

File ID	uvapub:84616
Filename	TRA_5__Begroot__schat__vergoed_en_bewonder.pdf
Version	final

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	article
Title	Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010
Author(s)	G.J.J. Heerma van Voss, J.J.M. de Laat, S.F. Sagel, E. Verhulp
Faculty	FdR: Hugo Sinzheimer Instituut (HSI)
Year	2010

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:

<http://hdl.handle.net/11245/1.328694>

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content licence (like Creative Commons).

Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010

47

De recente arresten over kennelijk onredelijke opzegging nopen ertoe om de schadevergoeding bij kennelijk onredelijke opzeggingen anders te berekenen dan tot nu toe gebruikelijk was. Eerst moet de kennelijke onredelijkheid worden vastgesteld en vervolgens moet de schade zo concreet mogelijk worden berekend. De Hoge Raad moedigt aan om factoren concreet te benoemen en de berekening inzichtelijker te maken. In dit artikel wordt een aantal elementen van de nieuwe wijze van berekening benoemd en besproken. Hiermee wordt beoogd de rechtspraak te stimuleren de voorspelbaarheid van beslissingen over deze schadevergoeding te vergroten.

Inleiding

En het leek allemaal zo gemakkelijk: de uitkomst van de kantonrechtersformule zou ook maatgevend zijn voor de schadevergoeding bij de kennelijk onredelijke opzegging. Dat het naar de letter van de wet bij de ontbindingsvergoeding en dus ook bij de daarvoor ontwikkelende formule gaat om een vergoeding (die de kantonrechter kan toekennen zo hem dat met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt) en bij de kennelijke onredelijkheid om een schadevergoeding, werd door velen beschouwd als niet meer dan een detail dat aan een zekere gelijkstelling niet in weg zou (behoren te) staan.² Vanuit het perspectief van de werknemer is dat ook begrijpelijk: of de werkgever nu met succes een ontbindingsprocedure doorloopt of een opzeggingsprocedure, in beide gevallen is de werknemer zijn baan kwijt. Het enige verschil is dat bij de ontbinding de werknemer een vergoeding zal zijn toegekend van (toch nog steeds) ongeveer een maandsalaris per dienstjaar, en na opzegging niets, of wellicht wel iets, maar dan wel na een lange en kostbare procedure. Dat

verschil werd³ en wordt in de praktijk vaak als zeer onrechtvaardig betiteld. Een makkelijke oplossing leek ook voorhanden: de toepassing van de voor de ontbindingsvergoeding ontworpen formule ter berekening van de schadevergoeding. De Hoge Raad heeft in zijn arresten van 27 november 2009 en 12 februari 2010⁴ aan die makkelijke oplossing een einde gemaakt. Sindsdien lijkt in arbeidsrechtelijk Nederland de onzekerheid weer troef: wanneer is een opzegging kennelijk onredelijk, en als de opzegging kennelijk onredelijk is, hoe moet dan de schadevergoeding worden berekend? Maar is dat wel terecht? Zijn we in barre stappen terechtgekomen waar eenieder maar moet zien hoe hij de schadevergoeding begroot? Deze bijdrage gaat nader in op de vraag hoe de schadevergoeding moet worden berekend in het tijdperk van na de kantonrechters- en XYZ-formule.

De schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag volgens de Hoge Raad

Uit het arrest van de Hoge Raad van 27 november 2009 volgt dat de vergoeding op grond van art. 7:681 BW een ander karakter heeft dan die van art. 7:685 lid 8 BW. De Hoge Raad overweegt dat de eerste moet worden begroot als schade die de werknemer als gevolg van het kennelijk onredelijke ontslag heeft geleden, terwijl de ontbindingsvergoeding een vergoeding naar billijkheid is. Dit verschil hangt volgens de Hoge Raad samen met de aard van de procedure, waarbij in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure de gewone regels omtrent de begroting van de schade(vergoeding) van toepassing zijn. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de hoogte van de toe te kennen vergoeding samenhangt met de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen en met de daaruit voortvloeiende materiële en immateriële nadelen voor de werknemer.⁵ De Hoge Raad vervolgt:

1. Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss en prof. mr. E. Verhulp zijn redacteur van dit blad. Mr. J.J.M. de Laat is kantonrechter te Utrecht. Mr. S.F. Sagel is advocaat te Amsterdam en trad op als cassatieadvocaat voor eisers tot cassatie in de in deze bijdrage besproken arresten van de Hoge Raad van 27 november 2009 en 12 februari 2010.

2. Hoewel we met deze mededeling sommigen tekort doen, zoals C.G. Scholtens & L.J. Harmsma, 'De schadevergoeding van art. 7A:1639s BW en 7A:1639w BW: appels en peren', *ArbeidsRecht* 1996, 72.

3. L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer: Kluwer 1983, p. 69-85 geeft een overzicht van de discussie over de verwatering van de kennelijk onredelijk ontslagprocedure in de jaren 70 van de vorige eeuw, die veel lijkt op de recente discussie over de rechtszekerheid en kenbaarheid van de vergoedingen.

4. HR 27 november 2009, LjN BJ 6596, *JAR* 2009/305 (*Van de Grijp/Stam*) en HR 12 februari 2010, LjN BK4472, *JAR* 2010/72 (*Rutten/Breed*).

5. In vergelijkbare zin: HR 14 november 2008, *JAR* 2008/318 (*Dahri/Vianen*).

‘Bij kennelijk onredelijk ontslag moet de rechter zich evenwel steeds nauwkeurig rekenschap geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen, en dient hij daarvan in zijn beslissing ook verantwoording af te leggen op zodanige wijze dat voldoende inzicht wordt gegeven in de afweging die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid’.

Duidelijk is dat – als de kennelijke onredelijkheid eenmaal is vastgesteld – de daarbij behorende vergoeding niet aan de hand van de kantonrechtersformule behoort te worden vastgesteld. Maar hoe dan wel? De Amsterdamse kantonrechter⁶ meende dat alle omstandigheden daarbij dienden te worden betrokken en motiveerde de vergoeding als volgt:

‘De door Kamstra gevraagde kantonrechtersformule kan niet als leidraad dienen. Bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding spelen – bij gebrek aan verdergaande duidelijkheid – een rol de leeftijd van Kamstra, de duur van zijn dienstverband en de wijze waarop Saturn zich tegenover Kamstra heeft gedragen, alsmede het feit dat Kamstra nog geen andere vergelijkbare baan heeft gevonden en voorts de weinig rooskleurige financiële situatie van Saturn, waardoor besparingen noodzakelijk waren’.

Het is niet moeilijk hier de elementen van de kantonrechtersformule te vinden. De schadevergoeding wordt vervolgens op de voet van art. 6:97 BW begroot op € 32 500 bruto. Kan worden volstaan met het noemen van de inhoudelijke overwegingen en een totaal bedrag aan schadevergoeding, zonder dat nader wordt geconcretiseerd hoe dit bedrag is berekend?

Op 12 februari 2010 wees de Hoge Raad het arrest over de toelaatbaarheid van de XYZ-formule. De Raad heeft de kans gegrepen om de overwegingen in het arrest van 27 november 2009 nader toe te lichten. De Hoge Raad doet dat door er op te wijzen dat de vergoeding van art. 7:681 BW ertoe dient de benadeelde een zekere mate van genoegdoening te bieden, waarmee strookt dat de rechter een grote mate van vrijheid heeft om op grond van alle omstandigheden van het geval de hoogte van de vergoeding te bepalen. Daarbij is de rechter niet gebonden aan de regels van stelplicht en bewijslast, hetgeen tot uiting is gebracht door de wetgever met de woorden ‘naar billijkheid’, zoals die in art. 7A:1639s BW voorkwamen (dus voor de invoering van het NBW).⁷ Na de invoering van het NBW is art. 6:97 BW voor de bepaling van de vergoeding de maat, waarbij moet worden aangenomen dat de wetgever van opvatting was en ook beoogde dat in de praktijk toepassing van deze maatstaf tot een gelijksoortig

resultaat zou leiden als de toepassing van de oude maatstaf.

De schadevergoeding moet worden begroot, geschat of naar billijkheid vastgesteld

Deze laatste overwegingen zijn een nuttige toelichting voor de praktijk op het eerdere arrest. De door ons wel gehoorde opvatting dat de Hoge Raad met deze laatste overwegingen zou zijn teruggekomen van zijn overwegingen in het arrest van 27 november 2009, of de overwegingen van 27 november 2009 aanmerkelijk zou hebben bijgebogen, lijkt ons niet aannemelijk. De Hoge Raad laat de hoofdregel dat de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding moet worden begroot niet los. De kern is dat nu het gaat om een schadevergoeding de schade bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding in beginsel maatgevend dient te zijn, en niet een hypothetische vergelijking met de ontbindingsvergoeding. In het arrest van 12 februari 2010 geeft de Hoge Raad meer dan eerder aan in te zien dat het begroten van de schade in het geval van een kennelijk onredelijk ontslag lastig is, en soms onmogelijk. Voor dat laatste geval overweegt de Hoge Raad duidelijk dat de schade dan geschat kan (moet) worden. Uitgangspunt daarbij is dat art. 6:97 BW vastlegt in welke volgorde de schadevergoeding moet worden bepaald. Daaruit volgt dat eerst de schade concreet dient te worden begroot, als dat niet kan, dat die moet worden geschat en als ook dat niet kan, de schade dan naar billijkheid moet worden vergoed. Volledigheidshalve wijzen we er op dat dit krachtens het oude recht niet anders was. Zo gaat Van der Heuvel al op grond van het oude recht uit van de veronderstelling

‘dat de rechter de hoogte van de door het ontslag veroorzaakte schade in beginsel maatgevend zal achten voor de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding, al zal hij ook aan andere factoren, zoals bijvoorbeeld eigen schuld, betekenis toekennen.’⁸

Bij het begroten van de schadevergoeding zal de rechter alle omstandigheden die hem tot het oordeel brachten dat de opzegging kennelijk onredelijk is, bij het begroten van de schadevergoeding, in aanmerking moeten nemen.⁹ We horen wel het betoog dat de arbeidsovereenkomst een bijzondere overeenkomst is, hetgeen een andere wijze van begroting van de schadevergoeding zou rechtvaardigen. Art. 6:97 BW bepaalt dat indien uit de aard van de overeenkomst een andere wijze van begroten voortvloeit, deze andere wijze van begroten de voorkeur verdient. Naar onze mening vloeit uit de arbeidsovereenkomst niet een andere wijze van begroten voort. Dat de hoogte van de schade onzeker is, is weinig specifiek voor de schade

6. Ktr. Amsterdam 14 december 2009, (nog) niet gepubliceerd.

7. Zie M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954, p. 115.

8. L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer: Kluwer 1983, p. 75-76.

9. S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden*, Deventer: Kluwer 1993, p. 178.

die voortvloeit uit de kennelijke onredelijkheid van de opzegging.¹⁰ Belangrijker is dat de Hoge Raad in r.o. 3.5.6 overweegt dat de rechter zich

‘steeds nauwkeurig rekenschap dient te geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen, en dat hij daarvan in zijn beslissing ook verantwoording dient af te leggen op zodanige wijze dat voldoende inzicht wordt gegeven in de afweging die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid’.

Het gebruik van het woord ‘steeds’ geeft aan dat deze stap niet kan of mag worden overgeslagen. De laatste woorden van deze rechtsoverweging, die luiden: ‘Dit laat overigens onverlet dat art. 6:97 BW de rechter vrij laat de hoogte van de vergoeding uiteindelijk naar billijkheid op een bedrag te begroten’, maken dat niet anders, omdat de volgorde van art. 6:97 BW niet wordt verlaten. Integendeel, zoals duidelijk blijkt uit het woord ‘uiteindelijk’. Bepaling van de vergoeding ‘naar billijkheid’ is het ultimatum remedium.

Nu het bij de kennelijke onredelijkheid gaat om een schadevergoeding die moet worden vastgesteld aan de hand van het bepaalde in art. 6:97 BW zijn uiteraard ook de andere bepalingen van afdeling 10 van boek 6 BW van toepassing. Vooral is het de vraag of art. 6:105 BW kan worden toegepast, voor zover het bepaalt dat de begroting van nog niet ingetreden schade door de rechter geheel of gedeeltelijk kan worden uitgesteld. Dat lijkt zich slecht te verhouden tot eerdere rechtspraak van de Hoge Raad waarin is overwogen¹¹ dat bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding wegens kennelijk onredelijke opzegging

‘de na het einde van de dienstbetrekking intredende omstandigheden buiten beschouwing dienen te worden gelaten behoudens voor zover daaruit aanwijzingen zijn te putten voor hetgeen uiterlijk op het tijdstip van ingang van het ontslag kon worden verwacht met betrekking tot de gevolgen van het ontslag voor de werknemer’.

Als dit nog geldende rechtspraak is, en wij zien geen reden daaraan te twijfelen,¹² is het uitstellen van de begroting van de schade geen optie. Dat betekent dat de rechter is aangewezen op de andere mogelijkheid die art. 6:105 BW geeft, te weten het bepalen van de schade na weging van goede en kwade kansen.

Concretisering van de begroting: de arbeidsovereenkomst had niet mogen worden opgezegd

Uiteraard is de eerste vraag die moet worden beantwoord of de opzegging kennelijk onredelijk is. Als het antwoord daarop ‘ja’ luidt, is de volgende vraag waarop die onredelijkheid dan is gebaseerd. Men kan het ook zo zeggen: nadat is geconstateerd *dat* sprake is van kennelijke onredelijkheid, moet beoordeeld worden *hoe* onredelijk de opzegging is en *waarin* de onredelijkheid is gelegen. Dat de *mate* en *aard* van kennelijke onredelijkheid verschilt en dat dit wederom invloed heeft op de hoogte van de schadevergoeding, ligt besloten in het arrest van 27 november 2009, waarin de Hoge Raad met zoveel woorden overweegt dat

‘de hoogte van de toe te kennen vergoeding (...) gerelateerd (is, toevoeging auteurs) aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen, en aan de daaruit voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen voor de werknemer’.

Welke smaken zijn hier nu te onderscheiden, waar het de aard en de mate van kennelijke onredelijkheid betreft en hoe werkt dat door bij de schadebegroting? Op die vraag zien we twee mogelijke antwoorden:

- 1 De opzegging is zo onredelijk dat de arbeidsovereenkomst niet had mogen worden opgezegd
- 2 De opzegging is onredelijk vanwege de omstandigheden waarin, de wijze waarop of de voorwaarden waaronder die heeft plaatsgevonden. Anders gezegd; we hebben te maken met een geval waarin de opzegging op zich best denkbaar was geweest, mits de werkgever dat ontslag anders had ingekleed.

De hierboven onder 1 genoemde gevallen zullen een minderheid van de kennelijk onredelijke ontslagen vormen. Het zal gaan om de echt sprekende casusposities, waarin het duidelijk is dat een opzegging überhaupt niet tot de mogelijkheden behoorde. Van een geval waarin de arbeidsovereenkomst in het geheel niet had mogen worden opgezegd, kan sprake zijn als de opzegging in strijd is met de afspiegelingsregel of een opzegverbod, indien is opgezegd wegens een discriminatoire reden, of wegens een andere ongeldige grond, of indien een toezegging dat geen ontslag zal worden verleend, wordt geschonden. Voorstelbaar is het geval waarin de werkgever aan een oudere werknemer een harde werkgelegenheidsgarantie tot de pensioengerechtigde leeftijd heeft gegeven, maar de arbeidsovereenkomst met de werknemer desniettemin opzegt voor de datum waarop zijn pensioen ingaat. Als deze opzegging kennelijk onredelijk wordt geacht, kan dat zijn omdat de werkgever helemaal niet had mogen opzeggen. Een tweede voorbeeld. Indien is opgezegd in strijd met een opzegverbod kan de werknemer de opzegging vernietigen. Als dat niet kan leiden tot een

10. In deze zin reeds L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer: Kluwer 1983, p. 76.

11. HR 17 oktober 1997, NJ 1999, 266, JAR 1997/245 (*Schoonderwoert/Schoonderwoerd*).

12. Ook in deze zin Ktr. Enschede 19 januari 2010, JAR 2010/58.

vruchtbaar vervolg van de arbeidsrelatie, kan de werknemer er ook voor kiezen te aanvaarden dat de opzegging de arbeidsovereenkomst doet eindigen en schadevergoeding vorderen wegens de kennelijke onredelijkheid van de opzegging.¹³ Het gaat hier om de gevallen waarvoor de wetgever heeft voorzien in de nietigheidssanctie of in de mogelijkheid tot herstel van de arbeidsovereenkomst. In het geval de arbeidsovereenkomst niet had mogen worden opgezegd, maar dat toch is geschied, en de opzegging deswege kennelijk onredelijk is, kan de schade (mede) worden begroot aan de hand van de verwachte levensduur van de arbeidsovereenkomst. De materiële schade zal dan in beginsel gelijk zijn aan het inkomen (vermeerderd met andere emolumenten zoals pensioen-opbouw) die de werknemer zou hebben genoten, wanneer het ontslag wordt 'weggedacht'. Daarin onderscheiden de gevallen als bedoeld onder 1 zich van die, bedoeld onder 2. In het geval bijvoorbeeld, waarin in strijd met afspraken de arbeidsovereenkomst met een werknemer kort voor de pensioengerechtigde leeftijd wordt opgezegd, zal die schade vrij eenvoudig concreet te begroten zijn aan de hand van het verlies aan inkomen tot aan de pensioendatum. In het geval een arbeidsovereenkomst in een eerdere fase van de loopbaan wordt opgezegd, ligt toekenning van schadevergoeding ter hoogte van het loon tot de pensioendatum veel minder voor de hand, omdat immers de arbeidsovereenkomst mogelijk niet zo lang zou hebben geduurd. In dat geval kan worden gekeken naar de 'verwachte levensduur' van de arbeidsovereenkomst. Dat zal, waar het de materiële schade betreft, in ieder geval het plafond zijn van de toe te kennen schadevergoeding.

De berekening van de verwachte levensduur van de arbeidsovereenkomst kan geschieden aan de hand van bekende gegevens over de relevante arbeidsmarkt, en deze gegevens dienen zo specifiek mogelijk te zijn. Hier ligt vanzelfsprekend een taak voor de werkgever. Het zal op zijn weg liggen om, ter beperking van de te betalen schadevergoeding, de rechter de betreffende gegevens aan te reiken, nu deze daar niet ambtshalve naar op zoek mag gaan. Om feiten van algemene bekendheid gaat het hier immers niet. Ook met gegevens omtrent de, bij gebreke van het ontslag, in zijn algemeenheid te verwachten looptijd van de arbeidsovereenkomst in de hand, zal de begroting van de schade meestal een schatting zijn van goede en kwade kansen. Daar is, gelet op art. 6:105 BW, niets op tegen.

Indien in strijd met een opzegverbod wordt opgezegd, zal de verwachte levensduur van de arbeidsovereenkomst

in het algemeen minst genomen samenvallen met de duur van het opzegverbod, tenzij moet worden aangenomen dat de kantonrechter desgevraagd de arbeidsovereenkomst eerder zou hebben ontbonden. In dat laatste – uitzonderlijke – geval zal de vergoeding die bij een dergelijke ontbinding aan de werknemer zal zijn toegekend, weer onderdeel van de te schatten schadevergoeding zijn.

In beginsel is de schade die de werknemer lijdt door de opzegging die niet had mogen plaatsvinden en kennelijk onredelijk is, het verschil in inkomen over de verwachte levensduur van de arbeidsovereenkomst en het inkomen dat de werknemer gedurende die periode naar verwachting geniet. Om die reden zal bijvoorbeeld ook een uitkering die de werknemer vermoedelijk geniet na het ontslag, in mindering strekken op de schade. Maar betekent het feit dat de materiële schade die de werknemer lijdt door de kennelijk onredelijke opzegging die achterwege had moeten blijven, gelijk is aan het verschil in gemist inkomen over de verwachte levensduur van de arbeidsovereenkomst en het inkomen dat de werknemer gedurende die periode naar verwachting geniet, dat de schadevergoeding steeds op dat verschil kan worden vastgesteld? Wij zouden menen van niet.

Van belang bij de begroting van de schadevergoeding is immers dat de werknemer op grond van art. 6:101 BW de verplichting heeft de schade te beperken, hetgeen meestal zal betekenen dat de werknemer wordt geacht op enig moment andere passende werkzaamheden te zoeken. Omdat dit tijdstip in het algemeen eerder zal aanbreken dan het einde van de verwachte levensduur is dat voor de vaststelling van de schadevergoeding (maar niet voor het begroten van de schade) relevant. Dit betekent dat eerst het tijdstip moet worden vastgesteld waarop van de werknemer kan worden verlangd dat hij begint met het zoeken naar ander werk (bijvoorbeeld: in het geval de arbeidsovereenkomst is opgezegd in strijd met het opzegverbod tijdens zwangerschap, zal die periode niet eerder aanbreken dan na afloop van zwangerschaps- en bevallingsverlof, wellicht te verlengen met de periode van zes weken aansluitend op het bevallingsverlof, als bedoeld in art. 7:670 lid 2 BW). De schade vanwege de kennelijk onredelijke opzegging kan tamelijk eenvoudig worden begroot aan de hand van het gemis aan loon over de verwachte levensduur van de arbeidsovereenkomst. Dat bedrag kan dan worden verminderd met hetgeen uit de schadebeperkingsplicht van de werknemer voortvloeit. Daartoe dient te worden vastgesteld welke inspanningen van de werknemer kunnen worden verlangd ter beperking van de schade, of anders gezegd, vanaf wanneer van de werknemer kan worden verlangd om te zien naar ander werk en vanaf wanneer hij verwacht mag worden dat werk te hebben gevonden. Aan de hand van waardering van goede en kwade kansen – daarbij geholpen door het inzicht dat partijen de rechter dienen te verschaffen over de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt – dient te worden vastgesteld hoe

13. Ten onrechte wordt wel gedacht dat uit het bepaalde in art. 7:677 lid 5 BW voortvloeit dat een opzegging in strijd met een opzegverbod niet kan leiden tot schadevergoeding wegens de kennelijke onredelijkheid van de opzegging. Zie hierover: S.W. Kuip en E. Verhulp, 'Vernietigbaarheid in het ontslagrecht: effectieve rechtsbescherming of fictie vol frictie?' in: E. Lutjens: *De Le(e)nigheid van het sociaal recht*, VU (zj), en Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nr. 363.

lang de werknemer naar verwachting nodig zal hebben andere (passende) arbeid te verwerven en welk inkomen de werknemer daarmee zal verdienen. Voor de vaststelling van de schade geldt dat de inkomsten die de werknemer zou genieten als de arbeidsovereenkomst niet (kennelijk onredelijk) zou zijn opgezegd, met redelijke nauwkeurigheid te schatten is. De vergoeding terzake kan op grond van art. 6:101 BW worden verminderd met een ook tamelijk nauwkeurig vast te stellen en goed te motiveren bedrag. Indien de opzegging kennelijk onredelijk wordt geacht omdat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet had mogen opzeggen maar een andere passende functie had moeten aanbieden, lijkt evenzeer een concrete begroting van de schade mogelijk en ligt die voor de hand.¹⁴

Als de opzegging zo onredelijk is dat die niet had mogen plaatsvinden, is het dus mogelijk om in ieder geval een deel van de schade – te weten de materiële schade – concreet te berekenen, althans te schatten. Daarnaast kan de opzegging immateriële schade met zich brengen, die naar zijn aard slecht te begroten of te schatten is, en daarom veelal naar billijkheid zal moeten worden vastgesteld. Ook die kan echter worden benoemd en nader gespecificeerd. Zo zou kunnen worden aangegeven of het gaat om het verlies van de werkplek en de contacten met collega's, of om bijzondere beschadigingen door de werkgever voorafgaande aan het ontslag, doordat de werknemer in een kwaad daglicht is gesteld, onvoldoende kansen heeft gekregen enz., alsmede welk bedrag daarvoor wordt begroot. Net als dat is gebeurd bij smartengeld dat wordt toegekend wegens letsel, kan de rechtspraak ook bij kennelijk onredelijk ontslag gaandeweg komen tot min of meer vaste bedragen; een 'smartengeldgids' voor immateriële schade bij kennelijk onredelijk ontslag is zonder meer denkbaar.

De opzegging mag, maar is onder de gegeven omstandigheden, de manier waarop of onder de voorwaarden waaronder die heeft plaatsgevonden, kennelijk onredelijk

In beginsel zal de te verwachten levensduur van de arbeidsovereenkomst niet kunnen worden gebruikt ter begroting van de schade voortvloeiend uit de kennelijk onredelijke opzegging indien die opzegging kennelijk onredelijk is vanwege de omstandigheden of de voorwaarden waaronder die opzegging plaatsvond. Anders gezegd: in gevallen waarin op zich beëindigd kon worden, maar niet op de wijze waarop of de voorwaarden waaronder dat is gebeurd. Als daarvan sprake is, levert immers niet het intreden van het einde van de arbeidsovereenkomst op zichzelf de kennelijke onredelijkheid op. In dit geval geldt dat wederom de kernvraag is of de schade concreet begroot kan worden, waarbij in herinnering zij geroepen

dat de Hoge Raad de rechter de uitdrukkelijke opdracht geeft de vergoeding te

'relateren aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen en aan de daaruit voor de werknemer voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen.'

Daarbij speelt de hypothetische vergelijking met de ontbindingsvergoeding dus geen rol. De door het Hof Den Haag toegepaste hypothetische gevalsvergelijking – wat zou er in de ontbindingsprocedure uitgekomen zijn? – is nu juist door de Hoge Raad afgewezen. Dat betekent dat zowel voor de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid als – wanneer die kennelijke onredelijkheid wordt aangenomen – voor de bepaling van de hoogte van de vergoeding de kantonrechttersformule geen rol(meer) behoort te spelen. Men kan dat betreuren, omdat daarmee de ontwikkeling naar een grotere voorspelbaarheid van de uitkomsten van een kennelijk onredelijke opzeggingsprocedure wordt geblokkeerd. Men zou kunnen betogen dat de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid en de daarbij behorende vergoeding weer in hoge mate subjectief wordt.¹⁵ Maar daarmee worden de oplossingsmogelijkheden die de recente rechtspraak van de Hoge Raad wel degelijk biedt niet benut. Het is zaak om thans handvatten aan te reiken die toch tot de gewenste grotere voorspelbaarheid leiden.

In de gevallen als hier aan de orde is het lastig om de omstandigheden die de opzegging kennelijk onredelijk doen zijn, los te zien van de hoogte van de vergoeding. Ook in gevallen waarin het ontslag niet zo kennelijk onredelijk is dat überhaupt niet ontslagen had mogen worden, maar veeleer de omstandigheden of voorwaarden waaronder is ontslagen het ontslag kennelijk onredelijk maken, zal de schending van de werkgever in zijn verplichting om als goed werkgever te handelen vaak wel in een concrete tekortkoming te vertalen zijn. Nagegaan zal moeten worden, wat het nu precies is, dat de opzegging kennelijk onredelijk maakt. De vraag die dan voorligt is dus: wat had de werkgever moeten doen om die kennelijke onredelijkheid te voorkomen? Veelal zal de werknemer(sadvocaat) goed in staat zijn dat te benoemen. Het benoemen daarvan is het begin van het begroten van de schade. Is de opzegging bijvoorbeeld kennelijk onredelijk vanwege het tekortschieten van de werkgever in de verplichting de werknemer te scholen en *employable* te houden, zal de schade (in ieder geval) bestaan in de kosten van die scholing en daarnaast uit een vergoeding voor het geschatte nadeel dat de werknemer lijdt doordat hij minder snel dan een wèl gedurende het dienstverband geschoolde werknemer, weer een betaalde baan vindt.

14. In deze zin Ktr. Haarlem 3 maart 2010, LJN BL 7760 (*Dunamare*).

15. Zie E. Verhulp, *JAR Verklaard* 30 december 2009; O. van der Kind, 'Het Van der Grijp/Stam-arrest: de techniek klopt, maar het werkt niet', *TRA* 2010, 5.

Dergelijke elementen die aan de vergoedingsplicht ten grondslag liggen, zijn met enige creativiteit op zich genomen best te begroten. Gelet op de overwegingen van de Hoge Raad kan dan onzes inziens niet worden volstaan met alleen een naar billijkheid bepaalde vergoeding.¹⁶ Veelvuldig kwam het de afgelopen jaren voor dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst met een oudere werknemer die veel dienstjaren heeft, kennelijk onredelijk werd geacht, wanneer daarbij geen vergoeding werd meegegeven. Soms lijkt daaraan de vergelijking met de ontbindingsvergoeding ten grondslag te liggen.¹⁷ Naar onze mening is er geen ruimte meer om tot een dergelijke beslissing te komen. Er zal immers duidelijk moeten zijn wat de tekortkoming van de werkgever in een dergelijk geval precies is. Dat zal er toe leiden dat de omstandigheden die de opzegging kennelijk onredelijk doen zijn concreet moeten worden benoemd, waarbij aangegeven moet worden wat de werkgever had moeten doen om de (kennelijke) onredelijkheid te voorkomen. Als die concretisering niet lukt, zal de opzegging ook niet snel kennelijk onredelijk kunnen worden geacht.¹⁸ Het gaat hierbij om een concretisering aan de hand van de eisen die aan de werkgever als goed werkgever worden gesteld, en aan welke eisen de werkgever niet heeft voldaan. Zo menen we dat op een goed werkgever in algemene zin de verplichting rust om te bewerkstelligen dat een werknemer niet kansloos op de arbeidsmarkt moet terugvallen. Op een goed werkgever rust ook de verplichting te voorkomen dat een werknemer door een opzegging van de arbeidsovereenkomst op korte termijn in grote financiële problemen komt. Het gaat hier om de invulling van het persoonlijke karakter van deze rechtsbetrekking, die de arbeidsovereenkomst nu juist tot een zo bijzondere overeenkomst maakt.

Zoals gezegd: als de opzegging kennelijk onredelijk wordt geacht omdat de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in verhouding tot het belang van de werkgever bij de opzegging, is de vraag waarin de tekortkoming van de werkgever dan precies gevonden kan worden en welke voorzieningen hij in dat verband had moeten treffen. Is de opzegging kennelijk onredelijk omdat (de werkgever te kort is geschoten in het *employable* houden van de werknemer en op grond van objectieveerbare gegevens verwacht moet worden dat) de werknemer daardoor langduriger werkloos zal zijn dan wanneer hij wel geschoold was, en zijn inkomenspositie daardoor aanmerkelijk verslechtert, dan dient de werkgever deze werknemer daarvoor schadeloos te stellen. Hier geldt, als gezegd, weer dat de kosten van scholing en het

inkomensverlies is uit te rekenen, of kan worden geschat aan de hand van objectieve gegevens. Daarbij merken we op dat dit niet anders wordt als de (niet later dan ten tijde van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst) bestaande verwachting met betrekking tot de door de werknemer te lijden schade niet uitkomt en de werknemer door het ontslag geen schade blijkt te hebben geleden. Dit volgt onzes inziens (nog steeds) uit r.o. 3.5 van het arrest *Schoonderwoert*.¹⁹ Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de werkgever worden gehouden dat bedrag, of een deel daarvan, aan de werknemer te vergoeden.

Indien de hiervoor beschreven benadering wordt toegepast op de casuïstiek van een aantal bekende arresten leidt dat tot weinig opzienbarende uitkomsten. Zo zal het ook in het licht van onze invulling van de rechtspraak aan Lampe worden verweten dat ze de organisatie aanpast en zonder voldoende waarborgen voor een goede samenwerking mevrouw De Vries het samenwerken met mejuffrouw Vos opdringt, zodat het uiteindelijke ontslag van mevrouw De Vries daarom kennelijk onredelijk kan worden geacht. De deswege aan mevrouw De Vries toe te kennen vergoeding kan (deels) worden begroot nu zij vanwege de beëindiging van de arbeidsovereenkomst geen inkomen uit arbeid heeft maar wellicht een ander lager inkomen, waarbij schatterwijze kan worden bepaald hoe lang dat verschil voor rekening van de werkgever dient te komen.²⁰ Als de stelling van Van Ree, dat zijn inkomensverlies door de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Damco ten minste € 650 per maand bedraagt, juist is, is dat een omstandigheid die de opzegging, zonder enige vergoeding, kennelijk onredelijk kan doen zijn. Op grond van goed werkgeverschap kan de werkgever gehouden zijn te voorkomen dat de werknemer door het ontslag meteen in de financiële problemen raakt. De werkgever kan als goed werkgever gehouden zijn om een gewenningsperiode te financieren, door middel van een afbouwregeling, een verplichting die overigens zwaarder zal drukken naarmate de arbeidsrelatie langer heeft geduurd.²¹ De schadevergoeding waarin de concrete tekortkoming zich hier kan vertalen, is de gekapitaliseerde waarde van een passende afbouwregeling. In de lagere rechtspraak, gewezen na het arrest van 27 november 2009, is van die benadering al een aardig voorbeeld te vinden.²² De eerste zwaluw?

16. Dit deed wel Ktr. Utrecht 24 februari 2010, *LJN* BL 4231.

17. Zie onder meer Ktr. Middelburg 2 maart 2009, *JAR* 2009/120, Ktr. Utrecht 5 augustus 2009, *JAR* 2009/227.

18. Zo valt onzes inziens slecht in te zien wat de opzegging van de arbeidsovereenkomst in het vonnis van Ktr. Lelystad 2 december 2009, *LJN* BK6653 nu kennelijk onredelijk maakt, laat staan hoe die kennelijke onredelijkheid de toegekende schadevergoeding kan rechtvaardigen.

19. HR 17 oktober 1997, *JAR* 1997/245, *NJ* 1999, 266, waarvan dat deel van r.o. 3.5 luidt: 'Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden. Het gaat klaarblijkelijk uit van de onjuiste opvatting dat de schadevergoeding mede zou moeten worden vastgesteld op basis van een begroting van de schade die daadwerkelijk voortvloeit uit de beëindiging van de dienstbetrekking.' (Gecursiveerd door ons.)

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

21. A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2009.

22. Zie Ktr. Eindhoven 17 december 2009, *LJN* BK8201, waarin de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding inderdaad werd bepaald op de waarde van een afbouwregeling.

Conclusie

De hier besproken arresten van 27 november 2009 en 12 februari 2010 vergen een andere benadering van de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijke opzegging dan gangbaar was. De werknemer(sadvocaat) komt er niet meer mee weg aan de hand van de kantonrechtersformule een bedrag als schadevergoeding wegens de kennelijke onredelijkheid te vorderen, maar zal de schade die moet worden vergoed, zo concreet mogelijk moeten onderbouwen. Dat vraagt om creativiteit en een denken buiten de kaders van vaste formules om. Het startpunt

zal steeds de vraag moeten zijn naar de aard en de ernst van de tekortkoming van de werkgever die tot het oordeel dat sprake is van kennelijke onredelijkheid heeft geleid, waarna beoordeeld zal moeten worden tot welke schade die specifieke tekortkoming heeft geleid. Wij hebben geprobeerd een aantal elementen van een dergelijke berekening inzichtelijk te maken, en daarmee een stimulans te geven aan het vinden van een nieuwe invulling van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijke opzeggingen, die de door de Hoge Raad aangemoedigde voorspelbaarheid kan brengen. Er is de komende jaren op dit gebied veel te doen voor arbeidsrechtjuristen.