

TRA 2023/69

Cassatiekroniek arbeidsrecht 2020-2022

N.T. Dempsey, datum 18-05-2023

Datum	18-05-2023
Auteur	N.T. Dempsey ^[1]
JCDI	JCDI:ADS702753:1
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht / Algemeen

1. Inleiding

Aan mij de eer om de arbeidsrechtscassatiekroniekstok van Rogier Duk over te nemen. De 'grote schoenen' die Rogier achterlaat,^[2] komen in ieder geval in deze eerste kroniek goed van pas bij het met zevenmijlslaarzen langslopen van de arbeidsrechtelijke uitspraken die de Hoge Raad de afgelopen drie jaar heeft gedaan. Hiervoor heb ik het net ruimer uitgegooid dan Rogier deed. Medezeggenschap, pensioen, cao-recht; als er een arbeidsrechtelijke dimensie aan de uitspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad verbonden was, heb ik deze meegenomen.^[3]

2. Lies, damn lies, and statistics

In een kroniek als deze kunnen enkele cijfers niet ontbreken. Allereerst het aantal arbeidsrechtelijke uitspraken (in de ruimste zin) van de Hoge Raad. In 2020 waren dat er 30, in 2021 27 en in 2022 maar liefst 42. Ik houd alleen rekening met de einduitspraken van de Hoge Raad. De tussenuitspraken in de aanloop naar prejudiciële vragen bij het HvJ EU zijn niet meegeteld. Naast deze 'reguliere' cassaties was er één cassatie in het belang der wet,^[4] gaf de Hoge Raad drie prejudiciële beslissingen,^[5] en heeft hij één keer zelf prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU.^[6]

Het slagingspercentage is over alle jaren circa 25 geweest. Ruim meer dan de helft van de verworpen cassatieberoepen heeft de Hoge Raad afgedaan met toepassing van art. 81 RO (verkorte standaard motivering). Opvallend is verder hoe vaak de Hoge Raad de conclusie van de Procureur-Generaal volgt: in 2020 bij 28 van de 30 uitspraken, in 2021 in alle zaken en in 2022 bij 40 van de 42 uitspraken. Zie tabel 1. Een gunstige conclusie van de Procureur-Generaal is weliswaar geen garantie dat men gelijk gaat krijgen van de Hoge Raad, maar kennelijk wel een duidelijke aanwijzing ...

Tabel 1

	2020	2021	2022
Uitspraken	30	27	42
Vernietiging	8	7	11

Verwerping (81 RO)	22 (14)	20 (12)	31 (21)
Conclusie gevolgd	28	27	40
Prejudiciële beslissing	2		1
Cassatie in het belang der wet			1
Prejudiciële vraag aan HvJEU	1		

Soms bekriipt de (werkgevers)advocaat het gevoel dat de Hoge Raad (en ook de feitenrechter) meer werknemers- dan werkgeversgezind is. Is dat gevoel terecht? Een analyse van de procedures tussen werkgevers en werknemers(organisaties) laat allereerst zien dat van werknemerszijde veel vaker de gang naar de Hoge Raad wordt gemaakt dan door werkgevers. Relatief gezien schommelt het slagingspercentage van cassaties ingesteld door werknemers tussen de 20 en 28 en van cassaties ingesteld door werkgevers tussen de 22 en 40. Enkel op de cijfers afgaand kan dan ook niet worden gezegd dat de Hoge Raad een duidelijk *bias* heeft ten voordele van werknemers. Zie tabel 2.

Tabel 2

	2020	2021	2022
Werknemer cassaties (waarvan geslaagd)	20 (4)	18 (5)	25 (7)
Werkgever cassaties (waarvan geslaagd)	10 (4)	9 (2)	17 (4)

Over welke arbeidsrechtelijke onderwerpen heeft de Hoge Raad zich de afgelopen drie jaar uitgesproken? Het beeld is divers: alle hoeken van het arbeidsrecht zijn aan bod gekomen, al heeft het merendeel van de procedures betrekking op ontslag en/of de daarbij te betalen vergoedingen. Zie tabel 3.

Tabel 3

	2020	2021	2022
Ontslag & vergoedingen	17	11	17
Discriminatie	2		2
Pensioen	3	3	7
CAO		3	1
Medezeggenschap	1		
Concurrentiebeding			4
Wijziging			1
Ziekte	1		
Kwalificatie	1	2	2
Vakantie en verlof		11	

Overgang van onderneming	1		1
Werkgeversaansprakelijkheid		4	
Art. 7:661 BW		1	3
IPR	1		4
Procesrecht	3	1	1
Varia	1		1

3. Deze uitspraken mag je niet hebben gemist

Het gaat het bestek van een kroniek als deze te buiten om alle 104 uitspraken van de Hoge Raad van de afgelopen drie jaar inhoudelijk te behandelen. Ook na het elimineren van de zaken die de Hoge Raad met art. 81 RO heeft afgedaan, blijven er nog 57 uitspraken over: te veel om te bespreken en ook niet allemaal (even) interessant voor de arbeidsrechtpraktijk.^[7] Hieronder volgt dan ook een noodzakelijkerwijs beperkte bloemlezing van de - volgens de schrijver van dit artikel althans - belangwekkendste arbeidsrechtelijke uitspraken van de Hoge Raad in de periode 2020-2022.

3.1 Wanneer is een overeenkomst een arbeidsovereenkomst? Groen/Schoevers revisited

Het kwalificatievraagstuk (wel of geen arbeidsovereenkomst) is en blijft een hot-topic dat de pennen en de rechtspraak in beweging houdt. In een zaak tussen de gemeente Amsterdam en een uitkeringsgerechtigde die werkzaamheden verrichtte op grond van de Participatiewet, nam de Hoge Raad de gelegenheid om zijn standaardarrest Groen/Schoevers te verduidelijken.^[8] In Groen/Schoevers had de Hoge Raad geoordeeld dat de rechtbank terecht tot uitgangspunt had genomen dat “ *partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten, en dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot een van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten.*”^[9] De Hoge Raad overweegt in X/Gemeente Amsterdam dat het bij het al dan niet kwalificeren van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst erom gaat of de overeengekomen rechten en plichten voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Hiervoor speelt volgens de Hoge Raad “ *anders dan uit het arrest Groen/Schoevers wel is afgeleid*” de bedoeling van partijen geen rol.^[10] Dat meer dan twintig jaar lang is aangenomen dat volgens de Hoge Raad de bedoeling van partijen wel een relevante factor is bij het kwalificatievraagstuk, lijkt echter niet zo vreemd gelet op de overwegingen van de Hoge Raad in Groen/Schoevers.

De bedoeling van partijen is overigens weer wel relevant bij het uitleggen van de overeenkomst, en voor hetgeen partijen aan rechten en plichten over en weer zijn overeengekomen. De rechter die zich voor de vraag gesteld ziet of sprake is van een arbeidsovereenkomst, moet eerst aan de hand van de Haviltex-maatstaf bepalen wat partijen zijn overeengekomen, en vervolgens op basis daarvan bepalen of de overeenkomst als een arbeidsovereenkomst te kwalificeren valt.^[11]

3.2 Maatstaf wijzigen van arbeidsvoorwaarden: één pot nat?

De vraag of en onder welke voorwaarden een werkgever arbeidsvoorwaarden eenzijdig mag wijzigen, blijft een onderwerp dat om de zoveel jaren terugkeert. Meest recentelijk heeft de Hoge Raad in het IFF-arrest de

discussie beslecht of een wijziging via art. 7:611 BW alleen voor individuele wijzigingen geldt of ook voor collectieve wijzigingen: het antwoord daarop is dat de Taxi Hofman en Stoof/Mammoet-maatstaf voor beide situaties geldt. Verder herhaalt de Hoge Raad in deze uitspraak, zoals hij in 2008 in Stoof/Mammoet al besliste, dat een werknemer niet pas in strijd met zijn verplichtingen als goed werknemer handelt als afwijzing van een redelijk voorstel van de werkgever naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.^[12] In een zeer lezenswaardige drieluik bespreekt Sagel het IFF-arrest en onderzoekt hij of het iets uitmaakt of een werkgever zich voor eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden bedient van een eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in art. 7:613 BW dan wel zich beroept op art. 7:611 BW.^[13]

3.3 Vergewisplicht bij vrijwillige aanvaarding rechtsmacht door werknemer

Op grond van art. 22 lid 1 Verordening Brussel I-bis moet de werkgever die tegen een werknemer een procedure begint, dit doen voor het bevoegde gerecht van het woonland van de werknemer. Een forumkeuze is op grond van art. 23 Verordening Brussel I-bis alleen geldig indien die is afgesproken na het ontstaan van het geschil. Als de werknemer toch voor een ander gerecht verschijnt en de bevoegdheid niet betwist, is dat gerecht op grond van art. 26 Verordening Brussel I-bis bevoegd. Wel rust op de rechter in zo'n geval een 'vergewisplicht' of de werknemer op zijn recht is gewezen dat hij de bevoegdheid van de rechter kan betwisten. De Hoge Raad casseerde in 2022 een uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch omdat hij de motivering van het hof dat er “ *voldoende aanknopingspunten in het dossier [zijn]*” onvoldoende vond om aan te nemen dat de werknemer op zijn rechten was gewezen.

3.4 Wwz: Vervaltermijnen art. 7:686a lid 4 BW

In 2021 heeft de Hoge Raad zich in twee zaken uitgelaten over de vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 BW. In de zaak ABN Amro/X besliste de Hoge Raad dat een voor de hand liggende en in de praktijk gangbare en goed hanteerbare uitleg van de wettelijke regeling betreffende het eindigen van de arbeidsovereenkomst inhoudt dat deze eindigt op de laatste dag van de looptijd daarvan. Dit betekent dat, tenzij anders is afgesproken, een opzegging tegen het einde van de maand betekent dat de arbeidsovereenkomst op de laatste dag van de maand eindigt. Voor toepassing van de vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 sub a en b BW betekent dit dat de termijn voor indiening van een verzoekschrift dat strekt tot bijvoorbeeld vernietiging van een opzegging of toekenning van een billijke vergoeding of transitievergoeding, eindigt op de dag met hetzelfde nummer als dat van de laatste werkdag twee maanden resp. drie maanden later.^[14] Concreet betekent dit dat de vervaltermijn voor het indienen van een verzoek voor een transitievergoeding in geval van einddatum 30 april verstrijkt op 30 juli en in geval van einddatum 30 november verstrijkt op 28 februari (of 29 februari in een schrikkeljaar). Mocht de vervaltermijn verstrijken op een zaterdag, zondag of erkende feestdag, dan leidt toepasselijkheid van de Algemene termijnenwet ertoe dat de vervaltermijn op de eerstvolgende werkdag verstrijkt.

Eerder, in 2018, bepaalde de Hoge Raad al dat de vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 BW door de rechter niet ambtshalve mogen worden toegepast.^[15] De wederpartij zal daar dan ook een beroep op moeten doen wil de rechter een verzoek om die reden niet-ontvankelijk verklaren. In X/Pontmeyer oordeelde de Hoge Raad dat de rechter, indien een beroep op de vervaltermijn is gedaan, de termijn ambtshalve *correct* moet toepassen en dus zelfstandig moet vaststellen wanneer de termijn verstrijkt. Ook als partijen - om wat voor reden dan ook - uitgaan van een verkeerde datum.^[16]

3.5 Wwz: Schriftelijk aanzeggen betekent ook echt schriftelijk aanzeggen

Houdt de verplichting om schriftelijk het niet-verlengen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te zeggen in dat de werkgever ook werkelijk *schriftelijk* moet aanzeggen? De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend. Ook als de werknemer tijdig mondeling is aangezegd, direct aansluitend een nieuwe baan heeft gevonden en geen nadeel heeft ondervonden van het feit dat niet schriftelijk is aangezegd. Art. 7:668 BW is een regeling van dwingend recht waarin reeds een belangenafweging door de wetgever besloten ligt, zodat slechts in uitzonderlijke gevallen een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan

[17]

slagen.

3.6 Wwz: Ontbinding wegens verwijtbaar handelen (e-grond) hoeft geen laatste redmiddel te zijn

In de zaak Investinfuture Holding/X heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de invulling van de redelijke grond 'verwijtbaar handelen of nalaten' (de e-grond). Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis overweegt de Hoge Raad dat het verwijtbare handelen of nalaten zodanig moet zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Tevens moet het de werknemer tevoren duidelijk zijn geweest wat wel en wat niet door de werkgever als toelaatbaar wordt gezien (behoudens evidente zaken als diefstal en dergelijke), terwijl de eisen die de werkgever aan de werknemer mag stellen, gangbaar en niet buitensporig moeten zijn. De Hoge Raad bevestigt dat voor ontbinding op de e-grond - in tegenstelling tot bij een ontslag op staande voet - niet vereist is dat het verzoek tot ontbinding een laatste redmiddel is.^[18]

3.7 Wwz: Geen vuistregels voor aannemen ernstig verwijtbaar handelen (anders dan op basis van de omstandigheden van het geval, ook in onderling verband en samenhang bezien)

Nadat de Hoge Raad in 2020 in de zaak van de toneelschooldocent die o.a. tijdens bewegingslessen een studente meermalen had gemasseerd, de beschikking van Hof 's-Hertogenbosch wegens motiveringsgebreken had vernietigd,^[19] en vervolgens na verwijzing ook Hof Arnhem-Leeuwarden geoordeeld had dat geen sprake was van *ernstig* verwijtbaar handelen en dat de docent dus recht had op een transitievergoeding, werd in 2022 het tweede cassatieberoep van de toneelschool verworpen.^[20] De Hoge Raad bevestigt dat de uitzonderingsgrond dat een werknemer geen recht heeft op de transitievergoeding indien het einde van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig handelen of nalaten van de werknemer, terughoudend en alleen in uitzonderlijke, evidente gevallen moet worden toegepast. De Hoge Raad blijkt niet bereid als vuistregel te aanvaarden dat naar huidige maatschappelijke maatstaven seksueel grensoverschrijdend gedrag in een afhankelijkheidsrelatie (zoals die van een docent jegens een leerling) in beginsel ernstig verwijtbaar handelen oplevert. Bij de beoordeling of sprake is van ernstige verwijtbaarheid moeten, volgens de Hoge Raad, alle omstandigheden van het geval voor zover deze van invloed zijn op de verwijtbaarheid, worden betrokken, waaronder het handelen of nalaten van de werkgever (die een verantwoordelijkheid heeft om grensoverschrijdend gedrag in zijn organisatie te voorkomen en bij signalen daartegen op te treden).

In een zaak van een werkgever (advocatenkantoor) die tegen een zieke werknemer (secretaresse) bij wijze van zogenaamde grap had gezegd dat ze beter voor de trein kon springen, bepaalde de Hoge Raad over de wijze van beoordeling van de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dat daarvoor alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen, ook 'in onderling verband en samenhang' bezien. ^[21] De optelsom van diverse op zichzelf beschouwd niet ernstig verwijtbare gedragingen kan daarmee alsnog nog tot de conclusie ernstige verwijtbaarheid leiden.

3.8 Wwz: (Her)beoordeling in hoger beroep: van ex tunc, ex nunc en (veroordelingen tot) herstel met terugwerkende kracht

In 2020 heeft de Hoge Raad met drie uitspraken meer duidelijkheid gegeven over de reikwijdte van een (her)beoordeling in hoger beroep in Wwz-zaken. Uitgangspunt in het civiele procesrecht is dat hoger beroep devolutieve werking heeft en dat de gehele procedure wordt 'overgeheveld' naar de appelrechter. Die toetst dan *ex nunc*, op basis van de omstandigheden zoals die ten tijde van het hoger beroep gelden. In cassatie was de vraag aan de orde of die *ex nunc*-toetsing ook in alle Wwz-ontslagzaken moet worden toegepast. Wat als de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter wordt ontbonden wegens een verstoorde verhouding met een leidinggevende, de werknemer in hoger beroep gaat en de leidinggevende inmiddels niet meer bij de werkgever werkzaam is? Mag de arbeidsovereenkomst dan om die reden worden hersteld? De Hoge Raad heeft deze vraag ontkennend beantwoord. Als het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is afgewezen, moet dat verzoek in hoger beroep *ex nunc* worden beoordeeld en dus rekening houdend met alle relevante ^[22]

nieuwe omstandigheden die zich sinds de beslissing van de kantonrechter hebben voorgedaan. Indien de arbeidsovereenkomst in eerste aanleg is ontbonden, moet het hof *ex tunc* beoordelen of die ontbinding terecht was. Dat betekent dat het hof die ontbinding moet beoordelen op basis van de omstandigheden zoals die ten tijde van de beslissing van de kantonrechter golden.^[23] In 2019 had de Hoge Raad al beslist dat die beoordeling *ex tunc* er niet aan in de weg staat dat, op grond van de herstelfunctie van het hoger beroep, de werknemer nieuwe argumenten kan aandragen mits die betrekking hebben op de situatie die gold ten tijde van de beslissing van de kantonrechter.^[24] Als het hof tot het oordeel komt dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte was ontbonden, zal het *ex nunc* moeten beoordelen of het de arbeidsovereenkomst herstelt dan wel een voorziening treft (en zo ja, welke).^[25] Ingewikkelder wordt het waar het de beoordeling van het recht op en de omvang van een transitievergoeding en billijke vergoeding betreft. Die moeten door het hof weliswaar worden beoordeeld op basis van de ten tijde van het hoger beroep bekende feiten en omstandigheden, maar de vraag of sprake is van ernstige verwijtbaarheid moet volgens de Hoge Raad worden beantwoord aan de hand van de feiten en omstandigheden die zich voordeden tot het moment van de ontbinding.^[26] Het blijft puzzelen.

Als het hof oordeelt dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte is geëindigd, kan het op grond van art. 7:683 BW de werkgever veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Volgens de Hoge Raad kan het hof de arbeidsovereenkomst ook zelf herstellen, maar als het daar niet voor kiest en in plaats daarvan de werkgever veroordeelt tot herstel, betekent dit niet dat het hof de werkgever niet mag veroordelen tot loondoorbetaling vanaf de datum waarop de arbeidsovereenkomst hersteld moet worden.^[27] Omdat het hof de loonvordering had afgewezen, casseerde de Hoge Raad.

3.9 Berekening transitievergoeding bij onregelmatige opzegging

Medio 2020 heeft de Hoge Raad beslist dat de werkgever met strategisch onregelmatig opzeggen niet kan bewerkstelligen dat een lagere transitievergoeding wordt betaald. De werkgever had in deze zaak de arbeidsovereenkomst met inachtneming van één maand opzegtermijn opgezegd in plaats van de overeengekomen zes maanden om zo te voorkomen dat de transitievergoeding zou worden berekend volgens de - voor de werknemer veel gunstigere - regels die golden voor oudere werknemers met meer dan tien jaar dienstverband (art. 7:673a (oud) BW). Volgens de Hoge Raad brengt een redelijke wetsuitleg mee dat de wettelijke transitievergoeding wordt bepaald aan de hand van het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst zou zijn geëindigd indien de toepasselijke opzegtermijn wel volledig in acht zou zijn genomen.^[28]

3.10 Wwz: Partiële (Kolom) transitievergoeding en ontbinding

Sinds de Kolom-beslissing van de Hoge Raad uit 2018 weten we dat een substantiële en structurele vermindering van de arbeidsduur met ten minste 20% (bijvoorbeeld wegens gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid) aangemerkt moet worden als een gedeeltelijke beëindiging en ertoe leidt dat de werknemer recht heeft op een partiële transitievergoeding.^[29] Met deze beslissing rees de vraag hoe om te gaan met het geval dat de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer een andere, lager betaalde functie, voor (bijna) hetzelfde aantal uren gaat vervullen. Bestaat ook dan recht op een partiële transitievergoeding? De Hoge Raad beantwoordde deze prejudiciële vraag in zijn Sipor-beslissing ontkennend.^[30] Voor een partiële Kolom transitievergoeding is dus vereist dat sprake is van een arbeidsduurvermindering van ten minste 20%.

In de Victoria-beschikking overwoog de Hoge Raad dat uit zijn Kolom-beslissing niet volgt dat de rechter een arbeidsovereenkomst partieel kan ontbinden. De wet voorziet niet in de mogelijkheid van partiële ontbinding en de Hoge Raad oordeelt dat het zijn rechtsvormende taak te buiten zou gaan “ *om te voorzien in de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding*.”^[31] De Hoge Raad geeft vervolgens een opsomming van (de) vijf manieren waarop partijen een arbeidsovereenkomst gedeeltelijk kunnen beëindigen: (i) met wederzijds goedvinden, (ii) door het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst na beëindiging, (iii) via gedeeltelijke ontbinding wegens tekortkoming op grond van art. 7:686 BW, (iv) op basis van de mogelijke verplichting van een werknemer om in te stemmen met een redelijk voorstel overeenkomstig het Stoof/Mammoet-arrest, en (v) op basis van de mogelijke verplichting van de werkgever om aan een daartoe strekkend voorstel van de werknemer mee te werken op grond van de Wet flexibel werken of goed werkgeverschap.^[32] Degene die meer

wil lezen over partiële beëindiging en partiële transitievergoedingen na Kolom, Sipor en Victoria en over de strategische mogelijkheden die deze uitspraken de werknemer geven, doet er goed aan de analyse van Kruit te raadplegen.^[33]

3.11 Wwz: Transitievergoeding voor zieke werknemers: Xella continued

De antwoorden van de Hoge Raad op de Xella-prejudiciële vragen hebben vooral tot meer vragen geleid. Eind 2022 heeft de Hoge Raad een aantal van die vervolgvragen opgehelderd.^[34] In X/ESD-SIC heeft hij - in zeldzame afwijking van de conclusie van A-G De Bock - beslist dat de verplichting van de werkgever om mee te werken aan een verzoek van een langdurig zieke werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met toekenning van een transitievergoeding, pas is gaan gelden met ingang van de publicatie van de Wet compensatieregeling transitievergoeding in het Staatsblad (op 20 juli 2018). Voor die datum was een werkgever niet verplicht aan zo'n verzoek mee te werken.^[35] Op dezelfde datum oordeelde de Hoge Raad in X/Ammega Holding Nederland (i) dat werkgevers aanspraak kunnen maken op compensatie van de transitievergoeding voor zogenoemde (semi-)diepslapers (langdurig zieke werknemers die vóór 1 juli 2015 al twee jaar ziek waren) en (ii) dat werkgevers ook jegens (semi-)diepslapers gehouden zijn mee te werken aan een beëindiging van het dienstverband met betaling van de transitievergoeding. Voor de berekening van de transitievergoeding in zo'n geval kan het dienstverband fictief bekort worden tot het moment waarop de werkgever had kunnen opzeggen (d.w.z. het moment dat de werknemer meer dan twee jaar ziek was en herplaatsing niet meer mogelijk/te verwachten was).^[36] Werkgevers doen er dan ook goed aan mee te werken aan een beëindiging met wederzijds goedvinden in plaats van het aan te laten komen op opzegging: in zo'n geval zal de transitievergoeding immers op basis van de werkelijke einddatum berekend worden. Aan het meewerken aan een verzoek tot beëindiging met betaling van de transitievergoeding mag de werkgever overigens niet de voorwaarde verbinden dat de werknemer finale kwijting verleent, zo besliste de Hoge Raad in de in nr. 3.7 behandelde uitspraak van januari 2022.^[37]

3.12 Wwz: Het opzegverbod tijdens ziekte lives on na afwijzing UWV

Een van de (vele) vragen waartoe de Wwz heeft geleid, is de kwestie wat heeft te gelden indien een werknemer ná het indienen van een ontslagaanvraag bij UWV ziek wordt en UWV de aanvraag afwijst. Geldt dan wel of niet het opzegverbod tijdens ziekte in een daarop door de werkgever gestarte ontbindingsprocedure? De literatuur en lagere jurisprudentie waren verdeeld. Die verdeeldheid heeft ertoe geleid dat A-G De Bock het (zeer) bijzondere rechtsmiddel cassatie in het belang der wet (art. 78 RO) instelde om deze vraag aan de Hoge Raad voor te leggen. A-G De Bock concludeerde dat het door haar ingestelde cassatieberoep in het belang der wet zou moeten worden verworpen omdat het opzegverbod in de ontbindingsprocedure alsnog zou behoren te gelden. De Hoge Raad volgde de A-G niet en oordeelde dat een ziekmelding na indiening van een ontslagaanvraag bij UWV het toewijzen van een verzoek tot ontbinding op grond van art. 7:671b lid 1 sub b BW niet in de weg staat.^[38]

3.13 Buitengerechtelijke vernietiging als alternatief voor ontslag/ontbinding

Het gesloten stelsel van het Nederlandse ontslagrecht is zo goed als, maar toch niet helemaal, dichtgetimmerd. Vernietiging van een arbeidsovereenkomst met toepassing van het algemene leerstuk van bedrog (art. 3:44 lid 1 BW) is mogelijk. Hiervoor geldt volgens de Hoge Raad dat voor vernietiging wegens bedrog *niet* de aanvullende eis wordt gesteld dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken. In de woorden van de Hoge Raad: “ *Het wettelijke stelsel van het ontslagrecht [strekt niet] tot bescherming van een werknemer die bedrog pleegt bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst.*” Voor zover een werkgever toch enig voordeel heeft genoten van de arbeidsovereenkomst, kan dat wel een rol spelen bij de beslissing van de rechter om aan de vernietiging geheel of ten dele haar werking te ontzeggen (art. 3:53 lid 2 BW) en bij het bepalen van het loonbedrag dat de werknemer aan de werkgever moet terugbetalen (art. 6:203 BW).^[39]

3.14 Non-concurrentiebeding: wel en niet te respecteren belangen werkgever

Indien een werknemer de rechter vraagt om een non-concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen, dient op grond van art. 7:653 lid 3 BW een belangenafweging plaats te vinden. Wordt de werknemer door het beding onbillijk benadeeld in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever? Het belang van de werkgever om een werknemer nog een zekere tijd in dienst te houden, ook wanneer de werkgever tijd nodig heeft om in een krappe arbeidsmarkt vervanging te vinden, is volgens de Hoge Raad *geen* belang dat mag worden meegewogen. Een non-concurrentiebeding is niet bedoeld om personeel aan de werkgever te binden.^[40]

3.15 De Waadi en zzp'ers

Diverse bepalingen in de Waadi dienen ter implementatie van de Uitzendrichtlijn.^[41] In 2017 oordeelde de Hoge Raad al dat de wetgever heeft beoogd de Uitzendrichtlijn in de Waadi getrouw om te zetten in nationaal recht, hetgeen betekent dat de bepalingen van de Waadi in overeenstemming met de Uitzendrichtlijn moeten worden uitgelegd. In diverse bepalingen spreekt de Uitzendrichtlijn niet alleen over “*werknemers met een arbeidsovereenkomst*” maar ook over het EU-rechtelijk ruimere begrip ‘*arbeidsverhouding*’. Dit leidde in 2017 tot het oordeel van de Hoge Raad dat het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi zo moet worden gelezen dat met “*geen belemmeringen (...) voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst*” tevens is bedoeld geen belemmering voor de totstandkoming van een arbeidsverhouding.^[42] Het belemmeringsverbod kan er dan ook aan in de weg staan dat het een uitzendkracht wordt verboden als zzp'er voor de opdrachtgever van de uitzendwerkgever werkzaam te zijn. Daarentegen oordeelde de Hoge Raad in 2022 dat ter beschikking gestelde zzp'ers geen beroep toekomt op het belemmeringsverbod omdat - in essentie samengevat - daarvoor nodig is dat de zzp'er op grond van het recht van de lidstaat als werknemer wordt beschermd.^[43]

3.16 Toewijzing vordering vakbonden tot nakoming cao: verduidelijking FNV/Retail en CNV/Pennwalt

In een tijdspanne van één maand heeft de Hoge Raad zich in 2021 twee keer uitgelaten over vorderingen van vakbonden tot handhaving van een cao. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is een vakbond als contractspartij bij een cao gerechtigd uit eigen hoofde nakoming van de daarin opgenomen verplichtingen van de werkgever te vorderen. In 1997 oordeelde de Hoge Raad in de zaak FNV/Retail dat voor toewijsbaarheid van zo'n vordering niet nodig is te onderzoeken of werknemers bezwaar hebben tegen het door de werkgever niet-nakomen van de cao. Een veroordeling tot nakoming kan echter alleen betrekking hebben op werknemers die daarop “*aanspraak kunnen en willen maken*”, hetgeen ook tot uitdrukking moet komen in het veroordelende dictum.^[44] In 2018 verduidelijkte de Hoge Raad in CNV/Pennwalt dat hieruit niet volgt dat een vakbond pas nakoming kan vorderen indien werknemers bezwaar hebben gemaakt tegen de niet-nakoming.^[45]

In de twee procedures waarin de Hoge Raad begin 2021 oordeelde, klaagden de veroordeelde werkgevers in cassatie dat zij tot nakoming waren veroordeeld terwijl in het dictum niet tot uitdrukking was gebracht dat die veroordeling alleen betrekking had op (ex-)werknemers die daarop “*aanspraak kunnen en willen maken*.”^[46] Anders dan in FNV/Retail en CNV/Pennwalt hadden beide procedures betrekking op cao's die algemeen verbindend waren verklaard. Werkgevers hebben een algemeen verbindend verklaarde cao na te leven zodat (althans dit kan betoogd worden) een ‘kunnen en willen’ van werknemers niet aan de orde is. ^[47] De Hoge Raad doet de cassatieklachten echter niet op die manier af, maar preciseert zijn uitspraak in FNV/Retail door erop te wijzen dat die procedure betrekking had op een bepaling in de cao die de werknemer een keuzemogelijkheid gaf. Tegen die achtergrond moet de beperking van een veroordeling tot nakoming ten opzichte van werknemers die “*aanspraak kunnen en willen maken*”, begrepen worden. ^[48] In zijn lezenswaardige NJ-noot onder beide uitspraken gaat Barentsen nader in op de vraag wanneer de wil van de werknemer toch een rol kan spelen.

4. Slot

Na de eerste Wwz (prejudiciële) beslissing van de Hoge Raad eind 2016,^[49] en een beperkt aantal Wwz uitspraken in 2017,^[50] kan gezegd worden dat sinds 2018 het overgrote deel van de arbeidsrechtelijke cassaties betrekking hebben op de uitleg en toepassing van de Wwz (en Wab). De Hoge Raad schrijft hierover zelf in zijn jaarverslag 2022 dat “ *algemeen kan worden geconstateerd dat in de eerste jaren na grotere stelselwijzigingen veelvuldig een beroep wordt gedaan op de Hoge Raad om duidelijkheid en rechtseenheid te scheppen.*” ^[51] Het arbeidsrecht blijft daarmee een terrein waar de Hoge Raad bij uitstek zijn taak kan uitoefenen om, naast rechtsbescherming, de rechtseenheid te bewaken én aan rechtsontwikkeling te doen. Zij het, wat dit laatste betreft, dat de Hoge Raad heel soms besluit dat dit zijn rechtsvormende taak te buiten gaat .^[52]

Voetnoten

[1] Naomi Dempsey is cassatieadvocaat bij Houthoff.

[2] P. Th. Sick, ‘De cassatiekronieken van Rogier Duk 2008-2019’, *TRA* 2023/13.

[3] Uitspraken van de belastingkamer heb ik niet meegenomen. *Ergens* moet je een grens trekken. Al verdient HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:282 *honourable mention*. In deze uitspraak van de belastingkamer vernietigde de Hoge Raad een uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden dat had geoordeeld dat de opdrachtovereenkomst tussen de vennootschap en de opdrachtnemer als een arbeidsovereenkomst moest worden gekwalificeerd tussen de vennootschap en de directeur-groootaandeelhouder van de opdrachtnemer. Waar het hof door de management BV (in dit geval een Ltd) heen prikte, besliste de belastingkamer van de Hoge Raad dat dit oordeel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd was.

[4] HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:276 (over het opzegverbod tijdens ziekte bij een ontbinding na afwijzing ontslagvergunning door UWV).

[5] HR 17 april 2022, ECLI:NL:HR:2020:749 (over het recht op een gedeeltelijke (Kolom) transitievergoeding bij herplaatsing in een andere functie); HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1748 (over de samenloop van vakantieverlof met zwangerschaps- en bevallingsverlof en strijdigheid van bepalingen in de CAO-VO met het verbod op discriminatie tussen mannen en vrouwen); HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328 (over de niet-toepasselijkheid van de Whoa op vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds voor achterstallig premies).

[6] HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (conceptvragen) en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (definitieve vragen) over de regels van overgang van onderneming bij doorstart na faillissement in geval van een pre-pack. Het HvJ EU heeft de vragen op 28 april 2022 beantwoord (ECLI:EU:C:2022:321). De Procureur-Generaal heeft inmiddels op 31 maart 2023 geconcludeerd (ECLI:NL:PHR:2023:368) en het is nu wachten op de uitspraak van de Hoge Raad na de antwoorden van het HvJ EU.

[7] Dat de Hoge Raad een cassatieberoep met art. 81 RO heeft afgedaan, wil overigens niet zeggen dat die uitspraak - en de daaraan voorafgaande conclusie - voor de praktijk niet interessant is. Integendeel. Zo leert HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1997, ECLI:NL:PHR:2020:972 (nr. 2.15-2.16) dat de UWV Werkwijzer Poortwachter en STECR Werkwijze geen recht zijn in de zin van art. 79 RO, zodat de rechter niet gehouden is deze ambtshalve toe te passen (en over een onjuiste toepassing evenmin in cassatie kan worden geklaagd). De conclusie van A-G Hartlief voor HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267, ECLI:NL:PHR:2021:153 (nr. 4) bespreekt - in zeer lezenswaardig detail - de 658-zorgplicht en 611-verzekeringplicht van werkgevers voor hun werknemers en de vraag in hoeverre deze zich ook uit kunnen of zouden moeten strekken tot zzp'ers.

[8] HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, *JAR* 2020/287, m.nt. S. Said, rov. 3.2.3.

[9] HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, *NJ* 1998, 149, rov. 3.4.

[10] HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, *JAR* 2020/287, m.nt. S. Said, rov. 3.2.2.

- [11] Zie uitgebreid over dit arrest en het kwalificatievraagstuk: E.F. Grosheide & N.M.Q. van der Neut, 'Over uitleg en kwalificatie: zo hebben we het nooit bedoeld', *TAC* 2021, nr. 3 en A.R. Houweling & C.J. Loonstra, 'Uitleg en kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst: 'als u begrijpt wat ik bedoel'', *RMThemis* 2021-5, p. 179 e.v.
- [12] HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759, *JAR* 2023/17, m.nt. A.F. Bungener, rov. 3.2.2 en 4.1.2.
- [13] 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.
- [14] HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:188, *JAR* 2021/70, m.nt. J. Dop, rov. 3.2.2-3.2.6.
- [15] HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2305, *JAR* 2019/17, m.nt. A. van Zanten-Baris, rov. 3.8.2.
- [16] HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:747, *JAR* 2021/158, m.nt. N.T. Dempsey, rov. 3.2.4.
- [17] HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1374, rov. 3.2.2.
- [18] HR 28 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:781, *JAR* 2021/159, rov. 3.3-3.4.
- [19] HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1307, *JAR* 2020/218, m.nt. C.G.M. Fruytier.
- [20] HR 24 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:950, *JAR* 2022/179, rov. 3.2-3.3.
- [21] HR 21 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:63, *JAR* 2022/52, m.nt. M.L.G. Otto, rov. 3.1.3.
- [22] HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283, *JAR* 2020/73, m.nt. M. van Eck & M. Ruijssenaars, rov. 3.4.6.
- [23] HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:284, *JAR* 2020/106, m.nt. N.T. Dempsey, rov. 3.2.6.
- [24] HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234, *JAR* 2019/204, m.nt. I. Janssen, rov. 3.1.3.
- [25] HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:284, *JAR* 2020/106, m.nt. N.T. Dempsey, rov. 3.4.1.
- [26] HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:284, *JAR* 2020/106, m.nt. N.T. Dempsey, rov. 3.4.2.
- [27] HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:418, *JAR* 2020/89, rov. 4.1.3. Dit was de tweede keer dat de Hoge Raad casseerde in deze procedure. Opvallend is dat de Hoge Raad de zaak terugverwees naar hetzelfde hof. Normaliter wordt bij vernietiging naar een ander hof verwezen.
- [28] HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1286, rov. 3.3.9.
- [29] HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, *JAR* 2018/198, m.nt. J. Dop.
- [30] HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749, *JAR* 2020/128, m.nt. J. Dop, rov. 2.8-2.11.
- [31] HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283, *JAR* 2020/73, m.nt. M. van Eck & M. Ruijssenaars, rov. 3.2.3.
- [32] HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283, *JAR* 2020/73, m.nt. M. van Eck & M. Ruijssenaars, rov. 3.3.4.
- [33] P. Kruit, 'De gedeeltelijke beëindiging met en zonder transitievergoeding; Kolom, Victoria en Sipor: tot hier en niet verder?', *TAP* 2020/158.

- [34] Houweling wijst op nog een aantal openstaande vragen: A.R. Houweling, 'Slapende dienstverbanden na Xella 2.0: wide awake or still sleeping', *TAP* 2022;267. Even lezenswaardig zijn de beschouwingen van B. Barentsen & E.W. de Groot, 'De ontknoping: (semi)diepslapers, verlate slapers en de compensatieregeling. Is dit was de wetgever voor ogen stond?', *TRA* 2023/40 en F. Dekker & L. 't Mannetje, 'De Hoge Raad zet de wekker op 20 juli 2018, óók voor (semi-)diepslapers en verlate slapers', *TvO* 2022/2.3.
- [35] HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1576, *JAR* 2022/303, m.nt. M.L.G. Otto, rov. 4.2-4.4.
- [36] HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1575, *JAR* 2022/302, m.nt. M.L.G. Otto, rov. 3.2.2-3.2.5.
- [37] HR 21 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:63, *JAR* 2022/52, m.nt. M.L.G. Otto, rov. 3.2.3.
- [38] HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:276, *JAR* 2022/71, m.nt. J. Dop, rov. 3.5.1-3.5.4.
- [39] HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:213, *JAR* 2020/70, m.nt. S.J. Sterk & S.H. Kuiper, rov. 3.2.1-3.2.2. Zie nader over vernietiging van de arbeidsovereenkomst: Y.L. Smit & C.M. van der Velden-Rijnsburger, 'Bedrog bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst', *TRA* 2022/58.
- [40] HR 17 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:894, *JAR* 2022/178, m.nt. A. Helstone, rov. 3.1.4.
- [41] Richtlijn 2008/104/EG.
- [42] HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, *JAR* 2017/136, m.nt. F.G. Laagland, rov. 3.3.2 en 3.3.6-3.3.8.
- [43] HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:751, *JAR* 2022/159, m.nt. E.M. Hoogeveen, rov. 3.1.5-3.1.8. Zie uitgebreid over het belemmeringsverbod in algemene zin en zzp'ers: A. Weijts-Huiskes, 'Het belemmeringsverbod blijft in beweging', *TvO* 2022/4.5 en F.G. Laagland, 'De zzp'er, de Waadi en de Uitzendrichtlijn', *ArA* 2022/3.2.
- [44] HR 19 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2532, *NJ* 1998/403, m.nt. T. Koopmans, rov. 3.5-3.6.
- [45] HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:980, *NJ* 2019/148, m.nt. B. Barentsen, *JAR* 2018/184, m.nt. A. Stege, rov. 3.4.
- [46] HR 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:413, *NJ* 2022/115, m.nt. B. Barentsen, *JAR* 2021/101, m.nt. A. Stege, rov. 3.3.1 en HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:537, *NJ* 2022/116, m.nt. B. Barentsen, *JAR* 2021/123.
- [47] Zo ook A-G Hartlief in zijn conclusie vóór HR 19 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2020:958, nr. 4.44-4.46 en A-G Drijber in zijn conclusie vóór HR 9 april 2021, ECLI:NL:PHR:2020:1068, nr. 3.46-3.47.
- [48] HR 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:413, *NJ* 2022/115, m.nt. B. Barentsen, *JAR* 2021/101, m.nt. A. Stege, rov. 3.3.7-3.3.8 en HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:537, *NJ* 2022/116, m.nt. B. Barentsen, *JAR* 2021/123, rov. 3.3.2 en 3.3.5.
- [49] HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998, *NJ* 2017/203, m.nt. E. Verhulp, *JAR* 2017/19, m.nt. A. van Zanten-Baris.
- [50] R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en het arbeidsovereenkomstenrecht in 2017: armoe troef?', *TRA* 2018/59.
- [51] Jaarverslag Hoge Raad 2022, te raadplegen via <https://www.hogeraad.nl/jaarverslag/hoge-raad/civiel-recht/>.
- [52] HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283, *JAR* 2020/73, m.nt. M. van Eck & M. Ruijsenaars, rov. 3.2.3 en bij wijze van 'voorproefje' op de cassatiekroniek 2023: HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, rov. 3.2.6.