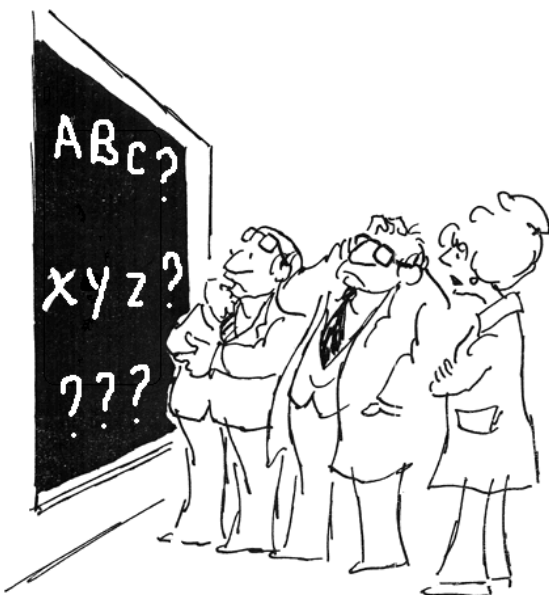


Inzicht in de berekening van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag

Een praktijkgericht juridisch onderzoek
naar de ontwikkelingen in de berekening
van de schadevergoeding ex art. 7:681 BW
sinds de uitspraak Breed/Rutten



Afstudeerscriptie HBO-rechten

Auteur | Mevr. C.M.H. (Marsha) van Moll

Afstudeerorganisatie | FNV Bondgenoten Weert

Datum en plaats | 27 mei 2013 Tilburg

Inzicht in de berekening van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag

Een praktijkgericht juridisch onderzoek naar de ontwikkelingen in de berekening van de schadevergoeding ex art. 7:681 BW sinds de uitspraak Breed/Rutten

Auteur:	Mevrouw C.M.H. (Marsha) van Moll
Studentnummer:	2034928
Opleiding:	HBO-Rechten
Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Fontys/Avans Tilburg
Afstudeerorganisatie:	FNV Bondgenoten Weert
Afstudeermentor:	Mevrouw mr. A. Tans-Hermans
Eerste afstudeerdocent:	De heer mr. J.P. E. Lousberg
Tweede afstudeerdocent:	Mevrouw M.R.M. Brugman
Datum:	27 mei 2013
Plaats:	Tilburg

Voorwoord

Ter afronding van mijn studie aan de Juridische Hogeschool in Tilburg heb ik een praktijk gericht juridisch onderzoek verricht. Arbeidsrecht is een rechtsgebied dat me al sinds het begin van de opleiding enorm interesseert en waarin ik erg graag af wilde studeren. Zodra er een vacature bij FNV Bondgenoten in Weert voorbij kwam was de keuze snel gemaakt. Deze scriptie is het resultaat van enkele maanden onderzoek naar de ontwikkelingen in de berekening van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag.

FNV Bondgenoten heeft mij uitstekend de kans geboden om mijn onderzoek naar eigen inzicht te verrichten. Waar nodig kreeg ik uitgebreide feedback en ondersteuning. In het bijzonder wil ik daarvoor mijn afstudeerbegeleider Aukje Thans bedanken. Mede dankzij haar ondersteuning en enthousiasme is deze scriptie tot stand gekomen. Ten slotte wil ik mijn eerste afstudeerdocent de heer Lousberg bedanken voor zijn uitstekende begeleiding. De momenten van feedback heb ik als zeer prettig en leerzaam ervaren.

Marsha van Moll

Tilburg, mei 2013

Inhoudsopgave

Samenvatting

1	Inleiding	7
1.1	De opdrachtgever	7
1.2	Probleembeschrijving	7
1.3	Centrale vraag en doelstelling	8
1.4	Verantwoording	8
1.5	Leeswijzer	9
2	Grondslagen van de kennelijk onredelijk ontslagprocedure	10
2.1	Het Nederlandse ontslagrecht	10
2.2	De kennelijk onredelijk ontslagprocedure	10
2.2.1	Geschiedenis	11
2.2.2	Artikel 7:681 lid 1 BW	12
2.2.3	Artikel 7:681 lid 2 BW	13
2.2.4	Artikel 7:681 lid 3 BW	13
2.2.5	Artikel 7:681 lid 4 BW	14
2.2.6	Stelplicht, bewijslast en verjaring	14
2.3	Deelconclusie	14
3	Jurisprudentie inzake de schadevergoeding ex artikel 7:681 BW	16
3.1	Geschiedenis	16
3.1.1	De kantonrechtersformule	16
3.1.2	De haagse leer	17
3.1.3	De XYZ-formule	18
3.2	Van de Grijp/Stam	20
3.3	Rutten/Breed	21
3.4	Breed/Rutten	22
3.5	Standpunten uit de literatuur	23
3.6	Criteria Hoge Raad	24
3.7	Deelconclusie	25
4	Methode www.hoelangwerkloos.nl	26
4.1	Ontwikkeling van de methode	26
4.2	Kring van Kantonrechters	27
4.3	De praktijk	27
4.4	Reacties op de methode	28
4.5	Deelconclusie	29
5	Jurisprudentieonderzoek	30
5.1	Algemene onderzoeksresultaten	30
5.2	Toepassing criteria Hoge Raad	31
5.3	Deelconclusie	33
6	Visie van de kantonrechter	35
6.1	mr. J.M.J. Godrie	35
6.2	mr. J.J.M. de Laat	36

6.3	mr. P.M. Knaapen	37
6.4	mr. G. Boot	38
6.5	Deelconclusie	39
7	Conclusies en aanbevelingen	40
7.1	Inleiding	40
7.2	Bevindingen en conclusies	40
7.3	Aanbevelingen	42
	Evaluatie	44
	Bronvermelding	45
	Bijlagen	
A	Schematische weergave jurisprudentieonderzoek	
B	Vragenlijst interview	

Samenvatting

Het Nederlandse ontslagrecht kent de zogenaamde kennelijk onredelijk ontslagprocedure. De grondslag voor deze procedure kan teruggevonden worden in art. 7:681 lid 1 BW. Hierin wordt bepaald dat een arbeidsovereenkomst niet kennelijk onredelijk opgezegd mag worden. Indien er wel sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst is de rechter bevoegd om aan de benadeelde partij een schadevergoeding toe te kennen. De juristen op het kantoor van FNV Bondgenoten Weert krijgen regelmatig te maken met kennelijk onredelijk ontslagzaken. Hierbij hebben zij gemerkt dat er veel onduidelijk bestaat over de hoogte van de schadevergoeding die toegekend kan worden in deze procedure.

Deze behoefte aan duidelijkheid heeft geleid tot de centrale vraag van dit onderzoek: *“Hoe heeft de berekening van de schadevergoeding ex artikel 7:681 BW zich ontwikkeld sinds de uitspraak Breed/Rutten (18 oktober 2011, Gerechtshof 's-Hertogenbosch)?”*

Om tot beantwoording van de centrale vraag te komen is onderzoek verricht naar de relevante wet- en regelgeving. Hieruit blijkt dat er de laatste jaren veel gebeurd is met de berekening van de schadevergoeding ex art. 7:681. Na analyse van enkele toonaangevende arresten zijn vijf duidelijk criteria opgesteld. Deze richtlijnen dienen volgens de Hoge Raad meegenomen te worden bij het berekenen van de schadevergoeding. Door onderzoek van recente jurisprudentie is bekeken of de richtlijnen ook daadwerkelijk worden meegenomen door de lagere rechtspraak. Tevens is gekeken of het hanteren van deze criteria ook meteen voldoende rechtszekerheid met zich mee zou brengen. De conclusies van het jurisprudentie onderzoek worden versterkt door interviews met vier verschillende kantonrechters. Hierin geven zij hun visie op de berekening van de schadevergoeding.

Geconcludeerd kan worden dat er zich de afgelopen jaren grote veranderingen hebben voorgedaan met betrekking tot de berekening van de schadevergoeding ex art. 7:681 BW. Na uitgebreid onderzoek kan gesteld worden dat de rechter nog niet goed raad weet met de door de Hoge Raad opgestelde criteria. Wellicht is dit te wijten aan het feit dat er wordt benadrukt dat een nauwkeurige berekening van de schade vereist is. Dit blijkt in veel gevallen een onmogelijk taak. Zolang de Hoge Raad vasthoudt aan de opgestelde criteria zal de rechtszekerheid altijd enigszins in het geding blijven. Er zal dan altijd een persoonlijke beoordeling en inschatting van de rechter aan de berekening van de schadevergoeding te pas komen. Er zal op den duur een keuze gemaakt moeten worden om de huidige rechtspraktijk duidelijkheid te geven. Dit zou opnieuw gedaan kunnen worden door de Hoge Raad of bijvoorbeeld door middel van een aanbeveling door de Kring van Kantonrechters. Enerzijds kan alsnog gekozen worden voor een meer gestandaardiseerde wijze van schadebegroting. Anderzijds kan vastgehouden worden aan de individuele beoordeling van het geval, waarbij de bijkomende rechtsonzekerheid op den duur geaccepteerd moet worden. In de tussentijd ligt er een taak voor de rechter om zijn uitspraken zo goed mogelijk te onderbouwen. Hierdoor zou in grote lijnen wellicht al een bepaalde mate van harmonisatie gevonden kunnen worden.

De juristen van FNV Bondgenoten doen er goed aan om in hun vordering de schade al zo concreet mogelijk te begroten. Daarnaast moeten ze de afweging maken of de methode www.hoelangwerkloos.nl in hun voordeel uit zal pakken en hier tijdig op anticiperen. Ten slotte moet nog steeds de nodige voorzichtigheid gehanteerd worden bij het scheppen van verwachtingen bij de cliënt. De procedure is nog steeds erg onzeker te noemen.

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 De opdrachtgever

FNV Bondgenoten is de grootste vakbond van Nederland en is onderdeel van de vakcentrale Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV). De vakbond telt zo'n 450.000 leden in de sectoren industrie, dienstverlening, handel, metaal, vervoer en voeding. Ze voorziet haar leden van deskundig (juridisch) advies en bijstand op het gebied van werk en inkomen. Hierbij kan gedacht worden aan rechtshulp bij individuele kwesties, of aan collectieve onderhandelingen tijdens het opstellen van een nieuwe Collectieve Arbeidsovereenkomst (Cao).

Het hoofdkantoor van FNV Bondgenoten is gevestigd in Utrecht en er zijn regiokantoren in Groningen, Deventer, Amsterdam, Rotterdam en Weert. Op dit moment zijn er ruim 900 medewerkers in dienst bij FNV Bondgenoten. De organisatie is opgedeeld in twee onderdelen: Divisie Collectief en Divisie Individuele Dienstverlening. Dit onderzoek is uitgevoerd voor de Divisie Individuele Dienstverlening op de vestiging in Weert. Deze divisie houdt zich bezig met het verlenen van kwalitatief hoogwaardig juridisch advies aan haar leden, wanneer zij hulp nodig hebben op het gebied van arbeidsrecht of sociaal zekerheidsrecht. De juristen die werkzaam zijn op deze afdeling worden ook wel procesjuristen genoemd. Naast de procesjuristen zijn er ook een aantal kwestiebehandelaars werkzaam. Zij buigen zich ook over de juridische casussen maar voeren niet zelfstandig procedures.

1.2 Probleembeschrijving

De juristen op het kantoor van FNV Bondgenoten Weert krijgen regelmatig te maken met zaken waarbij de werkgever voornemens is haar werknemer(s) – leden van FNV – te ontslaan. Dit kan resulteren in een ontslag met wederzijds goedvinden, een UWV-ontslagprocedure, of een ontbindingsprocedure bij de rechtbank. In sommige gevallen zal een jurist besluiten om na opzegging van de arbeidsovereenkomst het ontslag aan te vechten op grond van artikel 7:681 BW, het kennelijk onredelijke ontslag. Indien er inderdaad sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, heeft de rechter hierbij de mogelijkheid om een schadevergoeding toe te kennen aan de werknemer.

De laatste jaren is erg veel te doen geweest rondom het leerstuk schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. De Hoge Raad heeft verschillende opmerkelijke uitspraken gedaan die gezorgd hebben voor verandering en onduidelijkheid. De juristen van FNV merken dat het erg lastig is om in te schatten op wat voor schadevergoeding ze in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure kunnen rekenen. Door de voortdurende onzekerheid worden de juristen huiveriger met het starten van een dergelijke procedure en is het lastig om tegenover de cliënt een inschatting van de zaak te kunnen maken.

Een van de criteria die veelvuldig meegewogen lijkt te worden bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding, is de tijd waarin de werknemer na beëindiging van het dienstverband zonder werk zal zitten.¹ Het is natuurlijk enorm lastig om van tevoren te bepalen hoe lang iemand werkloos zal zijn. Door onder andere het Hugo Sinzheimer Instituut is om deze reden onderzoek gedaan naar de huidige werkloosheidsverwachtingen. Hieruit is een wetenschappelijk model ontstaan waarmee een inschatting gemaakt kan worden van de werkloosheidsduur van een werknemer. Dit model is de grondslag achter de website www.hoelangwerkloos.nl. Door het invullen van een zevental variabelen op deze website wordt een inschatting gemaakt van het aantal

¹ M. Koster & S. de Lange, 'De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: stand van zaken medio 2011', *TAP* 2011, nr. 6.

dagen dat iemand werkloos zal zijn.² Onlangs heeft de Kring van Kantonrechters laten weten enthousiast te zijn over deze website. Zij geeft tevens aan voorlopig niet (meer) bezig te zijn met het ontwikkelen van een standaard formule voor de gehele schadeberekening.³

Geconcludeerd kan worden dat FNV Bondgenoten met een onduidelijke situatie te maken heeft. De juristen vragen zich af hoeveel schadevergoeding er verwacht kan worden bij het starten van een procedure ingevolge art. 7:681. Daarnaast zijn zij erg nieuwsgierig over de ontwikkelingen van het gebruik van de methode www.hoelangwerkloos.nl. Om tegenover hun cliënten een duidelijk beeld te schetsen van de zaak en een redelijke inschatting te kunnen maken van de haalbare schadevergoeding, is het van belang dat hier duidelijkheid in wordt gevonden. Om deze duidelijkheid te bereiken zal gekeken moeten worden naar de ontwikkelingen op het gebied van de berekening van deze schadevergoeding, alsmede naar de visie die de rechtsprekende macht hierop heeft.

1.3 Centrale vraag en doelstelling

Centrale vraag: Hoe heeft de berekening van de schadevergoeding ex artikel 7:681 BW zich ontwikkeld sinds de uitspraak Breed/Rutten (18 oktober 2011, Gerechtshof 's-Hertogenbosch)?

Doelstelling: Op 27 mei 2013 wordt er een onderzoeksrapport opgeleverd aan FNV Bondgenoten Weert over de ontwikkeling die de berekening van de schadevergoeding ex artikel 7:681 BW heeft doorgemaakt sinds de uitspraak Breed/Rutten, zodat de juristen van FNV Bondgenoten Weert beter weten op welke schadevergoeding ze in de toekomst kunnen rekenen bij het voeren van een dergelijke procedure.

1.4 Verantwoording

Dit onderzoek is tot stand gekomen door gebruik van verschillende bronnen. Hoofdstuk twee, drie en vier zijn gebaseerd op de Nederlandse wetgeving, in het bijzonder art. 7:681 Burgerlijk Wetboek (BW). Daarnaast zijn voor deze hoofdstukken jurisprudentie en literatuur uit bekende handboeken en gerenommeerde vakbladen gebruikt. Beide geven inzicht in de uitvoering van art. 7:681 BW en trachten een duidelijke visie weer te geven die heerst binnen de rechtspraak. Gezien de recente ontwikkelingen op het gebied van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag is goed gekeken naar het jaar van uitgave van de gebruikte bronnen om een zo goed mogelijk beeld te creëren.

In hoofdstuk vijf is het jurisprudentieonderzoek uiteengezet. Hiervoor zijn de uitspraken met publicatiedatum vanaf Breed/Rutten tot 1 mei 2013 geanalyseerd. Om het onderzoek enigszins in te kaderen is de uitspraak Breed/Rutten als startdatum gekozen omdat in deze uitspraak de richtlijnen van de Hoge Raad voor het eerst in praktijk zijn gebracht.¹ 1 mei 2013 is als einddatum gekozen zodat er nog voldoende tijd beschikbaar was om de onderzoeksresultaten te verwerken. Het jurisprudentieonderzoek is zowel kwantitatief als kwalitatief van aard. Er is voornamelijk gekeken naar objectief meetbare criteria. Daarnaast is getracht een inzicht te verkrijgen in de interpretatie van de rechter.

Hoofdstuk zes bevat een onderzoek van de praktijk. Door het interviewen van vier verschillende kantonrechters is getracht een inzicht te verkrijgen in hun visie op de berekening van de schadevergoeding ingevolge art. 7:681 BW. Hierbij is sprake van halfgestructureerd interview met een duur van gemiddeld 45 minuten. Om de betrouwbaarheid van deze bronnen te garanderen zijn de interviews elektronisch opgenomen en later met grote zorg geanalyseerd.

² Methode [hoelangwerkloos <www.hoelangwerkloos.nl>](http://www.hoelangwerkloos.nl), geraadpleegd op 19 februari 2013.

³ Persbericht Kring van Kantonrechters www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Geen-aanbevelingen-kantonrechters-voor-ontslagvergoeding.aspx, geraadpleegd op 19 februari 2013.

1.5 Leeswijzer

Het onderzoeksrapport is als volgt opgebouwd. Hoofdstuk twee geeft een korte uiteenzetting omtrent het leerstuk van de kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Hierbij wordt ingegaan op de ontwikkeling van art. 7:681 BW sinds de invoering in 1953. In hoofdstuk drie gaat het rapport dieper in op de schadevergoeding die gekoppeld is aan art. 7:681 BW. Hierbij wordt met name ingegaan op de ontwikkelingen in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Door deze arresten is er de laatste jaren veel veranderd en veel onduidelijkheid ontstaan op het gebied van de schadeberekening bij kennelijk onredelijk ontslag. In hoofdstuk vier wordt de methode www.hoelangwerkloos.nl toegelicht. Vervolgens worden in hoofdstuk vijf de resultaten van het jurisprudentieonderzoek weergegeven. In hoofdstuk zes is door middel van vier interviews de visie van vier kantonrechters omtrent de opbouw van de schadevergoeding uiteengezet. Ten slotte volgen in hoofdstuk zeven de conclusies en aanbevelingen waarmee antwoord gegeven wordt op de centrale vraag.

Hoofdstuk 2: Grondslagen van de kennelijk onredelijk ontslagprocedure

Een van de kernbepalingen uit het Nederlandse ontslagrecht kan teruggevonden worden in art. 7:681 lid 1 BW. Hierin wordt bepaald dat een arbeidsovereenkomst niet kennelijk onredelijk opgezegd mag worden. Indien er wel sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst is de rechter bevoegd om aan de benadeelde partij een schadevergoeding toe te kennen. Om een volledig en correct beeld te krijgen van de juridische grondslag van de kennelijk onredelijke ontslagprocedure zal in dit hoofdstuk de geschiedenis van deze procedure uiteengezet worden, alsmede het huidige juridische kader.

2.1 Het Nederlandse ontslagrecht

Het Nederlandse ontslagrecht is van bijzondere aard. Zowel een bestuursorgaan (UWV) als de rechterlijke macht is in Nederland bevoegd om de ontslagwens van een werkgever ten uitvoer te leggen.⁴ Gedurende hun arbeidsbetrekking kan zowel een werkgever als een werknemer de behoefte hebben om de tussen hen geldende arbeidsovereenkomst te beëindigen zonder instemming van de ander. Dit wordt ook wel een eenzijdige beëindiging genoemd. In dit onderzoek zal er veelal sprake zijn van een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, een beroep op de kennelijk onredelijkheid van het ontslag in een omgekeerde situatie wordt door artikel 7:681 BW echter niet uitgesloten.

Een werkgever heeft, zoals hiervoor benoemd, twee mogelijkheden om de arbeidsovereenkomst met een werknemer te beëindigen, zonder dat er sprake is van wederzijds goedvinden of beëindiging van rechtswege. Op grond van artikel 7:685 BW heeft hij de mogelijkheid om een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst in te dienen bij de kantonrechter. Daarnaast bestaat voor hem de mogelijkheid om, op grond van artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945(BBA), een ontslagvergunning aan te vragen bij het UWV. Voor welke van deze twee mogelijkheden hij zal kiezen is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Indien er bijvoorbeeld sprake is van een van de wettelijk bepaalde opzegverboden zal een werkgever doorgaans een verzoek tot ontbinding indienen. In een dergelijk geval kan van een ontslagvergunning geen gebruik kan worden gemaakt.⁵ Als een werkgever daarentegen in grote financiële problemen zit en voldoende kan onderbouwen dat het ontslag noodzakelijk is om het voortbestaan van de organisatie te garanderen, zal eerder een ontslagvergunning bij het UWV worden aangevraagd. Op het eerste gezicht wordt hiermee de indruk gewekt dat een ontbinding via de kantonrechter een makkelijkere weg is voor de werkgever. Hier staat echter tegenover dat een werknemer bij een ontbindingsprocedure mag rekenen op een redelijke beëindigingsvergoeding terwijl het UWV niet bevoegd is om een vergoeding vast te stellen. In hoofdstuk 3 zal verder worden ingegaan op de totstandkoming van deze vergoeding.

2.2 De kennelijk onredelijk ontslagprocedure

De kennelijk onredelijk ontslagprocedure vindt haar plaats in het Nederlandse ontslagrecht vaak na de tenuitvoerlegging van een ontslagvergunning van het UWV. Dit houdt in dat een opzegging waarvoor toestemming van het UWV is gekregen niettemin kennelijk onredelijk kan zijn. De rechter oordeelt zelfstandig en opnieuw over de feiten van het geval. Hij bekijkt, los van de bevindingen van het UWV, of het ontslag kennelijk onredelijk gegeven is.⁶ Na een ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan geen beroep meer gedaan worden op artikel 7:681 BW, daar deze slechts zorg draagt voor

⁴ Bakels 2011, p. 136.

⁵ Van der Grinten 2011, p. 359.

⁶ Bakels 2011, p. 168.

bescherming van de wederpartij bij opzegging van de arbeidsovereenkomst.⁷ Via een kennelijk onredelijk ontslagprocedure bestaat er na opzegging van de arbeidsovereenkomst voor de onrechtvaardig behandelde werknemer een kans om aanspraak te maken op een eventuele schadevergoeding.

2.2.1 Geschiedenis

Om een duidelijk beeld te krijgen van de bedoelingen van de wetgever achter de kennelijk onredelijk ontslagprocedure is het belangrijk om te weten hoe dit artikel zich ontwikkeld heeft sinds het ontstaan van het Nederlandse arbeidsrecht. Op 1 februari 1909 trad de Wet op de arbeidsovereenkomst na jaren van ontwikkeling in werking. Deze wet kan worden gezien als grote grondlegger voor het huidige arbeidsrecht, inmiddels opgenomen in boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.⁸ Met de totstandkoming van deze wet was er echter nog geen mogelijkheid om een beroep te doen op kennelijk onredelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst. Deze mogelijkheid ontstond met de herziening van het ontslagrecht in 1953, destijds vormgegeven in artikel 7a:1639s BW. De totstandkoming van dit artikel beargumenteerd de wetgever als volgt:

“De werkgever die zijn arbeider zonder goede reden ontslaat, en de arbeider, die wegens een gril de dienst opzegt, handelen naar huidige opvattingen niet behoorlijk, ook al nemen zij de opzeggingstermijnen in acht.”⁹

De wetgever legt hier de grondslag voor het huidige artikel 7:681 BW en geeft ook direct belangrijke richtlijnen voor de toepassing van het artikel. Allereerst geeft de wetgever een indicatie voor het bepalen van de kennelijk onredelijkheid van het ontslag. Er wordt gesteld dat het te gevaarlijk zou zijn om een strikte definitie van het begrip kennelijk onredelijk te geven. Er kunnen slechts enkele voorbeelden gegeven worden, die bijdragen aan het verduidelijken van het begrip. De wetgever geeft aan dat de rechtsprekende instanties een grote mate van beoordelingsvrijheid hebben bij het bepalen van de kennelijk onredelijkheid en dat hierbij alle omstandigheden van het geval in mee dienen te wegen.¹⁰ Tevens wordt ook uitspraak gedaan over hoe de rechter kan handelen als vast komt te staan dat er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag. Als eerste wordt de mogelijkheid tot herstel van het dienstverband aangehaald. Hierbij wordt duidelijk vermeld dat de wetgever hierbij begrijpt dat dit in veel gevallen geen oplossing meer is, daar de arbeidsrelatie dusdanig verstoord is dat dit voor partijen te bezwarend zou zijn. Voor deze situaties wordt een optie tot afkoop van het herstel gegeven.¹¹ Ten slotte wordt stil gestaan bij de optie tot toekennen van schadevergoeding aan de benadeelde partij.¹²

Met deze richtlijnen wordt een duidelijk beeld gegeven van de motivatie achter de kennelijk onredelijk ontslagprocedure, en de eerste handvaten voor de toepassing ervan. Bij de totstandkoming van het artikel beoogt de wetgever een marginale toetsing van de rechter, waardoor in beginsel alleen duidelijke misstanden gecorrigeerd werden op grond van de kennelijk onredelijkheid.¹³ Hier kwam echter verandering in door het arrest De Vries/Lampe.¹⁴ Met dit arrest geeft de Hoge Raad een impuls aan de ruime toepassing van het zogenaamde gevolgcriterium. Waar voorheen vooral sprake was van een marginale toetsing door de rechter werd voortaan steeds meer het geval in zijn volledigheid beoordeeld.¹⁵

⁷ Bakels 2011, p. 169.

⁸ G.J.J. Heerma van Voss, vindplaats Kluwer: Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/391.

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

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

¹¹ Kamerstukken II 1947/48, 881, nr. 3, p. 6.

¹² Kamerstukken II 1947/48, 881, nr. 3, p. 5-6.

¹³ Bakels 2011, p. 169.

¹⁴ HR 1 december 1961, NJ 1962, 78.

¹⁵ Loonstra & Zondag 2008, p. 385.

In 1997 werd het Burgerlijk Wetboek in zijn nieuwe vorm geïntroduceerd. Hiermee werd ook het artikel omtrent kennelijk onredelijk ontslag herzien, vanaf dat moment artikel 7:681 BW. De meeste wijzigingen die werden doorgevoerd waren van geringe betekenis. De wijziging met de meeste impact was het schrappen van de woorden “naar billijkheid”.¹⁶ Met deze woorden werd voorheen aangegeven dat de rechter een vergoeding naar billijkheid mag toekennen in het geval van een kennelijk onredelijk ontslag. In het nieuwe Burgerlijk Wetboek wordt in artikel 7:681 BW voortaan de term schadevergoeding gebruikt. Dit impliceert dat de algemene regels voor het begroten van een schadevergoeding van toepassing zijn.¹⁷ Een van de belangrijkste artikelen hieromtrent is art. 6:97 BW en luidt als volgt: *“De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat”*. In de memorie van toelichting van bij de totstandkoming van art. 7:681 BW wordt daarentegen weer aangegeven dat de rechter nog steeds een grote vrijheid heeft bij het begroten van de schade en niet gebonden is aan de gewone regels van stel- en bewijsplicht.¹⁸ Hierdoor is onduidelijk of de wetgever heeft beoogt om een inhoudelijke wijziging van het artikel door te voeren, of graag het billijkheidskarakter van de vergoeding in stand had gehouden.

2.2.2 Artikel 7:681 lid 1 BW

Artikel 7:681 BW is onderverdeeld in vier leden. Lid 1 ziet er als volgt uit:

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

De voornaamste vraag die dit artikel oproept is: wanneer wordt een ontslag kennelijk onredelijk geacht? Inmiddels hebben veel auteurs getracht deze vraag in hun boeken en artikelen te beantwoorden. Gezien de centrale vraag van dit onderzoek zal in dit rapport slechts kort ingegaan worden op de kennelijk onredelijkheid van het ontslag om een compleet beeld te geven van het leerstuk. De nadruk ligt op de schadevergoeding die gegeven kan worden wanneer deze kennelijk onredelijkheid reeds is aangenomen.

Met het woord kennelijk bedoelt de wetgever dat de onredelijkheid voor een ieder duidelijk zou moeten zijn.¹⁹ Zoals eerder aangegeven heeft de wetgever niet getracht om het begrip kennelijk onredelijk te omschrijven. De rechter is vrij om dit op zijn eigen manier, aan de hand van de in de jurisprudentie ontwikkelde maatstaven, te bepalen. Hij dient hierbij wel alle feiten en omstandigheden die zich voordoen ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang mee te wegen.²⁰ Omstandigheden die zich later voordoen mogen alleen meegenomen worden in de beoordeling als deze al ten tijde van het ontslag verwacht konden worden.²¹ Onder andere het hof Arnhem heeft inmiddels een aantal mogelijk relevante omstandigheden uiteengezet, hier zal in hoofdstuk drie verder op ingegaan worden.²² In lid 1 wordt tevens al de mogelijkheid geboden om aan de benadeelde partij een schadevergoeding toe te kennen, indien blijkt dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Op de totstandkoming van deze schadevergoeding zal in hoofdstuk drie uitgebreid worden ingegaan.

Lid 2 en 3 van art. 7:681 BW geven de rechterlijke macht bij het bepalen van de kennelijk onredelijkheid ook enige houvast. In lid 2 worden enkele voorbeelden genoemd die het

¹⁶ Bakels 2011, p. 171.

¹⁷ Bakels 2011, p. 171.

¹⁸ Kamerstukken II 1994/95, 23 438, nr. 3, p. 51.

¹⁹ Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3780.

²⁰ Bakels 2011, p. 169.

²¹ HR 4 april 2011, *LJN* BP4804.

²² Hof Arnhem 21 juli 2009, *LJN* BJ2916.

ontslag van een werknemer kennelijk onredelijk kunnen maken. Lid 3 stelt enkele voorbeelden waarbij de opzegging van de werknemer kennelijk onredelijk kan zijn. Lid 4 omvat nog enkele algemene bepalingen, deze zullen ook aan bod komen.

2.2.3 Artikel 7:681 lid 2 BW

Lid 2 sub a stelt dat opzegging door de werkgever kennelijk onredelijk kan zijn wanneer deze geschiedt zonder opgave van redenen of onder opgave van een voorgewende of valse reden. Op grond van art. 7:669 BW heeft de partij die opzegt de verplichting om op verzoek van de andere partij een schriftelijk opgave van de reden van opzegging te verschaffen. Hierbij moet worden aangemerkt dat het niet opgeven van een reden niet altijd zal leiden tot kennelijk onredelijkheid van ontslag. Indien de werknemer de reden tot opzegging behoorde te weten door de omstandigheden van het ontslag kan geen beroep worden gedaan op deze grond.²³

Lid 2 sub b geeft een van de meest besproken onderdelen van dit artikel weer. Hierin wordt een belangenafweging gemaakt, ook wel het gevolgcriterium genoemd. Het lid luidt als volgt:

“Opzegging van de overeenkomst door de werkgever zal onder andere kennelijk onredelijk geacht kunnen worden.... Wanneer, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging.”

Dit gevolgcriterium heeft tot veel rechtspraak geleid. Uit zowel de wetsgeschiedenis als ontstane rechtspraak blijkt dat, om te kunnen oordelen of de gevolgen voor de werknemer te ernstig zijn in verhouding tot het gediende belang van de werkgever, alle omstandigheden van het geval meegewogen dienen te worden.²⁴ Hierbij kan onder andere gedacht worden aan leeftijd van de werknemer, duur van het dienstverband, zijn arbeidsmarktpositie en de financiële positie van de werkgever. Dit zijn slechts enkele voorbeelden, afhankelijk van de situatie worden andere relevante omstandigheden mogelijk ook van belang. De kennelijk onredelijkheid kan betrekking hebben op de reden van de opzegging, de wijze van opzegging en de gevolgen van de opzegging.²⁵ Door de Hoge Raad is reeds bepaald dat enkel het niet geven van een ontslagvergoeding, onvoldoende reden is om de kennelijk onredelijkheid van het ontslag aan te nemen.²⁶ Dit neemt niet weg dat in sommige gevallen, bijvoorbeeld bij opzegging na een uitermate lang dienstverband zonder financiële compensatie, de rechter kan beslissen dat het ontslag kennelijk onredelijk is.

Lid 2 sub c,d en e geven nog drie gevallen weer, waarbij een opzegging door de werkgever kennelijk onredelijk kan worden geacht. Gezien de aard van dit onderzoek is het niet van belang om deze mogelijkheden uitvoerig te bespreken. Het is voldoende om van hun aanwezigheid op de hoogte te zijn.

2.2.3 Artikel 7:681 lid 3 BW

Zoals reeds aangegeven worden in lid 3 van artikel 7:681 BW twee mogelijkheden gegeven van een opzegging door de werknemer die kennelijk onredelijk kan worden geacht. In het eerste geval, overeenkomstig lid 2 sub a, wanneer dit geschiedt zonder opgave van redenen of onder opgave van een voorgewende of valse reden. In het tweede

²³ Van der Grinten 2011, p. 419.

²⁴ Bakels 2011, p. 169.

²⁵ Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3780.

²⁶ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596.

geval, overeenkomstig lid 2 sub, wanneer de gevolgen voor de werkgever te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werknemer bij de opzegging.

2.2.3 Artikel 7:681 lid 4 BW

Lid 4 van het artikel betreft de nietigheid van een contractueel beding waarin een beroep op de kennelijk onredelijkheid van de opzegging wordt uitgesloten. Tevens is een beding waarin reeds over de kennelijk onredelijkheid van de opzegging wordt beslist nietig. Uit jurisprudentie blijkt dat het is toegestaan om een beding op te nemen dat stelt dat opzegging zonder een (vastgestelde) vergoeding kennelijk onredelijk is. De rechter is echter niet aan dit beding gebonden.²⁷

2.2.4. Stelplicht, bewijslast en verjaring

Eerder was door de Hoge Raad de hoofdregel aangehaald dat de stelplicht en bewijslast in beginsel bij de werknemer ligt, dus degene die benadeeld is door de opzegging.²⁸ Ook in lagere rechtspraak is dit door onder andere de kantonrechter Tilburg bevestigd.²⁹ Deze zienswijze wordt door de Hoge Raad gebaseerd op art. 150 Rechtsvordering (Rv). Dit artikel stelt dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast draagt, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Hierdoor rust op de werknemer, die zich beroept op de kennelijk onredelijkheid van de opzegging, de stelplicht en bewijslast. Op grond van omstandigheden van het geval is een eventuele andere bewijslastverdeling mogelijk.³⁰ In een recent arrest heeft de Hoge Raad zich nogmaals duidelijk uitgesproken over de verdeling van de stelplicht en bewijslast bij kennelijk onredelijk ontslagprocedures.³¹ Hieruit blijkt dat de rechter niet zomaar aan een bewijsaanbod van de werknemer voorbij mag gaan, zonder dit voldoende te motiveren. De Hoge Raad beveelt aan, indien een bewijsaanbod wordt gedaan, dit zo specifiek mogelijk te doen.

Op grond van art. 7:683 lid 1 BW bestaat er bij de kennelijk onredelijk ontslagprocedure een verjaringstermijn van 6 maanden na opzegging van het dienstverband. De verjaringstermijn kan op grond van art. 6:316 BW worden gestuit door het instellen van een eis. Dit komt er nog steeds op neer dat een werknemer binnen 6 maanden na opzegging van de arbeidsovereenkomst een dagvaarding zal moeten uitbrengen. Mocht dit niet lukken dan kan op grond van art. 6:317 BW de verjaringstermijn gestuit worden door middel van een schriftelijk aanmaning.³² Mocht de termijn reeds verlopen zijn en blijkt dat de kennelijk onredelijke gedraging op zichzelf een onrechtmatige daad oplevert, dan kan op grond hiervan een vordering worden gestart.³³

2.3 Deelconclusie

Geconcludeerd kan worden dat de kennelijk onredelijk ontslagprocedure zeer vrijblijvend door de wetgever is opgesteld. Er is voldoende toepassingsvrijheid voor de rechtsprekende macht wat door de jaren heen gezorgd heeft voor een berg aan jurisprudentie. Hieruit blijkt dat een werknemer die zich beroept op kennelijk onredelijkheid van zijn ontslag, alle hieraan bijdragende omstandigheden zal moeten aandragen. Het is vervolgens aan de rechter om aan deze omstandigheden gewicht toe te kennen. Het door de wetgever opgestelde en steeds ruimer geïnterpreteerde gevolgencriterium is hierbij een goede maatstaf. Hierbij moet onder andere rekening gehouden worden met leeftijd

²⁷ Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3784.

²⁸ HR 17 december 1999, *LJN* AA3878.

²⁹ Ktr. Tilburg 17 november 2010, *LJN* BO4398.

³⁰ HR 17 december 1999, *LJN* AA3878.

³¹ HR 10 februari 2012, *LJN* BU5620.

³² N. Jansen, 'Wat is het karakter van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding?', *TRA* 2009 nr. 8/9.

³³ Nieuwenhuis e.a. 2011, p. 3785.

van de werknemer, duur van het dienstverband, de arbeidsmarktpositie van de werknemer en de financiële situatie van de werkgever. Dit alles kan in onderlinge samenhang, aangevuld met overige omstandigheden, leiden tot de kennelijk onredelijkheid van het ontslag.

Hoofdstuk 3: Jurisprudentie inzake de schadevergoeding ex artikel 7:681 BW

De laatste jaren heeft meniggeen zich in de literatuur uitgelaten over de wijze waarop de schadevergoeding ex art. 7:681 BW berekend dient te worden. Dit, tezamen met enkele recente arresten van de Hoge Raad, heeft gezorgd voor een nieuwe kijk op de berekening van deze schadevergoeding. In dit hoofdstuk zal een duidelijk overzicht gegeven worden van de ontwikkelingen in de jurisprudentie gedurende de afgelopen jaren. Hierbij wordt nadrukkelijk ingegaan op enkele toonaangevende arresten.

3.1 Geschiedenis

Zoals in hoofdstuk 2 besproken is er door de herziening van het BW in 1997 verwarring ontstaan over het karakter van de schadevergoeding. Voordat deze wet werd ingevoerd was er sprake van een ruime beleidsvrijheid van de rechter, daar de schadevergoeding vastgesteld moest worden naar billijkheid. Na 1997 werd duidelijk dat er sprake was van een schadevergoeding waarvoor in beginsel de algemene regels van art. 6:97 BW e.v. zouden moeten gelden. Onduidelijk blijft echter of de wetgever een inhoudelijke wijziging heeft beoogd of graag het billijkheidskarakter van de schadevergoeding in stand had gehouden.³⁴ Op dat moment ontstond in de praktijk dan ook de vraag hoe deze regels verder ingekleed moesten en zouden gaan worden.

Op 17 oktober 1997 werd door de Hoge Raad het arrest Schoonderwoert/Schoonderwoerd gewezen.³⁵ Hoewel op dat moment nog sprake was van het oude art. 7a:1639s BW bestaat er geen reden om aan te nemen dat deze uitspraak niet van toepassing blijft op het huidige art. 7:681 BW.³⁶ In dit arrest werd door de Hoge Raad aangehaald dat de hoogte van de schadevergoeding niet berust op de daadwerkelijk geleden schade die uit het ontslag voortvloeit, omdat dit in het ergste geval pas tientallen jaren na het ontslag in volledigheid berekend zou kunnen worden. Het betreft hier een vergoeding die moet worden geschat door de verwachtingen en omstandigheden van het geval, op het moment van de beëindiging van het dienstverband, te bekijken. In deze periode kwam ook de welbekende kantonrechtersformule tot stand die zou zorgen voor enige verdeeldheid binnen de rechterlijke macht.

3.1.1 De kantonrechtersformule

Hoewel er duidelijke verschillen bestaan tussen de ontbindingsprocedure en de procedure bij kennelijk onredelijk ontslag werd er in het kader van de rechtszekerheid door rechters aansluiting gezocht bij de zogenaamde kantonrechtersformule.³⁷ Art. 7:685 BW geeft de mogelijkheid om een verzoek in te dienen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dit verzoek kan zowel door de werkgever als werknemer op ieder moment worden ingediend. Zij verzoekt de rechter dan om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen.³⁸ Sinds de herziening van het ontslagrecht op 17 december 1953 bestaat voor de kantonrechter de mogelijkheid om aan een van de bij de ontbinding betrokken partijen een vergoeding toe te kennen. Deze vergoeding wordt door de rechter toegekend indien hij dit gezien de omstandigheden billijk acht.³⁹ Op basis van dit artikel bestaat er een ruime beleidsvrijheid voor de kantonrechter voor het toekennen van de vergoeding en het bepalen van de hoogte ervan. Hierdoor ontstond ook in deze procedure een grote mate van rechtsonzekerheid.⁴⁰ Op 8 november 1996 heeft de Kring van Kantonrechters

³⁴ 'Mr. G.C. Boot, kantonrechter te Amsterdam, laat zich uit over de kennelijk onredelijkheidsproblematiek' 2009 < <http://www.scherpinarbeidsrecht.nl/site/nieuws.html?offset=570>>, geraadpleegd op 17 mei 2013.

³⁵ HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999,266 / Van der Grinten 2011, p. 432.

³⁶ 'Mr. G.C. Boot, kantonrechter te Amsterdam, laat zich uit over de kennelijk onredelijkheidsproblematiek' 2009 < <http://www.scherpinarbeidsrecht.nl/site/nieuws.html?offset=570>>, geraadpleegd op 17 mei 2013.

³⁷ Bakels 2011, p. 172.

³⁸ Bakels 2011 p, 173.

³⁹ Bakels 2011, p. 176.

⁴⁰ Loonstra & Zondag 2008, p. 415.

aanbevelingen vastgesteld om de voortdurende rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid in de ontbindingsprocedures te beperken. De aanbevelingen zijn op 1 januari 1997 van kracht geworden en geven aan welke maatstaven in acht worden genomen bij het berekenen van de ontslagvergoeding.⁴¹ Deze aanbevelingen worden ook wel de kantonrechtersformule genoemd en geven voor het eerst een duidelijke rekenmethode voor het berekenen van de ontslagvergoeding in een ontbindingsprocedure.⁴² In 2009 heeft de Kring van Kantonrechters de aanbevelingen bijgesteld.⁴³

De rekenmethode is nu als volgt opgesteld:

Vergoeding = A x B x C

A= aantal gewogen dienstjaren

B= beloning

C= correctiefactor

Door de voortdurende onzekerheid bij het berekenen van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag besloten verschillende rechters deze vergoeding ook te berekenen door middel van de kantonrechtersformule, ook wel reflexwerking genoemd. Niet iedereen was het zomaar eens met deze keuze. De rechtbank Breda was in 1998 een van de eerste die een duidelijk standpunt over de reflexwerking innam.⁴⁴ Zij achtte de kantonrechtersformule ongeschikt voor de berekening van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Deze ongeschiktheid baseert zij op de verschillende karakters die ten grondslag liggen aan de vergoeding binnen beide procedures.⁴⁵ De rechtbank Middelburg gaf aan dat in gevallen waarbij ontbinding ook een mogelijkheid was geweest, aansluiting mag worden gezocht bij de formule.⁴⁶ De rechtbank Breda maakte later wel gebruik van de formule maar gaf aan dat deze niet zomaar uniform toepasbaar is.⁴⁷

De hoven leken het hier in eerste instantie ook over eens te zijn en wezen het gebruik van de kantonrechtersformule in bijna alle gevallen nadrukkelijk af.⁴⁸ Een uitzondering hierop was een uitspraak van het hof Arnhem in 2003 waarin het zich expliciet aansluit bij de reflexwerking van de kantonrechtersformule.⁴⁹ Op dat moment werd dus een duidelijke boodschap afgegeven door de verschillende gerechtshoven: de kantonrechtersformule is ongeschikt als methode voor de berekening van kennelijk onredelijk ontslag.⁵⁰ Gedurende deze periode werd bij het berekenen van de schadevergoeding door de hoven veelal aangesloten bij een vergoeding naar billijkheid.⁵¹

3.1.2 De Haagse leer

Op 14 oktober 2008 heeft het hof 's-Gravenhage besloten om een andere weg in te slaan. Om een einde te maken aan de steeds voortdurende rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid heeft het met zeven uitspraken getracht een nieuwe rekenmethode te introduceren.⁵² De methode is grotendeels gebaseerd op de kantonrechtersformule.

⁴¹ Bakels 2011, p. 176.

⁴² Van Drongelen e.a. 2011, p. 302.

⁴³ Van der Grinten 2011, p. 473.

⁴⁴ Rb. Breda 27 januari 1998 JAR 1999/243.

⁴⁵ Van Drongelen e.a. 2011, p. 261.

⁴⁶ Rb. Middelburg 28 juni 2000, JAR 2000/161.

⁴⁷ Rb. Breda 10 maart 2004, JAR 2004/160.

⁴⁸ M.W.A.M. van Kempen en J.J.W. van Ladesteijn, 'Reflexwerking van de kantonrechtersformule in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure', AR 2008 nr. 9.

⁴⁹ Hof Arnhem 18 maart 2003, NJ 2003/127.

⁵⁰ D.J. Buijs 'Kennelijk onredelijk ontslag vanuit historisch perspectief verklaard', *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2010, nr.2, p. 43.

⁵¹ M.W.A.M. van Kempen en J.J.W. van Ladesteijn, 'Reflexwerking van de kantonrechtersformule in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure', AR 2008 nr. 9.

⁵² Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, LJN BF7077. Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, LJN BF8136. Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, LJN BF8122. Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, LJN BF7002.

Hiermee wordt afgeweken van een sinds 2003 geldende uitspraak door hetzelfde hof⁵³ waarin werd besloten dat de kantonrechtersformule ongeschikt is als maatstaf voor de berekening van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Het Haagse hof was vanaf oktober 2008 van mening dat bij kennelijk onredelijkheid op grond van het gevolgcriterium de kantonrechtersformule als uitgangspunt genomen kan worden, mits hiervan 30% voor rekening van de werknemer kwam. De vermindering van 30% werd beargumenteerd met het feit dat er bij een ontbindingsprocedure sneller een einde aan het dienstverband komt, waardoor de werkgever over een langere tijd de werkloosheid van de werknemer dient te compenseren.⁵⁴ Lousberg is van mening dat hierbij niet is stilgestaan bij het feit dat de werknemer die, in afwachting van de UWV ontslagprocedure, gedurende een langere periode loon ontvangt gedurende deze periode ook gewoon arbeid verricht.⁵⁵

Niet iedereen kon zich vinden in de benadering van het Haagse hof. Spier ziet geen juridische verklaring voor de vermindering van 30% en is van mening dat voordat toegekomen kan worden aan het berekenen van de schadevergoeding, eerst gekeken moet worden of er daadwerkelijk sprake is van kennelijk onredelijkheid van het ontslag.⁵⁶ In de uitspraken van het Haagse hof werd namelijk gesteld dat een ontslag mede kennelijk onredelijk kan zijn als er bij beëindiging van het dienstverband geen vergoeding in de vorm van de kantonrechtersformule -30% is aangeboden. Hiermee verdwijnt het gewenste onderscheid tussen het bepalen van de kennelijk onredelijkheid en de hoogte van de schadevergoeding. De visie van Spier wordt bekrachtigd door de Hoge Raad en de rekenmethode van het Haagse hof wordt daarom ook op 27 november 2009 verworpen in het toonaangevende arrest Van de Grijp/Stam. Op dit arrest wordt later in dit hoofdstuk verder ingegaan.

3.1.3 De XYZ-formule

In een reactie op de bestreden methode van het hof 's-Gravenhage kwamen de hoven 's-Hertogenbosch, Arnhem en Amsterdam op 7 juli 2009 eveneens met een gezamenlijke oplossing. Zij introduceerde met drie gelijke uitspraken de zogenaamde XYZ-formule.⁵⁷ Daarnaast wordt door de hoven duidelijk beargumenteerd, zoals ook Spier dat later zal doen, dat eerst de kennelijk onredelijkheid van het ontslag beoordeeld moet worden alvorens aan de berekening van de schadevergoeding toe te komen. De XYZ-formule is evenals de Haagse formule gerelateerd aan de kantonrechtersformule en bedraagt 50% hiervan. Dit wil zeggen dat de correctiefactor $C=0,5$ dient te zijn, uitgezonderd bijzondere gevallen.⁵⁸ De formule ziet er hierdoor als volgt uit:

Vergoeding = $Y \times X \times Z$

Y = aantal gewogen dienstjaren

X = beloning

Z = correctiefactor (=0,5)

Helaas wijden de hoven niet verder uit over de keuze voor $C=0,5$. Ze geven slechts aan dat zij van mening zijn dat deze benadering goed aansluit bij de bestaande praktijk

Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, LJV BF6960. Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, LJV BF6790.

Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, LJV BF6720.

⁵³ Hof 's-Gravenhage 10 januari 2003, LJV AF6530.

⁵⁴ J.P.E. Lousberg, 'Is de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag toch te vangen in een formule?', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2012, nr. 3, p. 70.

⁵⁵ J.P.E. Lousberg, 'Is de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag toch te vangen in een formule?', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2012, nr. 3, p. 70.

⁵⁶ HR 27 november 2009, LJV BJ 6596 (conclusie mr. J. Spier d.d. 4 september 2009)

⁵⁷ Hof Amsterdam 7 juli 2009, LJV BJ1644. Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2009, LJV BJ1716. Hof Arnhem 7 juli 2009, LJV BJ1688.

⁵⁸ Van Drongelen e.a. 2011, p.266.

van hun eigen rechtspraak in de afgelopen jaren.⁵⁹ Wel wordt door de hoven meer duidelijkheid verschaft over de omstandigheden die mee dienen te wegen bij het bepalen van de kennelijk onredelijkheid. Er wordt een niet limitatieve opsomming gegeven van aspecten die belangrijk zijn.⁶⁰ Deze uiteenzetting lijkt een goede stap in de richting voor de verduidelijking van de berekening van de schadevergoeding. Uit het jurisprudentieonderzoek dat volgt in hoofdstuk vijf blijkt dat de omstandigheden die hebben geleid tot de kennelijk onredelijk direct invloed hebben op de hoogte van de schadevergoeding. De hoven noemen de volgende omstandigheden als mogelijk relevant⁶¹:

1. Algemeen: dienstverband en opzegging

- opzeggingsgrond: risicosfeer werkgever/werknemer;
- de noodzaak voor de werkgever het dienstverband te beëindigen;
- de duur van het dienstverband;
- de leeftijd van de werknemer bij einde dienstverband;
- de wijze van functioneren van de werknemer;
- de door de werkgever bij de werknemer gewekte verwachtingen;
- de financiële positie van de werkgever;
- in geval van een arbeidsconflict: pogingen van partijen om een oplossing te bereiken ter vermijding van een ontslag;
- bij arbeidsongeschiktheid zijn specifieke omstandigheden:
 - de relatie tussen de arbeidsongeschiktheid en het werk;
 - de verwijtbaarheid van de werkgever ten aanzien van de arbeidsongeschiktheid;
 - de aard, de duur en de mate van de arbeidsongeschiktheid (kansen op (volledig) herstel);
 - de opstelling van de werkgever ten aanzien van de arbeidsongeschiktheid, met name voor wat betreft de re-integratie;
 - de inspanningen van de werknemer ten behoeve van zijn re-integratie;
 - de geboden financiële compensatie tijdens de arbeidsongeschiktheid; (bijvoorbeeld aanvulling loon, lengte van het dienstverband na intreden arbeidsongeschiktheid).

2. Ander (passend) werk

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

3. Financiële gevolgen van een opzegging

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

⁵⁹ Van Drongelen e.a. 2011, p. 267.

⁶⁰ Van Drongelen e.a. 2011, p. 266.

⁶¹ Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2009, LJV BJ1716.

4. Getroffen voorzieningen en financiële compensatie

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

Met deze uiteenzetting geven de hoven voor het eerst een tastbare richtlijn ten bate van de rechtszekerheid. Het begrip “omstandigheden van het geval” krijgt op deze manier meer uniformiteit. Het gebruik van de XYZ-formule was daarentegen maar van korte duur. De Hoge Raad besluit een aantal maanden later dat het tijd is om een duidelijk standpunt in te nemen en tracht met de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed een einde te maken aan de verschillende interpretaties.

3.2 Van de Grijp/Stam

Op 27 november 2009 verwerpt de Hoge Raad een uitspraak van het Hof 's-Gravenhage waarin gebruik wordt gemaakt van de voorgenoemde Haagse leer.⁶² Met dit arrest spreekt de Hoge Raad zich voor het eerst in lange tijd uit over het kennelijk onredelijk ontslag en de berekening van de bijbehorende schadevergoeding. In het arrest concludeert de Hoge Raad dat het hof ten onrechte heeft beargumenteerd dat enkel het ontbreken van een voorziening gelijk aan de kantonrechtersformule -30% voldoende is om het ontslag kennelijk onredelijk te maken. Hierbij haakt de Hoge Raad tevens aan bij het feit dat allereerst aan de hand van de omstandigheden tezamen en in onderling verband moet worden bekeken of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag alvorens kan worden toegekomen aan de berekening van de schadevergoeding.⁶³

Tevens is het Hof volgens de Hoge Raad voorbijgegaan aan het feit dat de schadevergoeding op grond van art. 7:681 BW een ander karakter heeft dan een vergoeding ingevolge art. 7:685 BW. In het geval van een schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag dient de rechter de schade naar werkelijkheid te begroten. Bij een ontbindingsprocedure kan daarentegen een vergoeding naar billijkheid worden vastgesteld. Belangrijk onderscheid hierbij is dat bij het vaststellen van de schadevergoeding ex art. 7:681 de gewone regels omtrent begroting van schadevergoeding van toepassing zijn.⁶⁴ De Hoge Raad laat duidelijk blijken van mening te zijn dat het bepalen van de schadevergoeding maatwerk dient te zijn en concludeert dan ook dat een algemene formule, zoals de kantonrechtersformule, niet kan dienen als een algemeen uitgangspunt voor de bepaling van de vergoeding.⁶⁵

De Hoge Raad erkent dat er in de praktijk behoefte is aan een bepaalde voorspelbaarheid van een procedure ingevolge art. 7:681 BW, maar een dergelijke maatstaf mag volgens hem geen afbreuk doen aan de aard van de schadevergoeding en de daarmee samenhangende wijze van begroting. De inzichtelijkheid van de procedure kan volgens hem verkregen worden doordat de rechter een grote mate van inzicht verschaft in de wijze waarop de vergoeding tot stand komt en de factoren die hierbij een rol spelen duidelijk benoemt.⁶⁶ Hierbij moet rekening gehouden worden met de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen, en de daaruit voortvloeiende nadelen voor de werknemer.⁶⁷

⁶² HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596 .

⁶³ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596 r.o. 4.2.

⁶⁴ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596 r.o. 4.3.

⁶⁵ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596 r.o. 4.5.

⁶⁶ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596 r.o. 4.4 en 4.6.

⁶⁷ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596 r.o. 4.3.

Opvallend aan bovenstaande uitspraak van de Hoge Raad is dat deels voorbij wordt gegaan aan de conclusie van Spier op 4 september 2009. Hij meent dat er in de huidige stand van zaken twee mogelijke opties zijn. Enerzijds kunnen de rechters trachten om de schade te begroten aan de hand van de omstandigheden van het geval, wat volgens hem rechtsongelijkheid en rechterlijk ongehoorzaamheid in de hand werkt. Anderzijds kan er op zoek worden gegaan naar een formule waarin rekening gehouden wordt met alle omstandigheden van het geval, waardoor de rechtszekerheid gediend wordt.⁶⁸ De laatste optie ziet Spier als meest wenselijk. Hij haalt hierbij aan dat hij het toepassen van de kantonrechtersformule hiervoor op het moment de meest voor de hand liggende en geschikte keuze is.⁶⁹ Hij ziet geen reden waarom hier een bepaalde korting op toegepast zou moeten worden zoals gedaan door het Haagse hof.⁷⁰

Kortom bepaalde de Hoge Raad in dit arrest dat er, gezien de aard van de schadevergoeding, geen mogelijkheid bestaat om deze door middel van een algemene formule te standaardiseren. Er zal rekening gehouden moet worden met de aard en ernst van de tekortkoming van de werkgever en de hieruit voortvloeiende nadelen voor de werknemer, evenals alle omstandigheden van het geval. Helaas is hiermee de rechtszekerheid nog steeds in het geding. De Hoge Raad is echter van mening dat de berekening voldoende inzichtelijk gemaakt kan worden als rechters bereid zijn om hun beslissing voldoende te motiveren en inzicht te verschaffen in de meewegende factoren.

3.3 Rutten/Breed

Op 12 februari 2010 wees de Hoge Raad wederom arrest in een kennelijk onredelijk ontslag procedure, beter bekend als de zaak Rutten/Breed.⁷¹ Bij de beoordeling van het geschil heeft de Hoge Raad een aantal reeds bekende punten in aanmerking genomen. Allereerst bekrachtigt hij dat het enkele feit dat geen vergoeding is toegekend, in het algemeen geen kennelijk onredelijkheid van het ontslag oplevert.⁷² Tevens wordt opnieuw gesteld dat de rechter de schade niet mag begroten aan de hand van een algemene formule, ook al is dit geen positieve ontwikkeling in het kader van de rechtszekerheid. Hierdoor wordt in dit specifieke arrest ook de XYZ-formule eveneens van de hand gewezen. Wederom is de Hoge Raad van mening dat er een zekere mate van harmonisatie kan worden gebracht door de belangrijke factoren duidelijk te benoemen en door voldoende inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen aan de verschillende factoren kunnen worden toegekend.⁷³

De Hoge Raad gaat vervolgens dieper in op de wijze waarop de schadevergoeding dan wel berekend zou moeten worden. Het bijzondere karakter van de schadevergoeding dient er vooral toe om aan de benadeelde een zekere mate van genoegdoening te verschaffen. De zogenaamde “pleister op de wonde”. Deze mate van genoegdoening dient in overeenstemming te zijn met de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever. Benadrukt wordt dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de rechter hierbij een zekere mate van vrijheid heeft. Echter wordt wel duidelijk gemaakt dat de schade volgens de algemene regels van boek 6 dient te worden begroot. De rechter dient de vergoeding op een zo concreet mogelijke wijze te begroten. Indien dit niet mogelijk is bieden de algemene regels omtrent de berekening van schadevergoeding de mogelijkheid om de schade te schatten en in het laatste geval naar billijkheid te bepalen. De Hoge Raad benadrukt hierdoor nogmaals dat het van belang is om een zo’n realistisch mogelijke

⁶⁸ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596 (conclusie mr. J. Spier r.o. 11.7.1).

⁶⁹ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596 (conclusie mr. J. Spier r.o. 11.7.2).

⁷⁰ HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596 (conclusie mr. J. Spier r.o. 11.6).

⁷¹ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472.

⁷² HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472 r.o. 3.5.2.

⁷³ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472 r.o. 3.5.7.

berekening van de schade te maken en dat een minder nauwkeurige berekening alleen in bepaalde gevallen acceptabel is.⁷⁴

Eveneens belangrijk is dat de Hoge Raad erkent dat de hoogte van de schadevergoeding mede beslist wordt door de omstandigheden die de rechter heeft meegewogen in zijn beslissing op de kennelijk onredelijkheid van het ontslag. In het bijzonder neemt hij hierbij in aanmerking de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en zijn arbeidsmarktperspectieven.⁷⁵

Ten slotte heeft ook Spier zich op 20 november 2009 wederom uitvoerig uitgelaten over zijn visie op de schadeberekening.⁷⁶ Hij refereert veelvuldig aan zijn conclusie van 4 september 2009 en is wederom van mening dat de kantonrechtersformule op dit moment de beste optie is om de hoogte van schadevergoeding te berekenen. Hij is van mening dat niet gezegd kan worden dat de schade concreet berekend moet worden, zonder hiervoor een bruikbare methode ter beschikking te stellen.⁷⁷ De praktijk is er dan meer mee gediend om een methode te kunnen hanteren die wel de nodige rechtszekerheid biedt, ook al is deze methode verre van perfect. In een latere conclusie komt Spier nogmaals terug op het onderwerp en neemt de volgende uitgesproken positie in over de visie van de Hoge Raad.⁷⁸ Hij legt de verantwoordelijkheid van het ontbreken van de rechtszekerheid bij de Hoge Raad neer. Het is volgens hem onmogelijk om ten tijde van het ontslag de schade concreet en nauwkeurig te berekenen. De stap naar het schatten of zelfs naar billijkheid vaststellen van de schadevergoeding is hiermee onvermijdbaar, zeker nu iedere poging tot harmonisatie door de Hoge Raad is verworpen.⁷⁹ Doordat er geen mogelijkheid bestaat om een toekomstige schade te concretiseren blijven de rechters met lege handen staan. Door onmacht worden zij telkens gedwongen uiteindelijk een schatting te maken of te oordelen naar billijkheid.

3.3.1 Breed/Rutten

De zaak Rutten/Breed werd door de Hoge Raad terugverwezen naar het hof 's-Hertogenbosch. Het hof deed vervolgens op 18 oktober 2011 opnieuw uitspraak.⁸⁰ Aan het hof nu slechts de taak om te beslissen welke schade aan Rutten dient te worden vergoed, daar de kennelijk onredelijkheid van het ontslag reeds vaststaat. Het hof refereert in zijn uitspraak veelvuldig aan beide voorgenoemde arresten. Allereerst concentreert het zich op de algemene regels van schadebegroting die van toepassing zijn en geeft hierbij de uitweg dat de rechter vrij is om de schade te schatten als de omvang niet bepaald kan worden. Ook de relatie tussen de schadebegroting en de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever wordt benoemd. Vervolgens wordt het karakter van de schadevergoeding besproken zoals eerder ingevuld door de Hoge Raad. Hierbij komt de zeker mate van genoegdoening die verschaft dient te worden duidelijk naar voren.⁸¹

Allereerst wordt de gevorderde materiële schade door het hof bekeken. Het hof concludeert dat het verlies van zijn baan niet betekend dat Rutten niet meer opnieuw aan de slag zal komen. Hij is volgens het hof bepaald niet kansloos op de arbeidsmarkt voor mensen met een verminderde arbeidsinzet. Hierdoor stelt het hof de maximale hoogte van de schade op het verschil tussen inkomsten uit arbeid en uitkering gedurende de tijd dat Rutten zich op een wachtlijst bevindt in afwachting van ander werk. Deze periode

⁷⁴ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472 r.o. 3.5.5.

⁷⁵ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472 r.o. 3.5.3.

⁷⁶ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472 (conclusie mr. J. Spier).

⁷⁷ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472 (conclusie mr. J. Spier r.o. 5.7.3).

⁷⁸ HR 21 mei 2010, *LJN* BL6071 (conclusie mr. J. Spier).

⁷⁹ HR 21 mei 2010, *LJN* BL6071 (conclusie mr. J. Spier r.o. 5.29.3 en 5.30).

⁸⁰ Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2010, *LJN* BU2031.

⁸¹ Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2010, *LJN* BU2031 r.o. 4.1.

wordt gemaximeerd op twee jaar.⁸² De gevorderde immateriële schade wordt door het hof afgewezen aangezien er geen sprake is van geestelijk letsel, maar slechts een hoge mate van ongenoegen bij Rutten.⁸³ Ten slotte bepaalt het hof dat Rutten zelf in belangrijke mate verantwoordelijk is voor het ontstaan van het conflict. Hij heeft zich weinig bereidwillig getoond om tot een oplossing te komen en zich op dusdanige wijze gedragen dat het voor Breed onmogelijk was om zich als goed werkgever te gedragen. Op grond van art. 6:101 BW bepaalt het hof dat de door Rutten geleden schade voor 35% voor rekening van Breed dient te komen. Dit komt neer op een bedrag van € 8.500,-.⁸⁴

3.5 Standpunten uit de literatuur

Heerma van Voss e.a. maken in hun artikel een belangrijk onderscheid.⁸⁵ Er bestaan volgens hen twee situaties waardoor een schadevergoeding kan worden toegekend. In de eerste situatie bepaalt de rechter dat het ontslag dermate kennelijk onredelijk is dat de arbeidsovereenkomst in zijn geheel niet had mogen worden opgezegd. De tweede situatie doet zich voor wanneer de omstandigheden van het ontslag, de wijze waarop of de voorwaarden waaronder het ontslag gegeven is, het ontslag kennelijk onredelijk maken. In het eerste geval kan de materiële schade grotendeels worden begroot door het gemis aan loon. Daar de werknemer op grond van art. 6:101 BW een schadebeperkingsplicht heeft dient hij gedurende zijn werkloosheid een uitkering aan te vragen, evenals op zoek te gaan naar een nieuwe baan. De schade zal hierdoor niet automatisch doorlopen gedurende de verwachte duur van de oorspronkelijk arbeidsovereenkomst of in het meeste extreme geval tot aan de verwachte pensioenleeftijd.⁸⁶ In de tweede situatie is het van belang dat de schade de kennelijk onredelijkheid dekt. Het gemis aan inkomsten is hierbij dus niet automatisch een goede richtlijn daar de arbeidsovereenkomst in beginsel wel mocht worden beëindigd. Om hiervoor toch een concrete berekening te kunnen geven dient de rechter zich af te vragen wat de werkgever had kunnen doen om de kennelijk onredelijkheid te voorkomen. Hier komt de eerder genoemd aard en ernst van de tekortkoming van de werkgever duidelijk terug.

Loonstra bevestigt dit onderscheid en voegt hier nog een derde mogelijkheid aan toe.⁸⁷ Hij geeft aan dat er ook sprake kan zijn van een situatie waarbij zowel het ontslag op zichzelf kennelijk onredelijk is, evenals de omstandigheden waaronder het gegeven is. Het is dus een combinatie van de eerste twee mogelijkheden. Opvallend is dat de Hoge Raad hier in zijn arresten geen onderscheid in lijkt te maken. Loonstra concludeert uiteindelijk dat een goede norm voor de schadeberekening het verlies aan inkomen gedurende de periode van werkloosheid zou zijn. De aard en ernst van de tekortkoming van de werkgever kan vervolgens terugkomen in een procentuele verdeling van de schade. Hierdoor kan door bijvoorbeeld een slechte financiële positie van de werkgever een deel van de schade voor rekening van de werknemer komen.⁸⁸

Lousberg vraagt zich af of er aan de hand van de gevolgde lijnen in Breed/Rutten niet toch een algemene formule voor de schadeberekening mogelijk is. Hierbij wordt inkomensachteruitgang als uitgangspunt genomen, waarbij de duur van de werkloosheid een belangrijke rol speelt. Ook neemt hij eventuele immateriële schade en pensioenschade op in de berekening. Lousberg geeft hierbij als opmerking dat de formule

⁸² Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2010, *LJN* BU2031 r.o. 4.3.1.

⁸³ Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2010, *LJN* BU2031 r.o. 4.3.2.

⁸⁴ Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2010, *LJN* BU2031 r.o. 4.4.1 en 4.4.2.

⁸⁵ G.J.J. Heerma van Voss e.a. 'Begroot, schat, vergoed en bewonder', *TRA*, 2010, nr.47, p. 3.

⁸⁶ G.J.J. Heerma van Voss e.a. 'Begroot, schat, vergoed en bewonder', *TRA*, 2010, nr.47, p. 5.

⁸⁷ C.J. Loonstra, 'De januskop van de Hoge Raad', *AR* 2010, nr. 34, p. 2.

⁸⁸ C.J. Loonstra, 'De januskop van de Hoge Raad', *AR* 2010, nr. 34, p. 7.

geen rekening houdt met de verschillende mogelijkheden van kennelijk onredelijkheid zoals hierboven genoemd.⁸⁹

Buijs is van mening dat de praktijk heeft aangetoond dat er tot op een bepaalde hoogte gewerkt kan worden met de richtlijnen van de Hoge Raad en dat de arresten goed passen in de huidige rechtsontwikkelingen van het burgerlijk recht.⁹⁰ Buijs stelt hierbij wel zijn twijfels te hebben bij de mate waarin het voor een rechter mogelijk is om zijn schadebegroting voldoende inzichtelijk te maken. Benadrukt wordt door hem de rangorde van schadebegroting waardoor een vergoeding naar billijkheid op de laatste plaats komt.⁹¹

Koster en De Lange stellen in hun laatste artikel dat verreweg de meeste rechters aansluiten bij de berekeningswijze door aanvulling van de WW-uitkering gedurende een bepaalde periode te vergoeding. In de periode juni 2011 tot en met juni 2012 werd de vergoeding minder vaak naar billijkheid vastgesteld, wat een positieve ontwikkeling lijkt te zijn. Het blijkt nog steeds erg lastig om de hoogte van de schadevergoeding in te schatten. Rechters maken nog vaak gebruik van een gedeeltelijk schatting.⁹² Koster en De Lange raden werknemers daarom aan om de gevorderde schade te voorzien van een concrete onderbouwing zodat de rechter ook mee houvast heeft bij de berekening van de schadevergoeding. Er moeten nog flinke stappen gemaakt worden voordat er sprake is van voldoende voorspelbaarheid bij het berekenen van de schadevergoeding.⁹³

3.6 Criteria Hoge Raad

Nu alle relevante jurisprudentie op een rij is gezet, is het mogelijk om duidelijke criteria te onderscheiden die volgens de Hoge Raad meegenomen dienen te worden bij het berekenen van de schadevergoeding ingevolge art. 7:681 BW. Gezien de noodzaak voor het vergroten van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid is het van belang dat de rechtspraak de volgende richtlijnen toepast bij het begroten van de schadevergoeding.

1. De rechter dient de schade te begroten aan de hand van de algemene regels omtrent schadebegroting, art. 6:97 BW. De schade dient eerst concreet begroot te worden. Indien dit niet mogelijk is mag de rechter een onderbouwde schatting van de schade maken. Mocht ook dat niet gaan dan dient de schade naar billijkheid te worden vergoed.
2. De hoogte van de schadevergoeding wordt beïnvloed door de omstandigheden van het geval. Hieronder vallen ook de omstandigheden die in het oogpunt van de rechter hebben geleid tot de kennelijk onredelijkheid van het ontslag. Hierbij valt te denken aan de omstandigheden zoals genoemd in paragraaf 3.1.3.
3. De vergoeding dient te worden gerelateerd aan de aard en ernst van de tekortkoming van de werkgever en de daaruit voortvloeiende nadelen voor de werknemer.
4. Gezien de aard van de schadevergoeding dient deze een bepaalde mate van genoegdoening te brengen, ook wel “de pleister op de wonde” genoemd.

⁸⁹ J.P.E. Lousberg, ‘Is de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag toch te vangen in een formule?’, *TvPP* 2012, nr. 3, p. 70-73.

⁹⁰ D.J. Buijs ‘Kennelijk onredelijk ontslag vanuit historisch perspectief verklaard’, *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2010, nr.2, p. 45.

⁹¹ D.J. Buijs ‘Kennelijk onredelijk ontslag vanuit historisch perspectief verklaard’, *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2010, nr.2, p. 44.

⁹² M. Koster & S. de Lange, ‘De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: stand van zaken medio 2011’, *TAP* 2012, nr. 6, p. 252.

⁹³ M. Koster & S. de Lange, ‘De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: stand van zaken medio 2011’, *TAP* 2012, nr. 6, p. 253.

5. De rechter mag alleen rekening houden met de omstandigheden en verwachtingen die op het moment van het ontslag aan de orde waren, de zogenaamde ex-tunc toetsing.

Belangrijk bij het hanteren van deze richtlijnen is dat de rechter nauwkeurig rekenschap geeft van de omstandigheden en factoren die meespelen in de begroting van de schade. Het is zijn taak om een duidelijke verantwoording af te leggen zodat voor de praktijk voldoende inzichtelijk is welke afwegingen zijn gemaakt voor het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding.

3.7 Deelconclusie

Na jaren van onduidelijkheid betreffende de berekening van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag procedure is door verschillende instanties getracht een oplossing te vinden om de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te verbeteren. Het gebruik van de kantonrechtersformule in dergelijke procedures stuitte op veel kritiek waardoor het hof 's-Gravenhage in 2008 met een eigen benadering kwam, de zogenaamde Haagse leer. Het hof was van mening dat de schadevergoeding vastgesteld kon worden door een correctie van -30% toe te passen op de kantonrechtersformule. Eveneens concludeerde zij dat het ontbreken van een vergoeding gelijk aan deze formule voldoende was om het ontslag kennelijk onredelijk te maken. De hoven 's-Hertogenbosch, Arnhem en Amsterdam deelden een andere visie op deze problematiek en ontwikkelde de XYZ-formule, een eigen benadering die uitkomt op de helft van de kantonrechtersformule. Over beide methoden werd kort na ontwikkeling een oordeel geveld door de HR in de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed.

In van de Grijp/Stam bepaalde de Hoge Raad dat het niet geoorloofd is om de schadevergoeding door middel van een algemene formule te standaardiseren. Er zal door de rechter rekening gehouden moet worden met de aard en ernst van de tekortkoming van de werkgever en de hieruit voortvloeiende nadelen voor de werknemer, evenals de omstandigheden van het geval. In Rutten/Breed wordt deze visie grotendeels bekrachtigd en wordt nadruk gelegd op het van toepassing zijn van de algemene regels omtrent schadebegroting zoals opgenomen in boek 6 van het BW. Ook wordt beargumenteerd dat de omstandigheden die hebben geleid tot de kennelijk onredelijkheid van het ontslag vaak meegewogen moeten worden in de berekening van de schadevergoeding. In beide arresten bepleit de Hoge Raad dat de wijze van schadeberekening ook zonder algemene formule geharmoniseerd kan worden. Voor de rechters ligt hier de taak om de berekening voldoende te beargumenteren en inzichtelijk te maken in hun uitspraken. Deze wijze van schadeberekening wordt in de uitspraak Breed/Rutten voor het eerst vormgegeven.

In de literatuur hebben verschillende auteurs zich uitgelaten naar aanleiding van de arresten van de Hoge Raad. Zowel Loonstra als Heersma van Voss e.a. benadrukken de verschillende mogelijkheden van kennelijk onredelijkheid en hanteren hierbij verschillende wijze van schadeberekening. Lousberg is van mening dat op basis van Breed/Rutten wellicht toch een formule voor de schadeberekening ontwikkeld kan worden. Buijs voorziet problemen met het voldoende inzichtelijk kunnen maken van de schadeberekening, maar denkt dat de praktijk hier uiteindelijk wel zijn weg ik zal vinden. Ten slotte geven Koster en De Lange enkele statistieken omtrent de berekening van de schadevergoeding, waaruit blijkt dat er langzaam verbetering optreedt in de voorspelbaarheid maar dat er nog een lange weg te gaan is.

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op een belangrijke recente ontwikkeling op het gebied van de berekening van de schadevergoeding ex art. 7:681 BW. Zoals reeds benoemd mag een rechter slechts ex-tunc toetsen bij het begroten van de schadevergoeding. Dit betekent dat hij op het moment van opzegging zal moeten voorspellen wat de schade van de benadeelde zal zijn. Aangezien deze schade samenhangt met een heleboel toekomstige en daardoor onzekere gebeurtenissen staat de rechter hierbij voor een dilemma. Enerzijds dient hij de schade zo concreet mogelijk te berekenen, anderzijds kan hij niet in de toekomst kijken. Een belangrijk onderdeel dat bepalend is voor de hoogte van de schade, is de periode van werkloosheid van de werknemer.

4.1 Ontwikkeling van de methode

In de praktijk blijkt het onmogelijk voor een rechter om een wetenschappelijk verantwoorde uitspraak te doen over de verwachte werkloosheidsduur van een werknemer. Om de rechterlijke macht, en uiteraard de betrokken partijen, enige houvast te geven bij het berekenen van de schadevergoeding is SEO Economisch Onderzoek verzocht om onderzoek te verrichten naar de gemiddelde werkloosheidsduur in Nederland.⁹⁴ Op basis van bekende cijfers uit het verleden (2002-2011) heeft zij samen met de Universiteit van Amsterdam een model ontwikkeld dat aan de hand van enkele factoren de verwachte werkloosheid van een persoon berekent. Hierbij wordt zowel de verwachte werkloosheid in dagen weergegeven als de kans op uitstroom naar een andere baan. De methode is te raadplegen op de website www.hoelangwerkloos.nl. De volgende factoren dienen te worden ingegeven en zijn van invloed op de werkloosheidsduur:⁹⁵

- Datum start vorige baan (vrij in te vullen)
- Datum start werkloosheid (vrij in te vullen)
- Geboortedatum betrokkene (vrij in te vullen)
- Woonprovincie betrokkene (12 keuzemogelijkheden, slechts 1 keuze mogelijk)
- Sector laatste baan (11 keuzemogelijkheden, slechts 1 keuze mogelijk)
- Beroepsniveau (5 keuzemogelijkheden, slechts 1 keuze mogelijk)
- Beroepsrichting (13 keuzemogelijkheden, slechts 1 keuze mogelijk)

De cijfers waarop de methode gebaseerd is zijn afkomstig van verschillende databronnen van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS). Voor de wetenschappelijke verantwoording van de methode kan de website⁹⁶ geraadpleegd worden, hier zal in dit rapport niet verder op worden ingegaan. Wel is het van belang enkele door de makers gecommuniceerde beperkingen te benoemen, die bij gebruik van de methode in het achterhoofd moeten worden gehouden. Te beginnen met de meest opvallende tekortkoming. De methode berekent de duur van de verwachte werkloosheid na instroom in de WW en dus niet de verwachte duur van de werkloosheid na ontslag. Daarnaast is het systeem gebaseerd op gegevens tussen 2002-2011. In deze periode werd de WW door veel oudere werknemers gebruikt als tussenstop naar vervroegde uittrekking, waardoor de cijfers een vertekend beeld geven van de verwachte werkloosheidsduur bij oudere werknemers. Ook laat niet iedereen zich bij einde dienstverband als werkloos registreren waardoor deze gegevens niet meegenomen kunnen worden. Ten slotte worden van de instromers in de WW niet alle relevante gegevens geregistreerd, terwijl deze wel van belang zijn voor de uitkomst van het onderzoek. Uit de verantwoording kan daarnaast niet opgemaakt worden of de cijfers maandelijks/jaarlijks bijgewerkt (zullen) worden.

⁹⁴ Toelichting methode <http://hoelangwerkloos.nl/?page_id=67> geraadpleegd op 14 mei 2013.

⁹⁵ Berekening <<http://hoelangwerkloos.nl/excelmodel6>> geraadpleegd op 14 mei 2013.

⁹⁶ Toelichting methode <http://hoelangwerkloos.nl/?page_id=67> geraadpleegd op 14 mei 2013.

4.2 Kring van Kantonrechters

Op 2 november 2012 heeft de Kring van Kantonrechters bekend gemaakt dat er door haar voorlopig geen formule voor de schadeberekening bij kennelijk onredelijk ontslag ontwikkeld zal worden. Eerder werd hier wel over gesproken maar gezien het nog steeds voortdurende onstuimige politieke klimaat geeft ze aan hier mee te willen wachten. Het zou op dit moment onverstandig zijn om met een aanbeveling te komen wanneer op elk moment een ingrijpend wetsvoorstel kan worden aangenomen, dat een einde maakt aan de huidige vorm van het ontslagrecht. In het persbericht wordt het volgende gemeld: *“Met vaststelling en publicatie van die aanbevelingen zou verwarring kunnen worden gewekt en zou het wetgevingsproces mogelijk kunnen worden verstoord.”*⁹⁷

In het persbericht werd tevens aandacht besteed aan de ontwikkeling van www.hoelangwerkloos.nl. De Kring gaf aan enthousiast te zijn over de methode die volgens haar een houvast kan bieden bij het bepalen van de schadevergoeding. *“Met deze methode, te vinden op www.hoelangwerkloos.nl, is het mogelijk een redelijke schatting te maken van de duur van de werkloosheid van een ontslagen werknemer en daarmee van de schade, die een werknemer lijdt als gevolg van zo’n ontslag.”*⁹⁸

4.3 De praktijk

Na deze positieve reactie van de Kring van Kantonrechters was het natuurlijk de vraag of en hoe snel de methode zou worden overgenomen in het werkveld. Hoewel in het volgende hoofdstuk duidelijk terugkomt dat de arbeidsmarktpositie van een werknemer grote invloed heeft op de hoogte van de schadevergoeding, is de methode sinds de ontwikkeling pas twee keer gebruikt. Natuurlijk bestaat de methode nog niet erg lang en zijn er sinds het persbericht van de Kring van Kantonrechters nog maar enkele uitspraken gedaan waarbij een schadevergoeding op grond van art. 7:681 BW is toegekend. Het is dus nog niet mogelijk om te concluderen of www.hoelangwerkloos.nl een veelgebruikte methode zal worden. Daarnaast moet worden opgemerkt dat de rechter de methode natuurlijk ook kan hanteren zonder dit nadrukkelijk in zijn uitspraak naar voren te laten komen.

Rechtbank Rotterdam was de eerste die zich durfde te wagen aan het gebruik van de site.⁹⁹ Kantonrechter mr. W.J.J. Wetzels gaat mee in het verweer van de werkgever die aan de hand van de methode beargumenteerd dat de geschatte werkloosheidsduur van de werkneemster 335 dagen bedraagt, met een 43% kans op uitstroom naar een baan. Hij gaat hiermee voorbij aan de door de werkneemster in het geding gebrachte cijfers van het CBS die een aanzienlijk slechtere kans op de arbeidsmarkt voorspellen. Hij beargumenteerd zijn keuze als volgt: *“Nu de berekening van Arbeidsmarktreserach BV meer op de situatie van eiseres is toegespitst en in die berekening rekening is gehouden met 23 variabelen, ontleend aan de specifieke situatie van eiseres, terwijl bij de door eiseres gepresenteerde cijfers van het CBS enkel gekeken is naar werknemers in dezelfde leeftijdscategorie als eiseres, waarbij voor een belangrijk deel geabstraheerd is van de feitelijke situatie van eiseres, bijvoorbeeld ten aanzien van haar arbeidsverleden, haar specifieke opleiding en de woonprovincie, bestaat er naar het oordeel van de kantonrechter aanleiding om aan de berekeningen van ArbeidsmarktReserach een zwaarder gewicht toe te kennen.”*¹⁰⁰ Hij geeft tevens aan dat bij de geschatte werkloosheidsduur wel rekening gehouden moet worden met het lage percentage dat de kans op uitstroom naar een baan weergeeft en de voortdurende arbeidsongeschiktheid

⁹⁷ Persbericht Kring van Kantonrechters <www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Geen-aanbevelingen-kantonrechters-voor-ontslagvergoeding.aspx>, geraadpleegd op 14 mei 2013.

⁹⁸ Persbericht Kring van Kantonrechters <www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Geen-aanbevelingen-kantonrechters-voor-ontslagvergoeding.aspx>, geraadpleegd op 14 mei 2013.

⁹⁹ Ktr. Rotterdam 14 december 2012, LJN BY6325.

¹⁰⁰ Ktr. Rotterdam 14 december 2012, LJN BY6325 r.o. 5.3.

van de werkneemster. De uiteindelijke schadevergoeding wordt berekend op aanvulling van haar WW-uitkering gedurende 1,5 jaar, wat neerkomt op een bedrag van € 9.250,-. Opvallend hieraan is dat Wetzels de methode dus in eerste instantie gebruikt bij het bepalen van de kennelijk onredelijkheid van het ontslag, maar later bij het berekenen van de schadevergoeding achterwege laat. Hij lijkt hier zelf naar redelijkheid en billijkheid een inschatting te maken. Het is mogelijk dat hij de werkloosheidsduur heeft uitgebreid naar 19 maanden omdat hij rekening houdt met het uitstroompercentage en de arbeidsongeschiktheid van de werkneemster. Dit wordt echter niet door hem beargumenteerd. Ondanks het gebruik van de methode ontbreekt het dus ook in deze uitspraak aan duidelijke argumentatie van de opbouw van de schadevergoeding.

Op 30 januari 2013 gebruikt ook kantonrechter J.J.M. de Laat de methode in zijn uitspraak.¹⁰¹ Werkneemster betoogt in dit geschil dat zij naar verwachting 38 maanden werkloos zal zijn. De Laat besluit in een reactie hierop de site te raadplegen en constateert een verwachte werkloosheidsduur van 385 dagen met 52% kans op uitstroom naar een baan. Uiteindelijk wordt de schadevergoeding begroot op 13 maanden aanvulling tot het laatstverdiende loon. Hierbij wordt dus duidelijk de berekening van de methode gebruikt voor het bepalen van de schadevergoeding. De Laat lijkt verder niets te doen met het uitstroompercentage. Ook is het opvallend dat de kantonrechter zelf het gebruik van de methode initieert zonder dat partijen hier aanleiding toe hebben gegeven. Is dit wel geoorloofd? Mag een rechter ambtshalve op zoek naar de werkloosheidsgegevens of dient hij zijn oordeel te baseren op informatie aangedragen door de betrokken partijen? De Laat geeft hier in hoofdstuk zeven duidelijk zijn mening over. Hij beargumenteert dat de site van dusdanige algemene bekendheid is waardoor een rechter deze rechtsgeldig op eigen initiatief mag raadplegen.¹⁰² Niet iedereen is het met zijn visie eens. Kantonrechter Boot geeft in zijn interview aan dat hier zeer voorzichtig mee om gegaan moet worden.¹⁰³ Hij betwijfelt of de site inderdaad gezien kan worden als algemeen bekend. Hij zou de site slechts gebruiken als deze op initiatief van een van de partijen in het geding wordt gebracht. Opvallend is dat in een artikel uit 2010, mede door De Laat geschreven, wordt gesteld dat het aan partijen is om gegevens omtrent de arbeidsmarktpositie van de werknemer aan te reiken.¹⁰⁴ De schrijvers zijn van mening dat deze cijfers geen feiten van algemene bekendheid zijn en daarom niet ambtshalve mogen worden geraadpleegd. De Laat is klaarblijkelijk van mening veranderd.

4.4 Reacties op de methode

Gezien de behoefte aan meer rechtszekerheid in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure en de recente jurisprudentie van de Hoge Raad was men enorm nieuwsgierig naar de ontwikkeling van de www.hoelangwerkloos.nl. Inmiddels hebben verschillende auteurs zich uitgelaten over de methode. Van Buitenen erkent de bekende beperkingen maar is van mening dat de methode desondanks een goed hulpmiddel kan zijn bij het onderbouwen van de hoogte van de schadevergoeding. Ook meent hij dat de methode mogelijk zou kunnen bijdragen aan het beoordelen van de kennelijk onredelijkheid daar het aanknopingspunten geeft over de gevolgen van de opzegging.¹⁰⁵ Buijs geeft in zijn commentaar bij een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch aan dat het raadzaam was geweest als een van de partijen de uitkomsten van de methode had gebruikt om haar zaak te bepleiten. Dit had volgens hem het debat over de hoogte van de

¹⁰¹ Ktr. Utrecht 30 januari 2013, *LJN* BZ1018.

¹⁰² Interview kantonrechter J.J.M. de Laat, paragraaf 6.2.

¹⁰³ Interview kantonrechter G. Boot, paragraaf 6.4.

¹⁰⁴ G.J.J. Heerma van Voss e.a. 'Begroot, schat, vergoed en bewonder', *TRA*, 2010, nr.47, p. 4.

¹⁰⁵ E.F.A. van Buitenen, 'Hoelangwerkloos.nl: een nieuw hulpmiddel bij de berekening van de schadevergoeding ex artikel 7:681 BW?', *TvPP* 2013, nr. 1, p. 3.

schadevergoeding enigszins kunnen stroomlijnen.¹⁰⁶ In hoofdstuk 7 geven de verschillende kantonrechters ook hun visie op de methode.

4.5 Deelconclusie

De methode www.hoelangwerkloos.nl is ontwikkeld met het doel de rechtszekerheid in art. 7:681 BW procedures te verbeteren en de partijen een duidelijkere houvast te geven bij het inschatten van de verwachte werkloosheidsduur. Inmiddels is de site twee keer gebruikt in een dergelijke procedure en bij beide keren kunnen duidelijke kanttekeningen gesteld worden. Gezien de korte duur van het bestaan van de methode is nog onduidelijk of het in de toekomst een veelgebruikt hulpmiddel zal worden. Wel zijn er vanuit het werkveld positieve reacties op de poging tot het vergroten van de rechtszekerheid en is men voorzichtig positief over het gebruik van de methode.

¹⁰⁶ D.J. Buijs, 'De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag blijft lastig te berekenen', *TRA* 2013, nr. 37.

Hoofdstuk 5: Jurisprudentieonderzoek

De Hoge Raad is van mening dat er een weg gevonden kan worden naar een uniformere berekening van de schadevergoeding ex artikel 7:681 BW, zonder het hanteren van een algemene formule. Hier ligt volgens hem een taak voor de rechters om de te vergoeden schade zo concreet mogelijk te begroten en de opbouw hiervan inzichtelijk te maken in hun uitspraken. Om te beoordelen of deze zienswijze ook daadwerkelijk wordt nageleefd door de lagere rechtspraak zijn in het kader van dit onderzoek 50 uitspraken geanalyseerd. Het betreft uitspraken, zowel in eerste als tweede aanleg, waarbij een geslaagd beroep is gedaan op art. 7:681 BW. Het onderzoek richt zich op betreffende uitspraken die gepubliceerd zijn na Breed/Rutten tot 1 mei 2013. Onderzocht is in hoeveel gevallen de gestelde criteria duidelijk worden gehanteerd bij het begroten van de schadevergoeding. Allereerst zijn de algemene onderzoeksresultaten uiteengezet. Vervolgens is per criterium bekeken in hoeverre ze van invloed zijn op de hoogte van de schadevergoeding. Hierbij wordt tevens een vergelijking gemaakt tussen de werkwijze van de rechtbanken en de gerechtshoven. Ten slotte worden nog enkele opmerkelijke uitspraken besproken.

Alle onderzoeksresultaten zijn opgenomen in een overzichtelijke tabel (bijlage A). In deze tabel is per uitspraak aangegeven of bij de opbouw van de schadevergoeding rekening is gehouden met de voornoemde criteria. Hierbij dient in aanmerking genomen te worden dat een criterium van invloed wordt geacht op het moment dat dit nadrukkelijk in de uitspraak is genoemd. Het is hierbij geen vereiste dat de rechter inzichtelijk maakt in welke mate dit criterium bijdraagt aan de hoogte van de schadevergoeding. In de tabel is bewust ruimte gemaakt voor het plaatsen van opmerkingen. In sommige gevallen is het noodzakelijk om een bepaalde nuance kenbaar te maken omdat slechts het kiezen uit twee uitersten een onjuiste weergave van de werkelijkheid kan geven. Voor een volledige interpretatie van het onderzoek dient daarom de tabel geraadpleegd te worden.

5.1 Algemene onderzoeksresultaten

Onder de onderzochte uitspraken bevinden zich 27 vonnissen gewezen door een kantonrechter, 22 uitspraken van de verschillende gerechtshoven en 1 arrest van de Hoge Raad. In twee gevallen heeft de rechter herstel van het dienstverband toegewezen, bij één van deze uitspraken is dit vervolgens door de werkgever afgekocht.¹⁰⁷ De afkoopsom werd door de rechter vastgesteld op € 50.000,-. Hierbij werd in aanmerking genomen dat de werkgever de werknemer de kans heeft ontnomen om in de onderneming werkzaam te blijven. Tevens is meegenomen dat door de werkgever reeds een ruime ontslagvergoeding was toegekend. De uitspraak van de Hoge Raad is terugverwezen naar het hof waardoor nog niets bekend is over de hoogte van de schadevergoeding. In de overige 47 gevallen werd een schadevergoeding toegekend. De hoogte van de schadevergoedingen lopen erg uiteen. De verdeling is als volgt:

Tussen € 0,- en € 10.000,-	6 uitspraken
Tussen € 10.000,- en € 20.000,-	13 uitspraken
Tussen € 20.000,- en € 30.000,-	13 uitspraken
Tussen € 30.000,- en € 40.000,-	4 uitspraken
Tussen € 40.000,- en € 50.000,-	2 uitspraken
Meer dan € 50.000,-	7 uitspraken

In twee gevallen kan de hoogte van het bedrag niet direct uit de uitspraak opgemaakt worden. Hier wordt slechts aangegeven dat de WW-uitkering gedurende een bepaalde periode aangevuld dient te worden. Verdere gegevens omtrent het laatstverdiende loon zijn niet bekend.

¹⁰⁷ Ktr. Winschoten 6 december 2012, LJN BY5975.

Opvallend zijn de zeven uitspraken waarbij een vergoeding van meer dan € 50.000,- is toegekend. In vier van deze gevallen gaat het om ontslag van een statutair directeur waardoor de hoogte van de schadevergoeding verklaard kan worden. In de overige drie gevallen is er twee keer sprake van ontslag van een werknemer met een hoog salaris. Het derde geval betreft een uitspraak van de kantonrechter Rotterdam.¹⁰⁸ Hij berekent de schadevergoeding door het gemis aan inkomende gedurende maar liefst vier jaar te vergoeden. De reden waarom gekozen wordt voor deze ruime periode van vier jaar is niet geheel duidelijk. De kantonrechter stelt het volgende: *“De kantonrechter acht het voldoende aannemelijk dat eiser erin slaagt om in ieder geval binnen genoemde termijn van vier jaar weer elders aan de bak te komen, c.q. als zelfstandige aan de slag te gaan... Zo mocht blijken dat eiser erin slaagt om binnen genoemde termijn van vier jaar elders een betrekking te vinden, is het risico groot dat hij er in arbeidsvoorwaarden op achteruit zal gaan in vergelijking met zijn situatie bij gedaagde vóór 1 januari 2012 en in dat geval kan de hiervoor toegekende schadevergoeding dienen ter aanvulling van dat lagere salaris bij de nieuwe werkgever. Tevens kan die vergoeding in dat geval dienen om eiser in staat te stellen bij een eventuele nieuwe werkgever een vaste positie op te bouwen, vergelijkbaar met de positie die hij had bij gedaagde.”*

De geanalyseerde uitspraken van de hoven zijn geen van alle zaken die in eerste aanleg ook al in het onderzoek betrokken zijn. Dit komt onder andere doordat slechts een periode van iets meer dan anderhalf jaar onderzocht is. Dit is in veel gevallen te kort voor het voltooien van een zaak bij het gerechtshof. Daarnaast zijn veel van de hoger beroep zaken ingesteld door de werknemer die van mening is dat de kantonrechter onjuist heeft geoordeeld door hem geen of te weinig schadevergoeding toe te kennen. De zaken in eerste aanleg waarbij geen schadevergoeding is toegekend zijn ook niet in het onderzoek opgenomen. In slechts vier uitspraken van het hof wordt het oordeel van de kantonrechter bevestigd. Dit is verklaarbaar doordat in de uitspraken die onderzocht zijn altijd een schadevergoeding wordt toegekend. Hoger beroep zaken ex art. 7:681 BW worden meestal ingesteld op het moment dat de kantonrechter besluit dat er geen sprake is van kennelijk onredelijk ontslag. Als het hof dit vervolgens bekrachtigd wordt dat niet weergegeven in deze onderzoeksresultaten.

5.2 Toepassing criteria Hoge Raad

Bij het beoordelen van het gebruik van de criteria worden vier uitspraken buiten beschouwing gelaten. Dit zijn de zojuist genoemde uitspraken waarbij de rechter besloten heeft tot herstel van het dienstverband over te gaan. Ook wordt de uitspraak van de Hoge Raad niet meegenomen omdat hierin geen feitelijk uitspraak wordt gedaan over de hoogte van de schadevergoeding. De vierde uitspraak die niet verder bekeken zal worden is een vonnis van het Hof 's-Hertogenbosch.¹⁰⁹ In deze uitspraak is op grond van het sociaal plan een gefixeerde schadevergoeding toegekend. Hierdoor bestaat er geen verdere reden om de uitspraak in dit onderzoek te betrekken. In deze paragraaf worden daarom 46 uitspraken geanalyseerd waarvan 25 uitgesproken door de rechtbanken en 21 door de gerechtshoven.

Schadeberekening o.g.v. art. 6:97 BW

Zoals reeds vastgesteld dient de rechter de schade te begroten op grond van de algemene regels omtrent schadebegroting. In 19 van de onderzochte uitspraken zijn deze regels nadrukkelijk van toepassing verklaard. Hierbij wordt meestal door de rechter direct geciteerd uit de arresten van de Hoge Raad. In drie gevallen wordt boek 6 niet direct genoemd maar wordt tekstueel wel gerefereerd aan het artikel. In een uitspraak van de kantonrechter Amsterdam staat bijvoorbeeld het volgende: *“...maar dat anderzijds de*

¹⁰⁸ Ktr. Rotterdam 13 januari 2012, L/JN BV1947.

¹⁰⁹ Hof 's-Hertogenbosch 15 november 2011, L/JN BU5354.

rechter zich bij de schadebegroting steeds nauwkeurig rekenschap dient te geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen." Dit betekent dat met zekerheid gezegd kan worden dat in 48% van de gevallen de schadebegroting volgens de regels van boek 6 plaats vindt, ervan uitgaande dat de rechter bij directe benoeming van de regel deze ook daadwerkelijk hanteert. Van de overige 26 uitspraken blijkt de rechter niet direct te verwijzen naar boek 6. In 19 van deze gevallen lijkt het er, gezien zijn werkwijze, wel op dat hij tracht deze regels te hanteren. Het is lastig om te bepalen of dit in voldoende mate gebeurt omdat er geen inzicht is in de processtukken. Hierdoor is het niet mogelijk om te beoordelen of de rechter de schade daadwerkelijk zo concreet mogelijk begroot.

Opvallend hierbij is dat het hof slechts in 29% van zijn uitspraken direct verwijst naar de regels van boek 6. Dit is een groot verschil met de rechtbank. Zij refereert aan deze richtlijn in 52% van haar uitspraken. In 31 uitspraken wordt de schade berekend door aanvulling op de WW-uitkering gedurende een bepaalde werkloosheidsperiode te nemen. Hiermee wordt het inkomensverlies gedurende een bepaalde periode gecompenseerd. Het inkomensverlies kan in veel gevallen concreet begroot worden maar de verwachte werkloosheidsduur is lastiger. In twee gevallen is gekozen voor het gebruik van de site www.hoelangwerkloos.nl, zoals vernoemd in hoofdstuk vier. In veel gevallen wordt deze duur nog door de rechter geschat, waarbij hij de onderbouwing van partijen meeweegt in zijn beoordeling.

Aard en ernst van de tekortkoming meewegen

De rechter dient de aard en ernst van de tekortkoming van de werkgever en de daaruit voortvloeiende nadelen voor de werknemer mee te nemen in zijn begroting van de schade. Dit is in 66% van de onderzochte uitspraken direct benoemd en dus in het oogpunt van dit onderzoek ook door de rechter meegewogen. Ook bij dit criterium geldt dat de rechter de richtlijn mogelijk wel heeft meegenomen in zijn overwegingen maar niet direct heeft benoemd. Dit is dan onvoldoende inzichtelijk gemaakt waardoor het niet objectief bepaalbaar is in het kader van dit onderzoek. Het lijkt echter vrijwel onmogelijk om niet in een bepaalde mate de aard en ernst van de tekortkoming mee te wegen. Het tekortschieten van de werkgever is namelijk vaak een groot onderdeel van de kennelijk onredelijkheid.

Door het hof wordt dit criterium in 81% van de gevallen benoemd. Bij de rechtbank bedraagt dit percentage 52%. In zeven van de gevallen komt de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever extra naar voren doordat de rechter een procentuele verdeling van de schade heeft gemaakt. Hij geeft hierbij aan welk deel van de schade voor rekening van de werkgever dient te komen. In de uitspraak Breed/Rutten werd deze werkwijze eerder al gehanteerd. Onder andere de kantonrechter Maastricht¹¹⁰ volgt het hof 's-Hertogenbosch hierin en bepaalt dat de schade voor 60% voor rekening van de werkgever dient te komen wegens zijn aandeel in het mislukken van de re-integratie van de werknemer. Het gerechtshof Den Haag¹¹¹ besluit om 10% van de schade voor rekening van de werknemer te laten komen omdat hij kenbaar had gemaakt plannen te hebben om een eigen bedrijf te beginnen.

Omstandigheden van het geval

De omstandigheden van het geval kunnen van grote invloed zijn op de hoogte van de geleden schade. Het is daarom noodzakelijk dat deze meegenomen worden in het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding. Vaak lijkt het onvermijdelijk om deze omstandigheden mee te laten wegen bij de berekening van de schadevergoeding. Ook hierbij is het van belang dat de rechter duidelijk kenbaar maakt dat deze omstandigheden worden meegewogen. In maar liefst 80% van de uitspraken heeft de rechter hier gehoor

¹¹⁰ Ktr. Maastricht 15 augustus 2012, JAR 2012 nr. 251.

¹¹¹ Hof 's-Gravenhage 22 januari 2013, LJN BZ0401.

aan gegeven en direct benoemt dat de omstandigheden een aandeel hebben in de hoogte van de schadevergoeding. Hiervan is ook sprake als de rechter verwijst naar de omstandigheden die hebben geleid tot de kennelijk onredelijkheid van het ontslag. De rechtbank hanteert deze richtlijn in 80% van haar uitspraken en het hof in 81% procent van de gevallen. Een zeer positieve ontwikkeling is dat in veel gevallen ook duidelijk gemaakt wordt aan welke omstandigheden de rechter veel belang hecht. De onderstaande omstandigheden worden in de uitspraken benoemd als medebepalend voor de hoogte van de schadevergoeding:

Arbeidsmarktperspectieven	28 uitspraken
Leeftijd werknemer	26 uitspraken
Duur dienstverband	24 uitspraken
Financiële situatie werkgever	12 uitspraken
Persoonlijke omstandigheden werknemer	6 uitspraken

De arbeidsmarktperspectieven van een werknemer spelen dus vaak een rol bij de berekening van de schadevergoeding. In de uitspraken wordt deze omstandigheid in de helft van de gevallen direct benoemd. Op het moment dat een schadevergoeding berekend wordt op grond van een bepaalde werkloosheidsverwachting speelt deze omstandigheid natuurlijk ook een rol. Met persoonlijke omstandigheden van de werknemer wordt in drie gevallen gerefereerd aan (gedeeltelijk) arbeidsongeschiktheid. In twee gevallen heeft de rechter het hier over lichamelijk en medische beperkingen. Een enkele keer wordt een andere omstandigheid benoemt zoals hantering van een ruimere opzegtermijn of belemmering van de werkgever bij het vinden van een nieuwe baan. Indien dit het geval is staat deze omstandigheid vermeld in de bijlage.

Ex-tunc toetsing

Bij het begroten van de hoogte van schadevergoeding mag de rechter slechts de omstandigheden en verwachtingen ten tijde van het ontslag meewegen in zijn oordeel. Er is gekeken in hoeveel uitspraken de rechter nadrukkelijk op deze manier heeft geoordeeld. In 72% van de gevallen is door de rechter op deze wijze gehandeld. Vooral het hof is erg duidelijk in het benoemen van dit criterium, slechts in één van de uitspraken is dit nagelaten. De rechtbank verwijst er daarentegen in 56% van de gevallen naar.

Bepaalde mate van genoegdoening brengen

Deze laatste richtlijn is lastiger objectief vast te stellen. Het is vrijwel onmogelijk om te beoordelen of een bepaalde schadevergoeding voldoende genoegdoening brengt aan de benadeelde partij aangezien dit een subjectieve opvatting is. Om te onderzoeken of de rechtspraak hier rekening mee houdt bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding is daarom gekeken of rechters hier in hun uitspraak direct naar verwijzen. Het is hiermee niet duidelijk of dit ook daadwerkelijk gelukt is vanuit het oogpunt van de benadeelde. Het is mogelijk dat in de gevallen waarin niet gerefereerd is aan de richtlijn nog steeds voldoende mate van genoegdoening bereikt kan zijn. Dit is in het kader van dit onderzoek niet objectief bepaalbaar.

Het criterium wordt in 39% van alle uitspraken genoemd. Vaak wordt hier gerefereerd naar de zogenaamde “pleister op de wonde”. Ook in dit geval is het Hof nadrukkelijk consequenter in het vermelden van de richtlijn: zij refereren hier in 52% van hun uitspraken aan, tegenover 28% van de rechtbanken.

5.3 Deelconclusie

Er kan duidelijk geconcludeerd worden dat de lagere rechtspraak over het algemeen goed op de hoogte lijkt te zijn van de relevante richtlijnen. Helaas worden deze nog niet consequent genoeg toegepast dan wel inzichtelijk gemaakt. De criteria zijn in de volgende

mate door de rechters toegepast. Hierbij is een concrete schadebegroting zonder te verwijzen naar boek 6 meegeteld:

Toepassing van 1 criterium	1 uitspraak
Toepassing van 2 criteria	10 uitspraken
Toepassing van 3 criteria	10 uitspraken
Toepassing van 4 criteria	12 uitspraken
Toepassing van 5 criteria	12 uitspraken

Het is opvallend positief dat er slechts in één geval naar geen enkele richtlijn verwezen wordt. Het hof 's-Hertogenbosch¹¹² besluit in zijn uitspraak te verwijzen naar de opbouw zoals vermeld in de dagvaarding. Hierdoor is voor derden onvoldoende inzichtelijk waarop de hoogte van de schadevergoeding is gebaseerd.

Het is ook opvallend te noemen dat de rechter in veel uitspraken wel op de hoogte lijkt te zijn van de gestelde richtlijnen maar besluit om slechts een gedeelte te benoemen dan wel toe te passen. Het feit dat de rechtsprekende macht voldoende bekend lijkt te zijn met de criteria zou kunnen betekenen dat er slechts nog maar een kleine stap nodig is naar het inzichtelijk maken van de opbouw van de schadevergoeding. Het is mogelijk dat de richtlijnen nog niet consequent door de rechters worden gehanteerd omdat ze er niet goed raad mee weten. Het blijft lastig om bepaalde criteria op een concrete wijze terug te laten komen in de hoogte van de schadevergoeding. Dit geldt bijvoorbeeld voor de aard en ernst van de tekortkoming van de werkgever. Een goede manier om deze tekortkoming direct tot uiting te laten komen is door het hanteren van een procentuele verdeling zoals gedaan in onder andere Breed/Rutten. Uiteraard blijft ook deze procentuele verdeling een persoonlijke inschatting van de rechter. Hier lijkt men niet aan te kunnen ontkomen. Alle omstandigheden van het geval, ten tijde van de opzegging, dienen meegewogen te worden. Aangezien enerzijds een toekomstige schadeberekening gemaakt moet worden en anderzijds lastig te concretiseren criteria dienen te worden meegenomen zal een rechter vrijwel altijd een bepaalde inschatting moeten maken. Hierdoor is het vrijwel nooit mogelijk om de vergoeding in zijn volledigheid concreet te benaderen.

Uiteindelijk blijft het van groot belang dat een rechter duidelijk benoemt wanneer hij een richtlijn wel of niet opneemt in de schadeberekening. Alleen op die manier is het voor een ander objectief te beoordelen of de begroting volgens de criteria van de Hoge Raad heeft plaatsgevonden. Daarnaast is het in het belang van de werknemer om ook zelf met een zo concreet mogelijk berekening van de schade te komen. Zonder een duidelijke uiteenzetting van de gevorderde schade is het voor de rechter nog lastiger om een concrete berekening te kunnen maken.

¹¹² Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 2013, *LJN* BY8167.

Hoofdstuk 6: Visie van de kantonrechter

Om een beter beeld te kunnen krijgen van de gedachtegang van de rechtsprekende macht zijn een viertal kantonrechters van verschillende rechtbanken gevraagd om hun mening. Aan hen zijn enkele vragen omtrent de opbouw van de schadevergoeding voorgelegd (bijlage 2). Hieronder wordt hun visie op de recente ontwikkelingen uiteengezet.

6.1 mr. J.M.J. Godrie (bijlage 1 USB)

De heer Godrie geeft aan onlangs geen uitspraken meer gehad te hebben waarbij hij een schadevergoeding ex art. 7:681 BW heeft toegekend. Hij merkt hierbij op dat deze verrassend weinig voorkomen. Op de vraag of hij met een vaste methode in zijn achterhoofd aan de berekening van de schadevergoeding begint, geeft hij aan dat de omstandigheden van het geval natuurlijk altijd een grote rol spelen. Wel zijn bepaalde richtlijnen gegeven door de Hoge Raad en daar heb je je als kantonrechter volgens hem dan ook aan te houden. Hij kijkt hierdoor dus wel op een bepaalde manier naar de opbouw van de vergoeding. Hij ervaart het als prettig dat er de laatste jaren wat meer duidelijkheid is ontstaan over hoe je een dergelijke zaak dient te benaderen.

Vervolgens wordt de vraag gesteld hoe Godrie het mogelijk acht om de bekende criteria te concretiseren in de uitspraak. Hoe laat je deze direct terugkomen in de hoogte van de schadevergoeding? Godrie refereert aan een annotatie van Spier bij een recente uitspraak van de Hoge Raad. Hierin stelt Spier dat bij deze concretisering altijd het inzicht van de kantonrechter een rol zal spelen. De kantonrechter heeft hierbij volgens Godrie een hoge mate van vrijheid. Het is van belang dat de meegewogen omstandigheden duidelijk worden vernoemd, maar er zal altijd een bepaalde mate van billijkheid bij komen kijken. Het blijft volgens hem een rechterlijk oordeel dat niet altijd exact uit te rekenen is. Godrie is van mening dat de kantonrechter dit door zijn leeftijd en vaak geruime civiele en maatschappelijke ervaring ook uitstekend zou moeten kunnen.

Een lastig aspect aan een concrete berekening blijft de toekomstige factor van de werkloosheidsduur. Godrie geeft aan de methode www.hoelangwerkloos.nl zelf nog niet gebruikt te hebben. Hij vraagt zich hierbij hardop af of het gebruik van de methode altijd nadrukkelijk door de rechter in zijn vonnis genoemd zou moeten worden. Hij is van mening dat de methode uit vertrouwde bron komt en is zich bewust van het feit dat er door partijen vaak behoefte is aan enige houvast. Hij lijkt om deze redenen matig positief te zijn over de methode, zeker bij het gebrek aan een alternatief. Hij is wel van mening dat er altijd een correctie op de methode toegepast kan worden als de situatie deze vereist. Het systeem bevat nu eenmaal enkele beperkingen en hierdoor kan niet zonder meer van de uitkomst worden uitgegaan. Hij benadrukt hierbij nogmaals dat sommige arbeidsrechtelijke procedures nu eenmaal van dusdanig veel variabelen afhankelijk zijn dat het aan de kantonrechter is om een billijke inschatting te maken. Helaas heeft dat af en toe tot gevolg dat de rechtszekerheid in het geding komt. Dit is volgens hem onvermijdbaar bij een individuele beoordeling van het geschil.

Bij de vraag of hij zelf voorstander is van de ontwikkeling van een uniformere methode van schadeberekening geeft hij aan dat hij zich heeft neergelegd bij het oordeel van de Hoge Raad. Kantonrechters hebben vaak de behoefte om aan te sluiten bij de wensen van de praktijk maar uit een juridisch oogpunt is uniformering van de vergoeding niet mogelijk. Godrie ziet daarom niet in waarom dit opnieuw geprobeerd zou moeten worden.

Vervolgens gaat Godrie kort in op de aspecten die volgens hem belangrijk zijn bij het beoordelen van de hoogte van de schadevergoeding. Hij noemt in het bijzonder de duur van het dienstverband en leeftijd van de werknemer.

Ook de kwestie van de ex-tunc toetsing komt aan de orde. Godrie stelt hierbij dat hij er rekening mee houdt als iemand ten tijde van de procedure al weer werk gevonden heeft bij een andere werkgever. Hierdoor weet je dat de werkelijke schade beperkt is gebleven en dit komt dan ook terug in je motivering.

Ten slotte geeft Godrie in het kader van de nieuwe politieke ontwikkelingen aan geen voorstander te zijn van de maximering van de vergoeding bij ontbinding dan wel kennelijk onredelijk ontslag. Hij ziet deze maximering als “ *misplaatst wantrouwen van de rechterlijke macht op verkeerde gronden.*” De hoge vergoeding komt volgens hem vaak kijken bij onderlinge afspraken en minder vaak in de gerechtelijke afspraken. Daarbij stelt hij dat via deze vergoeding de werkgever de mogelijkheid heeft om van het dienstverband af te komen zonder de juiste gronden voor ontslag te hebben. Het ligt dus in de risicosfeer van de werkgever als er een hoge vergoeding betaald moet worden. Godrie zou het erg opmerkelijk vinden als een werkgever met deze maatregel het dienstverband op een relatief goedkope manier kan afkopen.

6.2 mr. J.J.M. de Laat (bijlage 2 USB)

De heer De Laat is kantonrechter bij de rechtbank Midden Nederland. Daarnaast neemt hij plaats in de Kring van Kantonrechters waardoor hij de laatste jaren veel te maken heeft gehad met het vraagstuk rondom de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. De Laat geeft aan de laatste tijd nog wel veel ontbindingen te hebben behandeld maar geen procedures meer op grond van art. 7:681 BW. Volgens hem komt dit door onzekerheid die leeft onder partijen. Na de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed is het aantal procedures enorm verminderd omdat men niet goed kan inschatten wat het resultaat hiervan gaat zijn. De werknemers en hun vertegenwoordigers zijn volgens hem erg voorzichtig met het starten van een dergelijke procedure.

Op de vraag of hij een duidelijk aanpak heeft bij het berekenen van de schadevergoeding stelt De Laat het volgende. Allereerst komt hij toe aan de beoordeling van de kennelijk onredelijkheid. Op grond van de wet mag hij hierbij in acht nemen welke voorzieningen reeds door de werkgever zijn getroffen. Hij beseft zich dat enkel het ontbreken van een vergoeding onvoldoende is om het ontslag kennelijk onredelijk te maken. Het is echter wel van belang om te kijken of het ontslag op deze manier plaats had mogen vinden. Als de getroffen voorzieningen door hem te gering worden geacht dan is De Laat extra kritisch tijdens de comparitie van partijen. Bij deze comparitie geeft hij partijen de kans om hun verhaal te doen. Hij kijkt bij de berekening ook hoe de werkgever zich tegenover de werknemer heeft gedragen. Hierbij valt te denken een outplacement budget, scholing e.d. Ook bekijkt hij of er een sociaal plan aanwezig is. Ten slotte worden alle andere omstandigheden van het geval bekeken zoals duur van het dienstverband en leeftijd van de werknemer. Blijkt dat de getroffen voorziening onvoldoende is om de kennelijk onredelijkheid van het ontslag te dekken dan bekijkt De Laat hoe hij de geleden schade op geld kan waarderen.

Het concretiseren en motiveren van deze schadeberekening is volgens De Laat erg lastig omdat je abstracte begrippen tegen elkaar afweegt. De Laat ziet een aanvulling op de WW-uitkering gedurende een periode van verwachte werkloosheid als een goede norm voor het compenseren van de geleden schade. Op grond van de site www.hoelangwerkloos.nl kan daarvoor een inschatting van deze werkloosheidsduur gemaakt worden. De Laat zeg hierbij ook veel waarde te hechten aan gegevens die door beide partijen hieromtrent in het geding worden gebracht. De Laat geeft hierbij zoals eerder gesteld aan dat hij de methode als feit van algemene bekendheid ziet, waardoor het volgens hem geoorloofd is dat hij de site ambtshalve raadpleegt. Hij beargumenteert dit door te stellen dat de methode makkelijk via het internet te raadplegen is.

Wat betreft de ex-tunc toetsing is De Laat van mening dat er officieel geen rekening gehouden mag worden met het feit dat de werknemer inmiddels al een andere baan heeft. Hij erkent echter wel dat dit altijd in je achterhoofd mee blijft spelen en het inzicht van de verwachtingen ten tijde van het ontslag ook kan beïnvloeden. Ook is hem de vraag gesteld wat hij vindt van de maximering van de ontbindingsvergoeding. Hij ziet in principe geen probleem in deze maximering en denk dat dit prima doorgetrokken kan worden voor procedures ingevolge art. 7:681 BW. Hij denkt dat het bedrag van € 75.000,- voldoende is om een heleboel zaken te dekken. Hierbij dient in aanmerking genomen te worden dat mensen die veel meer verdienen, en dus in de huidige situatie een hogere vergoeding zouden krijgen, meer ruimte hebben om geld opzij te zetten voor een wat mindere periode. En voor de echte grootverdieners blijft de mogelijkheid bestaan om in de arbeidsovereenkomst een vaste hogere vergoeding op te nemen.

De Kring van Kantonrechters heeft in november op het laatste moment besloten om geen aanbeveling te doen voor een nieuwe formule voor de berekening van de schadevergoeding. De Laat is van mening dat er wel degelijk een duidelijke behoefte is aan harmonisatie en dat het de taak van de rechter is om duidelijkheid te brengen. De stap tot een procedure op grond van art. 7:681 BW dient al gezet te worden door de werknemer en deze stap wordt als maar groter door de huidige rechtsonzekerheid. Er moet volgens hem een gat gevuld worden nu het nog geruime tijd kan duren voordat er nieuwe wetsvoorstellen op tafel komen. De Kring van Kantonrechters gaat hierover met elkaar om tafel om te kijken of zij hier een bijdrage aan kunnen leveren.

6.3 P.M. Knaapen (bijlage 3 USB)

De heer Knaapen is kantonrechter bij de rechtbank Oost Brabant. Hij geeft aan dit jaar nog geen zaken ingevolge art. 7:681 BW te hebben behandeld. Over het algemeen heeft Knaapen geen vaste wijze voor de berekening van de schadevergoeding. Hij is van mening dat de HR niet duidelijk is geweest bij het opstellen van zijn criteria en weet daarom niet goed wat de gewenste methode van schadeberekening dient te zijn. Knaapen geeft aan voornamelijk af te gaan op zijn eigen oordeel en inzicht, dat hij door zijn ruime ervaring voldoende ontwikkeld heeft. Hij bekijkt de omstandigheden van het geval en koppelt daar naar eigen inzicht een bedrag aan. Hij is zich bewust van het feit dat het gaat om een schadevergoeding waarbij de regels van boek 6 van toepassing zijn, waardoor er een concrete berekening gemaakt zou moeten worden. Dit is volgens hem vaak gewoon erg lastig.

Op de vraag of hij de aard en de ernst van de tekortkoming meeweegt bij het berekenen van de schadevergoeding geeft Knaapen aan dit dan voornamelijk in de vorm van een immateriële schade naar voren te laten komen. Dit doet zich volgens hem voor als een persoon dusdanig persoonlijk geraakt is door het ontslag. Daarna wordt aan hem voorgelegd dat aanvulling van de WW-uitkering gedurende een bepaalde periode een veelgebruikte methode is. Knaapen geeft aan zich daar niet graag aan te wagen aangezien het uitrekenen van de WW-uitkering specialistisch werk is waar de rechtbank onvoldoende bekend mee is. Hij begrijpt echter wel dat het een goede norm zou kunnen zijn. Hij is daarnaast van mening dat er een uniformere methode van berekening zou moeten komen.

Knaapen beseft dat er zowel voor als nadelen zitten aan het hanteren van een algemene formule. Hij gaat hierbij met name in op de betrouwbaarheid en rechtszekerheid die een dergelijke formule zou brengen. Hij realiseert zich echter dat dit volgens de Hoge Raad niet de juiste manier is. Hij is van mening dat er altijd een taak voor de rechter zal zijn weggelegd bij het begroten van de schadevergoeding. Het zal nooit een volledig automatisch proces worden omdat de omstandigheden van het geval meegerekend moeten worden. Het zal van geval tot geval bekeken moeten worden waardoor de rechter altijd zijn eigen visie terug zal laten komen in de hoogte van de schadevergoeding.

Knaapen is niet op de hoogte van de methode www.hoelangwerkloos.nl. Hij benadrukt wel dat het door de economische crisis ook een rol speelt dat, naast dat er minder werkgelegenheid is, de bedrijven ook minder draagkracht hebben. Dit wordt al snel als risico van de werkgever afgedaan. Knaapen vindt dat dat genuanceerder ligt en dat hier ook rekening mee gehouden moet worden. Op de vraag of hij denkt dat de wetgever in de toekomst zal zorgen voor meer zekerheid geeft Knaapen aan dat hij denkt dat de wetgever de huidige situatie zal laten zoals het is en dat de praktijk er op den duur zijn weg in zal vinden.

6.4 mr. G. Boot (bijlage 4 USB)

De heer Boot is kantonrechter bij de rechtbank Amsterdam en neemt daarnaast plaats in de Kring van Kantonrechters. In 2013 heeft hij nog geen zaken gehad op grond van art. 7:681 BW. Hij geeft aan maximaal vijf van dergelijke zaken per jaar te behandelen. Hij is van mening dat dit komt doordat je als werknemer het initiatief moet nemen in het starten van een dergelijk procedure. Doordat de uitkomst te onzeker is wordt het risico te groot en is men niet meer bereid om hier geld in te steken. Wellicht speelt het ook nog een rol dat de werknemer zelf onvoldoende bekend is met de mogelijkheid van een art. 7:681 BW procedure.

Boot is van mening dat bij het bepalen van de kennelijk onredelijkheid ook al gekeken moet worden naar een eventuele voorziening die door de werkgever getroffen is. Hij is van mening dat de kennelijk onredelijkheid en het bepalen van de schadevergoeding toch met elkaar samenhangen, ook al is door de Hoge Raad benadrukt dat deze twee aspecten apart bekeken moeten worden. Boot kijkt bij het bepalen van de schadevergoeding de laatste tijd meestal naar het compenseren van een inkomensverlies door aanvulling op de WW-uitkering gedurende een bepaalde periode toe te kennen. Deze periode moet volgens hem worden vastgesteld door te bekijken wat de verwachte werkloosheidsduur is, tezamen met de lengte van het dienstverband en de verwijtbaarheid richting de werkgever. Boot benadrukt hierbij dat de schade inderdaad zoveel mogelijk naar werkelijkheid moet worden begroot maar dat dit slechts mag op basis van gegevens die op het moment van opzegging bekend zijn. Het zal dan altijd onduidelijk zijn hoe lang iemand werkloos is. Hierdoor ontkom je als rechter niet aan een schatting. Dit is volgens Boot binnen de richtlijnen die door de Hoge Raad gesteld zijn.

Op de vraag of dit een acceptabele manier van schadeberekening is stelt Boot dat het nu eenmaal de uitwerking is van wat de Hoge Raad wil. Hij maakt een afweging tussen twee uiterste. Of je probeert zoveel mogelijk naar werkelijkheid te begroten, of je abstraheert het proces en koppelt de vergoeding direct aan een standaard formule. De eerste oplossing brengt een eerlijkere vergoeding met zich mee maar de tweede oplossing vergroot de rechtszekerheid. De Hoge Raad heeft volgens hem duidelijk gekozen voor de eerste optie.

Boot geeft aan dat hij wel eens heeft gekeken naar www.hoelangwerkloos.nl om een inschatting te kunnen maken van de verwachte werkloosheid. Ondanks de mogelijke bezwaren is hij van mening dat het op dit moment de beste benadering geeft van de verwachte werkloosheid. Hij is van mening dat de partijen de methode in het proces moeten brengen. Volgens hem mag de methode niet ambtshalve ingezet worden. Hij ziet de methode niet voldoende als feit van algemene bekendheid. Boot zou er daarom zelf niet voor kiezen om de methode in het geding te brengen. Wel overweegt hij om het bestaan ervan op de comparitie onder de aandacht van de partijen te brengen. Partijen hebben dan nog de mogelijkheid om zich hier later bij akte over uit te laten indien gewenst.

Op de vraag of hij denkt dat de Kring van Kantonrechters in de nabije toekomst nog een aanbeveling zal doen over de schadeberekening zegt Boot dat hij denkt dat de uitwerking van het sociaal akkoord zo voortvarend zal gaan dat het niet haalbaar is om nog iets

nieuws te beslissen. Dit zou mogelijk voor teveel verwarring zorgen. Het is nu tijd voor wat geduld, we zullen volgens heb moeten afwachten waar het akkoord naar zal leiden. Hij geeft hierbij wel aan dat hij zich er van bewust is dat de maatschappij meer behoefte heeft aan houvast en hij ziet de huidige situatie als ontzettend onbevredigend.

6.5 Deelconclusie

Uit de interviews zijn de volgende conclusies voortgekomen:

- De huidige situatie van schadeberekening in een art. 7:681 BW procedure is voor de praktijk verre van ideaal. Hierbij wordt wel beseft dat de berekening van de schade volgens de Hoge Raad niet in een formule te vangen is. Godrie is van mening dat de kantonrechter met zijn ervaring en inzicht voldoende bekwaam is om op een juiste manier over de hoogte van de vergoeding te oordelen. Hij beseft dat dit niet ten goede komt aan de rechtszekerheid maar helaas kan niet altijd aan de wensen van de praktijk voldaan worden. De andere drie rechters zouden wel graag een verdere uniformering van de berekening zien.
- Er wordt de laatste tijd maar een kleine hoeveelheid aan kennelijk onredelijk ontslag procedures gevoerd. Dit kan worden gewijd aan het feit dat werknemers de eerste stap dienen te zetten in de procedure en hier door de aanhoudende rechtsonzekerheid huiverig voor zijn. Ze zullen minder snel geneigd zijn om kosten te maken terwijl ze niet weten of de procedure in hun voordeel zal uitpakken.
- De rechters zijn het er over eens dat er altijd ruimte over moet blijven voor de persoonlijke beoordeling van de kantonrechter. Omdat alle omstandigheden van het geval meegewogen dienen te worden is geen geval hetzelfde. Het is aan de kantonrechter om hier dan de benodigde nuance in te vinden. Gezien zijn ervaring kan de kantonrechter hier een professioneel oordeel over vellen.
- Aanvulling van de WW-uitkering gedurende een bepaalde periode kan gezien worden als een goede norm voor het berekenen van de schadevergoeding. Van de duur van de werkloosheidsperiode kan aan de hand van www.hoelangwerkloos.nl een inschatting gemaakt worden. De kantonrechters zijn zich bewust van de beperkingen van de methode maar zien op dit moment geen beter optie voorhanden.
- Het is nog onduidelijk of de methode www.hoelangwerkloos.nl ambtshalve mag worden toegepast. Beargumenteerd dient dan te worden dat deze methode gezien kan worden als een feit van algemene bekendheid. Om problemen hieromtrent te voorkomen kan de site door partijen in het geding gebrachte worden. Het is ook mogelijk om de partijen op het bestaan van de site te wijzen en hen de mogelijkheid te geven om er op eigen initiatief gebruik van te maken.
- Het is nog onduidelijk of de Kring van Kantonrechters op korte termijn stappen zal ondernemen voor het uniformeren van de schadeberekening. Dit is afhankelijk van de snelheid waarmee het sociaal akkoord vorm gaat krijgen.

Hoofdstuk 7: Conclusies en aanbevelingen

7.1 Inleiding

In dit laatste hoofdstuk worden alle bevindingen en conclusies van dit onderzoek uiteengezet. Hiermee wordt antwoord gegeven op de centrale vraag: *Hoe heeft de berekening van de schadevergoeding ex artikel 7:681 BW zich ontwikkeld sinds de uitspraak Breed/Rutten?* Tenslotte worden naar aanleiding van deze conclusies enkele aanbevelingen gedaan aan FNV Bondgenoten om haar op weg te helpen bij het voeren van kennelijk onredelijk ontslag procedures.

7.2 Bevindingen en conclusies

Relevante wet- en regelgeving

Een van de kernbepalingen uit het Nederlands ontslagrecht kan teruggevonden worden in artikel 7:681 lid 1 BW. Hierin wordt bepaald dat een arbeidsovereenkomst niet kennelijk onredelijk opgezegd mag worden. Indien dit wel gebeurt is de rechter bevoegd om aan de benadeelde partij een schadevergoeding toe te kennen. Door de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1997 is er verwarring ontstaan over het karakter van de schadevergoeding. Voordat deze wet werd ingevoerd was er sprake van een ruime beleidsvrijheid van de rechter, daar de vergoeding vastgesteld moest worden naar billijkheid. Na 1997 werd gebruik gemaakt van de term schadevergoeding. Deze term werd voorheen altijd gerelateerd aan de algemene regels van schadebegroting (art. 6:97 BW e.v). Onduidelijk blijft of de wetgever deze wijze van begroting ook daadwerkelijk in gedachte had bij het wijzigen van de wet. Het kan ook de bedoeling zijn geweest om het billijkheidskarakter van de schadevergoeding in stand te houden. Er kan in ieder geval geconcludeerd worden dat de kennelijk onredelijk ontslagprocedure zeer vrijblijvend door de wetgever is opgesteld. Er is een grote toepassingsvrijheid voor de rechtsprekende macht wat door de jaren heen gezorgd heeft voor een berg aan jurisprudentie.

Door verschillende rechters is getracht een oplossing te vinden om de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te verbeteren. Alle aangedragen oplossingen werden door de Hoge Raad van tafel geveegd met arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed. In deze arresten wijst de Hoge Raad het gebruik van een algemene formule voor de schadeberekening van de hand. Daarnaast wordt gesteld dat enkel het ontbreken van een vergoeding onvoldoende is om het ontslag kennelijk onredelijk te maken. Gezien de noodzaak voor het vergroten van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid is het volgens de Hoge Raad van belang om de volgende richtlijnen toe te passen bij het begroten van de schadevergoeding:

1. De rechter dient de schade te begroten aan de hand van de algemene regels omtrent schadebegroting, art. 6:97 BW. De schade dient eerst concreet begroot te worden. Indien dit niet mogelijk is mag de rechter een onderbouwde schatting van de schade maken. Mocht ook dat onhaalbaar zijn dan dient de schade naar billijkheid te worden vergoed.
2. De hoogte van de schadevergoeding wordt beïnvloed door de omstandigheden van het geval. Hieronder vallen ook de omstandigheden die in het oogpunt van de rechter hebben geleid tot de kennelijk onredelijkheid van het ontslag. Hierbij valt te denken aan de omstandigheden zoals genoemd in paragraaf 3.1.3.
3. De vergoeding dient te worden gerelateerd aan de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever en de daaruit voortvloeiende nadelen voor de werknemer.
4. De rechter mag alleen rekening houden met de omstandigheden en verwachtingen die op het moment van het ontslag aan de orde waren, de zogenaamde ex-tunc toetsing.
5. Gezien de aard van de schadevergoeding dient deze een bepaalde mate van genoegdoening te brengen, ook wel “de pleister op de wonde” genoemd.

Belangrijk bij het hanteren van deze richtlijnen is dat de rechter nauwkeurig rekenschap geeft van de omstandigheden en factoren die meespelen in de begroting van de schade. Het is zijn verantwoordelijkheid om een duidelijke verantwoording af te leggen, zodat voor de praktijk voldoende inzichtelijk is welke afwegingen zijn gemaakt in het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding.

Gebruik methode www.hoelangwerkloos.nl

De methode www.hoelangwerkloos.nl is ontwikkeld met het doel de rechtszekerheid in art. 7:681 BW procedures te verbeteren en de partijen een duidelijkere houvast te geven bij het inschatten van de verwachte werkloosheidsduur. Inmiddels is de site twee keer gebruikt in een dergelijke procedure en bij beide keren kunnen duidelijke kanttekeningen geplaatst worden. Gezien de korte duur van het bestaan van de methode is nog onduidelijk of het in de toekomst een veelgebruikt hulpmiddel zal worden. Wel zijn er vanuit het werkveld positieve reacties op de poging tot het vergroten van de rechtszekerheid en is men voorzichtig positief over het gebruik van de methode.

Resultaten jurisprudentieonderzoek

De criteria van de HR worden in de volgende mate door de lagere rechtspraak gevolgd.

	Rechtbank(25 uitspr.)	Hof (21 uitspr.)	Totaal (46 uitspr.)
Concreet begroten o.g.v. art. 6:97 BW	13 (52%)	6 (29%)	19 (41%)
-Niet direct genoemd maar wel gedaan	7 (28%)	12 (57%)	19 (41%)
Aard en ernst van de tekortkoming meewegen	13 (52%)	17 (81%)	30 (65%)
Omstandigheden van het geval meewegen	20 (80%)	17 (81%)	37 (80%)
Ex-tunc toetsing	14 (56%)	20 (95%)	34 (72%)
Voldoende mate van genoegdoening brengen	7 (28%)	11 (52%)	18 (39%)

Er kan geconcludeerd worden dat de lagere rechtspraak over het algemeen goed op de hoogte lijkt te zijn van de relevante richtlijnen. Het is opvallend positief dat er slechts in één geval naar geen enkele richtlijn verwezen wordt. Het is tevens frappant dat de rechter in veel uitspraken wel op de hoogte lijkt te zijn van de gestelde richtlijnen, maar besluit om slechts een gedeelte te benoemen dan wel toe te passen.

Het is mogelijk dat de richtlijnen nog niet consequent door de rechters worden gehanteerd omdat ze er niet goed raad mee weten. Het blijft lastig om bepaalde criteria op een concrete wijze terug te laten komen in de hoogte van de schadevergoeding. Dit geldt bijvoorbeeld voor de aard en ernst van de tekortkoming van de werkgever. Een goede manier om deze tekortkoming direct tot uiting te laten komen is door het hanteren van een procentuele verdeling zoals gedaan in onder andere Breed/Rutten. Uiteraard blijft ook deze procentuele verdeling een persoonlijke inschatting van de rechter. Hier lijkt men niet aan te kunnen ontkomen. Alle omstandigheden van het geval, ten tijde van de opzegging, dienen meegewogen te worden. Aangezien enerzijds een toekomstige schadeberekening gemaakt moet worden en anderzijds lastig te concretiseren criteria dienen te worden meegenomen zal een rechter bijna altijd een bepaalde inschatting moeten maken. Hierdoor is het vrijwel nooit mogelijk om de vergoeding in zijn volledigheid concreet te benaderen.

Uiteindelijk blijft het van groot belang dat een rechter duidelijk benoemt wanneer hij een richtlijn wel of niet opneemt in de schadeberekening. Alleen op die manier is het voor een ander objectief te beoordelen of de begroting volgens de criteria van de Hoge Raad heeft

plaatsgevonden. Daarnaast is het in het belang van de werknemer om ook zelf met een zo concreet mogelijk berekening van de schade te komen. Zonder een duidelijke uiteenzetting van de vordering is het voor de rechter namelijk nog lastiger om een concrete berekening te kunnen maken.

Interviews kantonrechters

Middels interviews met vier kantonrechters kan een lijn getrokken worden in de visie van de rechtsprekende macht. De huidige situatie van schadeberekening in een art. 7:681 BW procedure is volgens de kantonrechters verre van ideaal. Er wordt de laatste tijd maar een kleine hoeveelheid aan kennelijk onredelijk ontslag procedures gevoerd. Dit kan worden gewijd aan de voortdurende onzekerheid van de procedure.

Er zal ook volgens de kantonrechters altijd ruimte over blijven voor de persoonlijke beoordeling van de kantonrechter bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding. Omdat alle omstandigheden van het geval meegewogen dienen te worden is geen geval hetzelfde. Het is aan de kantonrechter om hier dan de benodigde nuance in te vinden. Gezien zijn ervaring kan de kantonrechter hier een professioneel oordeel over vellen. In twee van de vier interviews komt naar voren dat aanvulling van de WW-uitkering gedurende een bepaalde periode gezien kan worden als een goede norm voor het berekenen van de schadevergoeding. Van de duur van de werkloosheidsperiode kan aan de hand van www.hoelangwerkloos.nl een inschatting gemaakt worden. De kantonrechters zijn zich bewust van de beperkingen van de methode maar zien op dit moment geen beter optie.

De interviews hebben twee onduidelijkheden opgeworpen. Allereerst blijft het twijfelachtig of de methode www.hoelangwerkloos.nl ambtshalve mag worden toegepast. Beargumenteed dient dan te worden dat deze methode gezien kan worden als een feit van algemene bekendheid. Om problemen hieromtrent te voorkomen kan de site door partijen in het geding gebracht worden. Het is ook mogelijk om de partijen op het bestaan van de site te wijzen en hen de mogelijkheid te geven om er op eigen initiatief gebruik van te maken. Daarnaast is het nog onduidelijk of de Kring van Kantonrechters nog stappen zal ondernemen voor het uniformeren van de schadeberekening. Dit is afhankelijk van de snelheid waarmee het sociaal akkoord vorm gaat krijgen.

De berekening van de schadevergoeding ex art. 7:681 BW heeft zich de afgelopen jaren flink ontwikkeld. Na enkele toonaangevende arresten van de Hoge Raad probeert de rechtsprekende macht zich aan te passen door de opgestelde criteria te volgen. Dat dit niet zo gemakkelijk gaat blijkt uit het feit dat de rechters vaak niet alle richtlijnen in acht nemen, ook al zijn ze zich wel bewust van het bestaan ervan. Het lijkt erop dat men er nog niet goed raad mee weet. Wellicht komt dit doordat steeds maar wordt benadrukt dat een nauwkeurige berekening van de schade vereist is. Dit blijkt in veel gevallen een onmogelijk taak. Zolang de Hoge Raad vasthoudt aan deze criteria zal de rechtszekerheid altijd enigszins in het geding blijven. Er zal op den duur een keuze gemaakt moeten worden. Dit zou opnieuw gedaan kunnen worden door de Hoge Raad of bijvoorbeeld door middel van een aanbeveling door de Kring van Kantonrechters. Enerzijds kan alsnog gekozen worden voor een meer gestandaardiseerde wijze van schadebegroting. Anderzijds kan vastgehouden worden aan de individuele beoordeling van het geval, waarbij de bijkomende rechtsonzekerheid op den duur geaccepteerd moet worden. In de tussentijd ligt er een taak voor de rechter om zijn uitspraken zo goed mogelijk te onderbouwen. Hierdoor zou in grote lijnen wellicht al een bepaalde mate van harmonisatie gevonden kunnen worden.

7.3 Aanbevelingen

Voor FNV Bondgenoten is het belangrijk om te weten hoe hun procesjuristen een kennelijk onredelijk ontslagprocedure dienen voor te bereiden. De volgende tips kunnen in acht worden genomen bij het voorbereiden van een procedure ingevolge art. 7:681 BW:

- Neem een zo concreet mogelijke schadeberekening op in de vordering.
- Benoem zelf de richtlijnen van de Hoge Raad en kleeft deze op een zo voordelig mogelijke wijze in. De kantonrechter is dan verplicht om deze richtlijnen te overwegen bij het berekenen van de hoogte van de schadevergoeding.
- Bekijk de site www.hoelangwerkloos.nl en pas de methode toe op de situatie van de cliënt. Indien hier een ruime werkloosheidsduur uit komt gebruik dit dan als onderbouwing van de vordering. Mocht er geen voordelige werkloosheidsduur uit komen wees dan goed voorbereid op het scenario dat de wederpartij deze berekening wel zal hanteren in zijn verweer. Mogelijke argumenten voor de onbetrouwbaarheid van de site zijn:
 - De methode is gebaseerd op gegevens uit de periode 2002-2011. Inmiddels is de arbeidsmarkt flink verslechterd waardoor een te positief beeld wordt geschetst.
 - Een bekend gebrek van de website is dat de berekening voor oudere werknemers te rooskleurig lijkt te zijn. Dit is te wijten aan het feit dat de WW voorheen door oudere werknemers gebruikt werd als tussenstop naar het vroegpensioen. Deze beperking is op de site ook aangegeven.
 - De website houdt geen rekening met een eventuele lichamelijke/geestelijke beperking die invloed kan hebben op het vinden van een baan. Voor deze groep personen is de methode niet representatief.
- Uit het onderzoek blijkt dat er nog steeds veel onzekerheid heerst, ook binnen de rechtspraak. Blijf dit dus ook communiceren naar de cliënt om valse hoop te voorkomen.
- Tot slot is het verstandig om de ontwikkelingen van de tenuitvoerlegging van het sociaal akkoord goed in de gaten te houden zodat hier tijdig op geanticipeerd kan worden.

Evaluatie

Om de waarde en de betrouwbaarheid van het onderzoek te bepalen is het belangrijk om terug te kijken op het verloop van het onderzoek. Het heeft enige tijd geduurd voordat er een goede centrale vraag was. Wel was meteen duidelijk wat onderzocht zou gaan worden. Het correct formuleren van de centrale vraag zorgde voor enige vertraging. Het doel van het onderzoek is altijd hetzelfde gebleven waardoor de focus steeds op dezelfde punten bleef liggen.

In het onderzoeksplan is door middel van deelvragen goed uiteengezet hoe inzicht in de begroting van de schadevergoeding verkregen zou moeten worden. Allereerst is alle relevante wet- en regelgeving bekeken. Hier zijn geen problemen bij ontstaan. Het was wel lastig om de informatie in te perken aangezien er enorm veel geschreven is over het onderwerp. Daarnaast is besloten om een jurisprudentie onderzoek te doen en een aantal interviews bij kantonrechters af te nemen. Hierdoor is een goede kijk ontstaan op de huidige benadering van rechtsprekende macht in kennelijk onredelijk ontslagzaken.

Het onderzoek is bruikbaar doordat het FNV Bondgenoten enkele onderbouwde aanbevelingen geeft. Helaas is het niet mogelijk gebleken om te bepalen hoe een rechter de schade exact begroot, daar dit telkens anders blijkt te zijn. Wel is duidelijk geworden dat enkele factoren van belang zijn. Hier kan door de juristen van FNV nu beter op ingespeeld worden. Door dit praktijkgericht juridisch onderzoek is FNV Bondgenoten volledig geïnformeerd over de stand van zaken op het gebied van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag.

Bronvermelding

Geraadpleegde boeken

Bakels/Bouwens e.a. 2011

H.L. Bakels/W.H.A.C.M. Bouwens e.a.(bew.), *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Van Drongelen 2011

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

Van der Grinten/ Bouwens & Duk 2011

W.C.L. van der Grinten/ W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk(bew.), *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Nieuwenhuis e.a. 2011

J.H. Nieuwenhuis e.a., *Tekst en commentaar Burgerlijk Wetboek Boeken 6, 7, 8 en 10*, Deventer: Kluwer 2011.

Loonstra & Zondag 2008

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

Van Schaaijk 2011

G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Geraadpleegde artikelen

Buijs 2010

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

Van Buitenen 2013

E.F.A. van Buitenen, 'Hoelangwerkloos.nl:een nieuw hulpmiddel bij de schadeberekening van de schadevergoeding ex. artikel 7:681 BW?', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2013, nr. 1.

Duk 2010

R.A.A. Duk, 'De arresten van 27 november 2009 en 12 februari 2010 en de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters:wie heeft gelijk?', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010, nr. 46.

Heerma van Voss e.a. 2010

G.J.J. Heerma van Voss, J.J.M. de Laat, S.F. Sagel & E. Verhulp, 'Begroot, schat, vergoed en bewonder:de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010', *Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2010, nr. 47.

Jansen 2009

N. Jansen, 'Wat is het karakter van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding?', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2009, nr. 8/9.

Van Kempen en Van Ladesteijn 2008

M.W.A.M. van Kempen en J.J.W. van Ladesteijn, 'Reflexwerking van de kantonrechtersformule in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure', *Arbeidsrecht* 2008, nr. 9.

Koster & De Lange 2011

M. Koster & S. de Lange, 'De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: stand van zaken medio 2011', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2011, nr. 6, p.212-226.

Koster & De Lange 2012

M. Koster & S. de Lange, 'De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: een update', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2012, nr. 6, p.236-254.

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, p.70-73.

Geraadpleegde parlementaire stukken

Kamerstukken II 1947/48, 881 nr. 3 (Memorie van Toelichting).
Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3 (Memorie van Toelichting).

*Geraadpleegde jurisprudentie*Hoge Raad

HR 1 december 1961, *NJ* 1962, 78.
HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266.
HR 17 december 1999, *LJN* AA3878.
HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596.
HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472
HR 21 mei 2010, *LJN* BL6071.
Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2010, *LJN* BU2031.
HR 4 april 2011, *LJN* BP4804.
HR 10 februari 2012, *LJN* BU5620.

Gerechtshoven

Hof 's-Gravenhage 10 januari 2003, *LJN* AF6530.
Hof Arnhem 18 maart 2003, *NJ* 2003/127.
Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF7077.
Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF8136.
Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF8122.
Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF7002.

Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF6960.
Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF6790.
Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *LJN* BF6720.
Hof Amsterdam 7 juli 2009, *LJN* BJ1644.
Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2009, *LJN* BJ1716.
Hof Arnhem 7 juli 2009, *LJN* BJ1688.
Hof Arnhem 21 juli 2009, *LJN* BJ2916.
Hof 's-Hertogenbosch 15 november 2011, *LJN* BU5354.
Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 2013, *LJN* BY8167.
Hof 's-Gravenhage 22 januari 2013, *LJN* BZ0401.

Rechtbanken

Rb. Breda 27 januari 1998 *JAR* 1999/243.
Rb. Middelburg 28 juni 2000, *JAR* 2000/161.
Rb. Breda 10 maart 2004, *JAR* 2004/160.
Ktr. Tilburg 17 november 2010, *LJN* BO4398.
Ktr. Maastricht 15 augustus 2012, *JAR* 2012 nr. 251.
Ktr. Winschoten 6 december 2012, *LJN* BY5975.
Ktr. Rotterdam 14 december 2012, *LJN* BY6325.
Ktr. Rotterdam 13 januari 2012, *LJN* BV1947.
Rb. Utrecht 30 januari 2013, *LJN* BZ1018.

Geraadpleegde websites

www.scherpinarbeidsrecht.nl
www.rechtspraak.nl
www.hoelangwerkloos.nl
www.kluwernavigator.nl