

commentaar op	Hoge Raad 12-2-2010, LJN BK4472, (werknemer/Breed)
datum	22-02-2010
auteur	G.W. van der Voet

De Hoge Raad in Rutten/Breed: geen magisch-realistische, maar een impressionistische benadering bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag

1. In zijn arrest van 12 februari 2010 verwerpt de Hoge Raad de ‘XYZ-formule’ die de gerechtshoven (met uitzondering van het Hof Den Haag) sinds 7 juli 2009 hanteren bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Deze uitspraak lag in de lijn der verwachting, aangezien de Hoge Raad in de zaak Van der Grijp/Stam (HR 27 november 2009; LJN BJ6596) eerder al de ‘Haagse formule’ verwierp. In laatstgenoemd arrest oordeelde de Hoge Raad dat de rechter zich bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding niet mag laten leiden door een algemene formule, maar steeds dient uit te gaan van de concrete omstandigheden van het geval. De rechtspraktijk leek met deze uitspraak te zijn teruggekeerd in de rechtsonzekere situatie van voor 14 oktober 2008 (van ‘redeloosheid, radeloosheid en reddeloosheid’), toen het Hof Den Haag de rechtspraktijk als eerste verraste met een kennelijk-onredelijk-ontslagformule. In de literatuur riep het arrest Van der Grijp/Stam dan ook de nodige vragen op (zie alleen al het commentaar van Houweling van 12 december 2009 en van Hoogeveen van 28 januari 2010 op deze website). In het arrest Rutten/Breed lijkt de Hoge Raad notie van deze kritiek te hebben genomen. Er volgt in dit arrest althans een nadere toelichting op de wijze waarop de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag dan wél dient te worden begroot.

2. De Hoge Raad begint met aan te geven dat de in art. 7:681 lid 1 BW bedoelde schadevergoeding een bijzonder karakter heeft (r.o. 3.5.5). Deze dient de benadeelde een ‘zekere mate van genoegdoening’ te bieden en kan in die zin worden beschouwd als een ‘pleister op de wonde’ (vgl. Kamerstukken II 1951/52, 881, nr. 6, p. 30).

3. De vraag die naar aanleiding van deze eerste overweging direct al rijst, is waar precies genoegdoening voor moet worden geboden. Op welke ‘wonde’ – om in de terminologie van de Hoge Raad en de wetgever te blijven – dient een ‘pleister’ te worden geplakt? Gegeven het feit dat – zoals A-G Spier terecht stelt – de arbeidsovereenkomst geen levenslange inkomensverzekering is (overweging 4.4 sub a), zal het feit dat de werknemer kennelijk onredelijk is ontslagen er niet toe leiden dat de werkgever alle door het ontslag geleden schade dient te vergoeden (dit is slechts anders in de situatie waarin de werkgever – gezien de omstandigheden van het geval – in het geheel niet tot het ontslag van de betrokken werknemer had mogen overgaan (zie ook M.V.E.E. Jansen, ‘De Hoge Raad zet koers uit bij kennelijk onredelijk ontslag’, *Arbeidsrecht* 2010/1, p. 6). De werkgever dient daarentegen slechts de schade te vergoeden die de werknemer lijdt, doordat de werkgever zijn arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk heeft opgezegd. De onredelijkheid zit ’m daarbij in de onevenredigheid tussen enerzijds het belang van de werkgever bij de opzegging en anderzijds de gevolgen van de opzegging voor de werknemer mede in aanmerking genomen de voor hem getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden (art. 7:681 lid 2 sub b BW). De omstandigheden van het geval kunnen met andere woorden dusdanig zijn, dat de werkgever de werknemer niet had mogen ontslaan zonder hem een financiële tegemoetkoming van een zekere omvang te betalen. Cremers spreekt in dit verband over een ‘overgangsvoorziening’ ter ondervanging van (een deel van) de gevolgen van de beëindiging van een duurovereenkomst (R. Cremers, ‘Een vergoeding bij opzegging van een arbeidsovereenkomst?’, *NJB* 2010, p. 63 en 64). Het ontbreken van deze financiële tegemoetkoming maakt het

ontslag in de betreffende omstandigheden kennelijk onredelijk. De schade die de werknemer ten gevolge daarvan lijdt, bestaat uit het ontbreken van de bedoelde tegemoetkoming (de ‘pleister’) in de voor hem nadelige gevolgen van het ontslag (de ‘wonde’). In feite dient de rechter bij een vordering tot schadevergoeding op grond van art. 7:681 lid 2 sub b BW zichzelf dus allereerst de vraag te stellen of er – gezien alle omstandigheden van het geval – een financiële tegemoetkoming aan de werknemer had behoren te worden betaald en zo ja, wat de omvang van deze tegemoetkoming had behoren te zijn. De vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is en wat de hoogte van de schadevergoeding zou moeten zijn, laten zich vervolgens immers eenvoudig beantwoorden (de geïntegreerde benadering van het Hof Den Haag was dus in feite zo gek nog niet, zij het dat deze benadering niet tot het standaard toekennen van een vergoeding moet leiden).

4. De vraag die vervolgens rijst, is hoe de noodzaak en omvang van deze ‘pleister op de wonde’ precies dient te worden vastgesteld. De Hoge Raad maakt duidelijk dat dit in ieder geval niet dient te gebeuren aan de hand van de hantering van een algemene formule als de XYZ-formule (r.o. 3.6.2). Deze formule leidt namelijk slechts tot een algemene weging van bepaalde factoren, waarbij elementen als een onkostenvergoeding, een auto van de zaak en het werkgeversaandeel in de pensioenpremie en de ziektekostenverzekering volgens de Hoge Raad ten onrechte in beginsel buiten beschouwing worden gelaten (r.o. 3.7). Bovendien verbindt de formule volgens de Hoge Raad ten onrechte een maximum aan de vergoeding en ziet deze ten onrechte slechts op materiële schade (r.o. 3.8). Het probleem van de hantering van een algemene formule zit ’m er dus in feite in, dat deze zich slecht verhoudt tot de ‘alle-omstandigheden-van-het-geval’-benadering van de Hoge Raad. De Hoge Raad wil dat de werkelijke omstandigheden als uitgangspunt worden genomen bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding en geen abstracte formule. De overgangsvoorziening is met andere woorden een tegemoetkoming in de op het moment van het ingaan van het ontslag daadwerkelijk verwachte nadelige gevolgen voor de werknemer. Begonnen zal dus moeten worden met het begroten van deze daadwerkelijk verwachte materiële en immateriële schade.

5. Dat deze schadebegroting nog steeds ‘ex tunc’ dient plaats te vinden, kan worden afgeleid uit de overweging van de Hoge Raad dat de aard van de vergoeding en de wijze van haar begroting door de invoering van het Nieuw BW niet wezenlijk is veranderd (r.o. 3.5.5). Men kan er daarom van uitgaan dat de vaste jurisprudentie van voor de invoering van het NBW – dat de rechter dient uit te gaan van de omstandigheden van het geval ten tijde van de ingang van het ontslag (HR 3 maart 1995, NJ 1995, 451 (Van Rossom/Van Erp)) en dat nadien intredende omstandigheden slechts in aanmerking mogen worden genomen voor zover zij een aanwijzing opleveren voor wat niet later dan op het tijdstip van het intreden van het ontslag kon worden verwacht (HR 17 oktober 1997, NJ 1999, 266 (Schoonderwoert/Schoonderwoerd)) – nog steeds van toepassing is. Hoewel dit onherroepelijk een zekere abstrahering ten aanzien van de daadwerkelijk geleden schade tot gevolg heeft, hoeft dit – anders dan in de literatuur naar aanleiding van het arrest Van der Grijp/Stam wel werd gedacht – het uitgangspunt van de concrete schadeberekening niet in de weg te staan (vgl. M.V.E.E. Jansen, ‘De Hoge Raad zet koers uit bij kennelijk onredelijk ontslag’, *Arbeidsrecht* 2010/1, p. 3-8). Tussen volledig concreet en volledig abstract zitten – zoals Hoogeveen in haar commentaar van 28 januari 2010 reeds terecht opmerkte – immers (net als in de kunst) vele tussenvormen. Vanwege het bijzondere karakter van de schadevergoeding komt aan de rechter bovendien een grote mate van vrijheid toe, bij het bepalen van de hoogte daarvan. Zo zijn de strikte regels omtrent de stelplicht en bewijslast volgens de Hoge Raad blijkens wetsgeschiedenis van art. 7:681 BW niet van toepassing (r.o. 3.5.5). Blijkens het huidige recht in art. 6:97 BW is de rechter volgens de Hoge Raad bovendien vrij om de vergoeding uiteindelijk naar billijkheid vast te stellen (r.o. 3.5.6).

6. Art. 6:97 BW kent als uitgangspunt dat de rechter de schade dient te begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Pas als de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, wordt zij geschat. Dit betekent dat de werknemer de door hem gestelde, ten tijde van de ingang van zijn ontslag verwachte, materiële schade, zo concreet en nauwkeurig mogelijk dient te onderbouwen. Omdat het gaat om toekomstige – en dus veelal onzekere – schade, zal de rechter zich bij het vormen van een indruk van deze schade mede laten leiden door een afweging van goede en kwade kansen (art. 6:105 BW). Hoewel de op deze wijze begrote schade geen exacte weergave zal zijn van de ten gevolge van het ontslag daadwerkelijk geleden (materiële) schade, vormt deze wel een concrete benadering daarvan. In artistieke termen zou men dit daarom wel een ‘impressionistische benadering’ kunnen noemen (deze artistieke stroming neemt de impressie die men van de werkelijkheid heeft als uitgangspunt). Naast de verwachte materiële schade, dient de rechter volgens de Hoge Raad ook de immateriële schade (bijvoorbeeld de aantasting van de eer en goede naam van de werknemer) in ogenschouw te nemen (r.o. 3.8). Omdat de rechter bij het vaststellen van deze schade niet uitgaat van de materiële werkelijkheid, maar veeleer van een ‘gevoelsschade’, past daarbij een ‘naar billijkheid vast te stellen’ abstracte schadevergoeding (art. 6:106 BW). In artistieke termen zou men dit de ‘expressionistische benadering’ kunnen noemen (deze artistieke stroming neemt de gevoelswaarde die men naar aanleiding van een onderwerp of gebeurtenis ervaart, als uitgangspunt, waarbij de band met de materiële werkelijkheid vervaagt en soms helemaal wegvalt). Art. 6:97 BW biedt echter geen ruimte voor een begroting van de schade aan de hand van een formule, die als de ‘magisch-realistische benadering’ zou worden aangeduid. (De magisch-realistische stroming geeft bestaande figuren veelal weer in combinatie met niet-bestaande elementen waardoor er een van de werkelijkheid vervreemdend beeld ontstaat. Hetzelfde wordt in feite gedaan bij het hanteren van de ‘XYZ-formule’: er worden bepaalde concrete, aan de werkelijkheid ontleende gegevens als het aantal dienstjaren en de hoogte van het brutomaandsalaris, samengebracht met fictieve elementen als het ‘gewogen aantal dienstjaren’ en de ‘Z-factor’ – hetgeen kan resulteren in een hoge schadevergoeding, terwijl de werknemer feitelijk veel minder, of misschien wel geen schade verwacht te lijden: een van de werkelijkheid vervreemdend resultaat dus.)

7. Wanneer de ten gevolge van het ontslag verwachte schade overeenkomstig art. 6:97 BW eenmaal op ‘impressionistische’ (of ‘expressionistische’ daar waar het om immateriële schade gaat) wijze is begroot, is de omvang van de ‘wonde’ vastgesteld. De vraag die dan vervolgens dient te worden beantwoord, is of de werkgever – gezien alle omstandigheden van het geval – voor een voorziening (een ‘pleister’ op deze ‘wonde’) had moeten zorg dragen, en zo ja, wat de omvang daarvan had moeten zijn. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zal deze tegemoetkoming qua omvang (logischerwijs) kunnen variëren van 0% tot 100% van de op het moment van het ingaan van het ontslag daadwerkelijk verwachte schade: 0% indien de omstandigheden dusdanig zijn dat de werkgever geen voorziening hoefde te treffen en 100% wanneer het ontslag zo onredelijk is, dat dit in geen geval had mogen plaatsvinden. De precieze hoogte van dit percentage zal onder meer dienen te worden gerelateerd aan de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever in de eisen van het goed werkgeverschap (r.o. 3.5.6) en aan de overige omstandigheden van het geval. Te denken valt daarbij aan omstandigheden zoals deze uitvoerig zijn opgesomd in de arresten van de gerechtshoven over de ‘XYZ-formule’ (zie bijvoorbeeld r.o. 4.11 van het arrest van het Hof Arnhem van 21 juli 2009 in de onderhavige zaak (LJN BJ2916)). De rechter dient zich volgens de Hoge Raad in ieder geval ‘nauwkeurig rekenschap’ te geven van de door hem meegewogen omstandigheden. Tevens dient de rechter ‘inzage te geven in de afweging die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid’ (r.o. 3.5.6). De rechter moet met andere woorden motiveren hoe hij van de concrete omstandigheden enerzijds, is gekomen tot een abstract percentage anderzijds. Bij deze abstrahering komt de ‘billijkheid’ uit art. 6:97 BW als begrotingsmaatstaf weer om de hoek kijken. Bij zijn uitvoerige motivering dient de rechter er overigens wel voor te waken dat hij het door hem afzien van een hogere vergoeding dan hij heeft toegekend, niet motiveert aan de hand

van het ontbreken van één enkele omstandigheid. Hij handelt dan namelijk in strijd met vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, dat de hoogte van de vergoeding afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang beschouwd (HR 3 december 2004, JAR 2005/30; JIN 2005/89 m.nt. Loonstra). Beter is om in dat geval te oordelen dat er voor het overige geen omstandigheden zijn gesteld of gebleken die tot het toekennen van een hogere vergoeding aanleiding hadden kunnen geven.

8. Als de rechters hun oordelen maar inzichtelijk motiveren, zal dat volgens de Hoge Raad op termijn vanzelf leiden tot harmonisering en voorspelbaarheid van de rechtspraak. Harmonisering en voorspelbaarheid van de rechtspraak kan volgens de Hoge Raad bovendien worden bespoedigd, indien rechters tot gezamenlijke aanbevelingen zouden kunnen komen aangaande de financiële gevolgen die aan verschillende denkbare factoren dienen te worden toegekend (r.o. 3.5.7). In dat verband zou kunnen worden gedacht aan gemeenschappelijke aanbevelingen van de gerechtshoven waarin zij, aan de hand van de thans reeds door hen geformuleerde (niet uitputtende) lijst van mogelijk relevante omstandigheden van het geval, zouden aangeven tot welk percentage (of welke bandbreedte van percentages) van de daadwerkelijk ten gevolge van het ontslag verwachte schade, deze omstandigheden in een bepaalde combinatie aanleiding zouden kunnen geven. De rechter zou dit percentage in een concreet, ietwat afwijkend geval, dan naar billijkheid nog iets naar boven of naar beneden toe kunnen bijstellen, mits hij zijn beslissing maar goed motiveert. Dergelijke gezamenlijke aanbevelingen kunnen de rechter in ieder geval een handig uitgangspunt van redeneren bieden. Deze benadering verdient de voorkeur boven het verbinden van concrete geldbedragen aan alle denkbare, afzonderlijke factoren in een ‘kennelijk onredelijk ontslaggids’, zoals geopperd door Jansen (M.V.E.E. Jansen, a.w., p. 7). Laatstgenoemde – op het idee van Smartengeldgids van de ANWB gebaseerde – volledig abstracte benadering, neemt de daadwerkelijk verwachte schade immers niet tot uitgangspunt, hetgeen in strijd is met de uitdrukkelijke bedoeling van de Hoge Raad. Het is tot slot zeer te hopen dat de recente arresten van de Hoge Raad de gerechtshoven niet hebben ontmoedigd in hun streven naar harmonisatie en rechtszekerheid. De rechtspraak zou er namelijk zeer mee gediend zijn, als zij hoe dan ook – gezamenlijk – ‘door zouden pakken’.