

De invloed van de uitkomst in de 7:658 BW-procedure op de kennelijke onredelijkheid van een ontslag

Mr. drs. E.A.M. Heidstra, datum 11-01-2011

Indien een werknemer schade lijdt in de uitoefening van zijn arbeidsovereenkomst kan hij ex art. 7:658 BW zijn werkgever voor die schade aansprakelijk stellen. Indien diezelfde werknemer vervolgens na meer dan twee jaar arbeidsongeschiktheid wordt ontslagen, heeft hij daarnaast de mogelijkheid om een kennelijk onredelijk ontslagprocedure te entameren. In het arrest-*Pekaar/Arkema* heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de verhouding tussen deze twee procedures.^[2] In onderstaand artikel wordt nader op dit arrest ingegaan. Tevens wordt bekeken in hoeverre dit arrest van invloed is op de stelplicht en bewijslast van de werknemer in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure.

Mr. drs. E.A.M. Heidstra^[1]

Samenloop 7:681 BW en 7:658 BW

Een werknemer die na meer dan twee jaar arbeidsongeschiktheid wordt ontslagen, en meent dat zijn werkgever verantwoordelijk is voor diezelfde arbeidsongeschiktheid, kan zowel een procedure op grond van kennelijk onredelijk ontslag als een procedure op grond van werkgeversaansprakelijkheid starten. Over beide procedures is een grote hoeveelheid jurisprudentie verschenen, waarbij het jaar 2010 wel het jaar van het kennelijk onredelijk ontslag kan worden genoemd. Is het echter juridisch wel mogelijk dat een werknemer ter zake van hetzelfde feitencomplex beide procedures tegelijk aanhangig maakt? En welke procesrechtelijke situatie kan ontstaan indien de werknemer de genoemde procedures separaat aanhangig maakt? Beide onderwerpen kwamen aan de orde in de verschillende procedures die werknemer Pekaar aanhangig maakte jegens zijn werkgever, Arkema. In cassatie kwam met name de tweede vraag aan bod en heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de vraag welke invloed de uitkomst van de 7:658 BW-procedure heeft op de ter zake van dezelfde feiten geëntameerde kennelijk onredelijk ontslagprocedure. De feiten waren als volgt. Pekaar trad op 1 februari 1975 als procesoperator in dienst bij Arkema, een producent van onder meer verven en andere chemicaliën. In zijn functie was hij betrokken bij de productie van organotinverbindingen. Hierbij gebruikt men organische oplosmiddelen. Vanaf eind november 1984 klaagde Pekaar bij de bedrijfsarts over vergeetachtigheid. In 1996, 1997 en 1998 vond een aantal medische onderzoeken plaats, waaruit bleek dat Pekaar aan een geheugenstoornis leed. In 1999 viel hij definitief uit voor zijn eigen werkzaamheden, waarna hij nog enige tijd aangepaste werkzaamheden verrichtte. Ook hiervoor meldde hij zich medio 2001 ziek. Vanaf 2002 ontving Pekaar op basis van 80-100% arbeidsongeschiktheid een WAO-uitkering. Per 1 mei 2004 heeft Arkema, na daartoe een vergunning te hebben verkregen, de arbeidsovereenkomst opgezegd. Nog tijdens het dienstverband heeft Pekaar een aansprakelijkheidsprocedure ex art. 7: 658 BW aanhangig gemaakt. Na het ontslag is hij tevens een kennelijk onredelijk ontslagprocedure ex art. 7:681 BW gestart.

Procedure ex art. 7:658 lid 2 BW: werkgeversaansprakelijkheid

Art. 7:658 lid 1 BW bepaalt dat de werkgever verplicht is de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de werkzaamheden doet verrichten zodanig in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Indien de werknemer desalniettemin schade lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, bepaalt lid 2 dat de werkgever daarvoor aansprakelijk is, tenzij hij aantoont dat hij de in lid 1 neergelegde zorgplicht is nagekomen of dat de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Pekaar stelde in de aansprakelijkheidsprocedure dat hij, als gevolg van de blootstelling aan de organische oplosmiddelen gedurende werktijd, leed aan het Organisch Psycho Syndroom (OPS). OPS, ook wel schildersziekte genoemd, is een ernstige vorm van hersenbeschadiging die onder meer kan ontstaan als gevolg van blootstelling aan organische oplosmiddelen. Deze stoffen worden gebruikt in verschillende toepassingen zoals in verf en drukinten, lijmen, autolakken en diverse andere chemische processen. De gezondheidsklachten die hierdoor kunnen ontstaan, bestaan onder meer uit geheugenverlies, concentratiestoornissen, persoonlijkheidsstoornissen, hoofdpijn en vermoeidheid. Chronische Toxische Encefalopathie (CTE) is de medische naam van de aandoening. OPS wordt in Nederland als beroepsziekte erkend en voor het vaststellen van de diagnose is door het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten een registratie-richtlijn opgesteld. Op basis van deze richtlijn geldt dat van OPS kan worden gesproken indien gedurende enkele maanden of langer minstens twee van voornoemde klachten bestaan. Om de relatie met de organische oplosmiddelen te kunnen leggen dient de werknemer ten minste gedurende vijf jaar te zijn blootgesteld aan een relevante hoeveelheid oplosmiddelen en deze blootstelling dient tot ten minste drie jaar voor de klachten te hebben plaatsgevonden.^[3] Naar de mening van Pekaar

had Arkema onvoldoende maatregelen genomen om haar werknemers tegen deze blootstelling te beschermen, waarmee zij haar zorgplicht had geschonden. Op grond hiervan was zij, aldus Pekaar, aansprakelijk voor de schade die hij leed als gevolg van zijn klachten. De kantonrechter te Middelburg wees de vordering van Pekaar toe.^[4] In het hoger beroep van Arkema oordeelde het Hof te 's-Gravenhage dat Pekaar, na daartoe een bewijsopdracht te hebben gekregen, er niet in was geslaagd te bewijzen dat zijn klachten het gevolg waren van de blootstelling aan de oplosmiddelen.^[5] Het hof overwoog daarbij dat het er bij de beoordeling van het bewijs niet alleen om ging dat Pekaar bewees dat hij tijdens zijn werk was blootgesteld aan voor de gezondheid schadelijke stoffen, maar ook dat hij aannemelijk maakte dat zijn gezondheidsklachten daardoor konden zijn veroorzaakt. Op beide punten faalde Pekaar. Met name stond niet vast in welke mate Pekaar ná 1980 in contact was gekomen met gevaarlijke stoffen en of de blootstelling die plaats had gevonden voldoende was om zijn klachten te veroorzaken. Het hof baseerde zich daarbij op getuigenverklaringen en een deskundigenoordeel, waarbij voornoemde richtlijn voor de diagnose van OPS een grote rol speelde. Bovendien oordeelde het hof dat Pekaar alleen een geheugenstoornis had, terwijl voor de diagnose OPS moet komen vast te staan dat zich minstens twee van de genoemde gezondheidsklachten hebben voorgedaan. Aan de vraag of Arkema haar zorgplicht was nagekomen, kwam het hof daarmee niet meer toe.

Stelplicht en bewijslast werknemer

In cassatie bij de Hoge Raad stelde Pekaar met name de stelplicht en bewijslast aan de orde. Naar zijn mening had het hof hem een zwaardere bewijslast opgedragen dan vereist door hem te vragen te bewijzen dat hij regelmatig bloot was gesteld aan gevaarlijke stoffen, in plaats van blootstelling zonder meer. Bij gevaarlijke stoffen geldt sinds het arrest- *Unilever/Dikmans* ^[6] een bijzondere verdeling van de bewijslast. Wanneer vaststaat dat de werknemer bij zijn werk is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen moet het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband worden aangenomen indien de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijze nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Het is in dat geval de plicht van de werkgever om nader aan te geven of, en zo ja, welke maatregelen hij in dit opzicht heeft getroffen. Op grond hiervan werd wel gemeend dat de werknemer, zodra hij had gesteld, en zo nodig bewezen, dat hij was blootgesteld aan gevaarlijke stoffen, hij een beroep op deze zogenaamde omkeringsregel kon doen. Dat deze gedachte niet juist is, heeft de Hoge Raad expliciet bevestigd in het arrest-*Havermans/Luckx* ^[7], ook een OPS-zaak. De enkele blootstelling aan gevaarlijke stoffen is onvoldoende om causaal verband aan te nemen, aldus de Hoge Raad. Om een beroep op de bewijslastverdeling van *Unilever/Dikmans* te kunnen doen dient de werknemer a.: te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat de blootstelling aan de stoffen daadwerkelijk heeft plaatsgevonden alsmede b.: te stellen en zo nodig aannemelijk te maken dat hij lijdt aan een ziekte of gezondheidsklachten die door deze blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. Ware dit anders, dan zou de aansprakelijkheid van werkgevers voor schade als gevolg van beroepsziekten worden uitgebreid tot aansprakelijkheid voor schade waarvan niet vaststaat dat deze in de uitoefening van de werkzaamheden is geleden en ten aanzien waarvan slechts de *mogelijkheid* bestaat dat deze is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden. Al in het arrest-*Weststrate/De Schelde* heeft de Hoge Raad klip en klaar aangegeven dat art. 7:658 BW hiervoor niet is bedoeld.^[8] ^[9] Pekaar ging derhalve te snel aan zijn stel- en bewijsplicht voorbij. Het Haagse Hof had immers niet meer van hem gevraagd dan het causaal verband tussen de blootstelling en zijn klachten aannemelijk te maken. Hiervoor was, blijkens de richtlijn voor de diagnose van OPS, een 'relevante mate' van blootstelling vereist omdat een incidentele blootstelling aan oplosmiddelen niet kan leiden tot OPS. A-G Langemeijer concludeerde tot verwerping van dit cassatiemiddel, evenals van de overige ingestelde cassatiemiddelen. De Hoge Raad verwierp het beroep op grond van art. 81 RO.^[10]

Procedure ex 7:681 BW: kennelijk onredelijk ontslag

Hangende de aansprakelijkheidsprocedure startte Pekaar, na zijn ontslag in 2004, ook een procedure ex art. 7:681 BW waarbij hij schadevergoeding vorderde op grond van kennelijk onredelijk ontslag. In het hoger beroep stelde Arkema zich op het standpunt dat de arbeidsongeschiktheid van Pekaar bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid geen rol mocht spelen omdat hierover al de procedure ex art. 7:658 BW liep. Het Hof 's-Gravenhage was dit niet met Arkema eens. ^[11] Het stond Pekaar vrij om naast de aansprakelijkheidsprocedure een kennelijk onredelijk ontslagprocedure te entameren waarbij in de laatste procedure ook de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid aan de orde kon komen. De inzet en aard van beide procedures zijn immers verschillend, zo overwoog het hof. Het hof stelde daarbij dat in de aansprakelijkheidsprocedure zowel het causale verband als de nalatigheid voor wat betreft de zorgplicht dient te worden bewezen, terwijl in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure een afweging moet worden gemaakt tussen de belangen van de werkgever en die van de werknemer bij het ontslag. Voor wat betreft de schadevergoeding gaf het hof aan dat aansprakelijkheid in beginsel leidt tot een volledige materiële en immateriële schadevergoeding, terwijl het uitgangspunt van art. 7:681 BW, nog steeds volgens het hof, een schadevergoeding naar billijkheid is. Dat beide procedures naast elkaar gevoerd kunnen worden lijkt mij op zich juist en wordt in zijn algemeenheid ook in de lagere rechtspraak gevolgd.^[12] Een en ander kan ook worden beredeneerd

analoog aan de mogelijkheid om naast een ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW nog een 7:658 BW- dan wel een 7:611 BW-procedure te starten.^[13] In cassatie is dit punt verder niet aan de orde gekomen. Men kan zich na de arresten *Van de Grijp/Stam*^[14] en *Rutten/ Breed*^[15] echter wel afvragen of het oordeel dat de vergoeding ex art. 7:681 BW een billijkheidsvergoeding is thans niet enige nuancering behoeft. In deze arresten is, zoals bekend, uitgemaakt dat bij de beoordeling van de schadevergoeding ex art. 7:681 BW in beginsel de gewone regels voor het begroten van schadevergoeding van toepassing zijn. De rechter heeft hierbij een grote mate van vrijheid en de toe te kennen vergoeding is gerelateerd aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever. In het arrest-*Rutten/ Breed* werd, bij wijze van nadere toelichting op hetgeen in *Van de Grijp/Stam* werd gesteld, benadrukt dat een kennelijk onredelijk ontslagvergoeding in zoverre een bijzonder karakter heeft dat de schade soms moeilijk te begroten is en de vergoeding een zekere mate van genoegdoening zou moeten verschaffen aan de benadeelde werknemer, de zogenaamde 'pleister op de wonde' in termen van de wetgever. ^[16] Mogelijk in verband hiermee gaf de Hoge Raad expliciet aan dat het niet zo is dat de vergoeding alleen zou kunnen worden bepaald op basis van concrete en nauwkeurige schadeberekening. De rechter is vrij om de hoogte uiteindelijk naar billijkheid vast te stellen, indien begroten niet mogelijk is en ook schatten geen soelaas biedt.^[17] Voor een bespreking van de consequenties van de verschillende wijzen van schadeberekening kan worden verwezen naar een eerder dit jaar in dit tijdschrift verschenen bijdrage naar aanleiding van het arrest-*Van de Grijp/Stam*.^[18]

Beoordeling kennelijke onredelijkheid

Het hof overwoog, conform vaste jurisprudentie, dat voor de beoordeling of sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, alle aangevoerde en juist bevonden omstandigheden in aanmerking genomen dienden te worden, waaronder de vraag of er een relatie bestond tussen de arbeidsongeschiktheid van Pekaar en de werkomstandigheden. Om te voorkomen dat er in de 7:681 BW-procedure een oordeel zou worden gegeven dat in strijd zou zijn met de beslissing in de 7:658 BW-procedure, besloot het hof een definitieve beslissing over de kennelijk onredelijkheid aan te houden tot over de werkgeversaansprakelijkheid onherroepelijk zou zijn beslist. Het hof overwoog vervolgens dat, ook indien causaal verband zou ontbreken, op grond van overige aangevoerde omstandigheden sprake zou kunnen zijn van een kennelijk onredelijk ontslag op grond van het gevolgcriterium ex art. 7:681 lid 2 sub b. Tot zover is een en ander helder en begrijpelijk. Echter, direct aansluitend overweegt het hof als volgt:

'Vaststaat dat sprake is geweest van een langdurig dienstverband (ruim 29 jaar), waarin appelland (zeker in de beginjaren) is blootgesteld aan oplosmiddelen die – naar moet worden aangenomen – kunnen hebben bijgedragen aan zijn arbeidsongeschiktheid. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat als niet komt vast te staan dat deze blootstelling de ziekte van appelland heeft veroorzaakt, daaruit nog niet automatisch volgt dat genoemde blootstelling geen gezondheidsklachten tot gevolg kan hebben gehad. Daarnaast acht het hof van belang dat niet is gebleken dat appelland buiten zijn werk bij Arkema blootgesteld is geweest aan oplosmiddelen (of andere chemicaliën) die zijn ziekte kunnen hebben veroorzaakt.'

Vervolgens kent het hof aan Pekaar een vergoeding naar billijkheid toe van € 30 000 en houdt het verder de beslissing aan tot het hof in de 7:658 BW-procedure heeft geoordeeld. Deze redenering van het hof is niet goed te begrijpen. Het hof stelt in feite dat, ook indien het causaal verband niet is bewezen, dit niet uitsluit dat er toch causaal verband is. Het oordeel van het hof is daarmee logisch inconsistent. Daarnaast lijkt het hof op de stoel van de medisch deskundigen te gaan zitten omdat de richtlijn ter zake de diagnose van OPS hierdoor in feite opzij wordt gezet. Uit deze richtlijn blijkt immers helder wanneer gezondheidsklachten medisch gezien het gevolg kunnen zijn van blootstelling aan oplosmiddelen en wanneer dit verband er niet is. Ook dringt zich de vraag op waarom het hof dan eigenlijk heeft gemeend te moeten wachten met een definitief oordeel tot in de 7:658 BW-procedure onherroepelijk over het causale verband zou zijn beslist. Met zijn beslissing maakt het hof het oordeel in die zaak immers tot niet relevant. De Hoge Raad oordeelt dan ook tot vernietiging van het arrest van het hof wegens innerlijke tegenstrijdigheid en verwijst de zaak voor verdere behandeling naar het Hof 's-Hertogenbosch. Daarbij overweegt de Hoge Raad uitdrukkelijk dat bij de nieuwe beoordeling het causaal verband tussen de arbeidsongeschiktheid van Pekaar en de blootstelling aan oplosmiddelen, op grond van hetgeen in de 7:658 BW-procedure is komen vast te staan, geen enkele rol mag spelen.^[19]

Leidt het oordeel van de Hoge Raad tot zwaardere bewijslast in de 7:681 BW-procedure?

Er is wel gesteld dat de toetsing en bewijslast bij een kennelijk onredelijk ontslagprocedure 'lichter' is dan die in een procedure op grond van art. 7: 658 BW.^[20] De consequentie van hetgeen de Hoge Raad opmerkt ten behoeve van de vervolprocedure lijkt mij echter te zijn dat een ontslag na twee jaar arbeidsongeschiktheid niet meer kennelijk onredelijk kan worden geacht op grond van een mogelijk verband tussen de ziekte en de werkomstandigheden. Ook indien alleen de 7:681 BW-procedure wordt geëntameerd zal, mits de kennelijke onredelijkheid op die grond is gestoeld, het causaal verband tussen werk en ziekte bewezen moeten worden. De toetsing en bewijslast zijn hiermee in beide procedures gelijk. Of de Hoge Raad hiermee is teruggekomen op het *Boulidam*-arrest waarin, zo neemt men algemeen aan, de Hoge Raad

het causaal verband tussen arbeidsongeschiktheid en werk juist niet noodzakelijk achtte, is maar de vraag.^[21] Ik ben van mening dat het *Boulidam*-arrest niet op die wijze mag worden uitgelegd. In die zaak achtte de Hoge Raad het oordeel van de rechtbank dat het ontslag zonder vergoeding van een werknemer die na 25 jaar arbeid 'op' was, kennelijk onredelijk was, onder de in die casus geschetste omstandigheden, niet onbegrijpelijk. In de gedachtegang die de rechtbank bij zijn oordeel had gevolgd, kon de causaliteit buiten beschouwing blijven. Daarmee heeft de Hoge Raad niet gezegd dat in zijn algemeenheid causaliteit niet ter zake doet. De kantonrechter Zaandam, die klaarblijkelijk dezelfde mening is toegedaan, formuleerde het aldus:

'De Hoge Raad heeft daarbij dus niet gezegd dat een wegens langdurige arbeidsongeschiktheid ontslagen werknemer die stelt dat hij door het werk ziek geworden is, in het algemeen geen causaal verband meer behoeft te stellen of aannemelijk te maken tussen de aard van zijn werk en zijn arbeidsongeschiktheid, als hij dat werk maar lang genoeg heeft gedaan.'^[22] In deze visie kan het *Pekaar*-arrest eerder als verduidelijking van het *Boulidam*-arrest worden beschouwd. Of het Hof 's-Hertogenbosch tot de conclusie zal kunnen komen dat het ontslag van Pekaar kennelijk onredelijk is, valt dan ook te betwijfelen. Daarvoor zijn, en zo was dit eigenlijk ook al voor het *Pekaar*-arrest, bijkomende omstandigheden nodig, zoals bijvoorbeeld het gegeven dat de werkgever zich onvoldoende heeft ingespannen om de langdurig arbeidsongeschikte werknemer passende arbeid aan te bieden. Voor wat betreft de werknemer met lichamelijke beperkingen die boventallig is verklaard, heeft de Hoge Raad recent geoordeeld dat van een werkgever in beginsel een extra inspanning kan worden verwacht om deze werknemer aan het werk te helpen. Indien de werkgever dit nalaat, kan sprake zijn van een kennelijk onredelijk ontslag.^[23] Ook als er mogelijkheden zijn om de eigen arbeid te hervatten op termijn en de werkgever desondanks toch tot ontslag overgaat, zal kunnen worden geoordeeld dat de belangenafweging in het voordeel van de werknemer had moeten uitvallen.^[24] Evenmin is een ontslag kennelijk onredelijk, louter omdat de werknemer na twee jaar arbeidsongeschiktheid is ontslagen zonder dat hem of haar een vergoeding is geboden.^[25]

De vergoeding

Uit het *Pekaar*-arrest kan verder de conclusie worden getrokken dat in het geval van samenloop van een 7:681 BW- en een 7:658 BW-procedure, waarbij de grondslag in beide gevallen causaal verband is tussen de arbeidsongeschiktheid en de werkomstandigheden, eerst de (onherroepelijke) uitspraak in de 7:658 BW-procedure zal moeten worden afgewacht en pas daarna een oordeel kan worden gegeven over de kennelijke onredelijkheid van het ontslag. Daarbij kunnen globaal drie situaties worden onderscheiden:

1. Causaal verband tussen arbeidsongeschiktheid en werk ontbreekt. In dat geval kan de arbeidsongeschiktheid geen rol spelen bij de eventuele kennelijke onredelijkheid van het ontslag. Indien de kennelijke onredelijkheid louter en alleen op deze causaliteit zou berusten valt daarmee ook het doek voor het vorderen van een vergoeding ex art. 7:681 BW.
2. Causaal verband is aanwezig maar de werkgever heeft aangetoond aan zijn zorgplicht te hebben voldaan. In dat geval zal de vordering in de 7:658 BW-procedure moeten worden afgewezen maar kan het ontslag wel kennelijk onredelijk worden geacht. Verwijtbaarheid van de werkgever is immers niet vereist om tot een kennelijk onredelijk ontslag te kunnen concluderen.^[26]
3. De werkgever is aansprakelijk ex art. 7:658 lid 2 BW en de werknemer ontvangt op die grond een schadevergoeding. Ook in dit geval zal het ontslag mogelijk kennelijk onredelijk worden geacht.

Voor wat betreft de vergoeding die eventueel in de situaties 2 en 3 zal moeten worden betaald geldt dat de rechter deze dient vast te stellen conform de door de Hoge Raad uiteengezette regels. In de derde situatie zal tevens met de vergoeding ex art. 7:658 BW rekening moeten worden gehouden. Het is immers niet goed te verdedigen dat voor dezelfde schade twee keer een vergoeding moet worden betaald. Hof Arnhem overwoog hierover expliciet dat de gevorderde schadevergoeding op grond van art. 7:658 BW niet dezelfde schadecomponenten mag bevatten als de ingevolge art. 7:681 BW gevorderde vergoeding.^[27] Ook in diverse zaken waarin samenloop tussen de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW en een schadevergoedingsprocedure speelde, overwoog de Hoge Raad dat samenloop mogelijk is maar rechters over en weer rekening kunnen houden met de toegekende vergoedingen. De ontbindingsvergoeding, zo geeft de Hoge Raad aan, heeft betrekking op de (gevolgen van de) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en in de hoogte van deze vergoeding dienen in beginsel, en getoetst aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, alle relevante factoren van het geval tot uitdrukking te komen. De ontbindingsvergoeding ziet daarmee niet op aanspraken die gedurende het dienstverband zijn ontstaan, zoals bijvoorbeeld een schadevergoeding ex art. 7:658 BW, zodat voor dergelijke vorderingen ruimte bestaat naast de ontbindingsprocedure. Niet uitgesloten is echter dat feiten die ten grondslag liggen aan dergelijke vorderingen mede in aanmerking worden genomen bij het bepalen van de hoogte van de ontbindingsvergoeding. In dat geval staat het de rechter vrij rekening te houden bij de beoordeling van de vordering c.q. het verzoek met hetgeen in de andere procedure is toegekend.^[28] Analoog hieraan zal dit ook dienen te gelden voor de samenloop tussen de procedure ex art. 7:681 BW, die ziet op de gevolgen van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, en de procedure ex art. 7:658 BW, die ziet op een aanspraak ontstaan tijdens het dienstverband. Dat niet tot nihil mag worden verrekend, zou kunnen worden afgeleid uit een

ouder arrest van de Hoge Raad waarin hij overwoog dat als de rechter de kennelijke onredelijkheid van het ontslag vaststelt, hij vervolgens moet overgaan tot toekenning van een schadevergoeding. [\[29\]](#)

Conclusie

Al met al dient de werknemer die voornemens is zowel een procedure op grond van kennelijk onredelijk ontslag als op grond van werkgeversaansprakelijkheid te starten zich goed rekenschap te geven van de invloed die de uitkomst van de procedure ex 7:658 BW kan hebben op het oordeel over de kennelijke onredelijkheid van het ontslag. Indien deze laatste vordering is gestoeld op hetzelfde feitencomplex en gronden zal de aansprakelijkheidsprocedure maatgevend zijn voor de mate waarin het ontslag kennelijk onredelijk wordt geacht. Daarbij zal het voor de einduitkomst niet uitmaken of de werknemer beide zaken in één procedure onderbrengt, of dat hij deze separaat aanhangig maakt. In beide gevallen zal moeten worden gewacht tot het oordeel in de 7:658 BW-procedure is gegeven alvorens definitief te beslissen in de 7:681 BW-procedure. Dit sluit naar mijn mening niet uit dat het mogelijk is om, hangende het onderzoek naar het causaal verband, tot kennelijke onredelijkheid van het ontslag te concluderen op andere gronden, waarmee aan de werknemer, indien gewenst, alvast een (deel van) de schadeloosstelling kan worden toegekend. Het is hoe dan ook raadzaam, en meestal zal dit ook wel gebeuren, om meerdere gronden voor de kennelijke onredelijkheid van het ontslag aan te voeren dan louter de causaliteit tussen ongeval en arbeidsongeschiktheid. Daarbij is voor kennelijke onredelijkheid niet vereist dat de werkgever verwijtbaar heeft gehandeld, daar waar de werkgever om aan werkgeversaansprakelijkheid te ontkomen zich wel kan beroepen op het feit dat hij zijn zorgplicht is nagekomen. De werkgever, tot slot, die zich geconfronteerd ziet met genoemde procedures, heeft met onderhavig arrest een nieuwe uitspraak in handen die hij kan gebruiken om de stelplicht en bewijslast van de werknemer in de 7:681 BW-procedure te benadrukken.

Voetnoten

[\[2\]](#)

HR 11 september 2009, JAR 2009/250.

[\[1\]](#)

Mr. drs. E.A.M. Heidstra is advocaat bij Wieringa Advocaten te Amsterdam.

[\[3\]](#)

De richtlijn is onder nummer H002 gepubliceerd op de website van het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten www.beroepsziekten.nl.

[\[4\]](#)

Ktr. Middelburg 4 maart 2002, JAR 2002/216.

[\[5\]](#)

Hof 's-Gravenhage 18 augustus 2006, JAR 2006/259.

[\[6\]](#)

HR 17 november 2000, NJ 2001/596.

[\[7\]](#)

HR 23 juni 2006, JAR 2006/174.

[\[8\]](#)

HR 26 januari 2001, JAR 2001/39.

[\[9\]](#)

Voor een uitvoerig overzicht van de stelplicht en bewijslast bij toepassing van art. 7:658 BW kan worden verwezen naar het proefschrift van H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

[\[10\]](#)

HR 16 mei 2008, JAR 2008/122

[\[11\]](#)

Gerechtshof 's-Gravenhage, 29 juni 2007, JAR 2007/302.

[\[12\]](#)

Er zijn enige dissidente opinies, zie de noot van M. E. Vegter bij het arrest van het Gerechtshof Arnhem van 18 december 2007, JAR 2008/67 waarin het Hof Arnhem eveneens tot het oordeel kwam dat er geen belemmeringen zijn om beide procedures naast elkaar te entameren.

[\[13\]](#)

Zie voor een beschouwing over samenloop J.M. Gaarhuis, *Arbeidsrecht 2010/15 'Samenloop schadevergoeding ex art. 7:611 BW en ontbindingsvergoeding ex art. 7:685 BW'*.

[\[14\]](#)

HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305.

[\[15\]](#)

HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72.

[\[16\]](#)

Kamerstukken II 1951/52, 881, nr. 6, p. 30.

[\[17\]](#)

Zie hierover ook de noot van E. Verhulp bij het arrest-Van de Grijp/Stam alsmede *JAR Verklaard*, afl. 2, juli 2010.

[\[18\]](#)

M.V.E.E.Jansen, 'De Hoge Raad zet koers uit bij kennelijk onredelijk ontslag', *Arbeidsrecht* 2010/1.

[\[19\]](#)

A-G Rank-Berenschot concludeerde anders. De A-G stelde daarbij dat het oordeel van het hof dat de mogelijkheid van 'kunnen hebben bijgedragen aan' de arbeidsongeschiktheid niet hetzelfde is als het 'hebben veroorzaakt' van de arbeidsongeschiktheid. Op zich is dit juist. Echter, in het onderhavige geval was een andere oorzaak van de klachten evenwel juist uitgesloten waarmee niet duidelijk is waaraan de blootstelling dan zou moeten hebben bijgedragen.

[\[20\]](#)

Zie de noot van Vegter bij het hiervoor onder noot 11 aangehaalde arrest.

[\[21\]](#)

HR 25 juni 1999, *JAR* 1999/149.

[\[22\]](#)

Ktr. Zaandam 31 oktober 2002, *JAR* 2002/283.

[\[23\]](#)

HR 21 mei 2010, *JAR* 2010/163 (Hoedjes/VWTI).

[\[24\]](#)

Zie ook Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer, p. 427 (22e druk), alsmede de aldaar onder noten 54 tot en met 58 genoemde jurisprudentie.

[\[25\]](#)

HR 15 februari 2008, *JAR* 2008/76 (*Wüstlich / Chromalloy*).

[\[26\]](#)

Zie het onder noot 24 genoemde arrest.

[\[27\]](#)

Hof Arnhem 18 december 2007, *JAR* 2008/67.

[\[28\]](#)

Zie bijv. HR 26 januari 1990, *NJ* 1990/499 (*Schreuder/Nilsson en Lamm*), HR 1 maart 2002, *JAR* 2002/66 (*TNO/Ter Meulen*) en HR 1 maart 2002, *JAR* 2002/67 (*Guérand/PTT Post*).

[\[29\]](#)

HR 4 juni 1976, *NJ* 1977/98 (*Derksen/Derksen BV*).