



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kroniek van het sociaal recht

Barentsen, B.; Sagel, S.F.

Citation

Barentsen, B., & Sagel, S. F. (2023). Kroniek van het sociaal recht. *Nederlands Juristenblad*, 98(33), 2866-2887. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3716688>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3716688>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Kroniek van het sociaal recht

Barend Barentsen & Stefan Sagel¹

Finally delivered. Dat stond met sierlijke letters op de taart die op 24 maart 2023 in het Utrechtse vakbondshuis werd aangesneden door de juristen van FNV. En er was ook wel reden tot feest, nadat de Hoge Raad eerder op die dag, na twee aanhoudingen, dan eindelijk het *Deliveroo*-arrest had bezorgd. Want die uitspraak over de definitie van de arbeidsovereenkomst was ongetwijfeld het arbeidsrechtelijke hoogtepunt van het jaar, waar menigeen reikhalzend naar had uitgekeken. De Hoge Raad kwam niet met een revolutie, maar zette wel interessante nieuwe accenten. Maar er waren meer belangrijke ontwikkelingen te melden, zoals de Wet toekomst pensioenen, die werd aanvaard door de Eerste Kamer, en tot ingrijpende wijzigingen in pensioenland gaat leiden. En net als vorig jaar regende het verhalen over seksueel grensoverschrijdend gedrag op de werkvloer. Goed dus, dat er in de persoon van Mariëtte Hamer een regeringscommissaris is aangesteld om die praktijken te bestrijden. Tegelijkertijd zijn de eerste resultaten van haar werk in de vorm van een concept handreiking voor de praktijk, die beschrijft hoe te handelen bij meldingen van grensoverschrijdend gedrag, niet alleen maar bemoedigend te noemen. Een ander belangrijk thema waar aandacht voor was, is en met het oog op de aanstaande verkiezingen ook *zal zijn*, is bestaanszekerheid. Ook daarop wordt in deze kroniek dus ingegaan. En *last but not least*, is er een breed scala aan belangrijke rechtspraak van de Hoge Raad te melden over uiteenlopende thema's zoals het ontslagrecht, slapende dienstverbanden, op de werkgever rustende informatieverplichtingen, overgang van onderneming, werknemersaansprakelijkheid, de uitzendovereenkomst, collectieve wijziging van arbeidsvoorwaarden en vakantierechten.

1. Inleiding

Wie schrijft, die blijft. Dat is misschien het motto geweest van de Minister van SZW de afgelopen tijd. Heel veel brieven, voortgangsbrieven zelfs, plannen, verkenningen en nota's. Over de definitie van de arbeidsovereenkomst. Het verkleinen van het gat tussen vast en flex. Handhaving: menselijker in de sociale zekerheid tegen degenen die aanspraak (willen) maken op een uitkering, en überhaupt weer eens gaan handhaven wat de verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen betreft. Het dreigt voorlopig bij plannen en voornemens te blijven na de val van het kabinet vlak voor de zomer. Nu is een deel van de maatregelen niet-controversieel verklaard en het parlement zou ermee verder kunnen. Het lot ervan is echter hoogst onzeker, zo toont ook de Wet werken waar je wilt aan. Die werd op de valreep verworpen door de Eerste Kamer. Daar komt dan nog eens bij dat een deel van de plannen het stadium van conceptwetsvoorstel nog niet eens heeft gehaald.

En het is niet dat er geen sociale kwesties spelen. In sommige sectoren lopen de personeelstekorten verder op. Onderwijs, zorg en de techniek zitten te springen om geschikt personeel. Er is – voor Nederlandse begrippen weliswaar – veel gestaakt, omdat werknemers eisten dat hun lonen de prijzen enigszins bijbeenden. Opmerkelijk genoeg leidde dat niet tot een stortvloed van verbodsacties van werkgevers en consumenten in kort geding, maar tot aanzienlijke loonsverhogingen in cao's.² In zoverre was het spannend op de arbeidsmarkt, maar wat minder in het arbeidsrecht.³ Scholing, toch een middel om mensen geschikt te maken voor werk waar veel vraag naar is, komt er in de plannen steeds bekaaidier vanaf. Waar de Commissie-Borstlap nog ambitieuze voorstellen deed, worden de nadien gesloten sociale akkoorden en voortgangsbrieven allengs minder concreet. Die blijven uiteindelijk steken in de vertrouwde vast/flex-groef.⁴ Oude wijn in uitgestelde zakken. Ondertussen is uit verschillende studies gebleken

Kennelijk raakt de garantie van minimale bestaanszekerheid vermalen in het ragfijne samenspel van stijgende prijzen, fiscale toeslagen en kortingen, uitkeringen en arbeidsinkomen

dat de armoede in Nederland is toegenomen. Weliswaar zijn het minimumloon en uitkeringen met ruim 10% verhoogd met ingang van 1 januari 2023, maar blijkbaar is dat niet genoeg. Kennelijk raakt de garantie van minimale bestaanszekerheid vermalen in het ragfijne samenspel van stijgende prijzen, fiscale toeslagen en kortingen, uitkeringen en arbeidsinkomen. Die sociale kwestie is misschien wel een van de meest dringende opgaves waar het sociaal recht, of eigenlijk de samenleving, voor staat.

Misschien moeten we het afgelopen kroniekjaar kwalificeren als een *gap year* of als een *sabbatical*. Daarin gebeuren heus spannende dingen, maar van hard werken aan fundamentele veranderingen was niet echt sprake. Afhankelijk van de verkiezingsuitslag in november en de ingewikkeldheid van de kabinetsformatie kan het nog wel een tijd duren voordat de wetgever weer actief wordt.

Het zwaartepunt in deze kroniek ligt op rechtspraak. De wetgever liet namelijk niet veel van zich horen, de eminent belangrijke hervorming van het pensioenstelsel als vervat in de Wet toekomst pensioenen daargelaten. Hoewel het pensioenrecht eigenlijk buiten de scope van deze kroniek valt, besteden we daar toch kort aandacht aan (3). Vervolgens gaan we in op de kwalificatievraag en het *Deliveroo*-arrest (4). Is dat baanbrekend, of niet, en juist vanwege dat laatste toch belangrijk? Vervolgens gaan we (5) in op de eerste vruchten van het werk van de vorig jaar benoemde regeringscommissaris seksueel grensoverschrijdend gedrag, Mariëtte Hamer. Daarna verplaatsen we de focus weer naar de Hoge Raad, en zoomen we achtereen vervolgens in op het ontslagrecht (6) en het belangrijke *IFF*-arrest over eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden (7). De rechtspraak-kroniek zetten we voort met uitspraken over overgang van onderneming (8), informatieverplichtingen en vakantie (9) en werknemersaansprakelijkheid (10). De jurisprudentie van de Hoge Raad op het snijvlak van IPR en arbeidsrecht over het toepasselijke recht voor Hongaarse vrachtwagenchauffeurs die (vanuit

Nederland) deelnemen aan het internationale wegtransport en over de bevoegde rechter voor piloten van een *private jet*-exploitant, omwille van de aan deze kroniek toebedeemde ruimte, onbesproken.⁵ Maar we trappen af met een thema dat aan de kern van het sociaal recht raakt én een grote rol speelt in het publieke debat en de aanstaande Kamerverkiezingen: bestaanszekerheid.⁶

2. Om de zekerheid van het bestaan

Het bieden van bestaanszekerheid, of dat nu is door ontslagbescherming of uitkeringen, is een van de belangrijkste taken, zo niet dé kerntaak van het sociaal recht. Het lijkt erop dat die missie, het zoveel mogelijk garanderen van een fatsoenlijk inkomen waarvan iemand (met zijn gezin) daadwerkelijk kan rondkomen, niet echt succesvol wordt volbracht. Als gezegd, voorspelt het CPB bij ongewijzigd beleid een groei van het aantal armen in 2024; die groep zou dan bijna 1 miljoen mensen gaan omvatten.⁷ De in 2022 naar aanleiding van een motie van het Kamerlid Omtzigt ingestelde Commissie Sociaal Minimum heeft voor de zomer gerapporteerd dat steeds meer mensen in financiële bestaansonzekerheid verkeren. Aan het eind van de maand komen zij € 200 tot € 500 tekort.⁸ Het demissionaire kabinet heeft inmiddels aangekondigd allerlei maatregelen te treffen, die zo'n € 2 miljard gaan kosten. Het gaat hier om verschillende (fiscale) toeslagen, niet om inkomensondersteuning vanuit de sociale zekerheid.⁹ Kennelijk ontvangen veel mensen geen 'decent living wage' (of uitkering) en moet dat met kortingen en toeslagen worden gecompenseerd, zoals huurtoeslag of het kindgebonden budget.

2.1. Meer zekerheid voor flexwerkers

Het conceptwetsvoorstel Verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten omvat nieuwe regels voor tijdelijke contracten, uitzendwerk en oproepkrachten.¹⁰ Deze flexkrachten moeten zo meer zekerheid krijgen ten aanzien van

Auteurs

1. Prof. mr. B. Barentsen is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden, prof. mr. S.F. Sagel is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek. Hij was als advocaat bij verschillende van de in deze bijdrage besproken cassatiezaken betrokken. Deze kroniek bestrijkt *grosso modo* de periode oktober 2022 - september 2023.

Noten

2. Inmiddels is door verschillende auteurs wel de vraag opgeworpen of werkgevers niet zelf tot collectieve acties tegen de vakbonden kunnen overgaan, om zich te

verzetten tegen al te vergaande cao-eisen van de vakbonden. Werkgevers hebben ook zelf een actierecht op grond van art. 6 lid 4 ESH. Zie J.M. van Slooten, 'Het recht op tegenstaking', *Ondernemingsrecht* 2023/56; S.F. Sagel & R. van Haeringen, 'Het collectieve actierecht van de werkgever (I)', *TAP* 2023/236.

3. Al was er wel een aardige casus over de vraag of een werkgever verplicht was om te onderhandelen over het tussentijds wijzigen van een cao, gezien de na het afsluiten van de cao sterk toegenomen inflatie. Ktr. Apeldoorn 7 juni 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:3364, *JAR* 2023/187.

4. Voortgangsbrief uitwerking arbeids-

marktpakket van 3 april 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29554, nr. 1176.

5. HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1430; HR 17 maart 2023, *NJ* 2023/116; HR 18 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1702.

6. 'Opeens heeft iedereen in Den Haag het over zekerheid van bestaan', *NRC* 8 september 2023, nrc.nl/nieuws/2023/09/08/opeens-heeft-iedereen-in-den-haag-het-over-zekerheid-van-bestaan-a4173924.

7. *Macro Economische Verkenning* 2024, Den Haag: CPB 2024, p. 2-3, cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Raming-Macro-Economische-Verkenning-MEV-2024.pdf

8. Commissie Sociaal Minimum, *Een zeker bestaan – Naar een toekomstbestendig stelsel van het sociaal minimum* (Rapport d.d. 30 juni 2023), Hoofdstuk 2. Zie nrc.nl/nieuws/2023/09/08/opeens-heeft-iedereen-in-den-haag-het-over-zekerheid-van-bestaan-a4173924.

9. Zievolkskrant.nl/nieuws-achtergrond/ eerste-lek-prinsjesdag-begroting-2-miljard-euro-tegen-armoede-ook-midden-inkomens-woorden-tegemoetgekomen-b282e62e/.

10. internetconsultatie.nl/wetverbetering-rechtspositieflexibelearbeidskrachten/b1.

hun werk en inkomen. De mogelijkheid om langdurig voor een werkgever op een tijdelijk contract of als uitzendkracht te werken wordt flink ingeperkt, en ook de mogelijkheden om bij cao ruimere mogelijkheden af te spreken worden beknot. De oproepovereenkomst moet worden vervangen door een basiscontract, waarbij de werknemer een minimumaantal uren recht heeft op werk en loon, maar wel verplicht is om 30% meer uren te maken als de werkgever dat wenselijk acht. Een wettelijk min/max-contract dus, waarbij de bandbreedte van 30% ervoor moet zorgen dat de werkgever niet voor een te laag minimum kiest. Vraag is wel of die bandbreedte gehandhaafd kan worden, nu het werknemers vrij staat om werk boven die grens te aanvaarden en sommigen onder hen zich daar ook wel eens gedwongen toe kunnen voelen. Wat let een werkgever dan om een 2-uurs contract af te spreken en de werknemer meer op te roepen als hem dat goed uitkomt? Verder moet bedacht worden dat ongeveer 70% van de huidige oproepkrachten student of scholier is en voor hen blijven oproepcontracten wél mogelijk. Het komt erop neer dat het wetsvoorstel aan een aantal bestaande knoppen draait. Dat gebeurt al minstens sinds 1996 en het vaste contract voor een vast aantal uren is

Waarom zou dit plan het flextij wel kunnen keren?

alleen maar meer uit de mode geraakt. Waarom zou dit plan het flextij wel kunnen keren? Het is constructiever om fundamentele kwesties aan te pakken, zoals scholing. Mensen blijvend in staat stellen om via werk bij te dragen, dat is eveneens een belangrijke opgave van het sociaal recht. Dat we van een systeem dat baanzekerheid poogt te garanderen naar een werkzekerheidssysteem toe moeten, wordt vooralsnog vooral met de mond beleden. Scholing is belangrijk, ook dat wordt al jaren gezegd. De maatregelen die zijn getroffen, zijn helaas toch wat meer gerommel in de marge. Zelfs als je in aanmerking neemt dat de nieuwe flexwet onderdeel zou moeten zijn van een breder pakket aan maatregelen, zoals een scherpere definitie van de arbeidsovereenkomst, tegengaan van schijnzelfstandigheid en een calamiteitenregeling waarmee de overheid tijdelijk een deel van de loonbetalingsplicht van de werkgever overneemt. Scholing wordt wel genoemd, maar wederom wordt een scholingsinfrastructuur aangekondigd die voor een belangrijk deel van de sociale partners moet komen. Dat is bij vorige gelegenheden ook al geadviseerd, zodat de vraag is waarom zo'n infrastructuur nu wel goed uit de verf zou komen. Intussen werd een fiscale scholingskorting ingeruild voor het STAP-budget, dat zoveel kinderziektes vertoonde dat het al snel weer werd ingetrokken.¹¹

2.2. Minimuminkomen

Opmerking verdient dat het wettelijk minimumloon met ingang van 1 januari 2023 fors is opgetrokken en dat een verdere verhoging met ingang van 1 januari 2024 aan-

staande is. De Commissie Sociaal Minimum vindt dat overigens ook de meest aangewezen weg.¹² Vanaf 2024 zal een wettelijk minimumloon gaan gelden, in plaats van een maandbedrag waarbij het uurloon afhangt van het in de sector of bedrijfstak gebruikelijke voltijdse dienstverband.¹³ Dat varieert tussen de 36 en 40 uur, en dat maakt nu dus nog verschil voor het uurloon. Een wettelijk minimumloon is eenvoudiger en overzichtelijker. Het aan het minimumloon gekoppelde sociaal minimum volgt de doorgevoerde en komende verhogingen, zodat ook uitkeringen die moeten voorzien in de meest elementaire bestaansbehoeften omhooggaan. Op zichzelf is dat goed nieuws, ware het niet dat zelfs bij die historisch gezien enorme verhogingen nog steeds armoedegroei dreigt. Bovendien doet armoede zich lang niet alleen voor bij uitkeringsgerechtigden; er zijn ook de zogeheten 'working poor'. Het hiervoor genoemde steunpakket van € 2 miljard is overigens ook bedoeld voor middeninkomens. Dat dit probleem wordt bestreden met allerlei fiscale faciliteiten is op zichzelf niet verkeerd, maar ingewikkeld is het wel. Daar komt dan nog eens bij dat verschillende gemeentes, op hun eigen manier, de gevolgen van armoede proberen te bestrijden met bijvoorbeeld gratis sport- of cultuurabonnementen en andere ondersteuning buiten de Participatiewet om. Mensen moeten bij verschillende instanties aankloppen, die elk weer zo hun eigen regels hanteren. Zo'n 'stelsel' is lastig uit te voeren en handhaving is ingewikkeld. Coördinatie is in die zin een probleem dat weer of meer gaan werken niet altijd loont, omdat dat tot verlies van deze of gene toeslag of faciliteit leidt. In zijn jaarverslag over 2022 is de Raad van State zeer kritisch over de uitvoerbaarheid van de toeslagenregelingen. De grenzen zijn bereikt. Meer in het algemeen lijkt de Raad aan te geven dat de overheid te veel ad-hocregelingetjes voor specifieke problemen uitvaardigt, in plaats van weloverwogen scherpe keuzes te maken.¹⁴ Zo kan het gebeuren dat velen verstrikt raken in een ingewikkeld kluwen van uitkeringen, deeltijdwerk, kortingen en toeslagen. Daarmee is niet gezegd dat minimumlonen en uitkeringen probleemloos steeds maar verder kunnen worden opgetrokken, want werkgevers en de premiebetalers moeten dat wel kunnen ophoesten.

2.3. Menselijke maat

Al langer klinkt in socialezekerheidsland de roep om meer menselijke maat. Inzichtelijkheid en begrijpelijkheid van de regelingen zouden daaraan kunnen bijdragen, al was het maar omdat het voor burgers dan duidelijk is aan welke voorwaarden en verplichtingen zij moeten voldoen. De Commissie Sociaal Minimum signaleert zelfs dat onzekerheid over het recht op, bijvoorbeeld, huurtoeslag en het daarmee samenhangende risico van terugvordering, mensen te huiverig maakt om arbeid te aanvaarden.¹⁵ Een parlementaire enquêtecommissie onderzoekt inmiddels of de nadruk in de sociale zekerheid niet te veel heeft gelegen op handhaving en fraudebestrijding.¹⁶ Deugen de meeste mensen, of zijn het allemaal fraudeurs in spe? Wat is het vertrekpunt in de beoordeling? In de MvT van het conceptwetsvoorstel Handhaving sociale zekerheid wordt opgemerkt dat het uitgangspunt vertrouwen in de burger is. Kleine vergissingen en omissies moeten niet langer tot een hoge boete leiden. Uitvoeringsinstellingen krijgen

meer beoordelingsruimte én zij moeten voortaan in toelichtingsgesprekken duidelijk gaan maken welke informatie zij verlangen van uitkeringsgerechtigden voordat zij op verzwijging daarvan kunnen worden aangesproken.¹⁷ Dat lijken ons goede ontwikkelingen.

2.4. PGB's en slapende dienstverbanden

Dat burgers tussen wal en schip kunnen vallen, blijkt ook uit de casus van PGB-zorgverleners. Wie behoefte heeft aan zorg of huishoudelijke hulp kan die via een persoonsgebonden budget (PGB) inkopen. Daarmee kan een professionele externe zorgverlener worden ingehuurd, maar ook familieleden of huisgenoten. Het kan bij die laatsten ook gaan om veel meer dan in familieverband gebruikelijke zorg, dus (para)medische handelingen of zwaar huishoudelijk werk. Volgens (de website van) de SVB, die de PGB's uitvoert, kan er echter geen arbeidsovereenkomst bestaan tussen familieleden. Een gezagsrelatie zou per definitie uitgesloten zijn. Een familielid-verzorger kan alleen kiezen voor de optie 'zorgovereenkomst' om vanuit een PGB betaald te kunnen worden. Met een zorgovereenkomst is een zorgverlener niet verzekerd voor de WW. Valt het PGB weg, bijvoorbeeld omdat het zorgbehoevende familielid overlijdt, is er dus geen ander sociaal vangnet dan de bijstand. Terwijl een niet onaanzienlijk deel van deze verzorgenden een flink aantal uren per week zorg verleent die ook door professionals wordt geleverd.¹⁸ Geruime tijd geleden oordeelde de Centrale Raad van Beroep dat een familierelatie niet per definitie aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de weg hoeft te staan, maar de SVB houdt stug vol dat dat wel het geval is.¹⁹ Nu kunnen PGB-zorgverleners bij een WW-aanvraag bij het UWV met kans van slagen betogen dat zij wél een arbeidsovereenkomst hebben, omdat de naam zorgovereenkomst niet beslissend is. Het gaat om de werkelijke onderliggende rechtsverhouding. Maar op zijn minst kan de vaststelling van hun WW-recht door de opstelling van de SVB ingewikkelder en langduriger worden. En een deel van hen, met name ouders van minderjarige of wilsonbekwame kinderen, vist ondanks het leveren van 24/7 zorg toch achter het net. Daar valt geen gezagsverhouding vast te stellen. Op zichzelf is de uitbreiding van de werknemersverzeke-

ringen voor ouders die via een PGB voor hun soms letterlijk doodzieke kind zorgen pleitbaar. Aan de andere kant schieten we daarmee misschien te snel in de Haagse kramp om een bijzonder probleem met een bijzondere regeling te willen dekken, zodat het stelsel nog onoverzichtelijker wordt dan het al was?

Ter afronding van dit thema nog een onderwerp dat illustreert dat het socialezekerheidsrecht soms als een oliemannetje voor heel specifieke problemen wordt ingezet. Met allerlei gepuzzel en complicaties tot gevolg. Naar aanleiding van het probleem van slapende dienstverbanden is een vanuit de werkloosheidsfondsen gefinancierde compensatieregeling opgetuigd. Werkgevers mogen werknemers na twee jaar arbeidsongeschiktheid ontslaan, maar lieten dat sinds 1 juli 2015 na om te voorkomen dat zij een transitievergoeding moesten betalen. Ze lieten het dienstverband slapend voortduren, want na twee jaar eindigen de loondoorbetalingsplicht en de re-integratieverplichtingen toch. Zeker omdat het nogal eens om ernstig zieke werknemers ging, vond de Minister van SZW het onfatsoenlijk dat werkgevers zo onder de betaling van een transitievergoeding uit probeerden te komen. De rechter wees verzoeken van werknemers om werkgevers tot ontslag mét vergoeding te dwingen consequent af; het slapend houden van de dienstverbanden was wellicht wel onzorgvuldig, maar niet ernstig verwijtbaar. En die laatste horde moet de werknemer bij een ontbindingsverzoek van zijn kant wel over, wil hij aanspraak hebben op de transitievergoeding.²⁰ Er kwam een compensatieregeling, die ervoor zorgde dat werkgevers de transitievergoeding konden declareren bij het UWV. In de *Xella*-zaak besliste de Hoge Raad, kort gezegd, dat een werkgever op grond van artikel 7:611 BW moet meewerken aan het ontslag van een langdurig zieke werknemer én daarbij de transitievergoeding moet betalen. Omdat die vergoeding wordt gecompenseerd via het UWV, heeft hij geen redelijk belang om niet mee te werken.²¹ Die compensatie is wel gemaximeerd op het bedrag dat de werkgever na twee jaar ziekte had moeten betalen, om te voorkomen dat de werkgever cadeautjes op kosten van de gemeenschap uitdeelt aan werknemers door hun dienstverband nog wat te laten voortduren. Hoe pakt dat uit voor werknemers die al voor

Geruime tijd geleden oordeelde de CRvB dat een familierelatie niet per definitie aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de weg hoeft te staan, maar de SVB houdt stug vol dat dat wel het geval is

11. Vgl. S. Bekker, 'Een STAP naar een leven lang leren?', *TRA* 2023/77.

12. *Een zeker bestaan*, p. 114. Zie ook *Een zeker bestaan II* (eindrapport van de Commissie Sociaal Minimum), Den Haag, september 2023 (open.overheid.nl/documenten/a434ffdd-2aca-4a04-846e-

127f3b62d525/file van het sociaal minimum).
13. *Stb.* 2023, 168.

14. Jaarverslag Raad van State 2022, zie raadvanstate.nl/jaarverslag2022/.

15. *Een zeker bestaan*, p. 113-114.

16. Zie tweedekamer.nl/kamerleden_en_commissies/commissies/pefd.

17. Zie internetconsultatie.nl/wethandhavingsocialezekerheid/b1.

18. Zo berichtte Nieuwsuur op 5 juli 2023, zie nos.nl/nieuwsuur/artikel/2481610-overheidsregels-met-hardvochtig-effect-geen-sociaal-vangnet-voor-zorgverleners.

19. Zie onder meer CRvB 28 april 2016,

ECLI:NL:CRVB:2016:1759 en CRvB 6 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4253.

De familieband kan een beletsel zijn, maar is dat niet per se.

20. Art. 7:673 lid 1 sub b onder 2 BW.

21. HR 8 november 2019,

ECLI:NL:HR:2019:1734.

1 juli 2015 twee jaar ziek waren? Op dat moment bestond er nog geen transitievergoeding en wanneer men de wet heel strikt leest zou de compensatie dan ook € 0 moeten bedragen. De CRvB oordeelt echter dat gekeken moet worden naar de periode van twee jaar en niet naar de datum waarop die termijn werd vervuld, gezien het anti-misbruikarakter van de tweejaarsgrens. Ook wanneer de tweejaarstermijn is verstreken voor 1 juli 2015, maar het dienstverband pas na die datum is beëindigd, bestaat recht op compensatie.²² De Hoge Raad oordeelde over het overgangsrecht. Vanaf welke datum moeten werkgevers meewerken aan het ontslag van een langdurig zieke werknemer? Die van de datum van inwerkingtreding van de compensatieregeling (1 april 2020), of de datum tot wanneer de regeling terugwerkende kracht heeft (1 juli 2015)? Nee, het is de datum dat de compensatieregeling in het *Staatsblad* is gepubliceerd (20 juli 2018). Ook al moest het inwerkingtredingsbesluit toen nog volgen, toch moesten werkgevers volgens de Hoge Raad vanaf toen weten dat ze gecompenseerd gingen worden. Pas vanaf dan zijn ze dan ook verplicht om mee te werken aan een ontslagverzoek van de werknemer.²³ En zijn zij schadeplichtig op grond van artikel 7:611 BW als ze dat niet hebben gedaan.

Een vraag is nog wel of een werkgever die heeft geweigerd om mee te werken na die juli-datum in 2018 ook compensatie krijgt als hij door de rechter wordt veroordeeld om de schade te vergoeden die de werknemer heeft geleden door niet mee te werken aan het ontslag. Die schadevergoeding is even hoog als de transitievergoeding die de werkgever had moeten betalen, maar valt deze vervangende schadevergoeding wel onder de regeling?²⁴ Naar de letter van de wet niet en daar is ook echt wel wat voor te zeggen. Dat de werkgever schadevergoeding wegens het niet meewerken aan beëindiging niet vergoed krijgt, is een stimulans voor hem om te doen wat de compensatieregeling beoogt: *wel* meewerken aan zo'n verzoek. In dat geval wordt die coöperatieve opstelling immers beloond met compensatie van de transitievergoeding.

3. Wet toekomst pensioenen

De woestijn doorkruisen, om over de laatste zandkorrel te struikelen. Dat lot viel de Wet toekomst pensioenen (Wtp) bijna ten deel. Na vele jaren van conflicten én overleg, na uitstel van de invoerings- en implementatiedata leek APPA op de valreep roet in het eten te gooien. APPA? (horen wij u denken). Het zij u vergeven dat u die afkorting, die staat voor Algemene Pensioenwet Politieke Ambtsdragers, niet kent. De Wtp wijzigt ook die wet, die de pensioenen van politieke ambtsdragers zoals ministers, Kamerleden, wethouders en Statenleden regelt. Artikel 63 Grondwet vereist een tweederde meerderheid voor de wijziging van geldelijke aanspraken van deze bestuurders en

volksvertegenwoordigers. De regering stelde zich op het standpunt dat de aanspraken door de Wtp als zodanig niet worden gewijzigd, maar dat het om een meer technische operatie gaat. Zouden de pensioenen in de APPA in de toekomst worden aangepast conform de Wtp, dan zou er op dat moment wél een gekwalificeerde meerderheid nodig zijn.²⁵ Een meerderheid van de Eerste Kamer aanvaardde die uitleg en de Wtp.

Deze staatsrechtelijke zandkorrel illustreert dat de pensioenhervorming nog lang niet af is en er nog veel belangrijke zaken en details moeten worden geregeld. En dat onder een voor de Wtp niet noodzakelijkerwijs welwillend gesternte. Er is nog steeds politieke onrust over de wet en de aankomende verkiezingen lijken te leiden tot een meerderheid voor tegenstanders van de wet.²⁶

Strikt genomen wijzigt de Wtp de pensioenaanspraken van (ex)werknemers niet. Het is primair aan de sociale partners, althans werkgevers en werknemers, om de Wtp te 'vertalen' in de voor werknemers geldende pensioenregelingen. Daarvoor hebben ze een paar jaar de tijd. Uiterlijk 1 januari 2028 zal de transitie naar het nieuwe pensioenstelsel moeten zijn gemaakt. Sociale partners moeten een transitieplan gaan opstellen. Het zogeheten aanvullend pensioen is gebaseerd op afspraken tussen werkgevers en werknemers. Voor veel werknemers gaat het dan om regelingen die zijn overeengekomen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties (bedrijfstakpensioenfondsen) of tussen individuele werkgevers en de bonden (bijvoorbeeld bij een ondernemingspensioenfonds). De Pensioenwet, voor 1 juli 2023 én daarna, regelt 'slechts' de voorwaarden waaraan zo'n overeengekomen pensioen (en de uitvoering daarvan) moet voldoen.

De belangrijkste wijziging die de Wtp meebrengt is dat pensioenregelingen niet langer een bepaald percentage van het loon mogen beloven (uitkeringsovereenkomst), zoals tot voor kort bij veel pensioenregelingen gebruikelijk was. De doorsneepremie die verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen moesten hanteren, wordt bovendien afgeschafte. De (nieuw op te bouwen) pensioenen krijgen het karakter van een premieovereenkomst. Werkgevers en werknemers betalen een bepaalde leeftijdsonafhankelijke premie en bij het bereiken van de pensioenleeftijd zou dat voldoende moeten zijn om een loongerelateerde uitkering te financieren. Maar dat is slechts het streven. Op het eerste gezicht worden de pensioenen daardoor onzekerder: het is afwachten of de premies en daarmee behaalde rendementen toereikend zijn. Maar het verschil met de uitkeringsovereenkomst vereist relativering. De zekerheid van de oude pensioenregelingen was vaak ook maar schijn. Om aan toekomstige pensioenverplichtingen te kunnen voldoen, moesten pensioenfondsen enorme reserves aanhouden. Met een tot voor kort lage rente was het lastig om de vereiste dekkingsgraad te halen, laat staan de vereiste dekkingsgraad om het pensioen te mogen indexeren. Dat leidde niet al te vaak tot korting, zij het dat ook dat voorkwam. Het pensioenfonds voor de Reisbranche had zijn zaakjes zo slecht voor elkaar dat er een paar jaar terug een korting tot maar liefst 19% werd doorgevoerd (vanwege de overgang naar het pensioenfonds PGB).²⁷ Dat voor indexatie van pensioenen geen geld beschikbaar was, was echter een probleem dat breder leefde. En als dat laatste maar lang genoeg duurt, keldert de feitelijke waarde

De woestijn doorkruisen, om over de laatste zandkorrel te struikelen. Dat lot viel de Wet toekomst pensioenen (Wtp) bijna ten deel

van de pensioenen aanzienlijk. Op papier bood het oude systeem een goudgerand pensioen, maar feitelijk viel dat wel tegen. Lage rente en dubbele vergrijzing (gepensioneerden worden ouder en daartegenover zijn er steeds minder werkenden die premie inleggen) zetten het oude stelsel onder druk.²⁸ Zoals het in de MvT is verwoord: de nadruk lag te veel op nominale zekerheid.²⁹ Er is gekozen voor een minder hard gegarandeerd pensioen, tegenvallers zullen eerder op het bordje van de pensioengerechtigden terecht komen. Tegelijkertijd is er meer ruimte gecreëerd om meevallers naar hen door te sluizen. Dat alles dan weer met mate: pensioenfondsden gaan reserves aanhouden waarmee moet worden tegengegaan dat een (oud-)werknemer in te diepe dalen valt. Bijvoorbeeld als hij op een wat ongelukkig moment – de laatste vijf jaar voor pensioen was de beurs in mineur – pensioengerechtigd raakt.

Volgens Heemskerk wordt het pensioen zeker minder en minder zeker.³⁰ Dat laatste is waar, dat eerste is gelukkig nog maar de vraag. Het kan ook meevallen. Bij de meeste pensioenfondsden wordt het uiteindelijke pensioen, onder de zogeheten solidaire premieovereenkomst, niet compleet afhankelijk van de individueel ingelegde premie en het daarmee behaalde rendement. Ze gaan solidariteitsreserves aanhouden die kunnen worden gebruikt om al te diepe dalen in de pensioenopbouw te dempen of om pensioenen te corrigeren voor inflatie. Dat betekent aan de andere kant echter ook dat goede resultaten zullen worden afgeroomd om de reserves te vullen.³¹ Pensioenen gaan wat individueler ogen, maar zeker bij bedrijfstakpensioenen blijven veel collectieve elementen (verplicht) behouden.

De komende jaren moet een aantal belangrijke kwesties worden geregeld. Zo hebben veel (oud-)werknemers aanspraken en rechten opgebouwd in de vorm van een bedrag dat een bepaald percentage van hun loon vertegenwoordigt. Om te voorkomen dat een pensioenfonds zowel de oude regeling als de nieuwe op dezelfde werknemers moet gaan toepassen, mogen zij de onder het oude stelsel opgebouwde aanspraken en rechten 'omkatten' naar een pensioen onder de premie-overeenkomst. Dat wordt ook wel het *invaren* van het opgebouwde pensioen genoemd. Dat daartoe wordt overgegaan, is het *uitgangspunt* van de Wtp. Invaren is de *default position* om het zo maar eens te noemen. De Wtp geeft wel kaders en richtsnoeren daarvoor, maar bepaalt niet precies hoe dat invaren moet worden gedaan; het is de bedoeling dat dat een *iteratief* proces is, waarbij het primaat ligt bij de sociale partners, maar ook de uitvoerder – het pensioenfonds –

een controlerende taak toekomt. Uiteindelijk is het doel dat de uitkomst voor alle stakeholders 'overall' evenwichtig is, maar daarvan kan ook sprake zijn als het invaren voor sommige groepen een zeker nadeel oplevert.

En waar nadeel dreigt, dreigen procedures. Daar waar sommigen belang kunnen hebben bij *invaren*, kan dat voor andere groepen juist weer nadelig zijn en denkbaar is dus zelfs dat verschillende groepen (oud)werknemers en gepensioneerden tegenover elkaar komen te staan. En wat te denken van de situatie waarin de sociale partners willen dat er wordt ingevaren, maar het pensioenfonds dat weigert omdat het een andere analyse maakt van de evenwichtigheid? En dan is er nog de vraag of bepaalde (leeftijds)groepen recht hebben op compensatie omdat de overgang van een zogeheten doorsneepremie naar een leeftijdsafhankelijke premie voor hen een 'onevenredig nadeel' oplevert, en hoever moet die compensatie dan gaan?³² De Raad voor de rechtspraak vreest voor een flink aantal procedures. Hij verwijst naar de bijna 25.000 zaken die voortvloeiden uit de perikelen rond Dexia-beleggingsproducten, voor een deel ook bestemd voor pensioen.³³ Die vrees lijkt ons compleet terecht; voor pensioenrecht-

Die vrees lijkt ons compleet terecht; voor pensioenrechtadvocaten liggen gouden tijden in het verschiet, voor de rechtspraak overbelasting

advocaten liggen gouden tijden in het verschiet, voor de rechtspraak overbelasting. Ook is het afwachten hoe politiek, sociale partners en pensioenfondsden zullen omgaan met de grotere flexibiliteit in de wettelijke kaders. Gaan zij onder druk van de achterban hogere beleggingsrendementen verjubelen nu dekkingsgraden en rekenrente geen harde eisen meer zijn? Of worden ze juist extreem voorzichtig? Voor alle duidelijkheid: de wet voorziet uiteraard in toezicht van onder meer De Nederlandsche Bank en stelt serieuze eisen aan het beleggingsbeleid.

Het nieuwe pensioenstelsel is nog (lang) niet af, maar het is op de keper beschouwd goed om te zien dat polderen nog steeds tot resultaten kan leiden en niet alle noodzakelijke hervormingen vastlopen in die soms blub-

22. CRvB 1 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1180, ECLI:NL:CRVB:2022:1316, ECLI:NL:CRVB:2022:1317 en ECLI:NL:CRVB:2022:1318. Zie USZ 2022/201 en TRA 2022/62.
23. Zie HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1575 en 1576.
24. Zie over dit probleem en andere B. Barentsen & E.W. de Groot, 'De ontknoping: (semi-)diepslapers, verlate slapers en

de compensatieregeling. Is dit wat de wetgever voor ogen stond?', TRA 2023/40. Zie verder A.R. Houweling, 'Slapende dienstverbanden na Xella 2.0: wide awake or still sleeping?', TAP 2022/267.
25. Vgl. Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 444.
26. pensioenpro.nl/pensioenpro/30059512/tegenstanders-pensioenwet-op-weg-naar-meerderheid-in-tweede-kamer.
27. En die korting werd niet onrechtmatig

geacht: Rb. Amsterdam 06-07-2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4296.
28. Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, 1.2, onder 1.
29. Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, p. 5.
30. M. Heemskerk, *Van pensioen crisis tot pensioen(re)volutie* (oratie Nijmegen), Den Haag: Bju 2013, p. 10.
31. Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3, onder 3.3.4.

32. D.L. Kok, 'Compensatie voor de afschaffing van de doorsneestystematiek in de Wtp', TPV 2023/19.
33. Advies Raad voor de Rechtspraak Wet toekomst pensioenen d.d. 21 oktober 2021, bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 5, p. 5-7.

berige polder. De komende jaren gaan leren of het lukt om zonder al te veel procedures te komen tot een evenwichtige en solidaire omzetting van oude pensioenen in nieuwe en of het nieuwe systeem daadwerkelijk toekomstbestendiger is.

4. De kwalificatievraag

Ook in dit kroniekjaar was er veel aandacht voor de kwalificatievraag: verricht een werker de werkzaamheden op basis van een arbeidsovereenkomst, of niet? Dat is een in veel gevallen lastig te beantwoorden vraag en de fiscus blijft voorlopig terughoudend met de handhaving van de premieplicht die op arbeid in loondienst rust. Alleen bij kwaadwillendheid zullen premies met terugwerkende kracht worden geïnd en boetes worden opgelegd. Het plan is om de handhaving de komende jaren stapsgewijs te intensiveren, zoals dat in *the Hague speak* heet.³⁴

Dat verdere uitstel valt voor een deel toe te schrijven aan de uitspraak van de Hoge Raad in de *Deliveroo*-zaak.³⁵ Daarin oordeelde de Hoge Raad dat vrije vervangbaarheid – de werker mag zich laten vervangen en heeft dus geen strikt persoonlijke arbeidsverplichting – niet per definitie in de weg hoeft te staan aan een arbeidsovereenkomst. Laat die vervangbaarheid in een groot aantal modelovereenkomsten van de Belastingdienst nu een van de kernelementen zijn van een opdrachtovereenkomst. En mogelijk ook in de webmodule die het onderscheid duidelijker moet maken voor partijen die een arbeidsrelatie met elkaar willen aangaan.

In eerdere afleveringen van deze Kroniek hebben wij al onze twijfel uitgesproken over het nut van de modelovereenkomst en andere *fancy* fiscale hulpmiddelen, omdat het antwoord op de kwalificatievraag zich lastig in een keurslijf van harde criteria of vuistregels laat dwingen. Het *Deliveroo*-arrest bevestigt dat; want de Hoge Raad onderschrijft daarin dat die vraag een brede blik voor de omstandigheden van het geval vergt. Wij lezen de uitspraak zo, dat de Hoge Raad in *Deliveroo* de kwalificatieboel niet op zijn kop heeft willen zetten. In de eerste plaats omdat de Hoge Raad overweegt dat het niet het moment is voor de rechter om met nieuwe criteria te komen, omdat de nationale en de Europese wetgever druk doende zijn om regels te ontwikkelen voor de definitie van de (platform)arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad wil de wetgever niet voor de voeten lopen door een fundamenteel nieuwe benadering te kiezen. De A-G had daarvoor nog wel een lans gebroken in haar conclusie, net als in haar eerdere conclusie in de *Plaatsingsovereenkomst*-zaak uit 2020.³⁶ Te ongenueanceerd samengevat pleitte die voor vervanging van het 'ouderwetse' gezagscriterium door het inbeddingscriterium, waarbij inbedding van de werkzaamheden tot de conclusie leidt dat er sprake is van gezag. Ook de Minister van SZW speelt met die gedachte, overigens, waarbij zowel klassiek gezag als inbedding tot een arbeidsovereenkomst kunnen leiden.³⁷ Wanneer de werkzaamheden van de werker zijn ingekapseld in de organisatie van de werkgever, wat doorgaans het geval is als het om kernactiviteiten van de werkgever gaat, dan is dat een belangrijke aanwijzing voor een gezagsverhouding.

De Hoge Raad wil daar (nu nog) niet aan. Zoals ook blijkt uit zijn verwijzingen naar allerlei eerdere recht-

spraak, zijn inbedding en organisatorisch gezag eigenlijk ook niet zo nieuw. Hét voorbeeld van dat laatste is het *Imam*-arrest, over een voorganger van een moskee die inhoudelijk vrij was om te preken wat hij wilde en daarbij niet hoefde te luisteren naar het bestuur van de moskee. Wel diende hij zich aan organisatorische voorschriften over vakantie en ziekte te houden en was hem een aantal taken (zoals ziekenbezoek) opgedragen.³⁸ Dat zorgde ervoor dat er toch een gezagsverhouding was, wegens *formeel* gezag. Een oud voorbeeld van inbedding is dat van mevrouw Queijssen. Zij werkte thuis, maar verrichtte werkzaamheden die ook op de vestiging van de werkgever werden verricht en zij moest zich houden aan de door de werkgever gestelde deadlines en productspecificaties.³⁹ De verwijzing door de Hoge Raad naar (soms heel) oude rechtspraak, bevestigt dat de definitiebepaling van de arbeidsovereenkomst uit 1907 weliswaar oud is, maar niet versleten. Hoewel platforms, apps en algoritmes nog redelijk nieuw zijn, is de huidige definitie van de arbeidsovereenkomst in staat om ook hen te 'vangen', als het werken via die moderne middelen aan de essentialia van de definitiebepaling voldoet. Juridisch is er dus wat minder nieuws onder de zon, dan wellicht op het eerste gezicht lijkt.

Wél overweegt de Raad dat ook inbedding van de werkende relevant kan zijn. Het gaat dus niet alleen om de vraag of het werk (als *core business*) in de organisatie van de werkgever is ingebed. Maar ook om de vraag of de werker zelf is ingebed. Dat geeft tegelijkertijd ook mogelijkheden om over te gaan tot wat we hier maar even 'actieve ontbedding' zullen noemen. De werkverschaffer kan ervoor zorgen dat de werker juist niet organisatorisch is ingebed, door hem geen kerstpakket te sturen, niet te uitnodigen voor het personeelsfeest, geen toegang te verlenen tot de bedrijfskantine en geen support van de afdeling HR te bieden. Zo biedt het gezichtspunt van de inbedding van de werker ruimte voor sturing, weg van de arbeidsovereenkomst. Daarvoor is dan wel vereist dat er niet alleen op papier van die arbeidsovereenkomst wordt weggestuurd, in de praktijk moet daaraan ook wel echt uitvoering worden gegeven. De Hoge Raad benadrukt dat door erop te wijzen dat het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding bij de beantwoording van de vraag of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst kwalificeert, mede afhangt van de mate waarin dat beding daadwerkelijk betekenis heeft voor de partij die de werkzaamheden verricht.⁴⁰ Wezen gaat voor schijn, nog steeds.

Dát de Hoge Raad oordeelt dat het oude kader gewoon kan worden toegepast op nieuwe gevallen klinkt misschien niet spannend, maar dat is het wel. De EU-plannen tenderen juist in de richting van bijzondere regels, onder meer rechtsvermoedens van werkgeverschap.⁴¹ Zeker rechtsvermoedens kunnen heel wel in de door de Hoge Raad voorgestane holistische benadering worden ingepast, maar ten gronde lijkt de Hoge Raad toch genuanceerder tegen platformwerk aan te kijken dan dat zulk werk over één kam moet worden geschoren. De Hoge Raad blijft in het spoor van maatwerk; in plaats van *hard and fast rules*, of de door A-G De Bock aangedragen vuistregel. Bij de kwalificatie van een overeenkomst moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken en is,

De Hoge Raad blijft in het spoor van maatwerk; in plaats van *hard and fast rules*, of de door A-G De Bock aangedragen vuistregel

bijvoorbeeld de aan- of afwezigheid van inbedding op zichzelf niet doorslaggevend. Dat zou zo maar kunnen betekenen dat de kwalificatievraag bij andere platformwerkers anders wordt beantwoord dan bij Deliveroo. Het komt immers aan op een precieze weging van alle relevante feiten.

Met dit alles willen we ook weer niet zeggen dat er helemaal niets nieuws gebeurd is. De Hoge Raad legt wel degelijk een aantal nieuwe accenten binnen het bestaande toetsingskader.⁴² Wat de vrije vervangbaarheid betreft, hebben we de indruk dat die wel heel erg samenhangt met de bijzonderheden van het voorliggende platformgeval. Vervangers van maaltijdbezorgers werden immers via dezelfde app, op de telefoon van de gecontracteerde bezorger aangestuurd. Verder leek er van de vrije vervangbaarheid feitelijk weinig gebruik te worden gemaakt. De Hoge Raad benadrukt dat en schrijft de zaak op dit punt heel duidelijk toe naar de specifieke omstandigheden van het geval. In r.o. 3.2.4 en 3.2.5 wijst de Raad – in navolging van het Amsterdamse hof – op een aantal bijzonderheden van de voorliggende casus, onder meer dat het om zeer eenvoudige werkzaamheden ging en dat bezorgers zich wel eens maar niet nagenoeg permanent lieten vervangen. Zeker als er op grote schaal gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid van vervanging – en helemaal wanneer de werker die vervangbaarheid tot een bedrijfsmodel verheft, door verschillende vervangers voor zich te laten werken, terwijl hij zelf op de bank zit – staat dat vermoedelijk nog steeds aan een arbeidsovereenkomst in de weg. Het uitgangspunt van artikel 7:610 BW blijft dat de werknemer de arbeid persoonlijk verricht.

Afgezien van de inbedding van het werk en de werkende, het klassieke gezag en de (al dan niet) bestaande vervangbaarheid, somt de Hoge Raad in zijn uitspraak nog een flink aantal andere omstandigheden op die relevant zijn bij de beantwoording van de kwalificatievraag. Ook van belang is het antwoord op de vraag wie er heeft geïnvesteerd in de bedrijfsmiddelen, waar het ondernemersrisico ligt, wie het tarief voor de werkzaamheden bepaalt, of er exclusief voor de werkverschaffer wordt of moet worden gewerkt en of de werker actief andere opdrachten

mag werven (reclame) en dat ook doet. De door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten zorgen voor inkleuring van het antwoord op de vraag of werkzaamheden als arbeid, betalingen als loon en aanwijzingen als gezag in de zin van artikel 7:610 BW kwalificeren. Naarmate de werkende ondernemersachtiger is, ligt een negatief antwoord meer voor de hand. Het opmerkelijke van dit alles is ook dat het antwoord op de vraag of de verhouding tussen twee partijen een arbeidsovereenkomst is, mede wordt bepaald door de manier waarop de werkkraacht zich tegenover andere partijen opstelt, namelijk als zelfstandig ondernemer of niet.⁴³ Aan de andere kant sluit dat ook wel weer aan bij het *Haviltex*-criterium, op grond waarvan de maatschappelijke positie van partijen relevant is voor de uitleg van de overeenkomst. En dat criterium moet de rechter toepassen in de eerste fase van de kwalificatiediscussie, bij de beoordeling welke rechten en verplichtingen partijen met elkaar zijn overeengekomen. Als dat eenmaal is gebeurd, worden die rechten en verplichtingen – in de volgende fase – ‘gekwaliceerd’. Die twee-fasen benadering, die we al kennen uit het arrest in de zaak omtrent de Plaatsingsovereenkomsten, wordt door de Hoge Raad in de *Deliveroo*-uitspraak opnieuw vooropgesteld.⁴⁴ Wanneer bij de uitleg van hetgeen partijen hebben afgesproken – eerste fase – de maatschappelijke positie van partijen betrokken moet worden, ligt het voor de hand dat in de tweede fase ook een rol speelt hoe de werker zich in het maatschappelijk verkeer verder gedraagt. De beide fases lopen, zoals Houweling & Verhulp terecht opmerken, in zekere mate in elkaar over en kunnen niet geheel van elkaar gescheiden worden.⁴⁵ Het is een vloeiende overgang.

Verder viel ons op dat de Hoge Raad de door hem opgesomde gezichtspunten niet heeft gerubriceerd per wettelijk vereiste van artikel 7:610 BW (arbeid, loon en gezag). Dat benadrukt de ‘holistische’ aard van de weging; een beetje meer van het ene aspect (arbeid in de zin van artikel 7:610 BW) kan een beetje minder van het andere ‘essentialium’ (gezag in de zin van artikel 7:610 BW) compenseren. Niet iedere arbeidsovereenkomst heeft evenveel van alle ingrediënten in zich. Heel veel arbeid en loon in de zin van artikel 7:610 BW, kan wat minder gezag compenseren. Bovendien is het bij sommige gezichtspunten ook lastig en geforceerd om ze in een van die wettelijke hokjes te proppen; wanneer de werkverschaffer eenzijdig de wijze en hoogte van betaling bepaalt, hoeft men dat niet aspect niet noodzakelijkerwijs te plaatsen in de sleutel van de factor loon, men kan het ook zien als aanwijzing voor het bestaan van gezag in de zin van die bepaling als de werkverschaffer dit soort aspecten eenzijdig oplegt.

Inmiddels heeft een aantal auteurs gewezen op het probleem van de *herkwalificatie* van de arbeidsovereen-

34. Zie Belastingdienst, *Handhavingsplan arbeidsrelaties 2023*, te vinden op download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/handhavingsplan-arbeidsrelaties-lh0021z2fd.pdf.

35. HR 24 maart 2023,

ECLI:NL:HR:2023:443, JAR 2023/107.

36. Zie de conclusie voor het arrest, onder 8 (ECLI:NL:PHR:2022:578).

37. Zie de Voortgangsbrief van 3 april 2023.

38. HR 17 juni 1994,

ECLI:NL:HR:1994:ZC1397, JAR 1994/152.

39. HR 17 november 1978,

ECLI:NL:HR:1978:AC6931, NJ 1979/140.

40. R.o. 3.2.5, laatste volzin.

41. Voorstel voor een Richtlijn van de het Europees Parlement en de Raad betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk, COM/2021/762. Zie in het bijzonder art. 4 van de Richtlijn.

42. Zie r.o. 3.2.5 van het arrest.

43. Zie ook: J.M. van Slooten, *Ondernemingsrecht* 2023/50, onder 3.7.

44. R.o. 3.2.3 en 3.2.4.

45. A.R. Houweling, ‘Kwalificeren na *Deliveroo*’, *ArA* 2023, 20, 2; E. Verhulp in zijn noot onder *NJ* 2021/116, onder 4.

komst.⁴⁶ Nu bestaat herkwalificatie eigenlijk niet, het is gewoon kwalificeren van een arbeidsrelatie. Het her-element ziet erop dat partijen aanvankelijk op een andere basis dachten te werken, bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht. Alleen denkt de rechter daar later anders over. Zeker als de EU of de nationale wetgever met nieuwe criteria zou komen, is het denkbaar dat arbeidsverhoudingen die voorheen als opdrachtovereenkomst door het leven gingen alsnog als arbeidsovereenkomst moeten worden gezien. Het valt bijvoorbeeld niet uit te sluiten dat een flink aantal 'zorgondernemers' die nagenoeg voltijds werkzaam zijn voor een zorginstelling (waar ze soms ook eerder in dienst waren) eigenlijk werknemers zijn, nu al. Dat kan zich ook in het onderwijs voordoen. In het bijzonder wanneer in navolging van *Deliveroo* de nadruk wordt gelegd op het verrichten van een kernactiviteit, inbedding en het ontbreken van reëel ondernemerschap. Per welke datum gaat het werknemerschap dan in? Hoe zit het met pensioenpremies, hoe met niet-betaalde vakantiedagen? Moet de werknemer geld terugbetalen omdat hij als zzp'er meer betaald heeft gekregen dan de standaard-cao toestaat, of kan dat verrekend worden met die vakanties?

Wellicht is een juister uitgangspunt dat het zzp-tarief naar zijn aard moet worden gezien als *all-in* afspraak

Moet een hoog zzp-uurtarief worden omgezet naar een normaal loonbedrag (vgl. artikel 7:618 BW), omdat het overeengekomen tarief moet worden 'weggedacht', bijvoorbeeld omdat beide partijen hebben gedwaald omtrent de status van de werkrelatie en het ervoor gehouden mag worden dat als zij de (achteraf) juiste status voor ogen hadden gehad, dat tarief nimmer hadden afgesproken? Of mag er in elk geval van worden uitgegaan dat het uurtarief geacht mag worden een opslag voor vakantie, pensioen en ziekte- en werkloosheidsrisico's te omvatten? Zodat het uurtarief van de opdrachtnemer met terugwerkende kracht converteert naar een arbeidsrechtelijk *all-in* loon? De tendens in de rechtspraak tot nu toe lijkt om vast te houden aan het zzp-tarief als basisloon, wat dus betekent dat de werkgever over dat bedrag premies moet gaan afdragen en vakantieloon moet gaan berekenen. Het is maar zeer de vraag of dat (steeds) een juiste benadering is. Zeker als het de werkkracht is die een werkgever die met schreeuwende personeelstekorten kampt een zzp-constructie door de neus trekt: 'als ik niet als zzp'er voor € 200 per uur mag komen, dan kom ik gewoon niet'. Ook in het arbeidsrecht is afspraak afspraak, maar niet altijd kan zonder meer simpelweg het zzp-tarief worden overgenomen als loon als blijkt dat er een arbeidsovereenkomst aanwezig is. Wellicht is een juister uitgangspunt dat het zzp-tarief naar zijn aard moet worden gezien als *all-in* afspraak; de opdrachtnemer weet immers bij het aangaan

van de overeenkomst dat hij alles uit die *fee* moet bekostigen; zijn vakantie, zijn bedrijfsmiddelen, zijn ziekteuitval en ook de opdrachtgever ging daarvan uit. Dat was wat beide partijen voor ogen stond.

We willen hier overigens nog wel opmerken dat leerkrachten en zorgverleners die zich voor een hoog tarief laten inhuren om feitelijk hetzelfde werk te gaan doen als werknemers niet zomaar als geldbeluste *bounty hunters* moeten worden weggezet. Hun werk is dan wel ingebed in de organisatie van de werkgever, en zij zelf misschien ook wel, maar velen onder hen kiezen voor het zzp-schap of de zzp-constructie om meer regie te krijgen over hun inroosting en om aan allerlei administratieve rompslomp te ontkomen. Voordat zorg- en onderwijswerkgevers hen weg mogen zetten als profiteurs met nep zzp-contracten, moeten die ook wel bij zichzelf te rade gaan. Ligt het niet op zijn minst een beetje aan hen dat ze zo moeilijk personeel in loondienst krijgen?

Verhulp wijst op het probleem van ontbrekend overgangsrecht. Hij pleit ervoor om de terugwerkende kracht van een herkwalificatie te beperken tot 24 maart 2023, de dag van het *Deliveroo*-arrest. Alleen al omdat die uitspraak eigenlijk geen revolutionair nieuw criterium brengt, maar sterk wortelt in het voordien geldende recht, is dat wat problematisch. Als je al zou aannemen dat inbedding een nieuw criterium is, dan is het dus in concrete gevallen steeds de vraag of dat 'nieuwe' element doorslaggevend is geweest, of dat een aantal vertrouwde gezichtspunten de doorslag heeft gegeven. Maar het door Verhulp signaleerde probleem zien we wel, met name wanneer beide partijen te goeder trouw zijn uitgegaan van de veronderstelling dat er geen arbeidsovereenkomst was. Mocht het ooit tot wetsvoorstellen komen, dan verdient overgangsrecht dus zeker aandacht. Wat premies en belastingen betreft, wordt er als gezegd alleen met terugwerkende kracht gehandhaafd als er sprake is van kwaadwillendheid. Nabetaling en boetes zijn voorlopig niet aan de orde. Zo'n beperking geldt echter weer niet voor pensioenfondsen.

5. Grensoverschrijdend gedrag: de *Handreiking van Hamer*

Begin 2022 benoemde de regering Mariëtte Hamer tot regeringscommissaris seksueel grensoverschrijdend gedrag en seksueel geweld, mede naar aanleiding van een stortvloed aan onfrisse incidenten die in de maanden daarvoor boven waren komen drijven. Uiteenlopend van hetgeen zich achter de schermen van het gezellige familieprogramma *The Voice* had voorgedaan tot aan de zelfportretten die een lid van de Ajax-directie aan allerlei vrouwelijke collega's had gestuurd. Hamers functie werd in het leven geroepen om '*meer te doen aan bewustwording en een veilige cultuur*'. Er zou een *doorbraak* moeten worden *geforceerd* ten aanzien van dit '*pijnlijke en hardnekkige probleem*'.⁴⁷ De urgentie van zo'n doorbraak is er het afgelopen jaar nou niet bepaald minder op geworden. Vooral in de onderwijssector stapelden de schandalen en schandaaltjes zich op. Van de voormalige Nijmeegse rector magnificus die opeens alsnog vervroegd moest vertrekken toen de media lucht kregen van een misstap uit het verleden, via de gerenommeerde Leidse sterrenkundige die niet meer welkom was op de universiteitsburelen toen

diezelfde media over zijn jarenlange grensoverschrijdende gedrag begonnen te berichten, tot een aantal docenten van het Amsterdamse conservatorium die ontslagen werden wegens seksueel grensoverschrijdend gedrag en de hoogleraar klinische psychologie van de Universiteit Utrecht die collega's meevroeg naar zijn kamer omdat hij hen 'alleen even wilde ruiken'; het was niet om vrolijk van te worden. De gemene deler van de meeste van die kwesties was overigens – toegegeven: van een afstandje beschouwd – de niet steeds even doortastende wijze waarop er door het management van de betreffende instellingen mee was omgegaan.⁴⁶ Er lijkt op veel plekken lang veel met de mantel der liefde te zijn bedekt, zeker waar het vooraanstaande wetenschappers en kunstenaars betreft. Vermoedelijk in de hoop dat kwesties overwaaien en de instelling geen reputatieschade lijdt. Een strategie die vaak mislukt; gaat de deksel jaren later alsnog van de put, dan stinkt het alleen maar des te meer.

Hamer en haar team zijn wel voortvarend aan de slag gegaan en in mei 2023 verscheen al het eerste tastbare resultaat van hun werk. De regeringscommissaris publiceerde toen een *prototype Handreiking Meldingen van seksueel grensoverschrijdend gedrag op de werkvloer*.⁴⁷ Dat document van maar liefst 70 pagina's beoogt 'organisaties houvast te bieden bij het oppakken van meldingen van seksueel grensoverschrijdend gedrag'. Het stuk bevat, onderverdeeld in vier fases, aanbevelingen om te komen tot een *procedureel* goede afwikkeling van klachten. Die aanbevelingen zijn deels zonder meer nuttig, zeker voor partijen – zoals kleine werkgevers – die niet regelmatig met deze problematiek te maken hebben. Zo kunnen wij bijvoorbeeld het advies in fase 0 om 'voorbereid te zijn' op een melding, zodat de werkgever weet wat te doen wanneer een klacht eenmaal binnenkomt, onderschrijven. Liggen een gedragscode en een meldingenprotocol klaar, dan voorkomt dat paniekvoetbal en onbesuisd handelen. Tegelijkertijd is wel de vraag of de *Handreiking* niet enigszins doorschiet, waar het de procedurele waarborgen betreft waaraan werkgevers moeten voldoen. Zo introduceert de *Handreiking* een 'beslistafel'. Dat is een gremium dat een werkgever in het leven zou moeten roepen om over de afhandeling van een klacht te beslissen, met daarin naast de beslisser ook een deskundige adviseur én een onafhankelijke deelnemer, die als 'buitenstaander kritisch meekijkt'. Zelfs bij lichtere vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag wordt het optuigen van dit overleg-gremium geadviseerd, om zo tot 'betere besluiten' te kunnen komen.⁵⁰ Het is de vraag of het gemiddelde MKB-bedrijf aan dit soort eisen kan voldoen, en het is ook de vraag of het nodig is. Mag een bakker zijn knecht niet meteen op staande voet ontslaan als hij ziet dat hij de ver-

Over wat een zorgvuldige procedure behelst is het makkelijker *common ground* te vinden dan over wat wel en niet passende omgangsvormen zijn

koopster betast? Moet daarvoor eerst een beslistafel worden opgetuigd met, naast de bakker als beslisser, een onafhankelijke duurbetaalde gedragsdeskundige en een arbeidsrechtadvocaat? Zorgvuldigheid moet niet doorslaan naar onnodige, kostbare, bureaucratie.

Dat raakt aan een breder en fundamenteeler kritiekpunt. En dat is dat Hamer met haar *Handreiking* vooralsnog alleen maar inzet op procedures.⁵¹ Het *materiële* debat over wat wel en niet aanvaardbaar is op de werkvloer wordt niet gevoerd. *Nog* niet, hopen wij dan maar. Want goede procedures zijn geen substituut voor inhoudelijke normstelling over grensoverschrijdend gedrag. Dat materiële debat is lastiger te voeren. Over wat een zorgvuldige procedure behelst, is het makkelijker *common ground* te vinden, dan over wat wel en niet passende omgangsvormen zijn. Dat geldt des te sterker nu datgene wat in de ene omgeving aanvaardbaar wordt geacht, wellicht in andere omgevingen juist als grensoverschrijdend wordt gezien. Maakt dat, dat het ondoenlijk is om hier tot uniforme (basis)gedragsregels te komen?

Lastig is het, maar ondoenlijk is het niet. En belangrijker nog: het raakt wel de kern van de taak waarvoor de regeringscommissaris is benoemd. Als de schandalen die de afgelopen jaren voorbij zijn gekomen iets aantonen, dan is het dat klaarblijkelijk lang niet iedereen voldoende helder op het netvlies heeft staan wat wel past, en wat niet. Uit recent onderzoek van I&O-research, in opdracht van de Ministers van OCW en SZW, blijkt bovendien dat maar liefst 48% van de ondervraagden twijfelt over de vraag of bepaalde niet-fysieke handelingen zoals staren, ongewenste seksueel-getinte of flirterige grappen, überhaupt grensoverschrijdend zijn.⁵² Die helderheid moet dus klaarblijkelijk worden gecreëerd.

Er zijn genoeg bronnen om uit te putten bij een gesprek over normstelling op dit terrein. Veel grote bedrijven en overheidsinstellingen hebben codes ontwikkeld met regels en uitgangspunten ten aanzien van aanvaardbaar gedrag op de werkvloer. Die codes bieden, zo is onze ervaring, veel duidelijkheid en houvast in de praktijk. Ook

46. G.C. Boot, 'De gevolgen van de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst', *NJB* 2023/2044, afl. 28; E. Verhulp, 'Werknemer met terugwerkende kracht?', *TRA* 2023/51; K. Janssens, 'Hernieuwde kwalificatie: van opdracht- naar arbeidsovereenkomst en vice versa?', *TAC* 2023/2.

47. rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/02/08/kabinet-versterkt-aanpak-seksueel-

grensoverschrijdend-gedrag-en-seksueel-geweld-met-regeringscommissaris.

48. nos.nl/artikel/2492053-rector-radboud-weg-na-seksueel-grensoverschrijdende-opmerkingen; mareonline.nl/achtergrond/wanneer-mag-je-eeen-hoogleraar-de-laan-uit-sturen/; ad.nl/binnenland/seksuele-appjes-en-ongewenste-aanrakingen-drie-docenten-weg-bij-conservatorium-van-

amsterdam--abb877cd/ ad.nl/binnenland/hoe-hoogleraar-h-20-jaar-lang-zijn-gang-ging-ga-je-mee-naar-mijn-kamer-ik-wil-je-alleen-even-ruiken--a3e440c2/.

49. rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2023/05/17/handreiking-meldingen-van-seksueel-grensoverschrijdend-gedrag-op-de-werkvloer.

50. *Handreiking*, p. 19.

51. Zie ook M. Govaert & S.F. Sagel, 'Mariette Hamer, we zouden toch strenger zijn?', *FD* 16 juni 2023.

52. Beleidsreactie publieksmonitor & laatste stand van zaken Nationaal Actieprogramma Aanpak seksueel grensoverschrijdend gedrag en seksueel geweld, d.d. 17 mei 2023, ref. 38461563.

het voornoemde onderzoek van I&O-research geeft interessante inzichten in hetgeen maatschappelijk gezien als grensoverschrijdend gedrag wordt ervaren; er blijken allerlei vormen van gedrag te zijn die een aanzienlijke meerderheid van de respondenten als zodanig percipieert. Daarnaast zou een grondige analyse van de lagere rechtspraak aanknopingspunten kunnen bieden omtrent hetgeen wel en niet acceptabel is en welke factoren en gezichtspunten daarbij van gewicht zijn; want uiteindelijk is het ook hier de rechter die de knoop doorhakt. Wij bepleiten zeker niet dat Hamer op basis daarvan komt met een op Amerikaanse leest geschoeide set aan rigide regels waarbij tot op detailniveau is geregeld dat het grensoverschrijdend is als werknemers elkaar langer dan vijf seconden aankijken, zoals naar het schijnt een aantal jaren geleden bij Netflix werd ingevoerd.⁵³ Maar het zou wel mogelijk moeten zijn om uit alle voornoemde bronnen – en een fundamentele discussie daarover – een aantal basis- of vuistregels te distilleren ten aanzien van wat wel en niet aanvaardbaar is op het werk en welke factoren bepalend zijn voor de zwaarte van het te maken verwijt. Een aantal jaren geleden deed A-G Langemeijer al eens een kleine voorzet voor zulke normstelling, in de marges van een conclusie in een ontslag op staande voet-zaak.⁵⁴ Dat het uiteindelijk steeds maatwerk zal zijn om te beoordelen wat in een concreet geval de grens over gaat en wat niet, en dat de omstandigheden van het geval daarbij van gewicht zijn, laat onverlet dat uitgangspunten en hoofdregels best te formuleren zijn. Aan die duidelijkheid bestaat, wanneer men het grote aantal schandalen en incidenten in ogenschouw neemt waaraan Hamer haar huidige baan te danken heeft, klaarblijkelijk echt wel behoefte. En het is ons dan toch wel iets te weinig doortastend om te zeggen – zoals Hamer dat eerder dit jaar in een interview deed – dat daargelaten vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag die onder het strafrecht vallen, niet aan normstelling gedaan kan worden, omdat de vraag hoe 'erg' of 'ingrijpend' zulke niet-strafrechtelijk gesanctioneerde gedragingen zijn, 'te maken heeft met de eigen beleving'.⁵⁵

Te weinig doortastend zijn in elk geval ook de maatregelen die in de *Handreiking* worden opgesomd, voor het geval dat eenmaal vaststaat dat grensoverschrijdend gedrag is vertoond. Er worden er vijf genoemd; een informeel gesprek, bemiddeling, een correctief gesprek, mediation of een groepsgesprek.⁵⁶ Wij zijn zeker niet van de stroming dat bij iedere vorm van grensoverschrijdend gedrag slechts ontslag op staande voet gewettigd is. Goed werkgeverschap noopt ook hier tot maatwerk, aan de hand van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Maar dat de *Handreiking* niet verder komt dan een correctief gesprek als zwaarste maatregel, dat geeft echt een verkeerd signaal af. Hoezeer in de *Handreiking* ook wordt benadrukt dat deze niet rechtens bindend is, demotie, overplaatsing en inderdaad – ontslag – behoren ook te

worden genoemd in dit kader. Als slachtoffers van grensoverschrijdend gedrag weten, althans bij hen de indruk wordt gewekt, dat het maximale waarop de dader hoeft te rekenen, een 'stevig gesprek' is, waarna diezelfde dader terugkeert op de werkplek, zal dat hun behoefte om te melden niet vergroten. Het vooruitzicht dat van het slachtoffer deelname aan mediation wordt verwacht, evenmin. Dat geldt nog eens te meer wanneer de dader, zoals zo vaak, een leidinggevende is. En ook werkgevers worden op het verkeerde been gezet en ontmoedigd om doortastend te zijn, wanneer in de code de zwaarste maatregelen die de arbeidsrechtelijke gereedschapskist kent, niet eens worden genoemd. Wellicht is dit een bewuste strategie van Hamer en haar team, om te voorkomen dat werkgevers in het huidige tijdsgewricht, bij grensoverschrijdend gedrag, te snel naar te zware middelen grijpen. Maar zelfs als dat een bewuste strategie zou zijn, is het een verkeerde strategie want bij ernstige vormen van grensoverschrijdend gedrag is juist ontslag wel degelijk aangewezen, in het belang van het slachtoffer, maar ook in het belang van de veiligheid op de werkvloer in het algemeen. Dat zou werkgevers die de code ter hand nemen ook duidelijk moeten worden gemaakt. Meer fermheid zou ook in lijn zijn met wat klaarblijkelijk maatschappelijk gezien wordt voorgestaan. Uit het genoemde I&O-onderzoek blijkt dat zeven op de tien Nederlanders vinden dat er harder moet worden opgetreden tegen seksueel grensoverschrijdend gedrag. Ook tegen de achtergrond van dat maatschappelijke sentiment bezien, is de *Handreiking* vooralsnog een beetje een te slap *formeel* handje, in plaats van een ferme *inhoudelijke* handdruk, op weg naar het aanpakken van een groot maatschappelijk groot probleem. Er is nog veel werk te doen op dit terrein. In dat kader is ook nog vermeldenswaardig dat er inmiddels een wetsvoorstel ligt dat beoogt om een vertrouwenspersoon verplicht te stellen ten aanzien van ongewenste omgangsvormen op het werk. Dat wetsvoorstel, door de Tweede Kamer aangenomen in mei 2023, brengt mee dat dat bedrijven die onder de reikwijdte vallen – hele kleine werkgevers met minder dan 10 werknemers zijn uitgezonderd – verplicht één of meer vertrouwenspersonen ongewenste omgangsvormen moeten aanwijzen. De hoofdtaken van die vertrouwenspersoon zijn i) het ondersteunen van de werknemers (supportfunctie); ii) het signaleren van knelpunten in het beleid (signaleringsfunctie); en iii) het geven van voorlichting en advies (voorlichtingsfunctie). Geen slechte ontwikkeling wat ons betreft, alle beetjes helpen.⁵⁷

6. Ontslagrecht

Op het terrein van het ontslagrecht deed de Hoge Raad het afgelopen Kroniek-jaar geen daadwerkelijk revolutionaire uitspraken. Dat gezegd zijnde, is er wel degelijk het een en ander te melden. Allereerst een uitspraak over het ontslag op staande voet van 30 juni 2023, met interessan-

De *Handreiking* is vooralsnog een beetje een te slap *formeel* handje, in plaats van een ferme *inhoudelijke* handdruk, op weg naar het aanpakken van een groot maatschappelijk probleem

te beslissingen over twee van de wettelijke eisen voor zo'n ontslag; de mededelingseis en de eis van het bestaan van een dringende reden, vooral in verhouding tot aan het ontslag voorafgaand onderzoek.⁵⁸

6.1. Ontslag op staande voet

Mededeling...

De zaak draaide om het ontslag op staande voet van een CEO van een handelsbedrijf, die was ontslagen wegens een ware waslijst aan gronden. Het Hof Amsterdam had het ontslag niet rechtsgeldig geacht, in de eerste plaats omdat niet voldaan zou zijn aan de zogeheten mededelingseis die blijktens artikel 7:677 lid 1 BW bij zo een ontslag geldt. Die eis behelst dat de opzeggende partij bij, althans onverwijld na, het geven van het ontslag de daaraan ten grondslag liggende reden(en) moet opgeven. De Hoge Raad stelt van oudsher tamelijk strenge eisen aan die mededeling. Deze moet zo worden gedaan dat het de werknemer *onmiddellijk duidelijk* is waarom hij wordt ontslagen, daaromtrent mag *redelijkerwijs geen enkele twijfel* bestaan.⁵⁹ Dat heeft er mee te maken dat de werknemer op basis van de opgegeven dringende reden zijn standpunt ten aanzien van het ontslag moet kunnen bepalen. Hij moet kunnen beoordelen of hij datgene wat de werkgever hem verwijt, feitelijk heeft gedaan en of dat ernstig genoeg is om een onmiddellijk einde van het dienstverband te wettigen. Die waarborgfunctie brengt vervolgens weer mee dat de werkgever in een procedure vastzit aan de opgegeven dringende reden: die reden zal hij feitelijk moeten bewijzen en ten aanzien van die reden moet hij aantonen dat deze een dringende reden oplevert. In de voorliggende zaak had het hof beslist dat niet aan de mededelingseis was voldaan, omdat de ontslaggronden volgens het hof in de ontslagbrief alle *'waren blijven steken in algemene verwijten'*, zoals *'het maken van opmerkingen die van vrouwenhaat getuigen'* en het *'doen van antisemitische uitlatingen'*. Aldus had de werkgever volgens het hof niet voldoende geconcretiseerd welke gedragingen van de werknemer nu precies hadden geleid tot het ontslag op staande voet, te meer nu de ontslagbrief vergezeld was gegaan van een aantal ordners met onderliggende bewijsstukken. De Hoge Raad casseerde. In de eerste plaats omdat het hof bij zijn beoordeling geen rekening had gehouden met mailverkeer tussen de werknemer en de werkgever in de aanloop naar het ontslag, waaruit bleek dat de werknemer wel degelijk inging op de hem gemaakte verwijten en bij machte was daartegen inhoudelijk verweer te voeren. Zijn uitlatingen waren, volgens

hem, aanvaardbaar omdat de werkgever *'geen Unilever'*, maar een groep *'sales cowboys'* was.

De uitspraak van de Hoge Raad bevestigt daarmee dat bij de beoordeling of aan de mededelingseis is voldaan, niet alleen moet worden gelet op de letterlijke tekst van een ontslagbrief. Ook zo'n brief en de daarin vervatte mededeling moeten worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van het geval. Om die reden kunnen ook uitlatingen van de werknemer *in de aanloop naar het ontslag* in dat verband relevant zijn, nu daaruit kan blijken dat de werknemer heel wel wist wat hem werd verweten. Dat bouwt voort op een uitspraak uit 2016, waarin was beslist dat uitlatingen *van de werkgever* voorafgaand aan het ontslag kunnen bijdragen aan het oordeel dat aan de mededelingseis is voldaan.⁶⁰ In die zaak was beslist dat een werknemer, toen hij een ontslagbrief kreeg waarin hij wegens *'diefstal van bedrijfseigendommen'* werd ontslagen, onmiddellijk duidelijk moest zijn dat daarmee het privé tanken met een zakelijke tankpas werd bedoeld. Daarop was hij namelijk in niet mis te verstane bewoordingen mondeling aangesproken door de directie, kort voor het ontslag.

De Hoge Raad achtte het oordeel van het hof dat de ontslaggronden te zeer waren blijven steken in 'algemene verwijten' ook onbegrijpelijk omdat de werkgever die gronden in de ontslagbrief had verduidelijkt door in voetnoten voorbeelden van het gewraakte gedrag te geven. Zo was de ontslaggrond dat de werknemer zich op een van vrouwenhaat getuigende wijze had uitgelaten, in een voetnoot gelardeerd met het voorbeeld: *'women are like dogs, it's how you train them'*.

Deze door de werkgeversadvocaat gekozen constructie – wat algemener verwoorde ontslaggronden, in combinatie met een aantal concrete voorbeelden – is in zijn algemeenheid een verstandige aanpak bij het formuleren van ontslag op staande voet-brieven. Het formuleren van de dringende reden is altijd een delicate kwestie – 'hogere wiskunde' zelfs, volgens sommigen⁶¹ –, waarbij moet worden geschipperd tussen verschillende, enigszins tegenstrijdige belangen en eisen. Enerzijds moet de reden zo concreet worden meegedeeld dat wordt voorkomen dat de werknemer zich achteraf van de domme kan houden door te stellen dat hij niet begreep wat in zijn geval concreet met die algemeen geformuleerde grond werd bedoeld. Anderzijds is het voor een werkgever prettig om de reden wat algemeen te houden om te kunnen bewerkstelligen dat wanneer na het ontslag nadere voorbeelden van het gewraakte gedrag worden ontdekt, deze alsnog 'onder het ontslag geschoven' kunnen worden. De werkgever mag

53. independent.co.uk/arts-entertainment/tv/news/netflix-sexual-harassment-training-rules-me-too-flirting-on-set-a8396431.html.

54. HR 12 juli 2013, *JIN* 2013/128, m.nt. J.P. Quist, waarin de A-G het navolgende schot voor de boeg deed: 'Maar vuistregels zoals bijvoorbeeld: "seksuele intimidatie, gepleegd door een leidinggevende ten opzichte van ondergeschikt personeel is ernstiger dan andere seksuele intimidatie"

(vanwege de "voorbeeldfunctie" van leidinggevenden en omdat sprake is van een afhankelijkheidsrelatie tussen dader en benadeelde); "seksuele intimidatie, gepleegd na te zijn gewaarschuwd (door de benadeelde zelf, door omstanders of door de werkgever) is ernstiger dan andere seksuele intimidatie"; "seksuele intimidatie die gepaard gaat met strafbare gedragingen is ernstiger dan andere seksuele intimidatie" – deze voorbeelden zijn niet uitputtend

bedoeld –, hebben m.i. meer kans van slagen.'

55. H. Brink & M.J. Vink, 'Interview met Mariëtte Hamer', *Tijdschrift voor conflict-hantering* 2023/24.

56. *Handreiking*, p. 41-51.

57. Zie ook M. Govaert & I. van Dijkman, 'Veilige werkomgeving: een uitwerking van het Wetsvoorstel Vertrouwenspersoon en de Wet bescherming klokkenluiders', *Ondernemingsrecht* 2023/86.

58. HR 30 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:1008, *JAR* 2023/196, m.nt. J. Dop.

59. HR 23 april 1993, *NJ* 1993/504.

60. HR 19 februari 2016, *NJ* 2016/127.

61. H. Dammings & E. Schoenmaker-Tijsseling, 'Formulering ontslag op staande voet: nog steeds hogere wiskunde?', *ArbeidsRecht* 2007, 2.

Zorgvuldig onderzoek, hoor en wederhoor daaronder begrepen, is geen *condicio sine qua non* voor het kunnen bestaan van een dringende reden en een rechtsgeldig ontslag op staande voet

een opgegeven dringende reden immers ook bewijzen met na het ontslag ontdekt bewijs, mits dat bewijs maar past binnen de *scope* van de opgegeven grond.⁶² Een combinatie, zoals gekozen in dit geval, van een algemeen geformuleerde grond, aangevuld met enige voorbeelden daarvan, is zo gezien een goede aanpak.

...dringende reden en zorgvuldig onderzoek

De uitspraak van de Hoge Raad is nog belangrijker op het punt van de dringende reden. Aan zijn beslissing dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig was wegens schending van de mededelingseis, had het hof nog toegevoegd dat er ook geen sprake was van een dringende reden. Dat oordeel van het hof was uitsluitend gebaseerd op het feit dat het door de werkgever ingeschakelde onderzoeksbureau geen zorgvuldig onderzoek had gedaan. Er was eerst aangekondigd dat het onderzoek weken in beslag zou nemen, maar het ontslag werd vervolgens kort na aanvang van het onderzoek al gegeven op basis van een tussentijdse rapportage, zonder dat de werknemer op dat moment al was gehoord door het onderzoeksbureau. Het beginsel van hoor en wederhoor was dus volgens het hof in het onderzoek geschonden. De Hoge Raad casseerde ook op dit punt en besliste dat deze benadering van het hof getuigde van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad had er maar een paar woorden voor nodig: het hof had met zijn beslissing *'miskend dat het achterwege blijven van een deugdelijk onderzoek naar het bestaan van een dringende reden, niet belet dat sprake kan zijn van een dringende reden'*.

Dat is een belangrijke vingerwijzing voor de praktijk in tijden waarin (externe) onderzoeken naar (seksueel) grensoverschrijdend en ander wangedrag onder een vergrootglas liggen. Zonder dat wij hier ook maar *iets* willen afdoen aan het belang van zorgvuldig onderzoek, het beginsel van hoor en wederhoor voorop, lijkt het tegenwoordig bijna *standard practice* voor (de advocaten van) personen naar wie zo'n onderzoek loopt, om de betrouwbaarheid van het onderzoek en de onafhankelijkheid van onderzoekers in twijfel te trekken. En zij vinden daarbij steun bij sommige wetenschappers, zoals de bestuurskundige De Vries, die onlangs in *de Volkskrant* nogal ongenueanceerd hard van leer trok. Hij liet daar optekenen dat *'alle'* integriteitsonderzoekers *'ernstige fouten'* maken. Volgens De Vries schrijven ze *'allemaal'* toe naar het belang van de opdrachtgevers.⁶³ Een bescheiden relativerende noot is hier wellicht wel op zijn plaats, want in elk geval de arbeidsrechtelijke praktijk leert dat het tamboereren op (vermeende) procedurele onzorgvuldigheid in een onderzoek, ook een strategische poging kan zijn om onderzoeken te ontregelen, en de aandacht af te leiden van de achterliggende materiële werkelijkheid, te weten: dat de werknemer wel degelijk verkeerd gedrag heeft vertoond. De aanval op de procedure lijkt volgens sommige

advocaten, in dit soort zaken, de beste verdediging tegen de inhoudelijke verwijten.

Tegen deze achtergrond valt de beslissing van de Hoge Raad toe te juichen. Wij begrijpen die beslissing aldus dat wanneer een onderzoek naar mogelijk wangedrag niet zorgvuldig is uitgevoerd, maar dat onderzoek wel bewijs aan het licht heeft gebracht van ernstige misdragingen, of die misdragingen anderszins zijn komen vast te staan, de onzorgvuldigheid van het onderzoek niet aan een rechtsgeldig ontslag wegens die feiten in de weg hoeft te staan. Zorgvuldig onderzoek, hoor en wederhoor daaronder begrepen, is *geen condicio sine qua non* voor het kunnen bestaan van een dringende reden en een rechtsgeldig ontslag op staande voet.

Die benadering sluit, voor zover het inderdaad het onzorgvuldige onderzoek is geweest dat het bewijs heeft opgeleverd van een dringende reden, ook aan bij de manier waarop de Hoge Raad aankijkt tegen de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in civiele procedures. Zulk bewijs wordt in een civiele procedure in beginsel toelaatbaar geacht, behoudens bijkomende omstandigheden.⁶⁴ Het feit dat een dringende reden door een onzorgvuldig onderzoek is komen vast te staan, betekent dus niet alleen *niet* dat de werkgever zijn mogelijkheid om op staande voet te ontslaan daarmee per definitie heeft verspeeld. Bovendien mag die werkgever, op wie de bewijslast van de dringende reden in een daaropvolgende procedure berust, de dringende reden in rechte ook bewijzen met de bewijsstukken die dat onzorgvuldige onderzoek boven water heeft gehaald. Dat geldt zelfs als dat onderzoek zo onzorgvuldig was, dat het als onrechtmatig kan worden aangemerkt. Kortom: onzorgvuldig onderzoek naar een dringende reden hoeft noch materieelrechtelijk, noch proces-/bewijsrechtelijk aan een rechtsgeldig ontslag op staande voet in de weg te staan.

Tegelijkertijd betekent het voorgaande niet, dat het feit dat een werkgever onzorgvuldig onderzoek heeft gedaan, of laten doen, naar bepaald wangedrag, van generlei betekenis zal zijn bij de latere beoordeling of dat gedrag als dringende reden kwalificeert. Bij die afweging gaat het immers om een afweging van alle omstandigheden van het geval en in die brede beoordeling kan de rechter, naar volgt uit een uitspraak van de Hoge Raad uit 2019, wel degelijk ten nadele van de werkgever laten meewegen dat het onderzoek naar hetgeen hij de werknemer verwijt, onzorgvuldig was.⁶⁵ Dat is logisch: de werkgever kan de werknemer nu eenmaal wat minder strak de maat nemen van overtreding van bepaalde regels, als hij het zelf vervolgens ook niet zo nauw neemt met de eisen van *procedural fairness*. Maar die procedurele onzorgvuldigheid van de kant van de werkgever zal dan wel moeten worden afgezet tegen de andere omstandigheden van het geval, waarbij vooral gewicht zal toekomen aan de aard en de ernst van de gedragingen van de werknemer, mede

gelet op zijn functie. Zijn de aan de werknemer te maken verwijten zeer ernstig, dan zal de conclusie al snel moeten zijn dat een aantal procedurele gebreken in het onderzoek daartegen niet opweegt. Maar dat kan anders liggen als het met de ernst van de aan de werknemer te maken verwijten wel meevalt, bijvoorbeeld omdat sprake is van een bagatel delict, terwijl de werkgever in ernstige mate over de schreef is gegaan in het onderzoek.

6.2. Vergoeding wegens onregelmatige opzegging bij ontslag op staande voet

In de categorie 'nuttig weetje' valt een uitspraak van de Hoge Raad van 7 juli 2023 over de zogeheten gefixeerde schadevergoeding bij ontslag op staande voet.⁶² Artikel 7:677 lid 2 BW bepaalt dat de partij die 'door opzet of schuld' de wederpartij een dringende reden voor onmiddellijke beëindiging geeft, aan de wederpartij een vergoeding is verschuldigd, wanneer de wederpartij van die bevoegdheid gebruik heeft gemaakt. Is sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, of van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de mogelijkheid van tussentijdse opzegging, dan bedraagt de hoogte, ingevolge lid 3 sub a van datzelfde artikel 'het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren'. Maar – zo komt vervolgens de vraag op – om wiens opzegtermijn gaat het dan? Om de opzegtermijn die de partij in acht had moeten nemen die de wederpartij een dringende reden heeft gegeven? Of om de opzegtermijn die de partij in acht had moeten nemen die werd geconfronteerd met die dringende reden en die op grond van de dringende reden heeft ontslagen? De heersende leer in de lagere rechtspraak⁶⁷ en de literatuur⁶⁸ was de eerste en de Hoge Raad hakt de knoop nu ook in lijn daarmee door, op aangeven van A-G De Bock. Die

beslissing lijkt ons juist. Artikel 7:677 lid 2 BW veronderstelt een rechtsgeldig aan de werknemer verwijtbaar ontslag op staande voet. Dat is dus een situatie waarin de werknemer de werkgever in een situatie brengt waarin deze, door toedoen van de werknemer, eigenlijk niet anders kan dan die werknemer onmiddellijk te ontslaan. Een soort van 'constructive dismissal'-situatie, maar dan omgekeerd; de werknemer dwingt met zijn gedrag een onmiddellijke beëindiging af. Zou de werknemer zich niet schuldig hebben gemaakt aan de dringende reden, waardoor hij een onmiddellijke beëindiging heeft 'afgedwongen', dan had hij – om zo snel mogelijk weg te komen bij de werkgever – de voor hem geldende opzegtermijn in acht moeten nemen. Het ligt dan ook voor de hand om bij de begroting van de door het ontslag gemiste opzegtermijn, bij die opzegtermijn aan te knopen, de opzegtermijn dus van de partij die de dringende reden heeft gegeven, niet de opzegtermijn die de partij die deswege op staande voet heeft ontslagen in acht had moeten nemen. Overigens is die benadering ook de meest werknemersvriendelijke, nu de opzegtermijn voor de werkgever – zeker bij langere dienstverbanden – vaak beduidend langer is, dan die van de werknemer, die meestal een maand bedraagt. Dat na een ontslag op staande voet van een werknemer bij de begroting van de vergoeding van artikel 7:677 lid 2 BW moet worden uitgegaan van de, in het algemeen, kortere werknemers-opzegtermijn kent overigens wel nog een klein voordeel voor de werkgever. Bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, moet immers ook met de gevolgen van een ontslag op staande voet rekening worden gehouden. Ook wettelijke gevolgen vallen daaronder, zoals het verval van de aanspraak op WW, maar ook de verschuldigdheid van een vergoeding ex artikel 7:677 lid 2 BW. Is die laatste vergoeding laag, dan helpt dat de werkgever in elk geval een handje, om te onderbou-

62. HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:AG0712, r.o. 3.6 en HR 18 januari 2019, NJ 2019/90, waarin werd beslist dat voor de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet niet de eis geldt dat het bestaan van de dringende reden al ten tijde van het ontslag onomstotelijk vaststaat. Het bewijs dat de dringende reden aanwezig was, kan immers alsnog worden geleverd in de procedure waarin de werknemer de dringende reden betwist.

63. volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/onderzoeken-naar-grensoverschrijdend-gedrag-zijn-nog-slechter-geworden--b6b269d9/

64. Recent: Hof Amsterdam 16 mei 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1421. Ingevolge HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1632 en HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942 moet de vraag of sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Het enkele feit dat bewijs onrechtmatig is verkregen, heeft niet zonder meer tot gevolg dat dit bewijs moet

worden uitgesloten. Uit art. 152 Rv volgt immers dat bewijs door alle middelen kan worden geleverd en dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt. In een civiele procedure geldt niet als algemene regel dat de rechter op onrechtmatig verkregen bewijs geen acht mag slaan. In beginsel wegen het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken (welke belangen mede aan art. 152 Rv ten grondslag liggen) zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is terzijdelegging van dat bewijs gerechtvaardigd.

65. HR 18 januari 2019, NJ 2019/90. Het achterwege blijven van hoor en wederhoor kan ook gevolgen hebben in het kader van de bewijslastverdeling in een procedure over de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet. Zie o.a. conclusie A-G voor

HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:418 onder 3.7, onder verwijzing naar het *Los Gatos*-arrest, HR 19 september 1980, NJ 1981/131.

66. HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1058.

67. Zie Rb. Groningen 16 oktober 1998, ECLI:NL:RBGRO:1998:AG2301, JAR 1998/249; Ktr. Haarlem 8 december 1999, ECLI:NL:KTGHAA:1999:AJ0074, *Prg.* 2000/5485; Ktr. Utrecht, 15 september 2004, JAR 2005/22, r.o. 3.9; Hof Leeuwarden 25 augustus 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ6167, RAR 2009/151, r.o. 9; Ktr. Amersfoort 11 november 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK2211, RAR 2010/24, r.o. 4.4; Ktr. Rb. Leeuwarden 8 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BK8755, r.o. 3.11; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA3542, JAR 2013/244, r.o. 2.61; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2401, RAR 2017/87, r.o. 5.14; Ktr. Rb. Overijssel 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:4121, r.o. 3.2;

Ktr. Rb. Midden Nederland 3 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1413, r.o. 4.12; Ktr. Rb. Noord-Holland 26 maart 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2957, r.o. 5.5; Hof Amsterdam 31 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1017, RAR 2020/90, r.o. 3.6; Ktr. Rb. Limburg 22 augustus 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:6455, r.o. 4.5.

68. E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, art. 7:677, aant. 8 sub a (online, actueel t/m 29 januari 2023). Zie ook J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek nieuw ontslagrecht*, 2015, p. 117; D. van Gerven, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, commentaar op art. 7:677 BW, aant. 1.2 (online, actueel t/m 29 augustus 2022); J. van Drongelen e.a. (red.), *Individueel arbeidsrecht. Deel 3: Ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 75; D.F. Berkhout, 'Volledige en gefixeerde schadevergoeding', *ArbeidsRecht* 2008/31.

wen dat in elk geval niet wegens de *gevolgen* van het ontslag moet worden aangenomen dat zich *geen* dringende reden voordoet (en dat ontslag op staande voet een te zwaarwegend middel is).⁶⁹

De Hoge Raad heeft de zaak zelf afgedaan door de werknemer te veroordelen tot betaling van een vergoeding van exact één maand salaris, nu de opzegtermijn van de werknemer een maand bedroeg. De Hoge Raad had de lengte van de opzegtermijn, op aangeven van de A-G, in de laatste fase van de cassatieprocedure van partijen vernomen. Die veroordeling tot betaling van een vergoeding van één maand salaris, lijkt ons een vergissing. Want het ontslag op staande voet was gegeven op 20 oktober 2020. Dat betekent, zo zouden we denken, dat de vergoeding ex artikel 7:677 lid 2 BW, niet gelijk had moeten staan aan het loon over één maand, maar over één maand plus tien dagen. Opzegging geschiedt immers ingevolge artikel 7:672 lid 1 BW, tenzij bij overeenkomst of door het gebruik een andere dag daarvoor is aangewezen, tegen het einde van de maand. Noch uit de conclusie van de A-G, noch uit de uitspraak van de Hoge Raad blijkt van zo een afwijken-de afspraak of gebruik. Dat zo zijnde, zou de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging door de werknemer op 20 oktober 2020, niet op 20 november 2020, maar per 1 december 2020 zijn geëindigd. Over die periode van 20 oktober 2020 tot 1 december 2020 had de vergoeding ex artikel 7:677 lid 2 BW dan ook betaald moeten worden. Kortom: de werknemer werd niet alleen in het gelijk gesteld door de Hoge Raad, maar ook nog eens met een vergissing in zijn voordeel *gematst*.

6.3. Opzegverbod tijdens ziekte; werking in de ontbindingsprocedure

Wij plegen hier geen uitspraken van de Hoge Raad te behandelen, die zijn uitgemond in een artikel 81 RO-uitspraak. Maar geen regel zonder uitzondering. In een zaak die leidde tot een uitspraak van 14 april 2023 moest de Hoge Raad zich buigen over de werking van het opzegverbod tijdens ziekte in de ontbindingsprocedure ex artikel 7:671b BW.⁷⁰

In het kader van de Wet werk en zekerheid is in de wet verankerd dat de rechter een ontbindingsverzoek slechts kan toewijzen, wanneer zich ten tijde van de indiening daarvan geen opzegverbod voordoet.⁷¹ In artikel 7:671b lid 6 BW is bepaald dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst – wanneer ontbinding wordt verzocht op andere gronden dan verval van arbeidsplaatsen – desondanks kan ontbinden wanneer a) het verzoek ‘*geen verband houdt met*’ de omstandigheden waarop het opzegverbod ziet, of b) als zich omstandigheden voordoen die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst *in het belang van de werknemer* dient te eindigen. In de literatuur en rechtspraak werd verschillend aangekeken tegen de invulling van het voornoemde ‘geen verband’-criterium (sub a). Er waren ‘preciezen’ (of wellicht beter: ‘rigiden’) die bepleitten dat geen verband ook echt ‘geen enkel verband’ betekent.⁷² Dat bracht – in die benadering – dan mee dat ook wanneer een werknemer zich had ziek gemeld wegens overspannenheid *nadat* een arbeidsconflict was ontstaan en de werkgever inmiddels had aangekondigd om die reden beëindiging na te streven, het bewuste verband vrijwel per definitie bestond. De overspannenheid vond

immers zijn oorsprong in dat conflict. Het Hof Den Haag zat op een ander, rekkelijker, spoor en besliste – kort gezegd – dat het betreffende verband ontbrak omdat de werkneemster in kwestie, een AIO bij het Erasmus MC, zich pas had ziek gemeld *nadat* een arbeidsconflict was ontstaan.⁷³ Het was dus niet zo dat de ziekte het ontstaan van de ontslaggrond had uitgelokt, of daaraan had bijgedragen. In zo een geval, ontbrak volgens het hof het door artikel 7:671b lid 6 sub a BW genoemde verband.

A-G De Bock concludeerde tot verwerping van het daartegen ingestelde cassatieberoep.⁷⁴ Volgens haar moet de wettelijke regeling zo worden begrepen, dat van verband tussen het ontbindingsverzoek en de omstandigheden waarop het opzegverbod ziet, geen sprake is wanneer de ontslaggrond die de werkgever aan het verzoek ten grondslag legt een voldragen wettelijke ontslaggrond betreft en deze kan worden *geabstraheerd* van de omstandigheden waarop het opzegverbod tijdens ziekte betrekking heeft. Anders gezegd, als de feiten en omstandigheden die aan het ontbindingsverzoek ten grondslag liggen (ook) een redelijke grond voor ontbinding vormen wanneer de arbeidsongeschiktheid wordt ‘weggedacht’, is er geen verband als bedoeld in artikel 7:671b lid 6 BW. Dat betekent dat als de arbeidsongeschiktheid een gevolg is van een arbeidsconflict, het opzegverbod niet in de weg staat aan ontbinding. De ontslaggrond (de verstoorde arbeidsrelatie) was er immers al voorafgaand aan de ziekte, en doet zich los daarvan voor. Maar als de ziekte zodanig is verweven met het ontstaan van de ontslaggrond – bijvoorbeeld omdat een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan doordat een werknemer zich telkens ziek meldde – dat zonder die ziekteperikelen geen voldragen ontslaggrond zou zijn ontstaan, dan ligt het anders. Dan kan de ontslaggrond niet los worden gezien van de omstandigheden waarop het ontslagverbod ziet.

De benadering van de A-G is een praktische en billijke. Die aanpak leidt er namelijk bijvoorbeeld toe dat werknemers die ‘vluchten in ziekte’, omdat zij weten dat de arbeidsverhouding om andere redenen, die niets van doen hebben met ziekte van de werknemer, verstoord is geraakt en een ontbindingsverzoek imminent is, daarmee geen ontslagbescherming weten af te dwingen. Een interessante vraag is nog hoe het zit als een ontslaggrond wel *mede* is veroorzaakt door feiten en omstandigheden waarop een opzegverbod ziet, maar ook – in belangrijke mate – door andere omstandigheden die daarmee niets van doen hebben. Te denken valt aan een verstoorde arbeidsverhouding die is ontstaan doordat een werknemer zich op de werkvloer onmogelijk heeft gedragen tegen leidinggevenden en collega's, maar waarbij de verstoring van de relatie nog wat extra is verdiept door een uitlating die die werknemer tijdens zijn werk als OR-lid heeft gedaan. Kan in zo een geval geen ontbinding volgen, omdat de verstoorde arbeidsrelatie dan toch ook in elk geval *een beetje* is ontstaan door de ongelukkige opmerking die in de hoedanigheid van OR-lid is gedaan, omdat *die uitlating* wel wordt bestreken door het opzegverbod voor OR-leden? Deze vraag verdient wat ons betreft niet per se en per definitie bevestigende beantwoording. Veeleer zal ook hier de vraag zijn of de g-grond (verstoorde arbeidsrelatie) ook vervuld is als het incident rond het OR-lidmaatschap wordt weggedacht. En het kan best zijn dat er ook een ‘voldragen’

De benadering van de A-G is een praktische en billijke. Die aanpak leidt er namelijk bijvoorbeeld toe dat werknemers die ‘vluchten in ziekte’ daarmee geen ontslagbescherming weten af te dwingen

g-grond zou zijn geweest, alleen wegens de onhebbelijke modus operandi van de werknemer *buiten zijn werk als OR-lid om*. In zo een geval, zo denken wij, is er ook geen verband tussen het ontbindingsverzoek en de feiten en omstandigheden waarop het opzegverbod ziet.⁷⁵ De ontslaggrond waarop het verzoek is gebaseerd, bestaat namelijk ook (in voldoende mate), zonder dat die omstandigheden worden meegenomen.

De Hoge Raad heeft de zaak tegen het Erasmus MC na de conclusie van A-G De Bock tot verwerping, op de voet van artikel 81 RO afgedaan. Dat is best jammer, omdat er nu nog steeds geen duidelijke uitspraak van de cassatierechter is over de betekenis van de uitzondering van artikel 7:671b lid 6 sub a BW, terwijl het daarbij – zoals de Rotterdamse kantonrechter Frikkee met enige teleurstelling constateerde – toch gaat om een ‘voor de praktijk belangrijk onderwerp, waarmee niet alleen werkgevers, werknemers en hun advocaten, maar ook rechters vaak worstelen’.⁷⁶ Het is enigszins koffiedik kijken hoe de uitspraak van de Hoge Raad geduid moet worden, maar we houden het er toch maar op dat de Hoge Raad het eens was met de door A-G De Bock gepropageerde abstractie-leer, waarvan de uitspraak van het hof volgens haar getuigde. Die leer lijkt ons in elk geval werkbaar in de praktijk, billijk en dus juist. Bovendien: als de Hoge Raad echt op een ander spoor zou hebben gezeten dan zijn A-G, dan had dat vermoedelijk wel tot een inhoudelijke behandeling van het cassatiemiddel geleid met een gemotiveerde onderbouwing waarom haar benadering niet de zijne is. Zoals in de zaak over de werking van het opzegverbod tijdens ziekte die wij hier vorig jaar bespraken en die zag op de vraag hoe het zit met de werking van het opzegverbod wanneer de werknemer zich na een ontslagaanvraag bij het UWV, maar voorafgaand aan een daaropvolgend ontbindingsverzoek bij de kantonrechter (dat volgt op afwijzing van de ontslagaanvraag door het UWV) ziekmeldt. Toen was de Hoge Raad het niet met zijn A-G eens en dat leidde tot een kristalheldere *contraire* beslissing.⁷⁷ Voor een dergelijk signaal was nu blijkbaar geen aanleiding.

6.4 Uitzendbeding en (opzegverbod tijdens) ziekte

Een andere heikele kwestie die de Hoge Raad beslechtte, was die van de geldigheid van de beëindiging van de uitzendovereenkomst van zieke uitzendkrachten op grond van een zogeheten uitzendbeding.⁷⁸ Toepassing van het uitzendbeding leidt tot een einde van rechtswege van de uitzend(arbeids)overeenkomst tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau, wanneer de inlener de uitzendkracht niet langer wil inzetten. Artikel 7:691 lid 2 BW maakt zo'n beding mogelijk voor de eerste 26 weken van de arbeidsovereenkomst, en die termijn kan bij cao worden verlengd. Aangezien de inlener de opdracht om wat voor reden dan ook kan stopzetten, genieten uitzendkrachten nauwelijks ontslagbescherming in de eerste periode van hun uitzendovereenkomst. In de cao's voor het uitzendwezen (ABU en NBBU) was voorheen bepaald dat wanneer een uitzendkracht zich ziekmeldde, zulks *automatisch* leidde tot een beëindiging van de uitzendovereenkomst, zonder dat de inlener daartoe een actieve handeling diende te verrichten. Hier was ten gronde sprake van een door cao-partijen gecreëerde ‘fictie’, te weten de fictie dat een inlener de terbeschikkingstelling van een zieke uitzendkracht sowieso wel zou beëindigen, simpelweg omdat hij niet langer beschikbaar was. Het Hof Den Haag achtte die bepaling in strijd met het hiervoor onder 6.3. besproken opzegverbod tijdens ziekte en dus *om die reden* nietig. De Hoge Raad dacht daar anders over. De Hoge Raad acht beëindiging op grond van het uitzendbeding tijdens of wegens ziekte wél mogelijk en als zodanig niet in strijd met het opzegverbod tijdens ziekte.⁷⁹ Blijkens de wetsgeschiedenis is, naar aanleiding van een vraag vanuit de Tweede Kamer of bij ziekte ook een beroep op het uitzendbeding gedaan kan worden, door de regering verduidelijkt dat ‘om welke reden dan ook’ een beroep op dat beding gedaan kan worden.⁸⁰ Ook wegens ziekte dus. Bovendien is bij een einde van de uitzendovereenkomst door een beroep op het uitzendbeding, geen sprake van een opzegging maar van een einde van rechtswege. Daarop ziet het opzegverbod dus niet. Wel vereist een beroep op het uitzendbeding dat de inlener daadwerkelijk actief

69. Dat zulke wettelijke gevolgen van een rechtsgeldig ontslag op staande voet, gevolgen zijn die bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet kunnen meewegen volgt uit HR 22 februari 2002, NJ 2003/174, r.o. 3.4 en 3.5 (verval WW-uitkering).

70. HR 14 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:559.

71. Art. 7:671b lid 2 BW.

72. FA. Chorus & B.P. Fürstner, ‘Vergewisplicht, uitkomst ongewis? Het verband tussen ontbinding en opzegverbod nader beschouwd’, *ArbeidsRecht* 2021/40.

73. Hof Den Haag 3 mei 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:671.

74. ECLI:NL:PHR:2023:92.

75. Zie in die zin ook: C.J. Frikkee, ‘Toetsing verband tussen opzegverbod en ontbindingsverzoek’, *TRA* 2023/80 onder 8.

76. C.J. Frikkee, ‘Toetsing verband tussen opzegverbod en ontbindingsverzoek’, *TRA* 2023/80.

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

78. Al is er discussie over de vraag of dat debat echt beslecht is; vgl. H.J.W. Alt, ‘Het uitzendbeding en ziekte: de wetgever is aan zet’, *ArbeidsRecht* 2023/37; en E.M. Hoogeveen & M. Tanja, ‘Een reactie op:

H.J.W. Alt, ‘Het uitzendbeding en ziekte: de wetgever is aan zet’’, *ArbeidsRecht* 2023/38.

79. HR 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:426, *JAR* 2023/105.

80. *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 6, p. 16.

de inleenopdracht voor de betrokken werknemer moet hebben beëindigd. Om die reden is volgens de Hoge Raad niet toelaatbaar de hiervoor besproken, bij cao geregelde fictie dat een inlener geacht moet worden de inlening te hebben willen beëindigen zodra de uitzendkracht zich ziekmeldt (met als gevolg dat ziekte automatisch tot beëindiging leidt). Die ontbindende voorwaarde verdraagt zich niet met de eveneens bewust door de wetgever, in het belang van de uitzendkracht, gemaakte keuze dat de inlener de inlening actief moet beëindigen.⁸¹

De cao-partijen in de uitzendsector kwamen reeds in de aanloop naar de uitspraak van de Hoge Raad een wijziging van de cao-regeling overeen. Volgens de nieuwe cao-bepaling kan het uitzendbeding de uitzendovereenkomst tijdens ziekte niet meer doen eindigen.⁸² Daarmee biedt de huidige cao-regeling uitzendkrachten veel meer

Daarmee biedt de huidige cao-regeling uitzendkrachten veel meer bescherming dan op grond van de wet nodig was geweest

bescherming dan op grond van de wet nodig was geweest. Bij cao had namelijk wel degelijk geregeld kunnen worden dat de inlener het recht heeft om wegens of tijdens ziekte een beroep te doen op het uitzendbeding; alleen het *automatisme* dat ziekte automatisch de werking van het uitzendbeding *triggert* – dat vond de Hoge Raad de spreekwoordelijke brug te ver. Misschien gingen de cao-partijen bij de door hen afgesproken wijziging uit van een beslissing van de Hoge Raad die er uiteindelijk helemaal niet kwam.

7. Collectieve wijziging van arbeidsvoorwaarden

Een belangrijke uitspraak deed de Hoge Raad ook over eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden, met het *IFF*-arrest van 25 november 2022.⁸³ De procedure had betrekking op een collectieve wijziging van arbeidsvoorwaarden, namelijk een stapsgewijze invoering van een werknemersbijdrage in de pensioenpremie. De werkgever, een producent in geur- en smaakstoffen, had zich primair beroepen op een eenzijdig wijzigingsbeding in de zin van artikel 7:613 BW, maar omdat in rechte werd geoordeeld dat hij zich daar niet op kon beroepen, werd de rechtsgeldigheid van de eenzijdige wijziging door het Hof Arnhem-Leeuwarden geplaast in de sleutel van de *Stoof/Mammoet*-norm.⁸⁴ Die in 2008 geformuleerde norm is een drietrapsraket en behelst dat een goed werknemer gehouden is om een voorstel tot wijziging van arbeidsvoorwaarden te accepteren, wanneer (i) sprake is van gewijzigde omstandigheden waarin een goed werkgever aanleiding kan zien tot het doen van een wijzigingsvoorstel, (ii) dat wijzigingsvoorstel, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, redelijk is en (iii) de werknemer het voor-

stel redelijkerwijs niet kan afwijzen. In de literatuur en, in mindere mate, in de rechtspraak liepen de meningen uiteen over het toepassingsgebied van die maatstaf. Zag *Stoof/Mammoet* alleen op individuele wijzigingen, of ook op collectieve wijzigingen? Die twijfel vond zijn oorzaak in belangrijke mate in het *Stoof/Mammoet*-arrest zelf, meer specifiek in één woord daarin: het woord 'veeleer'. Eenzijdige wijzigingsbedingen zagen volgens de Hoge Raad 'veeleer' op collectieve wijzigingen. Sommigen lazen daarin dat *Stoof/Mammoet* dan dus alleen op individuele wijzigingen betrekking had.⁸⁵ In het *IFF*-arrest besliste de Hoge Raad anders: de *Stoof/Mammoet*-maatstaf geldt 'voor alle voorstellen tot wijziging van arbeidsvoorwaarden, ongeacht of deze (overwegend) individueel of collectief van aard zijn'. Het tussen haakjes geplaatste woord 'overwegend' is interessant. Klaarblijkelijk ziet de Hoge Raad geen harde tegenstelling tussen collectieve en eenzijdige wijzigingen, maar *veeleer* een vloeiende overgang. Sommige wijzigingen hebben zowel trekken van een collectieve, als van een individuele wijziging. Wat bijvoorbeeld te denken van een wijziging die sectorbreed wordt afgesproken, maar bij een bepaalde kleine werkgever slechts één werknemer raakt? Of een wijziging die twee functies betreft, waarbij er één vervuld is, terwijl voor de andere een vacature uitstaat? Voor werkgevers die zich niet kunnen beroepen op een eenzijdig wijzigingsbeding, omdat zij zo'n beding niet zijn overeengekomen, is de beslissing van de Hoge Raad goed nieuws; zij kunnen nu dus ook voor collectieve wijzigingen, of wijzigingen met zowel collectieve als individuele trekken, een beroep doen op de *Stoof/Mammoet*-norm.

Overigens is het wel goed te onderkennen dat wanneer de werkgever een collectieve wijziging wil doorvoeren via de band van *Stoof/Mammoet*, de toetsing of aan die norm voldaan is, niet uitsluitend op collectief niveau plaatsvindt. In de drietrapsraket is ruimte voor zowel 'collectieve' als 'individuele' argumenten. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een 'redelijk voorstel' – de tweede horde die de werkgever moet nemen – zal bijvoorbeeld gewicht kunnen toekomen aan de aard van het belang dat de werkgever heeft bij wijziging, en dat kan bijvoorbeeld gelegen zijn in het *collectieve belang* van behoud van werkgelegenheid (dat vereist dat de arbeidsvoorwaardelijke broekriem wordt aangehaald). Tegelijkertijd, zal ook bij een collectieve wijziging binnen de *Stoof/Mammoet*-norm ruimte blijven bestaan voor maatwerk, toegespitst op het belang van de individuele werknemer. Dat individuele belang zal dan in het bijzonder aan de orde kunnen komen in de derde fase van de drietrapsraket van *Stoof/Mammoet*, te weten bij de vraag of specifieke, individuele omstandigheden aan de kant van de individuele werknemer meebrengen dat datgene wat op collectief niveau, objectief gezien een redelijk voorstel is en dus in beginsel aanvaard zal moeten worden, toch verworpen mag worden. Zo bezien brengt het *IFF*-arrest ook meer duidelijkheid ten aanzien van de verhouding tussen de tweede en de derde fase van de *Stoof/Mammoet*-norm, te weten het vereiste van het, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijke voorstel (ii) en (iii) de mogelijkheid dat de werknemer dat voorstel toch redelijkerwijs kan verwerpen. In de literatuur is door menigeen de vraag opgeworpen, wat de toegevoegde waarde van die

derde fase nu eigenlijk is – want hoe is het denkbaar dat een werknemer redelijkerwijs een voorstel zou kunnen verwerpen dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, als redelijk voorstel kwalificeert?⁸⁶ Het IFF-arrest verduidelijkt dat. Zeker bij collectieve wijzigingen, althans wijzigingen met collectieve trekken, zal men de tweede toets een meer geobjectieerde inkleuring kunnen geven (is het voorstel in zijn algemeenheid, voor de groep die het betreft, een redelijk voorstel), terwijl de rechter dan in de derde fase een toetsing kan laten plaatsvinden die *inzoomt* op mogelijke specifieke, subjectieve aspecten die de individuele werknemer betreffen en die onder omstandigheden kunnen meebrengen dat wat voor de groep, gemiddeld genomen, een redelijk voorstel is (en dus aanvaard moet worden), door die individuele werknemer verwerpen kan worden.⁸⁷

Het IFF-arrest is in de tweede plaats van belang omdat de Hoge Raad daarin nog eens onderstreepte dat de lat van de *Stoof/Mammoet*-norm lager ligt dan het vereiste van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het hof had in zijn arrest keer op keer overwogen dat de werknemers pas gehouden zouden zijn om het hen gedane voorstel te accepteren, wanneer de weigering ermee in te stemmen 'onaanvaardbaar' zou zijn. Dat getuigde volgens de Hoge Raad van het aanleggen van een maatstaf die 'niet de juiste is'. De lat van *Stoof/Mammoet* ligt dus wat lager. Het is een drievoudige redelijkheidstoets, *sui generis*. Strenger dan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, maar echt wel minder streng dan het muizengaatje van de derogerende werking.⁸⁸

8. Overgang van onderneming

Ook op het terrein van overgang van onderneming, wees de Hoge Raad dit jaar een uitspraak die het vermelden waard is.⁸⁹ Het ging daarbij om de vraag of *senioriteit* van

vliegers een arbeidsvoorwaarde is die mee overgaat bij overgang van onderneming. In een reeks arresten uit de afgelopen jaren heeft het HvJ EU beslist dat bij de vervreemder verworven anciënniteit, dat wil zeggen: het aantal dienstjaren dat de werknemer bij de vervreemder heeft vervuld, als zodanig geen recht is dat bij overgang van onderneming mee overgaat, maar dat *financiële rechten* van de werknemers waarvoor anciënniteit mede bepalend is, door de verkrijger in beginsel op dezelfde voet als bij de vervreemder zullen moeten worden gehandhaafd.⁹⁰ Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan financiële aanspraken op, bijvoorbeeld, een ontslagvergoeding die afhankelijk is van de diensttijd, zoals de transitievergoeding, of de berekening van de lengte van de opzegtermijn. Ook de opzegtermijn behelst namelijk volgens het HvJ EU een aanspraak met financiële waarde, te weten: het loon over die termijn.⁹¹ In de luchtvaartsector wordt, naast het begrip anciënniteit, ook gewerkt met het begrip senioriteit. De plaats op de senioriteitslijst heeft consequenties voor kwesties als uitzending, stationering, plaatsing op de IPB-lijst (goedkoop meevliegen als er een plekje over is), en is verder mede van belang bij bevorderingen. Vliegers worden bij indiensttreding onderaan de senioriteitslijst geplaatst en stijging vindt plaats doordat hogergeplaatste vliegers gaandeweg uitstromen. Senioriteit wordt daarvoor in hoofdzaak bepaald door anciënniteit, namelijk door het aantal jaren in dienst als vlieger bij de luchtvaartmaatschappij, maar toenemende anciënniteit hoeft niet gelijk op te gaan met toenemende senioriteit. In een zaak die betrekking had op een overgang van onderneming van Martinair naar KLM stelde een groep voormalig Martinair-piloten dat zij bij die overgang recht hadden op een plaats op de KLM-senioriteitslijst, met behoud van hun positie op de Martinair-senioriteitslijst.⁹² Senioriteit was, aldus de Martinair-piloten, wel als zodanig een (van anciënniteit afgeleid) recht dat bij overgang van onderne-

Het IFF-arrest is in de tweede plaats van belang omdat de Hoge Raad daarin nog eens onderstreepte dat de lat van de *Stoof/Mammoet*-norm lager ligt dan het vereiste van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid

81. R.o. 3.5.

82. Zie bijvoorbeeld art. 15 lid 1 sub c NBBU CAO.

83. HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759.

84. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, JAR 2008/204.

85. R.M. Beltzer, 'De schier onontworbare kluwen van 611, 613 en 248', *Arbeid Integraal* 2004/2, p. 31; C.S. Kehrer-Bot & E.L.J. Bruyninckx, 'Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden: eenduidige benadering door rechters gewenst', *ArbeidsRecht* 2005/26, p. 39-45.

86. E. Verhulp, *T&C BW*, commentaar op art. 7:613 BW, aant. 6. Zie ook F.B.J.

Grapperhaus, 'Wijziging van de arbeidsrelatie bij gewijzigde omstandigheden', *TRA* 2008/3.

87. Zie nader over het IFF-arrest en de verhouding tussen *Stoof/Mammoet* en art. 7:613 BW uitvoerig: S.F. Sagel, 'Van *Stoof/Mammoet* naar IFF: zit er bij wijziging van arbeidsvoorwaarden nog licht tussen art. 7:611 en 7:613 BW?', *ArbeidsRecht* 2023/11, 16 en 22.

88. Daarmee is de strengheid van de toetsing op grond van *Stoof/Mammoet* materieel gelijk aan die van art. 7:613 BW, zeker

nu in de beide afwegingen acht wordt geslagen op dezelfde belangen en gezichtspunten over en weer; zie in die zin ook: Ktr. Utrecht 30 mei 2023, ECLI:NL:RBUMNE:2023:2732 en voorts S.F. Sagel, 'Van *Stoof/Mammoet* naar IFF: zit er bij wijziging van arbeidsvoorwaarden nog licht tussen art. 7:611 en 7:613 BW?', *ArbeidsRecht* 2023/16.

89. HR 20 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:65.

90. HvJ EU 14 september 2000, C-343/98, ECLI:EU:C:2000:441 (*Collino en Chiappero*), punt 50; HvJ EU 6 september 2011, C-108/10, ECLI:EU:C:2011:542 (*Scattolon*),

punt 69; HvJ EU 6 april 2017, C-336/15, ECLI:EU:C:2017:276 (*Unionen*), punt 21.

91. HvJ EU 6 april 2017, ECLI:EU:C:2017:276, JAR 2017/118 (*Unionen/ISS*).

92. De zaak was al eens eerder bij de Hoge Raad geweest, nadat het Hof Amsterdam in eerste instantie had beslist dat van overgang van onderneming geen sprake was. De Hoge Raad vernietigde dat oordeel in HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1858, waarna het Hof Den Haag tot het oordeel kwam dat wel sprake was van zo'n overgang.

ming mee overgaat. De Hoge Raad was het daar, in navolging van het Hof Den Haag, niet mee eens. Hoewel het HvJ EU zich over deze kwestie nog niet had uitgelaten, achtte de Hoge Raad het stellen van een prejudiciële vraag niet nodig. Hij kon het, op grond van de rechtspraak van het HvJ EU over de vraag of anciënniteit mee overgaat bij overgang van onderneming, ook zonder een rondje Luxemburg af – er was volgens de cassatierechter sprake van een *acte clair*. Senioriteit is, net als anciënniteit, *geen* recht dat bij overgang van onderneming als zodanig mee overgaat, maar voor zover deze senioriteit medebepalend is voor rechten van financiële aard van de vrachtvliegers, dienen deze rechten volgens de Hoge Raad door de verkrijger op dezelfde voet als bij de vervreemder te worden gehandhaafd. De rechtspraak van het HvJ EU over de vraag wanneer sprake is van *uit anciënniteit* voortvloeiende rechten van financiële aard, zal – in het verlengde hiervan – dus eveneens van toepassing zijn bij de beoordeling of sprake is van *uit senioriteit* voortvloeiende rechten van financiële aard. De uitspraak van de Hoge Raad over de betekenis van senioriteit bij overgang van onderneming heeft mogelijk een verderstreckende reikwijdte dan de luchtvaartbranche. Is binnen organisaties sprake van andere vormen van ‘*ranking*’ van werknemers, waarbij die *ranking* mede wordt beïnvloed door de anciënniteit, dan zal ook daar gelden dat de positie van een werknemer op die *ranking* als zodanig geen recht is dat mee overgaat, maar dat zulks weer anders ligt voor zover er bepaalde financiële voordelen aan te ontlenen zijn.

Op het terrein van overgang van onderneming is overigens ook een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch vermeldenswaard, waarin de vraag aan de orde was of een zogeheten dynamisch cao-incorporatiebeding – dat wil zeggen een bepaling in een arbeidsovereenkomst die regelt dat op de arbeidsovereenkomst zowel de huidige als toekomstige versies van een bepaalde cao van toepassing zijn – mee overgaat bij overgang van onderneming. Die overgang heeft tot gevolg dat de verkrijger niet alleen de ten tijde van de overgang geldende cao zal moeten nakomen, maar ook toekomstige versies daarvan. In een uitspraak uit 2017 besliste het HvJ EU dat zo een dynamisch incorporatiebeding zijn gelding inderdaad behoudt, mits het nationale recht zowel in consensuele als in eenzijdige aanpassingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet.⁹³ Het HvJ EU voegde daaraan toe dat het aan de nationale rechter is om te beoordelen of het recht van de lidstaat die mogelijkheden biedt.

In een uitspraak van 29 november 2022 besliste het Hof Den Bosch nu dat het Nederlandse recht die mogelijkheden inderdaad biedt, waarbij het hof – ten aanzien van de eenzijdige aanpassingsmogelijkheden – verwees naar het bepaalde in artikel 7:613 BW, de op artikel 7:611 BW gebaseerde *Stoof/Mammoet*-norm, alsmede artikel 6:248 lid 2 BW.⁹⁴ Dynamische cao-incorporatiebedingen gaan dus, volgens het Hof Den Bosch, naar Nederlands recht in beginsel mee over bij een overgang van onderneming. Of het Bossche hof op het moment van het wijzen van zijn uitspraak al kennis had genomen van het vier dagen daarvoor door de Hoge Raad gewezen *IFF*-arrest, blijkt niet uit zijn uitspraak, maar in elk geval bevestigt dat arrest van de Hoge Raad de juistheid van de op dit punt in Den Bosch gemaakte keuze. Uit het *IFF*-arrest volgt immers,

zoals wij hiervoor zagen, dat werkgevers in Nederland voor alle soorten wijzigingen, zowel individueel als collectief van aard, terecht kunnen bij artikel 7:611 BW, ook als zij geen eenzijdige wijzigingsbevoegdheid hebben bedongen in de zin van artikel 7:613 BW, terwijl de lat voor wijzigingen via de band van artikel 7:611 BW ook nog eens lager ligt dan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Daarom lijkt inderdaad goed verdedigbaar dat het Nederlandse recht (in voldoende ruime mate) de mogelijkheid van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden kent die door het HvJ EU in 2017 als voorwaarde is gesteld voor het overgaan van dynamische incorporatiebedingen bij een overgang van onderneming. Overigens zal de Hoge Raad de knoop komend jaar definitief doorhakken. Er loopt een cassatieberoep tegen de uitspraak uit Den Bosch. In de volgende kroniek meer hierover.

9. Informatieplichten en vakantie

Vlak voor het sluiten van de markt van deze kroniek, deed de Hoge Raad ook een interessante uitspraak over de norm van artikel 7:611 BW en daaruit voor de werkgever volgende informatieplichten. In het verleden leidde de Hoge Raad al vaker informatieplichten voor de werkgever af uit die bepaling. Zoals bijvoorbeeld met betrekking tot de wettelijke rechten die een werknemer bij overgang van onderneming heeft, alsmede ten aanzien van de inhoud van een voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, wil de werknemer geacht kunnen worden daarmee te hebben ingestemd.⁹⁵ Een zaak die uitmondde in een uitspraak van 22 september 2023 draaide om twee Zwitserse in Zwitserland woonachtige piloten, die door een wijziging van het belastingverdrag tussen Nederland en Zwitserland waren aangelopen tegen aanzienlijke naheffingsaanslagen van de fiscus. Zij probeerden de daardoor geleden schade te verhalen op KLM, met de stelling dat hun werkgever hen, als goed werkgever, had moeten waarschuwen voor de gevolgen van de verdragswijziging. De kantonrechter besliste dat KLM aansprakelijk was voor 50% van de door de vliegers geleden schade, omdat KLM, als grote professionele werkgever met een eigen fiscale afdeling en vele in het buitenland wonende werknemers, een zorgplicht had om de piloten te waarschuwen voor de mogelijk grote financiële gevolgen van de verdragswijziging.⁹⁶ Nu de vliegers als belastingplichtigen zelf verantwoordelijkheid droegen voor tijdige betaling van inkomstenbelasting, werd de aansprakelijkheid beperkt tot 50% van de schade. Het hof legde de verantwoordelijkheid weer geheel terug bij de vliegers en wees hun vorderingen integraal af. Daarbij speelde een belangrijke rol dat de gevolgen van fiscale wetwijzigingen in veel landen divers zijn, zodat volgens het hof alleen al om die reden van KLM niet verwacht mag worden dat zij die gevolgen allemaal bijhoudt en haar werknemers daarover tijdig informeert, hetgeen nog des te sterker geldt nu fiscale gevolgen in de sfeer van de inkomstenbelasting voor KLM niet overzienbaar zijn omdat deze in belangrijke mate samenhangen met privé-aangelegenheden van haar werknemers.⁹⁷ Het is, aldus het hof, de werknemer die verantwoordelijkheid draagt voor de nakoming van zijn fiscale verplichtingen, zowel in zijn woon-, als in zijn werkland en KLM is niet de belastingadviseur van de werknemer.

Bezie men wat de Hoge Raad in dit verband zoal relevant acht, dan klinken daarin zachtjes de gezichtspunten door die de Hoge Raad meer dan vijftig jaar geleden in het *Kelderluik*-arrest formuleerde

De Hoge Raad dacht daar toch echt anders over.⁹⁸ Hoewel ook hij vooropstelde dat een werknemer zelf verantwoordelijk is voor correcte nakoming van zijn fiscale verplichtingen en de werkgever daarbij in beginsel geen adviserende taak heeft, kan de werkgever volgens de Hoge Raad ‘onder omstandigheden’ op grond van artikel 7:611 BW wel gehouden zijn de werknemer in kennis te stellen van een wijziging van regelgeving die voor diens fiscale positie van belang is. Dat zal volgens de Hoge Raad in het bijzonder het geval kunnen zijn ‘als de desbetreffende informatie evenzeer van belang is voor de verplichting tot inhouding en afdracht van loonbelasting, die op de werkgever rust’. Uit hoofde van die verplichting behoort de werkgever immers van die informatie op de hoogte te zijn. Ook is van belang of en in hoeverre de werknemer nadelige gevolgen kan ondervinden van onbekendheid met bedoelde informatie. De Hoge Raad wees vervolgens nog op een drietal in cassatie door de piloten aangevoerde omstandigheden die hij van belang achtte, te weten naast de zojuist reeds genoemde omstandigheid dat KLM als inhoudingsplichtige werkgever op de hoogte was van de verdragswijziging, ook (ii) dat KLM een grote werkgever is met een eigen fiscale afdeling en zij vele in het buitenland wonende werknemers heeft en (iii) dat het ging om een verdragswijziging die mogelijk tot gevolg zou hebben dat sommige van haar werknemers inkomstenbelasting in Nederland zouden moeten afdragen. In het licht van een en ander, achtte de Hoge Raad de uitspraak van het hof onjuist, dan wel onvoldoende gemotiveerd.

Aan de uitspraak valt een aantal zaken op. Allereerst: van een *hard and fast rule* dat de werkgever zijn werknemers moet informeren en waarschuwen over fiscale wijzigingen in de sfeer van inkomstenbelasting is geen sprake. Het uitgangspunt is veeleer omgekeerd: de primaire verantwoordelijkheid ligt bij de werknemer zelf en de werkgever is niet de fiscale adviseur van de werknemer. Maar de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat dat anders ligt. Bezie men wat de Hoge Raad in dit verband zoal relevant acht, dan klinken daarin zachtjes de gezichtspunten door die de Hoge Raad meer dan vijftig jaar geleden in het *Kelderluik*-arrest formuleerde, voor de beoordeling of gevaarstelling een onrechtmatige daad oplevert. Bij de beoordeling of veiligheidsmaatregelen ten onrechte achterwege zijn gelaten, zijn omstandigheden zoals de kenbaarheid van het gevaar, de ernst van de

gevolgen wanneer het gevaar zich materialiseert, de hoegrootheid van de kans dat risico's zich verwezenlijken en de mate van bezwaarlijkheid van het nemen van maatregelen van belang.⁹⁹ Vergelijkbare gezichtspunten heeft de Hoge Raad ook gehanteerd bij de invulling van de zorgplicht van de werkgever voor een veilige werkomgeving (artikel 7:658 BW).¹⁰⁰ We menen die gezichtspunten ook hier te ontwaren. De Hoge Raad acht immers van belang dat de werknemer, wanneer hij niet op de wijziging in de fiscale regelgeving wordt gewezen, daarvan *nadelige gevolgen* kan ondervinden. Daarbij legt ook de *omvang* van die mogelijke nadelige gevolgen gewicht in de schaal volgens de Hoge Raad. Hoe groter de impact van de gevolgen, hoe eerder een waarschuwingplicht in de rede ligt. Ook het gezichtspunt van de hoegrootheid van de kans dat er brokken ontstaan, is relevant. De Hoge Raad wijst er immers op dat hij relevant acht dat KLM een werkgever is met vele in het buitenland wonende werknemers, hetgeen impliceert dat fiscale complexiteiten en daaraan verbonden risico's zich veelvuldig zullen voordoen. Ook de bezwaarlijkheid van het nemen van maatregelen zien we terug en wel in die zin dat erop wordt gewezen dat KLM, als grote werkgever, zijn eigen fiscale afdeling heeft – er hoeft dus geen dure, externe *tax-support* te worden ingekocht – terwijl KLM de betreffende wijzigingen ook behoorde te kennen in verband met haar eigen fiscale verplichtingen. Het verschaffen van de informatie vereiste dus geen bijzondere additionele onderzoeksinspanning. Als het goed was, had KLM de betreffende informatie in kaart gebracht en dus klaarliggen in verband met haar eigen fiscale verplichtingen. Een fluitje van een cent dus, om die informatie dan ook even pro-actief te delen met de werknemer.

Bij de beoordeling welke informatieplicht op de werkgever rust zal, ingevolge de uitspraak van de Hoge Raad, dus ook de omvang van de werkgever van belang zijn. *Grandessee oblige* in arbeidsrechtland. Maar bij de beoordeling of op grond van artikel 7:611 BW een informatieplicht bestaat ten aanzien van bepaalde juridische of fiscale punten, zal niet alleen de *omvang* van de werkgever, maar ook de *aard* van zijn onderneming en activiteiten van gewicht zijn. Ook dat bevestigt de uitspraak van de Hoge Raad. Een bij uitstek *internationale* organisatie, die veel aan uitzendingen naar het buitenland doet en die een werknemersbestand heeft met *allerlei nationaliteiten*, zal een verder-

93. HvJ 27 april 2017, ECLI:EU:C:2017:317; JAR 2017/152 (*Asklepios*).

94. Hof Den Bosch 29 november 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:4106 (*FNV/IDL*).

95. HR 26 oktober 2007, JAR 2007/285

(*Rabobank*); HR 26 juni 2009, RAR

2009/123; JAR 2009/183 (*Bos/Pax*), HR 12

februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570 (CZ).

96. Ktr. Amsterdam 2 oktober 2020,

ECLI:NL:RBAMS:2020:7613.

97. Hof Amsterdam 24 mei 2022,

ECLI:NL:GHAMS:2022:1569.

98. HR 22 september 2023,

ECLI:NL:HR:2023:1276 (*KLM*).

99. HR 5 november 1965, NJ 1966/136

(*Kelderluik*).

100. HR 11 november 2005, NJ 2008/460

(*Bayar/Wijnen*).

De grote tech-bedrijven met hun hoofdkantoren in Nederland, die vaak tientallen verschillende nationaliteiten op de payroll hebben staan en de netten van hun recruitmentinspanningen over de hele wereld uitwerpen, zijn dus gewaarschuwd

streckende verplichting hebben om actief te monitoren welke implicaties dat zoal op fiscaal gebied heeft voor de werknemers, dan een meer 'nationale' werkgever, met een enkele verdwaalde werknemer van buitenlandse komaf. De grote tech-bedrijven met hun hoofdkantoren in Nederland, die vaak tientallen verschillende nationaliteiten op de payroll hebben staan en de netten van hun recruitmentinspanningen over de hele wereld uitwerpen, zijn dus gewaarschuwd. Overigens denken we wel dat zulke internationaal bemenste bedrijven de risico's van een claim zoals waarmee KLM werd geconfronteerd door de twee Zwitserse piloten, zouden kunnen beperken door, bijvoorbeeld, jaarlijks een bepaald budget ter beschikking te stellen, dat de werknemer kan aanwenden om fiscaal advies in te winnen. In eerdere op artikel 7:611 BW gebaseerde uitspraken signaleerde de Hoge Raad namelijk ook dat de werkgever niet alleen aan zijn verplichtingen uit hoofde van die bepaling kan voldoen door zelf bepaalde maatregelen te treffen voor de werknemer, maar ook door hem financieel in staat te stellen dat te doen.¹⁰¹ Zo een bijdrage in de kosten hoeft zeker niet alle advieskosten te dekken, alleen al omdat de werknemer hierin in beginsel ook een eigen verantwoordelijkheid heeft, terwijl bovendien het jaarlijks ter beschikking stellen ervan in zichzelf kan worden gezien als een *wake-up call* van de werkgever aan de werknemer dat hij zijn positie in kaart moet brengen.

Eerder in 2023 deed de Hoge Raad ook een uitspraak over informatieplichten rond het verval van vakantie-aanspraken.¹⁰² Wettelijke vakantie-aanspraken vervallen zes maanden na het jaar waarin ze zijn opgebouwd, tenzij de werknemer redelijkerwijs niet in staat was om deze op te nemen (artikel 7:640a BW). Ze verjaren na vijf jaar (artikel 7:642 BW) Het HvJ EU acht vakantie een fundamenteel werknemersrecht. Voor hun gezondheid en de veiligheid op het werk is van essentieel belang dat werknemers kunnen recupereren van hun werk. Een werkgever moet zich er daarom voor inspannen dat werknemers daadwerkelijk vakantie kunnen opnemen en moet hen er ook op wijzen dat zij dat recht hebben. In de zaak die voorlag bij de Hoge Raad claimde de werknemer dat hem jarenlang vakantie was onthouden. Hoewel deze advocaat wel eens met zijn kantoor had gesproken over vakantie, was hem niet echt duidelijk dat die aanspraken ook zouden kunnen vervallen of verjaren. Het hof had geoordeeld dat de vakantieclaim voor een groot deel toewijsbaar was, nu de werkgever niet had voldaan aan zijn zorg- en informatieplicht. De vervaltermijn kon buiten toepassing blijven omdat de werknemer op die manier redelijkerwijs niet in staat was geweest om vakantie op te nemen. De verjaringstermijn moest buiten toepassing blijven, omdat de werkgever niet aan zijn informatieverplichtingen had voldaan. In aanmerking nemend dat de werknemer in kwestie een advo-

caat was, gaat dat best ver. In cassatie lag de nadruk op de vraag wat heeft te gelden als de zorg- en informatieplicht is geschonden, en de Hoge Raad beantwoordde die op dezelfde wijze als het hof. Wanneer er nu van zo'n schending sprake is, daar zegt de Hoge Raad eigenlijk niet zo veel over. In het licht van de vergaande rechtspraak van het HvJ EU is dit geen verbazingwekkende uitspraak. Hij bevestigt wel, nog eens, dat het recht op vakantie, een recht is dat op een enorm hoog voetstuk staat.¹⁰³ Nu we het toch – bijna aan het einde van deze kroniek gekomen – over vakantie hebben, is nog vermeldenswaard dat de Hoge Raad in een uitspraak van begin juni 2023 oordeelde dat het er voor de hoogte van tijdens vakantie door te betalen loon niet toe doet of het om wettelijke vakantiedagen gaat of (in dit geval) via de cao toegekende extra dagen.¹⁰⁴ Ook over die dagen moet het normale loon worden betaald, volledig. Het is niet toelaatbaar voor bovenwettelijke dagen een lagere loonaanspraak toe te kennen. Dat is in die zin best vreemd, dat de werkgever niet wettelijk verplicht is zulke bovenwettelijke dagen toe te kennen. Maar als hij het doet, hebben die dagen dus dezelfde waarde als de wettelijke dagen. Hier geldt dus niet dat wie het meerdere mag (helemaal geen bovenwettelijke vakantiedagen toekennen) ook het mindere mag (bovenwettelijke vakantiedagen toekennen met een andere, geringere, loonwaarde dan de wettelijke vakantiedagen). Of dat de werkgever stimuleert om extra vrijaf te geven, is twijfelachtig. Ook blijkt uit deze zaak dat er moet worden uitgegaan van een ruim begrip vakantiedag. Als vrije tijd is toegekend om de werknemer doorbetaald met rust en ontspanning te laten bijkomen van zijn werkzaamheden, is dat vakantie. Ook wanneer de werknemer die vrije tijd vervolgens anders inzet.¹⁰⁵

10. Werknemersaansprakelijkheid

Alleen al wegens de curiositeitswaarde verdient een uitspraak van de Hoge Raad van 2 december 2022 vermelding.¹⁰⁶ Deze gaat namelijk over werknemersaansprakelijkheid. De lat daarvoor ligt hoog. Voordat een werkgever schade op een werknemer kan verhalen die bij de uitoefening van het werk is toegebracht, moet de werknemer die opzettelijk of bewust roekeloos hebben toegebracht aan de werkgever. Een geslaagde schadeclaim komt daarom niet zo gek vaak voor. In dit geval was een hoofd administratie aangesproken tot vergoeding van schade die was ontstaan doordat een directeur een aanzienlijk bedrag had verduisterd. De directeur was strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld, het hoofd administratie – ondanks aandringen van de werkgever – niet. Aan de werkgever gelieerde vennootschappen probeerden de schade vervolgens in een civiele procedure op basis van 'gewone' onzorgvuldigheid van de werknemer met een beroep op onrechtma-

tige daad te verhalen. De Hoge Raad oordeelt echter dat de zware maatstaf van artikel 7:661 BW onder omstandigheden ook kan worden ingeroepen jegens andere, aan de formele werkgever gelieerde werkmaatschappijen. Die mogelijkheid bestond hier omdat de werkneemster ook voor die andere maatschappijen werkzaamheden verrichtte en het haar gemaakte verwijt geheel zag op de wijze waarop zij haar werkzaamheden had verricht. Naar Nederlands recht bestaat in zijn algemeenheid geen concern-werkgeverschap, maar net als in een aantal eerdere gevallen, is de Hoge Raad ook hier niet blind voor de concern-context bij de bepaling van de werkgeversplichten.¹⁰⁷ De gekozen uitkomst lijkt ons geheel juist; niet valt in te zien waarom een werknemer de bescherming van artikel 7:661 BW onthouden zou kunnen worden doordat de werkgever ervoor kiest te werken met een personeelsvennootschap die het formele werkgeverschap invult, terwijl andere entiteiten als materiële werkgever optreden. Dan behoort de werknemer, wanneer hij door die laatstgenoemde entiteiten wordt aangesproken tot vergoeding van schade die hij hun bij het uitvoeren van het werk heeft toegebracht, ook een beroep toe te komen op artikel 7:661 BW.

¹⁰¹. Denk aan de op art. 7:611 BW gebaseerde verzekeringsplicht van de werkgever voor verkeersongevallen, waaraan de werkgever kan voldoen door de werknemer financieel in staat te stellen zelf een verzekering af te sluiten (HR 1 februari 2008, *NJ* 2009/331).

¹⁰². HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:955, *JAR* 2023/195.
¹⁰³. Zie HvJ EU 6 november 2018, C-648/16, ECLI:EU:C:2018:874 (*Max Planck*) en HvJ EU 22 september 2022, C-120/21, ECLI:EU:C:2022:718 (*LB*).
¹⁰⁴. HR 9 juni 2023,

Met het rode potlood in de hand kunnen ook *NJB*-lezers binnenkort invloed uitoefenen wie die grote klus mogen gaan klaren

11. Tot besluit

Veel is onzeker. Behalve dan dat er de komende tijd veel te doen zal zijn over bestaanszekerheid. En dat er allerlei voorstellen besproken gaan worden die, op zijn minst in hun woordspelige citeertitels, 'iets' gaan doen met flexibiliteit en zekerheid. Met het rode potlood in de hand kunnen ook *NJB*-lezers binnenkort invloed uitoefenen wie die grote klus mogen gaan klaren. De afgelopen jaren kenmerkten zich door stilstand, hopelijk zal dat een adempauze blijken te zijn geweest voorafgaand aan een serieuze stap voorwaarts. De plannen die er tot nu toe liggen, lijken die kwalificatie nog niet te verdienen. •

ECLI:NL:HR:2023:816.

¹⁰⁵. Zie over deze uitspraak ook S.A. Slootweg & G.W. van der Voet, "“Vakantievoer” van de Hoge Raad", *TAP* 2023/235.

¹⁰⁶. HR 2 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1813, *NJ* 2022/382.

¹⁰⁷. HR 25 mei 2010, *NJ* 2010/495

(herplaatsing binnen concern); HR 5 april 2013, *NJ* 2013/389 (overgang van onderneming langdurig intra concern gedetacheerde werknemer).