

ANNOTATIE

De samenloop van de schadevergoeding ex art. 7:658 en de kennelijk onredelijk ontslag-vergoeding ex art. 7:681 BW.

E.M. Hoogeveen

Een vordering gebaseerd op art. 7:658 (werkgeversaansprakelijkheid) en één op grond van art. 7:681 (kennelijk onredelijke opzegging) kunnen cumuleren, al dan niet in een door de werknemer in te stellen gecombineerde vordering. In beide gevallen gaat het om een schadevergoeding, zij het dat de inzet en aard van beide vorderingen verschilt. Aan de hand van het arrest *Arkema/Pekaar* (HR 11 september 2009), LJN BI6323, AR 2009/696) zullen de overeenkomsten en verschillen tussen beide procedures aan de orde komen, waarbij met name wordt ingegaan op het verschil in de bewijslast van het causaal verband.

1. Werknemer Pekaar was vanaf 1975 werkzaam in de productie van organotinverbindingen bij werkgever Arkema. Daarbij werd gebruik gemaakt van organische oplosmiddelen. Na 24 jaar raakt hij arbeidsongeschikt voor het verrichten van deze functie en tegen 1 mei 2004 werd de arbeidsovereenkomst opgezegd.

2. In april 2001 dagvaardde Pekaar Arkema tot betaling van een vergoeding op grond van art. 7:658 BW. Hij stelde tijdens zijn werkzaamheden regelmatig te zijn blootgesteld aan grote hoeveelheden organische oplosmiddelen die bij hem het syndroom OPS (ook wel aangeduid met de wetenschappelijke en overigens meer omvattende term 'CTE') zouden hebben veroorzaakt. In hoger beroep wees het Hof Den Haag de vordering bij arrest van 18 augustus 2006 af (*JAR* 2006/259). Voor het ontstaan van OPS zijn de duur en de mate van blootstelling van belang, alsmede de periode tussen het staken van de blootstelling en het ontstaan van de klachten. Onder andere omdat de mate van blootstelling fors onder de toegestane waarde lag, achtte het hof het niet aannemelijk dat de gezondheidsklachten van Pekaar door de blootstelling konden zijn veroorzaakt (zie voor deze bewijsregel HR 23 juni, *JAR* 2006/174 (*Havermans/Luijckx*)).

3. In de tussentijd had Pekaar Arkema eveneens gedagvaard op grond van 7:681 (kennelijk onredelijke opzegging). In zijn tussenarrest van 29 juni 2007 (*JAR* 2007/302) stelde het hof voorop dat de definitieve beslissing over de causaliteit en de schending van de zorgplicht zal worden aangehouden totdat de 7:658-procedure onherroepelijk is geëindigd. Dit ter voorkoming van tegenstrijdige uitspreken. Wel kende het hof Pekaar reeds bij dit tussenarrest

een bedrag toe van € 30.000 (tien maandsalarissen), waarbij het hof overwoog: 'dat als niet komt vast te staan dat deze blootstelling de ziekte van appellant heeft veroorzaakt, daaruit nog niet automatisch volgt dat de genoemde blootstelling geen gezondheidsklachten tot gevolg kan hebben gehad (r.o. 3.8).' Het hof vervolgde dat voornoemd bedrag hoger kan worden indien het causale verband tussen de arbeidsongeschiktheid van Pekaar en zijn werk voor Arkema in de 7:658-procedure zou komen vast te staan.

4. In de 7:658-procedure verwierp de Hoge Raad het cassatieberoep van Pekaar met toepassing van art. 81 RO (JAR 2008/149). Daardoor kwam onherroepelijk vast te staan dat Pekaar er niet in was geslaagd aannemelijk te maken dat zijn gezondheidsklachten arbeidsgerelateerd zijn. In de 7:681-procedure kwam vervolgens in cassatie de vraag aan de orde hoe de uitkomst in de 7:658-procedure zich verhoudt met het oordeel van het hof in de ontslagprocedure. Arkema stelde dat het oordeel van het hof in de 7:658-procedure zich niet verenigt met het oordeel van het hof in de 7:681-procedure, waarin het hof de mogelijkheid van het door Arkema betwiste causaal verband in aanmerking nam. Dit cassatiemiddel slaagde. Het oordeel van het hof dat de blootstelling aan oplosmiddelen van Pekaar kan hebben bijgedragen aan zijn arbeidsongeschiktheid, achtte de Hoge Raad onverenigbaar met het 7:658-arrest. Voorts achtte de Hoge Raad het arrest van het hof innerlijk tegenstrijdig, nu het hof zijn uitspraak mede baseerde op het bestaan van de mogelijkheid van causaal verband, terwijl het hof begint met de (volgens de HR terechte) stelling dat een definitieve beslissing hierover moet worden aangehouden totdat de 658-zaak onherroepelijk is geëindigd.

5. Het arrest van het hof in de ontslagprocedure komt mij niet als innerlijk tegenstrijdig voor. Het hof maakt naar mijn mening een duidelijk onderscheid tussen 1) de situatie dat het causale verband niet komt vast te staan, 2) de situatie dat het causale verband wel vast komt te staan maar de werkgever geen verwijt kan worden gemaakt, en 3) de situatie dat Arkema aansprakelijk wordt gehouden voor de door Pekaar geleden gezondheidsschade. OPS is een zogenaamde multicausale aandoening, waar vaak niet één, maar een complex van oorzaken, deels werkgerelateerd en deels gelegen in de privésfeer, aan ten grondslag ligt. De vaststelling dat het oorzakelijk verband niet aanwezig wordt geacht, betekent slechts dat de kans dat de blootstelling de klachten heeft veroorzaakt, niet groot genoeg is. Het betekent niet dat de blootstelling geen enkele rol kan hebben gespeeld bij het (mede) doen ontstaan van de gezondheidsklachten. De A-G wijst er in zijn conclusie vóór het arrest naar mijn mening terecht op dat de mogelijkheid van het 'hebben bijgedragen' aan de arbeidsongeschiktheid niet hetzelfde is als het hebben veroorzaakt van de arbeidsongeschiktheid (oorzakelijk verband).

6. Ook als de 7:658-procedure strandt, kan een gedane opzegging van de arbeidsovereenkomst van een arbeidsongeschikte werknemer kennelijk onredelijk zijn. Anders dan in de 7:658-procedure is verwijtbaarheid van de werkgever geen voorwaarde om een vergoeding te mogen toekennen (HR 15 februari 2008, JAR 2008/76 (Wustlich/Chromally)). Zie ook Hof Amsterdam 7 juli 2009, LJN BJ1648, AR 2009/522. De enkele omstandigheid dat een werknemer na een langdurig dienstverband wegens arbeidsongeschiktheid is ontslagen, levert op zichzelf beschouwd geen grond op voor het toekennen van een vergoeding. Een opzegging

kan echter kennelijk onredelijk zijn indien de werknemer weliswaar niet door het werk arbeidsongeschikt is geraakt, maar het ontslag wel is gegeven *nadat* de werknemer jarenlang zwaar werk heeft verricht (HR 25 juni 1999, *JAR* 1999/149 (Driessen/Boulidam)). Daarvoor is niet vereist dat de werkzaamheden bovenmatig zwaar waren of niet aan de redelijke eisen voldeden en de arbeidsongeschiktheid van de werknemer daaraan kan worden toegerekend (HR 3 december 2004, *JAR* 2005/30). Daarnaast spelen in het kader van het gevolgcriterium alle overige omstandigheden een rol, zoals de (financiële) gevolgen van de opzegging voor de werknemer, de re-integratie-inspanningen, de financiële positie van de werkgever enzovoort. Deze bijzondere omstandigheden, die tot een vergoeding nopen, dient de werknemer wel uitdrukkelijk te stellen en zo nodig te bewijzen (HR 27 februari 1998, *NJ* 1998, 765).

7. In de zaak Arkema/Pekaar zou de (feitelijke) grondslag van de kennelijk onredelijke opzegging naar mijn mening kunnen liggen in het (enkele) feit dat de arbeidsovereenkomst van een arbeidsongeschikte werknemer is opgezegd zonder dat een vergoeding is toegekend, terwijl deze werknemer jarenlang voor de gezondheid belastende werkzaamheden heeft verricht voor de werkgever. Wel zal de vergoeding niet hoog zijn, vergelijk HR 15 februari 2008, *JAR* 2008/76 (Wustlich/Chromally). Het hof kende Pekaar een bedrag toe van tien maandsalarissen. Voor een ten tijde van het ontslag 54-jarige werknemer en een dienstverband van 29 jaar, komt de toegekende vergoeding mij niet te hoog voor (ter vergelijking: Pekaar eiste een schadevergoeding van € 141.184,69, gebaseerd op de kantonrechtersformule).

8. Wel is het mijns inziens de vraag of Pekaar voldoende heeft gesteld om tot een dergelijk oordeel te kunnen komen. Het is de werknemer die de omstandigheden naar voren dient te brengen die naar zijn mening de opzegging kennelijk onredelijk maken. Pekaar heeft slechts gesteld *door* het werk gezondheidsklachten te hebben ontwikkeld en hij vordert uit hoofde daarvan een vergoeding wegens kennelijk onredelijke opzegging. Hij baseert de kennelijke onredelijkheid aldus op de arbeidsongeschiktheid door het werk en het is de vraag of daarin ook de bovengenoemde feitelijke grondslag besloten ligt. Uit het onderhavige arrest vloeit mijns inziens voort dat als de werknemer zijn 7:681-vordering baseert op arbeidsongeschiktheid door het werk, hij ook het causaal verband tussen de arbeidsongeschiktheid en de werkzaamheden zal moeten bewijzen. Het verdient dan dus aanbeveling eerst de 7:658-procedure af te wachten alvorens de 7:681-vordering in te stellen. Daarbij zal natuurlijk rekening moeten worden gehouden met de korte verjaringstermijn van 7:683 BW.

9. Een vordering uit kennelijk onredelijke opzegging kan ook uitkomst bieden als een vordering gebaseerd op 7:658 BW niet slaagt, omdat het causaal verband niet vast komt te staan, dan wel omdat de werkgever geen verwijt te maken valt. Beide vorderingen kunnen zoals gezegd ook succesvol naast of na elkaar worden ingesteld. Als de werknemer ervoor kiest de vorderingen te combineren in één dagvaarding, dient hij wel duidelijk aan te geven dat hij dit cumulatief doet, zodat hij voorkomt dat zijn 'secundaire vordering' wordt afgewezen als de primaire vordering is toegewezen (Hof Amsterdam 9 november 2006, *RAR* 2007, 97).

10. Het is mogelijk beide vorderingen te baseren op dezelfde feitelijke grondslag, te weten de arbeidsongeschiktheid van de werknemer ten gevolge van de voor zijn werkgever verrichte werkzaamheden. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 12 juni 2007, *JAR* 2007/206 (Roto Smeets), waaruit reeds bleek dat een dergelijke cumulatie mogelijk is. Art. 7:681 BW en art. 7:658 BW kennen immers een verschillende schadeoorzaak (beëindiging van het dienstverband versus schending van een zorgplicht). Ook de wijze van begroting van de schadevergoeding is verschillend. Art. 7:658 BW gaat uit van volledige schadevergoeding (materieel en immaterieel), alwaar art. 7:681 BW een schadevergoeding op grond van de billijkheid betreft. Dat is dan ook de reden dat het causale verband tussen de schending van de zorgplicht en de schade in het kader van een 681-procedure niet vast hoeft komen te staan: het gaat er dan om of de billijkheid tot een vergoeding noopt.

11. Als beide vorderingen naast elkaar worden ingesteld, kunnen zich vragen voordoen met betrekking tot de verrekening. Zoals gezegd gaat art. 7:658 BW uit van volledige schadevergoeding, oftewel een vergoeding voor alle materiële en immateriële schade die het slachtoffer heeft geleden ten gevolge van het ongeval. Daaronder vallen schadeposten als ‘een verlies aan arbeidsvermogen’ en de zogenoemde ‘economische kwetsbaarheid’, oftewel de zwakkere arbeidsmarktpositie die de werknemer ten gevolge van zijn letsel heeft. In een vergoeding wegens kennelijk onredelijke opzegging gebaseerd op het gevolgcriterium worden dergelijke omstandigheden als inkomensverlies en positie op de arbeidsmarkt ook meegenomen voor het vaststellen van de vergoeding. Aan de andere kant kunnen in de 7:681-procedure ook omstandigheden worden meegenomen die geen rol spelen in de vergoeding gebaseerd op 7:658 BW. Ik denk dan bijvoorbeeld aan de mate van verwijtbaarheid van de werkgever aan de opzegging of andere omstandigheden die zien op het ontslag en niet op de arbeidsongeschiktheid (door het werk). Het indemniteitsbeginsel uit het verzekeringsrecht verhindert dat de verzekerde meer aan schadevergoeding ontvangt dan dat hij aan schade heeft. Er zal dus een verrekening moeten plaatsvinden, maar onduidelijk is op welke wijze. De 681-vergoeding wordt immers naar billijkheid vastgesteld zodat niet (precies) valt te achterhalen welk deel van de vergoeding is bestemd voor bijvoorbeeld inkomensschade. Als verrekend wordt, zal men er in ieder geval bij stil moeten staan dat de 658-vergoeding een nettovergoeding is en de 681-vergoeding een brutovergoeding.

12. Concluderend meen ik dat uit het arrest Pekaar/Arkema kan worden afgeleid dat een 7:658-vordering en een 7:681-vordering beide op dezelfde grondslag (arbeidsongeschiktheid/schade door het werk) kunnen worden ingesteld. Wel dient de werknemer dan ook in de 7:681-procedure het causaal verband tussen de werkzaamheden en de arbeidsongeschiktheid te bewijzen, zodat het de voorkeur verdient deze vordering gelijktijdig of ná de 7:658-procedure in te stellen. De werknemer dient dan wel rekening te houden met een mogelijke (gedeeltelijke) verrekening van de ontslagvergoeding met de schadevergoeding uit de 7:658-procedure. Als de 7:658-vordering strandt wegens het ontbreken van het oorzakelijk verband en/of omdat de werkgever zijn zorgverplichtingen niet heeft geschonden, kan de 7:681-procedure alsnog kans van slagen hebben, mits gebaseerd op een andere feitelijke grondslag.