



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Wat leert de Hoge Raad in het arbeidsrecht?

Verhulp, E.

Publication date

2024

Document Version

Final published version

Published in

Herorientatie op arbeid en sociale bescherming

License

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/policies/open-access-in-dutch-copyright-law-taverne-amendment>)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Verhulp, E. (2024). Wat leert de Hoge Raad in het arbeidsrecht? In N. Hummel, S. Heeger-Hertter, T. Jaspers, A. Veldman, & D. de Wolff (Eds.), *Herorientatie op arbeid en sociale bescherming: liber amicorum prof. mr. F.J.L. Pennings* (pp. 349-356). Wolters Kluwer. https://www.inview.nl/document/idpass292b560648144d6f83941b78975f27fe?ctx=WKNL_CS_L_3171

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, P.O. Box 19185, 1000 GD Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Wat leert de Hoge Raad in het arbeidsrecht?

*Evert Verhulp**

1. Inleiding

40 jaar geleden sprak J. van Schellen zijn oratie met de titel 'Wat leert de Hoge Raad' uit.¹ In die oratie houdt hij een pleidooi tegen specialisatie, dat hij een 'paardemiddel' noemt tegen de toenemende complexiteit. Met instemming haalt Van Schellen Meijers aan: 'maar laten we niet vergeten het grote belang van synthese. We moeten trachten het geheel te overzien.'² Vaak wordt over het hoofd gezien dat de Hoge Raad nog geheel volgens deze synthese werkt. De raadsheren worden geacht het gehele civiele recht te bestrijken. Dat leidt ertoe dat de Hoge Raad vaak verbanden zal leggen die de gespecialiseerde arbeidsrechtbeoefenaar eenvoudig kan missen. Een voorbeeld van een dergelijk verband is dat tussen de pacht- en de arbeidsovereenkomst; in 2019 werd – ik vermoed bij uitzondering – die samenhang in het arbeidsrecht wel opgemerkt.³

In de wetenschap is die synthese er over het algemeen niet: daar werken veel in het arbeidsrecht gespecialiseerde docenten en wetenschappers. Ook de advocatuur kent in toenemende mate specialisatie en een van die specialisaties is het arbeidsrecht. De vraag of arbeidsrecht een zo eigen rechtsgebied is dat dit een van het civiele recht afwijkende benadering verdient, en daarmee een eigen wetboek en een aparte rechtsgang verdient, laat ik hier verder rusten.⁴ Mij gaat het in deze bijdrage om iets anders. Van Schellen concludeert, op basis van een beschouwing van de 660 gepubliceerde civiele arresten die van 1 januari 1980 tot juli 1983 zijn geweest, dat de civiele jurisprudentie van de Hoge Raad zich kenmerkt 'door een informeel en niet-dogmatisch karakter, en dat moeilijke posities voortdurend door de Hoge Raad worden opgevangen.' Toen hij nog advocaat was, sprak hij al: 'Wanneer u mij een dossier stuurt van een jonge domme zieke werknemer, dan is er

* Prof. mr. dr. E. (Evert) Verhulp is als hoogleraar Arbeidsrecht verbonden aan de Universiteit van Amsterdam

1 J. van Schellen, *Wat leert de Hoge Raad? Denkpatronen bij de Hoge Raad in de tachtiger jaren, Oratie, uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van gewoon hoogleraar in het burgerlijk recht aan de Rijksuniversiteit Leiden op vrijdag 16 september 1983*, Deventer: Kluwer 1983.

2 J. van Schellen, a.w., p. 3.

3 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, JAR 2020/52.

4 Zie hierover mijn artikel 'De eigenaardigheid van het arbeidsrecht', in: S.F. Sagel: *Vrienden door Dik en Dun*, Deventer: Kluwer 2011, p. 223 e.v.

alle kans dat ik er perspectief in zie!⁵ Hij is over deze lijn in de rechtspraak zeer te spreken. Van Schellen schrijft: 'Eén van de grote keuzes waar de rechter voor staat is dat hij moet kiezen voor rechtszekerheid dan wel rechtvaardigheid (...). De Hoge Raad heeft dit dilemma beteugeld door een splitsing aan te brengen in een commercieel en een sociaal terrein van het burgerlijk recht. De commercie vraagt altijd rechtszekerheid en krijgt die nu ook. Op sociaal terrein (bij ongelijke verhoudingen) wordt altijd om rechtvaardigheid gevraagd, ook die bede is gehonoreerd.'⁶

Of we 40 jaar later nog dezelfde conclusie kunnen trekken en even tevreden als Van Schellen kunnen zijn over de arbeidsrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad, vraag ik me af. Achter deze vraag ligt de vraag of de rechter wel goed in staat is gebrekkige wetgeving in het arbeidsrecht in algemene zin te verduidelijken of aan te vullen zonder nieuwe vragen of problemen te veroorzaken. Want kan een informele en niet-dogmatische benadering ook gevolgd worden bij het verduidelijken of aanvullen van gebrekkige arbeidsrechtelijke wetgeving, zoals het ontslagrecht dat met de Wwz werd ingevoerd, zonder nieuwe vragen of problemen te veroorzaken? Frans Pennings beantwoordde deze vraag in 2020 met een voorzichtig 'nee'.⁷ Anders dan Van Schellen richt ik me in deze bijdrage aan de afscheidsbundel van Frans bij het beantwoorden van die vraag alleen op de arbeidsrechtelijke beslissingen van de Hoge Raad. Anders ook dan Van Schellen onderzoek ik niet alleen de rechtspraak van de afgelopen drie jaar,⁸ maar beschouw ik de rechtspraak van de Hoge Raad sinds de invoering van de Wet werk en zekerheid (Wwz). Van een zorgvuldige of objectieve selectie van uitspraken vanaf die periode is evenmin sprake: ik selecteer een aantal belangrijke arbeidsrechtelijke beslissingen van de Hoge Raad, en ook hier weer maak ik zelf de keuze welke beslissingen belangrijk zijn. Daarbij zal ik onderzoeken of de bevinding van Van Schellen dat de Hoge Raad op sociaal terrein eerder rechtvaardigheid dan rechtszekerheid nastreeft, nog steeds opgeld doet. Als dat niet meer het geval is, is het de vraag of in de arbeidsrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad dan wel enige andere lijn te vinden is. Aan de hand van de uitkomsten probeer ik die ook – net als Van Schellen uit de losse pols – te waarderen.

5 J. van Schellen, *Wat doet de Hoge Raad? Kanttekeningen bij de koers van de moderne cassatierechtspraak, feestrede*, Deventer: Kluwer 1980, p. 17.

6 J. van Schellen, a.w., p. 22.

7 F.J.L. Pennings, 'Dikastocratie: moet de wetgever niet de hand in eigen boezem steken?', *TRA* 2020/60.

8 Het gaat na een zoektocht op rechtspraak.nl, uitgevoerd op 4 april 2023, (uitspraken na 1 januari 2020, van de Hoge Raad, aangevinkt civiel recht en daarna arbeidsrecht) om 2570 uitspraken in civiele zaken, waarvan er 172 arbeidsrechtelijk zijn).

2. Lijn Van Schellen?

Is ook nu nog een informeel en niet-dogmatisch karakter in de rechtspraak te ontdekken, waarin moeilijke posities voortdurend worden opgevangen? Dat karakter is er zeker te ontdekken. Binnen deze lijn passen de uitspraken waarin de Hoge Raad misbruik van wettelijke bepalingen niet laat passeren. Mooie voorbeelden van dergelijke uitspraken zijn het *Taxi Dorenbos*-arrest⁹ en de *Nayak*-beschikking.¹⁰ In de eerste zaak probeerde een werkgever het ontstaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door de ketenregeling te voorkomen door een uitzendovereenkomst te construeren. Het oordeel van het hof dat tussen de werkgever en de werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was ontstaan, getuigt volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting. In de tweede uitspraak liet de Hoge Raad met instemming de beslissing in stand om een werkgever die schadeplichtig de arbeidsovereenkomst opzegde om zo te voorkomen dat de werknemer aanspraak zou kunnen maken op een hoge transitievergoeding, te veroordelen tot betaling van die hoge transitievergoeding. Misbruik van regels, waardoor de werknemer tekort wordt gedaan, honoreert de Hoge Raad niet.¹¹ Naar mijn mening terecht.

3. De uitleg ten voordele van de werkgever

Toch zijn de tijden wel veranderd. Anders dan Van Schellen als uitkomst van zijn onderzoek vond, geldt dat, ondanks de maatschappelijk ongelijke verhouding tussen werkgever en werknemer, de positie van de werkgever soms juist wordt versterkt. Dat daaraan kennelijk behoefte bestaat, kan wellicht worden verklaard door een enorme toename en verfijning van de arbeidsrechtelijke regels in de afgelopen 40 jaar, waardoor de ongelijkheidscompensatie soms wat doorgeschooten lijkt. Die gedachte kan zich bijvoorbeeld opdringen bij het bepaalde in artikel 7:683 BW, waaruit voortvloeit dat het gerechtshof in hoger beroep niet de beslissing tot vernietiging van de opzegging door de kantonrechter kan vernietigen en de arbeidsovereenkomst dus niet met terugwerkende kracht kan beëindigen. Dit heeft de wetgever zo bedacht om de rechtszekerheid van de werknemer en werkgever te dienen:¹² als de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt, is daarmee de toetsing van het ontslag uitgevoerd en deze kan voor het verleden niet meer ongedaan gemaakt worden. Waar de wetgever geen rekening mee heeft gehouden is dat de op staande voet ontslagen werknemer de kantonrechter zo op het verkeerde been zet dat die rechter het ontslag ten onrechte vernietigt. Het gevolg

⁹ HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312 (*Taxi Dorenbos*).

¹⁰ HR 7 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1268 (*Nayak*).

¹¹ Zelfs als het cassatieberoep is ingetrokken neemt de Hoge Raad de moeite te beschikken, om op een dergelijk misbruik te wijzen, zie HR 13 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:426 (*Solutions*).

¹² *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 35.

daarvan zou dan zijn dat het gerechtshof in hoger beroep die misslag van de kantonrechter alleen maar voor de toekomst kan rechtzetten en de werkgever aan de werknemer het loon moet betalen over de periode tussen het (vernietigde) ontslag op staande voet en de datum waarop het hof de arbeidsovereenkomst beëindigt. In de literatuur werd op de mogelijke onrechtvaardigheid van deze uitkomst al gewezen.¹³ De Hoge Raad overweegt in de *Wilco*-beschikking dat sprake is van ‘een zekere onevenwichtigheid in het wettelijk stelsel’ en wijst de loonvordering van de werknemer af.¹⁴

Bouwens is enthousiast over deze uitspraak: ‘De uitspraak doet een onwenselijk, en niet door de wetgever beoogd, gevolg teniet van de invoering van de bijzondere bepalingen inzake het hoger beroep in ontslagprocedures in titel 7.10 BW.’¹⁵ Daarbij biedt de Hoge Raad in de *Wilco*-beschikking de appelrechter de ruimte om in het geval dat het ontslag op staande voet door de kantonrechter ten onrechte is vernietigd vanwege een andere weging van de feiten, en dus zonder dat de werknemer van die onterechte vernietiging een verwijt te maken valt, de loonvordering van de werknemer wel toe te wijzen. Deze ruimte past mijns inziens bij de gedachte dat in het geval het ontslag feitelijk ‘een dubbeltje op zijn kant’ is, en door een andere waardering van de feiten bij de kantonrechter net een andere kant is op gevallen dan bij het hof, de werkgever daarvan dan het (loondoorbetalings-)risico draagt.¹⁶ Daar staat tegenover dat de Hoge Raad zo de werkgever die de beschikking van de kantonrechter negeert en de werknemer niet tewerkstelt, beloont.¹⁷ Dat bij onduidelijke wetgeving de uitleg niet altijd in het voordeel van de werknemer valt, blijkt ook uit een beschikking van de Hoge Raad van 18 februari 2022,¹⁸ een zaak waarin door A-G De Bock in het belang der wet cassatie werd ingesteld. Het handelde in die zaak om de vraag of een werkgeversverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst nadat het UWV de toestemming heeft geweigerd, ontvankelijk is, terwijl de werknemer ondertussen ziek was geworden. A-G De Bock stelde dat de onduidelijke wettekst niet ten nadele van de werknemer behoort te worden uitgelegd. De Hoge Raad besliste anders. De Hoge Raad overwoog over deze andere uitleg: ‘Deze uitleg strookt met de bedoeling van de wetgever om met de beperking van het opzegverbod mogelijk oneigenlijk gebruik van het opzegverbod tijdens ziekte te ondervangen.’ De Hoge Raad ziet wel dat het bezwaar van zijn opvatting is dat ontbinding ook mogelijk is als geen sprake is van een oneigenlijke ziekmelding, maar dat weegt minder zwaar dan de bedoeling van de wetgever om

13 Zie de door A-G De Bock in haar conclusie van 25 mei 2018 genoemde auteurs, ECLI:NL:PHR:2018:525.

14 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209 (*Wilco*, ook wel *Fantasia*).

15 W.H.A.C.M. Bouwens, in zijn noot bij deze beschikking, *NJ* 2019/54.

16 In deze zin: Hof Amsterdam 23 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1955 (*Salo*).

17 Dit punt maakt A-G De Bock in haar conclusie van 25 mei 2018, ECLI:NL:PHR:2018:525, voor deze beschikking.

18 HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:276.

misbruik van ziekmelding te voorkomen. Over de bedoeling van de wetgever kan op zijn minst anders worden gedacht, zoals de A-G in haar conclusie uiteen heeft gezet.¹⁹ De Hoge Raad laat hier de (echt) zieke werknemer toch een beetje in de kou staan, terwijl niet evident is dat de wetgever dat ook voor ogen had. Mij valt in deze uitspraken op dat de Hoge Raad die niet zo duidelijke bedoeling van de wetgever zwaar inzet als rechtvaardiging van de beslissing. Het achterhalen van die bedoeling is vaak niet eenvoudig: de arbeidswetgever maakt het de Hoge Raad niet makkelijk.

4. De uitleg ten nadele van de werkgever: de transitievergoeding

Waar de Hoge Raad dus soms de werknemersbescherming met een betwistbaar beroep op de bedoeling van de wetgever laat varen, zet hij die bescherming in andere zaken weer steviger neer, soms ook met een beroep op de bedoeling van de wetgever. Een duidelijk voorbeeld van een uitspraak in die lijn is de *Xella*-beslissing.²⁰ In deze beslissing overwoog de Hoge Raad dat een werkgever de verplichting heeft om op verzoek van de werknemer na twee jaar arbeidsongeschiktheid de arbeidsovereenkomst te beëindigen onder toekenning van een transitievergoeding. Het past daarbij in de lijn van Van Schellen dat de werknemer in de casus, die aan de Hoge Raad als prejudiciële vraag was voorgelegd, door de betrokken rechtsbijstandverzekering is geselecteerd op wat ik maar noem 'aansprekende zieligheid'.²¹ Of het nu wel of niet door deze specifieke werknemer kwam: de Hoge Raad overwoog dat Wet compensatieregeling transitievergoeding en de daarvoor gegeven redenen meebrengen 'dat als norm van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW geldt dat een 'slapend dienstverband' in beginsel behoort te worden beëindigd als de werknemer dat wenst en de werkgever geen redelijk belang heeft bij voortdurende daarvan. Die norm brengt tevens mee dat in dat geval in beginsel door de werkgever aan de werknemer een vergoeding behoort te worden toegekend'.²² Waar de wetgever zelf een dergelijk beginsel niet in de wet heeft vastgelegd, komt de Hoge Raad de wetgever en de werknemer in verregaande mate tegemoet. Over deze rechtspraak zijn in de literatuur overwegend positieve geluiden te horen. Zo schrijven Barentsen en Sagel:²³ 'De door de Hoge Raad aangenomen verplichting is een mooi voorbeeld van een geval waarin de cassatierechter door het formuleren van een subregel op grond van de open norm van goed werkgeverschap een

19 Conclusie A-G De Bock 1 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1014. Zie ook mijn noot bij de beschikking in *NJ* 2022/351.

20 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (*Xella*).

21 Zie hiervoor de sheets die de advocaat van de werknemer toonde op Labour Law lands op 21 november 2019: <https://files.vng.events/files/d4a8d827-b4a8-45a3-9ce7-c5d67b33a749.pdf>.

22 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734, r.o. 2.7.2.

23 B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2020/2403, p. 2735.

gat dichtloopt, dat de wetgever heeft laten vallen. (...) We hebben de indruk dat de problematiek van de slapende dienstverbanden door de beslissing van de Hoge Raad binnen *no time* in belangrijke mate is opgelost. Natuurlijk, er resteerden na de uitspraak nog wat vragen en open eindjes.' Hoewel ik deel dat bezien vanuit de werknemersbescherming de beslissing misschien valt toe te juichen, is dat vanuit rechtstatelijk en misschien ook maatschappelijk oogpunt naar mijn mening minder het geval.²⁴ De kosten van de regeling zijn aanzienlijk en de 'beëindigingsplicht' waartoe de beslissing van de Hoge Raad de aanzet heeft gegeven, heeft geleid tot lastig te beantwoorden vragen die 'veel meer dan een 'open eindje' zijn en die beter op het bord van de wetgever dan op dat van de rechter gelegd hadden kunnen worden.

Dat de rechter toch beter niet op de stoel van de wetgever kan gaan zitten werd ook duidelijk door de oordelen in de zaken Kolom en SIPOR. In Kolom²⁵ was de vraag aan de orde of een werkneemster in het onderwijs, die wegens structurele arbeidsongeschiktheid niet ver voor haar pensioendatum in een passende functie werd herplaatst voor iets meer dan de helft van haar gebruikelijke arbeidsduur, voor het deel dat haar aanstelling wordt verminderd aanspraak had op een transitievergoeding. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend in het geval de werkgever door de omstandigheden gedwongen overgaat tot een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer. De Hoge Raad vervolgt: 'Hierbij (bij die omstandigheden, EV) valt te denken aan het noodzakelijkerwijs gedeeltelijk vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en aan blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer.' De Hoge Raad motiveert deze beslissing door erop te wijzen dat de werknemer die meemaakt dat de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk wordt beëindigd, of meemaakt dat de arbeidsomvang door omstandigheden gedwongen in omvang wordt verminderd, een deel van de transitievergoeding zal mislopen waarop hij bij algehele eindiging van de arbeidsovereenkomst op dat moment aanspraak zou hebben. Dat moge zo zijn: feit blijft dat van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst geen sprake is, sterker nog, geen sprake kan zijn op grond van het bepaalde in art. 7:669 lid 1 BW.²⁶ De Hoge Raad creëert hier een recht op een transitievergoeding waar de wetgever dat recht niet had voorzien. Probleem bij dit soort rechtspraak is dat er altijd weer vragen onbeantwoord blijven, die voor onduidelijkheden en dus procedures zorgen.

Hier laat de Hoge Raad in ieder geval twee vragen, of dat nu open eindjes of grote gaten zijn,²⁷ onbeantwoord. De eerste luidt: wat houdt 'door de omstandigheden gedwongen' naast de gegeven voorbeelden precies in? De tweede luidt: wat als zich

24 Zie E. Verhulp, 'Slapende dienstverbanden? Laten slapen of wakker kussen?', *TRA* 2019/37.

25 HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*). Frans Pennings wijst in zijn: 'Dikastocratie: moet de wetgever niet de hand in eigen boezem steken?', *TRA* 2020/60, ook op de tekortkomingen in deze beslissing.

26 Zie Hof Amsterdam 7 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:752 (*Kolom*, vernietigd door de HR).

27 P. Kruit, 'De gedeeltelijke beëindiging met en zonder transitievergoeding', *TAP* 2020/158.

een ander geval voordoet waarin de werknemer een deel van de transitievergoeding zou mislopen waarop hij bij een algehele beëindiging van de arbeidsovereenkomst op dat moment aanspraak zou hebben? Dat kan zich voordoen in het geval de werknemer door de omstandigheden gedwongen een salarisverlaging aanvaardt, bijvoorbeeld bij herplaatsing wegens arbeidsongeschiktheid. In dat laatste geval, zo overweegt de Hoge Raad in *SIPOR*,²⁸ komt de werknemer bij vermindering van het salaris geen gedeeltelijke transitievergoeding toe. Hoe zich dat verhoudt tot de ratio van de overweging in *Kolom* is niet goed uit te leggen.

De eerste vraag wordt gedeeltelijk door de Hoge Raad beantwoord in de *Victoria*-beschikking.²⁹ Uit deze beschikking blijkt dat ook als de werknemer door een beroep op de Wet flexibel werken een vermindering van de arbeidsduur meemaakt, dit kan leiden tot toekenning van een gedeeltelijke transitievergoeding. Ik ben nog geen toekenning van een transitievergoeding tegengekomen na een aanpassing van de arbeidsduur op grond van de Wet flexibel werken, maar als de werknemer daar een verhaal bij heeft (zoals noodzakelijke zorgtaken of het voorkomen van arbeidsongeschiktheid) is toekenning van een transitievergoeding kennelijk niet uitgesloten. Hoewel de Hoge Raad zich verslikt met het stellen van algemene regels voor de toekenning van een transitievergoeding waar de regering dat misschien wel beoogde, maar niet duidelijk bij wet regelt, lijken de beslissingen toch vooral in het belang van de werknemer. Overigens overweegt de Hoge Raad ook dat de werknemer 'op grond van de in het arrest *Stoof/Mammoet* geformuleerde maatstaf gehouden (kan) zijn in te stemmen met een voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, dat in resultaat neerkomt op een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst.' Of dit werkelijk zo is, waag ik betwijfelen. Ik zie niet voor me dat een werknemer met een beroep op goed werknemerschap gedwongen kan worden van de hem toekomende ontslagbescherming af te zien.

5. Wat leert de Hoge Raad?

Ik heb maar een paar uitspraken, en misschien niet eens representatieve uitspraken, besproken, zodat ik mij bij het doen van algemene uitspraken een beetje op glad ijs bevind. Voor zover uit deze uitspraken een lijn te distilleren is, is dat er een waarin de Hoge Raad probeert een rechtvaardige beslissing te nemen die past bij de bedoeling van de wetgever. Als die bedoeling niet geheel duidelijk is, en daarvan is, meer dan wenselijk is, sprake, is de ongelijkheidscompensatie de hoofdlijn. De Hoge Raad formuleert vaak een regel om de praktijk verder te helpen. Soms leidt het stellen van regels tot nieuwe vragen, die door de rechter lastig te beantwoorden zijn. In algemene zin geldt de conclusie van Van Schellen nog steeds: de arbeidsrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad kenmerkt zich door een infor-

²⁸ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749 (*SIPOR*).

²⁹ HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*).

meel en niet-dogmatisch karakter, waarin moeilijke posities voortdurend door de Hoge Raad worden opgevangen. Een brede heroriëntatie op sociale bescherming mogen we van een cassatierechter natuurlijk niet verwachten. Maar waar de wetgever onduidelijk is, moet de rechter antwoord geven. De Hoge Raad gaat in zijn (arbeids)rechtsvormende rol ver. Soms zelfs te ver, zoals naar mijn opvatting bij de *Xella*-uitspraak het geval was. De uitspraken die ik hiervoor behandelde laten zien dat de Hoge Raad niet bang is om de wet toe te passen, uit te leggen en zelfs aan te vullen. Daarmee weet hij in het algemeen een rechtvaardige uitkomst te bereiken – veelal in het voordeel van de werknemer, maar soms in het voordeel van de werkgever. Uit de rechtspraktijk rijzen telkens weer vervolgvragen naar aanleiding van de rechtsvormende activiteiten van de Hoge Raad. Dat kan het arbeidsrecht complex maken, zoals te zien is in de *Kolom*- en *SIPOR*-zaken. Waar Frans de wetgever oproept om nauwkeuriger te werk te gaan,³⁰ zou de Hoge Raad kunnen worden opgeroepen om toch nog nauwkeuriger te proberen te overzien wat de gevolgen van zijn beslissingen zijn. Het een sluit het ander niet uit. Arbeidsrechtelijke wetgeving is vaak niet volledig of gebrekkig en laat veel vragen onbeantwoord. De Hoge Raad is niet bang dat antwoord te geven en als daarbij beter wordt gelet op de vragen die dat antwoord weer kan generen, mogen we heel tevreden zijn met de arbeidsrechtelijke beslissingen van de Hoge Raad.

30 F.J.L. Pennings, 'Dikastrocratie: moet de wetgever niet de hand in eigen boezem steken?', *TRA* 2020/60.