

ANNOTATIE

Begroting van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag

E.M. Hoogeveen

Het arrest Van de Grijp/Stam van 27 november 2009 heeft in arbeidsrechtelijk Nederland veel stof doen opwaaien. In dit arrest besliste de Hoge Raad dat de kantonrechtersformule niet kan dienen als algemeen uitgangspunt voor de bepaling van een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. Inmiddels zijn de eerste kennelijk-onredelijk-ontslagvonnissen gewezen na Van de Grijp/Stam. De kernvraag is: hoe dient een schadevergoeding ex art. 7:681 thans te worden begroot?

1. In HR 27 november 2009, AR 2009/901 stelde de Hoge Raad voorop dat de vergoeding op grond van art. 7:681 lid 1 een ander karakter heeft dan de art. 7:685-vergoeding. 'In het eerste geval moet de rechter de vergoeding begroten als schade die de werknemer als gevolg van het kennelijk onredelijk ontslag heeft geleden', aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad vervolgde: 'de hoogte van de vergoeding wordt in deze procedure vastgesteld aan de hand van door de rechter op basis van de aangevoerde stellingen vast te stellen feiten en na een afweging van de omstandigheden aan de zijde van beide partijen, waarbij de gewone regels omtrent de begroting van schade(vergoeding) van toepassing zijn. Bij kennelijk onredelijk ontslag is de hoogte van de toe te kennen vergoeding bovendien gerelateerd aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen, en aan de daaruit voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen voor de werknemer. (...) 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. De uitkomst van de kantonrechtersformule kan daarom niet dienen als een algemeen uitgangspunt voor de bepaling van een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.'

2. Het oordeel van de Hoge Raad dat de kantonrechtersformule niet als uitgangspunt mag dienen, was mijns inziens niet erg verrassend. Zie ook R. Houweling, noot bij AR 2009/929, die erop wijst dat deze uitkomst al kon worden afgeleid uit een lezing van de gezamenlijke arresten Schellekens/Dumeco (HR 15 februari 2008, JAR 2008/75) en Dahri/Vianen Beton (HR 14 november 2008, JAR 2008/318). In het eerstgenoemde arrest overwoog de Hoge Raad dat een schadevergoeding gebaseerd op goed werkgeverschap niet kan worden begroot aan de

hand van (enkel en alleen) de kantonrechttersformule, terwijl uit Dahri/Vianen Beton blijkt dat een kennelijk onredelijk ontslag een schending van het goed werkgeverschap oplevert.

3. Voor de vraag hoe de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk opzegging dan wél moet worden begroot, verwijst de Hoge Raad naar 'de gewone regels omtrent de begroting van schade(vergoeding)', oftewel afdeling 10 van boek 6, titel 1 BW: de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding. De rechter dient zich daarbij 'steeds nauwkeurig rekenschap (te) geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen'. In deze titel is het uitgangspunt dat als aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan, de gelaedeerde in beginsel aanspraak kan maken op volledige vergoeding van de door hem geleden schade. Anders gezegd dient de gelaedeerde zo veel als mogelijk in de toestand te worden gebracht waarin hij (waarschijnlijk) zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende gebeurtenis achterwege was gebleven. De eerste vraag die rijst, is wat bij kennelijk onredelijk ontslag dan precies de schade is die de werknemer lijdt. De inkomensschade (oftewel het verschil tussen zijn inkomsten vóór en na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst) is wellicht niet moeilijk te berekenen, maar hoe dient te worden berekend over welke periode deze inkomensderving zal gelden? En wat nu als de werknemer - tegen alle verwachtingen in - zeer snel een nieuwe baan heeft op gelijk loonniveau? De vraag die dan rijst is of het arrest Schoonderwoert/Schoonderwoerd (HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266) nog steeds geldt. In dit arrest overwoog de Hoge Raad namelijk dat de kennelijk-onredelijk-ontslagvergoeding een vergoeding is naar billijkheid, die niet berust op een begroting van de schade die daadwerkelijk uit de beëindiging voortvloeit.

4. Mijns inziens is het arrest Van de Grijp/Stam slechts een verduidelijking van de wijze van begroten van de schadevergoeding en staat het arrest Schoonderwoert/Schoonderwoerd nog steeds overeind. Dit laatstgenoemde arrest is gewezen onder het oude BW, toen art. 1639s uitdrukkelijk bepaalde dat de vergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag een vergoeding naar billijkheid is. Blijkens de memorie van toelichting bij de invoering van de huidige titel 7.10 zijn de woorden 'naar billijkheid' geschrapt, omdat de schadevergoeding naar billijkheid in het nieuwe BW een andere betekenis heeft. In art. 6:106 BW wordt namelijk gesproken over een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat. Omdat de vergoeding uit kennelijk ontslag niet (slechts) ziet op immateriële schade, achtte de regering het verstandiger de woorden 'naar billijkheid' niet in het huidige art. 7:681 BW terug te laten keren. Daarbij werd de toevoeging 'naar billijkheid' niet meer nodig geacht, omdat hetgeen die woorden uitdrukten thans reeds zou voortvloeien uit het toepasselijke art. 6:97 BW (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 51). Art. 6:97 BW bepaalt: 'De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.'

5. Met de vervanging van art. 1639s oud BW door art. 7:681 BW heeft de wetgever aldus geen materiële wijziging beoogd aan te brengen. De wijze van schadebegroting volgt alleen nu uit het algemene vermogensrecht. Dat betekent mijns inziens niet dat de schaderegeling uit boek 6 BW onverkort van toepassing is op de schadevergoeding ex art. 7:681 BW. De ontslagvergoeding verschilt namelijk op een aantal essentiële punten van de 'echte' boek 6-

schadevergoeding. Ten eerste speelt in het ontslagrecht de verwijtbaarheid van het ontslag een prominente rol. Ook in het arrest Van de Grijp/Stam overwoog de Hoge Raad dat “de hoogte van de toe te kennen vergoeding bovendien gerelateerd (is) aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen”. De (hoogte van) de vergoeding ex art. 7:681 BW kan er aldus ook in zijn gelegen dat de werknemer wellicht geen of slechts geringe schade heeft geleden, maar de mate van verwijtbaarheid van de werkgever toch tot een (hogere) vergoeding leidt. In boek 6 zijn de aard en de ernst van het tekortschieten van belang bij de toepassing van art. 6:98 BW (de juridische causaliteit), maar levert de verwijtbaarheid op zichzelf geen grond op voor schadevergoeding. Het uitgangspunt van volledige schadevergoeding betekent immers ook dat de werknemer niet méér aan vergoeding kan ontvangen dan hij aan schade lijdt. De mate van verwijtbaarheid van de werkgever hoeft immers niet te leiden tot vergroting van de schade die de werknemer lijdt.

6. Het vorenstaande hangt ook samen met de wijze waarop de grondslag voor schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag wordt aangenomen, oftewel welke feiten en omstandigheden de opzegging kennelijk onredelijk maken. Zeker als de kennelijke onredelijkheid wordt gevonden in de gevolgen van de beëindiging voor de werknemer (het zogenoemde gevolgcriterium van art. 7:681 lid 2 onder b BW), komt de toets neer op een belangenafweging. Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest Schoonderwoert/Schoonderwoerd (r.o. 2.4): ‘de schadevergoeding heeft in deze gevallen immers de strekking compensatie te bieden voor de kennelijke onredelijkheid van de handelwijze van de werkgever, gelegen in diens veronachtzaming van de onevenredigheid tussen zijn eigen belang bij beëindiging en de toen te verwachten nadelige gevolgen daarvan van de werknemer’. Weliswaar ziet deze overweging op de vaststelling van de kennelijke onredelijkheid, maar de uitkomst van deze belangenafweging kleurt mijns inziens vervolgens ook de hoogte van de vergoeding. Anders gezegd, gaat art. 7:681 BW uit van een holistische toets, zowel ten aanzien van de vraag of kennelijk onredelijk is opgezegd, als bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding. Als boek 6 BW echter onverkort van toepassing zou zijn op de schadebegroting, is voor die holistische toets geen plaats. Zoals hiervoor aangegeven geeft de schaderegeling van boek 6 weinig ruimte om de aard en de ernst van de tekortkoming van de werkgever te laten doorklinken in de hoogte van de schadevergoeding. Aan de andere kant kunnen omstandigheden die de vergoeding doen verlagen - oftewel omstandigheden ten gunste van de werkgever, wél worden meegenomen in de begroting krachtens boek 6 BW. Ik denk dan bijvoorbeeld aan een beroep van de werkgever op art. 6:101 BW (eigen schuld van de werknemer, waar ook de schadebeperkingsplicht onder valt) of art. 6:109 BW (matiging, bijv. op grond van de habe nichts/habe wenig-exceptie).

7. Een derde verschil is dat het immateriële aspect in de 7:681-vergoeding veel sterker aanwezig is dan in de ‘normale’ schadevergoeding. Ook in Van de Grijp/Stam benadrukte de Hoge Raad dat de hoogte van de vergoeding voorts is gerelateerd aan de materiële en immateriële nadelen voor de werknemer. Boek 6 kent echter zeer beperkte gronden voor immateriële schade. Als de werknemer voor zijn immateriële schadevergoeding zou moeten

aansluiten bij art. 6:106 BW, heeft hij slechts recht op schadevergoeding als hij kan bewijzen dat het oogmerk van de werkgever was om hem nadeel toe te brengen (sub a), als hij lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast (sub b). Erg scheutig met het aannemen van geestelijk letsel is de rechter niet; aangenomen wordt dat sprake moet zijn van een psychiatrisch ziektebeeld (o.a. HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240). Een gevoel van onbehagen, onvrede of ongenoegen is onvoldoende (zie bijv. HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145). De Hoge Raad kan mijns inziens niet hebben bedoeld, wat de begroting van de immateriële schade betreft, aan te willen sluiten bij het algemeen vermogensrecht, want dat zou betekenen dat de werknemer de facto zo goed als nooit recht heeft op een vergoeding van immaterieel nadeel.

8. Het vorenstaande leidt er mijns inziens toe dat de schaderegeling van boek 6 weliswaar van toepassing is op de berekening van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag, zij het met een arbeidsrechtelijke inkleuring. Uit de aard van het arbeidsrecht en in het bijzonder de kennelijk-onredelijk-ontslagtoets, vloeit mijns inziens op grond van art. 6:97 BW een bijzondere vorm van shadebegroting voort. Uitgangspunt is dat de schade wat het materiële deel betreft, concreet wordt begroot. Daarbij denk ik aan de eerste plaats aan de inkomensschade. De werknemer zal hiervoor het nodige moeten stellen en zo nodig bewijzen. Hij zal aan kunnen sluiten bij de inkomensachteruitgang waar sprake van is op het moment dat hij niet langer inkomen uit deze baan geniet. Dat moeilijk valt te begroten wat de omvang van deze shadepost is - het is bijvoorbeeld moeilijk in te schatten hoe lang het zal duren voordat de werknemer een baan vindt op gelijk loonniveau - is mijns inziens van ondergeschikt belang. Deze onzekerheid speelt bij meerdere vormen van schadevergoeding en de rechter kan deze schade dan schatten op grond van art. 6:105 BW (toekomstige schade). Aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden zal de rechter moeten (in)schatten hoe de kansen van deze werknemer zijn op de arbeidsmarkt en dus wat de omvang is van zijn inkomensschade.

9. Anders dan bij de een vordering uit wanprestatie of onrechtmatige daad, is het toetsmoment van de hoogte van de schade niet het moment van het instellen van de vordering, maar het tijdstip van de ingang van het ontslag. Volgens vaste jurisprudentie dient de rechter alle omstandigheden van het geval *ten tijde van het ontslag* in onderlinge samenhang in aanmerking te nemen, zie bijvoorbeeld HR 3 maart 1995, *NJ* 1995, 451 (Van Rossum/Van Erp). Nadien intredende omstandigheden kunnen in aanmerking worden genomen voor zover zij een aanwijzing opleveren voor wat niet later dan op het tijdstip van het intreden van de opzegging kon worden verwacht (Schoonderwoert/Schoonderwoerd). Wat dat betreft, zit in de begroting van de materiële schade aldus een abstract element. De rechter dient zich weliswaar rekenschap te geven van de concrete omstandigheden en factoren - oftewel: wat zijn de kansen van deze werknemer op de arbeidsmarkt - maar of de inkomensschade vervolgens uiteindelijk daadwerkelijk wordt geleden, acht de Hoge Raad niet van belang. Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens, *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 20. De shadebegroting ex art. 7:681 BW wijkt aldus enigszins af van de begrotingsregels van boek 6, omdat het toetsmoment

een ander is. Daardoor kan de in beginsel concrete begroting van de materiële schade een abstract element krijgen.

10. Vervolgens dient de rechter bij het begroten van de schadevergoeding zich rekenschap te geven van de bijzondere aard van arbeidsrecht, waaruit voortvloeit dat het immateriële aspect en de belangenafweging een prominentere plek hebben in het arbeidsrecht/ontslagrecht dan in het algemene verbintenissenrecht. Omstandigheden die een rol kunnen spelen zijn onder andere: de opzeggingsgrond en in wiens risicosfeer deze ligt, de lengte van de arbeidsovereenkomst, de wijze waarop de werknemer heeft gefunctioneerd, de financiële positie van de werkgever, de wederzijdse inspanningen in het kader van de re-integratie enzovoort. Deze elementen lenen zich niet voor een concrete berekening.

11. Zoals gezegd vloeit uit (de totstandkomingsgeschiedenis van) art. 6:97 BW voort dat de rechter een grote vrijheid geniet bij het begroten van een schadevergoeding en ook bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaatsvinden, waarbij hij niet gebonden is aan de gewone regels van stel- en bewijsplicht (*Kamerstukken II 1975/76, 7729, nrs. 6-7, p. 90*). Uitgangspunt is dat de schade zo concreet mogelijk wordt begroot, maar art. 6:97 BW geeft de rechter mede de vrijheid tot een abstracte wijze van schadeberekening te komen. Concrete of abstracte schadeberekening zijn daarbij geen binaire eenheden, maar vormen de uitersten van een glijdende schaal. Het begroten van de schadevergoeding aan de hand van één standaardformule acht de Hoge Raad niet passend, maar dat betekent naar mijn mening niet dat de schadebegroting volledig concreet dient te zijn. Een vergelijking kan worden gemaakt met de begroting van letselschade. In het algemeen wordt in de letselschade strikt de hand gehouden aan het uitgangspunt dat de schade concreet, met inachtneming van alle omstandigheden van het betreffende slachtoffer, moet worden vastgesteld, maar zelfs hier worden uitzonderingen gemaakt op deze hoofdregel. Zo mogen bijvoorbeeld de vergoeding voor vrije tijd, gespendeerd aan verpleging en verzorging van het slachtoffer en de vergoeding voor kosten van huishoudelijke hulp, abstract worden begroot (zie resp. HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 (Kruidhof/Losser) en HR 16 december 2005, *RvdW* 2006, 1 (Pruisen/Organice)). De Letselschaderaad heeft voor de branche richtlijnen opgesteld met normbedragen voor deze abstracte berekening. Zo beveelt de Letselschaderaad aan bij de begroting van de letselschade gebruik te maken van berekeningsmethoden en normbedragen voor onder andere de schadeposten huishoudelijke hulp, ziekenhuisdaggeldvergoeding, zelfredzaamheid, studievertraging en kilometervergoeding. Verder kan worden gewezen op de smartengeldbundel van de ANWB, waarin normbedragen worden genoemd, afhankelijk van de aard en de ernst van het letsel, ter compensatie van immateriële schade.

12. Art. 6:97 BW biedt de rechter echter niet de mogelijkheid op grond van de persoonlijke omstandigheden van partijen of op grond van andere omstandigheden van het geval tot een zijns inziens billijke vergoeding te komen. Ook als de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld en de rechter de schade moet schatten, dient hij aan te sluiten bij de vaststaande feiten en is voor een discretionaire bevoegdheid te oordelen naar wat redelijk zou zijn, geen plaats (zie ook Mon. BW B 35 (Klaassen), nr. 6). Bijzonder aan het arbeidsrecht is zoals gezegd dat de meer immaterieel gekleurde omstandigheden daar een grotere rol spelen dan in het

algemeen vermogensrecht. Dat is voor de schadebegroting ex art. 6:97 BW problematisch, omdat immaterieel nadeel geen prijskaartje heeft. Om die reden is de vergoeding van art. 6:106 BW ook een vergoeding naar billijkheid. Het kan mijns inziens daarom niet anders zijn dat de schadevergoeding ex art. 7:681 BW elementen blijft houden die naar billijkheid moeten worden vastgesteld. Dat betekent niet dat de wijze van begroting van de schadevergoeding daarmee geheel naar believen van de rechter mag geschieden en niet verifieerbaar of toetsbaar hoeft te zijn. Reeds in 1976 overwoog de Hoge Raad: 'dat indien de wederpartij betwist dat hij de dienstbetrekking kennelijk onredelijk heeft doen eindigen of dat de ander schade heeft geleden of zal lijden, daaromtrent zal moeten worden beslist door de rechter, die weliswaar een grote vrijheid heeft met betrekking tot de vaststelling van de omvang van de schade maar niet naar believen de vergoeding van de schade kan gelasten of achterwege laten' (HR 4 juni 1976, *NJ* 1977, 98 (Derksen/Derksen)). De motivering van de rechter bij het begroten van de schade, maakt de begroting toetsbaar. De beoordeling en waardering van de feiten en kansen die de hoogte van de schadevergoeding bepalen is weliswaar niet toetsbaar, maar als de motivering van de bestreden uitspraak kennelijke vergissingen bevat of als daarbij essentiële stellingen van partijen klaarblijkelijk over het hoofd zijn gezien, of als de motivering geen inzicht verschaft in hoe de rechter tot de vaststelling van de schadevergoeding is gekomen, is toetsing in cassatie mogelijk (zie HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 73, naar welk arrest de Hoge Raad vervolgens vele malen heeft gewezen).

13. Inmiddels zijn de eerste vonnissen gewezen waarin de kantonrechter het arrest Van de Grijp/Stam toepast. Een snelle zoekactie op www.ar-updates.nl levert vijf resultaten op. Het vonnis van de kantonrechter Lelystad van 2 december 2009, AR 2009/973 biedt mijns inziens een goed voorbeeld van hoe de rechter de begroting van de schadevergoeding ex art. 7:681 BW dient te motiveren. De kantonrechter gaat uitvoerig in op de vraag wat de kansen op de arbeidsmarkt zijn voor deze werknemer. Daarbij betreft hij de lange en goede staat van dienst van de werknemer, de slechte financiële positie van de werkgever, het feit dat reeds een lage vergoeding is betaald, de eenzijdige - tijdens het ruim twintig jaar durende dienstverband - bij deze werkgever opgebouwde werkervaring, de leeftijd van de werknemer, en zijn medische beperkingen, maar ook de door de werkgever overgelegde krantenknipsels waaruit blijkt dat er wel degelijk passende vacatures beschikbaar zijn. De werknemer wordt aangerekend dat hij niet heeft beargumenteerd op welke wijze hij door bepaalde lichamelijke tekortkomingen zou worden verhinderd bij het verrichten van de taken als vermeld in de krantenknipsels, alsmede dat niet blijkt dat de werknemer zich (voldoende) heeft ingespannen om weer een baan te vinden. Ook heeft de werknemer verzuimd inzicht te geven in de financiële situatie van de uitbouw van zijn eigen bedrijf. Uit dit vonnis blijkt dat de werknemer niet kan volstaan met het in algemene termen beschrijven van zijn arbeidsmarktpositie (50 jaar oud en enige medische gebreken) maar dat hij voldoende dient te stellen waaruit zijn schade (materieel en/of immaterieel) blijkt.

14. Het vonnis van kantonrechter Eindhoven van 17 december 2009, AR 2010/4 is mijns inziens minder goed gemotiveerd. De kantonrechter verwierpt de stelling van de werknemer dat de werkgever in enig van belang zijnde mate een verwijt kan worden gemaakt van zijn

arbeidsongeschiktheid. Ook de stelling dat de werknemer de laatste jaren zou zijn gepest op het werk, maakt hij volgens de kantonrechter niet aannemelijk. Dat zijn leeftijd ervoor zou zorgen dat zijn mogelijkheden om ander passend werk te vinden, acht de kantonrechter niet doorslaggevend. De omstandigheid dat de werknemer weinig kans maakt op de arbeidsmarkt is volgens de kantonrechter met name toe te schrijven aan het feit dat hij - ondanks zijn verblijf in Nederland sedert 1972 - nog steeds geen Nederlands spreekt. Die omstandigheid komt geheel voor zijn eigen rekening. Tot zo ver is de motivering van de kantonrechter navolgbaar en het lijkt er dan ook op dat hij een schadevergoeding afwijst. Hij kent echter een schadevergoeding toe, enkel en alleen gebaseerd op het feit dat de werkgever de onverplichte aanvulling op de WAO-uitkering ad € 420,00 per vier weken niet zonder afbouwregeling had mogen stopzetten, temeer nu de werkgever ervan op de hoogte was dat de werknemer schulden heeft. De schadevergoeding wordt vastgesteld op € 15.000,00. Het is mijns inziens de vraag of deze enkele omstandigheid de schadevergoeding kan dragen.

15. Kantonrechter Utrecht beslist in zijn vonnis van 16 december 2009, AR 2009/974 dat de opzegging niet kennelijk onredelijk is. Bij het vaststellen van de marktpositie van de werknemer wordt terecht getoetst ten tijde van de ingang van het ontslag. Dat hij achteraf langer werkloos bleef dan op grond van de omstandigheden destijds kon worden verwacht, is niet van belang. Een eerder vonnis van kantonrechter Utrecht (2 december 2009, AR 2009/909 is voor deze bijdrage van minder belang, omdat het daar gaat om de beoordeling of de werknemer een beroep kan doen op de hardheidsclausule uit een sociaal plan.

16. Kantonrechter Deventer (24 december 2009, AR 2010/11) stelt voorop bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding rekening te houden met alle relevante omstandigheden van het geval, welke omstandigheden vervolgens ook expliciet worden benoemd. Vaststaat dat de werknemer arbeidsongeschikt is geworden door het zeer langdurig uitoefenen van zijn met de jaren steeds zwaarder geworden werkzaamheden. Thans is de werknemer arbeidsongeschikt; zowel het UWV WERKbedrijf als de bedrijfsarts zijn zonder meer negatief over de mogelijkheden van de werknemer om nog enigerlei arbeid te verrichten. De kantonrechter laat vervolgens met name zwaar wegen dat de werkgever geen enkele maatregel heeft getroffen ter beperking van het uitvalrisico, terwijl de werknemer tweemaal op eigen initiatief zijn uren heeft teruggebracht in de - achteraf vergeefse - hoop het zo langer vol te houden, daarmee onverplicht een deel van het financiële risico van uitval door ziekte overnemend van de werkgever. De totale inkomensschade wordt begroot op € 41.444,00. Uit de feiten en omstandigheden blijkt niets waarom dit bedrag - de daadwerkelijke materiële schade - zou moeten worden verlaagd. Sterker nog, ik meen dat een verhoging van de schadevergoeding wegens de geleden immateriële schade gerechtvaardigd zou zijn. Desalniettemin stelt de rechter de schadevergoeding vast op € 25.000,00, zonder dat hij motiveert waarom deze verlaging van de schadevergoeding geïndiceerd zou zijn.

17. Uit het arrest Van de Grijp/Stam volgt mijns inziens dat voor het begroten van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag moet worden aangesloten bij schadevergoedingsregeling uit boek 6, zij het dat uit de aard van het arbeidsrecht voortvloeit dat deze regeling niet onverkort kan worden toegepast. Uitgangspunt is dat de schade

concreet moet worden begroot. Dit geldt mijns inziens met name voor de inkomensschade. De belangenafweging en immateriële aspecten uit het arbeidsrecht maken dat de art. 7:681-vergoeding deels een vergoeding naar billijkheid zal blijven. De rechter dient daarbij wel de feiten en omstandigheden die hij heeft meegewogen bij de begroting van de schade inzichtelijk te maken. De paar vonnissen die inmiddels zijn gewezen voldoen mijns inziens nog niet allemaal aan deze motiveringseisen.