

ANNOTATIE

In kennelijkonredelijkontslagzaken moet nog altijd ‘ex tunc’ worden getoetst

mr. dr. G.W. van der Voet

Inleiding

Na de arresten Van der Grijp/Stam (HR 27 november 2009, *LJN* BJ6596) en Rutten/Breed (HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472) rees even de vraag of er in kennelijkonredelijkontslagzaken nog steeds ‘ex tunc’ moet worden getoetst. In zijn arrest van 8 april 2011 heeft de Hoge Raad voor duidelijkheid gezorgd.

De feiten

In casu was een werknemer op 1 november 2000 op 58-jarige leeftijd in dienst getreden van zijn werkgever in de functie van koeltechnicus. In deze functie diende hij een bedrijfsauto (bestelbus) te kunnen en te mogen besturen. Op 9 juni 2001 kreeg de werknemer een hartinfarct, waarna in augustus 2001 bij hem een zogenoemde cardiovester defibrillator (ICD) werd ingebracht. Op grond van de ‘Regeling eisen geschiktheid 2000’ mocht de werknemer daarna niet meer zelf de bedrijfsauto van zijn werkgever besturen. De arbeidsovereenkomst werd met toestemming van (toen nog) de CWI opgezegd tegen 30 november 2003. De werkgever gaf daarvoor als reden op dat de werknemer zijn functie niet meer kon uitoefenen, omdat hij niet meer zelfstandig naar klanten kon rijden, terwijl re-integratie in ander passend werk niet mogelijk was gebleken. Na het eindigen van zijn dienstverband werd de werknemer met ingang van 18 december 2003 door het UWV aangemerkt als arbeidsgehandicapte in de zin van de Wet REA. Na een proefplaatsing gedurende de maand januari 2004 is de werknemer per 1 februari 2004 elders in dienst getreden. Dit dienstverband is op 29 december 2004 geëindigd. Per 2 juni 2004 is voorts het verbod op het beroepsmatig besturen van auto’s ten gevolge van een wijziging van de Regeling eisen geschiktheid 2000 versoepeld, waardoor de kansen van de werknemer om elders werk als koeltechnisch servicemonteur te vinden, toenamen.

Procesverloop en oordeel van de Hoge Raad

De werknemer startte een kennelijkonredelijkontslagprocedure tegen zijn voormalig werkgever, omdat hij vond dat de gevolgen van zijn ontslag te ernstig waren in vergelijking

met het belang dat de werkgever daarbij had (art. 7:681 lid 2 sub b BW).

Het Hof 's-Hertogenbosch gaf de werknemer gelijk en oordeelde in een tussenarrest dat het ontslag van de werknemer onder meer kennelijk onredelijk is op grond van het voornoemde 'gevolgencriterium'. Daarbij heeft het hof de omstandigheden dat sprake is van een arbeidsgehandicapte, dat werknemer een beperkte periode ander werk heeft gevonden en dat het verbod tot beroepsmatig besturen van auto's per 2 juni 2004 was gewijzigd, meegewogen. Tegen dit oordeel keert de werkgever zich in cassatie met de klacht dat het hof heeft miskend dat bij de beoordeling of een ontslag kennelijk onredelijk is op grond van het gevolgencriterium moet worden uitgegaan van de situatie zoals die zich voordeed uiterlijk op de datum waarop de arbeidsovereenkomst eindigde. De Hoge Raad stelt de werkgever daarbij in het gelijk.

Een bevestiging van vaste jurisprudentie

Onderhavig arrest vormt een bevestiging van een vaste jurisprudentielijn van de Hoge Raad met betrekking tot de vraag welke dag als peildatum geldt bij de vaststelling of sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag en – indien sprake is van kennelijk onredelijk ontslag – de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding.

Zo bepaalde de Hoge Raad in de zaak Van Rossem/Van Erp (HR 3 maart 1995, JAR 1995/78) dat bij de beantwoording van de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is – meer in het bijzonder: of de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, mede in aanmerking genomen de voor hem getroffen voorzieningen en bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de beëindiging van de dienstbetrekking – moet worden gekeken naar de omstandigheden zoals deze zich niet later dan het tijdstip van ingang van het ontslag voordeden. Niet de datum waarop het dienstverband wordt opgezegd, maar de datum waarop de opzegtermijn (en daarmee het dienstverband) afloopt, geldt dus als (laatste) peildatum. Latere omstandigheden kunnen volgens de Hoge Raad slechts in deze beoordeling worden betrokken, voor zover zij aanwijzingen opleveren voor wat in de toen bestaande situatie kon worden verwacht. Dit laatste is een feitelijke waardering die aan de lagere rechtspraak is overgelaten.

In de zaak Schoonderwoert/Schoonderwoerd (HR 17 oktober 1997, NJ 1999, 266, m.nt. PAS) boog de Hoge Raad zich over de vraag welke omstandigheden in geval van een kennelijk onredelijk ontslag mogen worden meegenomen bij het bepalen van de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding. Ook in dat geval geldt volgens de Hoge Raad de laatste dag van het dienstverband als peildatum. Omstandigheden die zich nadien voordoen, kunnen dus slechts van invloed zijn op de hoogte van de schadevergoeding, voor zover zij op de peildatum konden worden verwacht. Het kan daardoor voorkomen – zoals in het geval van werknemer Schoonderwoerd – dat de werknemer die door zijn werkgever op kennelijk onredelijke wijze is ontslagen, een schadevergoeding krijgt toegekend, terwijl hij in werkelijkheid geen (financiële) schade heeft geleden, omdat hij er, tegen de verwachtingen in, in is geslaagd een (minstens) even goed betaalde baan elders te vinden. De keuze voor deze peildatum heeft te

maken met het feit dat de schadevergoeding ex artikel 7:681 BW de strekking heeft compensatie te bieden voor de kennelijke onredelijkheid van de handelwijze van de werkgever. Annotator Stein verbindt daaraan de conclusie dat deze schadevergoeding derhalve mede het karakter heeft van een privaatrechtelijke boete. Een andere benadering zou bovendien tot onwenselijk gevolg kunnen hebben dat ontslagen werknemers niet langer hun uiterste best zouden doen zo spoedig mogelijk werk elders te vinden, omdat dit een neergaand effect op hun kennelijkonredelijkontslagvergoeding zou kunnen hebben.

Verhouding tot Van der Grijp/Stam en Rutten/Breed

Toen de Hoge Raad in de arresten Van der Grijp/Stam (HR 27 november 2009, LJN BJ6596) en Rutten/Breed (HR 12 februari 2010, LJN BK4472) de toepassing van een abstracte formule bij zowel de beantwoording van de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is, als bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding van de hand wees, rees in de literatuur even de vraag of de Hoge Raad daarmee ook afstand heeft willen nemen van de ‘ex-tunc-toetsing’ zoals voorgeschreven in de hierboven genoemde arresten Van Rossum/Van Erp en Schoonderwoert/Schoonderwoerd (vgl. M.V.E.E. Jansen, ‘De Hoge Raad zet de koers uit bij kennelijk onredelijk ontslag’, *ArbeidsRecht* 2010/1, p. 3-8). In de arresten Van der Grijp/Stam en Rutten/Breed sprak de Hoge Raad zich immers uit voor een zo concreet mogelijke begroting van de schade in overeenstemming met de regels voor schadebegroting uit Boek 6 BW, terwijl de ex-tunc-toetsing een zekere abstrahering inhoudt, aangezien daarbij niet de daadwerkelijk geleden schade, maar de op het moment van het eindigen van het dienstverband verwachte schade als uitgangspunt wordt genomen. Tussen een volledig abstracte en een volledig concrete schadevergoeding zitten echter vele tussenvormen (zie hierover onder meer: E.M. Hoogeveen, ‘Begroting van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag’ en 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’, in: A.R. Houweling, *Commentaar rechtspraak arbeidsrecht AR Updates 2009/2010*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 77-89).

Tot slot: feitenrechters moeten de meeweging van posterieure feiten expliciet motiveren

De Hoge Raad heeft thans in heldere bewoordingen bevestigd dat in kennelijkonredelijkontslagzaken nog altijd ‘ex tunc’ moet worden getoetst. Het Hof’s-Hertogenbosch had dit in de onderhavige zaak niet gedaan, althans had in de motivering van het arrest niet duidelijk kenbaar aangegeven dat de ‘posterieure feiten’ die het bij de beoordeling had meegewogen, aanwijzingen opleverden voor wat uiterlijk op de ontslagdatum kon worden verwacht (r.o. 5.1.5). Van dit laatste mocht het hof – anders dan A-G Rank-Berenschot in haar conclusie bij dit arrest aannam – dus niet impliciet uitgaan. Daarmee geeft de Hoge Raad een belangrijk signaal aan de feitenrechters om in de motivering duidelijk aan te geven waarom gebeurtenissen die zich voordeden na einddatum van het dienstverband bij de beoordeling van het ontslag en/of de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding zijn

betrokken.