

Schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag

Hoe moet het nu verder?

Naam:	Lisanne Schalkoord
Studentnummer:	2017596
Opleiding:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Locatie opleiding:	Tilburg
Eerste afstudeerdocent:	Mevrouw A.M.M. (Sandra) van Breugel
Tweede afstudeerdocent:	Mevrouw M. Soysüren
Opdrachtgever:	Lensink & Partners Advocaten
Afstudeermentor:	De heer mr. ir. M.F.P.M. Brogtrop
Locatie:	Bergen op Zoom
Datum:	9 januari 2012

Voorwoord

Voor u ligt een afstudeeropdracht waarmee ik hoop af te studeren aan de Juridische Hogeschool Tilburg. Van september tot en met januari heb ik dit onderzoek uitgevoerd en geschreven in opdracht van Lensink & Partners Advocaten, maar ook voor alle betrokkenen in het arbeidsrecht.

De uitvoering en de uiteenzetting van dit onderzoek waren niet altijd een makkelijke opgave. Daarom wil ik iedereen die mij heeft geholpen bedanken voor hun medewerking.

In het bijzonder wil ik mijn afstudeerdocent, mevrouw A.M.M. (Sandra) van Breugel, bedanken voor haar begeleiding en haar feedback tijdens het onderzoek. Ook wil ik graag mijn afstudeermentor en opdrachtgever, de heer mr. ir. M.F.P.M. (Maarten) Brogtrop, bedanken voor al zijn hulp, feedback en medewerking tijdens het uitwerken van dit onderzoek.

Lisanne Schalkoord

Bergen op Zoom, januari 2012

Inhoudsopgave

Samenvatting	4
Hoofdstuk 1 Inleiding	5
1.1 Probleembeschrijving	5
1.2 Doelgroep	6
1.3 Vraag- en doelstelling	6
1.4 Methoden en middelen	7
1.5 Opbouw	9
Hoofdstuk 2 De arbeidsovereenkomst	10
2.1 Beëindigen arbeidsovereenkomst door middel van opzegging	10
2.2 Beëindigen arbeidsovereenkomst door middel van ontbinding	11
2.3 Vaststelling van de vergoeding bij ontbinding	11
2.4 Deelconclusie	12
Hoofdstuk 3 Wat is kennelijk onredelijk ontslag?	13
3.1 Het kennelijk onredelijk ontslag: <i>De wettelijke grondslag: artikel 7:681 BW</i>	13
3.2 Het kennelijk onredelijk ontslag: <i>Gerechtshof Den Haag oktober 2008</i>	15
De kantonrechtersformule verminderd met 30%	15
Onenigheid: wel of geen kantonrechtersformule?	16
3.3 Het kennelijk onredelijk ontslag: <i>Hoge Raad november 2009</i>	16
Twee-stappen-leer en de XYZ Formule	17
Hoge Raad november 2009 (Grijp/Stam arrest)	18
3.4 Het kennelijk onredelijk ontslag: <i>Hoge Raad februari 2010</i> <i>(Rutten/Breed arrest)</i>	19
3.5 Conclusies Advocaat-generaal Spier	21
3.6 Het kennelijk onredelijk ontslag: <i>Hoe nu verder?</i>	22
3.7 Deelconclusie	25
Hoofdstuk 4 Schadevergoeding bij letselschade	27
4.1 Smartengeld	27
4.2 Functies van smartengeld	28
4.3 Toekenning smartengeld	29
4.4 Optelsom	30
4.5 Begroten van het smartengeld	30
4.6 Deelconclusie	33
Hoofdstuk 5 Letselschade vs. kennelijk onredelijk ontslag	34
5.1 Jurisprudentie	35
5.2 Overeenkomsten begroting vergoeding kennelijk onredelijk ontslag en letselschade	40
5.3 Verschillen begroting vergoeding kennelijk onredelijk ontslag en letselschade	41
5.4 Deelconclusie	43
Hoofdstuk 6 Conclusies en aanbevelingen	44
6.1 Conclusies	44
6.2 Aanbevelingen	47
Evaluatie	48
Literatuurlijst	49

Samenvatting

In dit rapport is onderzoek gedaan naar de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. In november 2009 en februari 2010 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan waarmee werd bepaald dat voor het begroten van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag geen gebruik (meer) mag worden gemaakt van een formule. De Hoge Raad wil niet dat een formule gebruikt wordt omdat deze niet toereikend genoeg zou zijn. Een formule laat bepaalde factoren en omstandigheden buiten beschouwing die wel van belang zijn bij het begroten van de schadevergoeding. Deze uitspraken hebben voor veel verwarring en onzekerheid gezorgd binnen de rechtspraktijk.

Om het kennelijk onredelijk ontslag te begrijpen, is het belangrijk te weten hoe een arbeidsovereenkomst beëindigd wordt. Voor dit onderzoek zijn ontbinding en opzegging de belangrijkste vormen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Ontbinding gaat via de rechter, opzegging via het UWV WERKbedrijf (hierna te vermelden als UWV). De werkgever vraagt in dit laatste geval een ontslagvergunning aan bij het UWV. Rekening wordt gehouden met de algemeen geldende bepaling uit Boek 7 Burgerlijk Wetboek en de bepalingen opgenomen in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen. Wanneer het UWV toestemming verleent, kan de arbeidsovereenkomst worden opgezegd door de werkgever. Wanneer de werknemer het niet eens is met het ontslag of de wijze waarop, kan hij een kennelijk onredelijk ontslagprocedure starten. Hij kan dan een schadevergoeding of herstel van de arbeidsovereenkomst vorderen. Indien de werknemer de arbeidsovereenkomst wil opzeggen kan hij dit zonder toestemming van het UWV doen.

Om dit onderzoek verder af te bakenen is onderzoek gedaan naar hoe de rechter de ontslagvergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag bepaalt na de uitspraken van 2009 en 2010. De volgende vraag heeft in dit onderzoek centraal gestaan: *Welke veranderingen omtrent het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag procedure heeft het arrest van de Hoge Raad in 2009 teweeggebracht?* Verschillende uitspraken na arresten van de Hoge Raad 2009 en 2010 zijn geanalyseerd en vergeleken. Daarbij is gekeken welke factoren en omstandigheden doorslaggevend zijn geweest bij het vaststellen van de schadevergoeding en waarom deze doorslaggevend waren.

Toegevoegde waarde van dit onderzoek is de rechtsvergelijking die gemaakt is met het rechtsgebied letselschade. Hoewel letselschade en kennelijk onredelijk ontslag verschillend zijn van aard, heeft de rechter bij letselschade hetzelfde probleem onderkend als de kantonrechter nu bij kennelijk onredelijk ontslag, namelijk; hoe wordt de schadevergoeding vastgesteld. Echter is bij letselschade een richtlijn ontwikkeld welke de rechter kan volgen wanneer hij over moet gaan tot het begroten van de schadevergoeding, hier wordt gebruik gemaakt van gevalsvergelijking door middel van de Smartengeldgids. Hiermee kan een rechter de zaak die voor hem ligt vergelijken met een zaak uit de gids en een vergoeding toekennen die gelijk is aan, hoger of lager is dan de vergoeding die is toegekend bij de zaak uit de gids. Opvallend bij letselschade is dat de materiële en immateriële schade duidelijk van elkaar wordt gescheiden bij het begroten van de vergoeding. De benadeelde dient aan te tonen wat de materiële schade is. De rechter bepaalt wat de immateriële schade is en welke vergoeding hij daaraan relateert (door middel van gevalsvergelijking). Die bedragen vormen samen de schadevergoeding bij letselschade. Deze wijze van begroten van de schadevergoeding bij letselschade zou een goede aanbeveling kunnen zijn voor het begroten van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag.

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Probleembeschrijving

Het kennelijk onredelijk ontslag is sinds 1953 opgenomen in het Burgerlijk Wetboek (verder aangeduid als BW). Aan de introductie van dit begrip lag ten grondslag dat de opzegging van een arbeidsovereenkomst als onrechtvaardig kan worden beschouwd, zelfs wanneer rekening is gehouden met de geldende bepalingen voor opzegging.¹ Deze beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan op verschillende wijzen plaatsvinden. Er kan onder andere sprake zijn van beëindiging van de arbeidsovereenkomst van rechtswege, beëindiging door wederzijds goedvinden, beëindiging door opzegging of ontbinding door de rechter.² Om beroep te kunnen doen op het kennelijk onredelijk ontslag, moet er eerst sprake zijn geweest van opzegging door de werkgever. Wanneer er sprake is van beëindiging door opzegging, houdt dit in dat de werkgever of de werknemer de arbeidsovereenkomst opzegt. Een werkgever kan volgens de daarvoor geldende voorschriften de arbeidsovereenkomst opzeggen, maar de werknemer kan van mening zijn dat het ontslag onrechtvaardig is.³ Wanneer de onredelijkheid (onrechtvaardig) van de opzegging voor een weldenkend handelend mens duidelijk is, is er sprake van een kennelijk onredelijk ontslag. In artikel 7:681 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek worden een aantal gevallen genoemd die een opzegging door de werkgever kennelijk onredelijk kan doen zijn.⁴

Nadat is vastgesteld dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, kan er een schadevergoeding toegekend worden aan de benadeelde. Het begroten van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag vormt hedendaags een probleem binnen de rechtspraak. Tijdenlang is er gebruik gemaakt van de kantonrechtersformule om de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag te berekenen. In november 2009 en vervolgens in februari 2010 is door de Hoge Raad bepaald dat bij het berekenen van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag geen gebruik meer mag worden gemaakt van de kantonrechtersformule.⁵ In plaats daarvan moet er gekeken worden naar de daadwerkelijke schade die is geleden of zal worden geleden. Het betreft schade die iemand lijdt naar de toekomst toe, aan de hand daarvan zal de schadevergoeding moeten worden bepaald. Omdat dit een algemeen probleem is binnen de rechtspraak betreft dit ook Lensink & Partners Advocaten, ook zij hebben te maken met onduidelijkheid rondom het begroten van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag procedures. Zolang er in de jurisprudentie geen duidelijke lijn wordt ontwikkeld en aangehouden betreffende het begroten van de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag, zal deze onzekerheid binnen de rechtspraak voortduren. Dit leidt dan ook tot de vraag die centraal staat in dit onderzoek: *Welke veranderingen omtrent het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag procedure heeft het arrest van de Hoge Raad in 2009 teweeggebracht?* In andere woorden: wat is nu de echte schade en hoe moet deze dan vastgesteld worden?

In dit onderzoeksrapport zijn er drie uitgangspunten vastgesteld om de onduidelijkheid rondom het begroten van de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag te gaan onderzoeken. Ten eerste zal er worden gekeken naar de wetsontwikkeling. Ten

¹ H.L. Bakels e.a., *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: 2003 p. 154.

² P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag 2011 p. 240.

³ Van Drongelen e.a., *Individueel Arbeidsrecht; Ontslagrecht*, Zutphen: 2009 p. 237.

⁴ Van Drongelen e.a., *Individueel Arbeidsrecht; Ontslagrecht*, Zutphen: 2009 p. 238.

⁵ Hoge Raad, 27 november 2009, LJN: BJ6596; Hoge Raad, 12 februari 2010, LJN: BK4472.

tweede worden de gevolgen van het arrest van de Hoge Raad uit 2009 en het arrest van februari 2010 onderzocht. Tot slot zal worden gekeken naar de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag en hoe de hoogte daarvan wordt bepaald. Het gaat dan voornamelijk om toekomstige schade van de werknemer, die moeilijk vast te stellen is. Om een duidelijk beeld te geven van hoe kennelijk onredelijk ontslag ontstaat, zal er kort worden ingegaan op de arbeidsovereenkomst zelf en hoe deze beëindigd kan worden. Verder zal er worden ingegaan op wat het kennelijk onredelijk ontslag precies inhoudt en de gevolgen van de uitspraken van 2009 en 2010 met betrekking tot het vaststellen van de hoogte schadevergoeding. Tot slot zal er nog een vergelijking worden gemaakt met een ander rechtsgebied, namelijk letselschade. Gekeken wordt hoe de rechter in letselschadeprocedures de schadevergoeding begroot en of dat eventuele verheldering zou kunnen bieden bij het vaststellen van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag.

1.2 Doelgroep

Dit onderzoek is geschreven voor de advocaten werkzaam bij Lensink & Partners Advocaten, maar ook voor iedereen die werkzaam is in het arbeidsrecht (in het bijzonder ontslagrecht).

1.3 Vraag- en doelstelling

Juridisch vraagstuk

Er heerst veel onduidelijkheid over het vaststellen van een eventuele schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Het probleem is dat, sinds de uitspraken van de Hoge Raad in 2009 en 2010, er veel onduidelijkheid heerst over hoe de schadevergoeding moet worden vastgesteld. De Hoge Raad heeft besloten dat er geen gebruik mag worden gemaakt van een formule om de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag te berekenen. Zolang in de jurisprudentie een vaste lijn ontbreekt, is het niet mogelijk daarop terug te vallen en blijft het moeilijk de vergoeding op een eerlijke en eenduidige manier vast te stellen.

Centrale vraag

Welke veranderingen omtrent het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag procedure heeft het arrest van de Hoge Raad in 2009 teweeggebracht?

Doelstelling

De opdrachtgever van dit onderzoek is Lensink & Partners Advocaten.⁶ Dit is een advocatenkantoor dat gespecialiseerd is in onder andere het arbeidsrecht en voor zowel werknemers als werkgevers optreedt. Lensink & Partners Advocaten heeft regelmatig te maken met kennelijk onredelijk ontslagprocedures.

Er heerst momenteel veel onduidelijkheid binnen de rechtspraak omtrent het vaststellen van de hoogte van schade die iemand zal lijden naar aanleiding van kennelijk onredelijk ontslag. Ook Lensink & Partners Advocaten heeft te maken met deze onduidelijkheid. Het is belangrijk te weten in hoeverre er wel of geen schadevergoeding moet worden toegekend bij kennelijk onredelijk ontslag procedure. Nog belangrijker is te weten welke uitgangspunten dienen te worden gehanteerd bij het bepalen van de schadevergoeding en of er verschillen zijn in deze uitgangspunten voor de werkgever en de werknemer. Lensink & Partners Advocaten hoopt middels dit

⁶ <www.lensink-advocaten.nl>, geraadpleegd op 10 oktober 2011.

onderzoek meer duidelijkheid en inzicht te krijgen in het kennelijk onredelijk ontslag en het bepalen van de schadevergoeding.

Het doel van dit onderzoek is om meer inzicht te krijgen en duidelijkheid te geven over het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag, door onder andere de wet, jurisprudentie en literatuur te bestuderen. Indien er binnen het kantoor van Lensink & Partners zaken lopen of zijn afgerond met betrekking tot kennelijk onredelijk ontslag, zal ik hiervan gebruik maken voor mijn onderzoek.

Deelvragen

Ten behoeve van het onderzoek zijn deelvragen geformuleerd. Deze deelvragen worden ieder in een verschillend hoofdstuk besproken. Om een goed overzicht van het probleem te krijgen is het onderzoek gestart met een beeldvorming van wat kennelijk onredelijk ontslag precies is, om dit vervolgens verder te onderzoeken. In dit onderzoek worden de volgende deelvragen behandeld:

- 1) *Wat is een arbeidsovereenkomst en hoe wordt deze beëindigd?*
 - *opzegging*
 - *ontbinding*
- 2) *Wat is kennelijk onredelijk ontslag?*
 - *arresten tot en met 2009*
 - *arresten na 2009*
 - *arresten na 2010*
- 3) *Wat is smartengeld bij letselschade en hoe wordt de hoogte van de smartengeld vergoeding in letselschade procedures vastgesteld?*
 - *materiële schade vs. immateriële schade (smartengeld)*
 - *begroten schadevergoeding letselschade/smartengeld*
 - *Jurisprudentie*
 - *Zijn de twee rechtsgebieden te vergelijken?*
 - *Welk verband bestaat er tussen het begroten van de vergoeding bij letselschade en het begroten van de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag?*
- 4) *Biedt de wijze van begroten van de schadevergoeding bij letselschade-procedures een mogelijke oplossing voor de onduidelijkheid bij het begroten van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslagprocedures?*

Het onderzoek beperkt zich tot het begroten van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Er wordt niet ingegaan op de vraag of er wel of geen sprake is van kennelijk onredelijk ontslag.

1.4 Methoden en middelen

Juridisch

Dit onderzoek zal worden gedaan in de vorm van een literatuur onderzoek. Er zal worden gekeken naar de wet, jurisprudentie en literatuur om een duidelijk beeld te krijgen over wat er reeds bekend is over kennelijk onredelijk ontslag en de daarbij behorende schadevergoeding. Deze uitspraken zullen worden onderzocht en vergeleken met elkaar. Er zal in het bijzonder worden gekeken naar de schadevergoeding en hoe deze vastgesteld wordt. Gekozen is om uitspraken na februari 2010 te bestuderen.

Tevens zullen vakgerelateerde tijdschriften worden geraadpleegd en wordt er gekeken in hoeverre de jurisprudentie helderheid kan verschaffen.

Vervolgens wordt er gekeken of de wettekst, kamerstukken en de Memorie van Toelichting (hierna aangeduid als MvT) de mogelijkheid bieden meer duidelijkheid te verschaffen over het kennelijk onredelijk ontslag.

Praktisch

Om aan de nodige informatie te komen zullen ook medewerkers binnen de organisatie geraadpleegd worden. Er zijn advocaten die zelf geschillen hebben behandeld betreffende het kennelijk onredelijk ontslag. Wanneer in deze geschillen een uitspraak is gedaan door de rechter, kunnen deze uitspraken gebruikt worden voor het onderzoek.

Verantwoording methodes

Middels deze methodes wordt effectief de benodigde en meest betrouwbare informatie verkregen.

Middelen

- a) Juridisch bronnenonderzoek
 - Het Burgerlijk Wetboek, met name Boek 6 en 7 van het Burgerlijk Wetboek
- b) Empirisch onderzoek
 - inzage dossiers
 - jurisprudentie onderzoek

Verantwoording

Hieronder wordt per middel onderbouwd waarom er voor dit middel is gekozen en waarom deze bron betrouwbaar is.

De wet staat vast en iedereen is aan de wet gebonden. Daarnaast wordt de wet door de formele wetgever vastgesteld en kan dus niet zomaar veranderd worden. De wetsartikelen die hier van belang zijn bevatten open normen. Deze normen worden aangevuld door middel van jurisprudentie.

De informatie die uit de literatuur wordt gehaald is betrouwbaar omdat het met meerdere bronnen uit de literatuur kan worden vergeleken. Wanneer de informatie door meerdere bronnen bevestigd wordt kan het beschouwd worden als een betrouwbare bron. Dit is niet het geval als het maar door één bron ondersteund wordt.

De informatie die uit dossiers en jurisprudentie worden gehaald zijn uitspraken van de rechter die vervolgens als uitgangspunt worden gebruikt door andere rechters en advocaten. Dit maakt deze bron betrouwbaar.

Jurisprudentie vormt de kern van dit onderzoek, waardoor deze integraal wordt opgenomen in de scriptie.

1.5 Opbouw

Om een beeld te krijgen van dit onderzoeksrapport, wordt in hoofdstuk 2 kort ingegaan op het opzeggen van de overeenkomst en de ontbinding van de overeenkomst. In hoofdstuk 3 zal het kennelijk onredelijk ontslag uiteen worden gezet. Er zal worden ingegaan op de uitspraken in kennelijk onredelijk ontslag procedures voor de arresten van november 2009 en februari 2010. Vervolgens zullen deze twee uitspraken uitgebreid aan bod komen. Tot slot zal worden ingegaan op de uitspraken gedaan na de arresten van november 2009 en februari 2010. Het is belangrijk enig inzicht te hebben in het kennelijk onredelijk ontslag om te kunnen begrijpen hoe de schadevergoeding wordt begroot. In hoofdstuk 4 zal een uitstap worden gemaakt naar het letselschade. Deze bevindingen zullen in hoofdstuk 5 vergeleken worden met kennelijk onredelijk ontslag. De reden van deze uitstap is een eventuele gelijkenis te vinden tussen de twee rechtsgebieden. In hoofdstuk 6 zal worden afgesloten met conclusies en aanbevelingen waarmee antwoord zal worden gegeven op de centrale vraag uit dit onderzoek.

Hoofdstuk 2 De arbeidsovereenkomst

Een arbeidsovereenkomst is een tweezijdige rechtshandeling waarbij sprake is van een aanbod en een aanvaarding tussen de werkgever en de werknemer, artikel 6:217 BW.⁷ Wanneer een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, kan deze uiteindelijk ook leiden tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst kan via verschillende wegen worden beëindigd: beëindiging van rechtswege, opzegging door de werkgever na toestemming van het UWV WERKbedrijf (hierna te vermelden als UWV), opzegging door werknemer, ontslag op staande voet, beëindiging met wederzijds goedvinden, ontbinding via de kantonrechter, intreden ontbindende voorwaarde of door het overlijden van de werknemer. In dit onderzoek zullen twee routes van opzegging nader worden beschouwd. Het betreft de opzegging en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

De volgende vraag staat centraal in dit hoofdstuk: *Wat is een arbeidsovereenkomst en hoe wordt deze beëindigd?* Er zal kort worden ingegaan op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, waarbij opzegging of ontbinding via de kantonrechter centraal staan. Om tot kennelijk onredelijk ontslag te komen, moet er eerst sprake zijn geweest van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst.

2.1 Beëindigen arbeidsovereenkomst door middel van opzegging

Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door middel van opzegging is de meest voorkomende vorm van beëindiging. Hierbij zijn de algemeen geldende bepalingen van toepassing, zoals vermeldt in artikel 7:669 e.v. BW.⁸ Belangrijk zijn de in artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (hierna te vermelden als BBA) opgenomen bepalingen. Hierbij valt te denken aan het opzegverbod en opzegtermijnen.⁹ Wanneer de werkgever besluit de arbeidsovereenkomst op te willen zeggen, kan hij een ontslagvergunning aanvragen bij het UWV. Het UWV kan toestemming verlenen of onthouden.¹⁰ Tegen dit besluit is geen hoger beroep mogelijk. Wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt zonder toestemming van het UWV, dan is de opzegging vernietigbaar op grond van artikel 9 BBA.¹¹ De inhoudelijke gronden voor het verkrijgen van een ontslagvergunning zijn terug te vinden in het Ontslagbesluit.¹² Met de toestemming van het UWV en met het in acht nemen van de richtlijnen uit het Burgerlijk Wetboek en het BBA kan de werkgever overgaan tot het ontslag.

De beëindiging door opzegging van de arbeidsovereenkomst, door de werkgever, eventueel door de werknemer, betekent simpelweg dat de werknemer of de werkgever kenbaar maakt dat hij de arbeidsovereenkomst wil beëindigen. De werkgever zegt de arbeidsovereenkomst per direct wegens dringende redenen op, maar dit kan hij ook met het in acht nemen van een opzegtermijn zijn.¹³ Een werkgever heeft een paar mogelijke gronden waarop hij een ontslagaanvraag kan indienen: bedrijfseconomische redenen (ook wel reorganisatie genoemd), arbeidsongeschiktheid of overige ontslagredenen. Onder overige ontslagredenen kan worden verstaan; het verwijtbaar

⁷ P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: 2011 p. 62.

⁸ Zie opzegverboden artikel 7:670 BW, 7:670a BW en 7:670b BW.

⁹ Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen.

¹⁰ P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: 2011 p. 264.

¹¹ P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: 2011 p. 264.

¹² P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: 2011 p. 264.

¹³ P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Individueel Arbeidsrecht, ontslagrecht*, Zutphen: 2009 p. 53.

handelen van de werknemer, een verstoorde arbeidsrelatie of ongeschiktheid voor de functie.¹⁴

Indien de werkgever de werknemer heeft ontslagen via het UWV, kan de werknemer een kennelijk onredelijk ontslag procedure bij de kantonrechter starten wanneer hij van mening is dat het ontslag onrechtvaardig is. De werknemer kan dan een verzoek indienen tot herstel van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:682 BW, of hij kan een schadevergoeding eisen voor de (geleden) te lijden schade op grond van artikel 7:861 BW.

Belangrijk te vermelden is dat de werkgever, na de weigering van een ontslagvergunning door het UWV, alsnog een ontbinding van de overeenkomst kan verzoeken bij de kantonrechter.¹⁵

2.2 Beëindigen arbeidsovereenkomst door middel van ontbinding

Bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst door middel van ontbinding kunnen beide partijen (zowel de werknemer als de werkgever) ook kiezen om de overeenkomst te laten ontbinden via de rechter. Een werkgever kan te allen tijde ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken bij de kantonrechter, op grond van art. 7:685 BW.¹⁶ Een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet worden ingediend bij de rechtbank, sector kanton. Het verzoek moet gebaseerd zijn op gewichtige redenen, zoals dringende redenen of verandering in de omstandigheden.

In het geval van ontbinding zegt noch de werkgever noch de werknemer de overeenkomst op. De bepalingen die van toepassing zijn bij opzegging zijn niet van belang, omdat de arbeidsovereenkomst door een derde, zijnde de kantonrechter, wordt beëindigd.¹⁷ Wanneer ervoor wordt gekozen de overeenkomst te ontbinden door middel van een verzoek aan de kantonrechter, dan zijn beide partijen gebonden aan de uitspraak van de rechter. Een opzegtermijn hoeft hier niet aan te pas te komen. Wanneer de overeenkomst wordt ontbonden, kan de kantonrechter een vergoeding toekennen die berekend wordt aan de hand van de kantonrechtersformule. Mocht de werkgever besluiten dat hij de werknemer liever terug in dienst neemt dan de ontslagvergoeding te betalen, dan kan hij zijn verzoek (tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst) nog 14 dagen na de uitspraak van de rechter intrekken.

2.3 Vaststelling van de vergoeding bij ontbinding procedures

De procedure van opzegging en de procedure van ontbinding kennen duidelijke verschillen. Het verschil tussen een kennelijk onredelijk ontslagprocedure (opzegging) en een normale ontbindingsprocedure ligt in de tijd en moeite die vooraf gaat aan een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Hierbij heeft de werkgever de moeite genomen ontslag aan te vragen, rekening gehouden met een opzegtermijn waarbij het loon wordt doorbetaald en een eventuele voorziening, terwijl bij een ontbindingsprocedure de partijen direct alles via de rechter regelen. Een kennelijk onredelijk ontslagprocedure is een langer lopende en zwaardere procedure dan een ontbindingsprocedure. De eerste

¹⁴ P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: 2011 p. 268; Zie ook Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen.

¹⁵ P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: 2011 p. 311.

¹⁶ P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: 2011 p. 311.

¹⁷ P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: 2011 p. 312.

is namelijk een dagvaardingsprocedure, terwijl de tweede wordt gestart door een verzoekschrift.

Wanneer het verzoek tot ontbinding wordt ingediend door de werkgever en de kantonrechter wijst dit toe, dan zal de rechter hoogstwaarschijnlijk ook aan de werknemer een vergoeding toekennen ter compensatie van de plotselinge (financiële) verandering van omstandigheden in het leven van de werknemer. De werkgever is dan een ontslagvergoeding verschuldigd aan de werknemer.¹⁸ De hoogte hiervan wordt bepaald door de Aanbeveling van de Kring van Kantonrechters, ook wel de kantonrechtersformule genoemd.¹⁹ Deze formule wordt gehanteerd zodat er meer rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zou zijn. Op deze manier wordt er voorkomen dat in vergelijkbare zaken uiteenlopende vergoedingen worden toegekend. Wanneer de rechter van mening is dat de overeenkomst ontbonden dient te worden, bepaalt de kantonrechtersformule de hoogte van de ontslagvergoeding. Deze formule wordt ook wel de ABC formule genoemd. In deze formule staat de A voor het aantal gewogen dienstjaren, de B voor beloning per maand en C voor de correctiefactor. De uitkomst van deze formule geeft de hoogte van de ontslagvergoeding.²⁰

Als het gaat om een schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag, komt deze tot stand in een dagvaardingsprocedure welke na het ontslag gestart wordt. De schade die de werknemer dan lijdt wordt begroot en toegekend, waarbij de normale regels van bewijslast een rol spelen. Hierbij dient de rechter rekening te houden met alle relevante omstandigheden. Tot voor november 2009 werd bij kennelijk onredelijk ontslagzaken gebruik gemaakt van een formule gebaseerd op de kantonrechtersformule. Na de arresten van 2009 en 2010 is het moeilijk in te schatten of een opzegging door de rechter als kennelijk onredelijk zal worden geacht en als dat wel zo is, wat dan de daarbij behorende schade zal zijn. De oorzaak hiervan is het verschil in de uitspraken die de rechter doet in kennelijk onredelijk ontslagprocedures.

2.4 Deelconclusie

Wanneer sprake is van opzegging, wordt dit gedaan door of de werknemer of door de werkgever. De werkgever kan de overeenkomst enkel opzeggen met toestemming van het UWV. Wanneer de werkgever opzegt met toestemming van het UWV en de werknemer vindt het ontslag onredelijk, dan kan hij bij de kantonrechter een kennelijk onredelijk ontslagprocedure starten. Hij kan dan herstel van de arbeidsovereenkomst of een schadevergoeding vorderen voor de schade die hij naar aanleiding van het ontslag zal gaan lijden (heeft geleden).

Er bestaat een duidelijk verschil tussen de ontbinding van de overeenkomst en de opzegging van de overeenkomst. Wanneer de overeenkomst ontbonden wordt, gaat dit via de kantonrechter. De kantonrechter neemt in één instantie de beslissing of de overeenkomst wel of niet ontbonden wordt, hoger beroep is dus niet mogelijk. Bij ontbinding kent de rechter een vergoeding toe wegens de verandering van omstandigheden voor de werknemer.

¹⁸ < www.kantonrechtersformule.nl > laatst geraadpleegd op 12 november, 2011.

¹⁹ Van der Heijden e.a., *Arbeidsrecht Tekst en Commentaar, Bijlage 2 Kantonrechtersformule*, Deventer: Kluwer 2010.

²⁰ P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: 2011 p.314.

Hoofdstuk 3 Wat is kennelijk onredelijk ontslag?

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op het kennelijk onredelijk ontslag. Centraal staan de wettelijke grondslag, de streep die door de Hoge Raad eerst door de kantonrechtersformule en daarna de XYZ formule (formule gebaseerd op de kantonrechtersformule) is gezet en de gevolgen die deze uitspraken met zich mee brengen. Tot slot zal er aan het einde van dit hoofdstuk een conclusie worden gegeven.

In de laatste jaren is het ontslag via het UWV in populariteit gestegen.²¹ Ten opzichte van 2008 waren het aantal ontslagaanvragen in 2009 bij het UWV met 112% gestegen, het aantal ontbindingsverzoeken daarentegen was met 27% toegenomen. Als gevolg daarvan is ook het aantal kennelijk onredelijk ontslagprocedures gestegen. De reden hiervan is de toetsing door de rechter. Deze maakt steeds meer een belangenafweging en beperkt zich minder tot de marginale toetsing waarbij gekeken wordt of het ontslag simpelweg onredelijk is, in plaats van 'kennelijk' onredelijk.²²

Het doel van een kennelijk onredelijk ontslagprocedure is dat de werknemer na ontslag alsnog bezwaar kan indienen tegen de opzegging, dit was ook wel terug te vinden in het oude artikel 7A:1639s BW. Het sinds in april 1997 (nieuwe) geldende artikel 7:681 BW stelt onder meer het volgende: een opzegging door de werkgever kan als onredelijk worden geacht *“wanneer, mede in aanmerking genomen voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen der beëindiging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de beëindiging.”*²³ De rechter oordeelt dan zelfstandig, los van de bevindingen van het UWV, of er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag.²⁴ Wanneer de arbeidsovereenkomst volgens de werkgever of werknemer kennelijk onredelijk is opgezegd, kan er een schadevergoeding gevorderd worden. Dit kan op grond van artikel 7:861 lid 1 BW. Tevens is een vordering tot herstel van de arbeidsovereenkomst mogelijk. Dit is mogelijk op grond van artikel 7:682 BW. Het herstel van de arbeidsovereenkomst komt in de praktijk weinig voor.²⁵

Inmiddels is door jurisprudentie vastgesteld dat bij het bepalen van de kennelijk onredelijkheid en het begroten van de eventuele schadevergoeding, een volledige toetsing op de kennelijk onredelijkheid is vereist, waarbij alle omstandigheden rondom het ontslag tezamen en in onderling verband in aanmerking genomen dienen te worden.²⁶

3.1 Het kennelijk onredelijk ontslag: De wettelijke grondslag: artikel 7:681 BW

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 2008 kennelijk onredelijk ontslag als volgt omschreven: *“Deze kennelijk onredelijke opzegging is een in de wet geregelde*

²¹ Jaarrapportage Ontslagstatistiek 2009 (www.rijksoverheid.nl; gegevens 2010/2011 niet bekend).

²² P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: 2011 p.290.

²³ H.L. Bakels e.a., *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: 2003 p. 156.

²⁴ H.L. Bakels e.a., *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: 2003 p. 155.

²⁵ P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: 2011 p.288.

²⁶ Rechtbank Almelo, 2 november 2010, LJV: BO2912 (onder 3.1); Rechtbank 's-Hertogenbosch, 23 juni 2011, LJV: BQ9394 (onder 4.1.10); Rechtbank 's-Hertogenbosch, 9 juni 2011, LJV: BQ9248 (onder 3.5); Rechtbank Utrecht, 25 augustus 2010, LJV: BN6439 (onder 6.2).

Zie ook: kamerstukken II 1947/48, 881, nr 3, p 5.

*bijzondere vorm van een tekortkoming van de werkgever (of werknemer) in zijn verplichting om zich – ook bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst – als een goed werkgever (of werknemer) te gedragen, en de hier bedoelde schadevergoeding is dan ook te beschouwen als een bijzondere vorm van schadevergoeding wegens wanprestatie.*²⁷ Hieruit blijkt dat het gaat om een tekortkoming aan de zijde van de werkgever. De schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag is daarom te beschouwen als een bijzondere vorm van wanprestatie. Dit betekent dat de wetgever ervan uitgaat dat de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag wordt bepaald aan de hand van de algemene regels van Boek 6 BW.

Artikel 7:681 lid 2 BW geeft een aantal gevallen weer waarin sprake zou kunnen zijn van kennelijk onredelijk ontslag. De wetgever geeft daarbij de rechter de bevoegdheid per geval te beslissen of er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag, naar aanleiding van de voorgelegde omstandigheden. Het voornoemde houdt in dat er dus afgeweken kan worden van de in artikel 7:681 BW genoemde gevallen. De meest voorkomende gronden voor kennelijk onredelijk ontslag zijn sub a en b onder lid 2 van dit artikel.

Artikel 7: 681 lid 2

2. Opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever zal onder andere kennelijk onredelijk geacht kunnen worden:

- a. wanneer deze geschiedt zonder opgave van redenen of onder opgave van een voorgewende of valse reden;*

Het eerste lid van dit artikel betreft voorgewende of valse redenen. Wanneer de werknemer van mening is dat zijn ontslag gebaseerd is op valse of voorgewende redenen zal hij dit zelf moeten bewijzen. Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van een valse of voorgewende reden wanneer de werknemer op grond van bedrijfseconomische redenen ontslagen wordt, terwijl de werkgever eigenlijk een ander wil aannemen in plaats van deze werknemer.²⁸

- b. wanneer, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging;*

Het tweede lid van dit artikel betreft het belang van de werkgever en de werknemer. Hierin wordt voorop gesteld dat het ontslag voor de werknemer kennelijk onredelijk is wanneer de gevolgen van het ontslag voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever. Het ontslag zelf is niet onredelijk, maar de gevolgen voor de werknemer zijn wel te onredelijk.²⁹ De rechter kijkt daarbij naar de voorzieningen die voor de werknemer zijn getroffen en in hoeverre de werknemer mogelijkheden heeft ander passend werk te vinden. Deze grond komt regelmatig voor bij gevallen waarbij de werkgever de werknemer heeft ontslagen na toestemming te hebben verkregen van het UWV, zonder daarbij enige voorziening te treffen voor de werknemer. Ontslag zonder enige voorziening voor de werknemer wil het ontslag niet direct kennelijk onredelijk maken. Voorwaarde is een onevenredigheid tussen de nadelige gevolgen

²⁷ D.J. Buijs, "Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: hoe nu verder?", *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010,4.

²⁸ D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008 p. 222.

²⁹ P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: 2011 p.289.

voor de werknemer en het belang van de werkgever.³⁰ Doorslaggevend zijn de omstandigheden die rondom het ontslag plaatsvinden, zoals de leeftijd, het dienstverband en de positie op de arbeidsmarkt.³¹

Het voornoemde artikel bevat een zogenoemde open norm. Dit houdt in dat er rekening wordt gehouden met omstandigheden van het kennelijk onredelijk ontslag die niet van tevoren kunnen worden vastgelegd en die pas ten tijde van het voorleggen van het probleem naar voren komen. Hierdoor komt aan de rechter een ruime beoordelingsvrijheid toe bij de vraag of er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag.³² Door gebruik te maken van een open begrip als “kennelijk onredelijk”, werd aangegeven dat slechts bij een ontslag dat voor ieder weldenkend mens zonder enige twijfel kennelijk onredelijk is een schadevergoeding toegekend moet worden. De rechter zal op basis van zijn eigen rechtsovertuiging per geval moeten oordelen of er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag.

3.2 Het kennelijk onredelijk ontslag: Gerechtshof Den Haag oktober 2008

In de rechtspraak en in de literatuur is een discussie ontstaan over de toepassing van de kantonrechtersformule bij kennelijk onredelijk ontslagzaken. De vraag was of dezelfde formule (kantonrechtersformule) zou moeten worden toegepast bij het begroten van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag als bij ontbinding. Terwijl de kantonrechters een (kantonrechters)formule toepasten, waren de hogere instanties het hier niet mee eens. Dit zorgde voor onzekerheid en onduidelijkheid in de rechtspraak. De gerechtshoven probeerden eerst door het toepassen van de Haagse formule en daarna door het toepassen van de XYZ formule de rechtszekerheid, rechtsduidelijkheid, maar vooral de rechtsgelijkheid terug te krijgen.

De kantonrechtersformule verminderd met 30%

Zoals in het vorige hoofdstuk is vermeld, werd tot voor kort bij het begroten van de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag gebruik gemaakt van een formule gebaseerd op de kantonrechtersformule. In het arrest uit 2008 heeft het hof Den Haag de 30% korting regeling toegepast. Dit werd ook wel de Haagse formule genoemd, een formule gebaseerd op de oude kantonrechtersformule verminderd met 30%. De aftrek van 30% van de uitkomst van de kantonrechtersformule bij kennelijk onredelijk ontslag heeft te maken met het UWV proces wat voorafgaat aan het ontslag, de toepassing van het opzegtermijn en de wettelijke criteria die nageleefd moeten worden. De rechter oordeelde een ontslag als kennelijk onredelijk wanneer niet ten minste 70% van de uitkomst van de kantonrechtersformule was toegekend aan de werknemer. Daarbij heeft het hof een marge toegepast van een maandsalaris. Dit hield in dat wanneer het verschil tussen de schadevergoeding berekend door middel van deze formule minder bedroeg dan een maandsalaris, de kennelijk onredelijkheid niet werd aangenomen. Het hof is tot deze overweging gekomen door de voortdurende onzekerheid en onduidelijkheid in de rechtspraak.³³

³⁰ D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008 p. 223.

³¹ Ter verduidelijking: de functie van een werknemer van 53 jaar komt te vervallen na een dienstverband van dertig jaar, waarbij de werkgever geen afvloeiingsmaatregel treft. Het ontslag zelf is niet onredelijk, maar voor deze werknemer is het gevolg van het ontslag erg onredelijk. Zie ook: P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: 2011 p.289.

³² Kamerstukken II 1947/48, 881, nr 3, p 5.

³³ Gerechtshof Den Haag, 1 oktober 2008, LJN: BF 7077.

Onenigheid: wel of geen kantonrechtersformule?

Op 14 oktober 2008 zijn door het gerechtshof Den Haag arresten gewezen in verschillende kennelijk onredelijk ontslagzaken waarin overeenkomstige overwegingen naar voren kwamen.³⁴ In deze uitspraken heeft het hof duidelijk gemaakt dat er naar de kennelijk onredelijkheid van het ontslag werd gekeken als het ware een arbeidsovereenkomst die ontbonden wordt.³⁵ Mede werd bepaald dat in geval van een kennelijk onredelijk ontslag een vergoeding moet worden toegekend waarbij de kantonrechtersformule tot uitgangspunt dient te worden genomen. Het hof is van mening dat in zowel een ontbindingsprocedure als een kennelijk onredelijk ontslag procedure het gaat om de schade die iemand lijdt na het ontslag, waarbij rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval.

Het gerechtshof te Leeuwarden heeft op dezelfde datum, 14 oktober 2008, een tweetal uitspraken gedaan in kennelijk onredelijk ontslag procedures. Zij hebben afstand genomen van de kantonrechtersformule omdat zij van mening waren dat de kantonrechtersformule er niet toe strekt een maatstaf aan te reiken voor een schadevergoeding in geval van een kennelijk onredelijk ontslag.³⁶ Volgens het Hof Leeuwarden zijn er factoren die een rol spelen bij kennelijk onredelijk ontslag die niet van toepassing zijn bij een ontbindingsprocedure. Het gaat hier bijvoorbeeld om het ontbreken van de mogelijkheid tot hoger beroep of de mogelijkheid om op korte termijn, zonder het opzeggingstermijn in acht te nemen, de overeenkomst te beëindigen. Deze factoren spelen een rol bij ontbinding (dus ook de kantonrechtersformule) maar zij spelen geen rol bij de opzegging van de overeenkomst.

In tegenstelling tot de uitspraak van het gerechtshof Leeuwarden, heeft het gerechtshof Den Haag in januari 2009 de volgende uitspraak gedaan: *“De hoogte van de aangeboden vergoeding bepaalt dus mede de al dan niet kennelijke onredelijkheid. Men kan daarom niet eerst bepalen of er sprake is van kennelijke onredelijkheid, om zich vervolgens te buigen over de vraag wat in een bevestigend geval de hoogte van de schadevergoeding moet zijn,”*³⁷ waarmee nogmaals de heersende onduidelijkheid inzake het begroten van de schadevergoeding bij het kennelijk onredelijk ontslag wordt bevestigd. De verschillen in deze uitspraken zorgden ervoor dat werkgevers en werknemers er belang bij kregen een procedure bij een bepaald gerechtshof aanhangig te maken, omdat zij bijvoorbeeld bij het hof Den Haag meer kans maken op een (hogere) vergoeding dan bij andere gerechtshoven. De vraag is nu: mag de kantonrechtersformule wel of niet worden gebruikt in kennelijk onredelijk ontslag procedures?

3.3 Het kennelijk onredelijk ontslag: Hoge Raad november 2009

Op 7 juli 2009 hebben de gerechtshoven in Amsterdam, Den Bosch en Leeuwarden geprobeerd één lijn te ontwikkelen bij kennelijk onredelijk ontslagprocedures.³⁸ In deze uitspraken hebben zij gezamenlijk afstand gedaan van de overweging van het Hof Den

³⁴ Gerechtshof Den Haag, 14 oktober 2008 LJN: BF7002; Gerechtshof Den Haag, 14 oktober 2008, LJN: BF6790; Gerechtshof Den Haag, 14 oktober 2008, LJN: BF7077; Gerechtshof Den Haag, 14 oktober 2008, LJN: BF8136.

³⁵ JAR Verklaard, december 2009, II-50 p. 3.

³⁶ Gerechtshof Leeuwarden, 14 oktober 2009, LJN: BG3099.

³⁷ Gerechtshof Den Haag, 20 januari 2009, LJN: BH0254.

³⁸ Gerechtshof 's-Gravenhage, 7 juli 2009, LJN: BJ1712; Gerechtshof Amsterdam, 7 juli 2009, LJN: BJ1648; Gerechtshof Leeuwarden, 7 juli 2009, LJN: BJ1688.

Haag in december 2008. Hier oordelen zij dat de rechter alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in aanmerking dient te nemen, om vervolgens te kunnen beoordelen of de gevolgen van de opzegging van de arbeidsovereenkomst voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging.³⁹ Het voorgaande houdt in dat de rechter een belangenafweging dient te maken tussen het belang van de werkgever en dat van de werknemer. Het gerechtshof Arnhem deed in juli 2009 de volgende uitspraak: *“Met betrekking tot de grond als bedoeld in art. 7:681 lid 2, aanhef en onder b, moet eerst aan de hand van de omstandigheden ten tijde van de ontslag in onderlinge samenhang worden beoordeeld of de gevolgen van het ontslag, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen te ernstig zijn, en pas daarna, bij een bevestigend antwoord, welke schadevergoeding aan de werknemer wordt toegekend.”*⁴⁰ Hiermee worden de uitspraken van de gerechtshoven Amsterdam, Den Bosch en Leeuwarden nogmaals bevestigd.

Twee-stappen-leer en de XYZ Formule

In deze uitspraken hebben de voornoemde gerechtshoven eveneens de twee-stappen-leer geïntroduceerd. De twee-stappen-leer houdt in dat er eerst bepaald moet worden of er überhaupt sprake is van kennelijk onredelijk ontslag, daarna kan de schadevergoeding pas worden begroot. Tevens hebben zij in deze uitspraken een eigen formule ontwikkeld, namelijk de XYZ formule (XxYxZ). Dit is een formule gebaseerd op de kantonrechtersformule, waarmee de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslagprocedures berekend kan worden.⁴¹ Het verschil tussen de XYZ formule en de kantonrechtersformule zijn de factoren die gebruikt worden bij het bereken van de schadevergoeding, zij worden in de XYZ formule anders gewogen dan bij de kantonrechtersformule.⁴²

De gerechtshoven hebben deze identieke lijn geformuleerd, zodat zij kunnen proberen tot een eenduidige boordeling te komen wanneer zij antwoord geven op de vraag of de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werknemer. Bij het bepalen van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag kan het gevolgcriterium worden aangehouden, waarbij de volgeden omstandigheden een rol kunnen spelen:⁴³

1. Algemeen: dienstverband en opzegging
2. Ander passend werk
3. Financiële gevolgen van een opzegging
4. Getroffen voorzieningen en financiële compensatie

Het enkele feit dat er geen voorziening is getroffen, een oude leeftijd, een slechte arbeidspositie of een langdurig dienstverband, maakt het ontslag niet meteen kennelijk onredelijk.⁴⁴ Pas wanneer de rechter heeft vastgesteld dat het ontslag kennelijk

³⁹ Hoge Raad, 12 februari 2010, LJV: BK4472.

⁴⁰ Hoge Raad, 12 februari 2010, LJV: BK4472.

⁴¹ E. Knipschild & A. Van Zanten-Baris, “De XYZ-formule bij kennelijk onredelijk ontslag: een (klein) beetje van het oude?”, Amsterdam juli 2009.

⁴² Voor overzicht van verschillen zie o.a. Hoge Raad, 12 februari 2010, LJV: BK4472 conclusie A-G Spier onder 2.5.

⁴³ Voor volledige uitwerking zie: Hoge Raad, 12 Februari 2010, LJV: BK4472 .

⁴⁴ Rechtbank 's-Hertogenbosch, 23 juni 2011, LJV: BQ9394; Rechtbank Leeuwarden, augustus 2011, LJV: BR5420; Rechtbank 's-Hertogenbosch, 9 juni 2011, LJV: BQ9248.

onredelijk is, onder andere aan de hand van onder andere de voornoemde omstandigheden, kan de rechter overgaan tot het beoordelen of een vergoeding moet worden toegekend, en zo ja, hoe hoog dat deze vergoeding dient te zijn.

Hoge Raad november 2009 (Grijp/Stam arrest)

Op 27 november 2009 heeft de Hoge Raad de grond weggeslagen onder de toepassing van de kantonrechtersformule ter beoordeling van de kennelijk onredelijkheid van de opzegging, maar ook ter berekening van de hoogte van de vergoeding.⁴⁵ In dit arrest heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de schadevergoeding behorende bij kennelijk onredelijk ontslag procedure en verwierp daarmee het arrest van het hof Den Haag van december 2008 op twee gronden:⁴⁶

1. De eerste grond gaat in op de integrale toetsing. Integrale toetsing houdt in dat de rechter eerst moet beslissen over de kennelijk onredelijkheid voordat er kan worden overgegaan tot het begroten van de schade. Het hof oordeelde in dit arrest dat er gebruik kon worden gemaakt van de kantonrechtersformule min 30% bij het begroten van de vergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure, dit was volgens de Hoge Raad onjuist.
2. De tweede grond is dat de ontbindingsvergoeding niet hetzelfde is als de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslagprocedure. De verschillen hangen samen met de aard van de procedure.⁴⁷ In het geval van ontbinding gaat het om een procedure waarbij in slechts één instantie kortelings een beslissing genomen dient te worden. Het kennelijk onredelijk ontslag betreft het een gewone procedure waarin de regels van bewijsrecht gelden en waarbij de vergoeding wordt bepaald aan de hand van de voorgelegde feiten en omstandigheden. Bij ontbinding wordt een vergoeding toegekend wegens verandering in de omstandigheden, terwijl bij kennelijk onredelijk ontslag een vergoeding wordt begroot als schade die de werknemer zal lijden als gevolg van kennelijk onredelijk ontslag. Voor de begroting van de ontbindingsvergoeding kan daarom niet eenzelfde formule worden gebruikt als voor het begroten van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Hiermee wordt dus bepaald dat er geen gebruik meer mag worden gemaakt van een formule om de schadevergoeding te begroten bij kennelijk onredelijk ontslag.

De Hoge Raad oordeelde dat *de kantonrechtersformule, zoals deze in de praktijk wordt gehanteerd, een op harmonisering van ontbindingsvergoedingen gerichte globale berekeningswijze aan de hand van een beperkt aantal factoren vormt, en dat het de rechter vrijstaat een andere berekeningswijze te volgen als hij daartoe in de omstandigheden van het geval aanleiding vindt. Bij kennelijk onredelijk ontslag moet de rechter zich evenwel steeds nauwkeurig rekenschap geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen, en dient hij daarvan in zijn beslissing ook verantwoording af te leggen op zodanige wijze dat voldoende inzicht wordt gegeven in de afweging die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid.*⁴⁸ De uitkomst van een formule kan dus niet dienen als het uitgangspunt voor de bepaling van een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. De factoren die de rechter moet wegen bij kennelijk onredelijk ontslag zijn

⁴⁵ JAR Verklaard, december 2009, II-50 p. 3.

⁴⁶ Hoge Raad, 27 november 2009, LJN: BJ6596.

⁴⁷ Hoge Raad, 27 november 2009, LJN: BJ6596 (onder 4.3).

⁴⁸ Hoge Raad, 27 november 2009, LJN: BJ6596 (onder 4.4).

andere dan bij ontbinding, omdat de rechter rekening moet houden met alle omstandigheden van het geval. Bij ontbinding wordt rekening gehouden met de factoren dienstjaren, salaris en het risico/de verwijtbaarheid. Bij kennelijk onredelijk ontslag wordt rekening gehouden met zowel als factoren dienstjaren, salaris en verwijtbaarheid, als alle andere omstandigheden die zich rondom het ontslag hebben plaatsgevonden en die het ontslag kennelijk onredelijk hebben gemaakt. Deze omstandigheden zijn niet vooraf vast te stellen en verschillen per geval, waardoor deze niet vast kunnen worden gelegd in een formule, aldus de Hoge Raad.

In het arrest van november 2009 bepaalde de Hoge Raad dat het hof heeft nagelaten eerst naar de omstandigheden van het geval te kijken en hoe deze tezamen in onderling verband leidden tot een kennelijk onredelijk ontslag, vóórdat zij de schadevergoeding gingen bepalen. Het hof heeft bij het bepalen van de kennelijk onredelijkheid gebruik gemaakt van de kantonrechtersformule, waarbij het ontbreken van de vergoeding in overeenstemming met de uitkomst van de kantonrechtersformule verminderd met 30%, het ontslag kennelijk onredelijk deed zijn.⁴⁹ Het ontbreken van een voorziening voor de werknemer na ontslag, maakt het ontslag op zichzelf niet kennelijk onredelijk.

De Hoge Raad stelde dat de rechter, in een geval van kennelijk onredelijk ontslag, eerst dient te bepalen of er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag en daarna de vergoeding dient te begroten als ware het schade die de werknemer als gevolg van het kennelijk onredelijk ontslag heeft geleden.⁵⁰ Daarbij stelde de Hoge Raad dat bij het bepalen van de vergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag procedure, de hoogte van die vergoeding gerelateerd moet worden aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen en de daaruit voortvloeiende nadelen voor de werknemer. Hierbij valt te denken aan zowel materiële en immateriële schade.⁵¹ De Hoge Raad wijst erop dat in beginsel de daadwerkelijk schade de kern moet zijn bij het begroten van de vergoeding.

3.4 Het kennelijk onredelijk ontslag: Hoge Raad februari 2010 (Rutten/Breed arrest)

In februari 2010 deed de Hoge Raad nogmaals een belangrijke uitspraak. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat een formule (in dit geval de XYZ formule) niet mag worden toegepast in kennelijk onredelijk ontslag procedures. Deze uitspraak kwam niet geheel onverwachts, gezien de uitspraak van november 2009, waarin de aangepaste kantonrechtersformule (kantonrechtersformule verminderd met 30%), zoals gebruikt door het gerechtshof Den Haag, verworpen werd. Met deze uitspraak heeft de Hoge Raad het arrest van het hof te Arnhem, waarin uitspraak werd gedaan over de XYZ formule, deels verworpen. De Hoge Raad heeft de volgende overwegingen gegeven:

1. Ten eerste heeft de Hoge Raad in deze uitspraak de twee-stappen-leer nogmaals bevestigd. De Hoge Raad was het met het hof eens dat bij beantwoording van de vraag of er sprake is van kennelijk onredelijkheid bij ontslag, gekeken moet worden naar alle omstandigheden ten tijde van het ontslag. Dat de werknemer is ontslagen zonder getroffen voorziening, levert op zich zelf geen grond voor kennelijk onredelijk ontslag op, als bedoeld in artikel

⁴⁹ Hoge Raad, 27 november 2009, LJN: BJ6596.

⁵⁰ Hoge Raad, 27 november 2009, LJN: BJ6596.

⁵¹ D.J. Buijs, "Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: hoe nu verder?", *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010,4.

7:681 lid 2 BW. Er kan alleen sprake zijn van kennelijk onredelijk ontslag wanneer de bijzondere omstandigheden meebrengen dat de nadelige gevolgen van beëindiging geheel of ten dele voor rekening van de werkgever komen, aldus de Hoge Raad.⁵²

2. De Hoge Raad heeft zich ten tweede uitgelaten over de XYZ formule, waarvan gebruik werd gemaakt in het arrest van het hof Den Haag 2009. Er werd gesteld dat de schade als gevolg van kennelijk onredelijk ontslag niet aan de hand van een formule mag worden begroot. Alle omstandigheden van het geval dienen in aanmerking te worden genomen, naar aanleiding daarvan wordt over de omvang van de schadevergoeding begroot. De schadevergoeding, zoals bedoeld in artikel 7:661 lid 1 BW, dient ertoe als compensatie voor de geleden of nog te lijden schade, in overeenstemming met de aard en de ernst van de tekortkoming van de wederpartij.⁵³ De XYZ formule strekt zich er niet toe alle onvoorspelbare omstandigheden mee te kunnen wegen in het begroten van de vergoeding.
3. Wanneer een ontslag kennelijk onredelijk is, heeft de werknemer volgens de Hoge Raad recht op een vergoeding.⁵⁴ De rechter dient bij het begroten van de schadevergoeding met de feiten en omstandigheden ten tijde van het ontslag rekening te houden. De feiten en omstandigheden bepalen of er wel of geen sprake is van kennelijk onredelijk ontslag en uiteindelijk de hoogte van de schadevergoeding, ook al staan de twee los van elkaar (twee-stappen-leer).⁵⁵ Deze omstandigheden zijn niet vooraf vast te stellen, daarom is het gebruik van de kantonrechtersformule niet voldoende om de schade te begroten. De Hoge Raad heeft aangegeven dat de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag naar billijkheid begroot dient te worden. Hiervoor gelden de algemene regels van Boek 6 BW. Het betreft dan met name artikel 6:97 BW, waarin staat dat de rechter de vergoeding mag begroten wanneer deze niet concreet kan worden vastgesteld. Wanneer dat ook niet kan, dient deze naar billijkheid te worden vastgesteld.
4. De Hoge Raad sluit zich aan bij de beslissing genomen in het arrest van november 2009. De toegepaste korting op de uitkomst van de kantonrechtersformule kan niet als algemeen uitgangspunt dienen voor het bepalen van de hoogte van de vergoeding in kennelijk onredelijk ontslagprocedures, omdat deze geen invloed heeft op de onvoorspelbare factoren die wel mee kunnen spelen in een dergelijke procedure.⁵⁶ Factoren die in elk geval een rol spelen bij het begroten van de schadevergoeding zijn de duur van het dienstverband, de leeftijd en de kans op het vinden van ander passend werk voor de werknemer. De rechter dient nauwkeurig aan te geven welke omstandigheden precies een rol hebben gespeeld bij het bepalen van de kennelijk onredelijkheid van het ontslag, daarna dient hij hetzelfde te doen bij het begroten van de omvang van de schadevergoeding. De vergoeding moet daarbij gerelateerd worden aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever en de daaruit voortvloeiende schade (zowel materieel als immaterieel) voor de werknemer.

⁵² Hoge Raad, 12 februari 2010, LJV: BK4472.

⁵³ Hoge Raad, 12 februari 2010, LJV: BK4472.

⁵⁴ Hoge Raad, 12 februari 2010, LJV: BK4472 (onder 3.5.3).

⁵⁵ Hoge Raad, 27 november 2009, LJV: BJ6596.

⁵⁶ Hoge Raad, 12 februari 2010, LJV: BK4472; Hoge Raad 27 november 2009, LJV: BJ6569.

5. De rechter heeft in deze veel vrijheid bij het bepalen van de schadevergoeding in kennelijk onredelijk ontslagzaken. Echter dient de rechter een nauwkeurige motivering te geven naar aanleiding van zijn beslissing.⁵⁷ De motivering dient inzicht te geven in de afwegingen die tot de beslissing over de kennelijk onredelijkheid en de hoogte van de schadevergoeding hebben geleid.
6. Tot slot oordeelde de Hoge Raad dat een maximering van de schadevergoeding op de te verwachten inkomstenderving niet mag, omdat bij de berekening van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag ook andere schadeposten, zoals immateriële schade, meegenomen dienen te worden.⁵⁸ In andere woorden, een werknemer lijdt naast de inkomstenderving ook nog andere schade, zoals immateriële schade. Deze schade komt niet in aanmerking voor een vergoeding wanneer de schadevergoeding maximaal de te verwachten inkomstenderving zou zijn. Daarbij bepaalde de Hoge Raad dat ook bepaalde beloningscomponenten meegenomen moeten worden wanneer zij een rol spelen bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding, tenzij kan worden aangetoond dat deze geen rol spelen.⁵⁹

3.5 Conclusies Advocaat-Generaal Spier

Advocaat-Generaal (hierna te vermelden als A-G) Spier heeft in beide arresten, november 2009 en februari 2010, een conclusie gegeven. In deze conclusie heeft hij duidelijk aangegeven de arresten te vernietigen, maar om andere redenen dan de Hoge Raad dat doet. A-G Spier heeft aangegeven dat de kantonrechtersformule wel degelijk kan worden toegepast bij kennelijk onredelijk ontslagzaken, maar zonder de door de hoven (-30% of Z factor 0,5) toegepaste korting. Reden hiervan is dat A-G Spier geen verschil ziet tussen een ontbindingsprocedure en een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Om dit te motiveren vergelijkt hij de feitelijke situatie, namelijk het kennelijk onredelijk ontslag, met een hypothetische situatie, waar geen sprake is van kennelijk onredelijkheid. Hij geeft aan dat ontbinding via de rechter de enige mogelijkheid moet zijn om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. De rechter ziet niets in het laten voortbestaan van een arbeidsovereenkomst die door één van de partijen als last wordt gezien. Wanneer geen sprake is van kennelijk onredelijkheid, kan de overeenkomst zowel via het UWV als via de kantonrechter worden ontbonden. In dit laatste geval zou de werknemer een vergoeding meekrijgen. Als de hypothetische situatie wordt toegepast in een ontbindingsprocedure, zou de werknemer een vergoeding krijgen berekend door van de kantonrechtersformule. Hierin ziet A-G Spier nog een reden om de kantonrechtersformule toe te passen in kennelijk onredelijk ontslagprocedures.

In zijn conclusie heeft A-G Spier twee mogelijkheden aangegeven:⁶⁰

1. De rechter valt terug op de aloude 'alle omstandigheden van het geval'-benadering, wat majeure rechtsongelijkheid of rechterlijke ongehoorzaamheid in de hand werkt, of

⁵⁷ C. Sonneveld, e.a., "Geen XYZ-formule bij kennelijk onredelijk ontslag", *Nieuwsbrief Legal at Work* 2 2010, p. 1.

⁵⁸ Hoge Raad, 12 februari 2010, *LJN*: BK4472.

⁵⁹ Hoge Raad, 12 februari 2010, *LJN*: BK4472.

⁶⁰ Hoge Raad, 27 november 2009, *LJN*: BJ6596.

2. De rechter zoekt een formule waarin rekening wordt gehouden met alle omstandigheden, die desondanks rechtsgelijkheid in de hand werkt.

De tweede mogelijkheid heeft dan ook de voorkeur van A-G Spier. Hij is van mening dat bij de C factor in de kantonrechtersformule makkelijk rekening kan worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. In bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken van de formule. Er moet een landelijke formule komen. Wanneer deze met korting is, moet deze tevens landelijk worden vastgesteld zodat de rechtsgelijkheid kan worden hersteld, aldus A-G Spier.

3.6 Het kennelijk onredelijk ontslag: Hoe nu verder?

Zoals eerder is aangegeven, dient de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag ertoe de benadeelde een zekere genoegdoening te verschaffen, dit op grond van artikel 7:681 lid 1 BW. Nu de Hoge Raad een streep heeft gezet door het gebruik van een formule, dienen de algemene regels van Boek 6 BW gebruikt te worden voor de begroting van de vergoeding. Het betreft dan met name artikel 6:97 BW, waarin gesteld wordt dat de vergoeding door de rechter mag worden geschat wanneer deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. De schade moet geschat worden. Tevens wordt in dit artikel aangegeven in welke volgorde de schadevergoeding moet worden berekend. De schade dient eerst concreet te worden begroot. Wanneer dat niet kan zal het moeten worden geschat, wanneer dit ook niet kan, dan zal de schade naar billijkheid moeten worden vastgesteld. Deze laatste, bepaling van de vergoeding naar billijkheid, is het ultimum remedium (uiterste middel).⁶¹

De wet bevat geen voorschriften voor het vaststellen van de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Deze dient te worden vast gesteld naar billijkheid. De rechter bepaalt de vergoeding aan de hand van bepaalde omstandigheden, zoals de duur van de dienstbetrekking, de hoogte van het salaris en andere emolumenten, de leeftijd van de werknemer, de (voorzienbare) schade die hij lijdt als gevolg van het verlies van zijn arbeidsplaats, de omstandigheden waaronder het ontslag is gegeven, de financiële situatie van de werkgever en de mate waarin het ontslag aan elk van partijen is te wijten. Echter kunnen andere onvoorspelbare factoren een rol spelen.⁶² De rechter bepaalt zelf hoeveel de factoren meewegen bij het begroten van de vergoeding.

Uit de rechtspraak is gebleken dat de rechter, zoals is bepaald in de arresten van 2009 en 2010, eerst vaststelt of er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag voordat hij overgaat tot het toekennen van de schadevergoeding. Daarbij is gebleken dat de rechter duidelijk de factoren en omstandigheden benoemt die een rol spelen bij het bepalen van de schadevergoeding. Deze factoren hebben vaak ook een rol gespeeld bij het bepalen van de kennelijk onredelijkheid van het ontslag. De rechter houdt dan vaak ook rekening met de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever om zich als goed werkgever te gedragen en de daaruit voortvloeiende nadelen voor de werknemer.

⁶¹ G.J.J. Heerma van Vos e.a., "Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010", *Tijdschrift Recht en Arbeid* 5 2010, p. 19-20.

⁶² P.M.H.J. van Grinsven e.a., *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: 2011 p.293.

Uit jurisprudentie is gebleken dat in uitspraken na de uitspraken van 2009 en 2010 de arresten Grijp/Stam en Rutten/Breed vaak genoemd worden. Met het verwijzen naar beide arresten benadrukt de rechter dat een formule niet mag worden toegepast bij het begroten van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Zij worden dan bijvoorbeeld als volgt vermeld:

“Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad (zie HR 27 november 2009 JAR 2009, 305 Van de Grijp/Stam en HR 12 februari 2010, JAR 2010, 72 Rutten/Breed) geldt in het kader van de beoordeling van een vordering uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag ex artikel 7:681 BW als uitgangspunt dat eerst aan de hand van de omstandigheden van het geval zoals deze zicht voorafgaand aan en ten tijde van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst hebben voorgedaan, tezamen en in onderling verband beschouwd, moet worden vastgesteld of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, voordat kan worden toegekomen aan beantwoording van de vraag welke vergoeding aan de werknemer toekomt.”⁶³

Hoewel het volgens de Hoge Raad niet mogelijk is een standaard formule als maatstaf te gebruiken, heeft de Hoge Raad overigens wel aangegeven dat het mogelijk is een zekere mate van harmonisatie aan te brengen.⁶⁴ Dit kan door duidelijk aan te geven aan welke factoren bepaalde financiële gevolgen te verbinden zijn. Deze kunnen vervolgens in soortgelijke gevallen worden toegepast. In de volgende arresten is gekeken welke factoren hebben geleid tot een kennelijk onredelijk ontslag en welke vergoeding daarbij is toegekend.⁶⁵

Uitspraak Gerechtshof Leeuwarden, november 2010

In deze zaak heeft het kantongerecht geoordeeld dat er geen sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag. Het Gerechtshof Leeuwarden was het daar echter niet mee eens, deze was van mening dat er wel degelijk sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag. Het volgende is van belang bij deze uitspraak.

De werknemer was sinds 1976 in dienst bij de werkgever. In 2005 gaat het bedrijf van de werkgever failliet. De werkgever maakt een doorstart, waarbij hij de werknemer een nieuw contract aanbiedt bij zijn nieuwe bedrijf. Na anderhalf jaar vraagt de werkgever wegens bedrijfseconomische redenen een ontslagvergunning aan bij het CWI en ontslaat de werknemer.

Bij het beoordelen of het ontslag kennelijk onredelijk is, heeft het hof met het volgende rekening gehouden. De werknemer is ontslagen op 58-jarige leeftijd, na een dienstverband ruim (totaal) 30 jaar. Tevens werd er gekeken naar de inspanningen van de werkgever ten aanzien van de werknemer om nieuw of passend werk te vinden. Het hof oordeelde dat een dergelijk ontslag in de risicosfeer van de werkgever ligt. Gezien het dienstverband, de leeftijd en het goede functioneren van de werknemer, kan het van een “goede werkgever” gevergd worden dat hij een financiële vergoeding geeft om de “pijn” van het ontslag te verzachten. De gevolgen van het ontslag waren voor de werknemer ernstiger dan de belangen van de werkgever. De rechter heeft bepaald dat de werkgever aan de werknemer een vergoeding van €17.950.- moest doen toekomen.

⁶³ Hoge Raad, 13 mei 2011, LJN: BQ9271.

⁶⁴ Hoge Raad, 27 november 2009, LJN: BJ6596 (onder 4.6).

⁶⁵ Hoge Raad, 12 februari 2010, LJN: BK4472; Hoge Raad 27 november 2009, LJN: BJ6569.

Uitspraak Hoge Raad, december 2010

In deze zaak hebben zowel het kantongerecht als het hof bepaald dat het ontslag kennelijk onredelijk was. De Hoge Raad bekrachtigt het vonnis van het hof en bepaalt daarmee dat ook zij van mening is dat er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag, op grond van het hiernavolgende.

De werknemer is in 2000 in dienst getreden bij de werkgever. In 2005 heeft de werkgever het UWV om een ontslagvergunning gevraagd, met als grondslag dat de functie van de werknemer komt te vervallen. Het UWV heeft de vergunning verleend en de werkgever heeft de werknemer ontslagen. De werknemer heeft een kennelijk onredelijk ontslag procedure gestart en daarbij aangevoerd dat er sprake was van voorgewende of valse redenen. Daarbij heeft de werknemer aangegeven dat de gevolgen van ontslag voor hem veel ernstiger zijn dan voor de werkgever. Over het eerste aangevoerde heeft de rechter geoordeeld dat er geen sprake is van valse of voorgewende redenen. Met betrekking tot het tweede door de werknemer aangevoerde heeft de Hoge Raad gekeken naar alle omstandigheden ten tijde van het ontslag. Hierbij wordt gelet op de duur van de dienstbetrekking, de hoogte van het salaris en eventuele emolumenten, de leeftijd van de werknemer, de (voorzienbare) schade die hij lijdt als gevolg van het verlies van zijn arbeidsplaats, de omstandigheden waaronder het ontslag is gegeven en de mate waarin het ontslag aan elk van de partijen is te wijten.⁶⁶

De Hoge Raad was het met zowel het kantongerecht als het hof eens dat er sprake was van kennelijk onredelijk ontslag. De kantonrechter heeft de werknemer een vergoeding van €25.000,- toegekend. De werknemer is zowel in hoger beroep als cassatie gegaan wegens een te lage schadevergoeding. Zowel het hof als de Hoge Raad achtte het bedrag van €25.000 billijk en hebben de vordering afgewezen.

Uitspraak rechtbank Rotterdam, mei 2011

Het laatste voorbeeld is de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in mei 2011. In dit arrest was er sprake van kennelijk onredelijk ontslag. Deze werknemer was sinds 1975 werkzaam bij deze werkgever, zijn gehele werkzame leven. De werknemer is in 2006 arbeidsongeschikt geworden wegens psychische klachten, waarvan de oorzaak niet werkgerelateerd was, maar uitsluitend te maken had met zijn privé situatie. Na enige tijd gedeeltelijk en uiteindelijk geheel arbeidsongeschikt te zijn, had de werkgever in 2009 besloten de werknemer te ontslaan via het UWV, met als gronden dat de werknemer langdurig arbeidsongeschikt was, niet geschikt meer was voor zijn eigen arbeid en dat de werkgever geen passend werk had voor de werknemer.

De rechter heeft in deze zaak geoordeeld dat het ontslag kennelijk onredelijk was omdat de gevolgen voor de werknemer te ernstig waren in vergelijking met de belangen van de werkgever bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Hierbij werd het gebrek aan voor de werknemer getroffen voorzieningen door de werkgever, het ontbreken van scholingsinspanningen door de werknemer gedurende het dienstverband van ruim 34 jaar, de leeftijd van de werknemer, 55 jaar, en de voor de werknemer bestaande mogelijkheden om ander of passend werk te vinden in acht genomen.⁶⁷ Er is niet vastgesteld dat de werknemer niet binnen een jaar terug zou kunnen keren naar zijn eigen functie. Tevens ontbreekt een medisch oordeel van de

⁶⁶ Hoge Raad, 3 december 2010, LJN: BO0201.

⁶⁷ Rechtbank Rotterdam, 13 mei 2011 LJN: BQ9271.

bedrijfsarts. De werknemer is zijn hele werkzame leven werkzaam geweest voor deze werkgever, waardoor zijn werkervaring eenzijdig is. Dit alles maakt dat de kansen om ander of passend werk te vinden nihil zijn. De noodzaak voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst ontbreekt. De werkgever heeft zodanig nagelaten zich in te spannen voor de werknemer, dat volgens de kantonrechter het dienstverband niet had mogen worden opgezegd. De werkgever heeft in dit geval verwijtbaar gehandeld.

Op grond van alle bovenstaande omstandigheden, heeft de rechtbank geconcludeerd dat er sprake was van kennelijk onredelijk ontslag. Daarbij laat de kantonrechter zwaar meewegen dat aan de werknemer met zijn langdurige en goede staat van dienst tot het moment van zijn arbeidsongeschiktheid, geen enkele financiële tegemoetkoming is verstrekt om hem in staat te stellen zijn levensstijl en financiële verplichtingen aan te passen aan de nieuwe situatie, terwijl het aannemelijk is dat hij gedurende langere tijd inkomensschade zal lijden.⁶⁸ De rechter heeft de werknemer dan ook een schadevergoeding van €12.552,- toegekend.

3.7 Deelconclusie

Wanneer een werknemer het niet eens is met zijn ontslag kan hij een kennelijk onredelijk ontslagprocedure starten bij de kantonrechter. De rechter oordeelt, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag.

Het kennelijk onredelijk ontslag vindt zijn grondslag in artikel 7:681 BW. Hierin wordt echter geen definitie van het begrip gegeven, enkel gevallen waarin sprake zou kunnen zijn van kennelijk onredelijk ontslag. Er is sprake van kennelijk onredelijkheid, wanneer het ontslag voor ieder redelijk denkend mens onredelijk zou zijn. Indien er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag, kan de werknemer een schadevergoeding of een herstel van de arbeidsovereenkomst vorderen.

Tot voor 2009 werd voor het begroten van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag gebruik gemaakt van een formule gebaseerd op de kantonrechtersformule. In november 2009 werd door de Hoge Raad bepaald dat een formule niet langer kon dienen als uitgangspunt bij het begroten van de schadevergoeding. In februari 2010 werd dit nogmaals bevestigd door de Hoge Raad. Volgens de Hoge Raad kan een standaard formule niet dienen als algemene maatstaf bij kennelijk onredelijk ontslagprocedures.

Uit de jurisprudentie is gebleken dat na de uitspraak van februari 2010 een duidelijke richtlijn voor het begroten van de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag ontbreekt. De Hoge Raad heeft bepaald dat er eerst gekeken moet worden of er sprake is van kennelijk onredelijkheid voordat er kan worden overgegaan tot het begroten van de schadevergoeding. Alle omstandigheden ten tijde van het ontslag dienen daarbij in aanmerking te worden genomen. Hoewel de kennelijk onredelijkheid van het ontslag en de vergoeding afzonderlijk van elkaar bepaald dienen te worden, houden de omstandigheden, die de rechter tot zijn oordeel hebben geleid dat er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag, nauw verband met de hoogte van de vergoeding. Er is vooraf niet te bepalen welke factoren de rechter mee zal nemen in zijn overweging en of deze zwaar genoeg wegen om een bepaalde vergoeding te krijgen. In sommige gevallen legt de rechter de nadruk op het mogelijk vinden van ander werk door de

⁶⁸ Rechtbank Rotterdam, 13 mei 2011 LJN: BQ 9271.

werknemer⁶⁹, terwijl in andere gevallen de rechter nadruk legt op de door de werkgever getroffen (financiële) voorzieningen.⁷⁰ Opvallend is wel dat de rechter in ieder geval rekening houdt met het dienstverband en de leeftijd van de werknemer en hoe groot de kans is dat de werknemer ander (passend) werk vindt. Daarnaast wordt rekening gehouden met de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever om zich als goed werkgever te gedragen en de daaruit voortvloeiende schade, zowel materiële als immateriële schade, voor de werknemer.

Nu de Hoge Raad een streep heeft gezet door de formules, dienen de algemene regels van Boek 6 BW gebruikt te worden voor de begroting van de vergoeding. Het betreft dan met name artikel 6:97 BW, waarin gesteld wordt dat de vergoeding door de rechter mag worden geschat wanneer deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Omdat de wet geen voorschriften bevat voor het bepalen van de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag, wordt deze vergoeding naar billijkheid vastgesteld. Waarom de rechter een bepaald bedrag wel of niet billijk vindt, ontbreekt tot op heden in de jurisprudentie. De vergoedingen in vergelijkbare gevallen lopen uiteen. Hoewel de rechter duidelijk aangeeft welke omstandigheden en factoren een rol spelen bij het bepalen van de schadevergoeding, noemt de rechter één bedrag aan schadevergoeding zonder aan te geven hoe hij dat bedrag heeft bepaald. Onduidelijk is welke financiële consequenties een bepaald omstandigheid of factor heeft. Een overeenkomst is nauwelijks of niet terug te vinden in jurisprudentie. Dit zorgt voor veel onzekerheid en onduidelijkheid bij kennelijk onredelijk ontslagprocedures.

Hoewel het volgens de Hoge Raad niet mogelijk is een standaard formule als maatstaf te gebruiken, heeft de Hoge Raad aangegeven dat het wel mogelijk is een zekere mate van harmonisatie aan te brengen.⁷¹ Dit kan door duidelijk aan te geven aan welke factoren bepaalde financiële gevolgen te verbinden zijn. Deze kunnen vervolgens in soortgelijke gevallen worden toegepast.

⁶⁹ Rechtbank Utrecht, 24 februari 2010, *LJN*: BL4231.

⁷⁰ Rechtbank Haarlem, 7 april 2010, *LJN* BM3432.

⁷¹ Hoge Raad, 27 november 2009, *LJN*: BJ6596 (onder 4.6).

Hoofdstuk 4 Schadevergoeding bij letselschade

Niet alleen het rechtsgebied arbeidsrecht kampt met problemen rondom schadevergoedingen. Om tot een heldere conclusie te komen in dit onderzoek wordt een rechtsvergelijking gemaakt met het vakgebied letselschade. Ook bij het begroten van de schadevergoeding bij letselschade moesten de rechters de strijd aangaan voor het ontwikkelen van richtlijnen bij het begroten van de schadevergoeding bij letselschade. In dit hoofdstuk staat de volgende vraag centraal: *Wat is smartengeld bij letselschade en hoe wordt de hoogte van de smarten- geld vergoeding in letselschade procedures vastgesteld?* Er zal nader worden ingegaan op de functies van letselschade, de vergoeding die daar bij komt kijken en hoe deze begroot wordt. Als eerst een korte inleiding.

Het Nederlandse recht kent twee soorten schade als het gaat om letselschade: materiële schade en immateriële schade. Materiële schade is de schade dat op geld waardeerbaar is, zoals ziekenhuiskosten of reiskosten. Met immateriële schade wordt in andere woorden gedoeld op het “*ander nadeel*”, zoals omschreven in artikel 6:95 BW. De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van november 2008 duidelijk gemaakt wat er wordt bedoeld met ander nadeel.⁷² *Ander nadeel is schade wat niet in geld kan worden uitgedrukt. Het gaat dan ook niet om vermogensschade (materiële schade), maar over schade in de vorm van pijn, verdriet, geschokt rechtsgevoel of gederfde levensvreugde.*⁷³ Deze schade leidt ertoe dat degene met die schade nooit meer hetzelfde leven zal leiden als voordat de schade plaatsvond. Een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade wordt ook wel toegekend bij schending van eer en goede naam of bij aantasting van andere fundamentele rechten. De vergoeding die hierbij komt kijken is smartengeld. In het voornoemde artikel staat dat ander nadeel slechts kan worden vergoed indien de wet daar recht op geeft. Op welke gevallen de wetgever doelt, staan opgenomen in artikel 6:106 lid 1 BW. Dit artikel vormt tevens de wettelijke grondslag voor het recht op smartengeld. In lid 1 van dit artikel staat opgenomen wanneer iemand aanspraak kan maken op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade. Dit is het geval wanneer de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen, of als het gaat om een aantasting van een persoon of wanneer sprake is van aantasting van de nagedachtenis van een overledene.

Om de functies van letselschade, de vergoeding die daarbij komt kijken en hoe deze begroot wordt binnen het onderzoek concreter af te bakenen, zal nader worden ingegaan op de schadevergoeding die wordt toegekend bij letselschade, en in het bijzonder het smartengeld (immateriële schade). Dit omdat deze schade vaak niet vastgesteld kan worden en moet worden geschat, zoals dit ook het geval is bij kennelijk onredelijk ontslag. De materiële schade daarentegen is feitelijke schade wat vast staat en makkelijk te berekenen en te vergoeden is, waardoor hier niet verder op in zal worden gegaan in dit onderzoek.

4.1 Smartengeld

Voor het toepassen van smartengeld is het belangrijk te weten wat het verschil is tussen vermogensschade (materiële schade) en ander nadeel (immateriële schade). Er bestaat geen duidelijke lijn om het verschil tussen beide aan te wijzen. Wel is duidelijk dat wanneer er wordt gesproken over vermogensschade, er sprake is van een nadeel wat financieel van aard is. Vermogensschade komt in beginsel steeds en volledig voor

⁷² Hoge Raad 17 november 2000, NJ 2001,215.

⁷³ S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2009 p. 1.

een vergoeding in aanmerking. Het resterende nadeel wat niet eenvoudig tot een vermogen is te herleiden wordt ook wel het ander nadeel genoemd. Een vergoeding van ander nadeel wordt alleen toegekend naar billijkheid en voor zover de wet daar recht op geeft. Wanneer er precies sprake is van ander nadeel is niet duidelijk. De wetgever heeft in artikel 6:106 lid 1 BW geen definitie gegeven van ander nadeel, maar enkel een omschrijving van typen gevallen waarin een recht op vergoeding bestaat. In sommige gevallen is het dus onduidelijk of schade onder vermogensschade valt, of dat het onder ander nadeel dan vermogen valt. Wanneer iemand door het toedoen van een ander de rest van zijn leven pijn zal voelen, is er sprake van ander nadeel. Echter de medicatie die nodig is om de pijn tegen te gaan, zou weer onder vermogensschade kunnen vallen. Zo kan de schade zich dus op een grensvlak bevinden en van twee kanten kunnen worden benaderd. Het is aan de rechter om naar redelijkheid te beslissen wat het onderscheid is als het aan komt op vermogensschade of ander nadeel. Hierbij zullen verschillende aspecten een rol spelen, zoals de mogelijkheid tot herstel, en zo ja, welke kosten zullen daarvoor gemaakt worden.

Wanneer er wordt gesproken over letselschade, wordt er vaak van uit gegaan dat het gaat om lichamelijk letsel, waarbij de grondslag terug te vinden is in artikel 6:106 BW. Echter is dit niet altijd het geval. In sommige gevallen is de grondslag terug te vinden in het arbeidsrecht, het auteursrecht, het strafrecht en het huurrecht.⁷⁴ In de vele gevallen waar smartengeld aan te pas komt is er sprake van lichamelijk letsel, waarvan de meeste een gevolg zijn van (verkeers)ongevallen of verkeerde medische behandelingen.

4.2 Functies van smartengeld

Smartengeld is een vergoeding voor schade die niet in geld uit te drukken is. Het is een symbolische vergoeding om het leed of de schade van de benadeelde enigszins te kunnen verzachten. In het arrest van 17 november 2000 heeft de Hoge Raad het volgende gezegd over vergoeding in de vorm van smartengeld: *“Het gaat om de begroting van de naar billijkheid vast te stellen vergoeding voor het niet in vermogensschade nadeel dat is geleden door een persoon die als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk letsel heeft opgelopen.”*⁷⁵ Hierbij houdt de rechter rekening met bijzondere omstandigheden, zoals de aard en de ernst van de schade en de gevolgen die het kan hebben voor de betrokkene.

Smartengeld staat vaak niet op zichzelf, maar maakt een deel uit van een totaalbedrag waarbij ook de vermogensschade deel van uitmaakt. Echter zijn er gevallen waar wel enkel smartengeld wordt toegekend. Voorbeeld hiervan is een zaak van seksueel misbruik of schending van de goede naam. Er is dan geen vermogensschade, maar er kan wel sprake zijn van gederfde levensvreugde.

Smartengeld kan dienen als een genoegdoening. De benadeelde kan de vergoeding ervaren als een genoegdoening in die zin dat de aansprakelijke partij moet “boeten” voor de aangerichte schade. Het kan de bedoeling hebben de benadeelde te compenseren voor wat hij niet meer kan of voor de extra inspanningen die hij moet verrichten om iets te kunnen doen omdat hij nu bijvoorbeeld gehandicapt is.⁷⁶ Tevens kan de vergoeding dienen als een erkenning van de schade of het nadeel wat de

⁷⁴ M. Jansen, *Smartengeld, Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, ANWB 2009.

⁷⁵ Hoge Raad 17 november 2000, NJ 2001, 215.

⁷⁶ S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2009 p. 6.

benadeelde heeft geleden. Daarnaast kan smartengeld een teken van erkenning zijn van het verdriet van naasten.⁷⁷ Ten slotte wordt smartengeld ter handhaving van fundamentele rechten toegekend. Wanneer iemand schade lijdt door bijvoorbeeld discriminatie of aantasting van de persoonlijke levenssfeer, is de schade vaak niet duidelijk in beeld te brengen omdat er sprake is van lichamelijk of geestelijk letsel.

4.3 Toekenning smartengeld

De meest relevante bepalingen met betrekking tot smartengeld staan in artikel 6:95 BW en artikel 6:106 BW. In artikel 6:95 BW wordt aangegeven dat ander nadeel dan vermogensschade slechts voor vergoeding in aanmerking komt voor zover de wet bepaalt. In artikel 6:106 BW staat opgesomd in welke gevallen er een recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensrecht bestaat.⁷⁸

Artikel 6:95

De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.

In de praktijk zijn de in artikel 6:106 lid 1 BW opgenomen bepalingen de belangrijkste. Volgens die bepaling bestaat een recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade wanneer het oogmerk bestond om zodanig nadeel toe te brengen, wanneer het gaat om een aantasting van de persoon, of wanneer het gaat om de aantasting van de nagedachtenis van een overledene.⁷⁹ Wanneer voldaan is aan de eisen voor aansprakelijkheid en er tevens sprake is van een van de in artikel 6:106 BW genoemde gevallen, ontstaat er een recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade.⁸⁰

Hoewel het door de wet niet met zoveel woorden is gezegd, is het doel van de schadevergoedingsrecht het slachtoffer zoveel mogelijk terug te kunnen plaatsen in de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden wanneer het onrecht hem niet was toegedaan. Echter kent ook het toekennen van smartengeld zijn grenzen. Wanneer er sprake is van bijvoorbeeld lichamelijk letsel staat herstel voorop. Alle kosten die binnen de grenzen van redelijkheid en herstel vallen, komen voor een vergoeding in aanmerking. Wanneer een benadeelde die vroeger elke zomer op duikvakantie ging en dit nu niet meer kan door zijn handicaps, zal hij geen aanspraak kunnen maken op een vakantie met een onderzeeër.⁸¹

De rechter beoordeelt aan de hand van redelijkheid en billijkheid of er sprake van ander nadeel, en zo ja, wat de hoogte van de schadevergoeding (smartengeld) dan zal zijn. Het gaat daarbij om een algemene waardering van de ernst van het letsel en niet om mogelijke bestedingswijzen van de schadevergoeding.⁸² De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 17 november 2000 bepaald dat het er niet toe doet hoe de benadeelde het smartengeld uitgeeft. Wel laat de Hoge Raad weten dat de hoogte van de smartengeld uitkeringen de benadeelde voldoende mogelijkheid biedt om zijn

⁷⁷ S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2009 p. 10.

⁷⁸ S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2009 p. 17.

⁷⁹ S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2009 p. 17.

⁸⁰ S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2009 p. 19.

⁸¹ S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2009 p. 22.

⁸² Hoge Raad 17 november 2000, NJ 2001, 215 .

verstoorde leven nog enige vreugde te kunnen geven. De uitkering van het smartengeld wordt naar redelijke maatstaven gemeten.

4.4 Optelsom

Bij het begroten van de smartengeldvergoeding wordt door de rechter regelmatig gebruik gemaakt van de Smartengeld bundel van de ANWB (Verkeersrecht). De eerste Smartengeld bundel verscheen in 1959, waarmee een eerste poging werd gedaan tot vaststellen van objectieve criteria bij de vaststelling van het smartengeld.⁸³ In deze bundel staan verschillende arresten met betrekking tot letselschade opgenomen. Deze arresten zijn in verschillende categorieën verdeeld, afhankelijk van de aard en de ernst van de schade. Bij elk arrest wordt een korte samenvatting van de zaak gegeven en wordt de omvang van het smartengeld vernoemd. Wanneer een rechter een zaak voor zich krijgt, kan hij voor die zaak een vergelijkbare zaak met de daarbij toegewezen schadevergoeding terugzoeken in de smartengeldgids. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de rechter een evenredig bedrag toekennen, of hij kan het bedrag verhogen of verlagen. Door het gebruik van deze bundel wordt er beoogd een richtlijn aan te houden bij het begroten van het smartengeld. In deze bundel zijn uitspraken opgenomen waarbij wordt aangegeven wat de schade van de benadeelde was en welke vergoeding daarbij werd toegekend.

Smartengeld heeft als doel het compenseren of verzachten van onder andere pijn, gederfde levensvreugde of het gemist van (de functie van) lichaamsdelen.⁸⁴ Om in deze gevallen de hoogte van het smartengeld te kunnen berekenen, zal er gekeken moeten worden naar de pijn, de gederfde levensvreugde en de functionele beperkingen, juist omdat deze moeilijk meetbaar zijn. De vermogensschade die iemand lijdt is makkelijk te berekenen. Er wordt geteld hoeveel dagen iemand in het ziekenhuis heeft gelegen, hoe vaak de benadeelde naar de fysiotherapie zal moeten, hoeveel operaties eraan te pas kwamen en hoe lang het duurde voordat diegene weer aan het werk kon, als hij überhaupt nog aan het werk kan. Deze bedragen zijn op te tellen en uit te rekenen. Maar hoeveel pijn dat iemand lijdt of hoeveel het gemis van een been waard is, is niet in cijfers uit te drukken.

4.5 Begroten van het smartengeld

Bij het begroten van de schade heeft de rechter de nodige vrijheid. Hij heeft volgens de Hoge Raad ook wel een discretionaire bevoegdheid. Voorgaande houdt in dat de rechter bij het begroten van het smartengeld de vrijheid heeft hier zelf te oordelen. Hierbij is de rechter niet gebonden aan de gewone regels van stelplicht en bewijs. Artikel 6:97 BW geeft de rechter de bevoegdheid de omvang van de schade te schatten. Daarbij heeft artikel 6:106 lid 1 BW aangegeven, dat de vaststelling van de omvang van smartengeld naar billijkheid dient te geschieden. Dit houdt in dat de rechter eerst zal moeten kijken of er is voldaan aan de onder artikel 6:106 lid 1 BW genoemde eisen, voordat hij overgaat tot het vaststellen van het smartengeld.⁸⁵

Bij het vaststellen van de vergoeding houdt de rechter rekening met alle omstandigheden van het geval, waaronder factoren als de aard, de omvang, de duur

⁸³ Kottenhagen-Edzes, *Immateriele schade: tendensen en wensen*, Groningen: Intersentia Uitgevers Antwerpen 2000.

⁸⁴ M. Jansen, *Smartengeld, Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, ANWB 2009.

⁸⁵ S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2009 p. 19.

van de geleden en nog te lijden schade, de aard van de aansprakelijkheid, de duur en intensiteit van de pijn, verdriet en het eventuele gederfde levensvreugde.⁸⁶ Daarnaast wordt door middel van de Smartengeldgids het ene geval vergeleken met het andere geval, zodat de rechters enige richtlijn kunnen aanhouden bij het bepalen van de omvang van de vergoeding.⁸⁷ Echter moet de benadeelde er rekening mee houden dat niet alle kosten die daartoe nuttig zijn of behulpzaam zouden kunnen zijn om zijn leed te verzachten, ook daadwerkelijk vergoed zullen worden. Indien de duur van de pijn en de nog te verwachten pijn of lijden hoger uitvallen, zal dit in de meeste gevallen tot hogere smartengeld bedragen leiden. Tot slot kan de rechter ook tot de conclusie komen helemaal geen schadevergoeding toe te kennen.

Druijff/Bouw arrest

Belangrijk bij het begroten van de omvang van het smartengeld zijn de arresten *Druijff/Bouw*, het *coma-arrest* en het *tweede wrongful birth-arrest*.⁸⁸ In deze arresten is door de Hoge Raad een en ander gezegd over de wijze van vaststelling van het smartengeld en de daarbij behorende factoren. Hierin is mede bepaald dat de rechter vrij is in hoe hij de schadevergoeding waardeert, maar hij is niet vrij in wat hij precies moet waarderen.

In het arrest *Druijff/Bouw* wordt aangegeven door de Hoge Raad waar het bij het vaststellen van het smartengeld precies om gaat. De Hoge Raad stelde het volgende: *Het gaat in deze procedure om de begroting van de naar billijkheid vast te stellen vergoeding voor het niet in vermogensschade bestaande nadeel dat is geleden door een persoon die als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk letsel heeft opgelopen. Bij deze begroting dient de rechter rekening te houden met alle omstandigheden, in een geval als het onderhavige in het bijzonder de aard en ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor de betrokkene.*⁸⁹ Hiermee wordt de aard en de ernst van het letsel als maatstaf voor de omvang van het smartengeld geplaatst.⁹⁰ In dit arrest was de benadeelde van mening dat het door de kantonrechter toegewezen bedrag ontoereikend en inadequaaf was. De Hoge Raad heeft hier geen gehoor aan gegeven, met als motivatie dat *de aard en de ernst van het letsel van betrokkene mede van invloed zijn op de omvang van de kosten, verbonden aan de maatregelen ter veraangenaming van diens leven. Het middel gaat terecht ervan uit dat dit laatste een omstandigheid is, die door de rechter dient te worden meegewogen. De aard van de onderhavige vergoeding brengt echter mee dat deze niet afhankelijk is van de voorgenomen wijze van besteding.*⁹¹ Voorgaande houdt in dat de vergoeding dient ter veraangenaming van het leven van de benadeelde, maar er wordt daarbij niet gelet op welke besteding van de vergoeding de benadeelde voor ogen heeft. De besteding van het smartengeld heeft geen invloed op de omvang daarvan. Wanneer de benadeelde besluit de vergoeding in een keer te besteden, betekent dit niet dat de omvang van de vergoeding daardoor groter dient te zijn. Dit

⁸⁶ Hoge Raad 17 november 2000, NJ 2001, 215, commentaar A-G Spier.

⁸⁷ M. Jansen, *Verkeersrecht ANWB, Smartengeld, Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, ANWB 2009.

⁸⁸ Hoge Raad, 17 november 2000, LJN: AA8358; Hoge Raad, 9 augustus 2002, LJN: AE2117; Hoge Raad, 20 september 2002, LJN: AE2149.

⁸⁹ Hoge Raad, 17 november 2000, LJN: AA8358.

⁹⁰ S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2009 p. 69.

⁹¹ Hoge Raad, 17 november 2000, LJN: AA8358.

neemt echter niet weg dat het bedrag wel zodanig dient te zijn dat de benadeelde er daadwerkelijk iets mee kan.⁹²

Wrongful birth II arrest

In het *wrongful birth II arrest*, betrof het een vrouw die na sterilisatie alsnog tegen haar wil in zwanger raakte. Zij heeft ter compensatie hiervan een schadevergoeding in de vorm van materiële schade toegekend gekregen. Dit bedrag was ter waarde van de opvoedingskosten die benadeelde zou maken ten aanzien van haar kind tot het achttiende levensjaar. Benadeelde was echter van mening dat zij ook immateriële schade had geleden, welke zij baseerde op gemiste carrière kansen en gederfd inkomen. Van belang in dit arrest is de verwijtbaarheid ten aanzien van degene die het letsel heeft veroorzaakt. Daarbij heeft de Hoge Raad ook het standpunt van het Hof overgenomen, waarin werd aangenomen dat *de rechter bij de begroting van de vergoeding voor immateriële schade alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de aansprakelijkheid en de zwaarte van het aan de aansprakelijke gemaakt verwijt, mag meewegen*.⁹³ Hiermee maakt de Hoge Raad duidelijk dat bij het bepalen van de omvang van het smartengeld, ook de verwijtbaarheid van de gedraging in een concreet geval een rol speelt.

Coma arrest

In het derde arrest, het *coma arrest*, buigt de Hoge Raad zich over de vraag of een comateus slachtoffer wel of geen recht heeft op een vergoeding van immateriële schade. Dit arrest geeft duidelijk aan waar het om gaat bij smartengeld, namelijk wat voor de begroting van belang is. De Hoge Raad formuleerde het volgende: *bij begroting van een dergelijk nadeel moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden, waarbij in een geval als het onderhavige kan worden gedacht enerzijds aan de aard van de aansprakelijkheid en anderzijds aan de aard van het letsel, de duur en de intensiteit van het verdriet en de gederfde levensvreugde die voor het slachtoffer het gevolg is voor de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. De rechter zal bij deze begroting ook rekening moeten houden met de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de benadeelde*.⁹⁴ Deze overweging geeft duidelijk aan dat het gaat om de omvang van het concrete immateriële nadeel van het slachtoffer, dat niet anders kan worden benaderd dan aan de hand van objectieve factoren.⁹⁵ Dit zijn factoren die los staan van de meningen van andere, waarbij enkel naar de factoren zelf wordt gekeken zoals deze zich voordoen, zoals de aard en de ernst van het letsel. Deze factoren zijn niet meetbaar en zullen dan ook in vele gevallen worden geschat. De rechter zal dan ook *de zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn, het gemis aan levensvreugde en het geschokte rechtsgevoel met name moeten afleiden uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen, zoals de aard van het letsel en de gevolgen daarvan voor de benadeelde*.⁹⁶ De pijn en het verdriet, of de intensiteit waarmee het derven van levensvreugde wordt beleefd door de benadeelde, zal niet precies kunnen worden gemeten, waardoor deze in objectieve zin zal moeten worden vastgesteld, aldus de Hoge Raad.

⁹² S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2009 p. 70.

⁹³ Hoge Raad, 8 augustus 2002, LJN: AE2117.

⁹⁴ Hoge Raad, 20 september 2002, LJN: AE2149.

⁹⁵ S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2009 p. 71.

⁹⁶ Hoge Raad, 20 september 2002, LJN: AE2149.

4.6 Deelconclusie

Problemen rondom het vaststellen van de schadevergoeding komt niet alleen in kennelijk onredelijk ontslagprocedures voor, ook bij letselschadeprocedures heeft de rechter te maken met problemen rondom de begroting van de schadevergoeding. De problemen ontstaan, net als bij kennelijk onredelijk ontslag, door de onduidelijkheid die heerst in de rechtspraak.

Het letselschade bestaat uit twee soorten schade, namelijk de materiële schade en de immateriële schade. Materiële schade is op geld waardeerbaar, de immateriële schade is niet op geld waardeerbaar. Een vergoeding voor kosten als ziekenhuiskosten of de kosten voor medicatie (materiële schade) zijn makkelijk te berekenen, dat is een kwestie van optellen. Bij immateriële schade valt te denken aan pijn, verdriet of gederfde levensvreugde. Hoeveel pijn of verdriet iemand heeft valt niet in cijfers uit te drukken, waardoor het moeilijk is een vergoeding hiervoor vast te stellen. Deze vergoeding wordt ook wel smartengeld genoemd. Het doel van smartengeld is te dienen als een genoegdoening of compensatie voor de benadeelde partij om het leven van diegene zoveel mogelijk hetzelfde te laten zijn als voordat hij schade had.

De vergoeding van letselschade vindt zijn grondslag in artikel 6:95 jo 6:106 BW. Hoewel het in deze artikelen niet zo wordt gezegd, is het doel van de schadevergoeding de benadeelde zoveel mogelijk terug te plaatsen naar de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden zonder de schade. Om richtlijn aan te houden bij het bepalen van de vergoeding, maakt de rechter gebruik van de ANWB Smartengeldgids, waarmee een zaaksvergelijking gemaakt kan worden. Aan de hand van die vergelijking kan hij de omvang van de schadevergoeding bepalen.

De materiële schade bij letselschade is niet moeilijk vast te stellen. Deze schade is op geld waardeerbaar, waardoor het een optelsom wordt. De immateriële schade bij letselschade wordt naar billijkheid vastgesteld. Voor het begroten van deze vergoeding is geen formule en ook geen vaste richtlijn. Door middel van schatten en begroten naar billijkheid en door middel van gevalsvergelijking is de rechter met veel vrijheid bevoegd de schadevergoeding naar eigen oordeel te begroten. In jurisprudentie komt dan ook vaak naar voren dat de rechter door gevalsvergelijking aan een bepaald bedrag komt. Dit bedrag wordt, afhankelijk van de omstandigheden, in vermindering of in vermeerdering gebracht. Het kan ook zijn dat de rechter in een gelijksoortige situatie hetzelfde bedrag toekent als het geval waar hij de voor hem liggende zaak mee vergelijkt. Daarbij houdt de rechter nauwkeurig rekening met de aard en de ernst van de schade en de bijzondere omstandigheden. De benadeelde is afhankelijk van de overtuigingen van de rechter op het moment dat de schade wordt begroot.

Hoofdstuk 5 Letselschade vs. kennelijk onredelijk ontslag

In dit hoofdstuk staat de volgende vraag centraal: *Biedt de wijze van begroten van de schadevergoeding in letselschade- procedures een mogelijke oplossing voor de onduidelijkheid bij het begroten van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag?* Er zal nader worden ingegaan op de overeenkomsten en de verschillen die bestaan bij het begroten van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslagprocedures en letselschadeprocedures. Daarbij zal worden gekeken naar verschillende uitspraken in beide procedures. Tot slot zal aan de hand van de informatie een conclusie worden gegeven.

Om aan te geven dat er überhaupt een overeenkomst bestaat bij het begroten van de schadevergoeding tussen letselschade en kennelijk onredelijk ontslag, wordt er de volgende vergelijking gemaakt. In het Druif/Bouw arrest⁹⁷ is de volgende uitspraak gedaan:

Letselschade:

Het gaat in deze procedure om de begroting van de (1)naar billijkheid vast te stellen vergoeding voor het niet in vermogensschade bestaande nadeel dat is geleden door een persoon die als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk letsel heeft opgelopen. Bij deze begroting dient de rechter rekening te houden met (2)alle omstandigheden, in een geval als het onderhavige in het bijzonder de (3)aard en ernst van het letsel en de (4)gevolgen daarvan voor de betrokkene.⁹⁸

In deze uitspraak maakt de Hoge Raad duidelijk hoe de schade bij letselschadeprocedures begroot dient te worden. Om de gelijkenis tussen de letselschadeprocedure en de kennelijk onredelijk ontslagprocedure aan te tonen, wordt hieronder een uitspraak van de Hoge Raad uit het Rutten/Breed arrest van februari 2010 gegeven.

Kennelijk onredelijk ontslag:

Hoewel de rechter dus een grote mate van vrijheid heeft bij de begroting van de schade, brengen (1)alle omstandigheden van het geval en de daaruit voortvloeiende aard van de aansprakelijkheid van de werkgever mee dat de rechter, zich steeds nauwkeurig rekenschap dient te geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen. Hij moet de vergoeding dan ook relateren aan de (2)aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen en aan de daaruit (3)voor de werknemer voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen. Dit laat overigens onverlet dat art. 6:97 BW de rechter vrij laat de hoogte van de vergoeding uiteindelijk (4)naar billijkheid op een bedrag te begroten.⁹⁹

Uit het bovenstaande blijkt dat de vergoedingen in beide procedures op dezelfde manier begroot worden. In beide gevallen wordt er gekeken naar alle omstandigheden van het geval en moet er rekening worden gehouden met de aard en de ernst van de schade en de gevolgen daarvan voor betrokkene. Belangrijk is ook dat deze begroting naar billijkheid dient te worden vastgesteld. Dit betekent dat bij het begroten van de schadevergoeding in beide procedures, rechters in grote lijnen hetzelfde te werk gaan. Echter houdt de rechter zich op het gebied van letselschade al langer bezig met het

⁹⁷ Hoge Raad, 17 november 2000, LJN: AA8358.

⁹⁸ Hoge Raad, 17 november 2000, LJN: AA8358.

⁹⁹ Hoge Raad, 12 februari 2010, LJN: BK4472.

begroten van schadevergoeding dan de rechter bij kennelijk onredelijk ontslag, die na het wegvallen van de kantonrechtersformule geheel opnieuw moesten beginnen met het vinden van de juiste wijze van begroting. Het naast elkaar zetten van de twee wijzen van begroten kan eventuele verheldering bieden voor rechters die te maken hebben met de onduidelijkheid op het vakgebied van kennelijk onredelijk ontslag.

5.1 Jurisprudentie

In het volgende stuk zal voor zowel letselschade als voor kennelijk onredelijk ontslag een korte samenvatting van verschillende uitspraken worden gegeven. Door deze uitspraken naast elkaar te zetten zullen de overeenkomsten en de verschillen duidelijk worden. De eerste vijf uitspraken betreffen het kennelijk onredelijk ontslag, de laatste vijf betreffen letselschade.

Kennelijk onredelijk ontslag

Uitspraak 1: Rechtbank Den Haag, 3 maart 2010, LJN: BN0658

In dit arrest betrof het een 51-jarige werknemer die na een dienstverband van 28 jaar werd ontslagen wegens een verstoorde arbeidsrelatie. Omdat het voor de werknemer niet makkelijk zou zijn een nieuwe vergelijkbare functie te werven, is het ontslag als kennelijk onredelijk beoordeeld.

Factoren waarmee rekening is gehouden

- alle omstandigheden rondom het ontslag
- na ontslag zal de werknemer niet makkelijk nieuwe functie met vergelijkbaar salarisniveau te vinden
- duur dienstverband (28 jaar)
- leeftijd werknemer ten tijde van ontslag (51 jaar)
- geen enkele voorziening door werkgever (vergoeding werd redelijk geacht)
- werkzaamheden enige tijd niet verricht door werknemer, werkgever heeft loon wel doorbetaald (werknemer had volgens de rechter onjuist standpunt aangenomen)

Schadevergoeding

- De rechter was van oordeel dat het ontslag zowel aan de werknemer als aan de werkgever te wijten was, nu de werknemer weigerde de werkgever te erkennen als zijn meerdere (geen sprake van gezagsverhouding). Omdat de rechter van mening is dat de schuld deels bij de werknemer ligt, maar het voor de werknemer moeilijk zou zijn nieuw werk te vinden gezien zijn leeftijd, mede rekening houdend met het dienstverband, achtte de rechter een vergoeding bij ontslag redelijk. Om die redenen heeft hij een vergoeding van €200.000,- toegekend.

Uitspraak 2: Rechtbank Den Bosch, 1 juli 2010, LJN: BN3095

In dit arrest ging het om een 53-jarige werknemer die na een dienstverband van 30 jaar ontslagen werd. De grond voor ontslag was reorganisatie. De werkgever wist deze grond niet voldoende te motiveren en kon niet aantonen waarom de werknemer vervangen moest worden.

Factoren waarmee rekening is gehouden

- alle omstandigheden rondom het ontslag
- aard en ernst van tekortschieten werkgever in verplichting als goed werkgever te handelen (er is geen aandacht besteed aan vertrek, enkel mededeling van ontslag)
- dienstverband (30 jaar)
- leeftijd (53 jaar)
- positie arbeidsmarkt/mogelijkheden elders inkomen te realiseren (plicht van de werknemer om werkgever hulp te bieden, werkgever nagelaten)
- aangeboden voorzieningen (bijvoorbeeld aanvullende scholing; werkgever had vergoeding aangeboden, namelijk een aanvulling op de uitkering ingevolge de werkloosheidswet, maar was volgens de rechter, gezien de omstandigheden onvoldoende)

Schadevergoeding

- De kantonrechter is van mening, gezien de bovengenoemde omstandigheden, dat het inkomensverlies deels voor rekening van de werkgever dient te komen. De rechter heeft dit verlies geschat op $\frac{1}{4}$ van het totale inkomensverlies (€102.207,- berekend door werknemer, niet bestreden door werkgever) tot de 60^e verjaardag van de werknemer. De schadevergoeding wordt vastgesteld op €25.000,-.

Uitspraak 3: Rechtbank Den Bosch, 23 juni 2011, LJN: BQ9394

In deze zaak ging het om een werkgever die na 36 jaar zijn 53-jarige werknemer heeft ontslagen op grond van bedrijfseconomische redenen. Het bedrijf was op dat moment verlieslijdend en er was nog maar een persoon nodig voor de functie waarvoor werknemer in dienst was. Deze werknemer was het kortst in dienst en is daarom ontslagen.

Factoren waarmee rekening is gehouden

- alle omstandigheden rondom het ontslag
- leeftijd werknemer (53 jaar)
- positie op de arbeidsmarkt (eenzijdig opgeleid en deels arbeidsongeschikt)
- daling inkomsten
- geen voorzieningen getroffen (outplacement, begeleiding ander passend werk)
- aangeboden vergoeding werkgever (€2.500,- is naar mening van de kantonrechter kennelijk onredelijk gezien de omstandigheden)

Schadevergoeding

- De rechter is van mening dat de werkgever, gezien de voornoemde omstandigheden, een voorziening had moeten aanbieden waarmee de werkgever had kunnen wennen aan zijn inkomensachteruitgang. De rechter gaf aan dat het aanvullen van de WW-uitkering tot 100% van het laatst verdiende loon van de werkgever gedurende 24 maanden een redelijke compensatie was geweest. Nu die voorziening niet is getroffen zal de rechter een schadevergoeding toekennen van €50.000,-.

Uitspraak 4: Rechtbank Den Bosch, Juni 2011, LJN: BQ9248

In deze zaak gaat het om een werkgever die de arbeidsovereenkomst met zijn 61-jarige werknemer heeft opgezegd wegens bedrijfseconomische redenen na een dienstverband van 9 jaar. De werknemer heeft een eenzijdig werkverleden waardoor zijn kansen op de arbeidsmarkt erg slecht zijn.

Factoren waarmee rekening is gehouden

- alle omstandigheden rondom het ontslag
- leeftijd (61 jaar)
- werkervaring (eenzijdig, verzekeringsbranche, deze staat onder druk door crisis, dus het zal moeilijk zijn voor de werknemer hier nieuw werk in te vinden)
- inspanningen werkgever met betrekking tot voorzieningen waren slecht
- financiële voorziening
- positie arbeidsmarkt

Schadevergoeding

- Gezien de omstandigheden, de leeftijd en de vooruitzichten op ander werk (deze zijn nihil) heeft de rechter geoordeeld dat een ontslag zonder enige voorziening in dit geval kennelijk onredelijk is. De werknemer ontvangt geen WW-uitkering omdat hij nog andere inkomsten heeft. De rechter laat deze buiten beschouwing bij het begroten van de vergoeding. De rechter stelt dat de financiële voorziening die de werkgever had moeten treffen gedurende 13 maanden (tot aan de tijd dat werknemer/werkgever de situatie van de werknemer zouden bespreken). Vergoeding die is toegekend: €28.569,45 (verwachte uitkering aangevuld tot 70% laatstgenoten inkomen maal 13 maanden).

Uitspraak 5: Rechtbank Leeuwarden, augustus 2011, LJN: BR5420

De 46-jarige werknemer is na bijna 4 jaar werkzaam te zijn geweest bij werkgever ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen. De rechter oordeelde dat deze reden voor ontslag geheel in het risicosfeer van de werkgever ligt.

Factoren waarmee rekening is gehouden

- alle omstandigheden rondom het ontslag
- dienstverband (3 keer contract bepaalde tijd, daarna contract onbepaalde tijd, waarmee werkgever onterecht verwachting heeft gewekt omtrent continuering dienstverband)
- leeftijd
- functioneren werknemer
- positie arbeidsmarkt (volgens rechter niet slecht, gezien de leeftijd en het niet eenzijdige werkverleden moet het niet onmogelijk zijn nieuwe werk te vinden)
- inspanningsverplichting werkgever
- achteruitgang salaris
- eventuele vergoeding of andere voorziening na ontslag

Schadevergoeding

- €10.000,- is toegewezen, gezien de aard en de ernst van de tekortkoming van de werkgever, aldus de rechter. Om tot dit bedrag te komen heeft de rechter de voornoemde omstandigheden van het geval, in hun onderling verband en samenhang gezien, meegewogen.

Letselschade

Uitspraak 1: Rechtbank Utrecht, februari 2011, LJN: BP5569

In deze zaak is er een fout gemaakt door het ziekenhuis waar de benadeelde behandeld werd. Nadat zij van de trap was gevallen en op haar hoofd terecht was gekomen was zij opgenomen in het ziekenhuis. Benadeelde ging vreemd gedrag vertonen, hier heeft het ziekenhuis te laat op gereageerd. Dit bleek een hersenbloeding te zijn. Door het te laat reageren van het ziekenhuis is benadeelde deels verlamd,

kampt met spraakproblemen en oogstoornissen en is de rest van haar leven rolstoel afhankelijk.

Factoren waarmee rekening wordt gehouden:

Materiële schade

- aansprakelijkheid (ziekenhuis)
- 24-uurs verzorging
- dagopvang
- kosten verhuizing/aanpassing woning

Immateriële schade

- leeftijd benadeelde (79 jaar)
- gesteldheid van de vrouw
- dagelijkse bezigheden (mantelzorger gehandicapte kleinzoon)
- de na de medische fout vastgestelde beperkingen (zie hierboven)
- met eerder ingrijpen had benadeelde zo goed als helemaal kunnen opknappen

Schadevergoeding

- Ten gevolge van de medische fout is benadeelde van een normaal, zelfstandig functionerende vrouw veranderd in een vrouw die volledig afhankelijk is van andere en 24 uur per dag verzorging nodig heeft. De rechtbank acht een vergoeding van €100.000,- passend en redelijk, onder meer gezien de leeftijd en in de jurisprudentie vergelijkbare gevallen. (geen specifieke uitspraak genoemd)

Uitspraak 2: Rechtbank Zwolle, mei 2011, LJN: BN6383

Benadeelde heeft tijdens een golftoernooi een acute hartstilstand gehad. Eerste hulp is verleend door enkele medespelers, waarvan een arts is. Daarna is de ambulancedienst gekomen. Bij het aanbrengen van het infuus door het ambulancepersoneel is een fout opgetreden, waardoor het vloeistof in arm van benadeelde terecht is gekomen. In het ziekenhuis heeft benadeelde een dotterbehandeling gekregen. Enkele uren na de behandeling kreeg benadeelde last van zijn rechter arm. De behandeling in combinatie met het misgaan van het plaatsen van het infuus hebben gezorgd voor een medische complicatie. Benadeelde is alle functies in zijn rechter arm verloren.

Factoren waarmee rekening is gehouden:

Materiële schade

- schadeposten (niet precies genoemd welke dit zijn)

Immateriële schade

- gevolg verlies functie rechter arm
- aansprakelijkheid ambulancedienst (hebben geen gebruik gemaakt van gebruikelijk manier om infuus te verkrijgen)

Schadevergoeding

- De rechter acht een vergoeding van €25.000,- gerechtvaardigd voor het verlies van de functie van het rechterarm. Totaal wordt een vergoeding van €65.000,- toegekend. (Vergelijkende zaak: HR 11 juli 2003, NJ 2005, 50)

Uitspraak 3: Rechtbank Rotterdam, april 2011, LJN: BQ7075

Benadeelde is een vier jarig jongentje die in zijn gezicht en in zijn arm is gebeten door een hond, type pitbull terriër, van mede flat bewoonster. De jongen heeft twee dagen in

het ziekenhuis gelegen en is geopereerd door plastische chirurg, desondanks heeft de jongen veel littekens in het gezicht behouden.

Factoren waarmee rekening is gehouden:

Materiële schade

- opname ziekenhuis
- reiskosten
- bijdrage rechtsbijstand
- kosten medische informatie
- kosten griffierecht

Immateriële schade

- aansprakelijkheid eigenaar hond
- alle omstandigheden, waaronder de aard en de ernst van het letsel, de restgevolgen en de impact van deze gevolgen op het leven van betrokkene
- bedragen die door Nederlandse rechters in soortgelijke gevallen is toegekend
- leeftijd, littekens zullen nooit verdwijnen, benadeelde kan voor zijn 18^e geen plastische chirurgie ondergaan, waardoor hij zijn gehele jeugd geconfronteerd wordt met de zichtbare gevolgen van de beet
- vergoedingen bij vergelijkbare gevallen

Schadevergoeding

- De rechter heeft op grond van de genoemde omstandigheden en vergelijkbare gevallen, een vergoeding van €7.300,00 toegekend. Hiervan is €7.000,00,- vergoeding voor de immateriële schade (smartengeld) en €300,- is vergoeding voor de materiële schade. (geen specifieke vergelijkende uitspraken genoemd)

Uitspraak 4: Rechtbank Amsterdam, oktober 2010, LJN: BQ1104

Benadeelde is een jongeman die bij een schietincident betrokken is geraakt. Hij is hierbij in zijn arm geraakt waarbij zijn bicepsspier is doorschoten.

Factoren waarmee rekening is gehouden:

Materiële schade

- verlies arbeidsvermogen: (benadeelde heeft opleiding/bijbaan moeten staken, waardoor hij aan inkomensverlies lijdt)

Immateriële schade

- Aansprakelijkheid dader(s) (rechter oordeelde dat beide daders geheel aansprakelijk zijn voor de door de benadeelde geleden schade)
- alle relevante omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de ernst van het aan de dader te maken verwijt en de aard, ernst en duur van het geconstateerde letsel (psychische schade, leeftijd, 16 jaar, niet afronden studie, loopbaan anders ontwikkeld dan gepland, verandering persoonlijkheid)
- vergelijking soortgelijke gevallen

Schadevergoeding

- De rechter acht een bedrag van €9.000,- aan smartengeld billijk gelet op de bovengenoemde omstandigheden. Voor de materiële schade kent de rechter een bedrag van €6.400,- tot. 16 (maanden) x €400 (verschil baan nu en baan als hij opleiding had afgerond) In deze uitspraak zijn geen specifieke vergelijkbare gevallen genoemd.

Uitspraak 5: Rechtbank Den Haag, februari 2010, LJN: BL6268

Benadeelde is werknemer die tijdens het verlaten van het parkeerterrein (op het werk) gewond is geraakt. Er was een storing bij de slagboom, waardoor deze gericht stond op de auto's die het terrein wilden verlaten. Door de laagstaande zon kon benadeelde dit niet zien en is zijn vooruit doorboord door de slagboom. Deze heeft benadeelde op het strottenhoofd geraakt. Benadeelde is volledig arbeidsongeschikt geraakt. De aansprakelijk van het ongeval is erkend door de werkgever (verzekeraar). In deze zaak eisen de erfgenamen een hoger bedrag aan smartengeld, zij hebben €50.000,- toegekend gekregen, zij eisen nu €100.000,-.

Factoren waarmee rekening is gehouden:

Materiële schade

- deze schade is erkend en betaald door werkgever (verzekeraar)

Immateriële schade

- alle omstandigheden van het geval, waaronder de aarde van de aansprakelijkheid en de aard en ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer
- voortdurende benauwdheid (door wildgroei en littekenweefsel in luchtpijp)
- moeite met spreken, moeite met slikken, angst om te stikken, moeite met hoesten
- psychische klachten
- acht operatieve ingrepen in 3 jaar tijd, bij de laatste is benadeelde komen te overlijden
- leeftijd (37 jaar ten tijde van het ongeluk, overleden op 40 jarige leeftijd)
- twee kinderen (13 jaar en 1 maand oud ten tijde van het ongeluk)
- uitoefenen hobby's kon niet meer, kon niet naar buiten, wanneer wel in de buurt van ziekenhuis in verband met eventuele complicaties
- verzorgd door echtgenote, dus in 3 jaar tijd niet heeft kunnen werken, waardoor gezin in financiële problemen is geraakt

Schadevergoeding

- De erfgenamen hebben in dit geval een vergelijking gemaakt met een zaak die volgens de rechter niet op ging. Wel is de rechter van mening dat een hoger bedrag billijk is. De rechter heeft de erfgenamen daarom nog een bedrag van €35.000,- aan smartengeld toegekend. Totaal hebben zij een bedrag van €85.000,- toegekend gekregen. Er is zowel door de erfgenamen als door de rechter gebruik gemaakt van vergelijkbare gevallen. (o.a. het Aidsarrest, uitspraken Hof Den Haag en rechtbank Middelburg)

5.2 Overeenkomsten vaststelling vergoeding kennelijk onredelijk ontslag en letsel- schade

Uit de bovenstaande uitspraken is gebleken dat bij het begroten van de schadevergoeding in kennelijk onredelijk ontslagprocedure en in letselschadeprocedures enkele overeenkomsten te zien zijn. De volgende overeenkomsten zijn gebleken uit het jurisprudentie onderzoek:

1. In zowel de uitspraken bij letselschade als bij kennelijk onredelijk ontslag kwam naar voren dat de rechter rekening hield met alle omstandigheden rondom het ontslag. Hierbij werd gekeken naar de aard en de ernst van de schade en wat daarbij de gevolgen zouden zijn voor de werknemer/ benadeelde.

2. In de bovengenoemde uitspraken heeft de rechter de leeftijd van de werknemer/benadeelde in acht genomen. De leeftijd bepaalt mede wat de gevolgen voor de werknemer of de benadeelde zijn.

Bij kennelijk onredelijk ontslagprocedures is de leeftijd van belang, wanneer het gaat om een werknemer van oudere leeftijd, bijvoorbeeld eind vijftig, begin zestig, wordt het na ontslag moeilijker ander passend werk te vinden dan een werknemer van begin dertig. De gevolgen van ontslag voor een werknemer van oudere leeftijd zijn ernstiger dan de gevolgen voor een jongere werknemer na ontslag.

Bij letselschadeprocedures is de leeftijd ook erg van belang. Wanneer een jong kind zodanig ernstig letsel oploopt dat hij hier de rest van zijn leven mee geconfronteerd wordt, zijn de gevolgen ernstiger dan wanneer een man van vijftig ernstig letsel oploopt. Een voorbeeld: een jongentje van vijf jaar wordt aangereden en verliest zijn been. Dit jongentje moet nog de rest van zijn leven (pubertijd) zonder dit been. Dit zal complicaties opleveren bij het uitoefenen van zijn hobby, bijvoorbeeld voetbal, of op school, bijvoorbeeld met de gym. Wanneer een man van vijftig wordt aangereden en zijn been verliest, is dit niet minder erg, maar de gevolgen voor hem kunnen wel als minder ernstig worden beschouwd. Deze man heeft de pubertijd achter de rug en hij hoeft niet meer naar school. Hij heeft al vijftig jaar zijn hobby's kunnen uitoefenen en van de functie van zijn been kunnen genieten.

3. Hoewel het bij kennelijk onredelijk ontslagprocedures niet met zoveel woorden is gezegd, dient bij het begroten van de schade, evenals bij letselschade, de schade naar billijkheid te worden begroot. In de hierboven besproken uitspraken is gebleken dat bij letselschade de schadevergoeding naar billijkheid begroot wordt. Bij kennelijk onredelijk ontslag wordt in twee van de vijf uitspraken aangegeven dat de vergoeding naar billijkheid begroot dient te worden.¹⁰⁰ Centraal bij de begroting staan artikelen 6:95 BW en 6:97 BW.

5.3 Verschillen begroting vergoeding kennelijk onredelijk ontslag en letselschade

1. Een belangrijk verschil bij het vaststellen van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag en letselschade is de aard van de schade. Bij letselschade gaat het om tijdelijke schade waarvan iemand kan herstellen, of om schade waar iemand de rest van zijn leven mee rond zal lopen. Het gaat om fysieke schade die niet alleen voor de benadeelde zelf te zien is, maar ook voor de buitenwereld.

Een voorbeeld ter verduidelijking: een advocaat die wordt aangereden en door deze aanrijding zijn been verliest is na dit ongeluk nog steeds advocaat en kan nog steeds zijn werk uitoefenen. Een professional voetballer op hoog niveau die wordt aangereden en zijn been verliest zal nooit meer voetbal spelen op datzelfde niveau, als hij überhaupt nog voetbal kan spelen. De gevolgen van dezelfde schade is voor beide partijen totaal verschillend. Deze factoren zijn van belang bij het begroten van de schade. Vergelijkbare gevallen zijn er voor

¹⁰⁰ Rechtbank Den Bosch, 9 juni 2011, LJN: BQ9248; Rechtbank Leeuwarden, augustus 2011, LJN: BR5420.

de rechter om naar te kijken, maar er zal bij letselschade altijd sprake zijn van bijzondere omstandigheden die afwijken van de vergelijkende zaak.

Bij kennelijk onredelijk ontslag betreft het schade naar aanleiding van ontslag, het is geen fysieke schade maar financiële schade, het zal in de eerste instantie geen effect hebben op iemands fysieke gesteldheid. Deze schade wordt geleden naar de toekomst toe, waardoor er nog geen schade is vastgesteld op het moment dat deze vergoeding gevorderd wordt.

Voorbeeld: wanneer een slager kennelijk onredelijk wordt ontslagen, is dit ontslag in grote lijnen niet anders dan een professional voetballer die kennelijk onredelijk wordt ontslagen. Een slager blijft een slager en een voetballer blijft voetballer. De schade die zij naar aanleiding lijden is financieel van aard. De bijzondere factoren daarentegen zijn nog altijd niet te voorzien en bepalen dan ook hoe hoog of laag een schadevergoeding uiteindelijk zal uitvallen.

2. Hoewel er in beide procedures wordt gekeken naar de omstandigheden van het geval, houdt de rechter bij het bepalen van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag rekening met andere factoren dan de rechter die de schadevergoeding in een letselschadeprocedure moet begroten. In geval van kennelijk onredelijk ontslag houdt de rechter het gevolgcriterium aan om te bepalen of er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag. Daarbij wordt gekeken naar de leeftijd en het dienstverband en eventueel naar bijkomende bijzondere omstandigheden. Deze factoren en omstandigheden bepalen uiteindelijk ook de schadevergoeding. Welke factoren het zwaarst wegen bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding verschilt per rechter. Een duidelijke scheiding tussen de materiële en de immateriële schade is er niet bij kennelijk onredelijk ontslag, zoals ook is gebleken uit de hierboven genoemde uitspraken. Een duidelijke wijze van begroten ontbreekt in kennelijk onredelijk ontslag procedures. In sommige gevallen gebruikt de rechter het laatstverdiende salaris als richtlijn bij het begroten van de schadevergoeding, in andere gevallen worden enkel de omstandigheden van het geval in acht genomen bij het begroten van de schadevergoeding.

In letselschadeprocedures zijn er andere factoren van belang. Ook in deze zaken wordt gekeken naar de leeftijd en de aard en de ernst van de schade, maar de omstandigheden en factoren die de hoogte van de schadevergoeding bepalen zijn niet hetzelfde als bij kennelijk onredelijk ontslag. Het bepalen van de materiële schade is in deze procedures een kwestie van optellen van de kosten die de benadeelde heeft moeten maken. Het bepalen van de kosten van de immateriële schade dient naar billijkheid te geschieden, aan de hand van alle factoren en gevalsvergelijking. Zoals ook uit de arresten is gebleken, wordt een zaak met vergelijkbare gevallen vergeleken. Van daaruit wordt er gekeken naar de bijzondere omstandigheden en wordt bepaald welk bedrag wordt toegekend. Dit bedrag kan hoger of lager zijn, maar het kan ook gelijk zijn aan het bedrag in vergelijkbare geval.

3. Zoals eerder vermeld wordt bij letselschade gebruik gemaakt van gevalsvergelijking door middel van smartengeldgids. Bij kennelijk onredelijk ontslag wordt gezocht naar harmonisatie en eventuele gevalsvergelijking, maar dit wordt nog niet gerealiseerd.

5.4 Deelconclusie

Uit het bovenstaande is gebleken dat voor het begroten van de schadevergoeding bij zowel kennelijk onredelijk ontslag als bij letselschade er bepaalde factoren van belang zijn. Sommige van deze factoren komen overeen, maar er zijn ook de nodige verschillen. Vast staat dat er in beide procedures gekeken wordt naar alle omstandigheden van het geval, dat de leeftijd een grote rol speelt bij het begroten van de vergoeding en dat deze vergoeding naar billijkheid vastgesteld dient te worden.

Hoewel beide procedures op bepaalde punten overeenkomen, zijn er ook belangrijke verschillen tussen de twee processen van vaststellen van schadevergoeding. Een groot verschil is de aard van de schade. Bij kennelijk onredelijk ontslag gaat het met name om financiële schade die hoogst waarschijnlijk tijdelijk is. Daarentegen gaat het bij letsel schade om fysieke schade die tijdelijk kan zijn, maar die ook levenslang kan zijn. Deze schade is vaak complexer en diepgaander dan de schade bij kennelijk onredelijk ontslag. Dit leidt ertoe dat er bij beide procedures andere factoren van belang zijn en dat factoren anders gewogen worden.

De schade die voor vergoeding in aanmerking komt is zowel de materiële als de immateriële schade. De materiële en immateriële schade is bij letselschade makkelijker te onderscheiden dan bij kennelijk onredelijk ontslag. Reden hiervan is dat bij letselschade de materiële schade vaak al geleden is en alleen nog maar opgeteld hoeft te worden. De begroting die dan plaats vindt is alleen nog voor de immateriële schade. Bij kennelijk onredelijk ontslag dient zowel de materiële als de immateriële schade nog bepaald te worden. Om dat deze schade toekomstig is, is deze moeilijker vast te stellen.

Nog een belangrijk verschil is het gebruik van gevalsvergelijking. Deze methode van begroten wordt vaak gebruikt bij het begroten van de vergoeding bij letselschade. Dit zorgt voor een bepaalde uniformiteit in de rechtspraak. Deze ontbreekt echter nog bij kennelijk onredelijk ontslagprocedures. Voorheen werd de kantonrechtersformule gebruikt, maar dit is sinds 2009/2010 niet meer toegestaan. Er wordt bij kennelijk onredelijk ontslag tot op heden nog gezocht naar een richtlijn of methode voor het begroten van de schadevergoeding.

Uit de in dit hoofdstuk besproken jurisprudentie is gebleken dat er in de kennelijk onredelijk ontslagprocedures nog gezocht wordt naar een wijze van begroten van de schadevergoeding. Ondanks de verschillen in de aard van de schade, gaat het in zowel kennelijk onredelijk ontslagprocedures en letselschadeprocedures om een schadevergoeding die naar billijkheid begroot dient te worden, waarbij Boek 6 BW van belang is. Het begroten van de vergoeding bij letselschade is diepgaander en complexer dan de schade bij kennelijk onredelijk ontslag. De wijze waarop er uniformiteit is bereikt in letselschadeprocedures, namelijk het verzamelen van uitspraken en deze te gebruiken voor gevalsvergelijking, kan als goed voorbeeld dienen voor het bereiken van uniformiteit bij kennelijk onredelijk ontslagprocedures.

Hoofdstuk 6 Conclusies en aanbevelingen

In dit onderzoek staat de volgende vraag centraal: *Welke veranderingen omtrent het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag procedure heeft het arrest van de Hoge Raad in 2009 teweeggebracht?* In dit hoofdstuk zullen eerst kort de belangrijkste bevindingen aan de orde komen. Vervolgens zal een conclusie worden gegeven waarmee antwoord wordt gegeven op de centrale vraag. Tot slot zal dit hoofdstuk eindigen met een aantal aanbevelingen.

6.1 Conclusies

De aanleiding van dit onderzoek zijn de uitspraken die de Hoge Raad heeft gedaan in november 2009 en februari 2010.¹⁰¹ In november 2009 liet de Hoge Raad weten dat bij het bepalen van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslagprocedures geen gebruik meer mocht worden gemaakt van een formule. Deze uitspraak bevestigde de Hoge Raad in februari 2010. Met deze uitspraken is een streep gezet door het toepassen van een formule bij het begroten van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Door de kantonrechters werd een formule gehanteerd (eerst de kantonrechtersformule, daarna de XYZ formule) om de schadevergoeding te begroten bij kennelijk onredelijk ontslag. De Hoge Raad was van mening dat een formule geen juiste maatstaf was voor het begroten van de vergoeding omdat een formule bepaalde factoren buiten beschouwing zou laten, die juist wel van belang zijn bij kennelijk onredelijk ontslagprocedures. Het gaat dan om factoren die niet van te voren vast te leggen zijn en daarom niet in een formule vast gelegd kunnen worden, maar die wel mee gewogen dienen worden en bepalend kunnen zijn voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding.

Artikel 7:681 BW, de wettelijke grondslag voor het kennelijk onredelijk ontslag, bevat een open norm. Dit houdt in dat er rekening wordt gehouden met omstandigheden van het kennelijk onredelijk ontslag die niet van tevoren kunnen worden vastgelegd en die pas ten tijde van het voorleggen van het probleem naar voren komen, ofwel onvoorziene omstandigheden. Nadat de Hoge Raad oordeelde dat een formule niet bij een kennelijk onredelijk ontslagprocedure van toepassing kan zijn, heeft zij geen aanbevelingen gedaan die richtinggevend zouden kunnen zijn bij het begroten van de schadevergoeding anders dan dat de schadevergoeding aan de hand van de algemene regels van Boek 6 BW begroot dient te worden. In dit onderzoek zijn de rechterlijke uitspraken, gedaan na het arrest van februari 2010, onderzocht en vergeleken. Sinds de voornoemde uitspraken is er geen duidelijke lijn te herkennen bij het toekennen door kantonrechters van een schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslagzaken.

Uit dit onderzoek zijn de volgende conclusies getrokken:

1. Bij het beantwoorden van de vraag of er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag wordt onder andere het gevolgencriterium aangehouden. De elementen die hierbij worden beschouwd worden ook meegenomen in de overwegingen voor het vaststellen van een schadevergoeding. Hierbij kan opgemerkt worden dat bepaalde factoren in de meeste uitspraken terug komen. Het betreft de volgende factoren:

¹⁰¹ Hoge Raad, 27 november 2009, *LJN*: BJ6596; Hoge Raad, 12 februari 2010, *LJN*: BK4472.

- leeftijd
- lengte dienstverband
- positie op de arbeidsmarkt (kansen op het vinden van ander (passend) werk)
- de ontslaggrond
- getroffen voorzieningen (financiële compensatie, omscholing)
- financiële positie van zowel de werknemer als de werkgever (ich habe nichts verweer)
- ontslaggrond

Het enkele feit dat de werkgever geen vergoeding heeft gegeven aan de werknemer bij ontslag maakt het ontslag niet kennelijk onredelijk. Uitspraken waarbij de kantonrechter heeft geoordeeld dat een ontslag kennelijk onredelijk was omdat er geen of een te lage vergoeding zou zijn gegeven, zijn na de arresten van de Hoge Raad ook niet meer gevonden.

2. De Hoge Raad heeft duidelijk aangegeven dat, enerzijds het bepalen of een ontslag kennelijk onredelijk is en anderzijds de daarbij horende schadevergoeding, afzonderlijk van elkaar dienen te worden vastgesteld. Eerst moet dus worden vastgesteld of er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag. Als de kennelijk onredelijkheid vast staat wordt door de rechter pas uitspraak gedaan over de daarbij horende schadevergoeding. Uit het jurisprudentie onderzoek is opgevallen de factoren en omstandigheden die het ontslag kennelijk onredelijk maken, uiteindelijk ook in verband staan met de hoogte van de schadevergoeding. Wanneer de rechter overgaat tot het begroten van de schadevergoeding, benoemt hij nogmaals dezelfde factoren en omstandigheden die hebben geleid tot de kennelijk onredelijkheid van het ontslag. Deze bepalen, onafhankelijk van het oordeel of een ontslag kennelijk onredelijk is, ook de hoogte van de schadevergoeding die wordt toegekend.
3. Opvallend aan de uitspraken is dat bij elke uitspraak een andere factor doorslaggevend is geweest voor de rechter om te bepalen dat een ontslag kennelijk onredelijk was. Dit is niet verassend, gezien de open normering. Echter biedt het weinig verheldering. Er kan gesteld worden dat de rechter, bij het bepalen of het ontslag kennelijk onredelijk is, aangeeft welke factoren en omstandigheden een rol spelen. Wanneer vast staat dat er sprake is van kennelijk onredelijk ontslag, kent de rechter vaak één bedrag aan schadevergoeding toe aan de hand van factoren, zonder inzicht te geven wat de gronden zijn voor het toekennen van dat bedrag. Dit bedrag stelt hij dan naar billijkheid vast. Meestal ontbreekt daarbij de motivering van hoe hij aan dit bedrag is gekomen. Hij verwijst enkel terug naar de kennelijk onredelijkheid van het ontslag. Onduidelijk blijft welke financiële vergoeding tegenover bepaalde factoren en omstandigheden staan. Wanneer dit verband er wel zou zijn, geeft dit een rechter meer inzicht en kan dit een voorbeeld zijn voor de uitspraken die volgen. Deze manier van begroten sluit daarentegen wel aan bij de overwegingen van de Hoge Raad, dat als de rechter de schadevergoeding niet kan begroten hij deze naar billijkheid kan vaststellen. Er bestaat dus een grote rechtsongelijkheid bij kennelijk onredelijk ontslag procedures, nu de rechter bepaalt hoe hoog de schadevergoeding is, zonder aan te geven hoe hij op dit bedrag komt.
4. De Hoge Raad heeft duidelijk aangegeven dat bij het begroten van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag geen formule mag worden toegepast. De grote vraag blijft dan: zou de kantonrechttersformule dan toch niet

juist een oplossing zijn om deze onzekerheid weg te halen? Deze vraag kan zowel bevestigend als ontkennend worden beantwoord. Enerzijds zou een formule de werknemer/werkgever weer rechtszekerheid bieden, in die zin dat de schadevergoeding niet afhankelijk is van het rechtsgevoel van één rechter, maar dat de begroting hiervan algemeen vastgesteld staat. De schadevergoeding is dan niet langer subjectief, maar objectief bepaalbaar. Anderzijds is de kantonrechtersformule niet voldoende om de schadevergoeding te berekenen bij kennelijk onredelijk ontslag. Reden hiervan is dat het gaat om een kennelijk onredelijk ontslag waarbij factoren een rol spelen die niet kunnen worden meegewogen in de kantonrechtersformule. De door het hof Den Haag gehanteerde XYZ formule werd door de Hoge Raad eveneens afgekeurd, hoewel deze rekening hield met alle omstandigheden van het geval. Hierbij was X de leeftijd van de werknemer, Y het aantal dienstjaren en Z zou dan de correctiefactor zijn. Deze laatste factor zou hoger of lager zijn, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad is echter van mening dat deze formule, net als de kantonrechtersformule of elke andere formule, geen juiste maatstaf kan zijn voor het begroten van de schadevergoeding, omdat een formule geen rekening kan houden met bepaalde omstandigheden. Gezien de twee uitspraken van de Hoge Raad waarin duidelijk wordt aangegeven dat een formule niet gewenst is, is dit naar alle waarschijnlijkheid op dit moment geen reële mogelijke aanbeveling, maar een conclusie.

5. Aan de hand van recente jurisprudentie is het dus niet mogelijk om in te schatten welke schadevergoeding billijk is, daarom is in dit onderzoek gekeken in hoeverre het leerstuk van het toekennen van schadevergoeding bij letselschade van belang kan zijn. Er is vervolgens een vergelijking gemaakt met de wijze van begroten bij kennelijk onredelijk ontslag. Het vergelijken van letselschade met kennelijk onredelijk ontslag is van toegevoegde waarde, omdat de rechter bij letselschade voor hetzelfde probleem heeft gestaan als waar de rechter nu voor staat bij kennelijk onredelijk ontslag. Bij letselschade is er een systematiek ontwikkeld die de rechter aanhoudt bij het bepalen van de schadevergoeding. Mogelijk biedt de systematiek van schadevergoeding bij letselschade een aanknopingspunt voor het berekenen van de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag. Hoewel beide procedures verschillend zijn van aard, is gebleken dat letselschade enige verduidelijking kan bieden betreffende de begroting van de schadevergoeding. In beide procedures speelt Boek 6 BW een grote rol. Het betreft een schadevergoeding naar billijkheid dient te worden vastgesteld. De schade bij letselschade is vaak diepgaander en complexer dan bij kennelijk onredelijk ontslag, omdat deze meer gekoppeld is aan opgelopen lichamelijke en geestelijke schade, waardoor factoren anders gewogen worden en een andere rol kunnen spelen. Ondanks deze verschillen, zou de wijze van begroten van de schadevergoeding bij letselschadeprocedures zou als voorbeeld kunnen dienen in kennelijk onredelijk ontslagprocedures.

Geconcludeerd kan worden dat er veel onduidelijkheid heerst bij het vaststellen van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. De Hoge Raad heeft met haar uitspraken van november 2009 en februari 2010 geprobeerd standaardisatie te creëren in de rechtspraak, zij heeft daarentegen juist voor rechtsonzekerheid gezorgd. Uit het jurisprudentie onderzoek is duidelijk gebleken dat er geen verband is tussen de uitspraken die na de voornoemde uitspraken hebben plaatsgevonden, in die zin dat er geen samenhang is tussen de wijze waarop verschillende rechters de schade-

vergoeding vaststellen in kennelijk onredelijk ontslagzaken. De factoren die leiden tot kennelijk onredelijk ontslag lopen uiteen, maar ook bestaan grote verschillen in de hoogte van de schadevergoeding die wordt toegekend. Dat de grondslagen voor het vergoeden van de vergoeding uiteenlopen is juridisch zuiver, maar hoe ze vervolgens vertaald worden in een vergoeding blijft in de rechtspraktijk onvoorspelbaar.

6.2 Aanbevelingen

Het ontwikkelen van een richtlijn of methode voor begroten van schadevergoedingen zou de heersende onduidelijkheid en rechtsonzekerheid bij schadevergoeding kunnen beperken. Deze zou door kantonrechters kunnen worden meegenomen. Zolang deze er niet is, zal deze onzekerheid hoogstwaarschijnlijk voortduren. Naar aanleiding van dit onderzoek en de rechtsvergelijking die is gemaakt kunnen de volgende aanbevelingen worden gedaan:

1. Eerder in dit onderzoek is gebleken dat bij letselschadeprocedures gebruik wordt gemaakt van gevalsvergelijking bij het begroten van de schadevergoeding. Om de onzekerheid bij kennelijk onredelijk ontslag te kunnen beperken dient er gebruik kunnen worden gemaakt van gevalsvergelijking. Dit kan naar analogie van de Smartengeldgids, maar dan voor kennelijk onredelijk ontslagprocedures. Hierin staan verschillende uitspraken opgenomen, met daarbij wat de zaak inhield, wat de schade was en welke schadevergoeding daarbij is toegekend. Hiermee wordt bij kennelijk onredelijk ontslag dus een bepaalde richtlijn ontwikkeld en inzichtelijk gemaakt voor het begroten van de schadevergoeding. Rechters kunnen door gevalsvergelijking een bepaalde harmonisatie creëren bij het begroten van de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Wanneer rechters bepaalde factoren zoals de leeftijd van de werknemer, de duur van zijn dienstverband en zijn positie op de arbeidsmarkt aan een bepaald bedrag verbinden, kan dit in soortgelijke situaties door andere rechters als referenties worden gebruikt. Op deze manier ontstaat er in de rechtspraktijk een zekere mate van harmonisatie en zouden de thans te constateren verschillen in bedragen kunnen worden beperkt.
2. Bij letselschadeprocedures wordt de materiële en immateriële schade duidelijk van elkaar gescheiden. Het zou bij kennelijk onredelijk ontslag een goede oplossing kunnen zijn om de materiële en immateriële schade duidelijk van elkaar te scheiden. In letselschadezaken is het aan de benadeelde om aan te tonen wat er is geleden aan materiële schade. Hoewel de materiële schade bij letselschade in het verleden is en de materiële schade bij kennelijk onredelijk ontslag naar de toekomst toe is gericht, zou dit toch als voorbeeld kunnen dienen bij kennelijk onredelijk ontslag. De rechter zou bijvoorbeeld van de werknemer kunnen verlangen dat hij duidelijkheid verschaft over welke materiële schade hij in de toekomst verwacht te gaan lijden. Hoewel dit (soms) lastig is vast te stellen omdat dit toekomstige schade is, kan hij wel aantonen wat hij precies aan salaris verdiende (inclusief dertiende maand, auto van de zaak) en wat hij nu per maand aan inkomensverlies zal lijden, dit kan meegenomen worden bij het begroten van de totale schadevergoeding. Op deze manier zou de te verwachten materiële schade per maand kunnen worden onderbouwd en berekend. De rechter zou dan enkel nog de immateriële schade moeten begroten (bijvoorbeeld door middel van gevalsvergelijking).

Hoofdstuk 7 Evaluatie

In dit hoofdstuk vindt een evaluatie van het onderzoek plaats. Er wordt gekeken naar de bruikbaarheid van dit onderzoek.

In dit onderzoek is geprobeerd de vaststelling van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag zo helder mogelijk uiteen te zetten. Om het kennelijk onredelijk ontslag te begrijpen, was het van belang uit te leggen hoe de beëindiging van een arbeidsovereenkomst plaatsvindt. Dit is gebeurd in hoofdstuk 2. In hoofdstuk 3 is het kennelijk onredelijk ontslag zelf uitgebreid aan bod gekomen. In hoofdstuk 4 is vervolgens een rechtsvergelijking gemaakt met letselschade, wat vervolgens in hoofdstuk 5 is vergeleken met het kennelijk onredelijk ontslag.

Het onderzoek is een juridisch onderzoek, in de vorm van een literatuuronderzoek. Dit onderzoek is begonnen met het opstellen van een onderzoeksplan. Hierbij zijn hoofd- en deelvragen geformuleerd. Deze vragen zijn in de eerste periode (2 tot 3 weken) enkele keren veranderd. De kern van de vragen bleef hetzelfde, maar de formulering werd aangepast.

De resultaten van dit onderzoek zijn bruikbaar, omdat de methoden en middelen op de juiste wijze zijn toegepast tijdens het onderzoek. Er is gewerkt met betrouwbare bronnen, zoals de wet, literatuur en jurisprudentie. Hier is op de juiste wijze naar verwezen in het onderzoek en in de literatuur- jurisprudentielijst.

Deze scriptie is van toegevoegde waarde omdat ervoor gekozen kennelijk onredelijk ontslag te vergelijken met een ander rechtsgebied, namelijk letselschade. Hierdoor biedt de scriptie nieuwe inzichten en wellicht bruikbare aanbevelingen.

Literatuurlijst

Literatuur:

Bakels, e.a., 2003

H.L. Bakels, I.P. Asscher-Vonk, W.J.P.M. Fase, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer 2003

Donkerlo & Werkhoven, 2009

M. Donkerlo & M.L.A. van Werkhoven, *Smartengeld (aanvulling 2011), Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, ANWB 2009

Van Drongelen, e.a. 2009

J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, P.J.S. van den Bogaard, S.F.H. Jellinghaus, *Individueel Arbeidsrecht; Ontslagrecht*, Zutphen 2009

Van Genderen, e.a. 2008

D.M. van Genderen, H.A. Dragstra, P.S. Fluit, M.E. Stefels, W.G.M.J. Witte, D.J.B. de Wolf, *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008

Van Grinsven, e.a. 2011

P.M.H.J. van Grinsven, H.C. Geugjes, H.N.M. Soemers, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag 2011

Van der Heijden, e.a. 2010

P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten, E. Verhulp, *Arbeidsrecht Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2010

Hijma, e.a. 2007

Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A. Lensink, M. Van Schendel, W.L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Kluwer, Deventer 2007

Jansen, 2009

M. Jansen, *Smartengeld, Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, ANWB 2009

Jaspers, e.a. 2007

A. Ph. C.M. Jaspers, Y. Konijn, C.J. Loonstra, W.A. Zondag, *Rechtspraak Arbeidsrecht*, Den Haag 2007

Kottenhagen-Edzes, 2000

Kottenhagen-Edzes, *Immateriele schade: tendensen en wensen*, Groningen: Intersentia Uitgevers Antwerpen 2000

Lindenbergh, 2008

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008

Oldenhuis, 2008

F.T. Oldenhuis, *Toekomstschade, Wat is een mensenleven waard?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008

Pennings & Hoffmans, 2010

F.J.L. Pennings & J.G.F.M. Hoffmans, *Arbeidsrecht, wet en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2010

Schaaijk, 2011

G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag 2011

Schuijt, e.a. 2010

G.A.I. Schuijt, M.H. Bastiaanse, H.M.J. Boogaard, *Leidraad voor juridische auteurs*, Kluwer, Deventer 2010

Van der Vorm, 2007

H. van der Vorm, *De grondslag van de ontslagvergoeding*, Tilburg 2007

Vakgerelateerde tijdschriften (artikelen):

D.J. Buijs, 2010

D.J. Buijs, "Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: hoe nu verder?", *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010,4

L.E. Duijvis, 2011

L.E. Duijvis, "De 'getroffen voorziening' van art. 7:681 BW: is aanbieden voldoende?", *Arbeidsrecht. Maandblad voor de praktijk*. 2011,11

G.J.J. Heerma van Vos, e.a. 2010

G.J.J. Heerma van Vos, J.J.M. de Laat, S.F. Sagel, E. Verhulp, "Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010", *Tijdschrift Recht en Arbeid* 5 2010, p. 18-24

E. Knipschild, e.a. 2009

E. Knipschild & S.M. van der Meer, "De kantonrechttersformule anno 2009", *Maandblad voor Vermogensrecht*, nr. 3

E. Knipschild, e.a. 2009

E. Knipschild & A. Van Zanten-Baris, "De XYZ-formule bij kennelijk onredelijk ontslag: een (klein) beetje van het oude?", Amsterdam juli 2009

J.J.M. de Laat, 2010

J.J.M. de Laat, "Een dik half jaar verder... schadevergoeding na kennelijk onredelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst", *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2010,10

E.A.M. Heidstra, 2011

E.A.M. Heidstra, "De invloed van de uitkomst in de 7:658 BW-procedure op de kennelijk onredelijkheid van het ontslag", *Arbeidsrecht. Maandblad voor de praktijk* 2011,6

C. Sonneveld, e.a. 2010

C. Sonneveld, e.a., "Geen XYZ-formule bij kennelijk onredelijk ontslag", Nieuwsbrief Legal at Work 2 2010, p. 1.

JAR Verklaard, december 2009, II-50

Kamerstukken

Kamerstukken II 1947/48, 881, nr 3

Kamerstukken II 1951/52, 881, nr. 6

Kamerstukken II 1993/84, 23 438 nr. 3

Jurisprudentie:

Hoge Raad

Hoge Raad, 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266 (*LJN*: BP4804)

Hoge Raad, 17 november 2000, *LJN*: AA8358

Hoge Raad, 8 augustus 2002, *LJN*: AE2117

Hoge Raad, 9 augustus 2002, *LJN*: AE2113

Hoge Raad, 20 september 2002, *LJN*: AE2149

Hoge Raad, 27 november 2009 *LJN*: BJ6596

Hoge Raad, 12 februari 2010, *LJN*: BK4472

Hoge Raad, 21 mei 2010, *LJN*: BL6075

Hoge Raad, 21 mei 2010, *LJN*: BL6071

Hoge Raad, 3 september 2010, *LJN*: BM7049

Hoge Raad, 3 september 2010, *LJN*: BM7150

Hoge Raad, 3 december 2010 *LJN*: BO0201

Gerechtshoven

Gerechtshof Amsterdam, 7 juli 2009, *LJN*: BJ1648

Gerechtshof Arnhem, 7 juli 2009, *LJN*: BJ1688

Gerechtshof Arnhem, 31 augustus 2010, *LJN*: BN5478

Gerechtshof 's-Gravenhage, 14 oktober 2008, *LJN*: BF7077

Gerechtshof 's-Gravenhage, 14 oktober 2008, *LJN*: BF6790

Gerechtshof 's-Gravenhage, 14 oktober 2008, *LJN*: BF6960

Gerechtshof 's-Gravenhage, 14 oktober 2008, *LJN*: BF7002

Gerechtshof 's-Gravenhage, 14 oktober 2008, *LJN*: BF8122

Gerechtshof 's-Gravenhage, 14 oktober 2008, *LJN*: BF8136

Gerechtshof 's-Gravenhage, 7 juli 2009, *LJN*: BJ1712

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 7 juli 2009, *LJN*: BJ1716

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 13 juli 2010, *LJN*: BN2019

Gerechtshof Leeuwarden, 8 februari 2011 *LJN*: BQ0194

Gerechtshof Leeuwarden, 11 mei 2010, *LJN*: BM4236

Gerechtshof Leeuwarden, 24 augustus 2010, *LJN*: BN5041

Gerechtshof Leeuwarden, 2 november 2010 *LJN*: BO4524

Rechtbanken

Rechtbank Alkmaar, 18 augustus 2010 *LJN*: BN7723

Rechtbank Almelo, 2 november 2010 *LJN*: BO2912

Rechtbank Amsterdam, 8 juni 2010, *JAR* 2010, 169

Rechtbank Arnhem, 17 februari 2010, *LJN*: BL4899

Rechtbank Assen, 21 december 2010 *LJN*: BO9109

Rechtbank 's-Gravenhage, 3 maart 2010, *LJN*: BN0658

Rechtbank Haarlem, 3 maart 2010, *LJN*: BL7760

Rechtbank Haarlem, 7 april 2010, *LJN*: BM3432

Rechtbank 's-Hertogenbosch, 9 juni 2011, *LJN*: BQ9248

Rechtbank 's-Hertogenbosch, 9 juni 2011 *LJN*: BQ9248

Rechtbank 's-Hertogenbosch, 23 juni 2011 LJN: BQ9394
Rechtbank 's-Hertogenbosch, 23 juni 2011, LJN: BQ9394
Rechtbank 's-Hertogenbosch, 1 juli 2010, LJN: BN3095
Rechtbank Leeuwarden, 7 april 2010 LJN: BM0505
Rechtbank Leeuwarden, 17 augustus 2011, LJN: BR5420
Rechtbank Leeuwarden, 17 augustus 2011 LJN: BR5420
Rechtbank Maastricht, 7 april 2010, LJN: BM3538
Rechtbank Rotterdam, 27 april 2011 LJN: BQ7057
Rechtbank Rotterdam, 13 mei 2011 LJN: BQ9271
Rechtbank Utrecht, 9 februari 2011 LJN: BP5568
Rechtbank Utrecht, 9 februari 2011, LJN: BP5568
Rechtbank Utrecht, 24 februari 2010, LJN: BL4231
Rechtbank Utrecht, 1 juli 2010 LJN: BN2349
Rechtbank Utrecht, 4 augustus 2010 LJN: BN4364
Rechtbank Utrecht, 25 augustus 2010 LJN: BN6439
Rechtbank Zaandam, 6 mei 2010, JAR 2010, 156
Rechtbank Zwolle, 25 mei 2010 LJN: BN6383

Internet:

<www.wetten.overheid.nl>, Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen, geraadpleegd op 15 november 2011

<www.arbeidsrechter.nl>, geraadpleegd op 2 december 2011

www.eerstekamer.nl, geraadpleegd op 12 december 2011

<www.iva.nl>, geraadpleegd op 2 november 2011

<www.jaronline.nl>, geraadpleegd op 12 december 2011

<www.kantonrechtersformule.nl>, geraadpleegd op 1 november 2011

<www.kluwer.nl>, geraadpleegd op 29 november 2011

<www.kvdl.nl> (Kennedy Van der Laan Advocaten), geraadpleegd op 13 oktober 2011

< www.lensink-advocaten.nl >, geraadpleegd op 10 oktober 2011

<www.rechtspraak.nl>, geraadpleegd op 2 december 25 januari 2012

<www.rijksoverheid.nl>, geraadpleegd op 2 december 2011

<www.statengeneraaldigitaal.nl>, geraadpleegd op 2 december 2011

Overig:

Jaarrapportage Ontslagstatistiek 2009 (www.rijksoverheid.nl)

(scriptie) I. Bindels, *Schade vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag; In het verleden behaalde resultaten bieden geen garantie voor de toekomst.*, Tilburg, 27 mei 2011, Juridische Hogeschool Avans-Fontys