

RECHTSPRAAK

# werkneemster/Drogisterij-Parfumerie X BV

***Habe wenig-verweer vormt onderdeel van de kennelijke onredelijkheidstoetsing en niet de hoogte van de schadevergoeding. Door schadevergoeding af te wijzen op grond van habe nichts-verweer, komt men terug op het oordeel van de kennelijke onredelijkheid. Habe nichts-verweer wel van belang bij schadebegroting ex artikel 6:109 BW. Vergoeding juridische kosten***

Werkneemster (56 jaar) is op 1 juli 1985 bij de rechtsvoorganger van werkgever in dienst getreden als schoonheidsspecialiste. Zij was laatstelijk werkzaam voor 22 uur per week tegen een salaris van € 946,66 bruto per maand exclusief 8% vakantiegeld. Opzegging van de arbeidsovereenkomst heeft na verkregen toestemming van de CWI plaatsgevonden tegen 1 september 2008. Werkneemster stelt zich thans op het standpunt dat de opzegging kennelijk onredelijk is. Zij vordert daartoe een schadevergoeding. Zij voert daartoe aan dat de bedrijfseconomische redenen veel minder sterk zijn, dan werkgever bij de CWI heeft doen voorkomen. Voorts zou het afspiegelingsbeginsel onjuist zijn toegepast, omdat werkneemster ook andere werkzaamheden binnen de organisatie kon verrichten en doet zij een beroep op het gevolgen criterium wegens het ontbreken van een adequate voorziening. Het aanbod om tegen betaling van overnamekosten als zelfstandige werkzaam te zijn in een van de schoonheidssalons van werkgever met alle ondernemersrisico's van dien is niet als een adequate voorziening voor het verlies van haar baan aan te merken. Werkneemster begroot de schade op € 23.515 overeenkomend met een vergoeding volgens de neutrale kantonrechtersformule. De kantonrechter heeft geoordeeld dat werkgever het afspiegelingsbeginsel onjuist heeft toegepast, omdat werkneemsters functie uitwisselbaar bleek met dat van verkoopster. Voorts zou werkgever het gevolgen criterium hebben geschonden. De vorderingen zijn evenwel afgewezen, omdat werkneemster onvoldoende aannemelijk had gemaakt dat zij schade heeft geleden en vanwege het habe nichts-verweer van werkgever.

Het hof oordeelt als volgt. In het eindvonnis is elke vorm van schadevergoeding afgewezen met name op grond van de slechte financiële positie van werkgever en de omstandigheid dat werkneemster onvoldoende haar schade heeft aangetoond. Door aldus te oordelen heeft de kantonrechter de vraag of de opzegging kennelijk onredelijk is echter onvoldoende onderscheiden van de vraag of, en zo ja welke schadevergoeding dient te worden betaald.

Immers door in het oordeel omtrent de vraag of een schadevergoeding dient te worden betaald de financiële positie van de werkgever als doorslaggevend aan te merken is de kantonrechter (minst genomen impliciet) teruggekomen van zijn beslissing dat de opzegging kennelijk onredelijk is vanwege het zogenaamde gevolgcriterium. De vraag of een werkgever in staat is om enige vergoeding te betalen (het genoemde 'habe nichts-verweer') is immers een omstandigheid die behoort te worden betrokken bij de weging van alle omstandigheden van het geval vooraleer geoordeeld kan worden dat er sprake is van een kennelijke onredelijkheid van de opzegging op grond van artikel 7:681 lid 2 sub b BW. Een dergelijke wijze van benadering valt ook af te leiden uit het arrest van de Hoge Raad van 27 november 2009, meer in het bijzonder r.o. 4.2 waar wordt overwogen dat 'bij de beoordeling van een op artikel 7:681 lid 1 en 2 BW gebaseerde vordering eerst aan de hand van de omstandigheden tezamen en in onderling verband moet worden vastgesteld dát sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag vóórdat kan worden toegekomen aan de beantwoording van de vraag welke vergoeding aan de werknemer wordt toegekend'. Wanneer een ontslag als kennelijk onredelijk is geoordeeld dient vervolgens een schadevergoeding te worden vastgesteld, waarbij de algemene regels van Boek 6 BW voor de begroting van de schade van toepassing zijn. Indien evenwel vast zou komen staan dat er geen of nauwelijks financiële ruimte is om enige vergoeding te betalen, is dat niet alleen een (zwaarwegende) omstandigheid bij de beantwoording van de vraag of de opzegging zonder enige voorziening kennelijk onredelijk is te achten in het licht van het gevolgcriterium, maar kan dat voorts van belang zijn voor het bepalen van (de hoogte van) de eventuele vergoeding (ingevolge artikel 6:109 BW) zodat beantwoording van deze vraag toch relevant is. Naar het oordeel van het hof is werkgever niet in staat (geweest) een voorziening te treffen, zodat het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd dient te worden.

Wel heeft werkneemster recht op vergoeding van een deel van de juridische kosten inzake het niet in acht nemen van de juiste opzegtermijn. Omvang van deze schadepost dient te worden begroot ex artikel 6:97 BW.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 17-05-2011

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ5302

**Zaaknummer:** HD 200.042.606

**Rechters:** M. Chr Aarts, A.P. Zweers-van Vollenhoven en C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden

**Advocaten:** S. Tumkaya-Canimoglu en R.D. Ouwerling

**Wetsartikelen:** 7:681 BW, 6:97 BW en 6:109 BW