

Cassatiekroniek arbeidsrecht 2023

TRA 2024/25

1. Inleiding

Een nieuw jaar, een nieuwe cassatiekroniek arbeidsrecht. Net als in de vorige aflevering,² heb ik het net ruim uitgegooid. Alle uitspraken van de civiele kamer van de Hoge Raad met een arbeidsrechtelijke dimensie zijn meegenomen. Dat betekent dus dat naast uitspraken over de Wvz en bijzondere bedingen, ook uitspraken aan bod komen met betrekking tot medezeggenschap, pensioen, Cao en de positie van de statutair bestuurder (maar weer niet diens aansprakelijkheid³ of de financieel toezichtrechtelijke regels omtrent het kunnen terugvorderen van diens bonus).⁴

2. More lies, damn lies and statistics

Deed de Hoge Raad in 2020 30 arbeidsrechtelijke uitspraken, in 2021 27 en in 2022 42, voor het jaar 2023 komt de teller uit op 41. Er waren in 2023 géén cassaties in het belang der wet, géén prejudiciële beslissingen en géén prejudiciële vragen aan het HvJ EU. Er was wel één uitspraak na prejudiciële antwoorden van het HvJ EU (de *Heiploeg*-zaak)⁵ en één schorsing en doorhaling in verband met het faillissement van eiseres in cassatie (de *Helping*-zaak).⁶

Het slagingspercentage in 2023 was bijna 50 en daarmee duidelijk hoger dan in voorgaande jaren, toen het slagingspercentage rond de 25 schommelde. Ook ditmaal is meer dan de helft van de verwerpingen door de Hoge Raad afgedaan met toepassing van art. 81 RO (verkorte standaard motivering). Ten opzichte van voorgaande jaren, toen de Hoge Raad slechts een of twee keer de conclusie van de Procureur-Generaal *niet* volgde, is de Hoge Raad

in 2023 maar liefst vier keer tot een andere uitkomst 'onder de streep' gekomen dan hetgeen de Procureur-Generaal adviseerde. Een conclusie in het voordeel van de cliënt is dus geen garantie dat de Hoge Raad tot hetzelfde eindoordeel komt (maar nog altijd wel een duidelijke aanwijzing voor hoe de zaak in cassatie zal aflopen).

Uitspraken	40
Vernietiging	20
Verwerping (81 RO)	19 (13)
Geschorst/Doorgehaald	1
Conclusie gevolgd	36

Als de uitkomsten worden gerubriceerd naar door 'werkgever' respectievelijk 'werknemer' ingestelde principale cassatieberoepen,⁷ valt op dat in 2023 het merendeel van de cassatieberoepen namens de werkgever werd ingesteld. In voorgaande jaren was het aandeel werkgeverscassaties veel kleiner (ongeveer de helft van het aantal werknemerscassaties). Uitgesplitst naar 'werkgever'- en 'werknemer'-cassaties blijft het beeld van het succespercentage ongeveer gelijk: allebei 50.

Werknemer cassaties (waarvan geslaagd)	16 (8)
Werkgever cassaties (waarvan geslaagd)	23 (11)

Ook het voorbije jaar hebben (bijna) alle hoeken van het arbeidsrecht aandacht van de Hoge Raad gekregen. Ditmaal geen uitspraken over discriminatie of art. 7:661 BW, maar wel over goed werkgeverschap en opvallend veel uitspraken over vakantie en verlof.

Ontslag en vergoedingen	11
Pensioen	6
Cao	2
Medezeggenschap	1
Concurrentiebeding	1
Goed werkgeverschap	2
Ziekte	2
Kwalificatie	2
Vakantie en verlof	6
Overgang van onderneming	2
Werkgeversaansprakelijkheid	2
Procesrecht en IPR	3

3. Deze uitspraken mag je niet gemist hebben

Na aftrek van de dertien uitspraken waarin de Hoge Raad het cassatieberoep afdeed met art. 81 RO, blijven 27 uitspraken over. Die zal ik hier niet allemaal behandelen. In

¹ Naomi Dempsey is cassatieadvocaat bij Houthoff te Amsterdam.

² N.T. Dempsey, 'Cassatiekroniek arbeidsrecht 2020-2022', TRA 2023/69.

³ Zie HR 6 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1384 waarin de Hoge Raad met toepassing van art. 81 RO het cassatieberoep van een curator verwierp tegen de afwijzing van zijn vordering tot het aansprakelijk houden van de bestuurders van een failliete vennootschap voor het tekort.

⁴ Zie HR 17 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1567, JAR 2023/310, m.nt. C.F.J. van Tuyll van Serooskerken. Daarin heeft de Hoge Raad beslist dat het ontbreken van de op grond van art. 127 lid 1 Wft voorgeschreven op schrift gestelde procedure en criteria betreffende de toepassing van de bevoegdheid tot terugvordering van een variabele beloning, niet meebrengt dat die bevoegdheid tot terugvordering niet kan worden uitgeoefend.

⁵ HR 6 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1372, JAR 2023/290, m.nt. J.N. van der Pijl.

⁶ HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:887. Op 12 januari 2024 heeft de Hoge Raad beslist dat ten aanzien van een aantal vorderingen van FNV sprake is van een ander belang dan voldoening van verbintenissen uit de boedel en dat ten aanzien van die vorderingen (die onder meer strekken tot een verklaring voor recht dat tussen de schoonmakers en platform Helping sprake is van een arbeidsovereenkomst) de procedure wordt voortgezet: HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:23.

⁷ Tot de 'werknemer'-cassaties reken ik ook de cassatieberoepen die zijn ingesteld door een ondernemingsraad, vakbond, sociaal fonds en bedrijfstakpensioenfondsen.

plaats daarvan hieronder een overzicht van de – volgens de schrijver van dit artikel – belangwekkendste arbeidsrechtelijke uitspraken van de Hoge Raad in 2023; inclusief enkele *honourable mentions* voor niet te missen conclusies in zaken waarbij de Hoge Raad het cassatieberoep met art. 81 RO heeft verworpen.⁸

3.1 *Arbeidsovereenkomst of geen arbeidsovereenkomst?*

Deliveroo is weliswaar sinds eind 2022 niet meer actief op de Nederlandse markt, maar ze is wel verantwoordelijk voor maar liefst drie uitspraken van de Hoge Raad in 2023. Op de eerste uitspraak,⁹ gewezen op 24 maart 2023, was met veel spanning gewacht.¹⁰ De Hoge Raad werd daarin – opnieuw – de vraag voorgelegd hoe beoordeeld moet worden of sprake is van een arbeidsovereenkomst dan wel een overeenkomst van opdracht. Na *X/Gemeente Amsterdam* weten we dat de bedoeling van partijen alleen relevant is voor de uitleg van de overeenkomst, maar niet voor de kwalificatie daarvan.¹¹ Degenen die hoopten dat de Hoge Raad de praktijk meer handvatten zou bieden of nadere algemene regels of uitgangspunten zou vaststellen voor de afbakening van arbeidsovereenkomsten ten opzichte van opdrachtovereenkomsten, zullen teleurgesteld zijn. De Hoge Raad stelt voorop dat de vraag of een overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, afhangt “van alle omstandigheden van het geval in onderlinge samenhang bezien” en somt een lijst van mogelijke relevante omstandigheden op. Omdat dit onderwerp de aandacht van de Nederlandse en Europese wetgever heeft, ziet de Hoge Raad voor zichzelf geen taak op het gebied van rechtsontwikkeling. De wetgever is (nog steeds) aan zet. Het oordeel van het hof vindt de Hoge Raad in dit concrete geval voldoende begrijpelijk gemotiveerd.¹²

In een andere platform-procedure is de Hoge Raad (vooral) niet aan een inhoudelijke beoordeling toegekomen van de klachten met als oogmerk te bepalen of schoonmakers die via het Helpling-platform werkten een arbeidsovereenkomst hebben. Vóórdat de conclusie werd

genomen, is Helpling failliet verklaard en is de procedure door de Hoge Raad geschorst dan wel doorgehaald.¹⁴

3.2 *(Geen) grenzen aan goed werkgeverschap*

Zijn er grenzen aan de discretionaire bevoegdheid van een werkgever om een bonusbedrag bij te stellen en hoe dient de rechter het gebruik van die discretionaire bevoegdheid te toetsen? Deze vragen werden aan de Hoge Raad voorgelegd in het *DXC*-arrest. De werkgever had gebruikgemaakt van zijn discretionaire bevoegdheid om een bonus naar beneden bij te stellen en de werknemer procedeerde hier met succes tegen. De werkgever klaagde in cassatie dat het hof zijn discretionaire beslissing om de bonus tot 40% te matigen ten onrechte ‘vol had getoetst’. Volgens de werkgever had het hof ermee moeten volstaan – veel beperkter – te toetsen of het resultaat van de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dan wel goed werkgeverschap *onaanvaardbaar* was. In een lezenswaardige conclusie schrijft advocaat-generaal Drijber dat “goed werkgeverschap niet alleen betrekking heeft op het resultaat (de inhoud van de beslissing van de werkgever), maar ook op de weg naar dat resultaat toe (de procedure voorafgaand aan het nemen van de beslissing en de motivering van de beslissing).” De advocaat-generaal concludeerde tot verwerping van het cassatieberoep en de Hoge Raad volgde dit advies met toepassing van art. 81 RO.¹⁵

Opvallend is verder het *KLM*-arrest dat de Hoge Raad op 22 september 2023 wees. Hof Amsterdam had de vorderingen van twee in Zwitserland woonachtige vliegers afgewezen die, in verband met een verdragswijziging, in 2017 en 2018 geconfronteerd werden met een aanslag van de Nederlandse belastingdienst voor tussen de EUR 600.000 en 1,1 miljoen. De Hoge Raad casseerde. In de woorden van de Hoge Raad: “Hoewel juist is dat, zoals het hof heeft overwogen, een werknemer zelf verantwoordelijk is voor correcte nakoming van zijn fiscale verplichtingen en dat de werkgever daarbij in beginsel geen adviserende taak heeft, kan laatstgenoemde uit hoofde van goed werkgeverschap onder omstandigheden wel gehouden zijn de werknemer in kennis te stellen van een wijziging van de regelgeving die voor diens fiscale positie van belang is.” De Hoge Raad achtte relevant dat de verdragswijziging ook voor de werkgever relevant was (in verband met zijn inhoudingsplicht) evenals het feit dat en in hoeverre de werknemer nadelige gevolgen kan ondervinden van onbekendheid met de wijzigingen.¹⁶

Tot slot is in dit kader nog noemenswaardig het hierna nader te bespreken *John Crane*-arrest. De Hoge Raad oordeelde daarin dat ook indien sprake is van voorwaardelijke

8 Naast de hierna te bespreken *honourable mentions* signaleer ik twee conclusies van advocaat-generaal Hartlief waarin hij een lezenswaardig overzicht geeft van de (grenzen aan de) omvang van de zorgplicht van een werkgever ex art. 7:658 lid 1 BW: ECLI:NL:PHR:2023:454, nr. 3 en ECLI:NL:PHR:2023:348, nr. 3.

9 De twee andere uitspraken betreffen de werkingssfeer van de Cao Beroepsgoederenvervoer en het Verplichtstellingsbesluit voor het bedrijfstakpensioenfondsenvervoer voor het beroepsgoederenvervoer. De cassatieklachten van Deliveroo dat maaltijdbezorging per fiets niet aan te merken valt als vervoer van goederen over de weg, zijn door de Hoge Raad – deels met toepassing van art. 81 RO – verworpen: HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1622, *JAR* 2024/15, m.nt. E. Koot-van der Putte en ECLI:NL:HR:2023:1610, *JAR* 2024/14, m.nt. T. Huijg.

10 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *JAR* 2023/107, m.nt. E.F. Grosheide.

11 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, *JAR* 2020/287, m.nt. S. Said.

12 Zie nader over de betekenis van deze uitspraak en de (toch) door de Hoge Raad daarin geboden handvatten: J.B.B. Heinen & P.J. Mauser, ‘Bezorgt de Hoge Raad iets nieuws? Over het kwalificatievraagstuk na Deliveroo’, *TAP* 2023/143.

13 Zie voetnoot 5.

14 HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:887.

15 HR 12 mei 2023, ECLI:NL:HR:2023:693, *JAR* 2023/162, m.nt. C.F.J. Tuyll van Serooskerken, ECLI:NL:PHR:2023:317, nr. 4.15 e.v.

16 HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1276, *NTRF* 2023/1940, m.nt. E. Swaving Dijkstra, rov. 3.2.

toeslagverlening, de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat op grond van art. 7:611 BW de werkgever compenserende maatregelen moet treffen als door wijziging of beëindiging van de uitvoeringsovereenkomst die toeslagverlening illusoir wordt.¹⁷

3.3 Herstel herplaatsingsinspanningen?

Een van de art. 81 RO-uitspraken die niet zonder *honourable mention* onbesproken kan blijven, is die van 2 juni 2023.¹⁸ In deze zaak had Hof Arnhem-Leeuwarden onder meer geoordeeld dat de kantonrechter ten onrechte het ontbindingsverzoek van de werkgever had toegewezen nadat het in een tussenbeschikking eerst had geoordeeld dat niet aan het herplaatsingsvereiste was voldaan en de werkgever in de gelegenheid had gesteld alsnog een deugdelijk herplaatsingsonderzoek uit te voeren.¹⁹ De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep van de werkgever, als gezegd, met toepassing van art. 81 RO. De conclusie van advocaat-generaal De Bock leert dat de rechter bij een verzoek tot ontbinding zal moeten toetsen of *ten tijde van het indienen van het verzoek* de werkgever aan zijn zorgplicht in verband met het herplaatsingsvereiste heeft voldaan.²⁰

3.4 IPR

In een geschil tussen Hongaarse internationaal werkende vrachtwagenchauffeurs en hun Hongaarse werkgever – tevens zustervenootschap van een Nederlands internationaal transportbedrijf – heeft de Hoge Raad voor een tweede keer gecasseerd. Op 23 november 2018 oordeelde de Hoge Raad naar aanleiding van het cassatieberoep van de chauffeurs dat Hof 's-Hertogenbosch de relevante gezichtspunten onvoldoende had betrokken bij zijn beoordeling of Hongarije het gewoonlijk werkland van de chauffeurs was en het land waarmee de arbeidsovereenkomsten nauwer verbonden waren.²¹ Na verwijzing kwam Hof Arnhem-Leeuwarden tot het oordeel dat Nederland als het gewoonlijk werkland moet worden aangemerkt en dat er geen factoren zijn die maken dat de arbeidsovereenkomsten nauwer verbonden zijn met een ander land dan Nederland.²² De werkgever is daartegen, met succes, in cassatie gegaan. De Hoge Raad oordeelt dat “*niet voor redelijke twijfel vatbaar [is]*” dat uit de jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat, bij het bepalen van het gewoonlijk werkland, de rechter moet vaststellen waar de werknemer instructies voor zijn opdrachten *ontvangt* en waar de werknemer zijn werk organiseert. Het hof miskende dit door betekenis te hechten aan de plaats van waaruit de werkgever instructies verstreekte en van waaruit de werkgever het werk organiseerde. Ook klachten over 's hofs oordeel dat

geen sprake is van een nauwere band met een ander land, slagen: de Hoge Raad overweegt onder meer dat reeds de omstandigheid dat in een ander land belastingen en sociale premies worden betaald, van belang is bij de beantwoording van die vraag, en dat hiervoor niet relevant is wat de reden daarvoor is.²³ De zaak is verwezen naar Hof Amsterdam. Wordt (weer) vervolgd.²⁴

Op grond van art. 8 lid 1 Rome I mag een rechtskeuze in een arbeidsovereenkomst er niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van dwingendrechtelijke bepalingen van het recht dat van toepassing zou zijn geweest zonder rechtskeuze. In een door een bedrijfstakpensioenfonds gestarte procedure om premies bij een in Luxemburg gevestigde werkgever te innen, casseerde de Hoge Raad een arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden. Daarin was geoordeeld dat, zonder rechtskeuze, Nederlands recht van toepassing was geweest, de werkgever onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds viel en de werknemers deze dwingendrechtelijke bescherming niet had mogen worden onthouden. De Hoge Raad vernietigde die beslissing omdat het hof ten onrechte had nagelaten om een concrete vergelijking te maken tussen het niveau van rechtsbescherming tussen het gekozen recht (Luxemburgs) en Nederlands recht.²⁵ In verwijzing zal Hof 's-Hertogenbosch moeten beoordelen of de pensioenrechtelijke aanspraken naar Luxemburgs recht beter of minder zijn dan die bij het bedrijfstakpensioenfonds.

3.5 Medezeggenschap

Zo heel erg vaak komen procedures waarbij een ondernemingsraad is betrokken niet bij de Hoge Raad. De laatste keer was in 2020. In die zaak had de Hoge Raad te oordelen over art. 13 lid 1 WOR en de daarin geboden mogelijkheid om een lid van de ondernemingsraad uit te sluiten van alle of bepaalde werkzaamheden van de ondernemingsraad.²⁶ De thans meest recente WOR-uitspraak van de Hoge Raad heeft betrekking op de reikwijdte van het adviesrecht van art. 25 lid 1 aanhef en onder g WOR. De Ondernemingskamer had geoordeeld dat niet elk voorgenomen besluit tot het groepsgewijs inlenen van arbeidskrachten onder het adviesrecht valt. Alleen wanneer dit een afwijking is van het gebruikelijke aantrekkingsbeleid heeft de ondernemingsraad een adviesrecht, aldus de Ondernemingskamer. De Hoge Raad is het hier, in afwijking van de conclusie van advocaat-generaal Drijber, niet mee eens. De Hoge Raad ziet geen steun voor deze beperking in de wetstekst of de wetsgeschiedenis. Een ondernemer

17 HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1291, JAR 2023/274, m.nt. I.H. Vermeeren-Keijzers & K.A. Haaren, PJ 2023/108, m.nt. T. Huijig, rov. 3.1.2.

18 HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:825.

19 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 maart 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1988.

20 ECLI:NL:PHR:2023:316, nr. 4.20-4.37 en 5.46.

21 HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2165.

22 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7206, JAR 2021/212, m.nt. E.J.A. Franssen.

23 HR 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:408, JAR 2023/104, m.nt. E.J.A. Franssen, rov. 3.2.2 en 3.7.2.

24 Zie over deze zaak en dit vraagstuk in detail: A.A.H. van Hoek & F. van Overbeeke, 'Over open eindes en nauwere banden: een nieuw hoofdstuk in de Van den Bosch/Silo-Tank-sage', NIPR 2023-027.

25 HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:969, JAR 203/194, m.nt. A. Eleveld, rov. 3.2.2.

26 HR 27 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:532, JAR 2020/108, m.nt. C. Neke-man.

dient dus advies bij de ondernemingsraad in te winnen bij elk voorgenomen besluit tot het groepsgewijs inlenen van arbeidskrachten.²⁷

3.6 Ontslag op staande voet

Ontslag op staande voet was in 2023 met stip op één de meest voorkomende aanleiding voor arbeidsrechtelijke procedures bij de Hoge Raad. Maar liefst zeven uitspraken waren terug te voeren op een ontslag op staande voet. Drie daarvan zijn door de Hoge Raad met art. 81 RO afgedaan.²⁸ In de *Autoschade Zutphen*-beschikking heeft de Hoge Raad de knoop doorgehakt over de vraag van welke opzegtermijn moet worden uitgegaan bij het berekenen van de gefixeerde vergoeding ex art. 7:677 lid 2 BW: die van de partij die aan haar wederpartij een dringende reden voor ontslag op staande voet heeft gegeven.²⁹ Verder gaat de Hoge Raad in de *VCKG*-beschikking in op het mededelingsvereiste van art. 7:677 lid 1 BW. Bij de beoordeling of daaraan is voldaan, moet ook worden betrokken hoe de werknemer de brief heeft begrepen waarin de redenen van het ontslag op staande voet zijn vermeld. Daarnaast overweegt de Hoge Raad dat het achterwege blijven van een deugdelijk onderzoek naar het bestaan van een dringende reden, niet betekent dat geen sprake kan zijn van een dringende reden.³⁰ Vrij uitzonderlijk – vanwege de terughoudende toetsing in cassatie – is de *Evean Zorg*-beschikking, waarin de Hoge Raad het oordeel van het hof dat sprake was van een dringende reden vernietigde wegens een onbegrijpelijke uitleg van de afgelegde getuigenverklaringen.³¹ In een van de twee laatste arbeidsrechtelijke uitspraken van 2023,³² bevestigt de Hoge Raad dat bij samengestelde redenen voor ontslag op staande voet, de vraag of is voldaan aan het onverwijldheidsvereiste moet worden beoordeeld op basis van de samengestelde dringende redenen. Bij de beantwoording van de vraag of aan dit vereiste is voldaan, zal de rechter moeten beoordelen of (i) de werkgever voldoende voortvarend onderzoek heeft verricht, (ii) het onderzoek voldoende voortvarend is uitgevoerd, (iii) de werkgever zich voldoende voortvarend van de (tussentijdse) bevindingen

van dat onderzoek op de hoogte heeft gesteld en (iv) na kennisneming daarvan voldoende voortvarend tot ontslag op staande voet is overgegaan.³³

3.7 Overgang van onderneming

In de eerste arbeidsrechtelijke uitspraak van 2023 moest de Hoge Raad zich opnieuw uitspreken over het (langslepende) geschil tussen vliegers van Martinair en KLM naar aanleiding van de integratie van deze twee organisaties vanaf 2009. Nadat de vliegers bot gevangen hadden bij de rechtbank en het hof in Amsterdam, oordeelde de Hoge Raad in 2019 dat het oordeel van dat hof onbegrijpelijk was dat geen sprake zou (kunnen) zijn van een overgang van onderneming.³⁴ In de verwijzingsprocedure oordeelde Hof Den Haag dat inderdaad sprake was van een overgang van onderneming zodat de vliegers hun rechten behielden, maar ging niet mee in de vordering tot verklaring voor recht dat tot die rechten ook hun plaats op de zogenaamde 'senioriteitslijst' behoort.³⁵ Promotie naar een andere functie en/of ander vliegtuigtype hangt grotendeels af van de plaats van de vliegers op die senioriteitslijst. De Hoge Raad casseerde. De Hoge Raad overweegt dat uit jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat senioriteit op zichzelf geen recht is dat bij overgang van onderneming mee overgaat. Voor zover senioriteit medebepalend is voor rechten van financiële aard, dienen deze wel door de verkrijger op dezelfde voet als bij de vervreemder te worden gehandhaafd. 's Hof's afwijzing van de vordering die ertoe strekt dat de vliegers hun plaats op de senioriteitslijst behouden waar het promotie betreft, laat de Hoge Raad in stand. De afwijzing van de vordering die ertoe strekt dat de vliegers hun plaats op de senioriteitslijst behouden waar het de ontslagvolgorde betreft, gaat echter in cassatie onderuit. Volgens de Hoge Raad had het hof moeten onderzoeken of die ontslagvolgorde moet worden beschouwd als een recht van financiële aard en of de vliegers als gevolg van de overgang van onderneming in een minder gunstige positie terechtkomen. Het is nu aan Hof Arnhem-Leeuwarden om daar uitspraak over te doen.³⁶

2023 zag ook de volgende procedurele stap in de *Heiploeg*-zaak. Op 29 mei 2020 had de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU of de zogenoemde pre-pack-procedure (misschien toch) wel voldoet aan de voorwaarden van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23.³⁷ Op grond van deze bepaling zijn de regels over behoud van rechten bij overgang van onderneming niet van toepassing in geval van faillissement. Het HvJ EU heeft de vragen van de Hoge

27 HR 3 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1514, *JAR* 2023/308, m.nt. C. Nekeman, rov. 3.2.

28 HR 3 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:138; 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:420; 1 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1672. Van die laatste uitspraak is de conclusie van advocaat-generaal Drijber lezenswaardig (ECLI:NL:PHR:2023:1024): zowel voor het geciteerde proces-verbaal over het oneerbare voorstel dat de pakketbezorger aan een nietsvermoedende passerende vrouw deed (nr. 2.6) als de bevestiging 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 op staande voet vaststaat en dat de werkgever in zijn bewijslevering daarvan niet beperkt is tot de bewijsmiddelen waarover hij ten tijde van het ontslag beschikte (nr. 4.23).

29 HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1058, rov. 3.2.

30 HR 30 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:1008, *JAR* 2023/196, m.nt. J. Dop, rov. 3.1.2 en 3.2.2.

31 HR 17 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1573. In het belang van openheid: de schrijver van dit artikel was de cassatieadvocaat van werknemer.

32 De tweede zag ook op een ontslag op staande voet, maar het cassatieberoep werd door de Hoge Raad met verwijzing naar art. 81 RO verworpen. Zie hiervoor voetnoot 27.

33 HR 1 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1668, rov. 3.2.

34 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1858, *JAR* 2020/12, m.nt. B.C.L. Kanen.

35 Hof Den Haag 8 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1023.

36 Zie nader over deze uitspraak en (behoud van) anciënniteit bij overgang van onderneming: R.A.M. Mohamed, 'Anciënniteit bij overgang van onderneming: korten van de vleugels gerechtvaardigd?', *ArbeidsRecht* 2023/54.

37 HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954.

Raad op 28 april 2022 beantwoord³⁸ en de Hoge Raad past die antwoorden toe in zijn arrest van 6 oktober 2023. Weinig verrassend oordeelt de Hoge Raad dat de pre-packprocedure, zolang deze niet wettelijk of bestuursrechtelijk is geregeld, niet aan de voorwaarden van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23 voldoet en dat de uitzondering voor faillissement niet van toepassing is. De wetgever is dus ook hier aan zet.

3.8 Pensioen

Als de drie werkingsfeeruitspraken niet worden meegeteld,³⁹ kom ik op drie aan pensioen gerelateerde uitspraken van de Hoge Raad in 2023. De eerste zaak betreft een vordering van een werknemer tegen zijn voormalige werkgever en diens pensioenadviseur. Op advies van de pensioenadviseur waren excedentverzekeringen gesloten die niet beantwoordden aan de eindloonregeling die tussen werknemer en werkgever was afgesproken. Het hof wees de op onrechtmatige daad gebaseerde vordering tegen de pensioenadviseur af, omdat voor het aannemen van onrechtmatigheid meer nodig is dan een eventuele tekortkoming van de pensioenadviseur jegens de werkgever (zijn contractuele wederpartij). De Hoge Raad casseerde omdat uit de vastgestelde feiten volgt dat de pensioenadviseur in opdracht van de werkgever was belast met het adviseren van een aanvullende pensioenvoorziening ten behoeve van de werkgever en dat de contacten met de pensioenadviseur ook via de werknemer liepen. Volgens de Hoge Raad kunnen deze omstandigheden tot geen andere conclusie leiden dan dat het belang van de werknemer zo nauw betrokken is bij de werkzaamheden van de pensioenadviseur, dat een tekortschieten in de zorgplicht als opdrachtnemer in beginsel ook onrechtmatig is jegens de werknemer. De Hoge Raad verwierp het incidentele cassatieberoep van de werkgever tegen 's hofs oordeel dat de werkgever aansprakelijk is voor de schade doordat geen verzekering is afgesloten die beantwoordt aan de afgesproken pensioenregeling. Dat het contact met de pensioenadviseur via de werknemer liep, staat aan aansprakelijkheid niet in de weg, maar kan – in de schadestaatprocedure – wel in het kader van een eigenschuldverweer aan de orde komen.⁴⁰

Een kleine maand later deed de Hoge Raad uitspraak in een procedure met als inzet wijziging van de pensioenregeling bij de AFM. Naar deze uitspraak is reikhalzend uitgekeken in pensioenland en de uitspraak is om diverse redenen interessant. Ten eerste laat de Hoge Raad zich uit over het beding tot eenzijdig wijzigen in een arbeidsovereenkomst (art. 7:613 BW) en in een pensioenovereenkomst (art. 19 PW). De Hoge Raad overweegt dat de rechtspraak over de toetsingsmaatstaf in art. 7:613 BW ook van betekenis is voor art. 19 PW. Of een beding tot eenzijdig wijzigen in de arbeidsovereenkomst ook betrekking heeft op de pensioenovereen-

komst (naast een eventueel in de pensioenovereenkomst opgenomen, afwijkend, beding) is een kwestie van uitleg, aldus de Hoge Raad.⁴¹ Voor de pensioenpraktijk mogelijk belangrijker is de beslissing van de Hoge Raad dat het wijzigingsverbod van art. 20 PW wat betreft toeslagverlening slechts van toepassing is als daarvoor reeds vermogen verplicht afgezonderd is of had moeten worden. Een onvoorwaardelijke toeslag met een voorwaardelijk element dat erin bestaat dat aan de pensioenregeling wordt deelgenomen, valt daarmee niet aan te merken als een pensioenaanspraak als bedoeld in art. 1 PW, zodat daarvoor het wijzigingsverbod van art. 20 PW niet geldt.⁴² De Hoge Raad wijkt hiermee af van de conclusie van advocaat-generaal Van Peursem. Verder casseert de Hoge Raad het oordeel van het hof dat wijzigingen in de uitvoeringsovereenkomst ook onder het wijzigingsverbod van art. 20 PW zouden vallen.⁴³

Vermindering van indexatieperspectief was onderwerp van de derde pensioenuitspraak van de Hoge Raad in 2023. In deze zaak had de werkgever de uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder niet verlengd, waardoor als gevolg van het vervallen van de eerder toegepaste kwantumkorting de afgesproken voorwaardelijke toeslagverlening van ingegane pensioenen in de praktijk niet meer te verwachten was. Hof Den Haag oordeelde dat de werkgever bij het beëindigen van de uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder compenserende maatregelen had moeten treffen voor het als gevolg daarvan ontstane verlies van indexatieperspectief. De cassatieklacht van de werkgever, dat het hof hiermee het voorwaardelijke karakter van de indexatie miskende, verwerpt de Hoge Raad. Dit voorwaardelijke karakter staat er, volgens de Hoge Raad, niet aan in de weg dat het hof op grond van de omstandigheden van het geval mocht oordelen dat de werkgever “op grond van de redelijkheid en billijkheid en goed werkgeverschap gehouden was het door die beëindiging verslechterde indexatieperspectief (...) te compenseren.”⁴⁴ De Hoge Raad wijkt hiermee af van de conclusie van advocaat-generaal Drijber.⁴⁵

3.9 Vakantie en verlof

Nadat de Hoge Raad in 2021 in maar liefst elf zaken uitspraak gedaan had over vakantie- en verlofrechten, was het in 2022 even stil, met nul zaken. 2023 leverde weer zes uitspraken op, waarvan er vier identiek waren en betrekking hadden op dezelfde zaak: een geschil over de vraag of werknemers van NS Reizigers aanspraak hadden op onregelmatigheidstoelage over bovenwettelijke vakan-

38 HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321, JAR 2022/127, m.nt. J.N. van der Pijl.

39 HR 24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:193; HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:847 en HR 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1622.

40 HR 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:428, rov. 3.1.2 en 4.2.

41 HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:661, PJ 2023/40, m.nt. T. Huijg, rov. 3.2.4-3.2.5.

42 Ibid, rov. 3.3.5-3.3.6.

43 Ibid, rov. 3.6.2.

44 HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1291, JAR 2023/274, m.nt. I.H. Vermeeren-Keijzers & K.A. Haaren, PJ 2023/108, m.nt. T. Huijg, rov. 3.1.2.

45 ECLI:NL:PHR:2023:425, nr. 4.12-4.13. Zie in breder perspectief over wijzigingen van de uitvoeringsovereenkomst in relatie tot de deelnemer: J.M. van Slooten, 'De relatie van de deelnemer met de uitvoeringsovereenkomst in nieuw perspectief', TPV 2023/39.

tie-uren, alsook op vrije uren in het kader van een regeling voor werktijdverkorting voor oudere werknemers.⁴⁶ Deze uitspraken zijn voor de praktijk om twee redenen van belang. Enerzijds besliste de Hoge Raad dat de vraag of een vrijetijdsaanspraak heeft te gelden als vakantie in de zin van art. 7:634 BW, moet worden beoordeeld op het moment van toekenning van de aanspraak. Is het op dat moment bedoeld om de werknemer in verband met zijn werkbelasting de gelegenheid te bieden voor rust en ontspanning, dan is sprake van vakantie in de zin van art. 7:634 BW. Dit verandert niet als de werknemer de toegekende uren vervolgens inzet voor een ander doel.⁴⁷ Anderzijds bevestigde de Hoge Raad het oordeel van Hof Arnhem-Leeuwarden dat ten aanzien van het recht op loonbetaling gedurende vakantie (art. 7:639 BW) voor bovenwettelijk verlof niet mag worden uitgegaan van een minder ruim loonbegrip dan voor wettelijk verlof.⁴⁸

Enkele weken later oordeelde de Hoge Raad dat de zorgen informatieplicht van de werkgever om te waarborgen dat zijn werknemer daadwerkelijk in staat is gesteld zijn jaarlijkse vakantie op te nemen, niet beperkt is tot de vervaltermijn van art. 7:640a BW (zes maanden), maar zich ook uitstrekt tot de verjaringstermijn van art. 7:642 BW (vijf jaar).⁴⁹

De derde inhoudelijke vakantie/verlof-uitspraak van de Hoge Raad zag op de vraag of een werkgever op grond van art. 7:638 lid 8 BW vakantiedagen van een werknemer mag afboeken indien de werknemer ziek wordt nadat de vakantie is vastgesteld en vervolgens, met toestemming van de bedrijfsarts, in die eerder vastgestelde periode met vakantie gaat. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend en wijst hiervoor op het verschil tussen het opnemen van vakantie tijdens ziekte en het verrekenen van ziektedagen met vakantiedagen. Voor die tweede situatie geldt op grond van art. 7:638 lid 8 BW de eis dat de werknemer daarmee heeft ingestemd of dat sprake is van een daartoe strekkende schriftelijke overeenkomst. Omdat het hof had miskend dat zo'n schriftelijke overeenkomst ook een Cao kan zijn, vernietigt de Hoge Raad het bestreden arrest.⁵⁰

3.10 Ziekte

Op 17 maart 2023 deed de Hoge Raad vijf arbeidsrechtelijke uitspraken.⁵¹ Alleen op 9 juni 2023 – met maar liefst zeven arbeidsrechtelijke uitspraken – was de Hoge Raad nog

'productiever' op arbeidsrechtelijk gebied.⁵² De oogst van 17 maart 2023 bevatte wel een bijzondere uitspraak, althans procesrechtelijk gezien. Inhoudelijk zag de zaak op de vraag of een uitzendbeding dat – kort gezegd – inhoudt dat de uitzendovereenkomst automatisch ten einde komt wanneer de uitzendkracht ziek wordt, toelaatbaar is. Hof Den Haag oordeelde dat het betreffende beding in de NB-BU-Cao strijdig is met het opzegverbod tijdens ziekte van art. 7:670 BW en wees de loonvordering van de uitzendkracht alsnog toe.⁵³ Het uitzendbureau ging in cassatie en advocaat-generaal De Bock concludeerde tot verwerping van het cassatieberoep. Vervolgens trok het uitzendbureau het cassatieberoep in en verzocht het de Hoge Raad alleen een beslissing te nemen over de proceskosten. In reactie daarop verzocht de werknemer de Hoge Raad om in het belang van de rechtsontwikkeling ook een oordeel te geven over de geldigheid van de betreffende Cao-bepalingen. Het uitzendbureau maakte hier bezwaar tegen en stelde zich op het standpunt dat een inhoudelijke beoordeling achterwege diende te blijven. De Hoge Raad start zijn overwegingen met de vaststelling dat degene die cassatieberoep instelt, dat beroep kan intrekken, zolang de Hoge Raad nog geen uitspraak heeft gedaan. De enkele intrekking maakt geen einde aan de aanhangigheid van de zaak, maar heeft enkel tot gevolg dat het cassatieberoep niet meer kan worden onderzocht en niet meer tot cassatie kan leiden. Dit staat er echter niet aan in de weg dat de Hoge Raad, in overwegingen ten overvloede, zich over de materie uitlaat wanneer hij daartoe aanleiding ziet in het belang van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. En daartoe zag de Hoge Raad in deze zaak aanleiding, de bezwaren van het uitzendbureau ten spijt. De Hoge Raad oordeelde dat een beding op basis waarvan op verzoek van de inlener de terbeschikkingstelling op diens verzoek eindigt, ook wegens en tijdens ziekte, toelaatbaar is. De betreffende Cao-bepaling is echter gedeeltelijk nietig, omdat deze uitgaat van een fictief verzoek van de inlener bij ziekte (en daarmee de facto tot een automatisch einde van de uitzendovereenkomst leidt).⁵⁴

4. Slot

Wat vooral opvalt aan de arbeidsrechtelijke uitspraken van 2023, is dat de Hoge Raad veel minder heeft moeten beslissen over onduidelijkheden en leemtes in de Wwz en Wab. Hoewel zeker nog niet alle onduidelijkheden zijn opgehelderd, lijkt bijna negen jaar na invoering van de Wwz deze arbeidsrechtelijke regeling haar hoogtijdagen van aandacht bij de Hoge Raad wel te hebben gehad. De

46 HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:816, ECLI:NL:HR:2023:866, ECLI:NL:HR:2023:867 en ECLI:NL:HR:2023:869.

47 HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:816, JAR 2023/181, m.nt. H.J. Funke, rov. 3.1.2.

48 Ibid rov. 3.2.2.

49 HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:955, rov. 3.1.2.

50 HR 17 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1603, JAR 2024/13, m.nt. C.S. Kehrer-Bot, rov. 3.2.7-3.3.2.

51 HR 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:408, ECLI:NL:HR:2023:424, ECLI:NL:HR:2023:426, ECLI:NL:HR:2023:428 en ECLI:NL:HR:2023:430.

52 HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:816, ECLI:NL:HR:2023:866, ECLI:NL:HR:2023:867, ECLI:NL:HR:2023:869, ECLI:NL:HR:2023:872, ECLI:NL:HR:2023:887 en ECLI:NL:HR:2023:883. Uitspraken ECLI:NL:HR:2023:816, ECLI:NL:HR:2023:866, ECLI:NL:HR:2023:867 en ECLI:NL:HR:2023:869 zagen overigens materieel op hetzelfde geschil.

53 Hof Den Haag 20 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1511.

54 HR 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:426, JAR 2023/105, m.nt. J.P.H. Zwemmer, rov. 3.1.1 en 3.4.2-35. Zowel NBBU als ABU hebben in reactie op deze uitspraak hun Cao's op dit punt aangepast.

jurisprudentie laat qua onderwerpen een divers beeld zien met als springend aandachtspunt dat de Hoge Raad – op het kwalificatievraagstuk na – er niet voor terug-

deinst het nodige te doen op het gebied van rechtsontwikkeling en rechtseenheid, naast uiteraard het garanderen van rechtsbescherming.

Datum uitspraak	ECLI-nummer	Vernietiging of verwerping	CPG gevolgd of contrair	Eiser/Verzoeker	Onderwerp
20-jan-23	ECLI:NL:HR:2023:65	Vernietiging	Contrair	Werknemer	Overgang van onderneming
3-feb-23	ECLI:NL:HR:2023:138	Verwerping (art. 81 lid 1 RO)	Gevolgd	Werknemer	Ontslag en vergoedingen
10-feb-23	ECLI:NL:HR:2023:193	Vernietiging	Gevolgd	Werknemer	IPR en Procesrecht
24-feb-23	ECLI:NL:HR:2023:298	Verwerping (art. 81 lid 1 RO)	Gevolgd	Werkgever	Pensioen
17-mrt-23	ECLI:NL:HR:2023:408	Vernietiging	Gevolgd	Werkgever	IPR en Procesrecht
17-mrt-23	ECLI:NL:HR:2023:426	Verwerping	Gevolgd	Werkgever	Ziekte
17-mrt-23	ECLI:NL:HR:2023:428	Vernietiging	Gevolgd	Werknemer	Pensioen
17-mrt-23	ECLI:NL:HR:2023:430	Verwerping (art. 81 lid 1 RO)	Gevolgd	Werknemer	Ontslag en vergoedingen
17-mrt-23	ECLI:NL:HR:2023:424	Verwerping (art. 81 lid 1 RO)	Gevolgd	Werknemer	Ontslag en vergoedingen
24-mrt-23	ECLI:NL:HR:2023:443	Verwerping	Gevolgd	Werkgever	Kwalificatie
14-apr-23	ECLI:NL:HR:2023:559	Verwerping (art. 81 lid 1 RO)	Gevolgd	Werknemer	Ziekte
21-apr-23	ECLI:NL:HR:2023:661	Vernietiging	Gevolgd	Werkgever	Pensioen
12-mei-23	ECLI:NL:HR:2023:693	Verwerping (art. 81 lid 1 RO)	Gevolgd	Werkgever	Goed werkgeverschap
26-mei-23	ECLI:NL:HR:2023:790	Vernietiging	Gevolgd	Werkgever	CAO
2-jun-23	ECLI:NL:HR:2023:847	Vernietiging	Gevolgd	Bpf	Pensioen
2-jun-23	ECLI:NL:HR:2023:825	Verwerping (art. 81 lid 1 RO)	Gevolgd	Werkgever	Ontslag en vergoedingen
9-jun-23	ECLI:NL:HR:2023:887	Geschorst ex art. 29 Fw	Gevolgd	Werkgever	Kwalificatie
9-jun-23	ECLI:NL:HR:2023:866	Vernietiging	Gevolgd	Werkgever	Vakantie en verlof
9-jun-23	ECLI:NL:HR:2023:816	Vernietiging	Gevolgd	Werkgever	Vakantie en verlof
9-jun-23	ECLI:NL:HR:2023:869	Vernietiging	Gevolgd	Werkgever	Vakantie en verlof
9-jun-23	ECLI:NL:HR:2023:867	Vernietiging	Gevolgd	Werkgever	Vakantie en verlof
9-jun-23	ECLI:NL:HR:2023:872	Verwerping (art. 81 lid 1 RO)	Gevolgd	Werkgever	Werkgeversaansprakelijkheid
9-jun-23	ECLI:NL:HR:2023:883	Verwerping	Contrair	Werknemer	Ontslag en vergoedingen
23-jun-23	ECLI:NL:HR:2023:969	Vernietiging	Gevolgd	Werkgever	IPR en Procesrecht
23-jun-23	ECLI:NL:HR:2023:955	Verwerping	Gevolgd	Werkgever	Vakantie en verlof
23-jun-23	ECLI:NL:HR:2023:966	Verwerping (art. 81 lid 1 RO)	Gevolgd	Werknemer	Werkgeversaansprakelijkheid
30-jun-23	ECLI:NL:HR:2023:1008	Vernietiging	Gevolgd	Werkgever	Ontslag en vergoedingen
7-jul-23	ECLI:NL:HR:2023:1058	Vernietiging	Gevolgd	Werknemer	Ontslag en vergoedingen
7-jul-23	ECLI:NL:HR:2023:1051	Verwerping (art. 81 lid 1 RO)	Gevolgd	Werknemer	Ontslag en vergoedingen
22-sep-23	ECLI:NL:HR:2023:1291	Verwerping	Contrair	Werkgever	Pensioen
22-sep-23	ECLI:NL:HR:2023:1276	Vernietiging	Gevolgd	Werknemer	Goed werkgeverschap
6-okt-23	ECLI:NL:HR:2023:1372	Vernietiging	Gevolgd	Werkgever	Overgang van onderneming
3-nov-23	ECLI:NL:HR:2023:1514	Vernietiging	Contrair	Ondernemingsraad	Medezeggenschap
3-nov-23	ECLI:NL:HR:2023:1507	Verwerping (art. 81 lid 1 RO)	Gevolgd	Werkgever	Concurrentiebeding
17-nov-23	ECLI:NL:HR:2023:1603	Vernietiging	Gevolgd	Werkgever	Vakantie en verlof
17-nov-23	ECLI:NL:HR:2023:1573	Vernietiging	Gevolgd	Werknemer	Ontslag en vergoedingen
24-nov-23	ECLI:NL:HR:2023:1622	Verwerping	Gevolgd	Werkgever	Pensioen
24-nov-23	ECLI:NL:HR:2023:1610	Verwerping (art. 81 lid 1 RO)	Gevolgd	Werkgever	CAO
1-dec-23	ECLI:NL:HR:2023:1668	Vernietiging	Gevolgd	Werkgever	Ontslag en vergoedingen