

Schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag

Geen reflexwerking tussen art. 7:681 en art 7:685 BW,
maar wat dan wel?



Faculteit Rechtsgeleerdheid
Master Recht en Management
Masterscriptie Recht en Management, Arbeid

K.C.P. Heijnen (Kelly)
Begeleidster: mw. mr. drs. B.B.B. Lanting
ANR: S771094

Tilburg, 13 juli 2011

Voorwoord

Deze scriptie is geschreven ter afsluiting van de Master Recht en Management aan de Universiteit van Tilburg.

Door mijn goede vriendin Nicole Jabben werd ik gewezen op de drie beruchte uitspraken van de Hoge Raad, waarin onder andere is bepaald dat de kantonrechtersformule niet de juist te hanteren maatstaf is bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Nadat ik me nader heb verdiept in de grondslagen van de ontslagvergoedingen en de verschillende manieren van vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding ex. artikel 7:681 BW, is deze scriptie tot stand gekomen. Hierbij is ook gekeken naar de rol van employability. Hierbij wil ik Nicole bedanken voor de 'gouden tip' toen ik op zoek was naar een onderwerp voor mijn masterscriptie.

Verder gaan woorden van dank uit naar mijn scriptiebegeleidster mevrouw Lanting voor het begeleiden van mijn scriptieproces, haar heldere feedback en het begrip voor mijn persoonlijke situatie.

Ook wil ik graag mijn naaste studiegenootje Janneke Lenssen bedanken. We hebben elkaar tijdens het schrijven van onze scripties vaak voorzien van de nodige peptalk en ik heb veel gehad aan haar commentaar op mijn geschreven stukken.

Tot slot wil ik mijn vriend(inn)en en ouders bedanken, zonder hun liefde en steun gedurende mijn studie periode, zou ik dit nooit gehaald hebben en niet staan waar ik nu sta.

Kelly Heijnen
Juni 2011

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
1 Inleiding	5
1.1 Onderwerp.....	5
1.2 Probleemstelling en deelvragen.....	6
1.3 Opbouw.....	7
2 Grondslagen van de ontslagvergoeding	8
2.1 Inleiding.....	8
2.2 Historische ontwikkeling.....	8
2.3 Herziening van het ontslagrecht in 1953.....	9
2.4 Grondslagen.....	10
2.4.1 De verschillende grondslagen.....	10
2.4.2 Pacta sunt servanda en de continuïteit van de arbeidsovereenkomst.....	10
2.4.3 De iusta causa demissionis en ongelijkheidscompensatie.....	11
2.4.4 Pleister op de wonde en immateriële schade als gevolg van het ontslag.....	12
2.4.5 Materiële schade.....	13
2.4.6 Niet terugverdiende investeringen.....	13
2.4.7 Meerwaarde en goodwill.....	13
2.4.8 Trouwe dienst.....	13
2.4.9 Postcontractuele zorgplicht en verantwoordelijkheden.....	14
2.4.10 Afkopen van ontslagbescherming en verweer bij ontbinding.....	14
2.4.11 Kansen op de arbeidsmarkt.....	15
2.5 Schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag.....	15
2.6 Hoogte schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag.....	16
2.7 Conclusie.....	18
3 Rechtsontwikkeling van de schadevergoeding ex. art. 7:681 BW	20
3.1 Inleiding.....	20
3.2 Jurisprudentie artikel 7:681 BW.....	20
3.2.1 HR 1 december 1961, NJ 1962, 78 (De Vries/ Lampe).....	20
3.2.2 HR 17 oktober 1997, JAR 1997, 245 (Schoonderwoert/ Schoonderwoerd).....	21
3.2.3 HR 3 december 2004, JAR 2005, 30 (Van Ree/ Damco).....	22
3.2.4 HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 (Van Werkhoven/ HAL).....	22
3.2.5 HR 25 juni 1999, NJ 1999, 601 (Driessen/Boulidam).....	23
3.2.6 HR 15 februari 2008, JAR 2008, 76 (Wustlich/Chromalloy).....	23
3.2.7 HR 14 november 2008, JAR 2008, 318 (Dahri/ Vianen Beton).....	24

3.2.8	HR 27 november 2009, JAR 2009, 305 (Van de Grijp/Stam).....	25
3.2.9	HR 11 december 2009, JAR 2010, 17(Van Hooff Elektra/ Oldenburg).....	26
3.2.10	HR 12 februari 2010, JAR 2010, 72 (Rutten/Breed).....	27
3.2.11	HR 21 mei 2010, JAR 2010, 164 (Schurink/ Volker Wessels).....	28
3.3	Jurisprudentie artikel 7:685 BW.....	29
3.3.1	HR 11 juli 2008, JAR 2008, 203 (Seminis Vegetable Seeds Holland BV/ Van Wielink).....	29
3.3.2	HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257: De Baijings Leer.....	30
3.4	Hoogte schadevergoeding en de rol van employability en scholing.....	30
3.4	Conclusie.....	31
4	Alternatieven voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag.....	34
4.1	Inleiding.....	34
4.2	Alternatieven van schadevaststelling ex. art. 7:681 BW door diverse rechtsgeleerden.....	34
4.3	Herziening duale ontslagstelsel.....	38
4.4	Invloed sociale partners bij het toekennen van een ontslagvergoeding.....	40
4.5	Conclusie.....	41
5	Conclusies en aanbevelingen.....	43
6	Literatuurlijst.....	51
7	Jurisprudentielijst.....	55

1 Inleiding

1.1 Onderwerp

In arbeidsrechtelijk Nederland bestaat er al lange tijd onzekerheid over de hoogte van de schadevergoeding die verschuldigd is, als de opzegging van een arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is bevonden door de rechter. Deze vergoeding is een vergoeding naar billijkheid en wordt bepaald aan de hand van alle omstandigheden van het geval.¹ In de praktijk werd tot voor kort aansluiting gezocht bij de door de Kring van Kantonrechters opgestelde aanbevelingen in het kader van de ontbindingsprocedure van art. 7:685 BW, de zogenaamde kantonrechtersformule. Over de toepassing van de kantonrechtersformule bij een kennelijk onredelijk ontslagprocedure werd verschillend gedacht.² Sommige arbeidsrechtjuristen stellen dat er geen principiële verschil is tussen de vergoedingen bij een ontbindingsprocedure en kennelijk onredelijk ontslagprocedure.³ Anderzijds wordt er beweerd dat het vergelijken van beide vergoedingen 'appels en peren vergelijken' is⁴, terwijl er ook arbeidsrechtjuristen zijn die menen dat beide vergoedingen wel nader naar elkaar aan het groeien zijn.⁵

Door enkele recente arresten van de Hoge Raad is aan deze onzekerheid een einde gekomen.⁶ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de kantonrechters een schadevergoeding in het kader van een kennelijk onredelijk ontslag niet op basis van de kantonrechtersformule mogen/kunnen berekenen, doch de schade daadwerkelijk moeten vaststellen/becijferen althans begroten/schatten. Een vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag dient gebaseerd te worden op de situatie voor, na en tijdens ontslag van de werknemer. Ook is van belang in hoeverre de werkgever verwijtbaar heeft gehandeld jegens de werknemer die dientengevolge schade lijdt. De redenering van de Hoge Raad is als volgt. Eerst dient er vastgesteld te worden dat er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag. Pas als deze vraag met 'ja' beantwoord wordt, kan worden toegekomen aan het antwoord op de vraag welke vergoeding moet worden toegekend aan de werknemer, zoals blijkt uit artikel 7:681 lid 1 BW. De hoogte van deze vergoeding houdt nauw verband met de omstandigheden die tot het einde van de arbeidsovereenkomst hebben geleid en is mede afhankelijk van omstandigheden als de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en diens kans op het vinden van ander passend werk. Tot zover lijkt de schadevergoeding veel op de vergoeding die in het kader van een ontbindingsprocedure wordt toegekend. De vergoeding als bedoeld in artikel 7:681 lid 1 BW heeft echter het karakter van een schadevergoeding, hetgeen betekent dat de rechter de schade begroot 'op de wijze die het meest daarmee in overeenstemming is'.

De uitspraak van de Hoge Raad leidt tot het volgende probleem. Een belangrijk verschil tussen de procedure ex. art. 7:681 BW en art. 7:685 BW is dat de kantonrechter bij toewijzing van het

¹ J. van Drongelen e.a., *Ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 249&250.

² J. van Drongelen e.a., *Ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 250-253.

³ R.A.A. Duk, *SMA* 1993, p. 224. F.B.J. Grapperhaus, *SR* 1997, p. 77-78. R. van de Water, *SR* 1998, p. 9-10.

⁴ C.G. Scholtens & L.J. Harmsma, *Arbeidsrecht* 1996-12, p. 7-10.

⁵ A. Schellart & R.S. van Coevorden, *SR* 1998, p. 12-14. J.J.M. de Laat, *SR* 1998, p. 14-19.

⁶ HR 27 november 2009, *JAR* 2009, 305 (Van de Grijp/ Stam). HR 11 december 2009, *JAR* 2010, 17 (Van Hoof Elektra/Oldenburger). HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 72 (Rutten/Breed).

ontbindingsverzoek een 'billijke vergoeding' kan toewijzen, aldus art. 7:685 BW. In de praktijk wordt deze vergoeding bepaald door de kantonrechtersformule, die bijdraagt aan de voorspelbaarheid van de uitkomst van de procedure en zorgt voor rechtseenheid tussen de verschillende kantongerechten. In beginsel kan tegen een uitspraak van de kantonrechter in ontbindingszaken geen hoger beroep noch cassatie worden ingesteld. Dit vanwege het feit dat de procedure gericht is op snelheid en de rechter op basis van billijkheidsoordelen een einde van de arbeidsovereenkomst maakt en eventueel de hoogte van de vergoeding vast stelt. In geval van opzegging, de andere ontslagroute via UWV WERKbedrijf, kan UWV WERKbedrijf geen financiële voorziening aan de werknemer verstrekken. Voor de werknemer rest dan de mogelijkheid achteraf een beroep te doen op de kennelijke onredelijkheid van het ontslag op grond van art. 7:681 BW. De beoordeling hiervan vindt plaats in een gewone procedure, waarin de regels van het bewijsrecht gelden en de hoogte van de vergoeding wordt vastgesteld aan de hand van door de rechter op basis van de aangevoerde stelling vast te stellen feiten en na afweging van alle omstandigheden van het geval, waarbij de gewone regels omtrent begroting van schadevergoeding van toepassing zijn. Tegen een vonnis op grond van art. 7:681 BW staan hoger beroep en cassatie open. De uitkomsten tussen beide procedures zijn zeer verschillend, waardoor het lijkt alsof werknemers in geval van ontbinding anders behandeld worden dan werknemers van wie de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd. Met name dit verschil zorgt ervoor dat de uitkomsten voor de werknemers wat de hoogte van de vergoeding betreft als onrechtvaardig en onbillijk worden ervaren. De uitkomst van een kennelijk onredelijk ontslagprocedure is moeilijk in te schatten en zorgt voor rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid.⁷ De Hoge Raad is echter van mening dat de voorspelbaarheid van uitkomsten van kennelijk onredelijk ontslag procedures ook kan worden vergroot als de rechters in kennelijk onredelijk ontslag procedures volledig inzicht geven in de gedachtegang die tot hun beslissing heeft geleid.

1.2 Probleemstelling en deelvragen

De kantonrechtersformule is dus geen juiste maatstaf meer voor het berekenen van de schadevergoeding in een procedure ex art. 7:681 BW, aldus de Hoge Raad. Maar hoe dient deze schadevergoeding dan wél berekend te worden om tot een rechtsvaardige en billijke uitkomst te komen? Deze vraag leidt tot de volgende probleemstelling die in deze scriptie centraal staat:

Wat zijn de grondslagen voor de schadevergoeding in het kader van kennelijk onredelijk ontslag en welke berekeningsmethodes zouden de kantonrechters dienen te gebruiken voor het vaststellen van de schade, om tot een rechtvaardige uitkomst te komen die in de lijn ligt met de recent door de Hoge Raad gewezen arresten, waarin onder andere is bepaald dat de kantonrechtersformule geen juiste maatstaf is voor het berekenen van de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag procedure ?

⁷ A.R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?', *Ars Aequi* september 2010, p. 575.

In de huidige politiek en maatschappelijke discussie vormen scholing en employability van werknemers belangrijke speerpunten. Het ontslagrecht kan mogelijk worden ingezet als stimulans voor werkgevers en werknemers om de kansen en de employability van werknemers te vergroten en daarmee werkloosheid te voorkomen. Employability houdt vrij vertaald niet veel meer in dan 'arbeidsmarktperspectieven' of 'kansen op werk'. Het ontslagrecht wordt op deze manier ingezet als arbeidsmarktinstrument om zo de employability te bevorderen, oudere werknemers sneller aan het werk te krijgen en te houden of werkloosheid te voorkomen.⁸ In deze scriptie wordt gekeken naar de algemene tendens om ontslagvergoedingen aan te wenden voor het snel vinden van andere werk. Dit leidt tot het tweede gedeelte van de probleemstelling.

Hoe is de verhouding tussen de ontslagvergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag en de ontwikkelingen op het gebied van employability en welke rol heeft deze verhouding op de maatstaf voor het berekenen van de ontslagvergoeding ex. art 7:681 BW?

1.3 Opbouw

In het volgende hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag waarom ontslagvergoedingen worden toegekend. Welke grondslagen zijn er voor het toekennen van een ontslagvergoeding? En welke van deze grondslagen zijn het meest van toepassing op de schadevergoeding ex. art. 7:681 BW? In hoofdstuk 3 wordt de rechtsontwikkeling van de schadevergoeding van art. 7:681 BW beschreven aan de hand van de belangrijkste arresten vanaf 1961 tot nu anno 2011. Vervolgens wordt er ingegaan op de vraag waarop de schade bij kennelijk onredelijk ontslag gebaseerd dient te worden, aangezien dit niet meer is toegestaan op basis van de kantonrechtersformule. Welke rol dient Boek 6 BW en het goed werkgeverschap bij deze nieuwe berekeningsmethodes te hebben? Verder wordt bekeken wat de gevolgen zouden zijn van een herziening in het ontslagstelsel voor de ontslagvergoedingen. Zou dit een oplossing zijn voor de toekomst? Ook de ontwikkelingen op het gebied van employability en de gevolgen voor de ontslagvergoedingen worden besproken. Tot slotte volgt er de conclusie waarin antwoord wordt gegeven op de probleemstelling en een vooruitblik gegeven op de toekomst van de schadevergoeding ex. art. 7:681 BW middels enkele aanbevelingen.

⁸ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 221, 231 & 232.

2 Grondslagen van de ontslagvergoeding

2.1 Inleiding

Alvorens uitspraak te doen over de problematiek rondom de schadevergoeding van art. 7:681 BW, is het van belang te weten te komen welke argumenten, hierna te noemen grondslagen, er zijn voor het toekennen van een schadevergoeding in het ontslagrecht. Na een korte beschrijving van de historische ontwikkeling van de ontslagvergoeding in het ontslagrecht, wordt er een toespitsing gemaakt op de ontslagvergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Er worden kort arresten van de Hoge Raad aangehaald die ter verduidelijking dienen. Deze arresten worden in het volgende hoofdstuk uitvoering besproken. De hoofdvraag die in dit hoofdstuk beantwoord zal worden luidt: Wat zijn de grondslagen voor het toekennen van schadevergoeding en voor het berekenen van de hoogte van de schadevergoeding in geval van een kennelijk onredelijk ontslag en welke rol heeft het goed werkgeverschap en art. 6:97 BW hierop?

2.2 Historische ontwikkeling

Van oudsher heeft het arbeidsrecht twee belangrijke functies. Allereerst de beschermingsfunctie, die is gebaseerd op het idee dat de werknemer machtseconomisch ongelijk is ten opzichte van zijn werkgever en tegen die machtsongelijkheid beschermd dient te worden. Daarnaast is er de ordeningsfunctie om te zorgen voor een geordende rechtsverhouding tussen de werkgever en de werknemer.⁹ De beoogde balans tussen de verantwoordelijkheid van de werkgever en werknemer is niet altijd duidelijk en vaak moeilijk te vinden vooral omdat de mogelijkheden om verantwoordelijkheden te nemen en te dragen samenhangen met allerlei bijkomende omstandigheden. Deze balans dient enerzijds aan te sluiten bij de huidige maatschappelijke wensen en ontwikkelingen en anderzijds mag deze geen afbreuk doen aan de waarden en normen van het arbeidsrecht. Gesteld wordt dat zowel de werkgever als de werknemer bij het ontslag van de werknemer individueel verantwoordelijk zijn voor werkzekerheid. Werkzekerheid, inhoudende de kans op werk wordt boven baanzekerheid gekoppeld, inhoudende het behoud van één bepaalde baan. Toch komt er ook binnen de huidige maatschappelijke ontwikkelingen nog steeds een moment waarop behoefte is aan bescherming, zij het dat het moment dat die behoefte zijn intrede doet verschuift en de inhoudelijke invulling en uitvoering van die bescherming aan herijking toe is. De grens tussen de individuele verantwoordelijkheden van werkgevers en werknemers en de bescherming die het ontslagrecht geacht wordt te bieden, is niet altijd even duidelijk. Het ontslagrecht ziet vooral op rechten en verplichtingen wanneer de arbeidsovereenkomst nog niet is beëindigd of wanneer de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, maar er bestaan weinig waarborgen voor de periode na de beëindiging. Bij de ontslagvergoeding wordt hier wel al ten dele rekening mee gehouden, te weten: bij de te verwachten positie van de werknemer nadat de arbeidsovereenkomst

⁹ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 3 & 6.

wordt beëindigd. De huidige vorm van het ontslagrecht lijkt vooralsnog geen structurele bijdrage te (kunnen) leveren aan een nieuwe verantwoordelijkheidsverdeling in het kader van werkzekerheid.¹⁰

2.3 Herziening van het ontslagrecht in 1953

In 1953 wordt het ontslagrecht herzien. In de wet van 1953 werd het kennelijk onredelijk ontslag gecodificeerd en de mogelijkheid opgenomen een ontslagvergoeding toe te kennen, zowel bij kennelijk onredelijk ontslag als bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Vond men in het begin van de 20^e eeuw nog dat de vraag of aan de beëindiging van een arbeidsovereenkomst een redelijkheidstoetsing vooraf diende te gaan nog niet noodzakelijk daar opzegging van een arbeidsovereenkomst gezien werd als een natuurlijk recht, bij de herziening van het ontslagrecht in 1953 werd de redelijkheidstoetsing van ontslagen wettelijk geregeld. Hoewel er veel discussie is over de afbakening van het begrip 'kennelijk onredelijk' lijkt dit uiteindelijk niet van heel groot belang, omdat het uitdrukkelijk de bedoeling is de beoordeling van de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is aan de rechter over te laten. Hierbij komt de rechter een grote mate van vrijheid toe bij de beoordeling van de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is. Men ging er destijds van uit dat de jurisprudentie op den duur vastheid zal geven aan het begrip, zodat op deze manier het begrip een ontwikkeling door kon doormaken naarmate de denkbeelden wijzigden. Het werd gezien als een voordeel van de gekozen terminologie. Er moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, daarmee ook inbegrepen de ongelijkheid van de partijen. De minister acht het om deze reden juist gevaarlijk een nader abstracte definitie te stellen. De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag is een schadevergoeding naar billijkheid waarbij de rechter voor het stellen en bewijzen van de schade niet afhankelijk is van de stringente gewone regels van het burgerlijk recht. Dit omdat het karakter van kennelijk onredelijk ontslag met zich mee brengt dat de geleden schade, die ook op een nog langer durende onzekere toekomst betrekking heeft, vaak moeilijk te bewijzen zal zijn. Met de wettelijke normering van de redelijkheidstoetsing van ontslagen wordt in 1953 aan een reeds lange tijd heersende opvatting tegemoet gekomen ondanks dat over de invulling van het begrip 'kennelijk onredelijk' en over de hoogte van de toe te kennen vergoeding discussie mogelijk is en blijft. De rechter krijgt naast de mogelijkheid een schadevergoeding naar billijkheid toe te kennen de mogelijkheid aan partijen de verplichting op te leggen de arbeidsovereenkomst te herstellen. Met de invoering van de vergoeding naar billijkheid bij kennelijk onredelijk ontslag en de invoering van de ontbindingsvergoeding heeft de wetgever een wettelijke basis geschapen voor het toekennen van een vergoeding indien de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Ondanks het feit dat bij de vergoeding naar billijkheid bij kennelijk onredelijk ontslag bewust ervoor is gekozen de formulering ruim en abstract te houden en de nadere invulling en ontwikkeling over te laten aan de rechtspraak, biedt de wettelijke normering de rechtspraak in ieder geval handvaten bij het toekennen van de vergoeding.¹¹

¹⁰ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 11 t/m 14.

¹¹ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 222 t/m 225.

2.4 Grondslagen

2.4.1 De verschillende grondslagen

Alvorens er iets zinnigs gezegd kan worden over de vormgeving van de ontslagvergoeding, dient eerst de vraag te worden gesteld wat het toekennen van een ontslagvergoeding rechtvaardigt. Er bestaat geen eenduidige opvatting over wat het standaard toekennen van een ontslagvergoeding bij het einde van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt. Tevens valt er niet één enkele overtuigende grondslag voor het toekennen van een ontslagvergoeding aan te wijzen, daar er meerdere grondslagen zijn die het toekennen van een schadevergoeding kunnen rechtvaardigen.¹²

Uit het onderzoek van van Zanten-Baris¹³ zijn er verschillende grondslagen voor de ontslagvergoeding, te weten:

1. pactu sunt servanda en continuïteit van de arbeidsovereenkomst;
2. de iusta causa demissionis en ongelijkheidscompensatie;
3. pleister op de wonde en immateriële schade als gevolg van het ontslag;
4. materiële schade;
5. niet terugverdiende (relatiespecifieke) investeringen;
6. meerwaarde en goodwill; bedrijfsresultaat komt ook de werknemers toe;
7. trouwe dienst; anciënniteit en leeftijd;
8. postcontractuele zorgplicht en verantwoordelijkheden;
9. afkopen van ontslagbescherming en verweer bij ontbinding;
10. kansen op de arbeidsmarkt.

Deze grondslagen zijn terug te brengen tot drie fundamentele grondslagen, te weten:

1. een goede reden voor ontslag, ofwel een 'iusta causa demissionis' en de wens tot het compenseren van de voortdurende en uit de aard van de arbeidsovereenkomst voortvloeiende machtsongelijkheid tussen werkgever en werknemer;
2. het vergoeden van immateriële en materiële schade;
3. het afkopen van verweer en het beroep op ontslagbescherming bij ontbinding en beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden.

2.4.2 Pacta sunt servanda en de continuïteit van de arbeidsovereenkomst

Het uitgangspunt in het civiele recht is dat overeenkomsten moeten worden nagekomen, het beginsel van 'pacta sunt servanda'. In het verlengde hiervan ligt de gedachte dat de ontslagvergoeding dient als compensatie voor het voortijdig onvrijwillig afbreken van de dienstbetrekking. Het is wenselijk te streven naar een zekere continuïteit van de arbeidsovereenkomst. Hoewel enerzijds enige continuïteit en het ordenen van rechtsverhoudingen wenselijk is, kan anderzijds worden opgemerkt dat het door middel van financiële pressiemiddelen stimuleren van partijen arbeidsovereenkomsten te laten voortduren, nadelige gevolgen kan hebben. Het gevolg kan zijn dat de arbeidsmarkt rigide wordt en

¹² A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 90.

¹³ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 227 & 229.

de gewenste doorstroming op de arbeidsmarkt wordt belemmerd. De opvattingen met betrekking tot het in stand houden van arbeidsoverkomsten hebben tegenwoordig minder prioriteit dan het begeleiden van werknemers van baan naar baan. De nadruk ligt op het treffen van maatregelen die erin voorzien dat werknemers zonder al te veel problemen van baan kunnen wisselen en ervoor te zorgen dat werknemers daarop voorbereid zijn. Op deze manier wordt de doorstroming en de dynamiek op de arbeidsmarkt bevorderd. Op dit punt wordt de bescherming van de werknemer verschoven van het koste wat kost proberen de arbeidsovereenkomst in stand te houden, naar het aanbieden van instrumenten en kansen aan de werknemer om zich te bewegen op de arbeidsmarkt. Werknemers gaan van baanzekerheid naar werkzekerheid. Bij het aangaan van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd is er echter nog steeds sprake van een wederzijdse behoefte aan of verwachting van continuïteit van de relatie. Toch is het meer regel dan uitzondering dat een arbeidsovereenkomst op enig moment toch wordt beëindigd.¹⁴

2.4.3 De iusta causa demissionis en ongelijkheidscompensatie

Bij het kennelijk onredelijk ontslag is de grondslag voor de ontslagvergoeding gebaseerd op het idee dat voor ontslag een goede reden moet zijn: 'een iusta causa demissionis'. Dit volgt uit de wetsgeschiedenis, dat een werkgever zijn werknemer niet zonder goede reden ontslaat of de werknemer die wegens een gril de dienst opzegt.¹⁵ Als de rechter het ontslag kennelijk onredelijk oordeelt, kan de rechter steeds een schadevergoeding naar billijkheid toekennen. De woordkeuze 'kan toekennen' houdt in dat de rechter, als hij het ontslag kennelijk onredelijk oordeelt schadevergoeding zal toekennen, maar dat steeds kan, inhoudende dat hij dat kan na de opzegging voordat de arbeidsovereenkomst is beëindigd, maar ook daarna. De schadevergoeding naar billijkheid duidt op de overweging dat de rechter niet gebonden is aan de stringente regels van bewijs.¹⁶ De goede reden van het ontslag vindt zijn grondslag in de overtuiging dat de werknemer beschermd moet worden tegen de ongelijke machtspositie waarin hij verkeert ten opzichte van zijn werkgever. De wens de grond van het ontslag te toetsen vindt hier zijn grondslag, gezien de werknemer door zijn ongelijke machtspositie zwakker is en beschermd dient te worden door als tegengewicht de voorwaarde te stellen dat de reden voor het ontslag gemotiveerd en deugdelijk moet zijn. Zo wordt er getoetst of de werkgever geen oneigenlijke of onredelijk gebruik maakt van zijn machtspositie.¹⁷ Op deze manier vindt er ongelijkheidscompensatie plaats die ook in CAO's geruime tijd voor de codificatie van het kennelijk onredelijk ontslag, geregeld was.¹⁸

De in paragraaf 2.3 besproken herziening van het ontslagrecht in de wet van 1953 beoogt te accentueren dat de verbreking van de arbeidsovereenkomst niet meer ter uitsluitende beoordeling van partijen behoort te staan. De rechter krijgt een controlerende functie, welke niet alleen bestaat uit het toekennen van een schadevergoeding naar billijkheid. Hij kan de werkgever, die schadelijktig is geworden door de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk te hebben opgezegd, op grond van art.

¹⁴ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 105 t/m 109.

¹⁵ *Bijlage Handelingen II*, 881, 1947-1948, nr 3, p. 5.

¹⁶ *Bijlage Handelingen II*, 881, 1947-1948, nr 3, p. 9.

¹⁷ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 110 & 113.

¹⁸ Als voorbeeld de CAO voor de Bierbrouwerij.

7:682 lid 1 BW veroordelen tot het herstellen van de arbeidsovereenkomst. Een dergelijke veroordeling moet wel worden gevorderd.¹⁹ Alleen bij of na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan de werknemer afstand doen van de mogelijkheid van herstel van de arbeidsovereenkomst. De werknemer kan niet worden veroordeeld tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Dit is in strijd met de aan hem toekomende vrijheid van arbeidskeuze geregeld in art. 19 lid 3 van de Grondwet. Dat betekent dat wanneer een werknemer onregelmatig of kennelijk onredelijk heeft opgezegd, als sanctie mogelijkheid alleen de gefixeerde of de volledige schadevergoeding kan worden toegepast. Art. 7:682 lid 2 BW bepaalt verder dat wanneer de rechter tot herstel van de arbeidsovereenkomst oordeelt, hij kan bepalen voor of op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld. Wanneer de werkgever wordt veroordeeld tot herstel van de arbeidsovereenkomst, houdt dit in dat hij met de betrokken werknemer een arbeidsovereenkomst moet aangaan welke dezelfde inhoud heeft als de arbeidsovereenkomst die is beëindigd. Aan een dergelijke veroordeling kan een dwangsom worden verbonden. Mocht de werkgever verzoeken om een afkoopsom te bepalen, dan wordt de verplichting tot herstel geschorst en is er geen dwangsom meer verschuldigd. Een afkoopsom is eigenlijk niets meer en niets minder dan het niet voldoen aan wat de rechter in redelijkheid als de juiste gedragslijn heeft vastgesteld.²⁰

De afkoopsom die wordt vastgesteld bij de veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst is een financieel offer dat degene aan wie de verplichting tot het betalen van een afkoopsom ertoe kan brengen zijn bezwaren tegen herstel te onderdrukken.²¹ De vraag die dan naar boven komt is: Zou feitelijk herstel van de arbeidsovereenkomst dan niet beter zijn dan afkoop? Is in de praktijk sprake van herstel van de arbeidsovereenkomst? De rechter kan slechts veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst indien de wederpartij dit heeft gevorderd. Dit is vrij logisch gezien het feit dat de partij die zich beroept op het kennelijk onredelijk verbreken van de arbeidsovereenkomst wellicht zelf ook geen behoefte heeft aan herstel. De rechter is niet verplicht de vordering tot herstel toe te wijzen. Ook als de rechter zelf geen heil ziet in herstel van de arbeidsovereenkomst, heeft hij de bevoegdheid de vordering af te wijzen. In dat opzicht is herstel van de arbeidsovereenkomst niet beter en ook niet altijd gewenst c.q. praktisch. Herstel van de dienstbetrekking mag niet ontaarden in het opleggen van een verhouding die voor een van de partijen niet te dragen is. De mogelijkheid tot herstel van de dienstbetrekking moet dan ook gezien worden als een mogelijkheid, niet als een recht, ter beoordeling aan de rechter. In de praktijk is er dan ook niet snel sprake van herstel van de arbeidsovereenkomst.

2.4.4 Pleister op de wonde en immateriële schade als gevolg van het ontslag

De schadevergoeding die wordt toegekend indien een ontslag kennelijk onredelijk is geoordeeld door de rechter, dient onder andere als pleister op de wonde voor het ontslag als zodanig ook al zijn alle termijnen in acht genomen, was de gedachte in 1953 bij de herziening van het ontslagrecht. Hierbij spelen vooral de psychische gevolgen en immateriële schade als gevolg van het ontslag een rol. Het

¹⁹ HR 4 juni 1976, *NJ* 1976, 98.

²⁰ J. van Drongelen e.a., *Ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 79 t/m 83.

²¹ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 53 t/m 55 & 108.

losgebroken worden uit de arbeidsovereenkomst en alle gevolgen die daarmee samenhangen kunnen voor de werknemer immers ernstige psychische gevolgen hebben.²²

2.4.5 Materiële schade

De schadevergoeding die kan worden toegekend bij kennelijk onredelijk ontslag ziet ook op schade die op een nog langer durende onzekere toekomst betrekking heeft. De terminologie 'naar billijkheid' is gekozen, omdat juist deze schade moeilijk in te schatten en te bewijzen is. De rechter is hierbij voor het stellen en bewijzen van de schade niet afhankelijk van de stringente gewone regels van het burgerlijk recht. De rechter bepaalt de hoogte van de schade al naar gelang de omstandigheden van het concrete geval. Duidelijke voorbeelden van wat als schade kan worden aangemerkt zijn niet gegeven bij de invoering van de mogelijkheid een vergoeding toe te kennen bij kennelijk onredelijk ontslag, daar deze moeilijk is in te schatten en te bewijzen. De schadevergoeding ziet mede op het vergoeden van schade. Hierbij kan gedacht worden aan (toekomstige) inkomensschade, een noodgedwongen verhuizing of om- of bijscholing van een werknemer.²³

2.4.6 Niet terugverdiende investeringen

Sommige auteurs wijzen erop dat de werknemer bij het einde van de arbeidsovereenkomst recht heeft op niet terugverdiende investeringen. Deze gedachte is in geval van een arbeidsovereenkomst niet altijd juist, omdat een werknemer waarschijnlijk niet snel op eigen kosten investeringen zal doen. Toch dient er, volgens Grapperhaus, rekening te worden gehouden met eventueel in de toekomst nog te genereren inkomsten, met door de werknemer op het bedrijf van zijn werkgever toegespitste kennis en ervaring, de bij het einde van de dienstverband wegvallende anciënniteit, het verlies van reputatie en prestige en het mislopen van toekomstige promotie en verbeterkansen bij de werkgever.²⁴

2.4.7 Meerwaarde en goodwill

Een andere verklaring voor het toekennen van ontslagvergoeding is dat bedrijfsresultaat ook de werknemer toekomt. Hierbij is de gedachte dat de werknemer recht heeft op een vergoeding voor de door hem verschaftte meerwaarde aan het product en dat hij recht heeft te delen in de door het bedrijf gemaakte winst en opgebouwde goodwill.²⁵

2.4.8 Trouwe dienst

De gedachte dat trouwe dienst moet worden beloond is een gedachte uit de jaren '70 van de vorige eeuw. Hierbij kan er onderscheid worden gemaakt tussen de duur van de arbeidsovereenkomst, de anciënniteit en de leeftijd van de werknemer. Ook bij kennelijk onredelijk ontslag wordt met enige regelmaat expliciet rekening gehouden met trouwe dienst. Voorafgaand aan de arresten van de Hoge

²² A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 115.

²³ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 122 t/m 124.

²⁴ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 126 & 127.

²⁵ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 129.

Raad²⁶ was dit te wijten aan de reflexwerking van de kantonrechttersformule waarbij ook rekening wordt gehouden met trouwe dienst, duur van de arbeidsovereenkomst, leeftijd van de werknemer en het aantal dienstjaren.²⁷

2.4.9 Postcontractuele zorgplicht en verantwoordelijkheden

De bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst zorgt ervoor dat er een bijzondere postcontractuele zorgplicht voor de werkgever ten opzichte van zijn werknemer rust. Deze postcontractuele zorgplicht vloeit voort uit de vergaande economische afhankelijkheid van de werknemer en brengt met zich mee dat de werkgever bij het einde van de arbeidsovereenkomst de werknemer 'niet zonder slag of stoot in de vernieling mag helpen'.²⁸ Deze grondslag kan ook aangemerkt worden als een verplichting die voortvloeit uit het bestaan en vervolgens het verbreken van het contract. Hetgeen dan niet leidt tot postcontractuele zorgverplichting maar een contractuele zorgverplichting.²⁹

Een ontslag dat berust op een redelijke grond kan kennelijk onredelijk zijn op grond van nadelige gevolgen voor werknemers. De werkgever handelt onredelijk wanneer de verhouding tussen zijn eigen belang bij opzegging en de te verwachten nadelige gevolgen voor de werknemer onevenredig is.³⁰ Voor oudere werknemers met een slechte arbeidsmarktpositie zijn de gevolgen van het ontslag eerder onevenredig in verhouding tot het belang van de werkgever. Een eventuele vergoeding aan een oudere werknemer en het arbeidsmarktperspectief bepaalt mede of een ontslag kennelijk onredelijk is. Er is geen vergoedingsplicht, maar soms maakt het niet aanbieden van een vergoeding het ontslag kennelijk onredelijk.³¹ Dat geldt sterker naarmate de werknemer ouder is en een slechtere arbeidsmarktpositie heeft, bijvoorbeeld door een eenzijdige arbeidsontwikkeling. In het Bouldam-arrest liet de Hoge Raad de overweging van de rechtbank in stand dat het, gelet op het feit dat de arbeidsongeschikt geraakte werknemer Bouldam gedurende bijna 25 jaar zijn beste krachten aan de werkgever had gegeven en waarbij volgens de artsen niet kon worden bewezen dat de arbeidsongeschiktheid was ontstaan als gevolg van de verrichte werkzaamheden, maar waarbij het wel zeer aannemelijk was dat de arbeidsongeschiktheid was ontstaan als gevolg van de werkzaamheden, eenvoudigweg niet aangaat de werknemer zonder een behoorlijke financiële vergoeding heen te zenden.³²

2.4.10 Afkopen van ontslagbescherming en verweer bij ontbinding

Bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst is een belangrijke grondslag voor het toekennen van een ontslagvergoeding te vinden in het afkopen van de ontslagbescherming van de werknemer. De werkgever koopt de bescherming van de werknemer als het ware af door de betaling van een vergoeding. De werkgever had immers ook de hoofdweg van ontslag kunnen volgen door

²⁶ HR 27 november 2009, *JAR* 2009, 305 (Van de Grijp/ Stam). HR 11 december 2009, *JAR* 2010, 17 (Van Hoof Elektra/ Oldenburg). HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 72 (Rutten/Breed).

²⁷ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 132, 135 & 136.

²⁸ C.J. Loonstra, *De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen*, *Arbeidsrecht* 2001, 43, p. 37.

²⁹ A. Baris- Van Zanten, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 138.

³⁰ HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266 (Schoonderwoert/Schoonderwoerd).

³¹ Ktr. Lelystad 12 februari 2003, *Prg.* 2003, 6061

³² HR 25 juni 1999, *NJ* 1999, 601 (Driessen/Bouldam).

toestemming voor ontslag te vragen bij het UWV WERKbedrijf. Hierbij dient de werkgever goede redenen aan te voeren voor het ontslag en zal hij worden geconfronteerd met opzegtermijnen en opzegverboden. Deze vormen van ontslagbescherming komen minder aan bod in de ontbindingsprocedure. De ontbindingsvergoeding is als het ware de prijs die de werkgever ervoor over heeft de arbeidsovereenkomst op een makkelijke en snelle wijze te beëindigen en vormt daarmee de prijs die door de werknemer voldoende wordt geacht geen inhoudelijk verweer te voeren tegen het voorgenomen ontslag.³³

2.4.11 Kansen op de arbeidsmarkt

De laatste overkoepelende grondslag voor het toekennen van schadevergoeding bestaat uit de kansen voor de werknemer. De kans op het vinden van een nieuwe baan is immers zeer belangrijk in die zin dat een werknemer die snel een nieuwe dienstbetrekking vindt, beter voor zichzelf kan zorgen en weerbaar is en blijft, zowel in materiële als in immateriële zin. Een term die nauw samenhangt met het vergroten van kansen van werknemers is de term employability. Het vergroten van employability vormt daarom een belangrijk aspect in het kader van de grondslagen en het toekennen van ontslagvergoedingen.³⁴

2.5 Schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag

In art. 7:681 lid 1 is te lezen dat de rechter indien hij het ontslag kennelijk onredelijk acht, een schadevergoeding kan toekennen naar billijkheid. Deze schadevergoeding dient een pleister op de wonde te zijn voor het ontslag als zodanig, ook al zijn alle termijnen volledig in acht genomen. De schade, die ook op een nog langer durende onzekere toekomst betrekking heeft, is vaak moeilijk in te schatten en te bewijzen, vandaar dat de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag een schadevergoeding 'naar billijkheid' is.³⁵ Het woord 'kennelijk' bij kennelijk onredelijk ontslag beoogt alleen gevallen van minder ernstig onredelijk handelen uit te sluiten, waarover verstandige mensen redelijk verschil van mening kunnen hebben. Enerzijds brengt de aard van kennelijk onredelijk ontslag met zich mee dat de rechter niet aan de stringente regels van bewijs is gebonden, omdat de schade moeilijk te bewijzen valt. Anderzijds is nauwkeurig onderzoek als in ieder ander arbeidsrechtelijke procedure zeer op zijn plaats.³⁶ Hieruit kan de conclusie worden getrokken dat er twee verschillende beoordelingsmomenten plaatst dienen te vinden bij de bepaling of een ontslag kennelijk onredelijk is en wat de hoogte van de vergoeding zal bedragen. Voor de beoordeling of een ontslag kennelijk onredelijk is geldt echter geen bewijsbeperking, terwijl voor de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding de rechter niet gebonden is aan de stringente regels van het bewijsrecht. Is het ontslag als kennelijk onredelijk geoordeeld door de rechter, dan komen verder alle schadelijke gevolgen, voortvloeiend uit de onredelijkheid van het ontslag, voor vergoeding in

³³ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 142.

³⁴ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 146 t/m 149.

³⁵ *Bijlage Handelingen II*, 881, 1951-1952, nr 6, p. 30.

³⁶ M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijk ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954, p. 50.

aanmerking.³⁷ In art. 7:681 lid 2 BW staan verschillende gronden waarop een ontslag kennelijk onredelijk kan zijn. De belangrijkste grond is gelegen in art. 7:681 lid 2 sub b BW, het zogeheten gevolgen criterium, dat inhoudt dat een ontslag kennelijk onredelijk kan worden geacht indien de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging. Hierbij wordt expliciet verwezen naar de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden ander passend werk te vinden. De formulering van het gevolgen criterium bij kennelijk onredelijk ontslag biedt ruimte rekening te houden met scholingsinspanningen en de mate van employability van werknemers. Scholingsinspanningen en de mate van employability kunnen van invloed zijn op de te verwachten gevolgen van het ontslag en op de mogelijkheden voor de werknemer ander passend werk te vinden. In de praktijk wordt door rechters in sommige situaties rekening gehouden met scholingsinspanningen of de inzetbaarheid van de werknemer.³⁸

2.6 Hoogte schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag

Voor de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding bestaat geen standaard formule. De hoofdregel is en blijft dat de rechter alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking dient te nemen. Het gaat hierbij om de waardering van die feiten die zich niet in enig keurslijf dwingen.³⁹ In 1961 oordeelde de Hoge Raad over de invulling van de kennelijk onredelijkheid. De gevolgen van het ontslag en de getroffen voorzieningen kunnen zelfstandig leiden tot het oordeel dat er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag.⁴⁰ De toetsing van de kennelijk onredelijkheid van de opzegging is verschoven van een marginale toets naar een volle toets. Dit werd mogelijk gemaakt door op ruimhartige wijze invulling te geven aan het gevolgen criterium van art. 7:681 lid 2 sub b BW.⁴¹ De vergoeding kan mede worden toegekend met het oog op de nog langer durende onzekere toekomst, waarbij niet vereist is dat sprake is van daadwerkelijk geleden schade. Voor een vergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag is ook niet vereist dat de te verwachten schade daadwerkelijk is geleden of dat de werknemer financieel nadeel heeft geleden.⁴² De vergoedingen die worden toegekend bij kennelijk onredelijk ontslag vallen gemiddeld genomen lager uit dan de vergoedingen die worden toegekend bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Over de vergoedingen die worden toegekend bij kennelijk onredelijk ontslag bestaat aldus minder uniformiteit en rechtszekerheid dan het geval is bij de ontbindingsvergoeding. Bij de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding blijft het vrij lastig vooraf in te schatten hoe hoog de vergoeding zal zijn. Aan de reflexwerking van de kantonrechtersformule is door de Hoge Raad een einde gemaakt, ondanks dat er in de literatuur met het oog op gelijkheid en rechtsonzekerheid voor reflexwerking

³⁷ S.W. Kuip, *Ontslagrecht met een bijzondere aandacht voor de dringende reden*, Deventer:Kluwer 1993, p. 178.

³⁸ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 201.

³⁹ D.J. Buijs, 'Kennelijk onredelijk ontslag: het is maar hoe je de feiten vaststelt en interpreteert', *Sociaal Recht* 2008-5, p. 155-157.

⁴⁰ HR 1 december 1961, NJ 1962, 78 (De Vries/ Lampe)

⁴¹ W.A. Zondag, *Rechtspraak kennelijk onredelijk ontslag*, Deventer:Kluwer 2005, p. 11 & 12.

⁴² HR 17 oktober 1997, NJ 1999, 266 (Schoonderwoert/ Schoonderwoert).

werd gepleit.⁴³ Mede bepalend bij het niet toestaan van de reflexwerking van de kantonrechttersformule is gelegen in de verschillen van totstandkoming, aard en doel tussen een procedure ex art. 7:685 BW en art. 7:681 BW. De ontbindingsprocedure beoogt te voorzien in een snelle, eenvoudige en duidelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De kennelijk onredelijk ontslagprocedure beoogt het ontslag in volle omvang te toetsen, waarbij is inbegrepen de mogelijkheid van beroep en appèl. Deze waarborgen heeft art. 7:685 BW niet. Bij het toekennen van de ontslagvergoeding dient rekening te worden gehouden met en aansluiting gezocht te worden bij de daadwerkelijk geleden schade. Voor zover de schade niet kan worden bepaald, kan een schatting uitkomst bieden. Deze mogelijkheid wordt geboden door art. 6:97 BW. Art. 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat. Het blijft moeilijk aan te geven wat exact als daadwerkelijk geleden schade kan worden aangemerkt. Het uitgangspunt van 1953 dat geldt daarom nog steeds en wordt als een rechtvaardiging gezien voor het toekennen van de schadevergoeding naar billijkheid. Zodoende wordt de uitzondering genoemd in art. 6:97 BW tot hoofdregel gemaakt. Als de schade niet kan worden bewezen, dient deze te worden geschat. De toetsing van het ontslag in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure vindt plaats 'ex tunc'. Hierbij wordt gekeken naar de omstandigheden zoals die zich voordeden op het moment van het ontslag, latere omstandigheden kunnen slechts een aanwijzing vormen voor wat ten tijde van het ontslag redelijkerwijs was te voorzien.⁴⁴ Hiermee wordt een fictie geschapen, die lastig is te verenigen met het standpunt dat aansluiting dient te worden gezocht bij de daadwerkelijk geleden (of nog te lijden) schade.⁴⁵ In het arrest Schoonderwoert/ Schoonderwoerd is bepaald dat bij de vaststelling van het bedrag aan schadevergoeding die op grond van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag moet worden toegekend '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'. De schadevergoeding heeft de strekking compensatie te bieden 'voor de kennelijke onredelijkheid van de handelswijze van de werkgever, gelegen in dienst veronachtzaming van de onevenredigheid tussen zijn eigen belang bij beëindiging van de dienstbetrekking en de toen te verwachten nadelige gevolgen daarvan voor de werknemer'. Bij het toekennen van een ontslagvergoeding zou naast bijvoorbeeld de verwijtbaarheid, meer aandacht moeten worden besteed aan de verrichte scholingsinspanningen door werkgever en werknemer. Zowel bij kennelijk onredelijk ontslag als bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst bestaat de ruimte bij het bepalen van de hoogte van de ontslagvergoeding rekening te houden met scholingsinspanningen. Afhankelijk van de verrichte scholingsinspanningen door zowel de werkgever als de werknemer kan er dan een hogere of lagere vergoeding worden toegekend. De werkgever, die uit hoofde van goed werkgeverschap investeert in de employability van

⁴³ M.W.A.M. van Kempen en J.J.W. van Ladesteijn, 'Reflexwerking van de kantonrechttersformule in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure', *Arbeidsrecht* 2008, 9.

⁴⁴ HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266 (Schoonderwoert/ Schoonderwoerd).

⁴⁵ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 124 & 125.

zijn werknemers, kan bij het toekennen van de ontslagvergoeding worden beloond. De rechter zou het vaststellen van de hoogte van de aan de werknemer toekomende vergoeding rekening kunnen houden met de door de werkgever betaalde scholingskosten en met de arbeidsmarktpositie van de werknemer.⁴⁶ De verantwoordelijkheid van het treffen van maatregelen ter bevordering van scholing kan onder verdeeld worden tussen de overheid, de sociale partners en de individuele werkgevers en werknemers. Een groot aantal cao's bevat afspraken over employability en scholing. Toch wordt er bij de huidige vorm van het ontslagrecht te weinig rekening gehouden met de wens om werkgever en werknemer meer te activeren om te investeren in scholing, employability en werkzekerheid, met als uiteindelijk doel werkloosheid te voorkomen. Werkgevers, werknemers en hun vertegenwoordigers zouden zich meer bewust moeten worden van de verschuiving van baanzekerheid naar werkzekerheid en daarbij niet alleen in de cao's en andere afspraken maar ook bij ontslag wijzen op het belang van scholingsinspanningen in het kader van employability.

2.7 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal: Wat zijn de grondslagen voor het toekennen van schadevergoeding en voor het berekenen van de hoogte van de schadevergoeding in geval van een kennelijk onredelijk ontslag en welke is de invloed van het goed werkgeverschap en art. 6:97 BW hierop?

Er zijn verschillende belangrijke grondslagen voor het toekennen van schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag te noemen. Allereerst het idee dat voor ontslag een goede reden moet zijn: 'een iusta causa demissionis'. Dit volgt uit de wetsgeschiedenis, dat een werkgever zijn werknemer niet zonder goede reden ontslaat of de werknemer die wegens een gril de dienst opzegt. Daarnaast dient de ontslagvergoeding als pleister op de wonde. Hierbij spelen vooral de psychische gevolgen en immateriële schade als gevolg van het ontslag. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst en alle gevolgen die daarmee samenhangen kunnen voor de werknemer immers ernstige psychische gevolgen hebben, rekening houden met de trouwe dienst en de kansen op de arbeidsmarkt. De schadevergoeding die kan worden toegekend bij kennelijk onredelijk ontslag ziet ook op schade die op een nog langer durende onzekere toekomst betrekking heeft. Ook bij kennelijk onredelijk ontslag wordt met enige regelmaat expliciet rekening gehouden met trouwe dienst. Voor de arresten van de Hoge Raad⁴⁷ was dit te wijten aan de reflexwerking van de kantonrechtersformule waarbij ook rekening wordt gehouden met trouwe dienst, duur van de arbeidsovereenkomst, leeftijd van de werknemer en het aantal dienstjaren. Een ontslag dat berust op een redelijke grond kan kennelijk onredelijk zijn op grond van nadelige gevolgen voor werknemers. De werkgever handelt onredelijk wanneer de verhouding tussen zijn eigen belang bij opzegging en de te verwachten nadelige gevolgen voor de werknemer onevenredig is. Ook de kans op het vinden van een nieuwe baan is belangrijk in die zin dat een werknemer die snel een nieuwe dienstbetrekking vindt, beter voor zichzelf kan zorgen en weerbaar is en blijft, zowel in materiële als in immateriële zin. Het vergroten van

⁴⁶ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 206.

⁴⁷ HR 27 november 2009, *JAR* 2009, 305 (Van de Grijp/ Stam). HR 11 december 2009, *JAR* 2010, 17 (Van Hoof Elektra/ Oldenburg). HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 72 (Rutten/Breed).

employability bij werknemers vormt een belangrijk aspect in het kader van de grondslagen en het toekennen van ontslagvergoedingen.

Het woord 'kennelijk' bij kennelijk onredelijk ontslag beoogt alleen gevallen van minder ernstig onredelijk handelen uit te sluiten, waarover verstandige mensen redelijk verschil van mening kunnen hebben. Enerzijds brengt de aard van kennelijk onredelijk ontslag met zich mee dat de rechter niet aan de stringente regels van bewijs is gebonden, omdat de schade moeilijk te bewijzen valt.

Anderzijds is nauwkeurig onderzoek als in ieder ander arbeidsrechtrechterlijke procedure zeer op zijn plaats. Hieruit kan de conclusie worden getrokken dat er twee verschillende beoordelingsmomenten plaatst dienen te vinden bij de bepaling of een ontslag kennelijk onredelijk is en wat de hoogte van de vergoeding zal bedragen. Voor de beoordeling of een ontslag kennelijk onredelijk is geldt echter geen bewijsbeperking, terwijl voor de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding de rechter niet gebonden is aan de stringente regels van het bewijsrecht. Is het ontslag als kennelijk onredelijk geoordeeld door de rechter, dan komen verder alle schadelijke gevolgen, voortvloeiend uit de onredelijkheid van het ontslag, voor vergoeding in aanmerking.

Voor het vaststellen van de hoogte van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding mag geen standaard formule worden gebruikt. De hoofdregel is en blijft dat de rechter alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking dient te nemen. Het gaat hierbij om de waardering van die feiten die zich niet in enig keurslijf dwingen. Bij het toekennen van de ontslagvergoeding dient rekening te worden gehouden met en aansluiting gezocht te worden bij de daadwerkelijk geleden schade. Voor zover de schade niet kan worden bepaald, kan een schatting uitkomst bieden. Deze mogelijkheid wordt geboden door art. 6:97 BW. Het blijft moeilijk aan te geven wat exact als daadwerkelijk geleden schade kan worden aangemerkt. Hierdoor valt af te leiden dat het uitgangspunt van 1953 nog steeds geldt en wordt een rechtvaardiging gevonden voor het toekennen van de schadevergoeding naar billijkheid en wordt de uitzondering genoemd in art. 6:97 BW tot hoofdregel gemaakt. Als de schade niet kan worden bewezen, dient deze te worden geschat. De toetsing van het ontslag in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure vindt plaatst 'ex tunc'. Hierbij wordt gekeken naar de omstandigheden zoals die zich voordeden op het moment van het ontslag, latere omstandigheden kunnen slechts een aanwijzing vormen voor wat ten tijde van het ontslag redelijkerwijs was te voorzien. Hiermee wordt een fictie geschapen, die lastig is te verenigen met het standpunt dat aansluiting dient te worden gezocht bij de daadwerkelijk geleden (of nog te lijden) schade.

3 Rechtsontwikkeling van de schadevergoeding ex. art. 7:681 BW

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de rechtsontwikkeling van de schadevergoeding van art. 7:681 BW beschreven aan de hand van de belangrijkste arresten van de Hoge Raad vanaf 1961 tot nu anno 2011. Deze jurisprudentie wordt in chronologische volgorde behandeld, waarbij bij ieder arrest kort wordt weergegeven wat het betreffende arrest betekent voor de rechtsontwikkeling van het kennelijk onredelijk ontslag. Om een vollediger beeld te krijgen van schadevergoedingen wordt in paragraaf 3.3 ook kort aandacht besteed aan jurisprudentie over schadevergoedingen anders dan op grond van art. 7:681 BW, namelijk op grond van art. 7:685 BW. Door het behandelen van de rechtsontwikkeling van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding zal antwoord gevonden worden op de volgende vragen. Welke vragen dienen beantwoord te worden om tot een eventuele vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag te komen? Welke rol speelt het goed werkgeverschap bij kennelijk onredelijk ontslag? Hoe oordeelt de Hoge Raad over reflexwerking? Welke omstandigheden spelen een rol bij het beoordelen van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag? Hoe dient de schadevergoeding van art. 7:681 BW begroot/ geschat te worden? Welke rol speelt employability in de jurisprudentie bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding ex. art. 7:681 BW?

3.2 Jurisprudentie artikel 7:681 BW

In deze paragraaf worden de belangrijkste arresten van de Hoge Raad besproken inzake de rechtsontwikkeling rondom de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Te beginnen bij een spraakmakend arrest in 1961.

3.2.1 HR 1 december 1961, NJ 1962, 78 (De Vries/ Lampe)⁴⁸

De partijen in dit arrest waren werkgever Lampe en werknemster mevrouw De Vries. In het naaiatelier van Lampe ontstonden problemen met mevrouw De Vries nadat zij werd gepasseerd voor een leidinggevende functie. De reden voor het ontslag was dat de samenwerking niet goed verliep. De reden voor ontslag was op zichzelf niet als kennelijk onredelijk aan te merken, maar toch kende de rechtbank haar een schadevergoeding van fl. 4000,- toe. Daarbij werd in aanmerking genomen: de aard van de functie, de leeftijd van mevrouw De Vries en de moeilijkheid in verband daarmee spoedig een ander passende functie te vinden, de zes jaar dat zij naar tevredenheid had gefunctioneerd en de wijzingen in het beleid die werkgever Lampe had aangebracht. Het feit dat mevrouw De Vries enig verwijt viel te maken inzake haar houding nadat zij voor de leidinggevende functie was gepasseerd, was geen reden om te concluderen dat werkgever Lampe op de aangegeven gronden niet kennelijk onredelijk had opgezegd.⁴⁹ In dit arrest beslist de Hoge Raad dat alle in het geding zijnde belangen uitgebreid aan de orde dienen te komen, waaruit kan worden afgeleid dat de marginaliteit van de 681-toets is verschoven in de richting van een (voorheen) marginale naar een vollere toets. Door invulling

⁴⁸ HR 1 december 1961, NJ 1962, 78 (De Vries/ Lampe).

⁴⁹ W.A. Zondag, *Rechtspraak kennelijk onredelijk ontslag*, Deventer:Kluwer 2005, p. 11 & 12.

te geven aan het zogenoemde belangencriterium van art. 7:681 lid 2 sub b BW op grond waarvan ontslag als kennelijk onredelijk kan worden aangemerkt 'wanneer mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorziening en de voor hem bestaande mogelijkheden om 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'. Met de invoering van de kennelijk onredelijk ontslagprocedure in 1953, werd de 'iusta causa demissionis' (de eis dat er een rechtvaardige reden aan het ontslag ten grondslag moet liggen), die al sinds 1940 was terug te vinden in het BBA, in het BW opgenomen. Het woord 'kennelijk' gaf aan dat het ontslag slechts marginaal mocht worden getoetst: voor ieder weldenkend mens moest het ontslag zonder enige twijfel als onredelijk worden aangemerkt. De omschrijving van het 'onevenredigheidsontslag' in lid 2 sub b van art. 7:681 BW, gaf rechters in de praktijk echter al snel aanleiding over te gaan tot een volle, in plaats van een marginale redelijkheidstoets, waarbij de wederzijdse belangen en alle overige relevante omstandigheden van het geval op genuanceerde wijze tegen elkaar werden afgewogen.⁵⁰ Een opzegging, die berust op een redelijke grond, kan voor een werknemer nadelige gevolgen hebben, waardoor voor hem de opzegging kennelijk onredelijk kan zijn. In het arrest was er de Directeur van het GAB en was de opzeggingstermijn in acht genomen. Hoewel de reden van het ontslag (inhoudende samenwerkingsproblemen) op zichzelf niet kennelijk onredelijk was, werd de werkgever toch veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding. De Hoge Raad achtte dit geen onjuiste interpretatie van art. 7:681 BW.⁵¹ Lampe heeft bij het wijzigen van het beleid en de wijze waarop de arbeidsoverkomst is geëindigd, te weinig rekening gehouden met de belangen van De Vries. Een werkgever mag, onder omstandigheden bepalend per geval, ook al heeft hij belang bij opzegging, dat belang niet laten prevaleren boven het belang van de werknemer zonder een billijke schadevergoeding toe te kennen.⁵²

3.2.2 HR 17 oktober 1997, *JAR* 1997, 245 (Schoonderwoert/ Schoonderwoert)⁵³

Een van de belangrijkste arresten van de Hoge Raad die na De Vries-Lampe werd gewezen is de zaak Schoonderwoert/Schoonderwoert, waarbij het ging om werknemer Schoonderwoert die voor onbepaalde tijd in dienst was bij Schoonderwoert Waterwerken B.V. (hierna Schoonderwoert) in de functie van uitvoerder. Tijdens de werkzaamheden doet zich een conflict voor waarna Schoonderwoert geschorst wordt en zich vervolgens ziek meldt. Schoonderwoert vraagt toestemming aan de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau te Gouda om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, welke wordt verleend daarbij in overweging genomen 'dat in de thans ontstane situatie in redelijkheid niet kan worden verlangd dat de arbeidsverhouding wordt voortgezet'. De arbeidsovereenkomst met Schoonderwoert wordt dan ook opgezegd. Schoonderwoert vordert een verklaring voor recht dat het aan hem gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, alsmede veroordeling van Schoonderwoert tot betaling van een schadevergoeding naar billijkheid. Uit het arrest volgt dat bij

⁵⁰ A.R. Houweling en G.W. van der Voet, 'Kennelijk onredelijk ontslag volgens het Hof 's-Gravenhage: hogere wiskunde of 'systematical madness'?', TAR nr 1, 2009.

⁵¹ H.L. Bakels e.a., *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer:Kluwer 2005, p. 143 & 144.

⁵² HR 30 januari 1998, *NJ* 1998, 476.

⁵³ HR 17 oktober 1997, *JAR* 1997, 245 (Schoonderwoert/ Schoonderwoert).

de vaststelling van het bedrag aan schadevergoeding dat op grond van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag moet worden toegekend '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'. Omstandigheden die later bekend zijn geworden, mag de rechter niet in zijn oordeel over de hoogte van de vergoeding betrekken, voor zover zij niet voorzienbaar waren.⁵⁴ De schadevergoeding heeft de strekking compensatie te bieden 'voor de kennelijke onredelijkheid van de handelswijze van de werkgever, gelegen in diens veronachtzaming van de onevenredigheid tussen zijn eigen belang bij beëindiging van de dienstbetrekking en de toen te verwachten nadelige gevolgen daarvan voor de werknemer'. Een werknemer kan dus meteen na de (rechtshandeling) opzegging van de werkgever een vordering instellen wegens de kennelijke onredelijkheid van die opzegging, waarbij de opzegging het moment van de beoordeling is over de hoogte van de schadevergoeding.⁵⁵ In het arrest is dit relevant omdat Schoonderwoerd snel ander werk vond. Voor de kennelijk onredelijkheid van het ontslag op grond van het zogeheten gevolgcriterium is de situatie ten tijde van het ingaan van het ontslag beslissend. Met latere omstandigheden wordt daarbij slechts rekening gehouden voor zover daaruit aanknopingspunten zijn af te leiden met betrekking tot hetgeen bij het eindigen van het dienstverband voorzien was.⁵⁶

3.2.3 HR 3 december 2004, JAR 2005, 30 (Van Ree/ Damco)⁵⁷

In dit arrest betreft het werknemer van Ree die werkzaam is als magazijnmedewerker bij Damco. Van Ree meldt zich in maart 1998 ziek. Damco vraagt in mei 2000 toestemming aan de Regionaal Directeur Arbeidsvoorziening om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, welke wordt verleend in juni 2000. De arbeidsovereenkomst met Van Ree wordt per december 2000 opgezegd. In dit arrest beslist de Hoge raad dat bij de beoordeling of de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging, de rechter alle relevante omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking dient te nemen bij de bepaling van de hoogte van de ontslagvergoeding.⁵⁸

3.2.4 HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 (Van Werkhoven/ HAL)⁵⁹

Werknemer van Werkhoven is op 24 april 1945 voor onbepaalde tijd in dienst bij de HAL (Holland-Amerika Lijn beheer B.V.) als scheepsofficier. Met ingang van 16 juni 1959 is hij aangesteld als kapitein. Op 7 februari 1975 ontvangt van Werkhoven van de Hal een brief waarin staat dat er voor

⁵⁴ R.E.M. Dijkstra, 'Geld wat stom is, maakt recht wat krom is! De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag', *Sociaal recht* 2008-11, p. 308.

⁵⁵ E. Verhulp, 'Geen één-tweetje: opzeggen en ontbinden' *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010-2.

⁵⁶ G.J.J. Heerma van Voss en J.M van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *Nederlands Juristenblad* 8 oktober 2010 afl.34.

⁵⁷ HR 3 december 2004, JAR 2005, 30 (Van Ree/ Damco).

⁵⁸ D.J. Buijs, 'Kennelijk onredelijk ontslag: het is maar hoe je de feiten vaststelt en interpreteert', *Sociaal Recht* 2008-5, p. 155.

⁵⁹ HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 (Van Werkhoven/ HAL).

hem een vergunning is aangevraagd bij de Directeur van het GAB om de arbeidsovereenkomst per 6 juli 1975 op te zeggen. Deze vergunning is verleend zonder dat van Werkhoven is opgeroepen om te worden gehoord door de Directeur van het GAB. In dit arrest geeft de Hoge Raad aan dat de vordering tot nietig verklaring van de opzegging wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid in strijd is met het gesloten stelsel van het ontslagrecht, hetgeen aansluit bij de Baijings leer⁶⁰ die wordt uitgewerkt in paragraaf 3.13.2. In het arrest van 24 oktober 1997 besliste de Hoge Raad dat in geval van ontbinding de regeling met betrekking tot schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag toepassing mist. Voor kennelijk onredelijk ontslag gold bovendien reeds dat de regeling daaromtrent uitputtend is gezien het specifieke toetsingscriterium, de genuanceerde uitwerking van de gevolgen en de korte verjaringstermijn. Bij deze regeling is in beginsel geen plaats voor een aanvullende toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.⁶¹

3.2.5 HR 25 juni 1999, NJ 1999, 601 (Driessen/Boulidam)⁶²

Boulidam is op 24 september 1970 in dienst getreden bij Driessen als sloper/sorteerder. Op 24 maart 1993 is Boulidam arbeidsongeschikt geworden. Driessen vraagt een ontslagvergunning aan de Regionaal Directeur Arbeidsvoorziening met als reden dat Boulidam arbeidsongeschikt is voor zijn eigen werk en dat binnen de onderneming van Driessen geen passende herplaatsingsmogelijkheden aanwezig zijn. Driessen heeft Boulidam ontslagen per 1 september 1995. Boulidam acht het gegeven ontslag kennelijk onredelijk gezien de voor hem getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden ander passend werk te vinden. Voor de onredelijkheid van het ontslag is het niet beslissend of de werknemer voor het werk bij de werkgever ongeschikt is geworden *doordat* hij dat werkt zo lang heeft gedaan, voldoende is dat hij voor dat werk ongeschikt is geworden *nadat* hij het zo lang heeft gedaan. De werknemer hoeft het causaal verband tussen het werk en de arbeidsongeschiktheid niet precies aan te tonen. Er valt echter niet in het arrest Driessen/Boulidam te lezen dat nooit causaal verband behoeft te bestaan tussen langdurig verrichte werkzaamheden en de arbeidsongeschiktheid van de werknemer om te concluderen tot kennelijke onredelijkheid van het ontslag. In het concrete geval heeft de Hoge Raad slechts een interpretatie gegeven van een gedachtegang, zonder aan die gedachtegang de kwalificatie te verbinden dat deze gedachtegang algemene geldigheid heeft. In het concrete geval mocht de rechtbank het ontslag kennelijk onredelijk vinden, maar beslissend blijven de omstandigheden van het concrete geval zoals de rechter die heeft te beoordelen.⁶³

3.2.6 HR 15 februari 2008, JAR 2008, 76 (Wustlich/Chromalloy)⁶⁴

Wustlich is op 27 maart 1986 als machine operator in dienst getreden bij Chromalloy, dat onderdelen van vliegtuigmotoren reviseert en produceert. Wustlich wordt arbeidsongeschikt voor zijn eigen werk,

⁶⁰ HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 (Baijingsleer).

⁶¹ R. Olde, 'Kennelijk onredelijk ontslag: (n)iets nieuws onder de zon?', *Arbeidsrecht* 2000-8/9.

⁶² HR 25 juni 1999, NJ 1999, 601 (Driessen/Boulidam).

⁶³ D.J. Buijs, 'Kennelijk onredelijk ontslag: het is maar hoe je de feiten vaststelt en interpreteert', *Sociaal Recht* 2008-5, p. 156.

⁶⁴ HR 15 februari 2008, JAR 2008, 76 (Wustlich/Chromalloy).

maar er wordt ander passend werk voor hem gevonden in het magazijn. Ook hier valt hij uit wegens gezondheidsklachten. Chromalloy vraagt toestemming aan de Raad van Bestuur van het Centrum voor Werk en Inkomen de arbeidsovereenkomst met Wustlich te mogen beëindigen op grond van diens voortdurende arbeidsongeschiktheid voor zowel eigen werk als voor ander werk. De toestemming wordt verleend en Chromalloy zegt de arbeidsovereenkomst met Wustlich op per 31 januari 2003 zonder een financiële vergoeding. Wustlich is van mening dat het ontslag kennelijk onredelijk is met als reden dat aan het ontslag een valse reden ten grondslag heeft gelegen en de gevolgen voor de opzegging voor hem te ernstig zijn, gelet op de lange duur van het dienstverband, het verband tussen de werkzaamheden en de arbeidsongeschiktheid, en het ontbreken van voorzieningen. De Hoge Raad beslist als volgt in deze zaak. De enkele omstandigheid dat een werknemer na een langdurig dienstverband is ontslagen, levert op zichzelf geen grond op voor het toekennen van een vergoeding. De lengte van het dienstverband in samenhang met andere factoren, zoals dat de werknemer te oud en te zwak is geworden om zijn zware en slecht voor de gezondheid zijnde werk nog langer te verrichten, de leeftijd van de werknemer, de voor hem beperkte mogelijkheid om ander (passend) werk te vinden en een slechts beperkte aangeboden vergoeding kunnen samen wel redenen zijn voor een schadevergoeding.⁶⁵ Het gaat steeds om een waardering van de feiten en omstandigheden die in cassatie nauwelijks toetsbaar zijn. Het is maar hoe de feitenrechter de hem voorgelegde situatie beoordeelt. In casu gingen de grieven van Wustlich te gemakkelijk uit van een bodem in de vorm van de door de kantonrechter bepaalde vergoeding.

3.2.7 HR 14 november 2008, JAR 2008, 318 (Dahri/ Vianen Beton)⁶⁶

Dahri is op 14 oktober 1970 in dienst getreden bij Bonna. Met toestemming van de Raad van Bestuur van het Centrum voor Werk en Inkomen heeft Bonna de arbeidsovereenkomst met Dahri opgezegd tegen 19 september 2003. Dahri is het niet eens met het ontslag en vordert schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, te vermeerderen met wettelijke rente. In dit arrest geeft de Hoge Raad aan dat de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag een bijzondere vorm van schadevergoeding is wegens een in de wet geregelde bijzondere vorm van wanprestatie, waarvan de omvang wordt bepaald met inachtneming van art. 6:97 BW. Een kennelijke onredelijke opzegging heeft dan ook schending van het goed werkgeverschap tot gevolg.⁶⁷ Artikel 7:681 BW is dus met andere woorden een bijzondere uitwerkingsvorm van art. 7:611 BW. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de Hoge Raad impliciet al aan gaf dat de kantonrechttersformule zich niet leent voor begroting van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure, waarover later in dit hoofdstuk meer.

⁶⁵ G.J.J. Heerma van Voss en J.M van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *Nederlands Juristenblad* 3 oktober 2008 afl. 34.

⁶⁶ HR 14 november 2008, *JAR* 2008, 318 (Dahri/ Vianen Beton).

⁶⁷ A.R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?', *Ars Aequi* september 2010, p. 576.

3.2.8 HR 27 november 2009, *JAR* 2009, 305 (Van de Grijp/Stam)⁶⁸

In het arrest van 27 november 2009 ging het om werkgever Van de Grijp Buizen die werknemer Stam op 58 jarige leeftijd ontslaat na een dienstverband van dertig jaar. Stam was in de jaren '80 een bedrijfsongeval overkomen en sindsdien op en af arbeidsongeschikt. Vanaf 2001 viel Stam uit wegens rugklachten. Hij werd gedeeltelijk geschikt geacht andere werkzaamheden te verrichten. Uiteindelijk vraagt Van de Grijp in 2004 toestemming Stam te ontslaan wegens langdurige arbeidsongeschiktheid en het ontbreken van passende arbeid. De toestemming wordt verleend en de arbeidsovereenkomst eindigt ruim drie jaar na aanvang van de arbeidsongeschiktheid. Van de Grijp kent geen financiële compensatie toe bij het einde van het dienstverband. Ten tijde van het ontslag vindt een reorganisatie plaats. Stam wordt niet onder de werking van het sociaal plan gebracht.⁶⁹ De Hoge Raad beslist in bovenstaand arrest dat het ontbreken van een vergoeding een ontslag niet kennelijk onredelijk maakt. Aan de hand van alle omstandigheden tezamen en in onderling verband moet worden vastgesteld of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Pas als die vraag met 'ja' wordt beantwoord, kan worden toegekomen aan het antwoord op de vraag welke vergoeding moet worden toegekend. De schade moet worden begroot/bepaald als zijnde de schade die de werknemer als gevolg van het kennelijk onredelijk ontslag heeft geleden, waarbij de normale regels van Boek 6 BW van toepassing zijn. Hieruit lijkt voort te vloeien dat de schade niet langer abstract, maar zo concreet mogelijk moet worden begroot, waardoor het aankomt op een vergoeding van de geleden schade.⁷⁰ De kantonrechtersformule is daarbij niet de juiste te hanteren maatstaf c.q. berekeningswijze. In de kern gaat het erom of het ontslag al of niet gegeven is in strijd met algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap.

Het verschil in de benadering in karakter van de schadevergoeding van art. 7:681 BW en art. 7:685 BW wordt mede verklaard uit de aard van de procedure. In een ontbindingsprocedure wordt op korte termijn beslist en oordeelt de rechter op grond van wat hem van de stellingen van partijen over en weer zonder bewijslevering aannemelijk voorkomt. In een kennelijk onredelijk ontslagprocedure gelden de regels van het bewijsrecht en de gewone regels omtrent de begroting van schadevergoeding. De vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag is gerelateerd aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen. De vaststelling van de schadevergoeding ex. art. 7:681 BW dient zo te geschieden dat de rechter 'zich steeds nauwkeurig rekenschap geeft van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen.'⁷¹

⁶⁸ HR 27 november 2009, *JAR* 2009, 305 (Van de Grijp/Stam).

⁶⁹ G.J.J. Heerma & J.M. van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *Nederlands Juristenblad*, 16 april 2010, afl. 15, p. 945.

⁷⁰ M.V.E.E. Jansen, 'De Hoge Raad zet koers uit bij kennelijk onredelijk ontslag', *Arbeidsrecht* 2010-1.

⁷¹ 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* 2010-5.

3.2.9 HR 11 december 2009, *JAR* 2010, 17 (Van Hooff Elektra/ Oldenburg)⁷²

Op 6 maart 1990 is mevrouw Oldenburg als verkoopmedewerkster in dienst getreden bij Van Hooff Elektra. Van Hooff Elektra vraagt op 16 augustus 2008 toestemming aan het Centraal Bureau van Werk en Inkomen om de arbeidsovereenkomst op grond van bedrijfseconomische omstandigheden op te zeggen. Deze toestemming wordt op 25 september 2008 verleend. Op 30 september 2008 wordt de arbeidsovereenkomst met Oldenburg opgezegd tegen 1 januari 2009. Mevrouw Oldenburg dient op 10 november 2008 een verzoekschrift in en verzoekt ontbinding met een bedrag van € 40.000,- als schadevergoeding. Van Hooff Elektra reageert op 19 november 2008 met een tweede opzegging (onregelmatig) tegen 1 december 2008. De kantonrechter heeft op 22 december 2008 de arbeidsovereenkomst ontbonden tegen 29 december 2008 onder toekenning van een vergoeding van € 27.500,-. Van Hooff Elektra gaat in hoger beroep; de kantonrechter is buiten het toepassingsbereik ex. artikel 7:685 BW getreden (ontbinding van reeds geëindigde – dus niet bestaande - arbeidsovereenkomst).⁷³ Oldenburg heeft ruim 18 jaar bij de Van Hooff Elektra gewerkt als haar werkgever besluit de winkel waarin zij te werk is gesteld om bedrijfseconomische redenen te sluiten. Het langdurig dienstverband ten spijt, wil Van Hooff Elektra haar zo goedkoop mogelijk kwijt. Met het oog daarop vraagt zij een ontslagvergunning aan. Deze vergunning wordt afgegeven en Van Hooff Elektra zegt de arbeidsovereenkomst op met inachtneming van de opzegtermijn. Omdat Oldenburg zich niet bij de beëindiging van het dienstverband neerlegt, biedt Van Hooff Elektra haar uit "puur coulance" vier maandsalarissen aan. Oldenburg voelt zich tekort gedaan en dient een ontbindingsverzoek in om aldus een vergoeding te ontvangen. Een werknemer die zich, nadat de werkgever die een ontslagvergunning heeft verkregen de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, niet zonder meer met de wettelijke opzegtermijn wil laten afschepen, kan een kennelijk onredelijk ontslagprocedure aanspannen en daarin schadevergoeding of op de voet van art. 7:682 BW herstel van het dienstverband vorderen. Daarnaast kan een 'onvoldane' werknemer de Kantonrechter op grond van veranderingen in de omstandigheden nog voor het einde van de opzegtermijn ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken onder toekenning van een vergoeding. De reden voor werknemers om de ontbindingsprocedure te verkiezen boven de - mogelijk meer voor de hand liggende of geëigende - kennelijk onredelijk ontslagprocedure, is ten eerste dat de (financiële) zekerheid op korte termijn van de ontbindingsprocedure wordt verkozen boven de met (meer) waarborgen omklede kennelijk onredelijk ontslagprocedure en ten tweede dat - naar in elk geval tot voor kort vaak werd aangenomen - de in de ontbindingsprocedure toegekende vergoedingen hoger zouden (kunnen) uitvallen dan de vergoedingen die worden toegekend in de kennelijk onredelijk ontslagprocedures. In dit arrest was de Hoge Raad zeer ontvankelijk voor een ruime algemeen vermogensrechterlijke benadering van arbeidsrechterlijke vraagstukken. Zo lang de hoogte van de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag structureel lager ligt dan de ontbindingsvergoeding, zullen werknemers die geconfronteerd worden met een opzegging door hun werkgever, trachten alsnog de kantonrechttersformule af te dwingen. De weg daar naartoe is door ontbinding te vragen tijdens de

⁷² HR 11 december 2009, *JAR* 2010, 17 (Van Hooff Elektra/ Oldenburg).

⁷³ Sheets VvA 4 maart 2010, Naar een kennelijk onredelijke ontbindingsprocedure of cumulatief ontslagstelsel... met nauwkeurige en concrete schadebegroting naar billijkheid? Door A.R Houweling.

opzegtermijn. Dit leidde in deze beschikking tot het resultaat dat na ontbinding van de arbeidsovereenkomst tijdens de opzegtermijn, alsnog een kennelijk onredelijk ontslagprocedure kan worden geïnitieerd.⁷⁴ De arbeidsovereenkomst zal op korte termijn eindigen door middel van een opzegging. De werknemer zal dan ook moeten duidelijk maken dat er sprake is van een zodanige verandering in de omstandigheden dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve op een nog eerder tijdstip dan waartegen is opgezegd behoort te eindigen. De rechter dient bij de bepaling van de ontbindingsvergoeding rekening te houden met het uitgangspunt dat de arbeidsovereenkomst 'reeds is beëindigd met ingang van de datum waartegen is opgezegd'. Op deze manier wordt voorkomen dat de vluchtroute naar de kantonrechttersformule te groot wordt. De Hoge Raad is daarmee ook consequent in het aanvaarden van het duale ontslagstelsel.⁷⁵

3.2.10 HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 72 (Rutten/Breed)⁷⁶

In dit arrest werd een werknemer Rutten na 16 jaar ontslagen; hij werkte bij de sociale werkvoorziening en was twee jaar arbeidsongeschikt. Rutten vordert € 105.000,- en krijgt bij de Kantonrechter € 44.000,-. Het Hof Arnhem matigt dit tot € 9.000,-. Het Hof past daar bij de XYZ-formule toe, waarbij X op 6 (dat is het aantal dienstjaren), Y op € 2.250,- en Z op 0,25 wordt gesteld. Z had maximaal 0,5 kunnen zijn, maar de werknemer heeft in belangrijke mate bijgedragen aan een arbeidsconflict dat aan de beëindiging ten grondslag ligt.⁷⁷ In dit arrest herhaalt de Hoge Raad dat eerst beslist moet worden of de opzegging kennelijk onredelijk is en bevestigt de Hoge Raad de alle-omstandighedenleer bij de beantwoording van die vraag. De rechter moet duidelijk de factoren benoemen die leiden tot het oordeel dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Vervolgens zal de hoogte van de schadevergoeding nauw met de relevante factoren moeten samenhangen. Bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding heeft de rechter een grote mate van vrijheid, maar die vrijheid wordt wel beperkt door de systematiek van de schadebegrotingsregeling van Boek 6 BW. Dat betekent dat waar een concrete schadebegroting mogelijk is, deze niet mag worden genegeerd. En pas uiteindelijk mag begroting naar billijkheid plaats vinden. De rechter dient zich nauwkeurig rekenschap te geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen en, meer dan eerst gebruikelijk was, een vollediger inzicht te geven in zijn gedachtegang.⁷⁸ De Hoge Raad benadrukt het bijzondere karakter van de schadevergoeding van art. 7:681 BW en aanvaardt dat het vervallen van het begrip 'naar billijkheid' met de wetswijziging van 1997 niet tot gevolg heeft dat een andersoortig resultaat zou zijn beoogd dan voordien het geval was. Dat is meer dan alleen een nuancering van de verwijzing naar de bepalingen van Boek 6. De schadevergoeding betreft niet de schade van het ontslag als zodanig, maar de schade voortvloeiend uit het kennelijk onredelijk karakter daarvan. De schadevergoeding dient de benadeelde een 'zekere mate van genoegdoening'

⁷⁴ A.R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?', *Ars Aequi* september 2010, p. 576.

⁷⁵ G. Heerma & J. van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *Nederlands Juristenblad*, 16 april 2010, afl. 15, p. 948 & 949.

⁷⁶ HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 72 (Rutten/Breed).

⁷⁷ G. Heerma & J. van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *Nederlands Juristenblad*, 16 april 2010, afl. 15, p. 946.

⁷⁸ D.J. Buijs, 'Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: nadere uitleg van de Hoge Raad', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010-5, p. 32.

te bieden en kan in die zin worden beschouwd als een 'pleister op de wonde'. De omvang van die pleister dient in ieder geval niet te worden vastgesteld aan de hand van de hantering van een algemene formule, zoals de XYZ-formule.⁷⁹ In het arrest van 27 november 2009 verwijst de Hoge Raad naar 'concrete omstandigheden en factoren' voor het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding, zonder te benoemen wat het verschil tussen die twee begrippen is. In het arrest van HR 12 februari 2010 worden de lengte en het dienstverband en de leeftijd van de werknemer als 'factoren' benoemd. Aan deze factoren wordt een hoger gewicht aanvaard naar mate de leeftijd hoger is en het dienstverband langer heeft geduurd. Ook wordt duidelijk gemaakt dat het werkgeversaandeel in de pensioenpremie voor de bepaling van de schadevergoeding een relevante factor is.⁸⁰

3.2.11 HR 21 mei 2010, JAR 2010, 164 (Schurink/ Volker Wessels)⁸¹

Werknemer is per 1 september 1966 in dienst getreden van een rechtsvoorganger van VWNB, KPN Netwerk Bouw BV, een dochtermaatschappij van KPN. Hij was laatstelijk werkzaam in de functie van testspecialist. Er vindt een reorganisatie plaats waarbij een afweging wordt gemaakt uit twee scenario's.

Scenario 1 houdt in:

- Onderbrenging van de activiteiten, activa en passiva van de Businessunit Sites in een nieuwe vennootschap: VWTI.
- Beëindiging van de activiteiten van VWTI zonder meer, waarbij alle 400 werknemers uiterlijk per 1 januari 2006 zouden worden ontslagen.
- Beschikbaarheid van een beperkt bedrag (persoonlijk budget) voor het sociaal plan (C=0,26).

Scenario 2 houdt in:

- Onderbrenging van de activiteiten, activa en passiva van de Businessunit Sites per 1 januari 2006 in een nieuwe vennootschap: VWTI.
- Ontslag van alle werknemers van de Businessunit Sites per die datum.
- Een doorstart met ongeveer 138 werknemers, zonder toepassing van het LIFO- of afspiegelingsbeginsel, door VWTI.
- Beschikbaarheid van een beperkt bedrag (persoonlijk budget) voor het sociaal plan, maar relatief meer dan in scenario 1 (C=0,4).

VWTI heeft op 29 april 2005 aan de Centrale organisatie Werk en Inkomen toestemming verzocht om de arbeidsovereenkomsten met haar werknemers te mogen opzeggen ervan uitgaande dat gekozen

⁷⁹ G.W. van der Voet, 'De Hoge Raad in Rutten/Breed: geen magische-realistische, maar een impressionistische benadering bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag', *TAP* 2010-3, p. 101.

⁸⁰ 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* 2010-5.

⁸¹ HR 21 mei 2010, *JAR* 2010, 164 (Schurink/ Volker Wessels).

wordt voor scenario 2. Bij besluit van 29 juni 2005 heeft de CWI die toestemming verleend, waarbij zij ten aanzien van scenario 2 heeft overwogen: "Na brede bestudering van het ontslagvoornemen en met name de beoogdeselectiemethodiek moest echter de conclusie luiden dat medewerking verlenen aan een collectief ontslag op de door VolkerWessels Telecom Installaties BV gewenste wijze strijdig zou zijn geweest met de ontslagregels, die zijn neergelegd in het zogeheten Ontslagbesluit." Werkgever betreurt dit ten eerste en ziet zich nu genoodzaakt om alsnog over te gaan tot uitvoering van scenario 1. Bij brief van 31 augustus 2005 heeft VWTI de arbeidsovereenkomst met werknemer met ingang van 1 maart 2006 opgezegd. In de brief wordt vermeld dat een persoonlijk budget wordt toegekend als bepaald in het sociaal plan (C=0,26). Werknemer vordert een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag van € 146.814,87 bruto. In dit arrest beslist de Hoge Raad dat de hoogte van de schadevergoeding nauw verband houdt met de omstandigheden die de rechter tot zijn oordeel over de kennelijke onredelijkheid van de opzegging heeft geleid. Bovendien is de hoogte afhankelijk van omstandigheden als de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en diens kans op het vinden van ander passend werk. De billijkheid biedt pas uiteindelijk na zo veel mogelijk concrete schadeberekeningen soulaas. De werknemer die ten gevolge van de kennelijk onredelijke opzegging schade lijdt, mag niet afgescheept worden met een globale formule die aan zijn concreet te lijden schade tekort doet. Aan een werknemer mag anderzijds geen hoger bedrag worden toegewezen dan hem volgens de regels van Boek 6 BW toekomt, ook al zou het voor de rechter gemakkelijker zijn een globale formule te hanteren dan zich te verdiepen in het vaststellen van concreet te berekenen schadeposten. In zoverre heeft de 681-procedure minder speelruimte dan de 685- procedure.⁸²

3.3 Jurisprudentie artikel 7:685 BW

In deze paragraaf wordt niet ingegaan op de vele uitspraken van rechtbanken die er geweest zijn met betrekking tot schadevergoeding ex. art. 7:685 BW, maar worden twee aanmerkelijke arresten besproken van de Hoge Raad.

3.3.1 HR 11 juli 2008, JAR 2008, 203 (Seminis Vegetable Seeds Holland BV/ Van Wielink)

In het arrest van de Hoge Raad op 11 juli 2008⁸³ verloor werknemer Van Wielink, als gevolg van zijn ontslag, opties van de moedermaatschappij van de werkgever, Seminis. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst en kent een vergoeding toe op basis van de kantonrechtersformule. Hij overweegt expliciet dat hij geen rekening houdt met de optieschade en dat het de werknemer vrijstaat de moedermaatschappij aan te spreken op eventueel door hem geleden schade op dat vlak. De werknemer stelt vervolgens een dergelijke procedure in jegens de werkgever zelf (en dus niet tegen de moedermaatschappij). Grondslag van de vordering is de redelijkheid en billijkheid. In het arrest overweegt de Hoge Raad dat de vergoeding in een ontbindingsprocedure ex. art. 7:685 BW een vergoeding naar billijkheid is, die op abstracte wijze moet worden vastgesteld. De vergoeding op

⁸² J.J.M. De Laat en D.J. Buijs, 'De Hoge Raad en kennelijk onredelijk ontslag', *Arbeidsrecht* jaargang 17.

⁸³ HR 11 juli 2008, JAR 2008, 203 (Seminis Vegetable Seeds Holland BV/ Van Wielink).

grond van art. 7:685 BW is volgens de Hoge Raad uitdrukkelijk geen schadevergoeding, maar een andere soort vergoeding dan de vergoeding op grond van art. 7:681 BW, zodat de rechter meer vrijheid heeft bij het vaststellen van deze vergoeding.⁸⁴

3.3.2 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257: De Baijings Leer⁸⁵

De heer Baijings was in dienst van Sara Lee/DE N.V. in de functie van president van Douwe Egberts Beverage Systems. Begin 1990 heeft Sara Lee zich tot de Kantonrechter te Utrecht gewend met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen, bestaande uit verandering van de omstandigheden, te ontbinden. Uit dit arrest volgen drie belangrijke rechtsregels. De Hoge Raad werkt de drie aspecten uit die bekend staan als de zogenoemde Baijings-leer. Allereerst het ontvankelijkheidsvereiste. Het feit dat de ontbindingsrechter slechts had gemeld dat tegen de moedermaatschappij een vordering kon worden ingesteld, is niet doorslaggevend. 'Vereist maar ook voldoende is dat de Kantonrechter op ondubbelzinnige wijze heeft kenbaar gemaakt dat hij bij de vaststelling' geen rekening heeft gehouden met de betreffende aanspraak.

Het tweede punt betreft het karakter en de vaststelling van de vergoeding die in een dergelijke vervolgsprocedure wordt gevorderd. De werknemer had €330.000,- gevorderd en het Hof kende hem €100.000,- naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid toe. De Hoge Raad overweegt dat het hier niet gaat om een schadevergoeding maar om een vergoeding die de rechter op de voet van artikel 7:685 lid 8 BW met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheden toekent. Gelet op de aard van die vergoeding zal het oordeel van de rechter 'mede op een gemotiveerde schatting mogen berusten. In dat kader komt (...) aan het intuïtieve inzicht van de rechter mede betekenis toe.' Dat was altijd al de praktijk, maar zo duidelijk is het door de Hoge Raad nog niet eerder gezegd. In de derde plaats oordeelt de Hoge Raad dat de rechter in de vervolgsprocedure rekening moet houden met de waarde van de verloren gegane opties per de ontbindingsdatum. Alleen omstandigheden die op dat moment bekend waren of bekend hadden kunnen zijn, dienen dus te worden meegewogen bij de vaststelling van de vergoeding. Ook besliste de Hoge Raad in dit arrest dat in geval van ontbinding de regeling met betrekking tot schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag toepassing mist.

3.4 Hoogte schadevergoeding en de rol van employability en scholing

In de gepubliceerde rechtspraak wordt weinig aandacht besteed aan de verrichte scholingsinspanningen door werkgever en werknemer, hetgeen terug te zien is bij de bespreking van de hierboven genoemde arresten van de Hoge Raad. Een enkele keer wegen rechters de scholingsinspanningen, en dat dan vaak indirect, mee bij het toekennen van een schadevergoeding.⁸⁶

⁸⁴ A.R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?', *Ars Aequi* september 2010, p. 576.

⁸⁵ HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 (Baijings Leer).

⁸⁶ Ktr. Almelo 15 juni 2000, JAR 2000, 165.

Scholingsinspanningen kunnen invloed hebben op de (te verwachten) gevolgen bij ontslag en op de mogelijkheid voor de werknemer ander passend werk te vinden.⁸⁷

Zowel bij kennelijk onredelijk ontslag als bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst bestaat de ruimte bij het bepalen van de hoogte van de ontslagvergoeding rekening te houden met scholingsinspanningen. Bij kennelijk onredelijk ontslag wordt deze ruimte geboden door de invulling van het gevolgcriterium geformuleerd in art. 7:681 lid 2 sub b BW.⁸⁸ Afhankelijk van de verrichte scholingsinspanningen, door zowel werkgever als werknemer, kan een hogere of langere vergoeding worden toegekend. Het verdient aanbeveling partijen bij de overeenkomst bewust te maken van deze bestaande mogelijkheden. De werkgever, die uit hoofde van goed werkgeverschap investeert in de employability van zijn werknemers, kan bij het toekennen van de ontslagvergoeding worden beloond. De rechter zou bij het vaststellen van de hoogte van de aan de werknemer toekomende vergoeding rekening kunnen houden met de door de werkgever betaalde scholingskosten en de arbeidsmarktpositie van de werknemer.⁸⁹ De door de werkgever betaalde scholingskosten zijn concreet te benoemen, hetgeen voor de rechter bij het toekennen van een schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag makkelijk is vast te stellen en derhalve niet begroot of geschat hoeft te worden. Afhankelijk van de verrichte scholingsinspanningen door zowel de werkgever als de werknemer kan een hogere of lagere vergoeding worden toegekend.⁹⁰ Het is echter niet correct de ontslagvergoeding geheel af te schaffen of in ieder geval aanzienlijk te beperken indien voldoende scholingsmogelijkheden zijn aangeboden ter bevordering van employability en werkzekerheid, aangezien er ook andere omstandigheden voor het toekennen van een schadevergoeding te noemen zijn, zoals de verwijtbaarheid. Vanuit werkgeversoogpunt dient er wel rekening te worden gehouden met de bijkomende niet verrekenbare administratieve en financiële lasten gedurende de arbeidsovereenkomst.⁹¹ Investeren in employability en scholing leidt tot betere kansen en zorgt ervoor dat de werknemer blijft toegerust op de voortdurend veranderende arbeidsmarkt. Mogelijke toekomstige schade kan daardoor worden beperkt en de belangenafweging bij de toetsing van ontslag zal naar verwachting minder snel in het nadeel van de werkgever uitvallen indien een werknemer voldoende geëquipeerd is op korte termijn elders een nieuwe baan te vinden.⁹² Het verdient dan ook aanbeveling partijen bij de arbeidsovereenkomst bewust te maken van de bestaande mogelijkheden.

3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk stonden de belangrijkste arresten centraal die de Hoge raad vanaf 1961 tot nu heeft gewezen met betrekking tot het kennelijk onredelijk ontslag. Deze arresten zijn in dit hoofdstuk in

⁸⁷ D. Scheele e.a., 'Arbeidsflexibiliteit en ontslagrecht', *Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid*, University Press : Amsterdam 2007, p. 178.

⁸⁸ D. Scheele e.a., 'Arbeidsflexibiliteit en ontslagrecht', *Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid*, University Press : Amsterdam 2007, p. 178.

⁸⁹ A. Baris- Van Zanten, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 206.

⁹⁰ D. Scheele e.a., 'Arbeidsflexibiliteit en ontslagrecht', *Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid*, University Press : Amsterdam 2007, p. 181.

⁹¹ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 207.

⁹² A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 151 & 152.

chronologische volgorde de revue gepasseerd. In paragraaf 3.3 is ook kort aandacht besteed aan jurisprudentie over schadevergoedingen niet zijnde op grond van art. 7:681 BW, maar arresten met betrekking tot art. 7:685 BW.

Bij de beoordeling of de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging, dient de rechter alle relevante omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking te nemen.

Het ontbreken van een vergoeding maakt een ontslag niet kennelijk onredelijk. Aan de hand van alle omstandigheden tezamen en in onderling verband moet worden vastgesteld of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Pas als die vraag met 'ja' wordt beantwoord, kan worden toegekomen aan het antwoord op de vraag welke vergoeding moet worden toegekend.

De schade moet worden begroot/bepaald als zijnde de schade die de werknemer als gevolg van het kennelijk onredelijk ontslag heeft geleden, waarbij de normale regels van Boek 6 BW van toepassing zijn. Hieruit lijkt voort te vloeien dat de schade niet langer abstract, maar zo concreet mogelijk moet worden begroot, waardoor het aankomt op een vergoeding van de geleden schade.⁹³ De kantonrechtersformule is daarbij niet de juiste te hanteren maatstaf/ berekeningswijze. Er is dus geen reflexwerking tussen art.7:681 BW en art. 7:685 BW, aldus de Hoge Raad. In de kern gaat het erom of het ontslag al of niet gegeven is in strijd met algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap.

De rechter moet duidelijk de factoren benoemen die leiden tot het oordeel dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Vervolgens zal de hoogte van de schadevergoeding nauw met de relevante factoren moeten samenhangen. Bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding heeft de rechter een grote mate van vrijheid, maar die vrijheid wordt wel beperkt door de systematiek van de schadebegrotingsregeling van Boek 6 BW. Dat betekent dat waar een concrete schadebegroting mogelijk is, deze niet mag worden genegeerd. En pas uiteindelijk mag begroting naar billijkheid plaats vinden. De rechter dient zich nauwkeurig rekenschap te geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen en, meer dan eerst gebruikelijk was, een vollediger inzicht te geven in zijn gedachtegang.⁹⁴

De schadevergoeding betreft niet de schade van het ontslag als zodanig, maar de schade voortvloeiend uit het kennelijk onredelijk karakter daarvan. De schadevergoeding dient de benadeelde een 'zekere mate van genoegdoening' te bieden en kan in die zin worden beschouwd als een 'pleister op de wonde'. De omvang van die pleister dient in ieder geval niet te worden vastgesteld aan de hand van de hantering van een algemene formule, zoals de XYZ-formule.⁹⁵ In het arrest van 27 november 2009 verwijst de Hoge Raad naar 'concrete omstandigheden en factoren' voor het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding, zonder te benoemen wat het verschil tussen die twee begrippen is.

⁹³ M.V.E.E. Jansen, 'De Hoge Raad zet koers uit bij kennelijk onredelijk ontslag', *Arbeidsrecht* 2010-1.

⁹⁴ D.J. Buijs, 'Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: nadere uitleg van de Hoge Raad', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010-5, p. 32.

⁹⁵ G.W. van der Voet, 'De Hoge Raad in Rutten/Breed: geen magische-realistische, maar een impressionistische benadering bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag', *TAP* 2010-3, p. 101.

De hoogte van de schadevergoeding houdt nauw verband met de omstandigheden die de rechter tot zijn oordeel over de kennelijke onredelijkheid van de opzegging heeft geleid. Bovendien is de hoogte afhankelijk van omstandigheden als de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en diens kans op het vinden van ander passend werk. De billijkheid biedt pas uiteindelijk na zo veel mogelijk concrete schadeberekeningen soelaas.

De schadevergoeding heeft de strekking compensatie te bieden 'voor de kennelijke onredelijkheid van de handelswijze van de werkgever, gelegen in dienst veronachtzaming van de onevenredigheid tussen zijn eigen belang bij beëindiging van de dienstbetrekking en de toen te verwachten nadelige gevolgen daarvan voor de werknemer'. De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag is een bijzondere vorm van schadevergoeding wegens een in de wet geregelde bijzondere vorm van wanprestatie, waarvan de omvang wordt bepaald met inachtneming van art. 6:97 BW. Een kennelijke onredelijke opzegging heeft dan ook schending van het goed werkgeverschap tot gevolg.⁹⁶

Een ontslagvergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag moet maatwerk zijn, aldus de Hoge Raad. Na het behandelen van de rechtsontwikkeling van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag, kan worden geconcludeerd dat de rol van employability in de jurisprudentie van de Hoge Raad bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding tot op heden nihil is. Bij lagere rechters wordt er zo nu en dan wel rekening gehouden met de employability van de werknemer.⁹⁷

⁹⁶ A.R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?', *Ars Aequi* september 2010, p. 576.

⁹⁷ Ktr. Utrecht, 24 februari 2010, *LJN* BL 4231.

4 Alternatieven voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag

4.1 Inleiding

Zoals uitvoerig besproken in het vorige hoofdstuk is de kantonrechtersformule niet de juiste te hanteren maatstaf c.q. berekeningswijze voor de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding art. 7:681 BW, aldus de Hoge Raad. In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag welke alternatieven er door rechtsgeleerden zijn aangedragen voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag en of deze wenselijk zijn. Hierbij wordt een link gelegd naar de employability van werknemers.

4.2 Alternatieven van schadevaststelling ex. art. 7:681 BW door diverse rechtsgeleerden

Volgens Heerma van Voss, de Laat, Sagel en Verhulp⁹⁸ zijn er twee manieren te onderscheiden waar het de mate van kennelijke onredelijkheid betreft en hoe dit doorwerkt bij de schadebegroting. De eerste mogelijkheid betreft de situatie dat de opzegging zo onredelijk is dat de arbeidsovereenkomst niet opgezegd had mogen worden. Deze situatie zal de minderheid van de kennelijk onredelijke ontslagen vormen. Er kan sprake zijn van een opzegging die zo onredelijk is dat de arbeidsovereenkomst niet opgezegd had mogen worden als bijvoorbeeld de opzegging in strijd is met de afspiegelingsregel, een opzegverbod of wegens een discriminatoire reden. De schade wegens de kennelijke onredelijke opzegging kan tamelijk eenvoudig worden begroot aan de hand van het gemis aan loon over de verwachte levensduur van de arbeidsovereenkomst. De materiële schade is dan in beginsel gelijk aan het inkomen (eventueel met andere emolumenten) dat de werknemer zou hebben genoten wanneer het ontslag wordt 'weggedacht'. De berekening van de verwachte levensduur van de arbeidsovereenkomst kan geschieden aan de hand van bekende en specifieke gegevens over de relevante arbeidsmarkt. In beginsel is de schade die de werknemer lijdt door een opzegging die zo onredelijk is dat de arbeidsovereenkomst niet opgezegd had mogen worden, het verschil tussen het inkomen over de verwachte levensduur van de arbeidsovereenkomst en het inkomen dat de werknemer gedurende die periode naar verwachting zou hebben genoten. Het blijft echter een begroting aan de hand van een gegeven dat niet met 100% zekerheid valt vast te stellen. Niemand kan immers met zekerheid zeggen hoe lang zijn of haar arbeidsovereenkomst zal duren, daar dit van vele, vaak onzekere factoren afhankelijk is.

De andere mogelijkheid betreft de situatie dat de opzegging onredelijk is vanwege de omstandigheden waarin, de wijze waarop of de voorwaarden waaronder die heeft plaatsgevonden. De gevolgen van de opzegging zijn voor de werknemer dan te ernstig in verhouding tot het belang van de werkgever. Het is dan de vraag waarin de tekortkoming van de werkgever precies gevonden kan worden en welke voorzieningen hij in dat verband had moeten treffen. Hierbij gaat het dus om de schending van de werkgever in zijn verplichting om als goed werkgever te handelen. De

⁹⁸ G.J.J. Heerma van Voss e.a., 'Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010-5.

omstandigheden die de opzegging kennelijk onredelijk maken moeten dan zo concreet mogelijk worden benoemd, waarbij aangegeven moet worden wat de werkgever had moeten doen om de kennelijke onredelijkheid te voorkomen. Als concretisering niet lukt, zal de opzegging ook niet snel kennelijk onredelijk worden geacht. Voorbeelden van eisen waaraan een goed werkgever zou moeten voldoen is de verplichting om de werknemer te scholen en employable te houden. De schade zal dan bestaan uit de kosten van die scholing en uit een vergoeding voor het geschatte nadeel dat de werknemer lijdt doordat hij minder snel dan een wel gedurende dienstverband geschoolde werknemer, weer een baan vindt. Deze kunnen worden geschat aan de hand van objectieve gegevens. Daarnaast kan de werkgever op grond van goed werkgeverschap 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. Deze verplichting zal zwaarder drukken naarmate de arbeidsrelatie langer heeft geduurd.⁹⁹ Deze voorbeelden bieden een oplossing voor de vraag hoe de schade moet worden vastgesteld indien er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Na de uitspraak van de Hoge Raad is gebleken dat de kantonrechtersformule niet de juiste te hanteren maatstaf c.q. berekeningswijze is voor de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding ex. art. 7:681 BW. De begroting van de omvang van de schade is toekomst gericht, aangezien er een vergelijking moet worden gemaakt tussen de situatie waar de schadeveroorzakende gebeurtenis wel en niet had plaatsgevonden, aldus Loonstra.¹⁰⁰ Hij pleit voor een '100% min'-benadering, hetgeen inhoudt dat men uitgaat van de inkomensschade die een werknemer lijdt en daarop procentueel correcties op aanbrengt op basis van expliciet genoemde factoren, met name de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen. De arbeidsovereenkomst is geen levensverzekering. De omvang van de inkomensschade dient gemotiveerd te worden berekend op basis van de duur van de werkloosheid of de duur van de WW-uitkering (of een combinatie van), waarbij gebruik wordt gemaakt van cijfermatige gegevens van het CBS en het UWV. Loonstra maakt hierbij gebruik van voordeelsverrekening uit art. 6:100 BW, gezien het feit dat de WW-uitkering de inkomensschade doet afnemen. Loonstra pleit ervoor dat de eerste twee categorieën factoren uit de 'XYZ-arresten' worden gebruikt als mogelijke aftrekposten op de inkomensschade.¹⁰¹ Deze bestaan uit het dienstverband en de opzegging. Relevant zijn bijvoorbeeld de lengte van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer, het functioneren en eventuele arbeidsongeschiktheid en de daarmee samenhangende omstandigheden. Als tweede categorie is van belang de beschikbaarheid van ander (passend) werk.¹⁰² Ook deze manier van vaststellen van de omvang van de schadevergoeding zou een oplossing kunnen zijn. Jansen¹⁰³ is van mening dat uit het arrest van de Hoge Raad van 27 november 2009¹⁰⁴ twee mogelijke interpretaties kunnen worden afgeleid wat de vaststelling van de schade betreft. Middels

⁹⁹ G.J.J. Heerma van Voss e.a., 'Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010-5.

¹⁰⁰ C.L. Loonstra, 'De januskop van de Hoge Raad', *Arbeidsrecht* 2010-8/9.

¹⁰¹ C.L. Loonstra, 'De januskop van de Hoge Raad', *Arbeidsrecht* 2010-8/9.

¹⁰² S. Sagel, Kennelijk onredelijk ontslag: ABC wordt XYZ?, *Legal Alert*, 22 juli 2009.

¹⁰³ M.V.E.E. Jansen, 'De Hoge Raad zet koers uit bij kennelijk onredelijk ontslag', *Arbeidsrecht* 2010-1.

een concrete schadeberekening of een abstracte schadeberekening. De concrete schadeberekening houdt in dat blijkens Boek 6 BW de volledige schade moet worden vergoed die de andere partij heeft geleden. De daadwerkelijke schade moet worden begroot afhankelijk van de mate van 'onredelijkheid' van het ontslag. Is het ontslag zo onredelijk dat het gehele ontslag niet gerechtvaardigd kan worden, dan ligt het in de rede de schade primair te begroten aan de hand van de inkomensderving die door het ontslag wordt geleden aangevuld door andere schade-elementen. Is de beëindiging van het dienstverband op zichzelf redelijk, maar maken de armoedige voorwaarden waaronder het ontslag geschiedde het ontslag kennelijk onredelijk, dan dient de vergoeding de veronachtzaming van de voorwaarden te compenseren. De schadevergoeding zal in dit geval bestaan uit het verschil tussen de voorwaarden die hadden moeten worden meegegeven om het ontslag redelijk te laten zijn en de voorziening die is getroffen. De abstracte schade dient, volgens Jansen, door rechters te worden begroot door inzichtelijk te maken welke factoren welk gewicht in de schaal doen leggen, waarbij aan elke omstandigheid een bedrag moet worden gekoppeld. Om te voorkomen dat rechters uiteenlopende bedragen aan dezelfde factoren verbinden, is het van belang dat zij op het moment dat een beslissing wordt genomen, rekening houden met eerder gewezen uitspraken. Na verloop van tijd, als er een groot aantal uitspraken zijn geweest, zal er een soort 'kennelijk onredelijk ontslaggids' ontstaan, met daarin een overzicht van de mogelijke factoren die een rol spelen bij de hoogte van de ontslagvergoeding, inclusief de daaraan gekoppelde schadebedragen. De rechter is dan in staat de schadevergoeding relatief eenvoudig te kunnen begroten door een optelsom te maken van de bedragen die zijn gekoppeld aan de omstandigheden die zich in het concrete geval voordoen. De gids zal als leidraad dienen, waarbij in acht moet worden genomen dat deze gids niet mag leiden tot wederom toepassing van een soort formule. Al naar gelang de omstandigheden kunnen de bedragen naar boven en beneden worden bijgesteld, zolang maar gemotiveerd wordt waarom dat in die specifieke situatie redelijk is. Een oplossing voor het vaststellen van de schadevergoeding zou kunnen zijn dat de schadevergoeding concreet moet worden berekend daar waar dat kan en abstract daar waar dat niet kan. Ook Quist is van mening dat een 'gezichtenpuntencatalogus' (vergelijk de 'kennelijk onredelijk ontslaggids' van Jansen) kan bijdragen aan meer voorspelbaarheid en rechtszekerheid, doordat in de lagere rechtspraak steeds dezelfde criteria en hetzelfde toetsingskader wordt toegepast. De gezichtspunten bestaan uit feiten en omstandigheden die tezamen de norm vormen aan de hand waarvan de desbetreffende zaak dient te worden geanalyseerd en beoordeeld. Hierdoor wordt geprobeerd een brug te slaan tussen de open norm en de omstandigheden van het geval door feiten en omstandigheden te benoemen die in concreto relevant zijn of kunnen zijn.¹⁰⁵ Door de van belang zijnde factoren te benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden

¹⁰⁴ HR 27 november 2009, *JAR* 2009, 305 (Van de Grijp/Stam).

¹⁰⁵ J.P. Quist, 'Kennelijk onredelijk ontslag: ook na Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed behoefte aan (meer) voorspelbaarheid en rechtszekerheid', *TAP* 2010-2, p. 60 & 63.

is een zekere vorm van harmonisatie mogelijk, zonder dat er een bepaalde algemeen formule als vuistregel wordt genomen. Dergelijke richtlijnen zullen vanuit de praktijk moeten worden ontwikkeld.¹⁰⁶ Van der Voet gaat bij het bepalen van de 'pleister op de wonde' uit van de vraag of de werkgever gezien alle omstandigheden van het geval, voor een voorziening had moeten zorgen, en zo ja, wat de omvang daarvan had moeten zijn. Deze tekortkoming qua omvang kan variëren van 0 % ingeval de omstandigheden dusdanig zijn dat de werkgever geen voorziening hoefde te treffen tot 100 % wanneer het ontslag zo onredelijk is, dat dit in geen geval had mogen plaats vinden. De precieze hoogte van het percentage zal onder andere gerelateerd dienen te zijn aan de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever in de eisen van het goed werkgeverschap en aan de overige omstandigheden van het geval. Bij deze manier van schadebegroting kan een kritisch kanttekening worden geplaatst. Want is het ontslag wel kennelijk onredelijk als het percentage op 0% wordt gesteld? De rechter zal inzichtelijk moeten weergeven hoe hij tot de afweging is gekomen die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid.¹⁰⁷

Van Zanten- Baris liet zich bij haar zoektocht naar de grondslagen van ontslagvergoedingen en de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding inspireren door het Oostenrijks model. In het Oostenrijkse model wordt als volgt omgegaan met ontslagvergoedingen. In de 'Abfertigung Neu' van 1 januari 2003 is bepaald dat werkgevers maandelijks onbelast 1,53 % van de loonsom afdragen aan fondsen die dat geld vervolgens beleggen ten behoeve van een individuele spaarrekening voor werknemers. De aanspraken van de werknemer worden uitgekeerd bij pensioen, tenzij de werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigd. In dat geval mag de werknemer het gespaarde geld opnemen mits hij langer dan drie jaar aan het werk is, waarbij dienstverbanden bij opvolgende werkgevers worden meegeteld. Dit model leidt tot een vergroting van het bereik en aanspraken op een ontslagvergoeding, aangezien vrijwel iedere werknemer aanspraak kan maken op een ontslagvergoeding. De aanspraak start zodra de werknemer een maand in dienst is en is niet afhankelijk van de wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Verder leidt dit model tot voorspelbaarheid van ontslagkosten en versterking van de kapitaalmarkt. De werknemer kan kiezen tussen uitkering van het opgebouwde bedrag, verdere investering in hetzelfde fonds of omzetting van de opgebouwde aanspraken naar een pensioenuitkering. Ontslagkosten worden in het Oostenrijkse model gecollectiveerd in plaats van geïndividualiseerd, waardoor een financiële prikkel die werkgevers wellicht er toe aanzet nog eens na te denken over het verlenen van ontslag, ontbreekt. Het model levert geen bijdrage aan de in Nederland hoog op de agenda geplaatste vergroting van employability en inzetbaarheid van werknemers.¹⁰⁸ Van Zanten-Baris is van mening dat er een grote nadruk op scholings- en employability-inspanningen in het ontslagrecht moet komen en er ruimte moet zijn voor sociale partners daaraan niet alleen vorm te geven, maar ook maatregelen en sancties aan te kunnen verbinden die een bijdrage kunnen leveren aan een wenselijke ontwikkeling:

¹⁰⁶ G. Heerma van Voss & J. van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *Nederlands Juristenblad*, 16 april 2010, afl. 15.

¹⁰⁷ G.W. van der Voet, 'De Hoge Raad in Rutton/Breed: geen magische-realistische, maar een impressionistische benadering bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag', *TAP* 2010-3, p. 102.

¹⁰⁸ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 177 & 178.

de overgang van baanzekerheid naar werkzekerheid.¹⁰⁹ De nadruk bij de beoordeling van de vraag of een ontslagvergoeding dient te worden toegekend zou moeten liggen op de investeringen van zowel werkgever als werknemer, om de kansen en arbeidsmarktperspectieven (employability) van de werknemer te vergroten. De (niet) getroffen voorzieningen en de (niet bestaande) mogelijkheden om ander passend werk te vinden zijn grondslagen die de meeste aandacht verdienen bij de beoordeling van ontslag. Daarnaast moet er ruimte blijven bestaan voor een algemene redelijkheidstoetsing van ontslagen. Kunnen kansen niet meer voldoende worden geboden, of kan de onredelijkheid niet meer worden hersteld, dan dient er volgens van Zanten-Baris ook in de toekomst een ontslagvergoeding tegen over te staan.¹¹⁰ Hierbij dient te worden aangemerkt dat het onderzoek van Van Zanten- Baris heeft plaats gevonden voor de arresten van de Hoge Raad, waarin is bepaald dat de kantonrechtersformule niet de juiste te hanteren maatstaf c.q. berekeningswijze is bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag.

Wat verder valt op te merken over de manieren van het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding ex. art. 7:681 BW die na de arresten van de Hoge Raad zijn kenbaar gemaakt door verschillende auteurs, dat de rol van employability bij de vaststelling van de hoogte vrij klein is. Dit viel in hoofdstuk 3 van deze scriptie ook al op bij de jurisprudentie tot op heden.

4.3 Herziening duale ontslagstelsel

Sommige auteurs gaan een stapje verder. Zij pleiten voor een herziening van het huidige ontslagrecht, waardoor het probleem dat er momenteel heerst rondom de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding ex. art. 7:681 BW wordt omzeild. Hierbij spelen de verschillen tussen de procedure ex. art. 7:681 BW en ex. art. 7:685 BW een belangrijke rol. De kantonrechter kan bij toewijzing van het ontbindingsverzoek ex. art. 7:685 BW een 'billijke vergoeding' toekennen. In de praktijk wordt deze bepaald aan de hand van de kantonrechtersformule, hetgeen bijdraagt aan de voorspelbaarheid van de uitkomst van de procedure en rechtseenheid tussen de verschillende kantongerechten. Tegen een uitspraak in ontbindingszaken kan in beginsel hoger beroep noch cassatie worden ingesteld. De procedure is gericht op snelheid, waarbij een rechter op basis van billijkheidsoordelen het einde van de arbeidsovereenkomst en eventuele hoogte van de vergoeding vaststelt. In geval van opzegging kan het UWV WERKbedrijf geen financiële voorziening aan de werknemer verstrekken. De werknemer rest dan de mogelijkheid achteraf een schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijke opzegging te vorderen ex. art. 7:681 BW. De beoordeling of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag vindt plaats in een gewone procedure, waarin de regels van bewijsrecht gelden en de hoogte van de vergoeding wordt vastgesteld aan de hand van de door de rechter op basis van de aangevoerde stelling vast te stellen feiten en na afweging van alle omstandigheden van het geval, waarbij de gewone regels omtrent begroting van schadevergoeding van toepassing zijn. Tegen een vonnis ex. art. 7:681 BW staan hoger beroep en cassatie wel open.¹¹¹

¹⁰⁹ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 234.

¹¹⁰ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 234.

¹¹¹ A.R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?', *Ars Aequi* september 2010, p. 574 & 575

Uit onderzoek is gebleken dat de hoogte van de gemiddelde ontslagvergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag, ongeveer de helft van de gemiddelde hoogte van de ontslagvergoeding bij ontbindingsprocedures bedraagt.¹¹² Hierdoor lijkt het, aldus Cremers, of werknemers in geval van een ontbinding anders behandeld worden dan werknemers van wie de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd.¹¹³ Met name dit verschil wordt door velen als onrechtvaardig en onbillijk ervaren. Te meer omdat het de werkgever is die bepaalt of het einde via de opzeggings- of ontbindingsroute wordt bewerkstelligd. Harmonisatie van beide procedures is volgens sommigen dan ook gewenst en zou tevens het probleem rondom het vaststellen van de schadevergoeding verkleinen. Harmonisatie zou niet alleen leiden tot meer rechtsgelijkheid en rechtseenheid, maar ook bijdragen aan de voorspelbaarheid van de uitkomst van een procedure op basis van art. 7:681 BW. De Hoge Raad oordeelde echter, zoals reeds eerder besproken in paragraaf 4.4.1, dat de kantonrechtersformule niet de juiste te hanteren maatstaf c.q. berekeningswijze is voor de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding art. 7:681 BW. Uit de arresten van de Hoge Raad valt impliciet afschaffing van het duale ontslagstelsel en/of aanpassing van de ontbindingsprocedure af te leiden. Door het verwerpen van de geïntegreerde toetsing van het Hof 's-Gravenhage maakt de Hoge Raad duidelijk dat het einde van een arbeidsovereenkomst geen recht geeft op een financiële voorziening. Dit kan alleen als de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven. De Hoge Raad heeft het gebruik van een algemene en abstracte formule afgewezen en kiest ervoor om juist bij ontslag een vergoeding vast te stellen op basis van maatwerk. De gewenste uniformiteit moet in de toekomst blijken uit de uitvoerig gemotiveerde beslissingen van rechters. Een formule zal enkel leiden tot schijnzekerheid.¹¹⁴ In de praktijk zal er weinig veranderen door de gedwongen motivering waarom tot een bepaalde schadevergoeding wordt gekomen. Immers harmonisatie middels rechterlijk motiveren zal mogelijk uitmonden in een standaard die niet veel afwijkt van de kantonrechtersformule. Hierdoor komt het belang van de opzeggingsroute naar voren. Indien de kantonrechtersformule zou worden toegepast bij kennelijk onredelijk ontslag zaken zou dat mogelijk het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel kunnen betekenen. Als een vergoeding conform de kantonrechtersformule ook na verkregen toestemming van het UWV WERKbedrijf en na opzegging met inachtneming van de geldende opzegtermijn door middel van een beroep op art. 7:681 BW alsnog kan worden verkregen, waarom zou de werkgever dan nog zo'n lange en omslachtige procedure bewandelen met het procesrisico in alle instanties nadien, als het alternatief bestaat uit een snelle en eenvoudige procedure op grond van art. 7:685 BW waarbij de hoogte van de ontslagvergoeding hetzelfde zal zijn? Wellicht vond de Hoge Raad afschaffing van het duale stelsel een taak van de wetgever en heeft het hoogste rechtscollege om die redenen niet willen meegaan in de benadering van het Hof 's-

¹¹² P. Kruit & C.P. Loonstra, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2008: het einde van een tijdperk', *Arbeidsrecht* 2009-6/7, p. 7-22.

¹¹³ R.J.N. Cremers, 'Een vergoeding bij opzegging van een arbeidsovereenkomst?', *Nederlands Juristenblad* 2010-31, p. 60.

¹¹⁴ A.R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?', *Ars Aequi* september 2010, p. 577.

Gravenhage.¹¹⁵ Vereenvoudiging en/of afschaffing van het duale ontslagstel zou bijvoorbeeld plaats kunnen vinden door de verschillen tussen beide procedures weg te nemen door bijvoorbeeld het appelverbod af te schaffen en meer ruimte voor bewijslevering mogelijk te maken. Hierdoor zullen ook ontbindingsrechters in hoge beroep en eventueel cassatie worden gedwongen om maatwerk te leveren. De herziening zal ertoe leiden dat de verschillen tussen beide procedures kleiner worden, waardoor op langere termijn zelfs tot afschaffing van de ontbindings- of opzeggingsprocedure kan worden overgegaan.¹¹⁶ Voor de rechtsonzekerheid en onrechtvaardigheid die er nu heerst bij het vaststellen en voorspellen van hoogte van de schadevergoeding op basis van kennelijk onredelijk ontslag zou deze ontwikkeling positief zijn. Indien er maar één ontslagroute is en één manier om deze te benaderen komt dit de voorspelbaarheid en rechtszekerheid ten goede. Een herziening/vereenvoudiging van het ontslagrecht zou een mogelijke oplossing zijn voor de heersende problematiek rond de hoogte van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding.

4.4 Invloed sociale partners bij het toekennen van een ontslagvergoeding

Tot slot zijn er auteurs die een andere mogelijk alternatief bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding vinden in het meer betrekken van de sociale partners bij de invulling en uitvoering van ontslag en de toekenning van een ontslagvergoeding dan thans het geval is. Het driekwart dwingend maken van de preventieve toets zou niet alleen het belang, het bestaansrecht en wellicht ook de representativiteit van de vakbeweging kunnen vergroten, maar zou een eerste stap zijn op weg naar afschaffing van de preventatieve toets. Op deze manier zouden de sociale partners bij de invulling van de voorwaarden voor ontslagcriteria meer dwingende employability verplichtingen kunnen incorporeren dan nu het geval is. Uit deze aanpak volgt een meer constructieve inzet van de ontslagvergoeding, waarbij de nadruk minder ligt op de beroemde 'zak geld' maar meer op de beoordeling van inspanningen die zijn verricht gedurende de arbeidsovereenkomst en mogelijk gedurende een bepaalde periode na het eindigen ervan. De nadruk bij de beoordeling van de vraag of een ontslagvergoeding dient te worden toegekend zou moeten liggen op de investeringen die zowel werkgever als werknemer hebben gedaan de kansen en arbeidsmarktperspectieven, met andere woorden employability, van de werknemer te vergroten. De (niet) getroffen voorzieningen en de (niet bestaande) mogelijkheden ander passend werk te vinden gelden al sinds de invoering van het kennelijk onredelijk ontslag in 1953 als grondslag voor het toekennen van een kennelijk onredelijk ontslagvergoeding.¹¹⁷ Het ontslagrecht is nu meer gericht op het afrekenen met het verleden dan het toerusten van de werknemer op de arbeidsmarkt. Het werken met positieve en negatieve prikkels kan een bijdrage leveren aan het voorkomen van (langdurige) werkloosheid en daar bij kan de ontslagvergoeding een belangrijke rol spelen. Indien de thans gebruikelijke ontslagvergoeding moet worden aangewend ter bestrijding van de kosten van werkloosheid en van de kosten gemoeid met het vinden van andere arbeid, zal daarin een zeer grote prikkel voor de werknemer gevonden kunnen

¹¹⁵ A.R. Houweling, 'Gespieerde taal inzake kennelijk onredelijk ontslagformule Hof 's-Gravenhage: oude kantonrechtersformule in ere herstellen?', *TAP* 2009-7 p. 276-280.

¹¹⁶ A.R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?', *Ars Aequi* september 2010, p. 578.

¹¹⁷ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 219 & 220.

worden om snel andere passende arbeid te aanvaarden. Indien de werkgever een deel van de vergoeding kan verrekenen met de door hem tijdens het dienstverband gemaakte kosten om de werknemer employable te houden, kan dat een belangrijke stimulans zijn te investeren in de employability van de werknemer. Zeker kort na het ontslag ligt hier eerder een taak voor de werkgever en werknemer dan voor de gemeenschap.¹¹⁸ Toch moet er bij dit alternatief een kritische kanttekening geplaatst worden. Het mag natuurlijk niet zo zijn dat er een soort discriminatie bestaat tussen geschoolde en niet geschoolde werknemers die ontslagen worden.

4.5 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn verschillende facetten naar voren gekomen met betrekking tot de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding ex art. 7:681 BW. In dit hoofdstuk werd antwoord gegeven op de vraag welke alternatieven er door rechtsgeleerden zijn aangedragen voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Hierbij werd een link gelegd naar de employability van werknemers. In de te besproken literatuur zijn diverse manieren naar voren gekomen met betrekking tot het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding ex. art. 7:681 BW. Volgens *Heerma van Voss, de Laat, Sagel en Verhulp*¹¹⁹ zijn er twee manieren te onderscheiden waar het de mate van kennelijke onredelijkheid betreft en hoe dit doorwerkt bij de schadebegroting.

De eerste mogelijkheid betreft de situatie dat de opzegging zo onredelijk is dat de arbeidsovereenkomst niet opgezegd had mogen worden. De andere mogelijkheid betreft de situatie dat de opzegging onredelijk is vanwege de omstandigheden waarin, de wijze waarop of de voorwaarden waaronder die heeft plaatsgevonden.

De begroting van de omvang van de schade is toekomstgericht, aangezien er een vergelijking moet worden gemaakt tussen de situatie waar de schadeveroorzakende gebeurtenis wel en niet had plaatsgevonden, aldus *Loonstra*. Hij pleit voor een '100% min'-benadering, hetgeen inhoudt dat men uitgaat van de inkomensschade die een werknemer lijdt en daarop procentueel correcties op aanbrengt op basis van expliciet genoemde factoren. De arbeidsovereenkomst is geen levensverzekering. De omvang van de inkomensschade dient gemotiveerd te worden berekend op basis van de duur van de werkloosheid of de duur van de WW-uitkering (of een combinatie van), waarbij gebruik wordt gemaakt van cijfermatige gegevens van het CBS en het UWV.

*Jansen*¹²⁰ is van mening dat uit het arrest van de Hoge Raad van 27 november 2009¹²¹ twee mogelijke interpretaties kunnen worden afgeleid wat de vaststelling van de schade betreft. Middels een concrete schadeberekening of een abstracte schadeberekening.

¹¹⁸ D. Scheele e.a., 'Arbeidsflexibiliteit en ontslagrecht', *Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid*, University Press : Amsterdam 2007, p. 184 & 185.

¹¹⁹ G.J.J. Heerma van Voss e.a., 'Begroot, schat, vergoed en bewonder:de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010-5.

¹²⁰ M.V.E.E. Jansen, 'De Hoge Raad zet koers uit bij kennelijk onredelijk ontslag', *Arbeidsrecht* 2010-1.

¹²¹ HR 27 november 2009, *JAR* 2009, 305 (Van de Grijp/Stam).

Ook *Quist* is van mening dat een 'gezichtenpuntencatalogus' (vergelijk de 'kennelijk onredelijk ontslaggids' van Jansen) kan bijdragen aan meer voorspelbaarheid en rechtszekerheid, doordat in de lagere rechtspraak steeds dezelfde criteria en hetzelfde toetsingskader wordt toegepast.

Van der Voet gaat bij het bepalen van de 'pleister op de wonde' uit van de vraag of de werkgever gezien alle omstandigheden van het geval, voor een voorziening had moeten zorgen, en zo ja, wat de omvang daarvan had moeten zijn.

De ontslagvergoeding zou meer constructieve ingezet moeten worden. De nadruk bij de beoordeling van de vraag of een ontslagvergoeding dient te worden toegekend zou moeten liggen op de investeringen die zowel werkgever als werknemer hebben gedaan de kansen en arbeidsmarktperspectieven, met andere woorden employability, van de werknemer te vergroten. Voor de rechtsonzekerheid, onrechtvaardigheid en onvoorspelbaarheid die er nu heerst bij het vaststellen en voorspellen van hoogte van de schadevergoeding op basis van kennelijk onredelijk ontslag zou harmonisatie van de ontbindingsprocedure en kennelijke onredelijke ontslagprocedure wenselijk zijn. Indien er maar één ontslagroute is en één manier om deze te benaderen komt dit de voorspelbaarheid en rechtszekerheid ten goede. Een herziening/ vereenvoudiging van het ontslagrecht zou een mogelijke oplossing zijn voor de heersende problematiek rond de hoogte van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding. Ook het meer betrekken van de sociale partners bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding en de invulling en uitvoering van ontslag dan thans het geval is, biedt de nodige voordelen. Op deze manier zouden de sociale partners bij de invulling van de voorwaarden voor ontslagcriteria meer dwingende employability verplichtingen kunnen incorporeren dan nu het geval is.

5 Conclusie en aanbevelingen

5.1 Conclusie

De probleemstelling die aan de orde was in deze scriptie luidt als volgt: Wat zijn de grondslagen voor de schadevergoeding in het kader van kennelijk onredelijk ontslag en welke berekeningsmethodes zouden de kantonrechters dienen te gebruiken voor het vaststellen van de schade, om tot een rechtvaardige uitkomst te komen die in de lijn ligt met de recent door de Hoge Raad gewezen arresten op 27 november 2009, 11 december 2009 en 12 februari 2010¹²², waarin onder andere is bepaald dat de kantonrechtersformule geen juiste maatstaf is voor het berekenen van de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag procedure ?

Het tweede gedeelte van de probleemstelling heeft betrekking op de employability van werknemers, hetgeen kan worden vertaald in 'arbeidsmarktperspectieven' of 'kansen op werk' en luidt als volgt: Hoe is de verhouding tussen de ontslagvergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag en de ontwikkelingen op het gebied van employability en welke rol speelt deze verhouding op de maatstaf voor het berekenen van de ontslagvergoeding ex. art. 7:681 BW?

De grondslag voor de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag bestaat uit de gedachte dat er voor ontslag een goede reden moet zijn: 'een iusta causa demissionis' en de schadevergoeding dient als een 'zekere mate van genoegdoening'. De schadevergoeding kan in die zin worden beschouwd als een 'pleister op de wonde'. Verder wordt er bij het toekennen van een schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag vaak uitgegaan van de gedachte dat trouwe dienst moet worden beloond en spelen de kansen op de arbeidsmarkt een grote rol.

5.1.1 Schadevergoeding volgens de Hoge Raad

De Hoge Raad heeft, in de arresten genoemd in de probleemstelling, bepaald dat aan de hand van alle omstandigheden tezamen en in onderling verband moet worden vastgesteld of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Pas als die vraag met 'ja' wordt beantwoord, kan worden toegekomen aan het antwoord op de vraag welke vergoeding moet worden toegekend. De toetsing bij kennelijk onredelijk ontslag komt neer op een toetsing aan de algemeen aanvaarde normen van het goed werkgeverschap. De rechter moet duidelijk de factoren benoemen die leiden tot het oordeel dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Vervolgens zal de hoogte van de schadevergoeding nauw met de relevante factoren moeten samenhangen. Bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding heeft de rechter een grote mate van vrijheid, maar die vrijheid wordt wel beperkt door de systematiek van de shadebegrotingsregeling van Boek 6 BW. Dat betekent dat waar een concrete shadebegroting mogelijk is, deze niet mag worden genegeerd. En pas uiteindelijk mag begroting naar billijkheid plaats vinden. De rechter dient zich nauwkeurig rekenschap te geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen en, meer dan eerst gebruikelijk was, een vollediger inzicht te geven in zijn gedachtegang. De schadevergoeding betreft niet de schade van het ontslag

¹²² HR 27 november 2009, *JAR* 2009, 305 (Van de Grijp/ Stam). HR 11 december 2009, *JAR* 2010, 17 (Van Hoof Elektra/ Oldenburg). HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 72 (Rutten/Breed).

als zodanig, maar de schade voortvloeiend uit het kennelijk onredelijk karakter daarvan. De omvang van de schade dient in ieder geval niet te worden vastgesteld aan de hand van de hantering van een algemene formule. In het arrest van 27 november 2009 verwijst de Hoge Raad naar 'concrete omstandigheden en factoren' voor het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding, zonder te benoemen wat het verschil tussen die twee begrippen is. De hoogte van de schadevergoeding is afhankelijk van omstandigheden als de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en diens kans op het vinden van ander passend werk. De billijkheid biedt pas uiteindelijk na zo veel mogelijk concrete schadeberekeningen soulaas. In de praktijk kan het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding, na de uitspraak van de Hoge Raad, op verschillende manieren benaderd worden.

5.1.2 Schadevergoeding volgens de rechtsgeleerden

Volgens Heerma van Voss, de Laat, Sagel en Verhulp zijn er twee manieren te onderscheiden waar het de mate van kennelijke onredelijkheid betreft en hoe dit doorwerkt bij de schadebegroting. De eerste mogelijkheid betreft de situatie dat de opzegging zo onredelijk is dat de arbeidsovereenkomst niet opgezegd had mogen worden. De schade wegens de kennelijke onredelijke opzegging kan tamelijk eenvoudig worden begroot aan de hand van het gemis aan loon over de verwachte levensduur van de arbeidsovereenkomst. De materiële schade is dan in beginsel gelijk aan het inkomen (eventueel met andere emolumenten) dat de werknemer zou hebben genoten wanneer het ontslag wordt 'weggedacht'. De berekening van de verwachte levensduur van de arbeidsovereenkomst kan geschieden aan de hand van bekende en specifieke gegevens over de relevante arbeidsmarkt. In beginsel is de schade die de werknemer lijdt door een opzegging die zo onredelijk is dat de arbeidsovereenkomst niet opgezegd had mogen worden, het verschil tussen het inkomen over de verwachte levensduur van de arbeidsovereenkomst en het inkomen dat de werknemer gedurende die periode naar verwachting zou hebben genoten. De andere mogelijkheid betreft de situatie dat de opzegging onredelijk is vanwege de omstandigheden waarin, de wijze waarop of de voorwaarden waaronder die heeft plaatsgevonden. De gevolgen van de opzegging zijn voor de werknemer dan te ernstig in verhouding tot het belang van de werkgever. Het is dan de vraag waarin de tekortkoming van de werkgever precies gevonden kan worden en welke voorzieningen hij in dat verband had moeten treffen. Hierbij gaat het dus om de schending van de werkgever in zijn verplichting om als goed werkgever te handelen. De omstandigheden die de opzegging kennelijk onredelijk maken moeten dan zo concreet mogelijk worden benoemd, waarbij aangegeven moet worden wat de werkgever had moeten doen om de kennelijke onredelijkheid te voorkomen. Als concretisering niet lukt, zal de opzegging ook niet snel kennelijk onredelijk worden geacht. Voorbeelden van eisen waaraan een goed werkgever zou moeten voldoen is de verplichting om de werknemer te scholen en employable te houden. De schade zal dan bestaan uit de kosten van die scholing en uit een vergoeding voor het geschatte nadeel dat de werknemer lijdt doordat hij minder snel dan een wel gedurende dienstverband geschoolde werknemer, weer een baan vindt. Deze kosten kunnen worden geschat aan de hand van objectieve gegevens. Daarnaast kan de werkgever

op grond van goed werkgeverschap 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. Deze verplichting zal zwaarder drukken naarmate de arbeidsrelatie langer heeft geduurd.

De begroting van de omvang van de schade is toekomst gericht, aangezien er een vergelijking moet worden gemaakt tussen de situatie waar de schadeveroorzakende gebeurtenis wel en niet had plaatsgevonden, aldus Loonstra. Hij pleit voor een '100% min'-benadering, hetgeen inhoudt dat men uitgaat van de inkomensschade die een werknemer lijdt en daarop procentueel correcties op aanbrengt op basis van expliciet genoemde factoren. De rechter dient inzicht te geven in de afweging die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid. De arbeidsovereenkomst is geen levensverzekering. De omvang van de inkomensschade dient gemotiveerd te worden berekend op basis van de duur van de werkloosheid of de duur van de WW-uitkering (of een combinatie van), waarbij gebruik wordt gemaakt van cijfermatige gegevens van het CBS en het UWV. Loonstra maakt hierbij gebruik van voordeelsverrekening uit art. 6:100 BW, gezien het feit dat de WW-uitkering de inkomensschade doet afnemen. Loonstra pleit ervoor dat de eerste twee categorieën factoren uit de 'XYZ-arresten' worden gebruikt als mogelijke aftrekposten op de inkomensschade. Deze bestaan uit het dienstverband en de opzegging. Relevant zijn bijvoorbeeld de lengte van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer, het functioneren en eventuele arbeidsongeschiktheid en de daarmee samenhangende omstandigheden. Als tweede categorie is van belang de beschikbaarheid van ander (passend) werk.

Jansen is van mening dat uit het arrest van de Hoge Raad van 27 november 2009 twee mogelijke interpretaties kunnen worden afgeleid wat de vaststelling van de schade betreft. Middels een concrete schadeberekening of een abstracte schadeberekening. De concrete schadeberekening houdt in dat blijkens Boek 6 BW de volledige schade moet worden vergoed die de andere partij heeft geleden. De daadwerkelijke schade moet worden begroot afhankelijk van de mate van 'onredelijkheid' van het ontslag. Is het ontslag zo onredelijk dat het gehele ontslag niet gerechtvaardigd kan worden, dan ligt het in de rede de schade primair te begroten aan de hand van de inkomensderving die door het ontslag wordt geleden aangevuld door andere schade-elementen. Is de beëindiging van het dienstverband op zichzelf redelijk, maar maken de armoedige voorwaarden waaronder het ontslag geschiedde het ontslag kennelijk onredelijk, dan dient de vergoeding de veronachtzaming van de voorwaarden te compenseren. De schadevergoeding zal in dit geval bestaan uit het verschil tussen de voorwaarden die hadden moeten worden meegegeven om het ontslag redelijk te laten zijn en de voorziening die is getroffen. De abstracte schade dient, volgens Jansen, door rechters te worden begroot door inzichtelijk te maken welke factoren welk gewicht in de schaal doen leggen, waarbij aan elke omstandigheid een bedrag moet worden gekoppeld. Om te voorkomen dat rechters uiteenlopende bedragen aan dezelfde factoren verbinden, is het van belang dat zij op het moment dat een beslissing wordt genomen, rekening houden met eerder gewezen uitspraken. Na verloop van tijd, als er een groot aantal uitspraken zijn geweest, zal er een soort 'kennelijk onredelijk ontslaggids' ontstaan, met daarin een overzicht van de mogelijke factoren die een rol spelen bij de hoogte van de

ontslagvergoeding, inclusief de daaraan gekoppelde schadebedragen. De rechter is dan in staat de schadevergoeding relatief eenvoudig te kunnen begroten door een optelsom te maken van de bedragen die zijn gekoppeld aan de omstandigheden die zich in het concrete geval voordoen. De gids zal als leidraad dienen. Al naar gelang de omstandigheden kunnen de bedragen naar boven en beneden worden bijgesteld, zolang maar gemotiveerd wordt waarom dat in die specifieke situatie redelijk is. Een oplossing voor het vaststellen van de schadevergoeding zou kunnen zijn dat de schadevergoeding concreet moeten worden berekend daar waar dat kan en abstract daar waar dat niet kan. Ook Quist is van mening dat een 'gezichtenpuntencatalogus' (vergelijk de 'kennelijk onredelijk ontslaggids' van Jansen) kan bijdragen aan meer voorspelbaarheid en rechtszekerheid, doordat in de lagere rechtspraak steeds dezelfde criteria en hetzelfde toetsingskader wordt toegepast. De gezichtspunten bestaan uit feiten en omstandigheden die tezamen de norm vormen aan de hand waarvan de desbetreffende zaak dient te worden geanalyseerd en beoordeeld. Hierdoor wordt geprobeerd een brug te slaan tussen de open norm en de omstandigheden van het geval door feiten en omstandigheden te benoemen die in concreto relevant zijn of kunnen zijn. Door de van belang zijnde factoren te benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden is een zekere vorm van harmonisatie mogelijk, zonder dat er een bepaalde algemeen formule als vuistregel wordt genomen. Dergelijke richtlijnen zullen vanuit de praktijk moeten worden ontwikkeld.

Van der Voet gaat bij het bepalen van de 'pleister op de wonde' uit van de vraag of de werkgever gezien alle omstandigheden van het geval, voor een voorziening had moeten zorgen, en zo ja, wat de omvang daarvan had moeten zijn. Deze tekortkoming qua omvang kan variëren van 0 % ingeval de omstandigheden dusdanig zijn dat de werkgever geen voorziening hoefde te treffen tot 100 % wanneer het ontslag zo onredelijk is, dat dit in geen geval had mogen plaats vinden. De precieze hoogte van het percentage zal onder andere te worden gerelateerd aan de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever in de eisen van het goed werkgeverschap en aan de overige omstandigheden van het geval. De rechter dient inzake te geven in de afweging die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid. Bij deze manier van schadebegroting kan een kritisch kanttekening worden geplaatst. Want is het ontslag wel kennelijk onredelijk als het percentage op 0% wordt gesteld?

Van Zanten-Baris is van mening dat er een grote nadruk op scholings- en employability-inspanningen in het ontslagrecht moet komen en er ruimte moet zijn voor sociale partners daaraan niet alleen vorm te geven, maar ook maatregelen en sancties aan te kunnen verbinden die een bijdrage kunnen leveren aan een wenselijke ontwikkeling: de overgang van baanzekerheid naar werkzekerheid.¹²³ De nadruk bij de beoordeling van de vraag of een ontslagvergoeding dient te worden toegekend zou moeten liggen op de investeringen van zowel werkgever als werknemer, om de kansen en arbeidsmarktperspectieven (employability) van de werknemer te vergroten. De (niet) getroffen voorzieningen en de (niet bestaande) mogelijkheden om ander passend werk te vinden zijn grondslagen die de meeste aandacht verdienen bij de beoordeling van ontslag. Daarnaast moet er

¹²³ A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 234.

ruimte blijven bestaan voor een algemene redelijkheidstoetsing van ontslagen. Kunnen kansen niet meer voldoende worden geboden, of kan de onredelijkheid niet meer worden hersteld, dan dient er volgens van Zanten-Baris ook in de toekomst een ontslagvergoeding tegen over te staan.

5.1.3 Eigen visie

In de vakliteratuur is inmiddels veel geschreven over de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag.¹²⁴ Belangrijk is nu om te bezien hoe de lagere rechters op de nieuwe jurisprudentie reageert. Er zijn anderhalf jaar na de uitspraken van de Hoge Raad voorbeelden van lagere rechters waarbij de schadeberekening inderdaad meer concreet en gedetailleerd gebeurt dan voorheen.¹²⁵ Ook zijn er uitspraken waarin rechters veel meer aandacht besteden aan het noemen van voor de schadevergoeding van belang zijnde factoren, maar vervolgens toch weer als voorheen volstaan met het noemen van een bedrag waarvan de totstandkoming ongewis blijft.¹²⁶ Het lost daarbij niets op als de rechter voortaan het woord 'schatten' gebruikt waarbij het suggereert aansluiting te zoeken bij art. 6:97 BW. Er zijn uitspraken waarbij er wel een uiteenzetting is van de gedachtegang achter de schadevergoeding maar toch weer een grove schatting wordt gemaakt.¹²⁷

Voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag gaat mijn voorkeur uit naar de gezichtspuntencatalogus/kennelijk onredelijk ontslaggids van Quist respectievelijk Jansen. Het harmoniseren van de huidige twee ontslagroutes zou ook een goede oplossing zijn, gezien het feit dat als er maar één ontslagroute is en één manier om deze te benaderen dit de voorspelbaarheid en rechtszekerheid ten goede komt. Een herziening/vereenvoudiging van het ontslagrecht zou dus een mogelijke oplossing zijn voor de heersende problematiek rond de hoogte van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding. Echter is en blijft het handhaven van één ontslagroute een taak van de wetgever. Hierdoor gaat mijn voorkeur uit naar de gezichtspuntencatalogus ter waarborging van de rechtseenheid en de rechtszekerheid. Er bestaan immers op meerdere terreinen in het recht gezichtspuntencatalogussen. De gezichtspuntenrechtspraak van de Hoge Raad vinden we bijvoorbeeld terug bij het ontslag op staande voet. De gezichtspunten bestaan uit feiten en omstandigheden die tezamen de norm vormen aan de hand waarvan de desbetreffende zaak dient te worden geanalyseerd en beoordeeld. Hierdoor wordt geprobeerd een brug te slaan tussen de open norm en de omstandigheden van het geval door feiten en omstandigheden te benoemen die in concreto relevant zijn of kunnen zijn. Door de van belang zijnde factoren te benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden is een zekere vorm van harmonisatie mogelijk, zonder dat er een bepaalde algemeen formule als vuistregel wordt genomen. Dergelijke richtlijnen zullen vanuit de praktijk moeten worden ontwikkeld, wellicht dat

¹²⁴ Zie literatuurlijst van deze scriptie

¹²⁵ Hof Leeuwarden 24 augustus 2010, *UN BN5041*; Ktr. Amersfoort 4 augustus 2010, *LJN BN4364*; Ktr. 's-Hertogenbosch 1 juli 2010, *LJN BN3095*; Ktr. Haarlem 7 april 2010, *LJN BM3432*.

¹²⁶ Hof Leeuwarden 11 mei 2010, *LJN BM4236*; Rb. Leeuwarden 7 april 2010, *LJN BM0505*; Ktr. Utrecht 24 februari 2010, *JAR 2010/81*; Ktr. Haarlem 3 februari 2010, *JAR 2010/77*.

¹²⁷ Ktr. Haarlem 3 maart 2010, *RAR 2010,80*; Ktr. Eindhoven 17 december 2009, *LJN BK8201*.

G.J.J. Heerma van Voss en J.M. van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *Nederlands Juristenblad* 8 oktober 2010 afl.34.

de overheid hierin een stimulerende rol kan spelen. Hoe de toekomst van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag eruit zal gaan zien, valt moeilijk te zeggen. De rechters en wetgever zijn nu aan zet.

5.1.4 Schadevergoeding en de rol van employability

Wat de verhouding tussen de ontslagvergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag en de ontwikkelingen op het gebied van employability betreft, valt het volgende op te merken. De formulering van het gevolgcriterium bij kennelijk onredelijk ontslag biedt ruimte rekening te houden met scholingsinspanningen en de mate van employability van werknemers. Scholingsinspanningen en de mate van employability kunnen van invloed zijn op de te verwachten gevolgen van het ontslag en op de mogelijkheden voor de werknemer ander passend werk te vinden. Bij employability ligt de nadruk op het treffen van maatregelen die erin voorzien dat werknemers zonder al te veel problemen van baan kunnen wisselen en ervoor te zorgen dat werknemers daarop voorbereid zijn. Hierdoor wordt werkzekerheid, inhoudende de kans op werk, boven baanzekerheid gekoppeld, inhoudende het behoud van één bepaalde baan. Tussen de employability van werknemers en het toekennen van een schadevergoeding kan het volgende verband worden gelegd. De werkgever, die uit hoofde van goed werkgeverschap investeert in de employability van zijn werknemers, kan bij het toekennen van de ontslagvergoeding worden beloond. De rechter zou bij het vaststellen van de hoogte van de aan de werknemer toekomende vergoeding rekening kunnen houden met de door de werkgever betaalde scholingskosten en de arbeidsmarktpositie van de werknemer. De door de werkgever betaalde scholingskosten zijn concreet te benoemen, hetgeen voor de rechter bij het toekennen van een schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag makkelijk is vast te stellen en derhalve niet begroot of geschat hoeft te worden. Afhankelijk van de verrichte scholingsinspanningen door zowel de werkgever als de werknemer kan een hogere of lagere vergoeding worden toegekend. Het is echter niet correct de ontslagvergoeding geheel af te schaffen of in ieder geval aanzienlijk te beperken indien voldoende scholingsmogelijkheden zijn aangeboden ter bevordering van employability en werkzekerheid, aangezien er ook andere omstandigheden voor het toekennen van een schadevergoeding te noemen zijn, zoals de verwijtbaarheid. Een groot aantal cao's bevatten al afspraken over employability en scholing. Toch wordt er bij de huidige vorm van het ontslagrecht te weinig rekening gehouden met de wens om werkgever en werknemer meer te activeren om te investeren in scholing, employability en werkzekerheid, met als uiteindelijk doel werkloosheid te voorkomen. Werkgevers, werknemers en hun vertegenwoordigers zouden zich meer bewust moeten worden van de verschuiving van baanzekerheid naar werkzekerheid en daarbij niet alleen in de cao's en andere afspraken maar ook bij ontslag wijzen op het belang van scholingsinspanningen in het kader van employability. Een andere mogelijkheid bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding is het meer betrekken van de sociale partners bij de invulling en uitvoering van ontslag en de toekenning ontslagvergoeding dan thans het geval is.

5.2 Aanbevelingen

Na bestudering van de rechtsontwikkeling van de schadevergoeding van art. 7:681 BW aan de hand van de belangrijkste arresten van de Hoge Raad, de huidige problematiek van het vaststellen van de schadevergoeding ex. art. 7:681 BW en de mogelijkheden van scholingsinspanningen en het employable houden van werknemers, kunnen de volgende aanbevelingen worden geformuleerd voor de ontwikkelingen in de toekomst.

De employability van werknemers dient verder ontwikkeld en gestimuleerd te worden. Indien de werkgever heeft geïnvesteerd in de werknemer verdient het aanbeveling dat dit ook terug te zien is in de hoogte van de schadevergoeding, afhankelijk van het feit of de werkgever niet, weinig of juist veel heeft geïnvesteerd in de werknemer. Deze ontwikkeling is goed voor de herinzetbaarheid van de werknemer, indien hij zijn baan kwijt raakt. Op deze manier zijn werknemers weerbaarder tegen een volgende recessie. Het ontslagrecht kan mogelijk worden ingezet als stimulans voor werkgevers en werknemers om de kansen en de employability van werknemers te vergroten en daarmee werkloosheid te voorkomen

In het ontslagrecht zou meer de nadruk moeten liggen op de periode na het ontslag. Het ontslagrecht ziet vooral op rechten en verplichtingen wanneer de arbeidsovereenkomst nog niet is beëindigd of wanneer de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, maar er bestaan weinig waarborgen voor de periode na de beëindiging. Bij de ontslagvergoeding wordt hier wel al ten dele rekening mee gehouden, te weten: bij de te verwachten positie van de werknemer nadat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd.

Ook dient het aanbeveling dat het ontslagrecht dusdanig wordt ingezet dat er een nieuwe verantwoordelijkheidsverdeling ontstaat in het kader van werkzekerheid daar de huidige vorm van het ontslagrecht vooralsnog geen structurele bijdrage lijkt te (kunnen) leveren aan een nieuwe verantwoordelijkheidsverdeling in het kader van werkzekerheid. Het ontslagrecht kan mogelijk worden ingezet als stimulans voor werkgevers en werknemers om de kansen en de employability van werknemers te vergroten en daarmee werkloosheid te voorkomen. Het ontslagrecht wordt op deze manier ingezet als arbeidsmarktinstrument om zo de employability te bevorderen, oudere werknemers sneller aan het werk te krijgen en te houden of werkloosheid te voorkomen.

Scholingsverplichtingen zouden meer in CAO's vastgelegd dienen te worden. Een groot aantal cao's bevat afspraken over employability en scholing. Toch wordt er bij de huidige vorm van het ontslagrecht te weinig rekening gehouden met de wens om werkgever en werknemer meer te activeren om te investeren in scholing, employability en werkzekerheid, met als uiteindelijk doel werkloosheid te voorkomen. Zo ontstaat er een betere verantwoordelijkheidsverdeling tussen de overheid, de sociale partners en de individuele werkgevers en werknemers inhoudende de verschuiving van baanzekerheid naar werkzekerheid. En de mogelijkheden die scholingsinspanningen in het kader van employability bieden bij het ontslag van een werknemer.

Voor de praktijk is het van belang om de omstandigheden die de hoogte van de vergoeding zouden kunnen bepalen zo concreet mogelijk aan te voeren en daarbij de te vorderen schade niet te

beperken tot de inkomstenderving. De Hoge Raad heeft immers expliciet overwogen dat immateriële schade en pensioenschade ook voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Daarnaast is het van belang dat partijen bij het stellen van schadeposten, zich ervan bewust zijn dat bepaalde beloningscomponenten die bij de berekening van de kantonrechtersformule in beginsel niet worden betrokken, bij de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag wel degelijk een rol kunnen spelen.¹²⁸

¹²⁸ HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 72 (Rutten/Breed).

6 Literatuurlijst

Buijs 2008

D.J. Buijs, 'Kennelijk onredelijk ontslag: het is maar hoe je de feiten vaststelt en interpreteert', *Sociaal Recht* 2008-5, p. 155-157.

Buijs 2010

D.J. Buijs, 'Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: nadere uitleg van de Hoge Raad', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010-5, p. 32.

D.J. Buijs, 'Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: hoe nu verder?', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010-1.

Cremers 2010

R.J.N. Cremers, 'Een vergoeding bij opzegging van een arbeidsovereenkomst?', *Nederlands Juristenblad* 2010-31, p. 60.

Dijkstra 2008

R.E.M. Dijkstra, 'Geld wat stom is, maakt recht wat krom is! De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag', *Sociaal recht* 2008-11, p. 308.

Duk 1993

R.A.A. Duk, *SMA* 1993, p. 224.

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* 2010-5.

Presentaties d.d. 4 maart 2010 *Congres Vereniging voor arbeidsrecht VU Amsterdam*: de reflexwerking van de kantonrechtersformule in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure

Grapperhaus 1997

F.B.J. Grapperhaus, *SR* 1997, p. 77-78.

Heerma van Voss & van Slooten 2010

G.J.J. Heerma van Voss en J.M van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *Nederlands Juristenblad* 3 oktober 2008 afl.34.

G.J.J. Heerma van Voss & J.M van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *Nederlands Juristenblad*, 16 april 2010, afl. 15, p. 944 & 953.

G.J.J. Heerma van Voss en J.M van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *Nederlands Juristenblad* 8 oktober 2010 afl.34.

Heerma van Voss 2010

G.J.J. Heerma van Voss e.a., 'Begroot, schat, vergoed en bewonder:de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010-5.

Houweling 2009

A.R. Houweling, 'Gespieerde taal inzake kennelijk onredelijk ontslagformule Hof 's-Gravenhage: oude kantonrechtersformule in ere herstellen?', *TAP* 2009-7 p. 276-280.

Houweling 2010

A.R. Houweling, 'De Hoge Raad over kennelijk-onredelijk-ontslagvergoedingen Een storm in een glas water of het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel?', *Ars Aequi* september 2010, p. 575.

A.R. Houweling, 'Ontbinding(sverzoek) tijdens s de opzegtermijn: een analyse van rechtspraak na Van Hooff Elektra/Oldenburger-Pekel', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010-5, p. 25-30.

Houweling & van der Voet 2009

A.R. Houweling en G.W. van der Voet, 'Kennelijk onredelijk ontslag volgens het Hof 's-Gravenhage: hogere wiskunde of 'systematical madness'?', *TAR* nr 1, 2009.

Jansen 2010

M.V.E.E. Jansen, 'De Hoge Raad zet koers uit bij kennelijk onredelijk ontslag', *Arbeidsrecht* 2010-1.

Van Kempen & 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, 9.

Kruit & Loonstra 2009

P. Kruit & C.P. Loonstra, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2008:het einde van een tijdperk', *Arbeidsrecht* 2009-6/7, p. 7-22.

Kuip 1993

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

De Laat en Buijs 2010

J.J.M. De Laat en D.J. Buijs, 'De Hoge Raad en kennelijk onredelijk ontslag', *Arbeidsrecht* jaargang 17.

Levenbach 1954

M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijk ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn:Samsom 1954, p. 50.

Loonstra 2001

C.J. Loonstra, *De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen*, *Arbeidsrecht* 2001, 43, p. 37.

Loonstra 2010

C.L. Loonstra, 'De januskop van de Hoge Raad', *Arbeidsrecht* 2010-8/9.

Olde 2000

R. Olde, 'Kennelijk onredelijk ontslag: (n)iets nieuws onder de zon?', *Arbeidsrecht* 2000-8/9.

Quist 2010

J.P. Quist, 'Kennelijk onredelijk ontslag: ook na Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed behoefte aan (meer) voorspelbaarheid en rechtszekerheid', *TAP* 2010-2, p. 60 & 63.

Sagel 2009

S. Sagel, Kennelijk onredelijk ontslag: ABC wordt XYZ?, *Legal Alert*, 22 juli 2009.

Scheele 2007

D. Scheele e.a., 'Arbeidsflexibiliteit en ontslagrecht', *Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid*, University Press : Amsterdam 2007, p. 178.

Schellart & van Coevorden 1998

A. Schellart & R.S. van Coevorden, *SR* 1998, p. 12-14. J.J.M. de Laat, *SR* 1998, p. 14-19.

Scholtens & Harmsma 1996

C.G. Scholtens & L.J. Harmsma, *Arbeidsrecht* 1996-12, p. 7-10.

Verhulp 2010

E. Verhulp, 'Geen één-tweetje: opzeggen en ontbinden' *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010-2.

Van der Voet 2010

G.W. van der Voet, 'De Hoge Raad in Rutten/Breed: geen magische-realistische, maar een impressionistische benadering bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag', *TAP* 2010-3, p. 101.

Van de Water 1998

R. van de Water, *SR* 1998, p. 9-10.

Sheets ARAG d.d. 15 maart 2010, Kennelijk onredelijk ontslag Stand van zaken na arrest Hoge Raad van 27 november 2009

Bakels 2005

H.L. Bakels e.a., *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer:Kluwer 2005.

Van Zanten-Baris 2009

A.van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Drongelen 2009

J. van Drongelen e.a., *Ontslagrecht*, Zutphen: Paris 2009.

Jaspers 2009

A.Ph. C.M. Jaspers e.a., *Rechtspraak Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

Zondag 2005

W.A. Zondag, *Rechtspraak kennelijk onredelijk ontslag*, Deventer:Kluwer 2005.

7 Jurisprudentielijst

- HR 1 december 1961 , *NJ* 1962, 78 (De Vries/ Lampe).
- HR 4 juni 1976, *NJ* 1976, 98 (Derksen).
- HR 11 mei 1979, *NJ* 1979, 441 (Van Werkhoven/ HAL).
- HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266 (Schoonderwoert/Schoonderwoerd).
- HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257 (Baijings Leer).
- HR 25 juni 1999, *NJ* 1999, 601 (Driessen/Boulidam).
- HR 3 december 2004, *JAR* 2005, 30 (Van Ree/ Damco).
- HR 15 februari 2008, *JAR* 2008, 76 (Wustlich/Chromalloy).
- HR 11 juli 2008, *JAR* 2008, 203 (Seminis Vegetable Seeds Holland BV/ Van Wielink).
- HR 14 november 2008, *JAR* 2008, 318 (Dahri/ Vianen Beton).
- HR 27 november 2009, *JAR* 2009, 305 (Van de Grijp/ Stam).
- HR 11 december 2009, *JAR* 2010, 17 (Van Hooff Elektra/ Oldenburg).
- HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 72 (Rutten/Breed).
- HR 21 mei 2010, *JAR* 2010, 164 (Schurink/ Volker Wessels).
-
- Hof Leeuwarden 11 mei 2010, *LJN* BM4236.
- Hof Leeuwarden 24 augustus 2010, *UN* BN5041.
-
- Ktr. Almelo 15 juni 2000, *JAR* 2000, 165.
- Ktr. Lelystad 12 februari 2003, *Prg.* 2003, 6061.
- Ktr. Eindhoven 17 december 2009, *LJN* BK8201.
- Ktr. Haarlem 3 februari 2010, *JAR* 2010/77.
- Ktr. Utrecht, 24 februari 2010, *LJN* BL 4231.
- Ktr. Haarlem 3 maart 2010, *RAR* 2010,80.
- Ktr. Haarlem 7 april 2010, *LJN* BM3432.
- Rb. Leeuwarden 7 april 2010, *LJN* BM0505.
- Ktr. 's-Hertogenbosch 1 juli 2010, *LJN* BN3095.
- Ktr. Amersfoort 4 augustus 2010. *LJN* BN4364.