



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Beste werknemer, [pas op:] de regelgeving wijzigt [!!!] over de informatie- of waarschuwingsplicht van de goede werkgever

Sagel, S.F.; Timp, I.L.N.

Citation

Sagel, S. F., & Timp, I. L. N. (2024). Beste werknemer, [pas op:] de regelgeving wijzigt [!!!]: over de informatie- of waarschuwingsplicht van de goede werkgever. *Arbeidsrecht*, 2024(2), 3-8. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4210292>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4210292>

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

Beste werknemer, [pas op:] de regelgeving wijzigt [!!!]

Over de informatie- of waarschuwingsplicht van de goede werkgever

ArbeidsRecht 2024/10

In een uitspraak van 22 september 2023 oordeelde de Hoge Raad dat de werkgever in het algemeen geen adviserende taak heeft jegens zijn werknemers, waar het gaat om veranderde fiscale regelgeving. Maar op grond van de norm van goed werkgeverschap uit artikel 7:611 BW “kan” hij “onder omstandigheden” toch wel gehouden zijn om werknemers “in kennis te stellen” van dergelijke wijzigingen.² In het verleden leidde de Hoge Raad al vaker informatieplichten voor de werkgever af uit deze bepaling, zoals 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 om daarmee te hebben ingestemd.³ In dit artikel gaan wij in op de betekenis van de uitspraak van 22 september 2023 voor de praktijk: wanneer kan van werkgevers worden verlangd dat zij werknemers informeren of waarschuwen ter zake van veranderende regelgeving, waaronder fiscale? En als zo een plicht wordt aangenomen, wat behelst die dan? Kan een informatieplicht in bepaalde gevallen “omslaan” naar een waarschuwingsplicht, en zo ja waarvan is dat afhankelijk? En ziet die informatie- of waarschuwingsplicht alleen op gewijzigde wetgeving of strekt zij zich ook uit tot rechtspraak van de Hoge Raad?

1. Het KLM-arrest: naheffing inkomstenbelasting na wijziging fiscale regelgeving

In de uitspraak die de aanleiding vormt voor deze bijdrage, ging het om de vraag of KLM als goed werkgever twee in Zwitserland wonende verkeersvliegers met de Zwitserse nationaliteit had moeten waarschuwen voor, althans informeren over, een wijziging van het belastingverdrag tussen Zwitserland en Nederland. Door die wijziging van de fiscale regelgeving waren de vliegers vanaf 2012 in Nederland loonbelasting verschuldigd, daarvoor niet. De Belastingdienst legde hen forse navorderingsaanslagen inkomstenbelasting op van respectievelijk € 1.1 miljoen en € 600.000. Noch KLM, noch de vliegers hadden hiermee rekening gehouden: KLM had ten onrechte geen loonbelasting ingehouden op het aan

de vliegers betaalde loon en ook voor de vliegers kwamen deze navorderingsaanslagen uit de lucht vallen. Leverde het stilzwijgen van KLM richting de vliegers strijd met de norm van goed werkgeverschap op?

Anders dan de kantonrechter, oordeelde het hof dat er geen waarschuwings- of informatieplicht op KLM rustte. In casusatie kwamen de vliegers met succes op tegen dat oordeel. Volgens de Hoge Raad is een werknemer weliswaar zelf verantwoordelijk voor correcte nakoming van zijn fiscale verplichtingen en heeft de werkgever daarbij “in beginsel” geen adviserende taak, maar “kan” deze uit hoofde van de norm van goed werkgeverschap “onder omstandigheden” wel gehouden zijn de werknemer “in kennis te stellen” van een wijziging van regelgeving die voor diens fiscale positie van belang is.

2. Eigen verantwoordelijkheid werknemer; in beginsel geen adviserende taak werkgever

De uitspraak van de Hoge Raad maakt duidelijk dat geen sprake is van een *hard and fast rule* dat de werkgever zijn werknemers moet voorlichten over wijzigingen van regelgeving in de sfeer van de inkomstenbelasting, die voor de werknemer relevant kunnen zijn.⁴ De hoofdregel is dat de werknemer zelf verantwoordelijk is voor een correcte nakoming van zijn fiscale verplichtingen. Dat strookt met het adagium dat een ieder geacht wordt de wet te kennen. Als tegenhanger van dit beginsel wordt een beroep op rechtsdwaling dan ook in het algemeen niet aanvaard.⁵ Een rechtsdwaling komt in beginsel voor eigen risico van de dwalende.⁶ In het verlengde daarvan is het sinds jaar en dag vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat voor het gaan lopen van de verjaringstermijn niet vereist is dat de benadeelde bekend is met de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden die recht geven op een bepaalde schadevergoeding.⁷

Bij deze nadruk op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer past dat de Hoge Raad meent dat de werkgever in beginsel geen adviserende taak heeft ter zake van de correcte nakoming van de fiscale verplichtingen door de werknemer. De omstandigheden van het geval kunnen echter reden zijn om in afwijking daarvan wel een informatie- of waarschuwingsplicht aan te nemen bij gewijzigde (fiscale) regelgeving. Voor harde regels is dus geen plaats; een

1 Prof. dr. mr. S.F. (Stefan) Sagel is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek en hoogleraar arbeidsrecht in Leiden. Mr. I.L.N. (Irina) Timp is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek.

2 HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1276, JAR 2023/273 (KLM).

3 Zie ook B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek van het sociaal recht’, NJB 2023/2446, par. 9 en HR 26 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4492, JAR 2007/285 (Rabobank); HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4043, JAR 2009/183 (Bos/Pax) en HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570 (CZ).

4 Zie ook B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek van het sociaal recht’, NJB 2023/2446, par. 9.

5 O.a. HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115, m.nt. C.E. du Perron (Bosman/Mr. G).

6 Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 619.

7 HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115, m.nt. C.E. du Perron.

casuïstische benadering is voorgeschreven. Dat maakt het vanzelfsprekend, naar zijn aard, nogal lastig te voorspellen of in een bepaald geval nu wel of geen informatie- of waarschuwingsplicht bestaat. Toch heeft de Hoge Raad de praktijk wel enige richting gegeven. Uit zijn uitspraak valt namelijk een aantal relevante gezichtspunten af te leiden, die in die beschouwing betrokken kunnen en, indien gemotiveerd aangevoerd, moeten worden.

3. Relevante gezichtspunten bij aannemen van een waarschuwings- of informatieplicht ...

Bij de beantwoording van de vraag of een werkgever gehouden is een werknemer *“in kennis te stellen”* van een wijziging van fiscale regelgeving die voor diens fiscale positie van belang is, zullen volgens de Hoge Raad in ieder geval de volgende gezichtspunten van belang kunnen zijn.

1 – Objectieve bekendheid van werkgever met wijziging regelgeving

In de eerste plaats is bij de beoordeling of een waarschuwings- of informatieplicht bestaat, van belang of de werkgever in verband met zijn eigen verplichting(en), zelf op de hoogte moest zijn van een bepaalde wijziging. Sterker nog, de Hoge Raad overwoog dat een waarschuwings- of informatieplicht *“in het bijzonder”* kan worden aangenomen als de informatie evenzeer van belang is voor de verplichting tot inhouding en afdracht van de loonbelasting, die op de werkgever rust. Aan dit gezichtspunt komt daarmee relatief veel gewicht toe. De Hoge Raad licht dat toe met de overweging dat een werkgever uit hoofde van die verplichting immers van dergelijke informatie op de hoogte *“behoort”* te zijn. Het gaat hier dus om een geobjectiveerd criterium ten aanzien van het dragen van kennis van de betreffende informatie. Een werkgever zal niet met succes kunnen betogen dat op hem geen waarschuwings- of informatieplicht rustte, omdat hij feitelijk niet van een op hem rustende verplichting op de hoogte was, terwijl hij dat wel had moeten zijn. Het enkele feit dat een verplichting bestaat die op de werkgever rust, brengt mee dat de werkgever geacht wordt die te kennen. Het adagium dat een ieder geacht wordt de wet te kennen, geldt dus nadrukkelijk ook voor de werkgever, en kan aan de werkgever door een werknemer worden tegengeworpen.

2 – Kans op schade door wijziging regelgeving en omvang van die schade

Volgens de Hoge Raad is in de tweede plaats ook van belang of en in hoeverre de werknemer nadelige gevolgen kan ondervinden van onbekendheid met de informatie (over de gewijzigde regelgeving). Deze zinsnede maakt duidelijk dat zowel de kans op schade als de omvang van mogelijke nadelige gevolgen gewicht in de schaal legt: hoe groter de kans is dat schade wordt geleden en hoe groter het voor de werknemer in dat geval te verwachten nadeel is, des te eerder er aanleiding kan bestaan om aan te nemen dat er een waarschuwings- of informatieplicht op de werkgever rust. Bij een kleine kans op een beperkte schade zal de werkgever de

werknemer dus minder snel moeten informeren dan bij een grote kans op aanzienlijke schade.

3 – Omvang van de werkgever

In de derde plaats is de omvang van de werkgever relevant. De vliegers hadden erop gewezen dat KLM een grote professionele werkgever is met een eigen fiscale afdeling en vele in het buitenland wonende werknemers, en de Hoge Raad acht ook dat van belang. Van zo een grote organisatie kan dan ook meer worden verwacht dan van de bakker op de hoek. *Grandesse oblige* in arbeidsrechtland. Dat is, op zichzelf, niets nieuws. Er wordt wel vaker aangenomen dat op een grote werkgever meer of verderstrekkende (zorg)verplichtingen rusten, dan op een mkb-bedrijf of kleine werkgever. Zoals in de *Ecofys*-beschikking, waarin de Hoge Raad *“de aard en omvang van het bedrijf van de werkgever”* uitdrukkelijk als relevant gezichtspunt noemde voor de beoordeling van de vraag of een werkgever een werknemer voldoende in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren.⁸ Ook de herplaatsingsplicht van artikel 7:669 BW varieert al naargelang de omvang van de werkgever en het concern waartoe hij behoort.⁹

4 – Aard van de werkgever

Naast diens omvang, zo kan uit het arrest van de Hoge Raad worden afgeleid, zal ook de aard van de werkgever van belang zijn. Een bij uitstek internationale organisatie, die veel aan uitzendingen naar het buitenland doet en die een werknemersbestand heeft met allerlei nationaliteiten, zal een verderstrekkende 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.

Laat men de voorgaande aspecten wat nader op zich inwerken, dan ziet men daarin de gezichtspunten terug die de Hoge Raad in het *Kelderluik*-arrest¹⁰ formuleerde voor de beantwoording van de vraag of gevaarzetting een onrechtmatige daad oplevert.¹¹ 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. Vergelijkbare gezichtspunten heeft de Hoge Raad ook gehanteerd bij de invulling van de zorgplicht van de werkgever voor een veilige werkomgeving in de zin

8 HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:933, NJ 2021/318, m.nt. E. Verhulp (*Ecofys*), r.o. 4.1.3.

9 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, NJ 2019/56 (*Sliep*), r.o. 3.3.3 en 3.4.2; artikel 7:669 lid 5 BW; artikel 9 Ontslagregeling en de daarop gebaseerde toelichting.

10 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1996/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

11 Zie ook B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek van het sociaal recht’, NJB 2023/2446, par. 9.

van artikel 7:658 BW.¹² De gezichtspunten die de Hoge Raad in het KLM-arrest van belang heeft geacht, liggen in lijn met deze eerdere rechtspraak. Ook in dat arrest werd immers relevant geacht of de wijziging van de fiscale regelgeving (het “gevaar”) kenbaar was voor de werkgever, welke kans op schade er voor de werknemer was (en welke omvang die schade dan zou kunnen hebben), alsmede de bezwaarlijkheid van het nemen van maatregelen (voor een grote werkgever die de regelgeving moest kennen, is het verstrekken van informatie daarover een kleine moeite).

4. ... en een aantal additionele gezichtspunten

De hierboven genoemde gezichtspunten, die uit de uitspraak van de Hoge Raad afgeleid kunnen worden, zijn vanzelfsprekend niet limitatief. Bij de beoordeling of in een bepaald geval een waarschuwings- of informatieplicht op de werkgever rust, komt het immers aan op een holistische weging van *alle* relevante omstandigheden van het geval. Dat ligt alleen al in de rede, omdat die plichten zijn gestoeld op de norm van goed werkgeverschap, die naar zijn aard vraagt om zo een brede blik. Aan welke additionele gezichtspunten zou gedacht kunnen worden?

5 – Aard van de functie en het kennis- en ervaringsniveau van de werknemer

Net als de aard en omvang van de werkgever van belang zijn, kunnen ook (de aard van) de functie van de werknemer, evenals diens persoonlijke omstandigheden zoals zijn opleidings- en ervaringsniveau van belang zijn bij de beoordeling of op een werkgever een waarschuwings- of informatieplicht rust. Zo mag van een *tax-specialist* bij een van de *Big Four accounting firms* eerder worden verwacht dat deze van zijn, gewijzigde, fiscale verplichtingen op de hoogte is, dan van een laaggeschoolde arbeidsmigrant die tijdelijk werkzaam is in Nederland en een praktisch beroep uitoefent. Tegelijkertijd geldt dat ook deze laatstgenoemde groep geacht wordt het recht te kennen: het enkele feit dat een werknemer zijn verplichtingen niet kent, betekent – gelet op de door de Hoge Raad genoemde eigen verantwoordelijkheid – dan ook niet zonder meer dat op de werkgever een waarschuwings- of informatieplicht rust. De persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals diens kennis- en ervaringsniveau, kunnen echter, in samenhang met de andere omstandigheden van het geval, wel gewicht in de schaal leggen.

6 – Aard, inhoud en kenbaarheid van de wijziging voor de werknemer

Andere relevante gezichtspunten lijken ons de aard en inhoud van de betreffende wijziging van de regelgeving en, daarmee samenhangend, de kenbaarheid daarvan voor de werknemer. Zoals hiervoor is aangegeven, brengt het feit dat een ieder behoort de wet te kennen mee dat er in zijn

algemeenheid geen informatie- of waarschuwingsplicht is voor wijzigingen van regelgeving. Maar die fictie laat onverlet dat de ene wijziging van regelgeving de andere niet is. Ook daarvoor zou de rechter de ogen niet moeten sluiten bij de beoordeling of een informatie- of waarschuwingsplicht moet worden aangenomen. Aan sommige wijzigingen wordt niet alleen in vaktijdschriften, maar ook in de reguliere nieuwsmidia uitvoerig aandacht besteed, juist omdat de gevolgen ervan voor grote groepen in de samenleving ingrijpend zijn, omdat er sprake is van een fundamentele herbezinning of een radicale koerswijziging in de regelgeving. Andere wijzigingen trekken geen enkele aandacht in de media, hoewel de gevolgen ervan voor individuele werknemers wel degelijk verstrekkend zijn. Dit onderscheid kan wat ons betreft best doorklinken bij de beoordeling of op de werkgever een informatie- of waarschuwingsplicht rust. De verantwoordelijkheid zal minder ver strekken in die gevallen waarin de werkgever er redelijkerwijs van mag uitgaan dat de werknemer een wijziging niet alleen zou moeten kennen op grond van de fictie dat iedereen dat nu eenmaal “behoort” te doen, maar omdat het eigenlijk niet anders kan zijn dan dat hij die wijziging op grond van algemeen toegankelijke bronnen ook daadwerkelijk kent. Terwijl de werkgever juist wel moet waarschuwen als sprake is van een beperkte wijziging in (fiscale) regelgeving die die media-aandacht niet heeft getrokken, die de werkgever uit eigen hoofde behoort te kennen en die voor bepaalde werknemers zeer verstrekkende consequenties kan hebben.

7 – Maatregelen die de werkgever wel heeft getroffen; adviesbudget

Een ander gezichtspunt dat volgens ons kan meewegen bij de beoordeling of op de werkgever een informatieplicht rust, wordt gevormd door de voorzorgsmaatregelen die de werkgever in zijn algemeenheid heeft getroffen om schade zoals die is opgetreden, te voorkomen. Te denken valt aan het door de werkgever ter beschikking stellen van een budget voor juridisch of fiscaal advies, of het in het leven roepen van een fiscale *helpline*, aan werknemers die werken in een internationale setting, die daardoor potentieel met wijzigingen in fiscale regelgeving te maken krijgen. Zeker wanneer het budget ook nog eens gepaard gaat met de uitdrukkelijke waarschuwing dat het de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer is om dat budget jaarlijks aan te wenden om zijn positie te laten doorlichten, zou dat een zwaarwegende contra-indicatie moeten zijn voor het aannemen van een informatieplicht van de werkgever.

8 – Bezwaarlijkheid van informatieverstrekking wegens nadelige gevolgen voor werkgever

Denkbaar is ook dat bepaalde (gewijzigde) regelgeving negatieve (financiële) gevolgen voor een werkgever teweeg kan brengen wanneer werknemers zich jegens hem op die regelgeving gaan beroepen en aanspraak maken op daaruit volgende rechten. Moet de werkgever zich dan “roomser dan de paus” opstellen en de werknemers desondanks actief informeren of zelfs waarschuwen dat zij die rechten jegens de werkgever te gelde kunnen maken, zelfs wanneer hem

¹² HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, NJ 2008/460 (*Bayar/Wijnen*), bevestigd in HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT6013, NJ 2008/461 (*Hooge Huys/Visser*).

dat in financiële problemen brengt? Of mag de werkgever stilletjes afwachten *of* en *totdat* werknemers uit zichzelf gaan “piepen”?¹³

Wij menen dat ook eventuele nadelige gevolgen en de omvang daarvan aan de zijde van de werkgever, wanneer werknemers aanspraak maken op bepaalde rechten volgend uit (gewijzigde) regelgeving, best kunnen meewegen bij de beoordeling of op die werkgever een informatie- of waarschuwingsplicht rust. Dat sluit ook aan bij het eerdergenoemde *Kelderluik*-gezichtspunt: de bezwaarlijkheid van het nemen van maatregelen. De werkgever zal naar onze mening, binnen bepaalde grenzen, ook mogen opkomen voor zijn eigen belangen. Naarmate de nadelige gevolgen voor een werkgever ernstiger zijn, zal dit gezichtspunt zwaarder kunnen wegen.

5. Van informatieplicht tot waarschuwingsplicht

Op basis van onder meer de bovengenoemde gezichtspunten zal van geval tot geval moeten worden vastgesteld of uit de norm van goed werkgeverschap uit artikel 7:611 BW een voorlichtingsplicht met betrekking tot wijziging van regelgeving voortvloeit: in het ene geval zal dat wel zo zijn en in het andere geval niet. De vervolgvraag is of die gezichtspunten ook van belang zijn voor de vaststelling *hoever* die plicht gaat. Kan een werkgever in het ene geval volstaan met (summier) informeren, terwijl hij in een ander geval de werknemer indringend moet waarschuwen, of er zelfs op moet toezien dat de werknemer de gegeven waarschuwing ter harte neemt en maatregelen treft? Anders gezegd, kan worden aangenomen dat sprake is van verschillende verschijningsvormen van de informatieplicht voor de werkgever ten aanzien van gewijzigde regelgeving; met strengere en minder strenge gradaties en varianten? Wij menen dat dit het geval is. Ook de Hoge Raad lijkt hiervan uit te gaan, nu hij over een “*waarschuwings- of informatieplicht [onze onderstreping, SFS en ILNT]*” spreekt.¹⁴

Hoewel de grens tussen waarschuwen en informeren niet steeds eenvoudig te trekken zal zijn, menen wij dat waarschuwen in de regel verder zal gaan dan informeren. Waarschuwen veronderstelt immers dat iemand (actief) in de gelegenheid wordt gesteld om maatregelen te treffen om schadelijke gevolgen te voorkomen, zoals in de wetgeschiedenis over de aannemingsovereenkomst terugkomt.¹⁵ Gewezen kan bovendien worden op het *Jetblast*-arrest dat, net als het *Kelderluik*-arrest, op het leerstuk van

onrechtmatige gevaarzetting zag.¹⁶ Daarin overwoog de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag of een waarschuwing kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op bescherming tegen een bepaald gevaar, van doorslaggevend beteken is “*of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden*”. Deze formulering komt terug in de rechtspraak over werkgeversaansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad was onvoldoende gewaarschuwd indien een werknemer slechts “*op de hoogte kan zijn van het gevaar*”.¹⁷ Een waarschuwingsplicht zal meebrengen dat de werkgever de werknemer wijst op de negatieve gevolgen die een ontwikkeling – bijvoorbeeld een wijziging van regelgeving – voor hem kan hebben, opdat deze maatregelen kan en naar verwachting zal treffen. Waarschuwen behelst, met andere woorden, dat de werknemer daadwerkelijk op zodanige wijze wordt aangespoord om maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij schade lijdt, dat er in zijn algemeenheid van mag worden uitgegaan dat die maatregelen ook worden genomen.

De grens met enkel *informeren*, kan, als gezegd, echter dun en in bepaalde gevallen zelfs flinterdun zijn. Ook in geval van een informatieplicht – niet zijnde een waarschuwingsplicht – kan immers soms van de werkgever worden verlangd dat deze de werknemer informeert over *de gevolgen* van een (rechts)handeling. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de rechtspraak over het studiekostenbeding en de werknemersopzegging. Daaruit volgt dat een werkgever verplicht kan zijn om de werknemer over de (ernstige) gevolgen van een studiekostenbeding,¹⁸ respectievelijk een vrijwillige opzegging, voor te lichten.¹⁹ Ook ten aanzien van vakantiedagen rust op de werkgever een vergaande informatieverplichting: de werkgever moet de werknemer daadwerkelijk in staat hebben gesteld zijn vakantie met behoud van loon uit te oefenen.²⁰ Dat kan meebrengen dat de werkgever zijn werknemers periodiek informeert over de nog openstaande (minimum)vakantiedagen en over de geldende vervaltermijn of verjaringstermijn.²¹ Een informatieplicht kan zich echter soms ook beperken tot informatieverschaffing *sec* *zonder* daarbij expliciet te wijzen op de gevolgen. In dat geval is het verschil met een waarschuwingsplicht het grootst. Een voorbeeld van zo een gecodificeerde “*simpele*” informatieplicht betreft artikel 7:655 BW op grond waarvan de werkgever gegevens over wezenlijke elementen van de arbeidsovereenkomst moet vermelden.

13 Zie Hof Den Haag 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2618, *JAR* 2019/293, *RAR* 2020/15 voor een strenge uitspraak waarin werd beslist dat op een werkgever op grond van artikel 7:611 BW de verplichting rust om in gevallen waarin de transitievergoeding verschuldigd is, deze proactief uit te keren in plaats van het beleid te hanteren dat slechts wordt betaald als de werknemer (tijdig) “piept”.

14 *KLM*-arrest, r.o. 3.2, laatste zin.

15 Vgl. *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, nr. 3 (MvT), p. 33 over artikel 7:754 BW (waarschuwingsplicht aannemer).

16 HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224 (*Jetblast*).

17 *Bayar/Wijnen*-arrest, r.o. 3.3.2.

18 HR 10 juni 1986, ECLI:NL:HR:1983:AC2816, *NJ* 1983/796 (*Muller/Van Opzeeland*), r.o. 3.1, waarin de Hoge Raad overwoog dat als een studiekostenbeding bij beëindiging van het dienstverband voor de werknemer een terugbetalingsverplichting in het leven roept “(…) *deze voor de werknemer zo ernstige consequentie duidelijk aan hem moet zijn uiteengezet*”.

19 Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 25 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2138 (*CoolCat*), r.o. 3.4.2.

20 HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:955, r.o. 3.1.2 onder verwijzing naar HvJ EU 22 september 2022, C-120/21, ECLI:EU:C:2022:718 (*LB*), punt 57.

21 Zie bijvoorbeeld: concl. A-G R.H. De Bock 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:955, nr. 4.23.

Hoewel dat antwoord vanuit rechtszekerheidsperspectief niet erg aanspreekt, hangt het niet alleen van de omstandigheden van het geval af of een voorlichtingsplicht bestaat, maar bepalen die omstandigheden ook hoever die strekt. Dat laat zich verklaren door de holistische benadering die is voorgeschreven waar het gaat om de toetsing aan de norm van goed werkgeverschap uit artikel 7:611 BW. Een informatieplicht kan op enig moment “omslaan” naar een waarschuwingsplicht.²² Bij de beoordeling of die “omslag” wordt gemaakt, zullen dezelfde gezichtspunten van belang zijn, als hiervoor besproken in het kader van de beantwoording van de vraag of er een informatieplicht op de werkgever rust. De casuïstische blik die bij de beoordeling van het bestaan en de omvang van informatieverplichtingen is aangewezen, kan er zonder meer toe leiden dat de werkgever bij een en dezelfde wijziging van regelgeving, ten aanzien van sommige van zijn werknemers helemaal geen informatieverplichting heeft, ten aanzien van sommigen kan volstaan met het melden van de wijziging, terwijl bij anderen een waarschuwing op zijn plaats is. Maatwerk dus.

6. Toepassingsbereik waarschuwings- of informatieplicht

Interessant is ook wat het toepassingsbereik van de op artikel 7:611 BW gebaseerde waarschuwings- of informatieplicht voor gewijzigde regelgeving is. Ziet deze plicht alleen op gewijzigde fiscale regelgeving of ook op andere soorten van regelgeving? En moet die regelgeving afkomstig zijn van de wetgever of gaat het ook om jurisprudentiële normen, geformuleerd door de Hoge Raad? Het lijkt evident dat de waarschuwings- en informatieplicht een ruimere scope heeft dan alleen fiscale regelgeving: ook andere regelgeving kan immers ingrijpen in de arbeidsovereenkomst en verstrekken (financiële) consequenties hebben voor werkgevers en werknemers. Niet valt in te zien waarom dan geen waarschuwings- en informatieplicht zou kunnen gelden. Dat zou bovendien niet stroken met de hiervoor genoemde rechtspraak waarin de Hoge Raad in het verleden in andere arbeidsrechtelijke kwesties – die niet met fiscale regelgeving verband hielden – informatie- en waarschuwingsplichten heeft aanvaard, zelfs zonder dat een *wijziging* van de betreffende regelgeving aan de orde was, maar enkel en alleen omdat zich de situatie voordeed waarin de bescherming van die wetgeving door werknemers kon worden ingeroepen.

Maar hoe zit het met rechtspraak van de Hoge Raad? Het valt bepaald niet uit te sluiten dat er onder omstandigheden ook een verplichting kan gelden voor de werkgever om werknemers daarover te informeren, zeker in gevallen waarin de Hoge Raad daadwerkelijk “normstellend” optreedt. Moet een werkgever zijn langdurig arbeidsongeschikte werknemers er bijvoorbeeld van op de hoogte stellen dat zij op

grond van de *Xella*-beslissing²³ aanspraak kunnen maken op een vergoeding ter hoogte van de (gemaximeerde) transitievergoeding als zij hun werkgever een beëindigingsvoorstel doen? Dat zou betekenen dat er geen “piepplicht” voor de werknemer bestaat, zoals veelal is aangenomen.²⁴ De Hoge Raad heeft daarover tot op heden geen duidelijkheid gegeven.²⁵ Of moet hier worden aangenomen dat deze waarschuwingsplicht niet bestaat, alleen al omdat werknemers met slapende dienstverbanden wel zo ongeveer onder de spreekwoordelijke steen moeten hebben geleefd, willen zij de *Xella*-beslissing van de Hoge Raad hebben gemist. Die stond immers op de voorpagina's van alle kranten en mag dus wellicht wel bekend worden verondersteld.

En als we het hebben over de kwalificatiediscussie: moeten bijvoorbeeld werkgevers in de zorg – waar veel met zzp-contracten wordt gewerkt – die zzp'ers – of wellicht: schijnzelfstandigen – dan actief over het *Deliveroo*-arrest²⁶ en de mogelijke consequenties van de kwalificatiediscussie informeren en laten weten dat zij mogelijk – afhankelijk van de uitkomst van de kwalificatietoets – arbeidsrechtelijke (loon)vorderingen hebben tot vijf jaar terug? Of staat hier dan voorop dat het *Deliveroo*-arrest toch weer niet zo heel vernieuwend was, zodat van een wijziging van regelgeving geen sprake is?²⁷ En dat ook die uitspraak veel media-aandacht heeft getrokken? Of geldt hier dat deze “normstelling” door de Hoge Raad op zichzelf wel aanleiding kan geven tot het aannemen van een waarschuwings- of informatieplicht, maar dat informatieverstrekking voor vele werkgevers te bezwaarlijk zal zijn, indien zij de financiële consequenties van toewijzing van vijf jaar arbeidsrechtelijke (loon)vorderingen voor de gehele werknemerspopulatie niet (goed) kunnen dragen, terwijl zij eerder – ten onrechte – meenden dat zij met zzp'ers te maken hadden?

Het voert te ver deze vragen in dit artikel te beantwoorden, maar we kunnen in ieder geval niet volmondig stellen dat het toepassingsbereik van de waarschuwings- of informatieplicht zich niet tot dergelijke (gewijzigde) (jurisprudentiële) regelgeving uitstrekt. Ook hier zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld wat van de werkgever kan worden verlangd.

²² Zie ook: J.J.M. de Laat, ‘Goed-werkgeverschap en informatieverplichtingen’, *TAP* 2023/50, p. 18.

²³ HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (*Xella*).

²⁴ Zie o.a. C.J. Frikkee, ‘Na Xella: bij verplichte aanvulling derde ziektejaar geen slapend dienstverband’, *TRA* 2020/82, par. 3; J. Dop, ‘Nooit meer slapen’, *TAP* 2020/3, p. 19; P. Kruit, ‘Slapende dienstverbanden: een overzicht van Wvz tot Xella 2.0’, *ArbeidsRecht* 2023/12, par. 3 sub (ii); zie anders A.R. Houweling, ‘En ze leefden nog lang en gelukkig... Over de werkgeversplicht tot beëindiging van slapend dienstverbanden en betaling van transitievergoeding aan Doornroosjes’, *AR Updates* 2019-1182.

²⁵ Zie o.a. A.R. Houweling, ‘Slapende dienstverbanden na Xella 2.0: wide awake or still sleeping’, *TAP* 2022/267; concl. A-G R.H. De Bock 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1575, nr. 13.6 (*Ammeraal*).

²⁶ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*FNV/Deliveroo*).

²⁷ Zie B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek van het Sociaal Recht’, *NJB* 2023/2446, par. 4.

7. De nuance regeert ... en enige rechterlijke terughoudendheid lijkt geboden

De vraag of werkgevers gehouden zijn hun werknemers te informeren of te waarschuwen ter zake van gewijzigde regelgeving laat zich niet eenduidig beantwoorden. Hoewel werkgevers volgens de Hoge Raad in beginsel geen adviseerende rol hebben, zullen ze er rekening mee moeten houden dat uitzonderingen op die hoofdregel mogelijk zijn en dat zij (bepaalde) werknemers onder omstandigheden toch moeten informeren of zelfs moeten waarschuwen ter zake van wijzigingen in regelgeving. De omstandigheden van het geval zijn daarbij bepalend en de in deze bijdrage opgesomde gezichtspunten kunnen wellicht helpen om de afweging in het individuele geval te maken. Hoever de voorlichtingsplicht strekt, als deze eenmaal is aangenomen, zal eveneens van geval tot geval moeten worden gezien. De ene keer volstaat het bericht “*de regelgeving wijzigt*”, een andere keer zal de werkgever zowel “*pas op:*” vóór die mededeling als een (drietal) uitroepetekens(s) erachter moeten zetten. De scope van de informatieplicht zal veel meer kunnen omvatten dan veranderde fiscale regelgeving alleen: in ieder geval ook andere regelgeving en mogelijk zelfs normstellende regels van de Hoge Raad. Gelet hierop lijkt het in het bijzonder – maar niet uitsluitend – voor grote, professionele werkgevers zaak te zijn om (gewijzigde) regelgeving nauw te monitoren en te bezien of daar – gelet op de hiervoor besproken gezichtspunten – mogelijk voorlichtingsplichten uit voortvloeien. Bij twijfel kan het dan raadzaam zijn om het zekere maar voor het onzekere te nemen en werknemers te informeren over of zelfs te waarschuwen voor (aanstaande) wijzigingen. Wordt zo een bij-twijfel-wel-informeren-benadering echter op ruime schaal gehanteerd, dan zal dat wel weer tot gevolg kunnen hebben dat de informatieverplichting steeds verder gaat reiken: wat werkgevers geacht worden te doen op grond van artikel 7:611 BW, wordt immers in belangrijke mate gekleurd door wat zij in de praktijk plegen te doen. Wat ons betreft is hier echter wel echt enige rechterlijke terughoudendheid geboden. In een setting waarin de Hoge Raad heeft benadrukt dat het uitgangspunt is dat een werkgever zijn werknemers niet hoeft te adviseren over voor hen relevante wijzigingen van (fiscale) regelgeving, terwijl het bovendien in concrete gevallen lastig is om precies te bepalen wanneer een uitzondering op die hoofdregel moet worden aangenomen, zou de feitenrechter de werkgever hier enige beleidsruimte moeten gunnen. Daar past ook bij dat de werkgever in een concreet geval niet te snel wordt tegengeworpen dat hij in een eerder geval wel proactief heeft geïnformeerd.