oordelen over de immateriële schade en tot slot kan hij de schadevergoeding matigen, afhankelijk van de mate van verwijtbaarheid van beide partijen en de financiële draagkracht van de werkgever. Een abstracte schadegids voor de immateriële schade of teneinde schadevergoeding te matigen lijkt niet wenselijk gelet op de beoordelingsvrijheid van rechters.

De Kring van Kantonrechters was ook voornemens een stappenplan te presenteren in de vorm van een denkmodel. De Kring hoopte dat door een nieuw denkmodel de vergoedingen van kennelijk onredelijk ontslag en ontbinding nader tot elkaar zouden komen. Echter, door de komst van de plannen van de regering heeft de Kring van Kantonrechters besloten nog niet naar buiten te treden met hun idee.

De partijleiders van VVD en PVDA hebben rechtsongelijkheid willen oplossen door de ontbinding niet langer mogelijk te maken. Toch blijft ontbinding mogelijk in het geval van een opzegverbod. Daarnaast is in het regeerakkoord een andere manier van bepalen van de hoogte van de schadevergoeding opgenomen. In het akkoord wordt het kennelijk onredelijk ontslag niet genoemd, maar doordat eenzelfde procedure staat beschreven, lijkt het er wel op dat ook voor de kennelijk onredelijk ontslagvergoedingen wijzigingen gaan plaatsvinden. In het regeerakkoord wordt bedoeld op een maximum bedrag dat afhankelijk is van het aantal dienstjaren. Het is nog onbegrijpelijk hoe dit zich verhoudt tot de schadevergoedingsregels uit Boek 6.1.10 BW..

Conclusies en aanbevelingen

6.1 Inleiding

In dit laatste hoofdstuk komen de bevindingen en conclusies uit het onderzoek aan bod. Verder bevat dit hoofdstuk aanbevelingen naar aanleiding van de conclusies. Tot slot wordt antwoord gegeven op de centrale vraag: op welke manier bepalen lagere rechters de hoogte van de schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag en in hoeverre is een meer inzichtelijke en uniforme methode van berekening mogelijk teneinde rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid te verbeteren?

6.2 Bevindingen en conclusies naar aanleiding van het literatuuronderzoek

Ontwikkelingen met betrekking tot de schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag

Met de wetwijziging in 1997 heeft de wetgever de woorden 'naar billijkheid' in art. 7:681 BW weggelaten. Hoewel de wetgever enkel een redactionele wijziging voor ogen had, heeft de wetwijziging grote gevolgen voor de wijze waarop de schadevergoeding bepaald dient te worden. Namelijk niet langer naar billijkheid, maar volgens de algemene regels van schadevergoeding uit Boek 6.1.10 BW waarbij billijkheid slechts het 'ultimum remedium' is. Om die reden heeft de Hoge Raad in 2009 en 2010, in zijn arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed, bepaald dat toepassing van een abstracte formule zoals de kantonrechtersformule bij de vaststelling van schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag niet juist is. Ondanks de in eerste instantie duidelijke uitspraken van de Hoge Raad, blijft onduidelijk op welke manier de schadevergoeding eenduidig vastgesteld kan worden.

Richtlijnen die volgen uit Van de Grijp/Stam, Rutten/Breed en Rutten/Breed II ter bepaling van de hoogte van de schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag

- Toepassing van een formule die abstraheert van de omstandigheden is onjuist. Rechters dienen te kijken naar alle omstandigheden van het geval zoals de nadelen voor de werknemer bij de opzegging, duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en zijn arbeidspositie.
- Bij bepaling van de omvang van de schadevergoeding zijn de gewone regels omtrent begroting van de schade(vergoeding) van toepassing waarbij art. 6:97 BW rechters de vrijheid geeft de schade te schatten als deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.
- De hoogte van de vergoeding is gerelateerd aan de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen.
- Begroting van de hoogte van materiële schade kan via een suppletie op de WW-uitkering gedurende de tijd dat de werknemer werkloos is of tot zijn pensioen.
- Immateriële schadevergoeding wordt enkel toegewezen indien sprake is van geestelijk letsel dat kan worden aangemerkt als aantasting van de persoon die recht geeft op vergoeding van schade.

Verschillen tussen de regels uit Boek 6.1.10 BW en de overwegingen van de Hoge Raad
De Hoge Raad verwijst in zijn arresten naar de regels uit Boek 6.1.10 BW. Desondanks is een aantal overwegingen in Rutten/Breed in strijd met deze algemene schadevergoedingsregels waardoor verwarring ontstaat over de juiste benadering van de schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag:

- Op grond van Boek 6.1.10 BW dienen rechters de schadevergoeding aan de hand van alle omstandigheden van het geval vast te stellen waarbij concrete schade centraal staat. In kennelijk onredelijk ontslagzaken bestaat de concrete schade veelal uit inkomensverlies en bijgevolg betreft het toekomstige schade. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat bij begroting van de schadevergoeding rekening dient te worden gehouden met het arbeidsverleden en de leeftijd van de werknemer, terwijl deze omstandigheden niet van invloed hoeven te zijn op de (te lijden) schade.
- De Hoge Raad noemt in zijn arrest de schadevergoeding een bepaalde genoegdoening. De regels van Boek 6.1.10 BW zijn echter gericht op herstel van de schade waarbij het uitgangspunt is dat de toestand zover mogelijk wordt hersteld naar de toestand zoals die zou zijn als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet had plaatsgevonden. Dit is een ander uitgangspunt dan leedverzachting of genoegdoening, zoals de Hoge Raad bepleit. Hierbij dient te worden opgemerkt dat ook de wetgever destijds de schadevergoeding zag als *'een pleister op de wonde voor het ontslag als zodanig'*.
- De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de werknemer steeds recht heeft op een vergoeding indien het ontslag kennelijk onredelijk is, ongeacht de schade die de werknemer (in de toekomst) lijdt. Hoewel dit in de praktijk van gering belang is, is deze overweging in strijd met het beginsel van concrete schadevergoeding. De werknemer hoeft namelijk, ondanks de kennelijke onredelijkheid, niet altijd schade te lijden.

6.3 Bevindingen en conclusies jurisprudentieonderzoek

- Sinds Rutten/Breed zijn 58 vonnissen gepubliceerd waarin kantonrechters oordelen dat een ontslag kennelijk onredelijk is gegeven. In 2012 zijn dit er tot 1 november 9. Op basis van deze gegevens lijkt het vraagstuk rondom de schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag weinig werknemers te raken.
- In 93% van de onderzochte zaken gaan kantonrechters uit van een concrete en volledige schadevergoeding volgens de regels van Boek 6 BW. De vergoeding bestaat meestal uit een suppletie van de WW-uitkering gedurende een bepaalde tijd of vergoeding van pensioenschade. Kantonrechters overwegen in hun vonnissen dat de schadevergoeding is bedoeld om de periode naar een volgende baan te overbruggen of om de werknemer in staat te stellen zijn levensstijl aan te passen aan de nieuwe situatie.
- Voor de te verwachten duur van de werkloosheid wordt aansluiting gezocht bij de duur van de WW-uitkering of deze periode wordt geschat. Uit het onderzoek blijkt dat in 7% van de onderzochte zaken kantonrechters niet uitgaan van een concrete en volledige schadevergoeding. In deze vonnissen is geen nadrukkelijke of duidelijke onderbouwing opgenomen.
- Immateriële schade wordt niet vaak gevorderd en zelden toegewezen. Indien deze wel wordt toegewezen is de hoogte van het immateriële deel van de vergoeding minimaal. Immateriële schade wordt vastgesteld naar billijkheid en uit de vonnissen blijkt niet welke afwegingen de immateriële schade bepalen.

- Zowel kantonrechters als de hoven houden in de meeste gevallen nadrukkelijk rekening met de draagkracht van de werkgever bij het vaststellen van de schadevergoeding. In de gevallen dat rechters in hun vonnissen niets schrijven over de draagkracht van de werkgever, is het mogelijk dat deze omstandigheid niet van belang was bij de vaststelling van de totale schadevergoeding. Verder houden rechters rekening met de toerekenbaarheid van zowel de werkgever als de werknemer bij het vaststellen van de hoogte van de totale vergoeding. Ook bij deze overweging blijft een concrete onderbouwing of berekening meestal achterwege. Slechts een enkele keer onderbouwt de rechter zijn beslissing met een percentage of wegingsfactor.
- Bij de omstandigheden die bepalend zijn voor de hoogte van de schadevergoeding verwijzen rechters veelal naar de eerder genoemde omstandigheden die het ontslag kennelijk onredelijk maakten. Hierdoor is niet helder op welke gronden de schadevergoeding wordt vastgesteld.
- Rechters volstaan in hun onderbouwing vaak met herhalingen van overwegingen van de Hoge Raad. Hieruit lijkt te volgen dat zij deze overwegingen toepassen. Een duidelijke uiteenzetting van de individuele situatie en een onderbouwing van de specifieke schadevergoeding blijft echter achterwege.
- De schadevergoeding dient ex tunc te worden vastgesteld waarbij een aantal factoren wordt geschat. Deze factoren zijn: de duur van de werkloosheid, de immateriële schade en de matiging van de vergoeding. Deze aspecten worden niet (altijd) onderbouwd. Hierdoor blijft het onmogelijk om de hoogte van de vergoeding na te rekenen en er blijft een gebrek aan inzicht bestaan in hoe rechters de schadevergoeding vaststellen. Dit heeft als gevolg dat de rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid van rechterlijke beslissingen in het gedrang komen.

6.4 Overige conclusies naar aanleiding van het onderzoek

Het rekenprogramma van het Hugo Sinzheimer Instituut

Deskundigen van het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam hebben een rekenprogramma opgesteld waarmee de te verwachten duur van de werkloosheid van de werknemer en zijn kans op een andere baan kan worden uitgerekend. Dit rekenprogramma is gepubliceerd op de website 'www.hoelangwerkloos.nl'. Door een aantal beperkingen in het programma zijn de uitkomsten niet altijd betrouwbaar. Op de website staat weinig toelichting en het is onduidelijk hoe het aantal werkloosheidsdagen en de kans op het vinden van een nieuwe baan zich verhouden tot elkaar. Een dergelijk rekenprogramma kan nu een hulpmiddel zijn, maar het is nog onvoldoende ontwikkeld om in alle situaties een betrouwbaar beeld te geven van de te verwachten werkloosheidsperiode.

Denkmodel van de Kring van Kantonrechters

De Kring van Kantonrechters was voornemens een stappenplan te presenteren in de vorm van een denkmodel. De Kring hoopte dat door een nieuw denkmodel de vergoedingen van kennelijk onredelijk ontslag en ontbinding nader tot elkaar zouden komen. Echter, door de komst van de plannen van de regering heeft de Kring van Kantonrechters besloten nog niet naar buiten te treden met hun idee.

Regeerakkoord 2012

In het regeerakkoord 2012 zijn voornemens opgenomen om het ontslagstelsel aan te passen. Hoewel het kennelijk onredelijk ontslag niet wordt genoemd, wordt wel geschreven over de situatie dat een werknemer een gerechtelijke procedure kan starten nadat de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd met een vergunning van het UWV.

Hierdoor lijken de plannen van de regering ook de kennelijk onredelijk ontslagprocedure te raken. De regering heeft als voornemen de schadevergoeding, na een procedure bij de rechtbank, afhankelijk te maken van het aantal dienstjaren en zij gaat uit van een maximumbedrag. Het is onduidelijk hoe deze plannen zich verhouden tot het uitgangspunt van concrete schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag.

6.5 Aanbevelingen

Op grond van de bevindingen en conclusies blijkt meer inzicht en uniformiteit mogelijk in de manier waarop de hoogte van de schadevergoeding wordt vastgesteld. Door toepassing van navolgend stappenplan kunnen de schadevergoedingen krachtens kennelijk onredelijk ontslag op een meer eenduidige manier vastgesteld worden waardoor rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid worden verbeterd.

Stappenplan

In het stappenplan zijn variabelen opgenomen waardoor alle omstandigheden van het geval worden meegewogen. De factoren waarbij rechters dienen te schatten, zijn niet ingevuld middels een schadegids omdat kennelijk onredelijk ontslagvergoedingen relatief weinig worden uitgekeerd. Een schadegids zou voorbijgaan aan de beoordelingsvrijheid van de rechter aangezien in iedere situatie andere omstandigheden van belang zijn. Deze niet-vaststaande variabelen bij begroting van de immateriële schade of de mate van toerekenbaarheid zullen na verloop van tijd invulling krijgen en eenduidig worden benaderd als rechters aansluiting zoeken bij eerder gewezen vonnissen. Verder is bij de toepassing van dit stappenplan van belang dat rechters inzichtelijk onderbouwen. Onderstaand zijn de stappen uiteengezet die doorlopen dienen te worden bij bepalen van de hoogte van de vergoeding.

Kennelijke onredelijkheid van het ontslag

Op de eerste plaats wordt de kennelijke onredelijkheid van het ontslag vastgesteld. De omstandighedencatalogus van de gerechtshoven kan daarbij handvatten bieden. De omstandighedencatalogus bestaat uit een opsomming van omstandigheden die rechters kunnen nalopen teneinde de relevante feiten van de betreffende zaak in kaart te brengen.

Omstandigheden van het geval

Kantonrechters dienen de voor de schadevergoeding van belang zijnde omstandigheden en factoren vast te stellen aan de hand van wat partijen stellen en bewijzen in de procedure. Deze omstandigheden komen ook aan de orde bij de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is. Evenwel kunnen de schadebepalende omstandigheden afwijken van de eerder genoemde omstandigheden aangezien nu de vraag aan de orde is welke schade is geleden, en niet of het ontslag kennelijk onredelijk is gegeven. Om die reden is het van belang nadrukkelijk de omstandigheden te noemen die bepalend zijn voor de schade.

Materiële schade

De materiële schade is afhankelijk van de aard van de kennelijke onredelijkheid. Indien de werkgever de arbeidsovereenkomst niet had mogen opzeggen, bestaat de schade uit het financiële verschil tussen de reeds ontstane situatie en de situatie zoals die zou zijn indien de werkgever de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig had doen eindigen.

De kantonrechter kan ook tot het oordeel komen dat de werkgever geen afdoende voorziening heeft getroffen teneinde de kennelijke onredelijkheid van het ontslag weg te nemen. De vergoeding bestaat in dat geval uit het verschil tussen de vergoeding die de

werkgever had moeten aanbieden en de voorzieningen die de werkgever daadwerkelijk heeft uitgekeerd.

In andere gevallen bestaat de werkelijke schade uit (toekomstige) schadeposten zoals het verlies van inkomen, pensioenopbouw of de kosten voor outplacement. De materiële schade wordt in die gevallen berekend aan de hand van schadeposten die bij vaststelling van de omstandigheden van het geval aan de orde zijn gekomen.

Indien de materiële schade bestaat uit verlies van inkomen, dienen rechters de te verwachten werkloosheidsperiode te schatten. Deze schatting kan op meerdere wijzen plaatsvinden. Op de eerste plaats kan de arbeidsmarktpositie objectief worden vastgesteld aan de hand van een rekenprogramma van het Hugo Sinzheimer Instituut. Momenteel heeft dit programma een aantal beperkingen waardoor het slechts ingezet kan worden als hulpmiddel. Een betrouwbaar rekenprogramma kan bijdragen aan de verbetering van rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid. Om die reden is verbetering en meer informatie over een juiste toepassing van dit programma zeer wenselijk.

Op de tweede plaats kunnen rechters aansluiten bij de duur van de WW-uitkering van de werknemer. In sommige gevallen is dit een passende manier om de te verwachten schade in kaart te brengen. De duur van de WW-uitkering is niet in alle gevallen ideaal omdat deze periode niet altijd representatief is voor de werkelijke duur van de werkloosheid. Rechters dienen daarom altijd te kijken naar de omstandigheden waarin de werknemer verkeert teneinde een redelijke schatting van de werkloosheidsperiode te kunnen maken.

Op de derde plaats kunnen rechters aansluiten bij de periode tot de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer.

Indien vorenstaande mogelijkheden niet leiden tot een redelijke uitkomst, kunnen rechters de periode schatten tot wanneer de werknemer een andere baan zal vinden. Voorwaarde voor deze laatste keuze is wel dat rechters onderbouwen hoe zij tot een bepaalde tijdsduur komen. Het is mogelijk dat de werkgever al een bepaalde genoegdoening heeft verstrekt zoals het vergoeden van outplacement of een andere vorm van scholing. De kosten die de werkgever hiervoor heeft gemaakt, worden afgetrokken van de eerder vastgestelde materiële schade.

Immateriële schade

Immateriële schade wordt alleen toegekend indien sprake is van zodanige aantasting van de persoon dat de inbreuk die persoon recht geeft op vergoeding van schade. In het stappenplan is de immateriële schade niet geabstraheerd: de rechter stelt de immateriële schade naar billijkheid vast. Immateriële schade wordt zelden toegekend en de hoogte van de vergoeding is in de regel bescheiden (in vier gepubliceerde vonnissen sinds 2010 en geen één keer tussen januari en 1 november 2012). Om die reden prevaleert het belang van beoordelingsvrijheid van de rechter boven de rechtsgelijkheid die een schadegids zou meebrengen.

Matiging van de vergoeding

Op de laatste plaats heeft de rechter ambtshalve de mogelijkheid de schade te matigen waarbij hij kijkt naar verwijtbaarheid van partijen in het geschil en de financiële positie van de werkgever. De matigingsbevoegdheid is een belangenafweging waarbij rechters een grote mate van terughoudendheid in acht dienen te nemen. Rechters dienen de verwijtbaarheid en

daarmee de toerekening aan de hand van percentages vast te stellen. Indien de rechter acht dat de werkgever in zijn geheel aansprakelijk is, kan hij een percentage van 100% hanteren. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor indien de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd met een valse of voorgewende reden. Verwijtbaarheid aan de kant van de werknemer is gelegen in onvoldoende initiatief van de werknemer of een negatieve houding waardoor onenigheid in stand is gebleven.

De rechter kan de vergoeding ook matigen gelet op de financiële positie van de werkgever. Hierbij dient de werkgever aan te tonen dat hij een volledige schadevergoeding niet kan bekostigen of dat een volledige schadevergoeding zal leiden tot ernstige gevolgen voor zijn organisatie. Verdere standaardisatie van deze bevoegdheid zal voorbij gaan aan wat redelijk en billijk in de individuele situatie is en om die reden wordt het aan de rechterlijke macht overgelaten hier inzichtelijk en onderbouwd in te oordelen. Nadere invulling van de matigingsbevoegdheid kan de rechterlijke macht zelf invullen door steeds aansluiting te zoeken bij eerder gewezen vonnissen. Het blijft van belang dat rechters gebruik maken van een percentage of wegingsfactor zodat de uitkomst van de schadevergoeding is na te rekenen en er precedentwerking van uit kan gaan.

6.5 Tot slot

Een meer inzichtelijke en uniforme methode van berekening is mogelijk indien rechters hun beslissingen in vonnissen expliciet onderbouwen en consequent gebruik maken van een stappenplan op basis van de algemeen geldende schadevergoedingsregels en richtlijnen van de Hoge Raad. Bij aanvang van het onderzoek werd gesteld dat grote verschillen zouden bestaan tussen kennelijk onredelijk ontslagzaken en de daarbij behorende schadevergoeding. Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt echter dat rechters in de meeste gevallen de regels van Boek 6.1.10 BW toepassen of in ieder geval noemen, maar de schadevergoeding niet altijd expliciet onderbouwen. Bovendien blijkt dat er slechts een gering aantal uitspraken zijn gepubliceerd waarin de rechter oordeelt over de schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag. Uit literatuuronderzoek en annotaties bij arresten blijkt dat de onvrede met betrekking tot voorspelbaarheid en rechtsongelijkheid niet alleen is gelegen in de kennelijk onredelijk ontslagzaken onderling, maar meer in de onzekerheid die het duale stelsel voor de werknemer met zich meebrengt. Het gemis van rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid komt namelijk mede voort uit de twee ontslagwegen waaruit de werkgever in beginsel vrijelijk kan kiezen, maar die voor de werknemer grote financiële gevolgen heeft. De onevenredigheid van het duale stelsel is naar verwachting op tweeërlei manieren op te lossen:

- Door de wetgever: de wetgever kan ervoor kiezen het ontslagstelsel zodanig aan te passen zodat slechts één ontslagroute mogelijk blijft. Dit voorkomt de verschillende rechtsgevolgen voor de werknemer en kan bijdragen aan evenredige ontslagvergoedingen.
- Door de rechterlijke macht: de rechterlijke macht kan bij ontbindingsvergoedingen in plaats van de kantonrechtersformule toe te passen, aansluiting zoeken bij een meer concrete schadevergoeding net als bij kennelijk onredelijk ontslagvergoedingen, zodat verschillen tussen beide vergoedingen kleiner worden.

Opmerking: dit onderzoeksrapport is gericht op de schadevergoedingen krachtens kennelijk onredelijk ontslag en niet op het Nederlandse ontslagstelsel. Bovenstaande conclusie is toch opgenomen in dit onderzoeksrapport omdat die problematiek onderdeel uitmaakt van de discussie met betrekking tot de vaststelling van de schadevergoeding krachtens kennelijk onredelijk ontslag.

Evaluatie

De kern van het onderwerp is gedurende het hele onderzoek ongewijzigd gebleven: het bepalen van de hoogte van schadevergoeding op grond van het kennelijk onredelijk ontslag. Door diverse publicaties was het echter onvermijdelijk om een aantal keer van koers te veranderen. Een complete uiteenzetting van de achtergrond van de bepaling kon alleen in geen enkel geval ontbreken. Het vormt de fundering voor een gedegen onderzoek en een onderbouwing van standpunten later in het onderzoek. Uiteindelijk is een breder onderzoek gedaan dan in eerste instantie voorgenomen, teneinde de kern van de kwestie te achterhalen en uiteen te zetten. Daar waar geen nader onderzoek is gedaan, wordt dit aangegeven. Met dit onderzoek is getracht een compleet beeld te schetsen van de problematiek rondom de schadevergoeding op grond van het kennelijk onredelijk ontslag. Zo is een stuk geschiedenis in kaart gebracht, zijn opvattingen van geleerden uiteengezet en is de huidige politieke visie beschreven.

Het onderzoek is bruikbaar omdat het onderzoeksverslag uitmondt in een concrete conclusie en een praktische aanbeveling. Hierin zijn tevens de kaders van het onderzoek in beeld gebracht om te voorkomen dat er misverstanden ontstaan over de reikwijdte van het onderzoek.

Bronvermelding

Literatuur:

Bakels 2011

H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Bouwens en Duk 2011

W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Van Caspel en Klein 2012

R.D.J. van Caspel en Klein, *Fockema Andreae's Juridisch woordenboek*, Groningen: Martinus Nijhoff Groningen 2012.

Van Drongelen e.a., 2011

J. van Drongelen, *Individueel arbeidsrecht 3. Ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

Van der Heijden e.a. 2010

P. F. Van der Heijden e.a., *Arbeidsrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2010.

Loonstra en Zondag 2008

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

Nieuwenhuis e.a. 2011

J.H. Nieuwenhuis, *Burgerlijk Wetboek. Boeken 6, 7, 8. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2011.

Artikelen:

Buijs 2010

D.J. Buijs, 'kennelijk onredelijk ontslag vanuit een historisch perspectief verklaard', *Arbeidsrechtelijke Annotatie* 2010, nr. 2.

Buijs en de Laat 2010

D.J. Buijs en J.J.M. de Laat, 'De Hoge Raad en kennelijk onredelijk ontslag', *TAP* 2010, nr. 5.

Dijkstra 2008

R.E.M. Dijkstra, 'Geld wat stom is, maakt recht wat krom is!', *Sociaal Recht* 2008, p. 307.

Koster en de Lange 2012

M. Koster en S. de Lange, 'De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: een update', *TAP* 2012, nr. 6.

Heerma van Voss e.a. 2010

Mr. G.J.J. Heerma van Voss e.a., 'Begroot, schat, vergoed en bewonder', *TRA* 2010, nr. 47.

Houweling 2010

R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen', *Ars Aequi* 2010, nr. 9.

Loonstra 2010

C.J. Loonstra, 'De januskop van de Hoge Raad', *ArbeidsRecht* 2010, nr. 34.

Lousberg 2012

J.P.E. Lousberg, 'Is de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag toch te vangen in een formule?', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2012, nr. 3.

Voet 2010

G.W. Van der Voet, 'De Hoge Raad in Rutten/Breed', *TAP* 2010, nr. 3.

Elektronische bronnen:

C. Buddingh, 'Nieuwe vergoeding bij kennelijk redelijk ontslag = (schade x toerekening + immateriële schade) – getroffen voorziening?' <[www.dirkzwager.nl/Publicaties/Carolina Buddingh](http://www.dirkzwager.nl/Publicaties/Carolina_Buddingh)>, geraadpleegd op 29 december 2012.

M. van Gelderen, 'Regeerakkoord: ontslagrecht gaat flink op de schop', 2012 <[www.ontslag.nl/Werknemers/ Extra/ Nieuwsoverzicht](http://www.ontslag.nl/Werknemers/Extra/Nieuwsoverzicht)>, geraadpleegd op 29 december 2012.

'Effectiviteit van de rechtspraak' <[www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad voor de rechtspraak/Visie op de rechtspraak](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad_voor_de_rechtspraak/Visie_op_de_rechtspraak)>, geraadpleegd op 29 december 2012.

'Geen aanbevelingen kantonrechters ontslagvergoeding' <[www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/ Nieuwsoverzicht](http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuwsoverzicht)>, geraadpleegd op 29 december 2012.

'Herziening Gerechtelijke Kaart (HGK)' <www.rechtspraak.nl/Recht-in-Nederland/Themadossiers>, geraadpleegd op 29 december 2012.

'Hoge Raad haalt streep door de XYZ-formule bij kennelijk onredelijk ontslag', 2010 <www.ontslagdossier.nl/Nieuws>, geraadpleegd op 29 december 2012.

'Kanton' <[www.rechtspraak.nl/Organisatie/Rechtbanken/s-Hertogenbosch/Over de rechtbank/Rechtsgebieden](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Rechtbanken/s-Hertogenbosch/Over_de_rechtbank/Rechtsgebieden)>, geraadpleegd op 29 december 2012.

'Kantonrechtersformule', 1997 <[www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke regelingen/Sector kanton/Aanbevelingen van de kring van kantonrechters](http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke_regelingen/Sector_kanton/Aanbevelingen_van_de_kring_van_kantonrechters)>, geraadpleegd op 29 december 2012.

'Ontslag via UWV'

<[www.uwv.nl/Werkgever/lk_wil_mijn_medewerker_ontslaan/Ontslag aanvragen](http://www.uwv.nl/Werkgever/lk_wil_mijn_medewerker_ontslaan/Ontslag_aanvragen)>, geraadpleegd op 29 december 2012.

'Over de rechtbank' <www.rechtspraak.nl/Organisatie/Rechtbanken/'s-Hertogenbosch>, geraadpleegd op 29 december 2012.

'Regeerakkoord bevat 16 miljard aan bezuinigingen – 'ideeënstrijd terug in de politiek'', 2012 <www.nrc.nl zoekterm: 'ideeënstrijd terug in de politiek' >, geraadpleegd op 29 december 2012.

'Toelichting' <www.hoelangwerkloos.nl/toelichting>, geraadpleegd op 29 november 2012.

Regelgeving en Parlementaire stukken:

Stb. 2001, 582.

Stb. 2001, 584.

Kamerstukken II 1947/48, 881 nr. 3 (Memorie van Toelichting).

Kamerstukken II 1951/52, 881 nr. 6 (Memorie van Antwoord).

Kamerstukken II 1991/92, 22 392 nr. 3 (Memorie van Toelichting).

Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3 (Memorie van Toelichting).

Kamerstukken II 2011/12, 29 544 nr. 411 (Verslag van een rondetafelgesprek).

Jurisprudentie:

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

HR 1 december 1961, NJ 1962, 78 (De Vries/Lampe).

HR 4 juni 1976, NJ 1977, 98 (Elmar/Felix).

HR 1 december 1978, NJ 1979, 185.

HR 19 september 1980, NJ 1981.

HR 25 april 1986, LJV AC9328.

HR 10 april 1987, NJ 1988, 5.

HR 4 december 1992, JAR 1992, 149.

HR 3 maart 1995, JAR 1995, 78.

HR 29 september 1995, NJ 1996, 90.

HR 28 maart 1997, JAR 1997, 90.

HR 24 oktober 1997, JAR 1997, 248 (Schoonderwoert/Schoonderwoerd).

HR 29 januari 1999, JAR 1999, 46.

HR 12 februari 1999, JAR 1999, 102 (Van Essen/Schrijver).

HR 28 April 2000, JAR 2000, 120.

HR 3 december 2004, NJ 2005, 119 (Van Ree/Damco).

HR 13 juli 2007, LJV BA7215.

HR 15 februari 2008, JAR 2008, 76 (Wustlich/Chromalloy).

HR 14 november 2008, JAR 2008, 318 (Dahri/Vianen Beton).

HR 27 november 2009, LJV BJ6596 (Van de Grijp/Stam).

HR 12 februari 2010, LJV BK4472 (Rutten/Breed).

HR 26 maart 2010, LJV BL053.

GERECHTSHOVEN

Hof Amsterdam 7 juli 2009, *LJN* BJ1644 (annotatie mr. Verhulp).

Hof Amsterdam 25 september 2012, *LJN* BX9760.

Hof Amsterdam 7 juni 2011, *LJN* BR6704.

Hof Amsterdam 28 juni 2011, *LJN* BT2755.

Hof Arnhem 22 juli 2008, *LJN* BD8651.

Hof Arnhem 7 juli 2009, *LJN* BJ1688.

Hof Arnhem 18 oktober 2011, *LJN* BT8498.

Hof 's-Gravenhage, 10 januari 2003 *LJN* AF6530.

Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF6720; *LJN* BF6960; *LJN* BF6790; *LJN* BF8136; *LJN* BF8122; *LJN* BF7077; *LJN* BF7002.

Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2005, *LJN* AT9925.

Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2008, *LJN* BD5660.

Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2009, *LJN* BJ1716.

Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 2011, *LJN* BQ8271.

Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2011, *LJN* BU2031 (Rutten/Breed II).

Hof Leeuwarden 2 november 2010, *LJN* BN3736.

RECHTBANKEN, SECTOR KANTON:

Ktr. Alkmaar 18 augustus 2010, *LJN* BN7723.

Ktr. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BN2259.

Ktr. Amsterdam 11 maart 2011, *LJN* BU4264.

Ktr. Arnhem 13 januari 2012, *LJN* BV2098.

Ktr. Assen 10 mei 2006, *LJN* AY3601

Ktr. Breda 30 november 2011, *LJN* BV3919.

Ktr. 's-Gravenhage 3 maart 2010, *LJN* BN0658.

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

Ktr. Haarlem 24 februari 2011, *LJN* BP6067.

Ktr. 's-Hertogenbosch 6 mei 2010, *LJN* BM3939.

Ktr. 's-Hertogenbosch 2 september 2010, *LJN* BN6122.

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

Ktr. 's-Hertogenbosch 9 juni 2011, *LJN* BQ9248.

Ktr. 's-Hertogenbosch 23 februari 2012, rolnummer 11-6966.

Ktr. 's-Hertogenbosch 5 april 2012, rolnummer 11-10254.

Ktr. Maastricht 15 augustus 2012, *LJN* BX9141

Ktr. Middelburg 6 december 2010, *LJN* BU1260.

Ktr. Utrecht 4 augustus 2010, *LJN* BN4364.

Ktr. Utrecht 24 februari 2010, *LJN* BL4231.

Ktr. Utrecht 13 juli 2011, *LJN* BR1276.

Ktr. Utrecht 8 februari 2012, *LJN* BV2806.