

‘Hoelangwerkloos.nl’: een nieuw hulpmiddel bij de berekening van de schadevergoeding ex artikel 7:681 BW?

E.F.A. VAN BUITENEN*

Sinds kort is er een methode voor het berekenen van de werkloosheidsduur, ontwikkeld door het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam. Met deze methode, te vinden op ‘www.hoelangwerkloos.nl’ is het mogelijk een redelijke schatting te maken van de gemiddelde duur van de werkloosheid van een ontslagen werknemer en daarmee van de schade die een werknemer lijdt als gevolg van zo’n ontslag.

Tijdens de vergadering van de Kring van Kantonrechters van 1 november 2012 is de berekeningsmethode toegelicht, en de reacties waren zonder meer positief. De kantonrechters zijn van plan dit soort zaken zo veel mogelijk direct ter zitting te behandelen.

1. Inleiding

Indien er sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging en de werkgever tekortgeschoten is in zijn verplichting zich jegens de werknemer als een goed werkgever te gedragen, dient een schadevergoeding te worden bepaald. Volgens inmiddels vaste jurisprudentie van de Hoge Raad¹ mag de schadevergoeding na ontslag op basis van een ontslagvergunning van het UWV niet worden berekend door aan te haken bij de kantonrechtersformule of enige andere vaste formule. Bij de vaststelling van de schadevergoeding behoort de naar verwachting door de werknemer als gevolg van het ontslag te lijden – materiële en immateriële – schade centraal te staan. Bij de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding wordt vervolgens aangeknoopt bij de mate waarin de aan de werknemer en werkgever toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Met name is dan van belang wat de werkgever anders had moeten doen. De schadevergoeding dient dan daarvoor een zekere mate van genoegdoening te bieden.

Over de wijze waarop die schade en de toerekening bepaald moeten worden, zijn sindsdien vele uitspraken gedaan door de hoven en de kantonrechters. Koster en De Lange hebben daaraan twee overzichtelijke besprekingen gewijd in het *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*.² Een van de problemen die zich voordoen is volgens de auteurs dat de vordering tot schadevergoeding door de (gemachtigde van de) werknemer in het algemeen

niet concreet wordt onderbouwd. Dit is ook mijn ervaring, terwijl dat voor een vaststelling van de schade ingevolge de wettelijke regels inzake schadevergoeding (met name artikel 6:97 e.v. BW) wel vereist is. Desondanks, zo signaleren de schrijfters, wordt in de jurisprudentie steeds meer aangesloten bij de voor de werknemer te verwachten inkomensschade en wordt die schade zo concreet mogelijk berekend. Veelvuldig wordt er een schadevergoeding toegekend ter hoogte van een suppletie op de werkloosheidsuitkering gedurende een bepaalde periode, wisselend van 7 tot 111 maanden. Onduidelijk punt blijft echter de schatting van de periode die een werknemer nodig zal hebben om een nieuwe betrekking te vinden, terwijl dit een wezenlijk element is om de schade zo concreet mogelijk te kunnen berekenen en aldus tot een toerekening van die schade te kunnen komen.

2. Methode

Hoe werkt de ‘hoelangwerkloos’-methode? Aan de hand van een aantal persoonskenmerken van de werknemer (leeftijd, woonprovincie) en kenmerken van diens arbeidsverleden (laatste baan (minimaal twaalf uur per week), sector, beroepsniveau en beroepsrichting) wordt een berekening gemaakt van de te verwachten werkloosheidsduur in dagen van een indi-

* Mw. mr. dr. E.F.A. van Buitenen is senior rechter/kantonrechter in de Rechtbank Rotterdam en redactielid van dit tijdschrift.

1. HR 27 november 2009, LJN BJ6596, JAR 2009, 30 (*Van de Grijp/Stam*); HR 12 februari 2012, LJN BK4472, JAR 2010, 72 (*Rutten/Breed*). Zie ook Hof Den Bosch 18 oktober 2011, LJN BU2031, JAR 2011, 296 (na verwijzing *Rutten/Breed*).

2. S. de Lange & M. Koster, ‘De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: stand van zaken medio 2011’, *TAP* 2011, p. 212-226 en ‘De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: een up-date’, *TAP* 2012, p. 236-254.

viduele werknemer die de WW instroomt³ en van de procentuele kans op uitstroom naar een baan. Bij de interpretatie van de uitkomst moet bedacht worden dat de door het rekenmodel berekende verwachte werkloosheidsduur overeenkomt met soortgelijke individuen in de WW-populatie.⁴

Stel, een apothekersassistente van 45 jaar is ontslagen per 1 december 2012, nadat zij vanaf 1 januari 2004 bij een apotheek in Rotterdam heeft gewerkt. Zij heeft een mbo-opleiding in die richting. Toepassing van de berekeningsmethode leidt tot een te verwachten gemiddelde werkloosheidsduur van 470 dagen, en een kans op uitstroom naar een baan van 75%. Indien dezelfde gegevens worden ingevoerd voor een persoon in Noord-Brabant wordt een werkloosheidsduur van 427 dagen en een uitstroomkans van 74% berekend. Afhankelijk van met name het beroep en het opleidingsniveau kunnen er grote verschillen per regio optreden.

De te verwachten werkloosheidsduur wordt slechts berekend tot de leeftijd van 65 jaar. Dit betekent dat met name oudere werknemers, bijvoorbeeld van 64 jaar, een korte gemiddelde werkloosheidsduur scoren. In zo'n geval is de kans op uitstroom naar een baan een betere indicator om de schade vast te stellen. Deze kans geeft namelijk weer hoe waarschijnlijk het is dat iemand die instroomt in de WW voor het bereiken van de 65-jarige leeftijd een nieuwe baan zal vinden.⁵ Met name bij de oudere werknemers (boven 55 jaar) kan deze kans op uitstroom een afwijkend beeld geven van de gemiddelde werkloosheidsduur.

De methode is gebaseerd op arbeidsmarktgegevens van personen die in de laatste tien jaar aanspraak hebben gemaakt op een WW-uitkering, die dus feitelijk zijn ingestroomd in de WW. Dit betekent dat personen die aansluitend een baan hebben gevonden of om een andere reden geen WW hebben aangevraagd, niet zijn meegeteld. Uit de toelichting bij het systeem⁶ is geconcludeerd dat op basis van andere onderzoeken de voorlopig beste inschatting is dat 30% van de ontslagzaken niet leidt tot instroom in de WW. Dit is dus een kanttekening bij het systeem waardoor enige bijstelling van de cijfers naar beneden plaats zou kunnen vinden. Daar kan overigens direct een andere kanttekening tegenover worden geplaatst. Immers, zoals gezegd, de methode is gebaseerd op arbeidsmarktgegevens van de laatste tien jaar. Aannemelijk is dat de huidige gegevens gezien de recessie een minder gunstig beeld laten zien. Bovendien is in de laatste tien jaar door ouderen veel gebruikgemaakt van de mogelijkheid vervroegd uit te treden, wat een rooskleuriger beeld geeft van de werkloosheid van ouderen dan nu te verwachten is. Deze kanttekeningen nemen echter niet weg dat het systeem een goed hulpmiddel kan zijn voor een betere onderbouwing van een vordering tot schadevergoeding. En misschien ook kan helpen bij het aantonen dat een opzegging kennelijk onredelijk is. Het biedt immers duidelijke aanknopingspunten om het element

'de voor hem bestaande mogelijkheden om passend werk te vinden' en 'de gevolgen van de opzegging' als bedoeld in artikel 7:681 lid 2 onder b BW te concretiseren.

De methode werkt even eenvoudig als de berekeningsmethode van de kantonrechttersformule. Voor de verdere discussie tussen partijen en uitwerking biedt de comparitie na antwoord een goed platform.

3. Tot slot

Afsluitend mag natuurlijk niet ontbreken dat de plannen van het huidige kabinet een andere kant op lijken te gaan als het gaat om de wijze waarop de vergoeding moet worden vastgesteld. Als vorm van vergoeding bij ontslag zal er een zogenaamd transitiebudget worden toegekend, bij wet te normeren. Deze normering houdt een vergoeding van maximaal een half maandsalaris per dienstjaar in met een maximum van één jaarsalaris. Daarmee lijkt het kabinet meer in de richting te denken van een billijke vergoeding (zoals in artikel 7:685 BW) dan in de lijn van een zo concreet mogelijke schadeberekening die de Hoge Raad in de hiervoor genoemde jurisprudentie in werking heeft gezet. Toch verwacht ik dat de te verwachten werkloosheidsduur en de kans op werk van de ontslagen werknemer in welk systeem dan ook een rol van betekenis zal spelen. Aan advocaten en andere rechtshulpverleners de schone taak om hier verder invulling aan te geven.

3. Bij de toelichting op de berekeningsmethode op de site wordt verwezen naar de wetenschappelijke onderbouwing van het SEO Economisch Onderzoek.

4. Toelichting, p. 2.

5. Toelichting, p. 19.

6. Toelichting, p. 9.