Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Gezichtspuntencatalogi in het arbeidsrecht: de omstandigheden van het geval geïnventariseerd

C.J. Loonstra en J.P. Quist*

1 Inleiding

In de jaren zestig van de vorige eeuw heeft het zogeheten contextualisme zijn intrede gedaan in de rechtswetenschap.[1] Contextualisme laat zich omschrijven als het inzicht dat verschijnselen uitsluitend begrepen kunnen worden in de context van het geval of van het perspectief waaronder ze worden benaderd. Deze definitie gaf Vranken in zijn laatste Asser-deel,[2] waarmee hij de 'omstandigheden van het geval' weer op de kaart heeft gezet.

Een van de vormen van het verwijzen naar de omstandigheden van het geval is het gebruik van lijsten met relevante gezichtspunten. Nadat de Hoge Raad in een bepaalde zaak heeft geoordeeld dat het antwoord op de voorliggende (rechts)vraag afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, wordt een aantal feiten en omstandigheden genoemd die in dat verband van belang (kunnen) zijn. Die feiten en omstandigheden vormen dan tezamen de norm aan de hand waarvan de desbetreffende zaak dient te worden geanalyseerd en beoordeeld.[3] Deze lijsten met relevante gezichtspunten worden wel gezichtspuntencatalogi of topoi genoemd.[4]

Dergelijke catalogi hebben in de jaren zestig van de vorige eeuw hun intrede gedaan in de rechtspraak van de Hoge Raad. In dit verband wijzen wij op het Kelderluik-arrest uit 1965.[5] Een ander voorbeeld van enkele jaren later is het arrest Saladin/HBU uit 1967.[6]

Zo'n veertig jaar later zijn gezichtspunten (ook) in het arbeidsrecht een bekend fenomeen. Maar bij welke arbeidsrechtelijke onderwerpen spelen de omstandigheden van het geval en gezichtspuntencatalogi nu precies een

* J.P. Quist is verbonden aan de sectie arbeidsrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam en advocaat bij Adriaanse Van der Weel Advocaten te Middelburg.

1 Zie E.A. Huppes-Cluysenaer, Wetenschapsleer voor juristen, Deventer: Kluwer 1994, p. 114.

2 Asser-Vranken, Vervolg, nr. 96. Zie ook C.M.Th. Lindo, 'Tunnelkijken met Jan Vranken', NJB 2005, p. 1874.

3 Asser-Vranken, Vervolg, nr. 95.

4 Ook wordt wel gesproken van de 'factorenbenadering', vgl. D.J. van der Kolk en Y.M.M. van Eck, 'Ongeval tijdens bedrijfsuitje: Is werkgever aansprakelijk?', de Beursbengel april 2008, p. 22.

5 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, m.nt. GJS.

6 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261, m.nt. GJS.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

rol en waarom (niet)? En hoe dienen die verwijzingen te worden begrepen? Deze vragen vormen het onderwerp van dit artikel. Het zal primair een verkennend, inventariserend karakter hebben vanwege het feit dat een thema met een dergelijk omvangrijk bereik tot op heden geen bron van arbeidsrechtelijk onderzoek is geweest. Dat is op zichzelf opmerkelijk, omdat de omstandigheden van het geval en de daaraan gerelateerde gezichtspunten een steeds prominentere plek in de rechtspraak van de Hoge Raad lijken te krijgen.

2 De wetgever en de 'omstandigheden van het geval' in titel 7.10 BW

De wetgever heeft in titel 7.10 BW tien keer naar de omstandigheden van het geval verwezen, waarbij tweemaal in artikel 7:682 BW (zowel in het vierde als in het vijfde lid). De andere wetsartikelen zijn 7:618, 7:621 lid 2, 7:625 lid 1, 7:631 lid 7, 7:653 lid 4, 7:661 lid 1, 7:680 lid 5, 7:680a en 7:685 lid 8 BW.
De wetgever gebruikt niet steeds dezelfde formulering. Zeven keer is gekozen voor de (voor de hand liggende) woorden 'de omstandigheden van het geval'.[7] Hij verwijst een drietal keren naar 'de omstandigheden', zonder daaraan 'van het geval' toe te voegen[8] en eenmaal wordt gesproken over 'de gegeven omstandigheden', waarbij de toevoeging 'van het geval' eveneens ontbreekt.[9] Het ligt voor de hand dat met deze verschillende bewoordingen dezelfde bedoeling tot uitdrukking wordt gebracht. De woorden 'van het geval' lijken ten eerste weinig aan de strekking toe te voegen. Het spreekt welhaast voor zichzelf dat de relevante door de rechter te beoordelen feiten en omstandigheden zich in de hem voorliggende zaak ('het geval') moeten voordoen. Alleen de op de zaak betrekking hebbende omstandigheden kunnen bij zijn te nemen beslissing een rol spelen.[10] Ook aan het woord 'gegeven' in artikel 7:680a BW komt weinig betekenis toe. De omstandigheden waarmee de rechter bij zijn beoordeling van de zaak rekening kan houden, moeten hem 'gegeven' zijn, in die zin dat partijen de volgens hen relevante omstandigheden moeten hebben aangedragen. Als de rechter buitenom de

7 Dat is het geval in art. 7:618, 7:653 lid 4, 7:661 lid 1, 7:680 lid 5, 7:682 lid 4, 7:682 lid 5 en 7:685 lid 8 BW.
8 Zie daarvoor art. 7:621 lid 2, 7:625 lid 1 en 7:631 lid 7 BW.
9 Dit is het geval in art. 7:680a BW.
10 Zie in dit verband art. 7:625 lid 1, laatste volzin, BW in combinatie met rechtsoverweging 4.1 van het arrest van de Hoge Raad van 3 mei 2002, JAR 2002/134.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

door partijen gestelde feiten en omstandigheden bepaalde aspecten bij zijn beoordeling betrekt, treedt schending van artikel 24 Rv[11] op.

Enkele categorieën kunnen met betrekking tot de negen wetsartikelen in titel 7.10 BW worden onderscheiden.
In de eerste plaats worden de omstandigheden van het geval (vijfmaal) genoemd in artikelen waarin de matigingsbevoegdheid van de rechter aan de orde is.[12] De omstandigheden van het geval moeten hier vage begrippen als 'bovenmatig', 'onaanvaardbare gevolgen' en 'billijk(heid)' invullen.
Laatstgenoemd begrip speelt ook een rol in de tweede categorie, de gevallen waarin de rechter de omvang van een aan de werknemer of werkgever toe te kennen vergoeding moet vaststellen. Ook in die situatie wordt in titel 7.10 BW (in vier wetsartikelen) naar de omstandigheden van het geval verwezen.[13] Ook hier moeten de omstandigheden van het geval het begrip 'billijk(heid)' inkleuren.
Ten slotte is nog een restcategorie aan te wijzen. Hierin valt in de eerste plaats artikel 7:618 BW, waarin is bepaald dat, indien geen loon is vastgesteld, de werknemer aanspraak heeft op het loon dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst gebruikelijk was of, bij gebreke van een dergelijke maatstaf, op een loon dat met inachtneming van de omstandigheden van het geval naar billijkheid wordt bepaald. Ook artikel 7:661 BW kunnen we tot deze restcategorie scharen. De werknemer is niet aansprakelijk voor de schade die zijn werkgever lijdt, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. De laatste zin van het eerste lid voegt aan deze hoofdregel toe dat uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van de overeenkomst, anders kan voortvloeien.[14] In dit geval dienen de omstandigheden van het geval te worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of een uitzondering op de hoofdregel, dat de werknemer jegens de werkgever niet aansprakelijk is, moet worden aangenomen. De wetgever laat het hier dus uitdrukkelijk aan de rechter over,[15] met als enige aanwijzing dat acht moet worden geslagen op de omstandigheden van het geval.

11 Zie daarover T.F.E. Tjong Tjin Tai, De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag, TCR 2002-2 en wat betreft de gezichtspuntenrechtspraak J.P. Quist, Procesrechtelijke aspecten van de gezichtspuntenrechtspraak bij ontslag op staande voet, SR 2007-9, p. 293-294. Voorts 2.20 tot en met 2.22 van de Conclusie van A-G Wesseling-Van Gent bij HR van 13 juni 2008, LJN BD1386, JAR 2008/186.

12 Zie art. 7:621 lid 2, 7:625 lid 1, 7:631 lid 7, 7:680 lid 5 en 7:680a BW.

13 Dat is in art. 7:653 lid 4, 7:682 lid 4, 7:682 lid 5 en 7:685 lid 8 BW.

14 Waarover C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 'Bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht', in: K.F. Haak en F.L. Koot (red.), Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht, Rotterdam: Sanders Instituut/Kluwer 2004, p. 69 e.v. Zie voor een recent voorbeeld HR 13 juni 2008, LJN BC8791 (r.o. 3.4.5).

15 Waardoor de rechter 'wetgever-plaatsvervanger' wordt. Vgl. daarover onder andere W. Witteveen, 'Judex Educator, Een profielschets', in: H. Gribnau (red.), Maatschappelijke

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

In titel 7.10 BW treffen we geen gezichtspuntencatalogi aan. De parlementaire geschiedenis van deze titel gaat op dit onderwerp niet in.
Met betrekking tot artikel 7:661 lid 1 BW wordt echter doorgaans aansluiting gezocht bij de omstandigheden die in de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:170 lid 3 BW zijn genoemd. Aldaar wordt betoogd dat tot de relevante omstandigheden van het geval onder meer behoren: de aard van de opgedragen werkzaamheden, het risico dat de opgedragen taak meebrengt, de duur van de dienstverhouding en de omvang van de beloning.[16]

3 De Hoge Raad en de 'omstandigheden van het geval': het overzicht

De Hoge Raad gebruikt verschillende formuleringen als hij de omstandigheden van het geval in zijn overwegingen betrekt, maar liefst 18 verschillende, die soms slechts op detail(s) van elkaar afwijken. In overzicht 1 zijn de verschillende formuleringen alsmede de frequentie waarin zij zijn gebruikt, weergegeven. De rechtspraak van de Hoge Raad vanaf het jaar 2000 is bestudeerd. Een uitzondering is gemaakt voor het ontslag op staande voet. De gezichtspuntenrechtspraak ten aanzien van dit onderwerp gaat terug tot het arrest van 12 februari 1999.[17]

Het lijkt min of meer aannemelijk dat aan deze uiteenlopende, door de Hoge Raad gebezigde bewoordingen geen juridische consequenties moeten worden verbonden. De soort omstandigheden en het bereik daarvan zullen vermoedelijk dan ook niet variëren, al naar gelang de gebruikte terminologie.
Toch blijft opmerkelijk dat geen consistent taalgebruik wordt gehanteerd. 'Alle *bijzondere* omstandigheden' lijkt op een andere weging te duiden dan 'alle omstandigheden'. Dat zou op gelijke wijze kunnen worden verdedigd ten aanzien van 'de *typerende* omstandigheden'. Wat is 'bijzonder' en wat is 'typerend'?

rechtsvorming, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 7 e.v., N.J.H. Huls, 'Grenzen aan rechterlijke domeinuitbreiding', in: N.J.H. Huls en M.A. Loth, Het domein van de rechter, Rotterdam: Sanders Instituut/Kluwer 2004, p. 81-82 en W.D.H. Asser, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad: enkele inleidende opmerkingen', in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuijzen, Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 11-12. Ten aanzien van gezichtspuntencatalogi heeft Drion gewezen op 'de diepe valkuil van teveel wetgever-plaatsvervangerschap'. Vgl. C.E. Drion, De omstandighedencatalogus; drie gedachten ter verbetering, NJB 2008/27, p. 1635.

16 Zie hierover Losbladige Kluwer Onrechtmatige daad, art. 6:170 BW, aant. 75.1 en Asser-Hartkamp 4-III, nr. 150 en voor art. 7:661 BW D.J.B. de Wolff, Goed werknemerschap, Deventer: Kluwer 2007, p. 49.

17 JAR 1999/102.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Mede ook in het licht van de door de Hoge Raad opgesomde gezichtspuntencatalogi (zie paragraaf 5) lijkt het ons inziens toch om meer van hetzelfde te gaan.

Overzicht 1

Formulering	Absoluut	Relatief
De omstandigheden van het geval	31	36,47%
Alle omstandigheden van het geval	10	11,76%
Alle omstandigheden van het concrete geval	7	8,24%
Onder de gegeven omstandigheden	2	2,35%
In de gegeven omstandigheden	3	3,53%
Alle ter zake dienende omstandigheden van het geval	2	2,35%
De overige omstandigheden van het geval	4	4,71%
De concrete omstandigheden van het geval	2	2,35%
Alle feitelijke omstandigheden	5	5,88%
De feitelijke omstandigheden	2	2,35%
Alle voor zijn billijkheidsoordeel relevante factoren	1	1,18%
Alle voor zijn oordeel relevante factoren	8	9,41%
De feitelijke omstandigheden in de concrete situatie	1	1,18%
De typerende omstandigheden van het geval	2	2,35%
Alle bijzondere omstandigheden van het gegeven geval	2	2,35%
De andere omstandigheden van het geval	1	1,18%
De feitelijke gegevens van het concrete geval	1	1,18%
Alle omstandigheden van het gegeven geval	1	1,18%
	85	100%

In sommige arresten volstaat de Hoge Raad met verwijzing naar de omstandigheden van het geval, terwijl in andere arresten een zogenoemde gezichtspuntencatalogus, een lijst met relevante omstandigheden, wordt toegevoegd.
In overzicht 2 zijn de onderwerpen genoemd waarbij de Hoge Raad alleen naar de omstandigheden van het geval heeft verwezen, zonder een gezichtspuntencatalogus te formuleren.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Overzicht 2

Onderwerp	Arrest(en)
Werknemersaansprakelijkheid (art. 7:661 BW)	HR 3 januari 2001, JAR 2001/57 en HR 30 maart 2001, JAR 2001/127
Kwalificatie arbeidsovereenkomst	HR 10 oktober 2003, JAR 2003/263 en HR 13 juli 2007, JAR 2007/231
Overgang van onderneming	HR 19 januari 2001, JAR 2001/25; HR 10 december 2004, JAR 2003/13 en HR 10 december 2004, JAR 2005/14
Ontbinding van de arbeidsovereenkomst	HR 15 december 2000, JAR 2001/14; HR 2 november 2001, JAR 2001/255; HR 1 maart 2002, JAR 2002/66; HR 1 maart 2002, JAR 2002/67; HR 10 januari 2003, JAR 2003/39; HR 7 november 2003, JAR 2003/293; HR 2 april 2004, JAR 2004/112 en HR 10 december 2004, JAR 2005/12
Cao-recht	HR 20 februari 2004, JAR 2004/83; HR 9 juli 2004, NJ 2005, 496 en HR 26 november 2004, JAR 2004/189
Matiging loonvordering	HR 10 november 2000, JAR 2000/250; HR 13 september 2002, NJ 2002, 496 en HR 26 maart 2004, JAR 2004/111
Gelijke behandeling	HR 30 januari 2004, JAR 2004/68
Internationale rechtsmacht	HR 31 januari 2003, JAR 2003/71
Stakingsrecht	HR 28 januari 2000, JAR 2000/63
Overig (toepassing antidrugsbeleid)	HR 14 september 2007, NJ 2008, 334

Overzicht 3 vermeldt de arresten van de Hoge Raad waarin hij enkel verwijst naar de omstandigheden van het geval, maar waarin hij ten aanzien van de genoemde onderwerpen ook arresten heeft gewezen waarin een gezichtspuntencatalogus wordt gegeven.

Overzicht 3

Onderwerp	Arrest(en)
Werkgeversaansprakelijkheid (art. 7:658 BW)	HR 16 mei 2003, JAR 2003/147; HR 12 september 2003, JAR 2003/242; HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260; HR 17 december 2004, JAR 2005/32; HR 20 januari 2006, JAR 2006/50; HR 2 maart 2007, JAR 2007/91; HR 27 april 2007, JAR 2007/128 en HR 8 februari 2008, NJ 2008, 93
Ontslag op staande voet	HR 29 september 2000, JAR 2000/223; HR 11 mei 2001, JAR 2001/111; HR 16 juni 2006, JAR 2006/171 en HR 1 september 2006, JAR 2006/228
Wijziging arbeidsvoorwaarden (art. 7:611 BW)	HR 28 april 2000, NJ 2000, 565
Kennelijk onredelijk ontslag	HR 22 februari 2002, NJ 2002, 260 en HR 3 december 2004, JAR 2005/30

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Overzicht 4 bevat ten slotte een overzicht van de onderwerpen waarbij de Hoge Raad verwijst naar de omstandigheden van het geval en waarbij hij tevens bij ieder arrest een lijst met relevante omstandigheden formuleert.

Overzicht 4

Onderwerp	Arrest(en)
Werkgeversaansprakelijkheid (art. 7:658 BW)	HR 28 april 2000, NJ 2000, 430; HR 17 december 2004, NJ 2006, 147; HR 11 november 2005, JAR 2005/287 en HR 17 februari 2006, JAR 2006/67
Werkgeversaansprakelijkheid (art. 6:170 BW)	HR 9 november 2007, JAR 2007/305
Werkgeversaansprakelijkheid (art. 7:611 BW)	HR 1 februari 2008, RvdW 2008, 176 (in gelijke zin: HR 1 februari 2008, LJN: BB4767)
Kennelijk onredelijk ontslag	HR 15 februari 2008, JAR 2008/76
Ontslag op staande voet	HR 12 februari 1999, JAR 1999/102; HR 21 januari 2000, JAR 2000/45; HR 22 februari 2002, JAR 2002/81; HR 20 juni 2003, JAR 2003/179 en HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259
Wettelijke verhoging (art. 7:625 BW)	HR 3 mei 2002, JAR 2002/134
Loon – octrooi	HR 1 maart 2002, JAR 2002/66
Wijziging arbeidsvoorwaarden (art. 7:611 BW)	HR 11 juli 2008, LJN: BD1847

De vraag rijst of er een verklaring kan worden gegeven voor het feit dat de Hoge Raad met betrekking tot hetzelfde thema zich de ene keer beperkt tot het noemen van de omstandigheden van het geval en de andere keer deze omstandigheden aanvult met een gezichtspuntencatalogus. De reden zal vermoedelijk zijn dat de aard en inhoud van het cassatiemiddel aanleiding geven tot de beperktere variant (enkel het noemen van de omstandigheden van het geval) dan wel de uitgebreidere.
Onduidelijk (en onbegrijpelijk) is (voor ons) waarom de Hoge Raad in een substantieel deel van de gevallen enkel de omstandigheden van het geval noemt, zonder daaraan een gezichtspuntencatalogus te verbinden.

4 De Hoge Raad en de 'omstandigheden van het geval': de uitwerking

De gezichtspuntencatalogi zijn in het overgrote deel van de gevallen niet-limitatief. De gezichtspunten wijzen op aspecten die met andere kunnen worden aangevuld. Zie in dit verband bijvoorbeeld de catalogus die de Hoge Raad formuleerde ten aanzien van de vraag of sprake is van een dringende reden in de zin van artikel 7:677 lid 1 jo. 7:678 lid 1 BW. De Hoge Raad

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

overwoog dat bij de beantwoording van die vraag in de eerste plaats in de beschouwing behoren te worden betrokken de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder onder meer de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben.[18] De woorden 'onder meer' en 'zoals' duiden erop dat deze lijst van gezichtspunten niet-limitatief is en dat andere relevante omstandigheden denkbaar zijn.[19] Het is overigens zeer begrijpelijk en zinvol dat de Hoge Raad geen limitatieve catalogi formuleert. Het zou tot verstarring van de rechtsontwikkeling leiden.
De woorden 'onder meer' en 'zoals' duiden er bovendien op dat de gezichtspunten van belang *kunnen*, maar niet *hoeven* te zijn.[20] De rechter mag dergelijke gezichtspunten niet ambtshalve toepassen, zodat het met name van de betrokken partijen afhangt of de rechter aan bepaalde feiten en omstandigheden aandacht zal kunnen besteden.[21]

Ten aanzien van één 'gezichtspuntenarrest' van de Hoge Raad is aangenomen dat dit wel een imperatief karakter heeft. Het betreft het arrest van 28 april 2000, dat gaat over de vraag of het beroep op de (absolute) verjaringstermijn bij een aansprakelijkstelling wegens werken met asbest, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid al dan niet onaanvaardbaar moet worden geacht.[22] De Hoge Raad overwoog dat de rechter blijk moet geven de zeven genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling te hebben betrokken. Het imperatieve karakter van de opsomming blijkt uit de door

18 Voor het eerst in HR 12 februari 1999, JAR 1999/102.

19 In de lagere rechtspraak wordt overigens ook met andere dan de door de Hoge Raad genoemde omstandigheden rekening gehouden. Zie J.P. Quist, De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?, ArA 2007/1, p. 35 e.v.

20 Met betrekking tot het ontslag op staande voet bestaat een uitzondering op deze regel. Ten aanzien van de aard en de ernst van wat de werkgever als dringende reden aanmerkt, overwoog de Hoge Raad dat deze in de beschouwing dienen te worden betrokken. Dat kan overigens nauwelijks verbazen. De op de werkgever rustende stelplicht brengt mee dat hij de aard en de ernst van de aan de werknemer verweten gedraging naar voren brengt.

21 Zie in dit verband HR 27 april 2001, JAR 2001/95, waarover J.P. Quist, Procesrechtelijke aspecten van de gezichtspuntenrechtspraak bij ontslag op staande voet, SR 2007-9, p. 293-294. Zie ook noot 11.

22 NJ 2000, 430, m.nt. ARB onder NJ 2000, 431. Zie ook JOR 2000/163, m.nt. C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra. Opgemerkt zij dat deze problematiek niet meer speelt ten aanzien van persoonschade waarbij de schadeveroorzakende gebeurtenis plaatsvond na 1 februari 2004. Vanaf die datum geldt namelijk art. 3:310 lid 5 BW. In deze situatie geldt de zogenoemde absolute verjaringstermijn niet (meer).

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

de Hoge Raad gekozen bewoordingen. In de literatuur en de lagere rechtspraak wordt dit imperatieve karakter dan ook aangenomen.[23]

Overzicht 5

Formulering	Onderwerp	Arrest(en)	Categorie
'als gezichtspunten vallen te noemen'	Werkgevers-aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW	HR 28 april 2000, NJ 2000, 430	1
'in dat verband zijn mede van belang'	Werkgevers-aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW	HR 17 december 2004, NJ 2006, 147; HR 17 februari 2006, JAR 2006/67 en HR 17 februari 2006, NJ 2007, 285	2
'in dat kader is van belang'	Werkgevers-aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW	HR 11 november 2005, JAR 2005/287	2
'waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan'	Werkgevers-aansprakelijkheid ex art. 7:611 BW	HR 1 februari 2008, RvdW 2008, 176 en HR 1 februari 2008, LJN: BB4767	3
'in dat verband kunnen van belang zijn'	Werkgevers-aansprakelijkheid ex art. 6:170 BW	HR 9 november 2007, JAR 2007/305	1
'daarbij behoren ook in de beschouwing te worden betrokken'	Ontslag op staande voet	HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190; HR 22 februari 2002, NJ 2003, 174 en HR 20 juni 2003, JAR 2003/179	2
'waaronder begrepen'	Ontslag op staande voet	HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259	2
'waaronder'	Wijziging arbeidsvoorwaarden	HR 11 juli 2008, LJN: BD1847	2
'tot deze omstandigheden behoort ook'	Wettelijke verhoging	HR 3 mei 2002, JAR 2002/134	2
'zoals'	Loon – octrooi	HR 1 maart 2002, JAR 2002/66	1

Hoe zwaar wegen de gezichtspunten? Het antwoord op die vraag kan deels worden gevonden in de woorden tussen de verwijzing naar de omstandigheden van het geval en de lijst met relevante omstandigheden.

23 Literatuur: J.L. Smeehuijzen, Verjaring van het recht op personenschade, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 61 en J.L. Smeehuijzen, De bevrijdende verjaring, Deventer: Kluwer 2008, p. 257. Zie ook Bloembergen in zijn noot onder HR 28 april 2000, NJ 2000, 431. Rechtspraak: Pres. Rb. Rotterdam 19 juni 2001, KG 2001, 190, Pres. Rb. Almelo 22 mei 2003, Prg. 2003, 6067, Pres. Rb. Rotterdam 17 juli 2003, KG 2003, 173, Rb. Rotterdam 10 maart 2004, NJF 2004, 311 en Rb. Rotterdam 5 december 2007, LJN BD7429.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

In dit verband is een drietal categorieën te onderscheiden. In de eerste plaats de arresten waarin de gezichtspunten niet meer dan een voorbeeldenlijst vormen en waarbij de gezichtspunten louter een illustratief karakter hebben (categorie 1). In de tweede plaats de arresten waarin de gezichtspunten doorslaggevend zijn (categorie 2). Tussen deze twee uitersten bevindt zich een middencategorie, waarbij aan de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten een bijzondere betekenis toekomt (categorie 3). Deze gezichtspunten zijn meer dan louter voorbeelden, maar zij hebben voor de rechter geen doorslaggevende betekenis. In overzicht 5 staat vermeld welke formuleringen wij hebben aangetroffen, bij welke onderwerpen dat was en onder welke categorie de desbetreffende gezichtspunten vallen.

De vraag kan worden gesteld of dit verschil in zwaarte van de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten kan worden verklaard. Waarom is de rechter in het ene geval verplicht die gezichtspunten in zijn beoordeling te betrekken ('daarbij behoren ook in de beschouwing te worden betrokken'), terwijl dat in het andere geval enkel bij wijze van suggestie wordt aangereikt ('in dat verband kunnen van belang zijn')? De eerste gedachte zou zijn: de zwaarte van de gezichtspunten houdt nauw verband met de zwaarte van het onderwerp waarover wordt geprocedeerd. Die gedachte houdt geen stand als men bedenkt dat met betrekking tot het thema werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW al drie formuleringen worden gekozen die niet (geheel) overeenkomen. En bovendien: wat bepaalt de zwaarte van een bepaald onderwerp? Vooralsnog kunnen we niet anders concluderen dan dat de gekozen bewoordingen min of meer toevallig zijn gebruikt en dat consistentie in de relatie tussen de omstandigheden van het geval en de gezichtspunten niet aanwezig is.

Wij wijzen er voorts op dat de Hoge Raad in sommige arresten heeft overwogen dat de door hem genoemde gezichtspunten 'in onderling verband en samenhang' dienen te worden beoordeeld, terwijl een dergelijke toevoeging in andere arresten achterwege blijft. Betekent dit dat de gezichtspunten in de laatstgenoemde categorie niet in onderling verband en samenhang moeten worden bezien en dat zij op zichzelf en dus los van elkaar voor de beslissing van de zaak van belang kunnen zijn? Een ontkennende beantwoording van deze vraag ligt voor de hand. Het gaat namelijk steeds om het totaalbeeld, waarbij vaak niet één gezichtspunt, maar meerdere gezichtspunten tot een beslissing van de zaak moeten leiden. Die gezichtspunten staan niet op zichzelf, maar de desbetreffende feiten en omstandigheden maken deel uit van de voorliggende zaak. Zij hangen met elkaar samen en dat maakt dat gezichtspunten steeds in onderling verband en samenhang moeten worden bezien. Overigens is bij een gezichtspuntencatalogus vaak

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

sprake van een door de rechter te maken belangenafweging. Zeker dan kan het niet anders dan dat de relevante feiten en omstandigheden ten opzichte van elkaar worden gewogen, om uiteindelijk tot een oordeel te komen. Wat dat aangaat lijkt (ook) de toevoeging 'in onderling verband en samenhang' weinigzeggend.

5 Welke gezichtspuntencatalogi?

Van welke gezichtspunten bedient de Hoge Raad zich en is in dit verband een zeker patroon waar te nemen? Hierna zullen wij de acht onderwerpen waarbij de Hoge Raad gezichtspuntencatalogi heeft geformuleerd, nader bekijken.

5.1 Werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW

Bij de toepassing van dit artikel heeft de Hoge Raad verschillende gezichtspuntencatalogi geformuleerd. Dat is in de eerste plaats in zijn arrest van 28 april 2000,[24] waarin de problematiek van verjaring van asbestclaims aan de orde is. Omdat het zo kan zijn dat de ziekte mesothelioom, door de zeer lange incubatietijd, pas ontdekt wordt nadat de absolute verjaringstermijn van dertig jaar is verstreken, oordeelde de Hoge Raad dat toepassing van deze verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Of dat het geval is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld. Als er gezichtspunten vallen te noemen waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, zo overwoog de Hoge Raad, (1) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde; (2) in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat; (3) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten; (4) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor schade aansprakelijk zou zijn; (5) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren; (6) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt; en (7) of na het aan het licht komen van de

24 NJ 2000, 430. Zie over dit arrest J.L. Smeehuijzen (2006), p. 56 e.v., W.H. van Boom, Verjaring mesothelioomclaims doorbroken, A&V 2000-3/4, p. 55 e.v., alsmede M.A. Loth, 'Rechtseenheid in veelvoud', in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 85 e.v.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.

De tweede gezichtspuntencatalogus heeft eveneens betrekking op asbestzaken. Het gaat dan niet om een formeel punt, zoals de verjaringsproblematiek, maar om de inhoudelijke vraag wat van de werkgever had mogen worden verwacht teneinde schade bij zijn werknemers te voorkomen. De Hoge Raad overwoog in zijn arrest van 17 december 2004[25] dat vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe de aangesproken werkgever behoort, bekend moet worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, een verhoogde zorgvuldigheidsnorm heeft te gelden met het oog op de belangen van diegenen die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt. De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat het afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten, welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van de werkgever konden worden verwacht. In dat verband zijn, zo voegde de Hoge Raad hieraan toe, (1) de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en (2) de aard en ernst van die risico's mede van belang.

In verband met artikel 7:658 BW wijzen wij ten slotte op het arrest van de Hoge Raad van 11 november 2005,[26] dat ook betrekking heeft op de vraag wat van de werkgever in het kader van de op hem rustende zorgplicht mag worden verwacht, dit keer in verband met het werk met een (mogelijk) gevaarlijke machine. De Hoge Raad oordeelde dat wat in redelijkheid van de werkgever mag worden verwacht, afhangt van de omstandigheden van het geval. In dat kader is, zo vervolgde de Hoge Raad, van belang (1) met welke mate van waarschijnlijkheid de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, (2) de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, (3) de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en (4) de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen. Wanneer blijkt dat effectievere maatregelen ter voorkoming van een ongeval zoals dit zich heeft voorgedaan, mogelijk waren, dan moet onderzocht worden waarom niettemin het aanbrengen van deze voorziening destijds niet van de werkgever kon worden gevergd, waarbij naast de hiervoor genoemde factoren van belang is (5) in hoeverre het treffen van een dergelijke veiligheidsmaatregel reeds voordat een onge-

25 RvdW 2005, 4. Herhaald in HR 17 februari 2006, NJ 2006, 145 en HR 17 februari 2006, NJ 2007, 285.

26 JAR 2005/287, waarover C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, De zorgplicht van de werkgever op grond van art. 7:658 BW, ArA 2006/3, p. 101 e.v.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

val zich had voorgedaan voor de werkgever of voor de deskundigen over wie hij in zijn bedrijf beschikt, voor de hand lag.
In het onderhavige arrest zijn criteria uit het arrest Kelderluik[27] van toepassing verklaard op de zorgplicht ex artikel 7:658 BW. De Hoge Raad heeft daaraan echter een extra gezichtspunt toegevoegd (het vijfde). Deze omstandigheid is op zichzelf niet nieuw, maar vloeit voort uit het arrest van 14 april 1978.[28] Thans maakt dit gezichtspunt deel uit van de gezichtspuntencatalogus die van belang is bij de vraag wat op grond van de op hem rustende zorgplicht in redelijkheid van de werkgever mag worden verwacht.

5.2 Werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW

In het enige arrest op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW[29] heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van functioneel verband tussen dienstbetrekking en fout van de werknemer, gekeken moet worden naar alle omstandigheden van het geval. De Hoge Raad vervolgde dat in dat verband van belang kunnen zijn (1) het tijdstip waarop en de plaats waar de desbetreffende gedraging is verricht, alsmede (2) de aard van die gedraging en (3) de eventueel door of ingevolge de dienstbetrekking voor het maken van de fout geschapen gelegenheid, dan wel (4) aan de werknemer ter beschikking staande middelen. Aan deze catalogus voegde de Hoge Raad toe dat ook andere omstandigheden van belang kunnen zijn. Bijzondere aandacht vraagt de rol van de leidinggevende bij de schadeveroorzakende gedraging. In dit verband overwoog de Hoge Raad dat het voor aansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW weliswaar geen noodzakelijke voorwaarde is dat aan degene die namens de werkgever zeggenschap had over de desbetreffende gedragingen, een verwijt valt te maken van de fout van de ondergeschikte, maar indien de leidinggevende daarvan wél een verwijt valt te maken, is dat van belang bij de beoordeling van de onderhavige aansprakelijkheidsvraag. Deze vijfde, door de Hoge Raad genoemde omstandigheid is, zo zou men kunnen betogen, een voorwaardelijk gezichtspunt. Voorwaardelijk in die zin dat zij pas van belang wordt als de genoemde voorwaarde (hier: dat de leidinggevende een verwijt valt te maken van de fout van de ondergeschikte) in vervulling is gegaan.

27 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS.
28 NJ 1979, 245, waarnaar de Hoge Raad in het arrest van 11 november 2005 overigens ook uitdrukkelijk verwijst.
29 HR 9 november 2007, JAR 2007/305.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

5.3 Werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:611 BW

Deze grondslag voor aansprakelijkheid van de werkgever kwam aan de orde in het arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2008.[30] In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de werkgever uit hoofde van zijn verplichting zich als goed werkgever te gedragen, gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval. Ten aanzien van de omvang van deze verplichting overwoog de Hoge Raad dat die van geval tot geval nader moet worden vastgesteld met inachtneming van alle omstandigheden, waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan (1) de in de betrokken tijd bestaande verzekeringsmogelijkheden – waarbij van belang is of verzekering kan worden verkregen tegen een premie waarvan betaling in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd – en (2) de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (zowel naar aard als omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen.[31]

5.4 Kennelijk onredelijk ontslag

De Hoge Raad heeft meermalen geoordeeld dat de vraag of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag, aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden beantwoord. Een 'echte' gezichtspuntencatalogus heeft de Hoge Raad nimmer geformuleerd. Wel overwoog hij in zijn recente arrest van 15 februari 2008[32] dat de rechter bij de beoordeling of de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging (vgl. artikel 7:681 lid 2 aanhef en sub b BW), alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking dient te nemen.[33] Tot zover niets nieuws. In voornoemd arrest voegde de Hoge Raad hieraan toe dat tot die omstandigheden mede kan behoren of, en zo ja in welke mate, de werkgever een verwijt kan worden gemaakt van het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid. Van een catalogus is geen sprake, aangezien de Hoge Raad slechts één van de mogelijk relevante omstandigheden noemt. Daar komt bij dat het om een voorwaardelijk gezichtspunt gaat, zoals ook in het arrest van 9 novem-

30 JAR 2008/56. Zie ook HR 1 februari 2008, JAR 2008/57, alsmede JA 2008/53, m.nt. A.R. Houweling. Wij wijzen voorts op S.D. Lindenbergh, Schending van een verzekeringsplicht als grond voor aansprakelijkheid, AA 2008, p. 735 e.v.

31 Zie over dit arrest A.J. Verheij, Kroniek van werkgeversaansprakelijkheid, AV&S 2008-3, p. 157.

32 JAR 2008/76.

33 Zie bijv. HR 3 december 2004, NJ 2005, 119.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

ber 2007 over de werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW het geval was. In het arrest van 15 februari 2008 overwoog de Hoge Raad namelijk dat verwijtbaarheid weliswaar geen voorwaarde is om te kunnen oordelen dat sprake is van kennelijk onredelijk ontslag, maar indien de werkgever wél een verwijt kan worden gemaakt van het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid, dit – naast de overige ter zake dienende omstandigheden van het geval – van belang is bij de beoordeling van de redelijkheid van het ontslag en van de voor de werknemer in dat verband getroffen voorzieningen.

5.5 Ontslag op staande voet

Het is al bijna tien jaar geleden dat de Hoge Raad in het kader van de vraag wanneer sprake is van een ontslag op staande voet rechtvaardigende dringende reden, een gezichtspuntencatalogus heeft geformuleerd. Dat was voor het eerst in zijn arrest van 12 februari 1999.[34] Dit oordeel is nadien meermalen bevestigd, in het bijzonder voor wat betreft de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.
De Hoge Raad overwoog dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden in de zin van (thans) artikel 7:678 lid 1 BW, alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking moeten worden genomen. Daarbij behoren in de eerste plaats in de beschouwing te worden betrokken (1) de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt en vervolgens onder meer (2) de aard van de dienstbetrekking, (3) de duur daarvan en (4) de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede (5) de persoonlijke omstandigheden, zoals (5a) zijn leeftijd en (5b) de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben.[35]

5.6 Wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW

Ten aanzien van artikel 7:625 BW formuleerde de Hoge Raad eveneens een gezichtspuntencatalogus, al is 'catalogus' ook hier wellicht niet het juiste woord. Aan de verwijzing naar de omstandigheden van het geval heeft de Hoge Raad niet meer dan één gezichtspunt toegevoegd. Hij overwoog in zijn arrest van 3 mei 2002[36] dat de rechter gelet op de laatste volzin van artikel 7:625 lid 1 BW bevoegd is de verhoging wegens vertraging in de uitbetaling van het loon te beperken tot zodanig bedrag als hem met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt. Tot deze omstandigheden

34 JAR 1999/102.
35 Zie over deze gezichtspunten J.P. Quist, De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?, ArA 2007/1, p. 12 e.v.
36 JAR 2002/134.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

behoort ook, zo overwoog de Hoge Raad, de totale omvang van de toewijsbare vordering tot doorbetaling van het achterstallige loon, welke omvang mede wordt bepaald door eventueel door de rechter toegepaste matiging.
De rechter heeft bij de matiging van de wettelijke verhoging dus rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. Bij die matiging dient de rechter blijkens het onderhavige arrest ook rekening te houden met de mate waarin de loonvordering als zodanig is gematigd.
Ook andere omstandigheden waren echter denkbaar geweest. Zo is in de rechtspraak bij artikel 7:680a lid 4 BW een aantal relevante omstandigheden aanvaard,[37] zoals de financiële situatie van de werkgever[38] en het welbewust en met succes traineren van de procedure door de werknemer.[39]

5.7 Loon – octrooi

Wel een uitgebreidere gezichtspuntencatalogus is te vinden in het arrest van de Hoge Raad waarin de vraag aan de orde kwam of de werknemer, die een door middel van octrooi te beschermen uitvinding heeft gedaan, recht heeft op een billijk bedrag als bedoeld in artikel 10 lid 6 ROW.[40] De Hoge Raad overwoog dat de vraag of een werknemer 'een in verband met het geldelijke belang der uitvinding en met de omstandigheden, waaronder zij plaats had, billijk bedrag' toekomt, moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval, zoals (1) de positie en functie van de werknemer binnen de organisatie van de werkgever, (2) zijn honorering en verdere arbeidsvoorwaarden, (3) de aard en het (geldelijk) belang van de desbetreffende uitvinding, en (4) de mate waarin de werknemer aan de uitvinding heeft bijgedragen.[41]

37 Zie hierover ook A.A. Post en J.H. van Rij, Matiging van een loonvordering nader beschouwd, ArbeidsRecht 2003-6/7, p. 31. Zie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, Arbeidsrechtelijke themata, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 178 e.v.

38 Vgl. HR 14 september 1984, NJ 1985, 244.

39 Zie onder meer HR 30 oktober 1998, JAR 1999/11, alsmede HR 13 september 2000, NJ 2000, 496.

40 HR 1 maart 2002, JAR 2002/66.

41 Zie over dit onderwerp ook S. de Lange en N. Ruyters, Octrooi en dienstverband: eureka! Voor de werkgever of werknemer?, ArbeidsRecht 2008/4, p. 20 e.v. en voor de gezichtspuntencatalogus in het bijzonder A. Rijlaarsdam, Octrooi en dienstbetrekking (diss. Delft), Delft: VSSD 2005, p. 88 e.v.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

5.8 Wijziging arbeidsvoorwaarden

Ten aanzien van de vraag of een werknemer moet ingaan op redelijke voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden in verband met gewijzigde omstandigheden op het werk, kenden we reeds het arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1998 (Taxi Hofman).[42] Ook in de zaak die leidde tot het recente arrest van 11 juli 2008[43] was er sprake van dat de werkgever de arbeidsvoorwaarden wilde wijzigen, terwijl geen beding als bedoeld in artikel 7:613 BW was overeengekomen. Naar aanleiding van het door de werknemer opgeworpen cassatiemiddel overwoog de Hoge Raad dat er geen grond is om in afwijking van de 'Taxi Hofman-maatstaf' aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 6:248 lid 2 BW). Aldus de Hoge Raad dient bij het hanteren van deze maatstaf het accent niet eenzijdig te worden gelegd op hetgeen in een dergelijke situatie van de werknemer mag worden verwacht. Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient immers, zo vervolgde de Hoge Raad, in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder (1) de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en (2) de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede (3) – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en (4) diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden.

5.9 Stand van zaken

Is uit de voorafgaande uitspraken een bepaalde lijn te destilleren, bijvoorbeeld dat bepaalde gezichtspunten vaker bij de verschillende onderwerpen terugkeren en door de Hoge Raad kennelijk belangrijk worden gevonden of

42 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767, bevestigd in HR 28 april 2000, NJ 2000, 565, m.nt. PAS. De verwijzing naar de 'gegeven omstandigheden' is overigens een toevoeging ten opzichte van het Taxi Hofman-arrest.

43 LJN BD1847, JAR 2008/204.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

dat bepaalde gezichtspunten juist minder vaak worden genoemd en dus minder van belang zijn? Over het antwoord op deze vraag kunnen we kort zijn: nee. De verschillende hiervoor genoemde onderwerpen zijn kennelijk zo divers dat er (naar het oordeel van de Hoge Raad) geen parallel tussen de arresten te trekken is. De genoemde gezichtspunten houden zozeer verband met het onderwerp waarbij ze zijn genoemd, dat een verderstrekkende betekenis daaraan niet kan worden toegekend. Dit lijkt een wat armzalige en misschien ook wel voorspelbare conclusie, maar is thans voor het arbeidsrecht geen hypothese meer, maar gestaafd door analyse. Voeg daaraan toe dat het gewicht van de gezichtspunten op grond van de door de Hoge Raad gekozen bewoordingen per onderwerp (en wellicht zelfs – zoals bij het onderwerp werkgeversaansprakelijkheid – per deelonderwerp) verschilt en de stand van zaken lijkt te zijn dat de rechtspraktijk er rekening mee heeft te houden dat het thema 'omstandigheden van het geval' per deelonderwerp moet worden toegepast.

6 Zijn meer gezichtspuntencatalogi te verwachten?

Rechtsvorming door de Hoge Raad berust in grote mate op toeval.[44] De Hoge Raad is namelijk afhankelijk van en gebonden aan de zaken die aan hem worden voorgelegd. Dat betekent dat het realistisch is dat de Hoge Raad op bepaalde terreinen (nog) niet aan het formuleren van een gezichtspuntencatalogus is toegekomen, terwijl een lijst met relevante omstandigheden bij die onderwerpen niet zou misstaan. Dat doet de vraag rijzen of er bepaalde onderwerpen zijn aan te wijzen waarbij een catalogus van gezichtspunten goede diensten zou kunnen bewijzen. Voordat deze vraag kan worden beantwoord, zullen we stilstaan bij de vraag welke functies aan gezichtspuntencatalogi zijn en worden toegedicht, zodat aan de hand daarvan kan worden beoordeeld bij welke arbeidsrechtelijke onderwerpen een dergelijke catalogus mogelijk is te verwachten.

44 Waarover onder meer I. Giesen en H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming', in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 131 e.v.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

6.1 Functies van gezichtspuntencatalogi

In de literatuur is al het een en ander, zij het niet veel, geschreven over de functies die gezichtspuntencatalogi vervullen. Daarnaast kan aan de hand van de bestaande jurisprudentie in kaart worden gebracht bij welke (soorten) onderwerpen catalogi zijn geformuleerd.

Wanneer we bekijken in welke gevallen de Hoge Raad gebruik heeft gemaakt van verwijzingen naar de omstandigheden van het geval c.q. gezichtspuntencatalogi, dan is dat in de eerste plaats bij onderwerpen waar de discretionaire bevoegdheid van de rechter aan de orde is. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de rechterlijke matiging die we in titel 7.10 BW veelvuldig tegenkomen en waarbij we in de rechtspraak niet alleen verwijzingen naar de omstandigheden van het geval aantreffen,[45] maar ook een gezichtspuntencatalogus.[46]

In de tweede plaats treffen we gezichtspuntencatalogi aan in uitspraken waarin de rechter invulling moet geven aan zogenoemde vage normen.[47] In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de 'dringende reden'.[48] De vraag of daarvan sprake is dient namelijk mede aan de hand van de door de Hoge Raad geformuleerde lijst met relevante gezichtspunten te worden beoordeeld.[49]

Ook in zaken waarin de rechter een belangenafweging dient te maken, treffen we verwijzingen naar de omstandigheden van het geval/gezichtspuntencatalogi aan.

45 Zie de in overzicht 2 genoemde jurisprudentie (matiging loonvordering).

46 Zie daarvoor overzicht 4 (wettelijke verhoging).

47 Vgl. W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuijzen, 'Over het tellen van neuzen en andere Haagse (on)wetmatigheden. Interview met mr. Ernst J. Numann', in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhijzen, Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 254. Zie ook C.E. Drion, De omstandighedencatalogus; drie gedachten ter verbetering, NJB 2008/27, p. 1635, die schreef dat de Hoge Raad door gezichtspunten te geven die in concreto relevant zijn of kunnen zijn een brug probeert te slaan tussen de open norm en de omstandigheden van het geval.

48 Waarover C.E. Smiths, Regels bij rechtsvinding, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 41-42.

49 Het invullen van vage normen met de omstandigheden van het geval wordt niet in ieder rechtsgebied gewaardeerd. Zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 31 januari 2003, NJ 2005, 337. Bij het bepalen van de internationale rechtsmacht overwoog de Hoge Raad, na een prejudiciële vraag aan het HvJ EG te hebben voorgelegd, dat bij de vaststelling van de plaats waar de werknemer het grootste gedeelte van zijn arbeidstijd heeft doorgebracht, rekening dient te worden gehouden met alle omstandigheden van het concrete geval. In zijn annotatie liet De Boer zich kritisch over deze uitspraak uit. Hij schreef: 'Criteria als "de belangrijkste werkzaamheden", "hoofdzakelijk", "het werkelijke centrum" of "het grootste gedeelte van de arbeidstijd" vereisen een afweging van concrete omstandigheden die zich slecht verdraagt met de rechtszekerheid waarnaar juist in het formele i.p.r. gestreefd moet worden. Open normen passen niet in een internationale bevoegdheidsregeling.'

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Wanneer we de literatuur bekijken, dan worden de volgende functies beschreven. In de inleiding van deze bijdrage werd reeds gememoreerd dat Vranken heeft geschreven dat de in een catalogus vervatte gezichtspunten tezamen de norm vormen aan de hand waarvan de voorliggende zaak geanalyseerd en beoordeeld moet worden. Gezichtspuntencatalogi hebben een normerend karakter.[50] De gezichtspunten geven niet alleen aan welke feiten en omstandigheden relevant zijn en welke niet, tegelijkertijd formuleren zij maatstaven voor de juridische beoordeling van de relevante feiten.[51] Het gaat dus enerzijds om een afbakening van de relevante feiten en anderzijds om het geven van de bij de beoordeling te gebruiken norm.[52]
Een aspect dat verder aan de orde komt is dat gezichtspuntencatalogi bijdragen aan de rechtszekerheid. Wanneer alle (lagere) rechters ten aanzien van een bepaald onderwerp uitgaan van dezelfde gezichtspuntencatalogus, passen zij allen dezelfde criteria toe op het door hen te berechten geval.[53] Daarbij komt dat de rechter door het hanteren van lijsten met relevante gezichtspunten gedwongen wordt zijn oordeel beter te motiveren.[54] Hij zal aan de verschillende gezichtspunten in beginsel, afhankelijk van wat partijen in de procedure hebben gesteld, aandacht moeten besteden. Van de rechter die, aan de hand van een gezichtspuntencatalogus, belangen weegt, mag immers worden verwacht dat hij niet alleen motiveert welke belangen hij in zijn beoordeling heeft betrokken, maar ook op welke wijze die belangen zijn gewogen.[55]
Tegen de stelling dat de rechtszekerheid gebaat is bij het gebruik van gezichtspuntencatalogi, is overigens wel het een en ander ingebracht. Zo schreef Kloosterhuis dat er weliswaar gezichtspunten kunnen worden gegeven die in de belangenafweging dienen te worden betrokken, maar dat de oordeelsvorming sterk verweven is met de waardering van de feiten. Naar zijn oordeel staat het ontbreken van eenduidig te hanteren crite-

50 Vranken heeft gewezen op het sterke normkarakter van (sommige) catalogi. De namen van rechterlijke uitspraken waarin voor het eerst lijsten met relevante gezichtspunten zijn gebruikt, zijn uitgegroeid tot synoniem met de norm die zij bevatten, waarbij Vranken bij wijze van voorbeeld heeft gewezen op Haviltex, Kelderluik en Saladin/HBU. Vgl. Asser-Vranken, Vervolg, nr. 106.

51 Asser-Vranken, Vervolg, nr. 96 en 106.

52 C.E. Smith, Feit en rechtsnorm (diss. Leiden), Maastricht: Shaker Publishing 1998, p. 205.

53 C.E. Smith, Regels van rechtsvinding, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 119.

54 Zie in dit verband voor de wijziging van arbeidsvoorwaarden W.A. Zondag, Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak, ArA 2006-3, p. 51 en voor het ontslag op staande voet S.F. Sagel en E. Verhulp, 'Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?', in: S.F. Sagel en E. Verhulp (red.), Voor De Laat: de Hoge Raad, Deventer: Kluwer 2005, p. 102 e.v.

55 J.M. Smits, Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing, RM Themis 2006-4, p. 138. De rechter motiveert nog te weinig welk gewicht de verschillende gezichtspunten bij de beoordeling van de zaak in de schaal hebben gelegd. Zie voor ontslag op staande voet-zaken Quist, ArA 2007, p. 41-42.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

ria voor de definiëring en afweging van belangen op gespannen voet met onder meer het rechtszekerheidsbeginsel.[56] In dit verband heeft Smith op zichzelf terecht opgemerkt dat gezichtspunten als zodanig geen aanwijzingen opleveren voor het gewicht dat aan het ene of andere belang moet worden toegekend en dat de gezichtspuntencatalogi alleen aanduiden welke belangen in de beoordeling door de rechter dienen te worden betrokken.[57]
Het lijkt ons juist dat gezichtspuntencatalogi een bijdrage leveren aan de voorspelbaarheid van de uitkomst van gerechtelijke procedures, maar die rol dient niet te worden overschat. Dat lijsten met relevante gezichtspunten ertoe leiden dat verschillende rechters in beginsel dezelfde feiten en omstandigheden in hun beoordeling betrekken, mag zo zijn, die gezichtspunten op zichzelf leiden niet tot een bepaalde uitkomst van de zaak. De verschillende gezichtspunten moeten worden ingekleurd en gewaardeerd en daarvoor is een keuze (lees: waardering van de feiten) nodig. Met recht schreef Smits dan ook dat niet kan worden volstaan met het noemen van topoi, aangezien deze het (belangen)conflict niet kunnen oplossen. Het noemen van gezichtspunten is het begin en kan er alleen toe dienen om de juiste beslissing te vinden.[58] De (juiste) beslissing wordt door een gezichtspuntencatalogus dus niet aangereikt.
Zodra de Hoge Raad ten aanzien van een bepaald onderwerp een catalogus met gezichtspunten heeft geformuleerd, is niet alleen voor de rechter maar ook voor partijen in beginsel duidelijk met welke feiten en omstandigheden men rekening dient te houden of kan houden. Partijen (of vaak: hun advocaten) kunnen hun stellingen op die gezichtspunten afstemmen.
De stelling dat gezichtspunten de rechter, bij wijze van richtingaanwijzer, naar een redelijke uitkomst leiden gaat ons inziens niet op. De Hoge Raad presenteert tot op heden met een catalogus van gezichtspunten niet meer dan een lijst met relevante feiten en omstandigheden. Hij geeft daarbij niet (duidelijk) aan welke waarde aan die gezichtspunten moet worden gehecht en hoe deze gezichtspunten zich tot elkaar verhouden. Hij formuleert met andere woorden de gezichtspuntencatalogi min of meer neutraal. Het is steeds aan de lagere rechter daaraan invulling te geven, zonder dat de Hoge Raad hem helder een bepaalde richting op stuurt. Van 'richtingaanwijzers' is dus geen sprake. Gezichtspunten kunnen de rechter pas in een bepaalde richting wijzen zodra zij door partijen zijn 'ingekleurd'. De gezichtspunten als zodanig hebben geen richtinggevend karakter.

56 H.T.M. Kloosterhuis, Inleiding themanummer belangenafweging door de rechter, RM Themis 2006-4, p. 132.
57 C.E. Smith, Belangenafweging door gevalsvergelijking, RM Themis 2006-4, p. 144.
58 J.M. Smits, Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing, RM Themis 2006-4, p. 139.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Kort samengevat, in zaken waarin de rechter belangen moet afwegen, een vage norm moet worden ingevuld dan wel zaken waarin het van belang is dat rechters (steeds) dezelfde criteria hanteren, is de kans dat de Hoge Raad een gezichtspuntencatalogus formuleert het grootst. Het laatste aspect geldt dan met name voor veelvoorkomende zaken, waarbij de kans groot is dat onder vergelijkbare omstandigheden tot een andere beslissing wordt gekomen. Wanneer steeds van dezelfde criteria wordt uitgegaan en de rechter steeds goed motiveert hoe de afweging van de verschillende gezichtspunten (ten opzichte van elkaar) heeft plaatsgevonden, zullen op den duur vaste lijnen in de rechtspraak te ontwaren zijn, hetgeen de voorspelbaarheid (rechtszekerheid) ten goede zal komen.

Aan de hand van deze globale 'functieomschrijving' kan een voorzichtige voorspelling worden gedaan met betrekking tot de vraag bij welke arbeidsrechtelijke onderwerpen in de toekomst mogelijk een gezichtspuntencatalogus zal worden geformuleerd. Het voert te ver (en het is ook niet nodig) van alle denkbare, in titel 7.10 BW behandelde onderwerpen uitvoerig aan te geven dat en waarom die verwachting wel of niet reëel is. Wij zullen er drie, ook voor de praktijk belangrijke, onderwerpen uitlichten, waarbij een gezichtspuntencatalogus naar ons idee niet zou misstaan. Dat zijn achtereenvolgens het eenzijdig wijzigingsbeding, door de (ex-)werknemer aangedane concurrentie, alsmede het kennelijk onredelijk ontslag.

6.2 Eenzijdig wijzigingsbeding

Artikel 7:613 BW bepaalt dat de werkgever alleen een beroep kan doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij die wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Uit de wettekst vloeit uitdrukkelijk voort dat de rechter een afweging zal moeten maken tussen de belangen van de werknemer enerzijds en die van de werkgever anderzijds. Bij een belangenafweging is, zoals gezegd, een gezichtspuntencatalogus goed denkbaar. Dat geldt ook hier.
De Hoge Raad zou kunnen bepalen dat de vraag of de werkgever een beroep toekomt op een schriftelijk met de werknemer overeengekomen wijzigingsbeding, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waaraan een lijst met relevante gezichtspunten wordt toegevoegd. Uit de lagere rechtspraak kan reeds een aantal gezichtspunten worden afgeleid. Zondag heeft deze, weliswaar in breder verband, in 2006 in kaart gebracht, waarbij hij een onderscheid heeft gemaakt tussen formele gezichtspunten (zoals alge-

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

mene beginselen van goed werkgeverschap, garanties en toezeggingen, de bandbreedte van de cao en de betekenis van instemming van de OR of vakbond) en materiële gezichtspunten (zoals de aanleiding voor de wijziging, de aard en het niveau van de te wijzigen arbeidsvoorwaarde, de betekenis van het gelijkheidsbeginsel en de gevolgen van de wijziging).[59] De Hoge Raad zou bij deze gezichtspunten kunnen aansluiten. Interessant is dat Zondag ook de onderlinge verhouding tussen verschillende gezichtspunten heeft onderzocht. In de door de Hoge Raad reeds geformuleerde catalogi wordt, zoals gezegd, namelijk niet aangegeven welke waarde aan de verschillende gezichtspunten toekomt en hoe zij zich ten opzichte van elkaar verhouden. Zondag schreef in dit verband:

> 'Van meer belang dan het uitzoeken van de juiste redelijkheidsnorm is het wegen van de relevante gezichtspunten. Daarbij geldt dat niet elk gezichtspunt (altijd) even zwaar zal wegen, maar wel dat aan sommige gezichtspunten – waaronder afgegeven garanties en de houding van het collectief bij wijziging van een collectieve regeling – in beginsel zeer veel gewicht toekomen. Het afvinken van relevante gezichtspunten dwingt de rechter tot het beter motiveren van zijn beslissing. De uitkomst van een procedure met betrekking tot wijziging van arbeidsvoorwaarden wordt daardoor voor werkgever en werknemer voorspelbaarder. En dat is vooruitgang!'[60]

De Hoge Raad zelf kan aan deze vooruitgang bijdragen door, indien de kans zich voordoet, een gezichtspuntencatalogus te formuleren. Het is daarbij wel aan te raden dat ook een overweging wordt gewijd aan de zwaarte van de verschillende gezichtspunten, alsmede dat aandacht wordt besteed aan hun onderlinge verhouding. Pas dan zal een gezichtspuntencatalogus (ook) vanuit praktisch oogpunt, zowel voor de rechter als voor partijen, van grote betekenis kunnen zijn.

6.3 Concurrentie door de (ex-)werknemer

Ook bij toepassing van artikel 7:653 BW zou een gezichtspuntencatalogus niet misstaan, waarbij wij in het bijzonder het oog hebben op het tweede lid van deze bepaling. Hier wordt namelijk een belangenafweging door de rechter gevraagd. Artikel 7:653 lid 2 BW bepaalt dat de rechter een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk kan vernietigen op grond dat, in verhou-

59 W.A. Zondag, Wegen en wikken bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. De betekenis van gezichtspunten in de (lagere) rechtspraak, ArA 2006-3, p. 4 e.v.

60 Idem, p. 54.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

ding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld. De bescherming van het bedrijfsdebiet van de werkgever dient te worden afgewogen tegen het belang van de werknemer om te werken waar en voor wie hij wil.
Door het formuleren van een gezichtspuntencatalogus zou de Hoge Raad de lagere rechter handvatten voor de door hem te maken beoordeling kunnen bieden. Als zou worden aangegeven met welke feiten en omstandigheden rekening dient te worden gehouden, betekent dit dat steeds van dezelfde aspecten wordt uitgegaan. Bovendien is dan ook voor partijen duidelijk welke feiten en omstandigheden een rol spelen, zodat zij hun stellingen daarop kunnen afstemmen.
Over welke feiten en omstandigheden hebben we het hier? In de lagere rechtspraak wordt met grote regelmaat uitspraak gedaan in zaken waarin gehele dan wel gedeeltelijke vernietiging van het concurrentiebeding wordt gevorderd. De ene rechter zal bepaalde omstandigheden van belang achten, terwijl een andere rechter, in een vergelijkbare zaak, meer betekenis toekent aan andere omstandigheden. Dit heeft tot een grote stroom uitspraken geleid, waaruit een aantal vaak voorkomende omstandigheden is af te leiden.[61] Een eventuele gezichtspuntencatalogus zou op die feiten en omstandigheden kunnen worden gebaseerd. Het gaat hierbij onder meer om de vraag of de werknemer een belangrijke positieverbetering kan realiseren, wie het initiatief tot beëindiging van het dienstverband heeft genomen, hoelang het dienstverband geduurd heeft en de vraag hoe de werkgever met eerdere vergelijkbare gevallen is omgegaan.

Niet alleen bij de toepassing van artikel 7:653 BW, maar ook indien deze bepaling juist geen rol speelt, is een gezichtspuntencatalogus niet ondenkbaar. In het geval de werkgever concurrentie ondervindt van een ex-werknemer en geen concurrentiebeding was overeengekomen of daarop door de werkgever geen beroep kan worden gedaan,[62] zal de werkgever, indien hij iets aan deze concurrentie wil doen, het algemene artikel 6:162 BW moeten inroepen. Ook dat zien we in de praktijk regelmatig gebeuren en uit de desbetreffende rechtspraak is een aantal feiten en omstandigheden te destilleren die (in veel zaken) van belang zijn bij de beoordeling van de vraag of de door de ex-werknemer gepleegde concurrentie wel of niet onrechtmatig is. Het gaat hier bijvoorbeeld om de vraag hoelang de werknemer uit dienst is, of klanten van de voormalig werkgever worden benaderd en zo ja, op welke

61 C.J. Loonstra, Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie 1999, p. 80 e.v. en de aldaar genoemde rechtspraak.

62 Bijv. omdat hij jegens de werknemer, wegens de wijze waarop het dienstverband is geëindigd, schadeplichtig is (art. 7:653 lid 3 BW).

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

wijze, en de vraag of bij klanten van de voormalig werkgever verwarring ontstaat.[63]
Ook hier zou een gezichtspuntencatalogus ertoe kunnen leiden dat steeds (in beginsel) van dezelfde feiten en omstandigheden wordt uitgegaan bij de beoordeling van de onrechtmatigheidsvraag. Niet alleen de rechter, maar ook partijen weten dan waar zij op hebben te letten en waarop zij zich dienen te concentreren.

6.4 Kennelijk onredelijk ontslag

Bij kennelijk onredelijk ontslag, zo bleek uit het voorgaande, heeft de Hoge Raad al meermalen verwezen naar de omstandigheden van het geval. Dat was niet alleen bij de vraag of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag,[64] maar ook, zo overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 3 december 2004,[65] bij de beantwoording van de vraag welke vergoeding in geval van kennelijk onredelijk ontslag billijk te achten is. Een echte catalogus is nooit geformuleerd, zij het dat de Hoge Raad in zijn arrest van 15 februari 2008[66] wel een van de mogelijk relevante factoren heeft genoemd (de eventuele verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever), maar de reikwijdte van dit arrest is wellicht beperkt, aangezien de Hoge Raad uitdrukkelijk overwoog dat het gaat om verwijtbaarheid ten aanzien van het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Of dit gezichtspunt ook geldt buiten de gevallen waarin de werknemer arbeidsongeschikt is, is onduidelijk.
Naar onze mening zou een gezichtspuntencatalogus niet misstaan daar waar het gaat om toepassing van artikel 7:681 lid 2 aanhef en sub b BW, het zogenoemde gevolgencriterium. Uit de tekst van deze bepaling vloeit uitdrukkelijk voort dat de rechter een afweging moet maken tussen de belangen van de werknemer enerzijds en die van de werkgever anderzijds. Mede omdat het gevolgencriterium in de praktijk vaak aan een op kennelijk onredelijk ontslag gebaseerde vordering ten grondslag wordt gelegd, zou het goed zijn wanneer de Hoge Raad kenbaar maakt met welke omstandigheden de rechter en dus ook partijen (in ieder geval) rekening hebben te houden.

63 Zie hierover J.P. Quist, Het concurrentiebeding nader beschouwd, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 45 e.v.
64 Zoals in HR 22 februari 2002, NJ 2002, 260 en HR 3 december 2004, NJ 2005, 119, m.nt. GHvV.
65 JAR 2005/30.
66 Waarover in paragraaf 5.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Het Hof Arnhem heeft in zijn (tussen)arrest van 18 december 2007[67] hiervoor reeds een voorzet gegeven. In r.o. 4.16 overwoog het hof:

> 'Alvorens tot inhoudelijke beoordeling te komen, stelt het hof voorop dat het oordeel dat sprake is van kennelijk onredelijk ontslag gebaseerd kan zijn op de gevolgen van de opzegging. Of de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met de belangen van de werkgever, moet worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Daarbij kan de rechter onder andere de leeftijd van de werknemer, de duur van zijn arbeidsovereenkomst en de mogelijkheid om op korte termijn passende arbeid te vinden in ogenschouw nemen. Een ontslag van een werknemer die langdurig arbeidsongeschikt is, kan onredelijk zijn als de arbeidsongeschiktheid het gevolg is van of samenhangt met de werkomstandigheden. Daarbij acht het hof minder van belang wat precies de (directe) oorzaak van de uitval was.'

Indien de Hoge Raad deze lijst zou overnemen dan wel indien hij bij een andere gelegenheid een gezichtspuntencatalogus formuleert, ligt het voor de hand dat de verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever in de catalogus wordt opgenomen. Wij wijzen in dit verband op het recente arrest van de Hoge Raad van 15 februari 2008.[68] Nadat de Hoge Raad uiteen had gezet dat bij de beoordeling of de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging, alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking dienen te worden genomen, werd overwogen 'dat tot die omstandigheden mede kan behoren of, en zo ja, in welke mate, de werkgever een verwijt kan worden gemaakt van het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid'. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat verwijtbaarheid weliswaar geen voorwaarde is om te kunnen oordelen dat sprake is van kennelijk onredelijk ontslag, maar dat indien wél een verwijt kan worden gemaakt van het intreden van de arbeidsongeschiktheid, dit, naast de overige ter zake dienende omstandigheden van het geval, van belang is bij de beoordeling van de redelijkheid van het ontslag en van de voor de werknemer in dat verband getroffen voorzieningen.
Een combinatie van de door het Hof Arnhem genoemde gezichtspunten en de verwijtbaarheid van de werkgever, zoals genoemd in vorenstaand arrest van de Hoge Raad, is goed denkbaar.

67 LJN BC5411.
68 JAR 2008/76, waarover D.J. Buijs, Kennelijk onredelijk ontslag: het is maar hoe je de feiten vaststelt en interpreteert, SR 2008-5, p. 155 e.v.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

7 Afronding

De omstandigheden van het geval en daaraan gekoppelde gezichtspuntencatalogi spelen met name een rol bij die (arbeidsrechtelijke) onderwerpen op grond waarvan aan de rechter een discretionaire bevoegdheid wordt toegekend, waarbij vage normen een rol spelen of waarbij de rechter een belangenafweging moet maken. Het is zeker niet altijd duidelijk waarom de Hoge Raad in het ene geval wel en in het andere geval geen lijst met relevante gezichtspunten heeft geformuleerd. De zwaarte van de gezichtspunten verschilt per onderwerp. Een bevredigende verklaring daarvoor is niet te geven. Ook heeft de Hoge Raad zich niet dan wel onvoldoende uitgelaten over de onderlinge verhouding tussen de genoemde gezichtspunten. Het is echter zeker niet uit te sluiten dat we in de toekomst meer gezichtspuntencatalogi in zijn arresten zullen tegenkomen.
Wij juichen een dergelijke ontwikkeling toe, al zou het goed zijn wanneer de wijze waarop de Hoge Raad van gezichtspuntencatalogi gebruikmaakt, wordt aangepast. Om meer betekenis te hebben, voor zowel de lagere rechter als de betrokken partijen, zou de Hoge Raad moeten aangeven welke betekenis en waarde aan bepaalde gezichtspunten moet worden toegekend en hoe zij zich tot de andere, in diezelfde lijst voorkomende, gezichtspunten verhouden. Pas dan zullen gezichtspuntencatalogi kunnen bijdragen aan meer rechtseenheid en rechtszekerheid. Wij delen dan ook de conclusie van Drion dat de wijze waarop de Hoge Raad van gezichtspuntencatalogi gebruikmaakt, dient te worden aangepast, zodat de betekenis van lijsten met relevante omstandigheden voor de rechtspraktijk zal toenemen.[69]

69 C.E. Drion, De omstandighedencatalogus; drie gedachten ter verbetering, NJB 2008/27, p. 1635. Drion heeft in dit verband voorgesteld om bij de gezichtspuntencatalogus meer onderscheid te maken tussen het geven van algemeen geldende gezichtspunten enerzijds en het benoemen van diegenen daarvan die in de omstandigheden van de voorliggende zaak de doorslag hebben te geven.