



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kroniek van het sociaal recht

Barentsen, B.; Sagel, S.F.

Citation

Barentsen, B., & Sagel, S. F. (2022). Kroniek van het sociaal recht. *Nederlands Juristenblad*, 97(33), 2783-2803. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3513581>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513581>

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

Kroniek van het sociaal recht

Barend Barentsen & Stefan Sagel¹

Het afgelopen kroniekjaar bracht ons veel interessante arbeidsrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad, waarbij het zwaartepunt lag op ontslagrechtelijke onderwerpen, zoals de reikwijdte van het opzegverbod tijdens ziekte, de ontbinding op verzoek van de werknemer, de aanzegverplichting en de vraag of er ruimte is voor een #MeToo-vuistregel ten aanzien van de transitievergoeding. Al met al heeft de Hoge Raad weer een groot aantal knopen doorgehakt, die vooral de Wet werk en zekerheid-wetgever voor de praktijk had gelegd. Ook over het grondrecht op vrijheid van meningsuiting van de werknemer en de loonrisicoregeling van artikel 7:628 BW vallen belangrijke beslissingen te rapporteren. Daar waar de Hoge Raad bijzonder actief was, liet de wetgever op ons terrein minder van zich horen, de implementatie van de Richtlijn transparante arbeidsvoorwaarden even daargelaten – en dat terwijl er toch heel veel werk aan de winkel is.

1. Overspannen

‘Voor jou tien anderen!’ Dat was lang het weerwoord van werkgevers aan werknemers met ingewikkelde vragen, zoals loonsverhoging, een betere balans tussen werk en privé, thuiswerkfaciliteiten of bijzonder verlof. Gegeven deze economische machtsongelijkheid is nu juist het sociaal recht ontwikkeld, dat bol staat van dwingendrechtelijke beschermende regels. Anders zouden werknemers hun bescherming maar wegtrekken, uit vrees geen werk te krijgen. Inmiddels lijken de verhoudingen op de arbeidsmarkt wat te zijn veranderd. En zijn het juist werknemers die werk voor het uitzoeken hebben.

Gewoonlijk beginnen wij deze kroniek met de straptzen van een of andere overspannen werkgever of werknemer, die als een kat in het nauw hele rare sprongen heeft gemaakt. Of die zo opgewonden is dat hij niet van andermans (m/v) lijf kan afblijven, dan wel in blinde woede of paniek enorme fouten maakt. De afgelopen twee jaar waren wij zelf wat aangebrand over de op zijn zachtst gezegd wat scharrige juridische bescherming van zorgpersoneel dat COVID had opgelopen. In het op allerlei vlakken zeer bewogen jaar 2022, moeten we constateren dat nu de arbeidsmarkt zelf overspannen is geraakt. Tal van sectoren, uiteenlopend van de horeca, de zorg, stukadoors en het onderwijs tot Schipholbeveiligers zitten te springen om arbeidskrachten. Er wordt hardop gedacht aan het inzetten van meer arbeidsmigranten en zelfs aan het uiteren van fulltimebonussen om de tekorten tegen te gaan.

In deze kroniek blikken we vooral terug op de belangrijkste juridische ontwikkelingen in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht in het afgelopen jaar. Toch is het goed om te constateren dat er misschien andere tijden aanbreken. Recente cao-conflicten, zoals bij de Nederlandse Spoorwegen, hebben ongetwijfeld voor een deel te maken met de ongekend hoge inflatiecijfers, maar misschien ook met de krapte op de arbeidsmarkt. Werknemers durven veel meer te eisen dan tot voor kort denkbaar was. Anders zoeken ze wel ander, beter betaald werk. Illustratief is dat het tekort aan beveiligers op Schiphol weer sterk toenam nadat een tijdelijke bonusregeling werd afgeschaft.² In ieder geval stellen de bonden ongekend hoge eisen in de cao-onderhandelingen en is er al een aantal cao's opengebroken om een tussentijdse loonsverhoging door te voeren.³ Volgens het CBS zijn de caolonen sinds lange tijd niet zo sterk gestegen als nu – plus 12,3% ten opzichte van september 2021 –, alleen stijgt de

Auteurs

1. Prof. mr. B. Barentsen is hoogleraar sociaal recht bij de Universiteit Leiden. Prof. mr. S.F. Sagel is hoogleraar arbeidsrecht bij de Universiteit Leiden en advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek in Amsterdam; hij was in laatstgenoemde hoedanigheid betrokken bij een aantal van de in deze kroniek besproken cassatieprocedures.

Noten

2. beveiligingnieuws.nl/weer-puinhoop-op-schiphol-na-afschaffing-zomerbonus/.
3. Bijvoorbeeld in de onderhoudsbranche: ruim 10% erbij per 1 januari 2023, www.onderhoud.nl/nieuws/okt-2022/akkoord-lonen-onderhoudsbranche-103-per-1-1-23-onderhoud.nl.

inflatie nog harder.⁴ Dat leidt ertoe dat de bonden inmiddels in cao-onderhandelingen vragen om loonsverhogingen die automatisch gekoppeld zijn aan de prijsindex, een verschijnsel dat de afgelopen decennia nauwelijks voorkwam.⁵ De Nederlandse Bank waarschuwde in augustus van dit jaar in niet mis te verstane bewoordingen om daar niet aan te beginnen, want zulke cao-afspraken zijn – in haar ogen – een *recipe for disaster*. Zij zijn brandstof voor een zogeheten loon-prijsspiraal met steeds verder oplopende inflatie, waarbij loongroei en inflatie elkaar versterken.⁶ Hoewel wij geen economen zijn en ons graag bij onze leest houden, hopen we dat deze oproep van DNB niet aan dovemansoren gericht zal zijn. De eerste tekenen zijn gunstig, in recent afgesloten belangrijke sector-cao's zoals in de Metalektro en de Bouw, zijn wel stevige loonsverhogingen afgesproken, maar geen automatische loonsverhogingen conform de prijsindex.

Hoewel wij geen economen zijn en ons graag bij onze leest houden, hopen we dat deze oproep van DNB niet aan dovemansoren gericht zal zijn

Overigens valt ook niet uit te sluiten dat, alle anti-flex-maatregelen en -voornemens van het kabinet ten spijt, werknemers zich in dit tijdsgewricht als zzp'er of via een intermediair laten inhuren, omdat dat in ieder geval op korte termijn financieel aantrekkelijker is dan een vast dienstverband met een cao-conform salaris.⁷

Deze ontwikkelingen roepen ook de fundamentele vraag op hoe werkgevers personeel kunnen vinden en binden. De juridische mogelijkheden daartoe zijn beperkt. Het ontslagrecht is erop ingericht werknemers tegen ongerechtvaardigd ontslag te beschermen en dus niet werkgevers die hun personeel niet graag zien vertrekken. De werknemer is schadelijkt voor het te vroeg beëindigen van de arbeidsovereenkomst, maar die vergoeding is doorgaans beperkt tot het loon over de niet in acht genomen opzegtermijn. Bij het tussentijds verbreken van een contract voor bepaalde tijd dat niet voorziet in de mogelijkheid van tussentijdse opzegging, kan die vergoeding nog wel redelijk in de papieren lopen, maar uiteindelijk is ook die *exposure* voor de werknemer meestal overzichtelijk: de meeste contracten voor bepaalde tijd hebben geen looptijd die langer duurt dan een jaar. Op 17 juni 2022 verwierp de Hoge Raad nog twee cassatieberoepen tegen het oordeel van het Hof Arnhem-Leeuwarden dat een concurrentiebeding niet bedoeld is om werknemers aan de werkgever te binden. Als de rechter moet beoordelen of zo'n beding geheel of gedeeltelijk moet worden vernietigd omdat de werknemer, in verhouding tot het belang van de werkgever, onbillijk wordt benadeeld door het concurrentiebeding, mag daarbij niet worden meegewogen dat de

werkgever problemen heeft om de betrokken werknemer in een krappe arbeidsmarkt te vervangen en er dus belang bij heeft dat de werknemer nog een tijdje blijft.⁸ Het concurrentiebeding is in de ogen van de Hoge Raad dus geen retentie-instrument.

Bovendien zorgt de in augustus 2022 in werking getreden implementatiewetgeving voor de Richtlijn transparante arbeidsvoorwaarden (zie hierna onder 3) ervoor dat werkgevers door hen vergoede studiekosten nog maar zeer beperkt kunnen verhalen op in hun ogen voortijdig vertrokken personeel. Dat maakt het voor werknemers ook weer makkelijker om een overstap te maken naar een andere baan.

Bij dit alles moet uiteraard bedacht worden dat werknemers nu eenmaal het fundamentele recht hebben op vrijheid van arbeidskeuze. We willen, bij alle begrip dat we hebben voor met personeelstekorten worstelende werkgevers, dan ook niet pleiten voor een omkering van de ongelijkheidscompensatie van het sociaal recht. Daarvoor is het echt nog te vroeg; de meeste werkgevers zijn in de relatie met de werknemer nog steeds de bovenliggende, sterkere partij. Wel valt te hopen dat de krappe arbeidsmarkt werkgevers ertoe aanzet om hun werknemers op waarde te schatten en voldoende te investeren in de ontwikkeling en arbeidsomstandigheden van hun personeel. Dat zou dan in elk geval nog een *silver lining* zijn langs de wolk van de huidige krapte op de arbeidsmarkt.

In deze kroniek bespreken wij de volgende onderwerpen. Wat zijn de voornemens van de regering met het arbeidsrecht en de arbeidsmarkt? Kort gezegd: vooralsnog veel voornemens maar weinig wol (par. 2). Verder bespreken we de implementatie van de Richtlijn Transparante Arbeidsvoorwaarden (par. 3), ontwikkelingen in het socialezekerheidsrecht (par. 4), de ontbinding op verzoek van de werknemer (artikel 7:671c BW) en de Hoge Raad en #Metoo (par. 5). In par. 6 dan aandacht voor cassatierechtpraak over het opzegverbod bij ziekte, de loonrisicoregeling van artikel 7:628 BW en de aanzegverplichting bij contracten voor bepaalde tijd. We sluiten af (par. 7) met enige beschouwingen over ontwikkelingen op het terrein van beroepsziekten.

En wat bespreken we *niet*? Wat de Hoge Raad betreft, zijn we nog in afwachting van de uitspraak over de kwalificatie van de overeenkomst tussen Deliveroo en haar maaltijdbezorgers. A-G De Bock heeft daarover het afgelopen jaar een belangwekkende conclusie genomen, waarin zij voortborduurde op haar eerdere conclusie in de zaak *Gemeente Amsterdam/X*,⁹ die wij in onze kroniek van vorig jaar bespraken.¹⁰ Opnieuw heeft deze A-G er een lans voor gebroken dat het bij het gezagscriterium uit artikel 7:610 BW niet primair gaat om de instructiebevoegdheid van de werkverschaffer ten opzichte van de werker, maar dat het veel belangrijker is of het werk organisatorisch is ingebed in de onderneming van de werkverschaffer.¹¹ Als de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering, zal daar volgens haar snel sprake van zijn. We hebben besloten om de bespreking van de conclusie te bewaren tot de volgende editie van deze kroniek, wanneer ook de Hoge Raad arrest zal hebben gewezen. Evenmin bespreken wij de ontwikkelingen van het afgelopen jaar op het terrein van het pensi-

oenrecht – zou die herziening van het pensioenstelsel er nou toch (niet) komen? – en de rechtspraak daarover van de Hoge Raad.

2. De kabinetsplannen: arbeidsmarkt-hervorming *on hold*

Op dit punt valt er eigenlijk niet veel te rapporteren. En dat is ronduit zorgelijk. Bestaande en dreigende personeelstekorten en de oplossingen daarvoor: er was maar heel weinig aandacht voor in de Troonrede van 2022. Zorg, onderwijs, maar ook tal van andere maatschappelijk noodzakelijke activiteiten komen ernstig onder druk te staan bij gebrek aan werkkrachten. De Raad van State is daar terecht kritisch over, en ook wij zien dit gebrek niet als een tijdelijk, conjunctureel maar als een structureel probleem.¹²

De door de krappe arbeidsmarkt veroorzaakte nieuwe machtsverhoudingen leiden tot interessante nieuwe vragen en uitdagingen. Als het werkelijk zo is dat werknemers meer te kiezen hebben, is het de vraag of flexwerk dan nog steeds zo indringend moet worden aangepakt als de Commissie-Borstlap en de SER adviseerden? Natuurlijk, ook in een wat meer overspannen arbeidsmarkt kan een tweedeling tussen *insiders* en *outsiders* ontstaan en er zullen altijd werknemers zijn die sterk afhankelijk zijn van hun opdrachtgevers of werkgevers en bitter weinig te kiezen of te onderhandelen hebben. In ieder geval is de vraag gewettigd of er op zijn minst niet ook uit een ander vaatje moet worden getapt dan alleen dat van verkleining van de kloof tussen vast en flex.

Nu heeft het kabinet wel verklaard dat de voorstellen van de Commissie-Borstlap en de (gedeeltelijke) uitwerking daarvan door de SER leidend zullen zijn, maar tot heel veel concrete actie of voorstellen heeft dat nog niet geleid. Op het gebied van de kwalificatievraag en het handhaven van werknemersrechten bij nep-zzp'ers blijft het kabinet steken in webmodules en uitstelgedrag. Wel wordt de fiscale bevoordeling van zzp'ers wat versnelder afgebouwd, maar het heeft niet veel om het lijf en het duurt allemaal heel erg lang. Zoals Marieke Stellinga het verwoordde in *NRC Handelsblad* van 22 mei 2022:

‘Bij de overheid is het nu al twee jaar oorverdovend stil. Begin 2020 kwam de commissie-Borstlap met zijn indringende advies. Als de overheid niet ingreep, dreigde een tweedeling tussen kansarm en kansrijk. Oplossing: flexwerk inperken en het vaste contract wat losser maken. Het nieuwe kabinet schreef vroom op Borstlap te zien als ‘leidraad’, maar een plan is er nog altijd niet. Aan de onderkant van de arbeidsmarkt heerst intussen een beschamende wetteloosheid omdat de wet tegen schijnzelfstandigheid nu al

zes jaar niet wordt gehandhaafd. Het kabinet moet, kortom, aan de bak.’

Een deel van de SER-plannen, bijvoorbeeld die over het nagenoeg afschaffen van het oproepcontract, wordt dan nu wel omarmd, maar het lot van vele andere plannen is nog hoogst onzeker. Daar komt bij dat in de polder inmiddels enige onenigheid is gerezen over de uitleg en uitwerking van het vorig jaar zomer gesloten sociaal akkoord, onder meer ten aanzien van uitzendwerk. Voor een deel gaat het hier bovendien om plannen die vooral zien op het verkleinen van de kloof tussen vast en flex, terwijl dat zo onderhand misschien niet meer de belangrijkste vraag is over de vormgeving van de arbeidsmarkt en het sociaal recht. Die is toch veeleer hoe duurzame participatie van allen, ook ouderen en medisch beperkten, kan worden bevorderd. Niet alleen om de gaten die dreigen te vallen, te dichten, maar ook omdat het onze dure plicht is als samenleving om mensen niet nodeloos aan de kant te laten staan. Het wetsvoorstel Breed Offensief, waarmee de Participatiewet zou moeten worden aangepast om arbeidsdeelname van (jong)gehandicapten te bevorderen, is na geruime tijd aanvaard door de Tweede Kamer.¹³ We kunnen ons overigens niet aan de indruk onttrekken dat een aantal werkgevers bij alle geweeeklaag over personeelstekorten zich in de personeelsqueue (nog steeds) beperkt tot gezonde 45-minners. Liefst met veel werkervaring en mooie diploma's.

We kunnen ons niet aan de indruk onttrekken dat een aantal werkgevers bij alle geweeeklaag over personeelstekorten zich in de personeelsqueue (nog steeds) beperkt tot gezonde 45-minners

En over diploma's gesproken: scholing wordt tamelijk stiefmoederlijk behandeld. Waar Borstlap nog wel uitdrukkelijk aandacht vroeg voor scholing en omscholing van werknemers, kreeg dat bij de SER al wat minder aandacht. En thans pakt de overheid niet echt een leidende rol op dit onderwerp, terwijl er toch alle aanleiding is om daar echt werk van te maken. Natuurlijk lost scholing niet alle pro-

4. cbs.nl/nl-nl/nieuws/2022/40/grootste-cao-loonstijging-in-jaren-maar-inflatie-is-hoger.

5. fnv.nl/nieuwsbericht/algemeen-nieuws/2022/09/fnv-zet-aan-cao-tafel-in-op-compensatie-structuur.

6. dnb.nl/algemeen-nieuws/dnbulletin-2022/lonen-stijgen-nog-beperkt-mee.

met-inflatie/.

7. Zie bnnvara.nl/joop/artikelen/de-arbeidsmarkt-voor-zzpers-moet-ingrijpend-gereorganiseerd-worden-en-volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/de-zzp-ers-hebben-het-met-on-demand-werk-beter-voor-elkaar-dan-ooit-b8215264/?referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F.

8. HR 17 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:894 en ECLI:NL:HR:2022:893.

9. HR 6 november 2020, *NJ* 2021/116.

10. B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2021/2603, afl. 35, onder 3.1.

11. Zie daarover de conclusie van A-G De Bock van 17 juni 2022,

ECLI:NL:PHR:2022:578.

12. Zie raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@133001/advies-miljoenennota-2023-en-obt-2022/.

13. *Kamerstukken II* 2019/20, 35394, nr. 2.

blemen op, maar het kan er wel aan bijdragen dat mensen langer inzetbaar blijven in ander werk in hun eigen bedrijfstak, of juist de overstap kunnen maken naar branches waar tekorten zijn. Gezien dat laatste ligt het ook wat minder voor de hand om alleen werkgevers of cao-partijen een grote rol te geven, omdat die zich vooral zullen richten op scholing die (lieft op korte termijn) lonend is in de eigen functie van de werknemer, de eigen organisatie van de werkgever of minst genomen: de eigen sector.

Een interessant plan is de fulltime- of meeruren-bonus. De Tweede Kamer heeft een motie aangenomen die tot invoering daarvan oproept. Veel is nog onduidelijk. Betekent die bonus een hoger uurloon of zou het meer om een tekenbonus gaan? Gaan werkgevers dat betalen, of wordt de bonus in de vorm van een belastingvoordeel toegekend? Komt de bonus pas in beeld als iemand (bijna) voltijds gaat werken, of ook al als iemand de werktijd met een aantal uren uitbreidt? Als door zo'n bonus aangelokte deeltijdwerkers meer zouden gaan werken, zou een deel van de personeelstekorten als sneeuw voor de zon verdwijnen, zo is de gedachte. Nu dreigt deze bonus op te lopen tegen het verbod van ongelijke behandeling van vol- en deeltijders. Het College voor de Rechten van de Mens is kritisch. Het ziet op zichzelf de noodzaak voor het stimuleren van urenuitbreiding wel, maar oordeelt dat er betere alternatieven zijn dan deze discriminatoire bonus, zoals verbetering van kinderopvang, betere inroostering en goede gesprekken tussen werkgever en werknemer.¹⁴ Wij denken daar een slagje anders over, zeker in sectoren waar de personeelsnood heel hoog is. Wel is het zo dat de wetgever hier een taak heeft; die zal de sectoren moeten aanwijzen waar zo'n bonus mogelijk is en welke vorm die zou moeten krijgen. En dat wordt nog best puzzelen. Een bescheiden bonus – laten we zeggen eenmalig € 1000 bruto 'in het handje' voor een urenuitbreiding – gaat vermoedelijk niet zorgen voor een massale toestroom van deeltijders, nog los van de vraag hoe lang die deeltijders dan meer uren moeten blijven werken om de bonus te behouden. Het ironische is dat een waarschijnlijk veel effectievere bonus, te weten: een hoger uurloon voor alle uren boven de 24 uur dat voor onbepaalde tijd wordt vergoed, waarschijnlijk wel afstuit op de verplichting tot gelijke behandeling van voltijd- en deeltijdwerkers.

Verbetering van kinderopvang is ongetwijfeld nuttig, maar onvoldoende om de problemen rond arbeidsparticipatie op te lossen. Het Sociaal en Cultureel Planbureau constateerde dat dat onvoldoende effect heeft, en dat de focus in het beleid teveel ligt op ouders – vaak vrouwen – met jonge kinderen die parttime gaan werken.¹⁵ Het SCP heeft vastgesteld dat als iemand eenmaal in deeltijd is gaan werken, die bijna nooit terugkeert naar voltijdswerk. Willen mensen meer gaan werken, dan moet dat meer werken wel duidelijk lonender zijn. Dat vergt vooral ingrepen in de sfeer van de fiscaliteit en toeslagen. Ingrepen die ervoor moeten zorgen dat iemand bij meer werken er duidelijk in besteedbaar inkomen op vooruit gaat. Er gaan ook stemmen op om de lonen meer in het algemeen op te trekken om werken lonender te maken. Ook het kabinet riep werkgevers daartoe op, overigens zonder zelf overheidscao's tussentijds open te breken. Wat DNB van al te stevige loonsverhogingen vindt, hebben we hiervoor al aangestipt.

En het gaat echt niet alleen om geld. Belangrijker is dat arbeidsorganisaties zich aanpassen aan de wensen en leef- en zorgarrangementen van werknemers om hen daadwerkelijk in staat te stellen om meer uren te werken. Onder parttimers schuilt veel onbenut arbeidspotentieel, maar met alleen betere kinderopvang of alleen een bonus zal dat niet geactiveerd worden. Arbeidsmarkttekorten kunnen niet simpel worden opgelost door een blik parttimers open te trekken. Niet onbelangrijk is dat een aanzienlijk deel van de werknemers in de zorg of het onderwijs in deeltijd werkt omdat hun werk simpelweg te belastend is. Bijvoorbeeld als gevolg van administratieve rompslomp en bureaucratie, die hen te vaak en te veel afleidt van de inhoud. Het is in zekere zin ook tegenstrijdig om in de zorg en het onderwijs tot meerwerk op te roepen, terwijl een aanzienlijk deel van het ziekteverzuim daar nu juist het gevolg is van stress en overbelasting. Zonder nadere maatregelen is urenuitbreiding niets anders dan het gooien van kolen op het vuurtje van burn-out.

Al met al is meer nodig dan loonsverhogingen, een voltijdsbonus en het tegengaan of terugdraaien van de door SCP en Raad van State gehekelde deeltijdcultuur. In een aantal bedrijfstakken zal zeker een mentaliteitsveran-

Wat daarnaast vereist zal zijn, is een nieuwe, prettigere en menswaardigere bedrijfscultuur

dering nodig zijn, maar dan niet alleen een mentaliteitsverandering bij de part-time werkende werknemers. Wat daarnaast vereist zal zijn, is een nieuwe, prettigere en menswaardigere bedrijfscultuur. Een cultuur waarin werknemers niet als *asset* of sluitpost, maar als belangrijke stakeholder worden gezien, van wie de belangen een prominente rol spelen in de organisatie van het werk. Want als het ergens echt prettig werken is, gaan werknemers vanzelf meer uren werken.

3. Transparante arbeidsvoorwaarden

De Richtlijn Transparante Arbeidsvoorwaarden is zelf in die zin niet zo transparant, dat zij veel meer brengt dan helderheid over de arbeidsvoorwaarden.¹⁶ De vlag van de Richtlijn dekt, anders gezegd, de lading niet helemaal: de werknemer moet zeker over meer aspecten van het werk en de arbeidsvoorwaarden geïnformeerd worden dan voorheen, maar er is meer.¹⁷

Hiervoor merkten we al op dat er nieuwe regels zijn gaan gelden over scholing. Ook die regels volgen uit de richtlijn. Het komt erop neer dat de werkgever de kosten van voor het werk noodzakelijke scholing, die de werkgever op grond van bijvoorbeeld een cao moet aanbieden, zal moeten dragen. De scholing dient ook in werktijd plaats te vinden. En studiekostenbedingen, op grond

waarvan de werkgever een deel van de zojuist genoemde kosten (inclusief doorbetaalde studie-uren) kon verhalen als de werknemer binnen korte tijd na afronding van de vereiste scholing uit dienst trad, zijn niet langer geldig. Ook niet als de studie al voor 1 augustus 2022 was afgerond. Er is namelijk niet voorzien in overgangsrecht voor oude afspraken of oude gevallen.

Een en ander is geregeld in artikel 7:611a BW. Deze bepaling geldt, als gezegd, voor scholing die de werkgever verplicht is aan te bieden op grond van de wet of de cao. Daardoor is het toepassingsbereik ruim. Op grond van de wet (artikel 7:611a lid 1 BW) is de werkgever niet alleen verplicht om scholing aan te bieden voor de huidige functie van de werknemer, maar ook scholing die gericht is op andere functies als dat noodzakelijk is om de arbeidsovereenkomst voort te kunnen zetten. Bovendien kan een cao een nog ruimere scholingsplicht omvatten. Niet geheel duidelijk is hoe moet worden geoordeeld over scholing die noodzakelijk is om überhaupt toegelaten te worden tot bepaalde beroepen, zoals de voor advocaten vereiste beroepsopleiding. Toch zouden wij menen dat ook die kosten onder de regeling vallen. Treedt een werknemer in dienst als advocaat-stagiaire, dan is het immers 'noodzakelijk' voor de uitoefening van die functie, dat hij die opleiding volgt. Beroepsopleidingen en beroepskwalificaties zijn doorgaans te zien als wettelijk verplichte opleidingen in de zin van artikel 7:611a lid 1 BW.¹⁴

Wat meer in de richting van daadwerkelijke transparantie gaan de nieuwe regels voor oproepkrachten. Zij mogen alleen nog binnen van tevoren overeengekomen referentietijdvakken worden opgeroepen, dat wil zeggen, alleen dan zijn ze verplicht om aan een oproep gehoor te geven (artikel 7:628b BW). Er zal dus moeten worden bepaald dat de oproepen, bijvoorbeeld alleen kunnen zien op de periode tussen maandag 9 uur en woensdag 12 uur. Naar de letter van de wet zou een werkgever ervoor kunnen kiezen om een hele week of maand te 'blokken', maar dat is wel in strijd met de ratio van artikel 7:628b BW. Los daarvan is het natuurlijk de vraag of veel oproepkrachten, zelfs op de huidige arbeidsmarkt, wel oproepen durven te

Het papierentijgergehalte van deze regel lijkt ons best hoog, net als die van de minimumoproep en afbeltermijnen

weigeren, als die niet binnen de vooraf voor oproepen geblokte periode vallen. Het papierentijgergehalte van deze regel lijkt ons best hoog, net als die van de minimumoproep en afbeltermijnen van artikel 7:628a BW, waar bovendien nog bij cao van kan worden afgeweken.

Verder beperkt de richtlijn de mogelijkheid om nevenwerkzaamheden buiten de overeengekomen werktijd te verbieden. De werkgever moet daarvoor een objectieve rechtvaardiging kunnen aanvoeren (artikel 7:653a BW). Zonder die rechtvaardiging is een nevenwerkzaamhedenbeding nietig. Uit de wetsgeschiedenis volgt, dat het mogelijk, maar niet noodzakelijk is dat die rechtvaardiging al in het nevenwerkzaamhedenbeding zelf wordt opgenomen. De rechtvaardiging kan ook achteraf gegeven worden, als de werkgever een beroep doet op het nevenwerkzaamhedenbeding.¹⁵ Dalmolen is kritisch op die benadering. Hij acht het te mager om werkgevers toe te laten nevenwerkzaamheden in zijn algemeen te laten verbieden, als ze er op het moment dat ze op het verbod een beroep doen, maar een goede reden voor kunnen aanvoeren. Het idee van de Richtlijn is nu juist dat werknemers van tevoren weten waar ze aan toe zijn.¹⁶ Dat is op zichzelf waar, alleen laten legitieme redenen om nevenwerkzaamheden te verbieden zich lastig van meet af aan uitputtend en adequaat vastleggen. Hoewel dat wel enige onzekerheid en onduidelijkheid mee kan brengen, is een rechterlijke toets achteraf toch werkbaarder.

4. Sociale zekerheid

Vorig jaar was het kabinet al voornemens om het wettelijk minimumloon en de uitkeringen flink te verhogen. De stijgende energieprijzen hebben dat proces versterkt en versneld. In 2023 zullen minimumloon en uitkeringen op minimumbestaansniveau flink worden opgetrokken. Wat verder opvalt, is dat inkomens- of koopkrachtbescherming in toenemende mate niet via de klassieke socialezekerheidsregelingen verloopt, maar in de vorm van verschillende toeslagen wordt geboden. Uitkeringen en lonen zijn mogelijk te laag om ervan te kunnen leven, maar onder andere huur- en zorgtoeslag moeten ervoor zorgen dat er voldoende besteedbaar inkomen overblijft. Dat alles neemt natuurlijk niet weg dat de 'echte' socialezekerheidsregelingen voor velen onverminderd van groot belang zijn. Vonk heeft ervoor gepleit om het infuus van inkomensafhankelijke toeslagen af te koppelen, en in plaats daarvan het minimumloon te verhogen en de waarborgfunctie van bijstand, kinderbijslag en werknemersverzekeringen te versterken.¹⁷

De Toeslagenaffaire rommelt ook in de sociale zekerheid nog na. Lag de nadruk de afgelopen jaren niet teveel op handhaving en voorkoming van misbruik, en waren er wel voldoende mogelijkheden voor de rechter om uitvoe-

¹⁴ rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/10/26/advies-college-voor-de-rechten-van-de-mensgelakt.

¹⁵ Sociaal en Cultureel Planbureau, *Eens deeltijd, altijd deeltijd*, Den Haag: SCP september 2022.

¹⁶ Richtlijn (EU) 2019/1152 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni

2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie, *PbEU* 2019, L 186.

¹⁷ Zie voor een overzicht D.J.B. de Wolff, 'Implementatie van de Richtlijn betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden', *TRA* 2022/12.

¹⁸ Zie R. Schepers & I. Baijens, 'Wet trans-

parante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden: hete hangijzers besproken', *Arbeids-Recht* 2022/35, onder 3.1.3.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2021/22, 35962, nr. 3, p. 3.

²⁰ T.R. Dalmolen, 'Meer transparantie over het verbod op nevenwerkzaamheden: dekt artikel 7:653a BW de lading?', *Arbeids-*

Recht 2022/15.

²¹ G.J. Vonk, 'De ontmanteling van het stelsel van inkomensafhankelijke toeslagen als uitdaging voor het arbeids- en socialezekerheidsrecht', *TRA* 2022/31.

ringsorganen die hun handhavingsplicht wel heel ver doorvoerden, te corrigeren? Vanuit de bestuursrechtters weerklonk in ieder geval een ongekend *mea culpa*; zij menen dat ze meer hadden kunnen en moeten doen om de af en toe op hol geslagen handhavingsmachine tegen te houden.²² Dat heeft ook zijn weerslag gehad op het denken over sociale zekerheid en bescherming van burgers. In bijna alle socialezekerheidsregelingen is de discretionaire beoordelingsruimte van uitvoeringsinstellingen de afgelopen jaren beperkt, zeker waar het gaat om het terugvoeren van ten onrechte uitbetaalde uitkeringen of het opleggen van boetes (bij fraude) of maatregelen (bij ongewenst gedrag zoals te weinig solliciteren).

Het adagium is nu dat 'de menselijke maat' terug moet in de sociale zekerheid. In het rapport *Tussen Staat en menselijke maat* wordt ondertussen geconstateerd dat het gericht aanpakken van 'echte' fraude en het ontzien van mensen die per ongeluk een foutje maken wel tot tal van juridische haarkloverijen en discussies zal gaan lei-

Het adagium is nu dat 'de menselijke maat' terug moet in de sociale zekerheid

den. Het rapport pleit om die reden voor meer beoordelingsruimte voor uitvoerders.²³ Wij zijn te veel jurist om aanscherping van fraude- en misbruikbegrippen (daarnaast) niet ook wenselijk te achten. Er is heus onderscheid te maken tussen welbewust de boel belazeren enerzijds en onhandigheid, vergeetachtigheid, onbegrip en slordigheid anderzijds. Het is de moeite waard om op zijn minst te proberen *the full force of the law* te beperken tot die eerste categorie.

De wens voor de menselijke maat wordt vrij breed gedeeld, alleen is de vraag nog wel hoe. Inderdaad meer ruimte voor de uitvoerders om te doen wat in het concrete geval passend is? Een strakker fraudebegrip? De mogelijkheden voor uitvoeringsinstellingen om schulden kwijt te schelden, zijn wel verruimd. Verder is van groot belang dat de rechter een indringende evenredigheidstoets moet verrichten wanneer er een sanctie wordt opgelegd. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft dat recent geoordeeld.²⁴ De vraag is wel of dat echt het verschil gaat maken, want was dat eigenlijk niet altijd al het geval? De CRvB draaide de wettelijke regeling met daarin standdaarsancties ongeacht verwijtbaarheid bijvoorbeeld al terug in 2014.²⁵ Natuurlijk: bij maatwerk, evenredigheids-toetsen, hardheidsclausules en open normen dreigt het gevaar van onzekerheid en ongelijkheid. Wij menen dat men de ogen voor die gevaren niet moet sluiten, maar dat er desondanks zeker aanleiding is om te zoeken naar een wat evenrediger, wellicht menselijker, inrichting en uitvoering van socialezekerheidsregelingen. Op zoek naar een nieuwe balans dus.

Hoezeer personeelstekorten een goede uitvoering kunnen frustreren, bleek dit jaar ook bij het UWV. Dat

kampt al jaren met een tekort aan verzekeringsartsen, terwijl de wet voorschrijft dat arbeidsongeschiktheidsbeoordelingen door zo'n arts moeten worden gedaan. Dat leidt niet alleen tot achterstanden, of voorschotverlening die achteraf dan weer gecorrigeerd moet worden. Als een kat in het nauw heeft het UWV ook rare sprongen gemaakt. Namelijk: door arbeidsongeschiktheidsuitkeringen toe te kennen zonder dat een verzekeringsarts de zaak heeft beoordeeld.²⁶ Aan werknemers die gezien hun ernstige diagnose en/of leeftijd heel waarschijnlijk wel in hoge mate arbeidsongeschikt zouden worden verklaard werd 'ongezien' een WIA-uitkering toegekend, soms zelfs de uitkering voor volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid die tot de AOW-leeftijd doorloopt. In de zomer van 2022 is besloten om 60+ers niet langer verzekeringsgeneeskundig te beoordelen, tenzij zij zelf of hun werkgever dat graag toch willen.²⁷ Ongetwijfeld is een deel van hen daar mee geholpen, maar het is wel ronduit in strijd met de wet. Jarenlang is aan veel werknemers een uitkering onthouden, hoewel iedereen het erover eens was dat zij ernstige beperkingen ervaarden en dat zij weinig kansen hadden op de arbeidsmarkt. Alleen waren hun klachten niet door een verzekeringsarts te herleiden tot een rechtstreeks en objectief gevolg van ziekte. Alleen al in dat licht is het wrang dat er met het medisch arbeidsongeschiktheids criterium nu op deze wijze de hand wordt gelicht. En tegelijkertijd zet het ook de bijl aan de wortel van de regeling voor medisch veroorzaakte arbeidsongeschiktheid, als de eis dat er aan het inkomensverlies een medisch probleem ten grondslag moet liggen in hoge mate wordt gerelativeerd. Als die eis er niet zo toe doet, wat is dan nog de rechtvaardiging voor een aparte regeling? Daar komt bij dat het strenge medische arbeidsongeschiktheids criterium en de wettelijke regeling van de wijze van beoordelen van de WAO en de WIA nu juist zijn ingevoerd om te voorkomen dat die regelingen zouden worden misbruikt als afvloeiingsregeling voor werknemers die om de een of andere reden niet meer zo goed mee kunnen komen (of een arbeidsconflict hebben). Mogelijk moet er opnieuw worden nagedacht over de vraag of de huidige focus op medische objectiviteit wel zo verstandig is, en of er niet ook andere argumenten kunnen zijn om iemand arbeidsongeschikt te verklaren. Een andere mogelijkheid is het medisch oordeel van de bedrijfsarts of behandelaars zwaarder mee te laten wegen, of zelfs in de plaats te stellen van dat van de UWV-arts. Maar over de hier te maken keuzes moet wel een principiële debat te voeren, in plaats van dat de regeling via een onduidelijk achterdeurtje, en dan nog alleen voor ouderen, *de facto* wordt verruimd.

Een uitspraak van het HvJ EU in een Spaanse zaak kan ook flinke gevolgen hebben voor de Nederlandse sociale zekerheid.²⁸ In Spanje was huishoudelijk personeel uitgesloten van de werkloosheidsverzekering. Het hof achtte dat in strijd met het discriminatieverbod m/v, omdat daarvoor vooral vrouwen van de Spaanse WW en andere socialezekerheidsregelingen waren uitgesloten. De uitgesloten beroepsgroep bestond voor 95% uit vrouwen, zodat er sprake was van een indirect onderscheid naar geslacht. Het hof acht het op zichzelf een legitiem doel om zo arbeidsdeelname van werknemers 'aan de onderkant van de arbeidsmarkt' te stimuleren en de vaak in privé handelende kleine werkgevers te ontzien (administratieve en

premielasten). Verder zou een fraude-risico spelen. Het Hof constateert echter dat er in Spanje tal van andere beroepsgroepen zijn met vergelijkbare kenmerken als huishoudelijke hulpen die niet zijn uitgesloten, terwijl huishoudelijk personeel wel voor een aantal andere sociale risico's verplicht is verzekerd. Het onderscheid is aldus niet voldoende consequent gemaakt, zodat de door Spanje daarvoor aangevoerde rechtvaardigingsgronden niet opgaan.

Ook in Nederland is huishoudelijk personeel dat maximaal drie dagen per week in dienst is van een natuurlijk persoon, uitgesloten van de werknemersverzekeringen, terwijl de loondoorbetalingsplicht bij ziekte tot enkele weken is beperkt.²⁹ Die uitsluiting heeft voor een deel dezelfde redenen als de Spaanse en dat roept de vraag op of de Nederlandse uitsluiting door de beugel kan. De Rechtbank Rotterdam beantwoordde deze vraag ontkennend, maar hoger beroep tegen die uitspraak loopt nog.³⁰ Het bijzondere van dit geval was dat het om een werknemer ging die via een zogeheten pgb werkzaam was voor een particuliere zorgbehoevende, waarbij de SVB zorgdroeg voor de administratie. Het argument dat particuliere werkgevers niet mogen worden lastiggevalen met ingewikkelde werkgeversverplichtingen (zeker wanneer ze ouder en/of ongezond zijn) gaat dan niet op. Evenmin dreigt in dat soort gevallen een vlucht in zwart werk, omdat wit en premieplichtig werk te ingewikkeld of te duur zou zijn. Mogelijk gaan die rechtvaardigingen wel op bij particulieren die voor een deel van de week iemand inhuren om te helpen in en om het huis, met persoonlijke verzorging of andere persoonlijke diensten. In 2014 concludeerde de Commissie-Kalsbeek al dat de uitzondering niet viel te rechtvaardigen bij pgb-gefinancierde hulp, maar misschien wel bij echt privé ingehuurde werknemers. Met die constatering is destijds overigens wederom niets gedaan.³¹

5. Ontslagrecht 2022: wel *karma* en vrijheid van meningsuiting, geen vuistregel

5.1. Karma?

De Hoge Raad deed dit jaar een groot aantal interessante uitspraken op het terrein van het ontslagrecht. Vermoedelijk de meest belangwekkende daarvan had betrekking op een ontbindingsverzoek dat een secretaresse van een klein advocatenkantoor uit Noord-Nederland tegen haar werkgever had ingediend.³² Aan dat ontbindingsverzoek was het een en ander voorafgegaan. De werknemer, op dat moment zo'n twintig jaar in dienst, was in 2015 uitgevallen met psychische klachten. Zij was onder behande-

ling bij een psycholoog, wiens praktijk was gevestigd langs een spoorlijn. Tijdens een gesprek over de re-integratie zag de werkgever daarin aanleiding om, al dan niet gek-scherend, op te merken dat dat wel handig was wanneer de werknemer zich toch 'voor de trein zou gooien'. Van re-integratie kwam het niet. Na vier jaar ziekte stelde de werknemer voor om haar inmiddels slapende dienstverband met wederzijds goedvinden te beëindigen, onder betaling van de transitievergoeding. De werkgever weigerde aanvankelijk en kwam daar later op terug, maar wilde toen slechts een regeling treffen tegen betaling van de transitievergoeding als de werknemer in ruil daarvoor finale kwijting zou verlenen. Dat zag de werknemer niet zitten, want die wilde zich het recht voorbehouden om in aanvulling op de transitievergoeding aanspraak te maken op een billijke vergoeding. Gelet op de patstelling die zo was ontstaan, stapte de werknemer naar de rechter met het verzoek om de arbeidsovereenkomst te ontbinden en haar zowel een transitievergoeding als een billijke vergoeding toe te kennen. De kantonrechter wees dat verzoek af. De werkgever was klaarblijkelijk zo in zijn nopjes met die uitkomst, dat hij de uitspraak – die allerlei persoonlijke informatie over de werknemer en haar medische situatie bevatte – ongeanonimiseerd opstuurde naar alle leden van de Vereniging Noordelijke Arbeidsrecht-Advocaten (VNAA). Met één uitzondering: de advocaten van het kantoor van de werknemer waren van de mailing-lijst verwijderd.

De werknemer ging in appel en verzocht het hof om de arbeidsovereenkomst alsnog te beëindigen (artikel 7:683 lid 5 BW) en haar een transitievergoeding en een billijke vergoeding toe te kennen. Het hof, dat de vraag naar de beëindiging *ex nunc* had te beoordelen en daarbij dus ook het rondsturen van de beschikking van de kantonrechter kon betrekken, zag daarvoor *geen* ruimte.³³ Het hof pelde de argumenten die de werknemer had aangevoerd, één voor één af en besliste dat geen daarvan een beëindiging rechtvaardigde, laat staan onder toekenning van de gevraagde vergoedingen. De opmerking over het voor de trein werpen was weliswaar slordig geweest, maar zo'n incident behoort volgens het hof te leiden tot een goed gesprek, niet tot ontbinding. Het rondsturen van de beschikking van de kantonrechter aan alle VNAA-leden rechtvaardigde ook geen ontbinding. Dat was ongelukkig, aldus het hof, maar dat de werkgever er daarmee op uit was om de werknemer te kwetsen, was niet gebleken. En de langdurige arbeidsongeschiktheid, was die dan een voldoende grond voor een beëindiging? Ook die vraag beantwoordde het hof ontkennend. Op zichzelf, aldus het

22. De Werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken publiceerde in het najaar van 2021 het rapport *Recht vinden bij de rechtbank* (rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/PublishingImages/WRT-rapport-Recht-vinden-bij-de-rechtbank-DEF-051021.pdf) en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State publiceerde een reflectierapport en maakte excuses voor het te lang handhaven van

de strenge lijn (raadvanstate.nl/reflectie-rapport/).

23. Zie open.overheid.nl/repository/rnl-9e860f60-d3b0-445c-8d3b-7a107e66bd0e/1/pdf/bijlage-tussen-staat-en-menselijke-maat.pdf.

24. ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:585.

25. CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754.

26. Zie rftnieuws.nl/nieuws/arti-

kel/5280785/uvw-wia-uitkering-ziek-wachtlijsten-verzekeringsartsen-wga.

27. nos.nl/artikel/2441202-uvw-keurt-60-plussers-voorlopig-zonder-arts.

28. HvJ EU 24 februari 2022, C-389/20, ECLI:EU:C:2022:120, *USZ* 2022/152, m.nt. Driessen (C.J./TGG).

29. Vgl. art. 7:629 lid 2 onder a BW en art. 6 lid 1 onder c WW/ZW.

30. Rb. Rotterdam 16 december 2021, *USZ* 2022/3, m.nt. Boot.

31. Zie daarover *USZ* 2022/3, m.nt. Boot.

32. HR 21 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:63; *JAR* 2022/52.

33. Zie voor de *ex nunc* toets voor de beoordeling of beëindiging is aangewezen: HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283; *NJ* 2020/378, m.nt. Bouwens.

hof, zou de langdurige arbeidsongeschiktheid wel een reden voor beëindiging kunnen zijn, maar daarmee zou de werkneemster nog niet krijgen, waar zij met de procedure op uit was: een transitievergoeding en een billijke vergoeding. Als een werknemer ontbinding verzoekt, is voor toekenning van die vergoedingen immers ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever vereist.

De werkneemster ging in cassatie en daar trok zij aan het langste eind. De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van het hof en trok een paar principiële lijnen. De uitspraak is, zo blijkt op rechtspraak.nl, inmiddels op tien plaatsen gepubliceerd, van *NJ* tot *JAR* en van *Praktijkids* tot *NJB*. En dat is dan toch een beetje (zij het: *not so instant*) 'karma' voor de werkgever, die zo blij was met de uitspraak in de eerste aanleg dat hij deze rondstuurde aan (vrijwel) de hele VNAA. De verspreiding van de uitspraak bij de Hoge Raad namen anderen voor hun rekening en dat ook nog eens: op landelijke schaal én dit keer – wel zo chic – geanonimiseerd.

Wat valt er allemaal te leren uit de uitspraak van de Hoge Raad? De cassatierechter besteedde allereerst aandacht aan de uitleg van het wettelijke criterium ter beoordeling of ontbinding op verzoek van de werknemer moet worden uitgesproken. Dat in artikel 7:671c lid 1 BW veranderde criterium luidt dat sprake moet zijn van omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. Blijkens de wetsgeschiedenis beoogt dit criterium aan te sluiten bij de maatstaf die voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Mwz gold in de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW.³⁴ In het verlengde daarvan, besliste de Hoge Raad dat bij de beoordeling van een werknemersverzoek ex artikel 7:671c BW alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang beschouwd, in aanmerking moeten worden genomen; net zoals dat onder het tot 1 juli 2015 geldende ontslagrecht gold voor *alle* ontbindingsverzoeken, zowel die van de werkgever, als die van de werknemer. Een dergelijke holistische kijk op de vraag of beëindiging is aangewezen, is nu dus nog slechts aan de orde, als de werknemer ontbinding verzoekt. Bij een werkgeversverzoek op grond van artikel 7:671b BW schrijft de wet een andere, veel beperktere, kijk voor. In dat geval zal de rechter immers slechts moeten onderzoeken of zich één (of meer) van de in artikel 7:669 lid 3 sub a tot en met i BW voorgeschreven redelijke ontslaggronden voordoet. In dat verband zal hij zich moeten beperken tot de feiten en omstandigheden die relevant zijn ter beoordeling van die specifieke grond: bij de beoordeling of de d-grond (disfunctioneren) is vervuld, is niet relevant of de verhoudingen tussen de werknemer en een collega ook een beetje verstoord zijn, want die omstandigheid valt in het domein van een andere ontslaggrond, de g-grond. In artikel 7:671b

BW schrijft de wetgever de rechter oogkleppen voor; vraagt de werknemer ontbinding, dan mag – nee: *moet* – de rechter die oogkleppen afzetten en naar alle omstandigheden van het geval kijken. Geen kokerview, maar een panoramaview.³⁵ De combinatiegrond (i-grond) die door de Wet arbeidsmarkt in balans is ingevoerd, heeft daar in elk geval geen principiële breuk mee opgeleverd, want ook als de rechter die grond hanteert, blijven aspecten, feiten en omstandigheden die vallen buiten het domein van de gecombineerde gronden, bij de beoordeling buiten beeld. Daar komt nog bij dat de i-grond in de praktijk vooralsnog geen grote vlucht heeft genomen.³⁶ Rechteren lijken wat huiverig in de toepassing daarvan, wellicht omdat zij die 'escape' toch zien als een breuk met het gesloten stelsel van ontslaggronden, dat zoveel mogelijk om 'zuivere' toepassing van die gronden vraagt.

Wat geldt voor de beoordeling of er reden is om de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer te ontbinden, geldt – zo overweegt de Hoge Raad vervolgens – ook voor de beoordeling of die ontbinding geschiedt als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Ook die vraag moet aan de hand van alle omstandigheden van het geval, niet ieder voor zich, maar in onderling verband en samenhang beschouwd, worden beantwoord. Het hof had dat miskend volgens de Hoge Raad, door de beide incidenten – de opmerking over het voor de trein springen en het rondzenden van de beschikking – ieder voor zich te beschouwen bij de beoordeling of de handelwijze van de werkgever ernstig verwijtbaar was.

In de uitspraak van de Hoge Raad ligt een aantal additionele lessen besloten. In de eerste plaats, dat bij de beoordeling of sprake is van ernstige verwijtbaarheid in de zin van artikel 7:671c lid 2 BW, verwijtbaarheid kan worden gestapeld. Anders gezegd: gedragingen die ieder voor zich slechts 'onzorgvuldig' of 'verwijtbaar' zijn, kunnen samen beschouwd wel de grens van ernstige verwijtbaarheid overgaan. Hier dringt zich de parallel op met de dringende reden: daarvoor is al een halve eeuw geleden uitgemaakt dat een aantal op zichzelf beschouwd relatief onschuldige gedragingen, uiteindelijk samen kunnen 'optellen' tot een dringende reden.³⁷ Een leerstuk dat wel bekend staat als de druppel/emmer-theorie. Die theorie geldt dus ook voor de ernstige verwijtbaarheid bij het werknemersontbindingsverzoek en dat is terecht. Juist de herhaling van vervelend, verwijtbaar gedrag, kan het de werkgever daarvan te maken verwijt versterken.³⁸ Een andere belangrijke les is dat het bij die optelsom richting ernstige verwijtbaarheid van de werkgever niet hoeft te gaan om verwijtbaar gedrag van *gelijke aard*. Het is net als bij voetbal: een gele kaart voor natrappen en een gele kaart voor schelden, kunnen optellen tot een ernstig verwijtbare rode kaart.

In artikel 7:671b BW schrijft de wetgever de rechter oogkleppen voor; vraagt de werknemer ontbinding, dan mag – nee: *moet* – de rechter die oogkleppen afzetten en naar alle omstandigheden van het geval kijken

Bovendien kunnen ook wat verder in het verleden gelegen incidenten best meewegen in de beoordeling, zoals in dit geval de opmerking over het voor de trein werpen, die zo'n vier jaar voordat ontbinding werd verzocht, door de werkgever was gemaakt. Uiteindelijk zal de vraag, waarvoor de rechter zich geplaatst ziet, steeds zijn of het verwijtbare gedrag waarop de werknemer zich beroept om het ernstig verwijtbare karakter van de handelwijze van de werkgever te onderbouwen, inderdaad tot op zekere hoogte heeft bijgedragen aan zijn conclusie dat ontbinding op verzoek van de werknemer is aangewezen. De billijke vergoeding van artikel 7:671c BW compenseert immers *alle* ernstig verwijtbare gedragingen en al het ernstig verwijtbaar nalaten die tot de ontbinding hebben geleid. Dergelijk causaal verband kan ook bestaan bij gedragingen uit een wat verder verleden; een definitieve vertrouwensbreuk kan ontstaan door aan de werkgever te verwijten barsten in de relatie die gedurende een aantal jaren ontstaan.³⁹

Het is van belang onder ogen te zien, dat wat geldt voor de ontbinding op verzoek van de werknemer, niet in dezelfde mate geldt bij het ontbindingsverzoek van de werkgever. Daar zullen de mogelijkheden om verwijtbaar gedrag te stapelen, veel beperkter zijn. Dat heeft te maken met de *kokerview* die de rechter dan is voorgeschreven ten aanzien van de beoordeling van de wettelijke ontbindingsgronden. Ook in de ontbindingsprocedure ex artikel 7:671b BW kan de rechter de werknemer uitsluitend een billijke vergoeding toekennen wanneer de ontbinding *het gevolg is van* ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever. Maar omdat de ontbinding daar noodzakelijkerwijs is gekoppeld aan het bestaan van één specifieke ontslaggrond, gaat het daarbij dus alleen om ernstig verwijtbaar gedrag dat op het ontstaan van *die* ontslaggrond ziet. Verwijtbaar werkgeversgedrag dat daarbuiten valt – en dus niet heeft bijgedragen aan de gehanteerde ontslaggrond –, kan niet worden meegenomen in de beoordeling en komt dus ook niet voor vergoeding via de band van de billijke vergoeding in aanmerking. Bij de ontbinding op verzoek van de werkgever, kan – anders gezegd – alleen verwijtbaar gedrag worden gestapeld dat betrekking heeft op het ontstaan van de specifieke ontslaggrond die de rechter hanteert.⁴⁰

5.2. Een spade dieper – wat betekent dit voor Baijings?

In het verlengde hiervan, werpt de uitspraak van de Hoge Raad, ook weer interessante – en voor de praktijk belangrijke – nieuwe vragen op.

Welke ruimte is er voor een werknemer om na of naast een ontbindingsprocedure nog een vordering in te stellen wegens schending van de norm van goed werkgeverschap?

In het bijzonder denken wij daarbij aan de vraag welke ruimte er voor een werknemer is om na of naast een ontbindingsprocedure nog een vordering in te stellen wegens schending van de norm van goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW).⁴¹ Die vraag stond onder het tot 1 juli 2015 geldende ontslagrecht bekend als de 'Baijings-doctrine', vernoemd naar een belangrijke uitspraak daarover van de Hoge Raad uit 1997.⁴² Daarin besliste de Hoge Raad dat onder de vigeur van de toenmalige ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW voor zulke vervolgcclaims op grond van artikel 7:611 BW in beginsel geen ruimte was. En wel omdat de regeling betreffende de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens veranderingen in de omstandigheden, een '*uitputtend*' karakter had. De rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid diende in beginsel *ten volle* tot uitdrukking te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter op de voet van het oude artikel 7:685 BW naar billijkheid aan een van de partijen kon toekennen. Daarop was dan weer wel een uitzondering mogelijk, als de ontbindingsrechter een bepaald element uitdrukkelijk had uitgezonderd bij de begroting van de ontbindingsvergoeding, of – zoals bleek uit latere rechtspraak – wanneer het ging om contractuele aanspraken, zoals bijvoorbeeld een vordering ter zake van achterstallig loon of een contractuele afvloeiingsregeling.⁴³ De vraag komt op, hoe hier naar moet worden gekeken onder het *huidige* recht, om te beginnen: na een ontbinding op verzoek van de werknemer.

Het voornaamste argument dat de Hoge Raad er onder het oude recht toe bracht om weinig ruimte te zien voor vervolgcclaims op grond van de redelijkheid en billijkheid/artikel 7:611 BW na een ontbinding ex artikel 7:685

34. Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 81 en p. 109.

35. Zie daarover: S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules*, (oratie Leiden), 2014.

36. P. Kruit & I.H. Kersten, 'Statistiek ontbindingsprocedure 2020, Een bijzonder WAB- en Coronajaar', *ArbeidsRecht* 2021/52; P. Kruit & I.H. Kersten, 'Statistiek ontbindingsprocedure Q1 en Q2 2020: i-grond vooralsnog dode letter', *Arbeids-Recht* 2020/40.

37. HR 24 december 1971, *NJ* 1972/107.

38. Zie anders: A-G Timmerman in zijn

conclusie voor een beschikking van de Hoge Raad van 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:687: 'In geval zich diverse van elkaar losstaande niet ernstig verwijtbare gedragingen hebben voorgedaan, leveren deze bij elkaar opgeteld geen ernstig verwijtbare gedraging van de werknemer op. De werknemer is dan steeds onder de hoge lat van ernstige verwijtbaarheid gebleven.' Zie daarover kritisch: N. Jansen, 'Over de hoge lat voor ernstige verwijtbaarheid en het optellen van verwijten', *TvO* 2018/3.3. Zie ook: S.F. Sagel & R. van Haeringen, 'De dringende reden en ernstige

verwijtbaarheid; twee afwegingen op basis van de omstandigheden van één geval', *TvO* 2018/4, p. 135-147.

39. Zie een nuance anders: K. Bemelmans, 'Werknemersverzoeken: over de maatstaven, een "optelsom" en andere aspecten', *TvO* 2022/2.3, die meent dat bij cumulatie van verschillende onzorgvuldige, maar op zichzelf beschouwd niet ernstig verwijtbare gedragingen, die niet met elkaar samenhangen, minder snel sprake zal zijn van ernstige verwijtbaarheid.

40. Zie in die zin ook: D.M.A. bij de Vaate, 'De "alle omstandigheden van het geval" -

toetsing bij artikel 7:671c BW en ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever', *ArA* 2022/2.

41. Zie daarover ook de uitvoerige beschouwingen van De Laat, in een recent in de Bakels-serie verschenen monografie over de norm van het goed werkgeverschap: J.J.M. de Laat, *Goed-werkgeverschap en informatieverplichtingen*, Den Haag, 2022.

42. HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/257.

43. HR 1 maart 2002, *NJ* 2002/211; HR 2 april 2004, *NJ* 2006/212.

BW, was er in hoofdzaak in gelegen dat die toetsing reeds *in volle omvang* kon plaatsvinden bij de beoordeling of een ontbindingsvergoeding op zijn plaats was, en in welke omvang. En daar wringt onder het huidige recht toch enigszins de schoen, want weliswaar moet bij de beoordeling of in het kader van artikel 7:671c BW een billijke vergoeding kan worden toegekend, worden gekeken naar alle feiten en omstandigheden van het geval, maar aan die vergoeding zelf wordt pas toegekomen als die feiten en omstandigheden de lat van de ernstige verwijtbaarheid overgaan. Zijn die feiten en omstandigheden niet meer dan *'gewoon verwijtbaar'*, dan is voor een billijke vergoeding geen plaats. De vraag rijst dan, of onder die omstandigheden, nog wel gezegd kan worden dat in een procedure ex artikel 7:671c BW – net zoals onder het oude recht – de toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid *'ten volle tot uitdrukking kan komen'* in de hoogte van de vergoeding die de rechter op de voet van artikel 7:671c BW kan toekennen. Weliswaar moet de rechter nog steeds kijken naar *alle* omstandigheden van het geval, zo besliste de Hoge Raad dus op 22 januari 2022, maar hij mag die omstandigheden pas tot uitdrukking brengen in een billijke vergoeding als zij (samen beschouwd) de grens van de ernstige verwijtbaarheid overgaan. Is het dan niet verdedigbaar dat voor zover de rechter in de ontbindingsprocedure op verzoek van de werknemer niet toekomt aan toekenning van een billijke vergoeding ex artikel 7:671c BW, omdat het werkgeversgedrag (al dan niet bij elkaar opgeteld) wel verwijtbaar, maar niet ernstig verwijtbaar was, de werknemer te dezer zake nog een vervolgcclaim moet kunnen instellen?

Het is onzes inziens onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad daar uiteindelijk zo tegenaan zal willen kijken. Een dergelijke uitkomst zou immers meebrengen dat de werknemer die geen aanspraak heeft op een billijke vergoeding ex artikel 7:671c BW omdat het gedrag van de werkgever weliswaar verwijtbaar is, maar (ook in samenhang gezien) de grens van ernstige verwijtbaarheid niet overgaat, via de band van artikel 7:611 BW alsnog een *'verkapte'* ontslagvergoeding zal kunnen krijgen, zij het niet in de vorm van een billijke vergoeding, maar in de vorm van schadevergoeding. Dat zou allereerst een uitkomst zijn die maar moeilijk te rijmen is met de wens van de Wvz-wetgever om ontslagvergoedingen naast de transitievergoeding tot een minimum te beperken en alleen toe te staan in heldere gevallen van evident slecht werkgeverschap, gevallen die de lat van ernstige verwijtbaarheid overgaan. Bovendien bevestigt juist de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak rond de Groningse secretaresse, dat ook bij de beoordeling of een billijke vergoeding ex artikel 7:671c BW op zijn plaats is, regulier/'gewoon' verwijtbaar gedrag wel degelijk kan worden *meegewogen* bij de beoordeling of een billijke vergoeding op zijn plaats is, zij het dat pas wanneer dat verwijtbare gedrag samen met ander verwijtbaar gedrag de grens van ernstige verwijtbaarheid overgaat, een billijke vergoeding kan worden toegekend. Zo gezien, is het wel degelijk zo dat de ontbindingsrechter bij de beoordeling of een billijke vergoeding op zijn plaats is in een ontbindingsprocedure op verzoek van de werknemer, rekening moet houden met *alle* schendingen van de norm van goed werkgeverschap, hoe klein ook. Hij moet die immers optellen. Maar hij mag die pas tot uitdrukking

brengen in een billijke vergoeding als die 'normaal verwijtbare' gedragingen samen de lat van de ernstige verwijtbaarheid overgaan.

Nu zou men nog kunnen proberen tegen tewerpen dat het bij een vervolgcclaim op grond van artikel 7:611 BW wegens verwijtbaar, zij het niet ernstig verwijtbaar, werkgeversgedrag niet gaat om een billijke (ontslag)vergoeding, maar om een vergoeding van geheel andere aard, te weten: om schadevergoeding. Maar dat lijkt ons ook geen kansrijk betoog, alleen al omdat de Hoge Raad eerder bepaalde dat binnen de begroting van de billijke vergoeding van artikel 7:671c BW ook ruimte is voor vergoeding van schade en dat bij die componenten het bepaalde in artikel 6:95 BW e.v. van overeenkomstige toepassing is.⁴⁴ Zo gezien heeft de huidige billijke vergoeding in de ontbindingsprocedure, best trekken van schadevergoeding. Bovendien sneed het argument dat schadevergoeding op grond van artikel 7:611 BW iets heel anders is dan een billijke vergoeding, zodat zo een schadeclaim ook na de beoordeling of een billijke vergoeding is aangewezen mogelijk is, onder het tot 1 juli 2015 geldende recht ook al geen hout, terwijl de rechter toen in de ontbindingsprocedure helemaal vrij was bij de begroting van de vergoeding.

We denken dus, alles afwegend, dat de kans dat een werknemer na een ontbindingsprocedure ex artikel 7:671c BW waarin geen billijke vergoeding is toegekend, nog met succes een vergoeding op grond van artikel 7:611 BW kan krijgen wegens aan de werkgever verwijtbare feiten in de aanloop naar het ontslag, met als argument dat dat verwijtbare gedrag niet in een ontbindingsvergoeding tot uitdrukking kon worden gebracht omdat het de grens van de ernstige verwijtbaarheid niet overging, gering is. Het lijkt ons onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad die stap zal willen zetten, wellicht daargelaten de situaties waarin de ontbindingsrechter bepaalde elementen uitdrukkelijk buiten het debat in de ontbindingsprocedure heeft geplaatst, of waarin de feiten en omstandigheden waarop de werknemer zich beroept, echt zo ver in het verleden liggen en/of van zo andere aard zijn, dat er geen enkele band meer is met het beëindigingstraject. Maar voor het eerste is eigenlijk in het huidige recht weinig aanleiding meer, juist omdat de ontbindingsprocedure – anders dan de procedure ex artikel 7:685 BW (oud) – een normale procedure is, met alle waarborgen van bewijslevering en hoger beroep. En het tweede zal zich ook wel eens voordoen, nu uit de uitspraak van de Hoge Raad rond de Groningse secretaresse valt af te leiden dat ook oudere feiten wel degelijk kunnen meewegen bij de beoordeling of ontbinding op verzoek van de werknemer is aangewezen.

Een onbevredigend aspect van het huidige ontslagrecht blijft het wat ons betreft wel dat een werknemer bij of na zijn ontslagname via de band van artikel 7:671c BW, geen compensatie kan krijgen voor verwijtbaar gedrag van de werkgever dat heeft bijgedragen aan die ontslagname, als dat gedrag bij elkaar niet optelt tot ernstige verwijtbaarheid. De onmogelijkheid om daarvoor een vervolgcprocedure ex artikel 7:611 BW te entameren, zal er bovendien toe leiden dat veel werknemers die zelf ontbinding hebben gevraagd, wanneer zij geconfronteerd worden met een afwijzing van hun verzoek tot toekenning van een transitievergoeding en billijke vergoeding wegens ernstig ver-

Een onbevredigend aspect van het huidige ontslagrecht blijft dat een werknemer bij of na zijn ontslagname via de band van artikel 7:671c BW, geen compensatie kan krijgen voor verwijtbaar gedrag van de werkgever dat heeft bijgedragen aan die ontslagname, als dat gedrag bij elkaar niet optelt tot ernstige verwijtbaarheid

wijtbaar gedrag, ervoor zullen kiezen om het ontbindingsverzoek dan maar helemaal in te trekken op de voet van artikel 7:686a lid 6 BW. Partijen blijven dan tot elkaar veroordeeld en de werknemer kan dan wellicht wel *staande het dienstverband* een procedure ex artikel 7:611 BW beginnen om compensatie te verkrijgen voor het ‘regulier’ – dat wil zeggen: niet ernstig – verwijtbare gedrag dat zich in het verleden heeft voltrokken binnen de relatie. Of dat dan een wenselijke uitkomst is – een werknemer die maar *contre coeur* in dienst blijft om vanuit dat dienstverband tegen zijn werkgever te procederen –, dat laten we maar in het midden.

En hoe zit het met vervolgcclaims na een ontbinding op verzoek van de werkgever? De ruimte ontbreekt hier, om die vraag in extenso te behandelen, maar vermoedelijk ligt de zaak daar toch genuanceerd anders. Na of naast een procedure ex artikel 7:671b BW bestaat, waarschijnlijk, meer ruimte voor vervolg- of *side-claims* op grond van artikel 7:611 BW dan na of naast een verzoek ex artikel 7:671c BW. Dat heeft te maken met de beperktere scope van de rechterlijke beoordeling in de procedure ex artikel 7:671b BW, die hiervoor al werd aangestipt en waaraan één van ons zijn oratie wijdde.⁴⁵ Bij de beoordeling van de billijke vergoeding van artikel 7:671b BW telt slechts verwijtbaar gedrag mee dat heeft geleid tot het ontstaan van de ontslaggrond op basis waarvan de rechter de arbeidsovereenkomst ontbindt. Ander verwijtbaar gedrag, dat wil zeggen: gedrag dat valt binnen het domein van andere, niet gehanteerde, ontslaggronden, valt daarbuiten en kan niet meewegen bij de beoordeling of een billijke vergoeding ex artikel 7:671b BW op zijn plaats is. Doorredenerend vanuit de *Baijings*-doctrine zou dat betekenen dat de werknemer ter zake van zulk verwijtbaar gedrag, dat geen betrekking heeft op de gehanteerde ontslaggrond, nog wel een vervolgprocedure moet kunnen instellen; het betreffende gedrag viel immers buiten de scope van de beoordeling door de rechter of een billijke vergoeding op zijn plaats is.⁴⁶

De Kantonrechter Den Haag ging op 5 april 2022 zelfs nog een stap verder.⁴⁷ Hij besliste in een ontbindingsprocedure ex artikel 7:671b BW dat de arbeidsovereenkomst ontbonden moest worden wegens een verstoorde arbeidsrelatie (g-grond), maar dat voor een billijke vergoeding geen aanleiding was omdat de werkgever wel verwijtbaar had gehandeld bij de totstandkoming van die ontslaggrond, maar niet ernstig verwijtbaar. Vervolgens kende hij evenwel in diezelfde procedure een schadevergoeding ter hoogte van een half netto jaarsalaris toe aan

de werknemster, wegens schending van de norm van goed werkgeverschap, waarbij dat slechte werkgeverschap gelegen was in het gedrag dat de arbeidsverhouding had verstoord. Dat lijkt ons een benadering die zich echt niet verdraagt met wat de Wwz heeft beoogd, te weten: alleen ruimte voor een ontslagvergoeding bovenop de transitievergoeding wanneer de werkgever de ontslaggrond ernstig verwijtbaar heeft doen ontstaan. Hier is het eindresultaat dat de werknemer, naast de transitievergoeding, een additionele ontslagvergoeding, vermomd als schadevergoeding, krijgt voor verwijtbaar werkgeversgedrag dat aanleiding heeft gegeven tot de beëindiging van het dienstverband, hoewel de lat van de ernstige verwijtbaarheid niet gehaald wordt. Begrijp ons niet verkeerd, we vinden de uitkomst waartoe de kantonrechter kwam, op zich genomen heel sympathiek. Veel sympathieker zelfs dan de botte bijl waartoe de Wwz de rechter noopt en die de werknemer slechts aanspraak geeft op een billijke vergoeding als de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Maar de door de Haagse kantonrechter gemaakte keuze valt niet te rijmen met het wettelijk stelsel, sterker nog: hij legt daar eigenlijk een bommetje onder.

Het moge duidelijk zijn: de uitspraak van de Hoge Raad over de werknemersontbinding beantwoordt veel vragen, maar de antwoorden werpen tegelijkertijd weer nieuwe vragen op. We komen daar in een volgende kroniek vast nog eens op terug. In het bijzonder op het punt van de reikwijdte van de Baijings-leer onder het Wwz-ontslagrecht, valt voor de Hoge Raad nog heel veel te ontginnen.

5.3. #MeToo – geen vuistregel voor seksueel grensoverschrijdend gedrag

Het afgelopen kroniek-jaar is er enorm veel gebeurd op het terrein van ongewenste omgangsvormen. De spreekwoordelijke beerput ging open, met het gezellige familieprogramma *The Voice of Holland* voorop. Menig nationale ster viel van zijn sokkel omdat niet alleen muzikale coaching werd gegeven, maar ook ongewenste avances waren gemaakt, vaak in de richting van kandidaten die de schoolgaande leeftijd nauwelijks achter zich hadden gela-

44. Zie HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 in combinatie met HR 8 juni 2018, NJ 2019/170.

45. S.F. Sagel, *Ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), 2014.

46. Zie over deze problematiek ook: A.G. Castermans & Y. Erkens, ‘Uit de ban van Baijings: schadevergoeding en de Wet werk en zekerheid’, *NTBR* 2016/49.
47. Ktr. Den Haag 5 april 2022, *JAR* 2022/165.

In het bijzonder op het punt van de reikwijdte van de Baijings-leer onder het Wwz-ontslagrecht, valt voor de Hoge Raad nog heel veel te ontginnen

ten. Ondertussen bleek ook een directeur van een gerenommeerde voetbalclub uit de hoofdstad, het spoor nogal bijster te zijn geraakt. Hij meende dat hij mocht proberen bij vrouwelijke ondergeschikten te scoren door hen afbeelden van zijn geslachtsdeel toe te zenden.⁴⁸ En ook in de politiek, bij de politie en in de toneelwereld bleek menig man – en een enkele vrouw – zijn handen niet thuis te hebben kunnen houden. Velen verdwenen door de zijdeur, een enkeling werd – na onderzoek – gerehabiliteerd. De politiek zag zich uiteindelijk, door alle maatschappelijke ophef, genoodzaakt om Mariëtte Hamer als regeringscommissaris seksueel grensoverschrijdend gedrag aan te stellen teneinde het probleem in kaart te brengen, het debat daarover in goede banen te leiden en aldus tot oplossingen te komen. Een eerste analyse bracht Hamer ertoe uit te spreken dat voordat er hier te lande weer een cultuur is waarin iedereen zich veilig voelt, we de komende tijd toch echt wel ‘wat strenger’ moeten gaan zijn tegen (seksueel) grensoverschrijdend gedrag, op de werkvloer en daarbuiten.⁴⁹ Die oproep tot strengheid vond in elk geval bij de Hoge Raad niet direct weerklank. Eind juni had de cassatierechter namelijk de kans om ook een signaal af te geven ten aanzien van de #MeToo-problematiek, maar die liet hij voorbij gaan.

Het betrof een zaak rond een leraar bewegingsleer van de toneelschool Maastricht, die al eens eerder de Hoge Raad had bereikt. De docent was in het verleden vaker aangesproken op ongewenste omgangsvormen met vrouwelijke leerlingen en in 2010 was hem zelfs elke vorm van fysiek contact tijdens de bewegingslessen verboden. Een aantal jaren later kwamen er opnieuw klachten binnen. Een van die klachten zag erop dat de docent een vrouwelijke studente een tik op haar billen had gegeven onder de mededeling dat hij dat ‘al langer had willen doen’. Een andere klacht had betrekking op het feit dat hij een leerlinge, tot tweemaal aan toe, in het kader van een zogeheten massageles die hij aan het eind van een schooljaar bij wijze van ‘beloning’ aan een klas had gegeven, van top tot teen (of beter: van borst tot bil), had gemasseerd. De Kantonrechter Maastricht meende dat dat gedrag ontbinding wettigde op de e-grond, verwijtbaar handelen. Het gedrag was in haar ogen zelfs zo ernstig, dat de werknemer een transitievergoeding onthouden moest worden. De werknemer had ‘ernstig verwijtbaar’ gehandeld in de zin van artikel 7:673 lid 7 sub c BW. Het Gerechtshof Den Bosch dacht daar vervolgens anders over. Dat hof vernietigde de beslissing van de kantonrechter op het punt van de transitievergoeding. Het gedrag van de docent was wel verwijtbaar, maar niet *ernstig* verwijtbaar. De toneelschool ging daarop in cassatie. In haar conclusie voor de door de Hoge Raad te

wijzen beschikking, gaf A-G Wesseling-van Gent de Hoge Raad in overweging om een zogeheten vuistregel te aanvaarden voor gevallen als deze. Die vuistregel zou dan moeten luiden dat ‘naar huidige maatschappelijke maatstaven *als uitgangspunt* [geldt] dat als seksueel grensoverschrijdend gedrag in een afhankelijkheidssituatie (dus van leidinggevende jegens ondergeschikte of docent jegens leerling/student) vaststaat, er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen in de zin van art. 7:673 lid 7 aanhef en onder c BW’. Uiteraard, zo vervolgde de A-G, zou het hantieren van dit *uitgangspunt* onverlet laten dat de rechter vervolgens, op basis van de bijzondere omstandigheden van het geval, tot het eindoordeel zou kunnen komen dat toch geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen, of dat het (geheel) onthouden van een transitievergoeding een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar resultaat zou meebrengen.⁵⁰ Maar zo’n uitzondering op de vuistregel zou de rechter dan wel goed moeten motiveren.⁵¹

Bij beschikking van 17 juli 2020 vernietigde de Hoge Raad de uitspraak van het Bossche hof wegens een aantal motiveringsgebreken.⁵² De Hoge Raad vond de uitspraak onder meer onvoldoende gemotiveerd nu het hof de stellingen van de werkgever dat de massageles geen enkel didactisch doel diende en andere docenten niet op die wijze les gaven, onbesproken had gelaten. Over de door de A-G gesuggereerde vuistregel liet de Hoge Raad zich niet uit. Die werd niet omarmd, maar ook niet verworpen.

Vervolgens was het Hof Arnhem-Leeuwarden aan zet. Dat hof beoordeelde de zaak opnieuw, maar zette daarbij uitdrukkelijk niet de bril op, die A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie had voorgesteld. Het hof koos, anders gezegd, bij zijn beoordeling niet het uitgangspunt dat seksueel grensoverschrijdend gedrag in afhankelijkheidsrelaties *in beginsel* ernstige verwijtbaarheid oplevert. Het hof opteerde voor het uitgangspunt dat bij een beëindiging van een dienstverband, ook wegens verwijtbaar handelen (e-grond), in beginsel juist *wel* aanspraak bestaat op een transitievergoeding en dat veeleer het vervallen van de aanspraak daarop de uitzondering is, die zich slechts in zeer bijzondere gevallen zal voordoen. Zou de door de A-G voorgestelde benadering hier geleid hebben tot een ‘nee, tenzij’ benadering ten aanzien van de aanspraak op de transitievergoeding, koos het hof dus voor een ‘ja, tenzijbenadering’. In een tamelijk uitvoerig gemotiveerde uitspraak kwam het hof, zo doende, opnieuw tot het oordeel dat in Den Bosch eerder ook al was bereikt: het gedrag van de docent was wel verwijtbaar, maar niet ernstig verwijtbaar en de school moest de transitievergoeding dus wel degelijk betalen. Daarbij speelde voor het Hof Arnhem-Leeuwarden een voorname rol dat de school de werknemer weliswaar had gewaarschuwd om van studentes af te blijven in zijn lessen, maar vervolgens niet actief had gemonitord of hij zich daar wel aan hield en ook meende het hof dat de massageles wel degelijk een didactisch doel had gediend.⁵³

De school ging opnieuw in cassatie, met een cassatiemiddel dat scharnierde rond de vuistregel die A-G Wesseling-van Gent in de eerste cassatieprocedure had voorgesteld. Het Hof Arnhem-Leeuwarden, zo luidde de klacht, had bij zijn beoordeling miskend dat in een geval als dit, wanneer eenmaal vaststaat dat sprake is van seksueel grens-

overschrijdend gedrag in een afhankelijkheidsrelatie, daarmee de ernstige verwijtbaarheid in beginsel is gegeven.

A-G Wesseling-van Gent mocht opnieuw de conclusie voor haar rekening nemen.⁵⁴ Zij constateerde dat de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden op nogal stevige kritiek in de literatuur was gestuit en zag 'geen enkele aanleiding' om terug te komen op haar eerdere opvatting dat een vuistregel in het kader van artikel 7:673 lid 7 sub c BW met betrekking tot seksueel grensoverschrijdend gedrag in afhankelijkheidsrelaties, van toegevoegde waarde zou zijn.⁵⁵ En van zo'n vuistregel was het Hof Arnhem-Leeuwarden nu juist niet uitgegaan, zodat opnieuw vernietiging en verwijzing diende plaats te vinden. En daarmee lag de bal op de spreekwoordelijke stip voor de Hoge Raad: die moest nu wel kleur bekennen ten aanzien van de wenselijkheid van de gesuggereerde vuistregel. En dat kleur bekennen, dat deed de Hoge Raad, maar niet langs de lijn zoals door de A-G was bepleit. Het cassatieberoep van de toneelschool werd ditmaal verworpen.⁵⁶

De Hoge Raad benadrukte in zijn beschikking van 24 juni 2022 dat de uitzondering van artikel 7:673 lid 7 sub c BW dat de aanspraak op de standaard transitievergoeding vervalt wanneer de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten 'een beperkte reikwijdte' heeft en 'terughoudend' moet worden toegepast. De werknemer, zo overwoog de Hoge Raad direct daarna, kan zijn recht op een transitievergoeding alleen kwijtraken in 'uitzonderlijke' gevallen, waarin 'evident' is dat het tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst leidende handelen of nalaten van de werknemer niet slechts als verwijtbaar, maar als ernstig verwijtbaar moet worden aangemerkt. Bij de beoordeling of toepassing van deze (hele kleine) uitzondering aan de orde is, moeten de omstandigheden van het geval worden betrokken voor zover deze van invloed zijn op de verwijtbaarheid van het handelen of nalaten van de werknemer dat tot het ontslag heeft geleid, zo herhaalt de Hoge Raad onder verwijzing naar een uitspraak uit 2018.⁵⁷ Tot de omstandigheden die de mate van verwijtbaarheid van de werknemer beïnvloeden kan in voorkomend geval ook het 'handelen of nalaten van de werkgever' behoren. Anders gezegd: zit de werkgever stil, waar hij had moeten ingrijpen en de werknemer had moeten bijsturen, dan kan dat het verwijt dat een werknemer van zijn handelwijze te maken is, verminderen. Dat had het Hof Arnhem-Leeuwarden in deze zaak klaarblijkelijk – en volgens de Hoge Raad: terecht – voor ogen toen het overwoog dat de toneelschool het gedrag van de docent actief had moeten monitoren, nadat hem was verboden fysiek contact te hebben met leerlingen. Met het feit dat ook het handelen of nalaten van de werkgever moet worden betrokken bij de beoordeling van de mate van verwijtbaarheid van de werknemer, strookt volgens de Hoge Raad niet het aan nemen van een vuistregel die de rechter ertoe zou verplichten tot uitgangspunt te nemen dat een werknemer gezien

Zit de werkgever stil, waar hij had moeten ingrijpen en de werknemer had moeten bijsturen, dan kan dat het verwijt dat een werknemer van zijn handelwijze te maken is, verminderen

het gedrag waaraan hij zich schuldig heeft gemaakt een ernstig verwijt treft en aldus het onderzoek naar de ernstige verwijtbaarheid te beperken tot de vraag of zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die meebrengen dat de werknemer in zijn rechtsverhouding tot de werkgever toch geen ernstig verwijt treft. Dat uitgangspunt zou volgens de Hoge Raad ook onvoldoende recht doen aan de verantwoordelijkheid van een werkgever om grensoverschrijdend gedrag in zijn organisatie zoveel mogelijk te voorkomen en bij signalen van grensoverschrijdend gedrag daartegen op te treden.

Nu een van uw chroniqueurs als cassatieadvocaat voor de toneelschool betrokken was bij de procedure die leidde tot de uitspraak van 24 juni 2022 is bij de bespreking daarvan enige terughoudendheid geboden. Met name wordt zelden een prijs gewonnen, laat staan de schoonheidsprijs. Een scherpe veroordeling van de uitspraak, zoals die op LinkedIn en in de media viel op te tekenen uit de mond van menig praktijkjurist die op dagelijkse basis te maken heeft met zaken over seksuele intimidatie ('gemiste kans', 'twintig jaar terug in de tijd'), zult u van ons niet horen. Dat gezegd zijnde, veroorloven wij ons toch enige beschouwingen over de betekenis van de uitspraak en een enkele kanttekening en/of vraagteken in de marge.

De uitspraak van de Hoge Raad is in verschillende opzichten van belang. In de eerste plaats onderstreept hij nog eens het daadwerkelijk uitzonderlijke karakter van het verval van de transitievergoeding wegens ernstig verwijtbaar gedrag. De door de Hoge Raad gebruikte krachtige bewoordingen – de uitzonderingsgrond heeft een 'beperkte reikwijdte', moet 'terughoudend' worden toegepast, dat wil zeggen alleen in 'uitzonderlijke' gevallen, waarin ernstige verwijtbaarheid 'evident' is – ademen dat de Hoge Raad niet meer dan een werkelijk marginale ruimte ziet voor het afpakken van de transitievergoeding wegens verwijtbaarheid aan de kant van de werknemer. Dat lijkt ons als zodanig een juiste benadering, die aansluit bij de wetsgeschiedenis en de strekking van de transitievergoeding. Ook een werknemer die zich misdraagt

48. nos.nl/artikel/2416071-overmars-vertrekt-per-direct-bij-ajax-wegens-grensoverschrijdende-berichten.

49. nos.nl/nieuwsuur/artikel/2416545-het-wordt-een-tijd-wat-strenger-zegt-metoo-commissaris-hamer.

50. Zie art. 7:673 lid 8 BW, voor dat 'luizen gaatie'.

51. ECLI:NL:PHR:2020:230.

52. HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1307

53. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:174. Zie ook

JAR 2021/46, m.nt. M.M. Govaert.

54. ECLI:NL:PHR:2021:1087.

55. M.S.A. Vegter, 'Seksuele intimidatie revisited: handhaafbaarheid en de relatie met het ontslagrecht', TRA 2021/25;

JAR 2021/46, m.nt. M.M. Govaert.

56. HR 24 juni 2022, JAR 2022/179.

57. HR 8 februari 2019,

ECLI:NL:HR:2019:203 (Woondroomzorg), r.o. 3.4.4.

en deswege zijn baan verliest, verliest daardoor zijn inkomen en heeft budget nodig voor een transitie naar een andere baan. En meer dan dat beoogt de transitievergoeding niet te compenseren.

Bij (de overtuigingskracht van) de argumenten die de Hoge Raad hanteert om de gepropageerde vuistregel af te wijzen, zijn wel wat kanttekeningen te plaatsen. Zien wij het goed, dan komt het er in de kern op neer dat de Hoge Raad die vuistregel niet wenst te aanvaarden, omdat deze niet te verenigen is met de verantwoordelijkheid van de werkgever ten aanzien van het voorkomen van seksueel grensoverschrijdend gedrag. Zou de vuistregel worden omarmd, dan wordt de verantwoordelijkheid te eenzijdig bij de werknemer gelegd en bovendien zou zo een vuistregel de werkgever niet stimuleren om actief op te treden tegen seksueel grensoverschrijdend gedrag. Ten aanzien van het eerste argument, komt wat ons betreft de vraag op wat er eigenlijk mis mee is om de verantwoordelijkheid voor seksueel grensoverschrijdend gedrag, zeker in afhankelijkheidsrelaties zoals bij leerlingen of ondergeschikten, in hoofdzaak te leggen bij degene die dat gedrag vertoont, te weten: de werknemer. Dat lijkt ons toch de primair voor zijn eigen handelen verantwoordelijke, juist nu zo iemand, zoals het Hof Arnhem-Leeuwarden in deze zaak zelf overwoog, ook zonder duidelijke instructies van de werkgever moet begrijpen dat hij zijn handen thuis moet houden.

En het tweede argument, te weten dat een vuistregel de werkgever niet zou stimuleren om actief op te treden tegen seksueel grensoverschrijdend gedrag? Ook daar kan men, als men met de spreekwoordelijke poten in de modder van de dagelijkse praktijk staat, best anders over denken. Want geeft zo een vuistregel de werkgever niet juist een middel in handen om op te treden tegen seksueel grensoverschrijdend gedrag? Juist omdat die regel bevordert dat de werkgever zonder enige betaling afscheid kan – en dus ook eerder zal – nemen van werknemers die zich in afhankelijkheidsrelaties schuldig maken aan seksueel grensoverschrijdend gedrag. Dat geldt eens te meer, omdat een vuistregel langs de lijn dat seksueel grensoverschrijdend gedrag in afhankelijkheidsrelaties in beginsel ernstig verwijtbaar gedrag oplevert in de zin van artikel 7:673 lid 7 sub c BW, tegelijkertijd ook logischerwijs zou hebben betekend dat zulk gedrag in beginsel dus ook kwalificeert als *verwijtbaar gedrag* in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub e BW. Aanvaarding van de door de Hoge Raad nu expli-ciet verworpen vuistregel zou daarmee de werkgever juist *‘empowered’* hebben om hard op te kunnen treden.

De Hoge Raad wilde dat blijkbaar niet, of zag dat voordeel van een vuistregel niet. Voor de praktijk brengt de uitspraak daarmee hoe dan ook mee, dat werkgevers die willen optreden tegen seksueel grensoverschrijdend gedrag en die een goede kans willen maken om zonder financiële kleerscheuren afscheid te nemen van werknemers die zich daaraan schuldig maken, een actief beleid tegen seksueel grensoverschrijdend gedrag moeten voeren. Dat gaat verder dan alleen het opstellen van een code en het waarschuwen van daders. Wat klaarblijkelijk ook geleverd kan worden, wil de werkgever niet gehouden zijn om aan een *‘dader’* van seksuele intimidatie een aanzienlijke ontslagvergoeding te betalen, is dat hij die werknemer vervolgens actief *‘monitort’* om te zien of de

boodschap is overgekomen. Het heeft trekken van de zorgplicht van artikel 7:658 BW, waar de werkgever niet kan volstaan met eenmalig waarschuwen voor aan het werk verbonden gevaren, maar die waarschuwingen regelmatig moet herhalen omdat de ervaring leert dat de dagelijkse omgang met gevaren ertoe zal leiden dat de werknemer niet alle voorzichtigheid betracht, die geraden is.⁵⁸ Zo lijkt het ook hier te zijn: de werkgever moet niet alleen waarschuwen als een docent een leerlinge in de billen knijpt, maar vervolgens ook actief controleren dat de werknemer zich na die waarschuwing blijft beheersen als hij op dagelijkse basis wordt blootgesteld aan wat voor hem klaarblijkelijk gevaarlijke verleidingen zijn. En dan laten we nog maar onbesproken, hoe moeilijk het voor de werkgever vaak zal zijn om actief te monitoren. Hij zal immers afhankelijk zijn van meldingen en die komen, juist in afhankelijkheidsrelaties zoals tussen docent en leerling, zelden

Voor de werkgever is het allemaal geen sinecure, voor de slachtoffers van seksuele intimidatie ook niet

binnen. Regelmatig een toezichthouder in de klas zetten? Dat zal ook niet veel helpen, want incidenten vinden nu juist plaats als er geen toezichthouder is. Verborgene cameratoezicht? Ook daar is de rechter, zoals bekend, niet zo van.⁵⁹ Voor de werkgever is het allemaal geen sinecure, voor de slachtoffers van seksuele intimidatie ook niet.

5.4. Vuistregels of gezichtspunten? De Hoge Raad heeft een duidelijke voorkeur!

Wellicht moet de door de Hoge Raad gegeven #MeToo-beschikking ook wel geplaatst worden in een meer algemene lijn in zijn arbeidsrechtelijke rechtspraak van de afgelopen jaren. Die lijn behelst dan dat de Hoge Raad ten aanzien van de inkleuring van open normen, zoals de vraag wanneer sprake is van ernstige verwijtbaarheid of van een dringende reden, vrijwel nimmer bereid is verder te gaan dan het formuleren van ‘gezichtspunten’ die de feitenrechter in de beschouwing moet of mag betrekken. Voor het (daarnaast) formuleren van arbeidsrechtelijke vuistregels, met als inhoud dat bepaald gedrag in beginsel als ernstig verwijtbaar gedrag of als een dringende reden kwalificeert, heeft de cassatierechter al geruime tijd weinig *appetite*. Terwijl hij die ruimte, cassatietechnisch gezien, best heeft. De vraag of sprake is van een dringende reden of ernstig verwijtbaar gedrag is namelijk een zogeheten gemengde beslissing, waaraan naast een feitelijke component, ook een normatief element kleeft. In de tweede helft van de vorige eeuw zag de Hoge Raad daarvoor met regelmaat ruimte om het debat over bijvoorbeeld de vraag of bepaald gedrag als dringende reden kwalificeert, te sturen, door te beslissen dat een bepaalde soort wangedrag, dat zich in de voorliggende zaak had

voorgedaan, *in beginsel* ernstig genoeg was om ontslag op staande voet te wettigen, of juist *in beginsel niet* als dringende reden kwalificeerde.⁶⁰ Sinds de eeuwwisseling zijn dat soort vingerwijzingen van de cassatierechter zeer schaars geworden en volstaat de Hoge Raad bij het geven van richting aan open normen in het arbeidsrecht met het formuleren van zogeheten gezichtspuntencatalogi. Die lijn lijkt nu te worden voortgezet bij de invulling van de nieuwe open normen die de Wwz heeft meegebracht, het begrip van de ernstige verwijtbaarheid voorop. Dat is volgens ons jammer, omdat de Hoge Raad juist door het geven van vuistregels, kan bijdragen aan rechtseenheid en rechtsontwikkeling in het arbeidsrecht, terwijl hij onder tusschen de ruimte voor de feitenrechter laat om maatwerk te verrichten.⁶¹ Een vuistregel is immers geen *hard and fast rule* die altijd geldt. Het is een signaal welke kant het muntje *normaliter* op zou moeten vallen. En zo'n uitgangspunt is ook een ankerpunt in het debat tussen partijen. De partij die de vuistregel mee heeft, staat voor in het debat, maar de rechter kan toch anders beslissen op basis van een weging van de overige omstandigheden van het geval. Voor die nadere weging geeft een gezichtspuntencatalogus dan weer aanknopingspunten.

Het is gissen naar de redenen waarom de Hoge Raad de laatste jaren terugdeinst voor het formuleren van vuistregels ten aanzien van open normen in het arbeidsrecht. Is het een gebrek aan *feeling* met de *feitelijke* arbeidsrechtelijke praktijk? Of is het de vrees dat de feitenrechter te zeer beknot wordt in zijn werk, dat vuistregels wellicht in de praktijk te vergaande effecten hebben die vooraf niet te overzien zijn? Dat tweede lijkt ons een beduidend waarschijnlijker verklaring dan het eerste. Hoe dan ook lijkt het ons juist de taak van de cassa-

tierechter om normatief te sturen ten aanzien van de vraag hoe open normen bij veel voorkomende arbeidsrechtelijke casusposities in beginsel behoren uit te werken. Dergelijke sturing zien we namelijk wel terug in landen om ons heen waar de hoogste rechter in arbeidszaken een gespecialiseerd college is. Het Bundesarbeitsgericht (BAG) in Duitsland bijvoorbeeld, geeft regelmatig duidelijkheid aan de praktijk door uitspraken te wijzen waarin uiteen wordt gezet dat bepaalde vormen van gedrag in beginsel als dringende reden kwalificeren, hoezeer ook daar maatwerk bij die beoordeling is voorgescreven.⁶² Zo is een aantal jaren geleden ook seksueel grensoverschrijdend gedrag door het BAG aangemerkt als gedrag dat in beginsel kwalificeert als grove schending van de contractuele verplichtingen van de werknemer en daarmee in beginsel als reden voor een *fristlose Kündigung*.⁶³ Die benadering zouden wij in de Nederlandse setting ook graag wat meer zien, al hebben we dan geen gespecialiseerde hoogste arbeidsrechter en houden ook wij van rechterlijk maatwerk.

Dat laatste, rechterlijk maatwerk, vindt de Hoge Raad natuurlijk wel van groot belang. Hij ziet daarom streng toe op de 'naleving' van de door hem geformuleerde gezichtspuntencatalogi. Kijkt een feitenrechter niet naar alle volgens een bepaalde catalogus relevante gezichtspunten die werkgever en/of werknemer hebben aangevoerd, dan dreigt al snel vernietiging in cassatie. Zeker bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet – een voor de werknemer ingrijpend oordeel –, is de Hoge Raad terecht streng. Daar moet naar vaste rechtspraak, niet alleen worden gekeken naar de aard en de ernst van de gedraging van de werknemer, maar – bijvoorbeeld – ook naar de wijze waarop de werknemer in het verleden heeft gefunctioneerd en naar de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen van het ontslag.⁶⁴ Voert de werknemer op dat punt verzachtende omstandigheden aan, dan zal de rechter daarop minst genomen enigszins gemotiveerd moeten responderen. Doet hij dat niet, dan grijpt de Hoge Raad stevast in, zoals dit jaar weer eens in een Arubaanse cassatiezaak bleek, waarin het lokale Hof van Justitie bij zijn beoordeling niet was ingegaan op de stellingen van een werknemster dat zij een brandschoon arbeidsverleden had, 60 jaar oud was en dat zij nooit meer een soortgelijke functie met het daarbij behorende salaris zal kunnen krijgen.⁶⁵ Voldoende reden voor een nieuwe beoordeling, want die omstandigheden kunnen

Het is gissen naar de redenen waarom de Hoge Raad de laatste jaren terugdeinst voor het formuleren van vuistregels ten aanzien van open normen in het arbeidsrecht

58. HR 14 april 1978, NJ 1979/245.

59. Zie voor een mooi overzicht van de (vele) voetangels en het diffuse regelkader ten aanzien van monitoring van werknemers: E.H. Damen & I. Baijens, 'Monitoring van werknemers: het juridisch kader', *ArbeidsRecht* 2022/19.

60. Zie daarover: S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss Leiden), 2013, p. 232 e.v. en 364 e.v.

61. Zie ook: S.F. Sagel en E. Verhulp, 'Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?', in: Sagel/Verhulp (red.), *Voor De*

Laat: de Hoge Raad, 2005, p. 100; Zie ook de behartigenswaardige woorden van Quist in zijn annotatie onder *JIN* 2013/128: 'In gevallen die zich lenen voor een algemene(re) regel dan uitsluitend een verwijzing naar de omstandigheden van het geval (eventueel met daaraan gekoppelde gezichtspunten), kunnen vuistregels voor de rechtspraak van waarde zijn, in die zin dat zij kunnen bijdragen aan (meer) voorspelbaarheid. Een (beroep op een) vuistregel moet dan ook niet te snel worden afgeserveerd met de overweging dat uiteindelijk

toch alle omstandigheden van het geval beslissend zijn.'

62. Zie o.a. BAG 17 mei 2004, 2 AZR 3/83; BAG 27 januari 2011, 2 AZR825/09; BAG 26 september 2019, 2 AZR 741/12.

63. BAG 29 juni 2017, 2 AZR 302/16. '15) 'c) Das Verhalten des Klägers erfüllt ferner in zweifacher Hinsicht den Tatbestand einer sexuellen Belästigung iSv. § 3 Abs. 4 AGG. Auch dabei handelt es sich gem. § 7 Abs. 3 AGG um eine Verletzung vertraglicher Pflichten, die „an sich“ als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB geeignet ist (BAG 20

november 2014, 2 AZR 651/13 – Rn. 15, BAGE 150, 109; 9 juni 2011, 2 AZR 323/10 – Rn. 16). Die Beklagte ist nach § 12 Abs. 3 AGG verpflichtet, auch die in ihrem Betrieb eingesetzten Leiharbeiternehmer vor sexuellen Belästigungen zu schützen'.

64. Vaste rechtspraak sinds HR 12 februari 1999, NJ 1999/643.

65. HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:860.

Van een inmenging in de vrijheid van meningsuiting is volgens de Hoge Raad ook sprake indien aan een meningsuiting sancties, zoals sancties van arbeidsrechtelijke aard, worden verbonden

mogelijk aan de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet in de weg staan.

5.5. Vrijheid van meningsuiting en ontslag

Vlak voor het sluiten van de markt van deze kroniek, op 7 oktober 2022, wees de Hoge Raad beschikking in een ontslagzaak waarin het grondrecht op vrijheid van meningsuiting aan de orde is. De kwestie, die behoorlijk wat aandacht heeft gekregen in de pers, heeft betrekking op een voormalig docente van een ROC, Paula van Manen, die een boek heeft geschreven over haar ervaringen met een nieuw lesmodel, het zogeheten gepersonaliseerd onderwijs. Dat boek, verschenen in oktober 2019, droeg de titel: *Wanneer krijgen we weer les. De opmerkelijke praktijk van gepersonaliseerd onderwijs* en was, zoals de titel al doet vermoeden, behoorlijk kritisch van toon en inhoud. Het boek leidde in het team van de docente tot onrust en een aantal collega's beklagde zich bij de directie over de wijze waarop zij in hun ogen tot de persoon herleidbaar in het boek werden neergezet, waardoor zij zich niet langer prettig voelden in de samenwerking met de auteur. De verhoudingen tussen mevrouw Van Manen en de school verslechterden vervolgens in rap tempo, hetgeen er uiteindelijk in uitmondde dat de werkneemster door de directie werd meegedeeld dat het in de gegeven omstandigheden ongewenst was dat zij in haar team terugkeerde en weer aan het werk ging alsof er niets was gebeurd. Het daarmee gepaard gaande verzoek om tijdelijk haar werkzaamheden neer te leggen, werd door de docente echter afgewezen, waarna de directie haar schorste. De school verzocht daarna om ontbinding wegens een verstoorde arbeidsrelatie. De kantonrechter ging in dat verzoek mee, onder toekenning van een transitievergoeding, maar zonder billijke vergoeding. De werkneemster appelleerde, zich daartoe in (en regelmatig ook buiten)⁶⁶ rechte beroepend op haar vrijheid van meningsuiting, die geschonden zou zijn. Het hof zag dat anders en overwoog zelfs dat de verstoorde arbeidsverhouding 'niets' te maken had met de vrijheid van meningsuiting van de docente. *'Dat zij die heeft'*, zo overwoog het hof, *'staat buiten kijf en dat ROC die niet heeft ingeperkt staat volgens het hof eveneens vast'*.⁶⁷ Een inperking was volgens het hof ook niet gelegen in het verzoek van het ROC om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Dat verzoek vormde namelijk in de ogen van het hof geen reactie op het uiten door de docente van haar mening of kritiek op de wijze waarop het ROC met onderwijsvernieuwing omging, maar op de gevolgen die de inhoud van het boek had gehad op de interne verhoudingen en werkrelaties. Met de keuze om haar mening in een boek te ventileren, waarbij dagelijkse werksituaties en uitingen van collega's vrij precies waren beschreven en met de wijze waarop zij haar collega's in haar boek had geportretteerd, had mevrouw Van Manen volgens het hof *'een substantieel aantal collega's diep gekwetst'*. Daarnaast

verweet het hof haar ook vertrouwelijke informatie over het ROC via het boek te hebben geopenbaard. De ontbinding door de kantonrechter bleef derhalve in stand, al kende het hof wel een billijke vergoeding toe van € 40.000 omdat het ROC zelf ook, en zelfs: ernstig verwijtbaar, had bijgedragen aan de verstoring van de arbeidsverhouding door de docente wat al te snel te schorsen.

De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van het hof, na een uitvoerige en rijk gedocumenteerde conclusie van A-G De Bock. De publicatie van het boek valt, zo startte de Hoge Raad zijn beschouwingen, onder het mede door artikel 10 EVRM beschermde recht op vrijheid van meningsuiting. Het enkele feit dat de docente het boek kon publiceren en had gepubliceerd, maakt nog niet dat van een inbreuk op dat recht geen sprake is. Dat laatste lijkt wel het spoor geweest te zijn waarop het hof zat, met zijn beslissing dat het ontslag *'niets'* met de vrijheid van meningsuiting te maken had. Van een inmenging in de vrijheid van meningsuiting is volgens de Hoge Raad, die op dit punt verwijst naar rechtspraak van het EHRM, niet alleen sprake bij een publicatieverbod, maar ook indien aan een meningsuiting sancties, zoals sancties van arbeidsrechtelijke aard, worden verbonden. Een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan als een zodanige sanctie van arbeidsrechtelijke aard worden aangemerkt volgens de Hoge Raad. De vraag is dan vervolgens nog of causaal verband aanwezig is tussen de meningsuiting en de sanctie, want alleen *dan* kwalificeert de sanctie als inmenging in de vrije uitoefening van het grondrecht. Bij de beantwoording van die vraag moet worden gelet op het geheel van gebeurtenissen vanaf de uiting tot aan het opleggen van de sanctie, in hun onderlinge samenhang bezien. Zo'n verband moet volgens de Hoge Raad in dit geval aanwezig worden geacht, gelet op de vaststellingen van het hof dat het ontbindingsverzoek een reactie vormt op de gevolgen die de inhoud van het boek heeft voor de interne verhoudingen en werkrelaties.

Met de uitspraak van de Hoge Raad, is om verschillende redenen nog niet gezegd dat de arbeidsovereenkomst van de docente ten onrechte is ontbonden.⁶⁸ In de eerste plaats omdat de verwijzingsrechter nu alsnog zal moeten onderzoeken of de inmenging in de uitingsvrijheid van de werkneemster gerechtvaardigd was. Die vraag zal de rechter naar onze mening moeten beantwoorden aan de hand van het toetsingscriterium dat de Hoge Raad formuleerde in het *Hyatt*-arrest van 2007, waarin de vraag voorlag naar de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet van een serveerster op Aruba die in strijd met het anti-drugsbeleid van de werkgever onder werktijd sporen van (in haar vrije tijd gebruikte) cocaïne in haar urine had.⁶⁹ Het ontslag, zo overwoog de Hoge Raad toen, was inderdaad een inbreuk op haar persoonlijke levenssfeer. Bij de beantwoording van de vraag of een dergelijke inbreuk gerechtvaardigd is, moet worden onderzocht of

de inbreuk makende handeling een legitiem doel dient en of zij een geschikt middel is om dat doel te bereiken (het noodzakelijkheids criterium); daarna moet worden onderzocht of de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer evenredig is in verhouding tot het belang van de werkgever bij het bereiken van het beoogde doel (het proportionaliteits criterium), en of de werkgever dat doel redelijkerwijs op een minder ingrijpende wijze kon bereiken (het subsidiariteits criterium).

Deze drietrapsraket zal de verwijzingsrechter nu ook in de zaak van de ROC-docente moeten langslipen. De Hoge Raad heeft zich verre gehouden van die afweging, die in belangrijke mate feitelijk van aard is. In de procedure na verwijzing zal het ROC moeten aantonen welk legitiem doel zij nastreefde met de inmenging in de vrijheid van meningsuiting, bestaande in het (uiteindelijk) nastreven van ontbinding, alsmede of die inmenging voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Het gaat het bestek van deze kroniek te buiten om vergaande voorspellingen te doen, hoe die afweging in dit geval zal aflopen. We volstaan hier met de opmerking dat uit de eerdere *Hyatt*-uitspraak in elk geval blijkt, dat ook bescherming van *commerciële* en *reputationele* belangen van de werkgever – zoals een goede naam bij gasten / klanten – een legitiem doel kan vormen, dat kan worden ingeroepen ter beperking van de vrije uitoefening van een grondrecht. Dat zou ook hier kunnen spelen: dat het ROC er met het oog op het aantrekken van nieuwe leerlingen en – in het verlengde daarvan – de continuïteit van haar organisatie, een zwaarwegend belang bij heeft dat haar onderwijsmethodes niet als ondermaats ‘te boek’ komen te staan, ligt zelfs bepaald voor de hand. Ook het streven naar een werkbare en veilige sfeer op de werkvloer voor andere docenten, zou mogelijk een legitiem belang voor het ROC kunnen zijn om via een ontbinding inbreuk te maken op het grondrecht. Het ROC heeft immers meer belangen te dienen dan alleen het grondrecht van de schrijfster.

Een ander interessant punt is het volgende. Zelfs als de verwijzingsrechter uiteindelijk, alles afwegend, zou oordelen dat hier *wel* sprake was van een ontoelaatbare inmenging in de vrijheid van meningsuiting van mevrouw Van Manen, dan betekent dat nog niet noodzakelijkerwijs dat de arbeidsovereenkomst *ten onrechte* is ontbonden. Uit een uitspraak van de Hoge Raad uit 2018 volgt dat het feit dat de werkgever van het ontstaan van de verstoring in de arbeidsverhouding een verwijt kan worden gemaakt, op zichzelf niet aan ontbinding op de g-grond in de weg hoeft te staan, zij het dat de rechter ‘*wel de mate waarin de verstoorde arbeidsverhouding aan de werkgever te verwijten is, [zal] moeten betrekken bij de beoordeling of van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren*’.⁶⁶ Die beslissing van de Hoge Raad geeft de rechter – zoals wij eerder op deze plaats schreven – de ruimte om, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, twee

kanten op te redeneren.⁶⁷ De rechter kan in het feit dat de werkgever een (ernstig) verwijt treft van de verstoring, aanleiding zien om het ontbindingsverzoek op de g-grond af te wijzen, vanuit de gedachte dat dergelijke onzorgvuldigheid geen beloning verdient. Tegelijkertijd kan verwijtbaarheid aan werkgeverszijde ook de andere kant op werken en wel in die zin dat de rechter daarin juist aanleiding ziet om *wel* te ontbinden; simpelweg omdat hij meent dat de werknemer een terugkeer niet aangedaan moet worden, of omdat het ‘echt niet meer gaat werken’ in de relatie tussen de werkgever en de werknemer, of in de relatie tussen de werknemer en collega’s.

Evenmin biedt een eventueel oordeel dat de inmenging in het recht op vrije meningsuiting in dit geval niet gerechtvaardigd was, een garantie op een billijke ontbindingsvergoeding voor de werknemer. Zo een ongerechtvaardigde inmenging zal weliswaar vrij snel *verwijtbaar* aan de werkgever zijn, maar is zeker niet per definitie *ernstig verwijtbaar*. De ene schending van een grondrecht is de andere niet, ook daar bestaan gradaties in aard en ernst. Bij de beoordeling of sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever komt het aan op alle omstandigheden van het geval die de verwijtbaarheid van het werkgeversgedrag beïnvloeden en daarbij kan, zo zouden wij menen, bijvoorbeeld ook de opstelling van de *werknemer* een rol spelen. Net zoals dat in de hiervoor beschreven #MeToo-zaak het geval was bij de verwijtbaarheid van de handelwijze van de werknemer die, volgens de Hoge Raad, mede gekleurd worden door het handelen en nalaten van de werkgever. Het ROC en haar docente hebben, al met al, samen nog heel wat juridische noten te kraken. Wellicht daarover later meer op deze plaats, en anders wel in *NRC Handelsblad* of de *Volkskrant*.

6. Het opzegverbod tijdens ziekte, de loonrisicoregeling van artikel 7:628 BW en de aanzegverplichting: de Hoge Raad hakt Gordiaanse en ook simpeler knopen door

De Hoge Raad heeft het afgelopen jaar ook duidelijkheid gebracht ten aanzien van voor de praktijk uiterst belangrijke onderwerpen zoals de werking van het opzegverbod bij ziekte in ontbindingsprocedures ná de UWV-procedure en de (al of niet) gewijzigde loonrisicoregeling van artikel 7:628 BW. Iets minder ingewikkeld lag de vraag of de schriftelijke aanzegging van niet-voortzetting van een tijdelijk dienstverband (artikel 7:668 BW) daadwerkelijk schriftelijk moet gebeuren, zelfs als het de werknemer 100% duidelijk is dat een verlenging er niet in zit.

6.1. Loonrisico

Op 3 juni 2022 deed de Hoge Raad een belangrijke uitspraak over het recht op loon bij niet werken.⁷² Niet zo zeer wegens de zaak zelf, die draaide om de vraag of het UWV loonbetalingsverplichtingen in faillissement moest overnemen, met als complicatie een overgang van onder-

66. volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/ontslagen-mbo-docent-paula-van-manen-geen-docent-duft-zich-nu-nog-uit-te-spreken-bdcf300c/; nrc.nl/nieuws/2021/04/20/ik-zag-dit-ontslag-

recht-niet-aankomen-a4040626/; gelderland.nl/nijmegen/hoge-raad-oordeelt-mag-je-in-nederland-iemand-ontslaan-vanwege-het-schrijven-van-een-boek-a982efc1/.

67. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2021,

ECLI:NL:GHARL:2021:3667.

68. Zie daarover: E. Verhulst, *De vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren* (diss. Amsterdam UvA), 1996.

69. HR 14 september 2007, JAR 2007/250.

70. HR 30 november 2018, NJ 2019/173.

71. B. Barentsen, S.F. Sagel & J.T. van der Kroon, ‘Kroniek van het sociaal recht’, *NJB* 2019/2169, afl. 35.

72. HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823.

neming. Van groot belang is echter dat de Hoge Raad oordeelt dat de loonrisicoregeling van artikel 7:628 BW inhoudelijk niet is gewijzigd met ingang van 1 januari 2020. Voor die datum bepaalde artikel 7:627 BW dat de werknemer geen recht heeft op loon als hij niet werkt. Geen arbeid, geen loon, of – nog iets archaïscher – wie niet werkt, zal niet eten. De zogeheten loonrisicoregeling van artikel 7:628 BW bevatte daarop een uitzondering: de werkgever moet toch loon betalen als de oorzaak van het niet-werken voor zijn rekening behoort te komen. Vanaf 1 januari 2020 is die eerste bepaling vervallen en bepaalt artikel 7:628 BW dat de werknemer die niet werkt, toch recht houdt op loon, tenzij het niet-werken voor zijn rekening behoort te komen. Tijdens de verschillende coronalockdowns van de afgelopen twee jaar was de teneur in de rechtspraak om niet-werken als gevolg van door de overheid opgelegde bedrijfssluitingen voor rekening van de werkgever te laten.

In de literatuur en zo af en toe ook in rechtspraak is uit de gewijzigde tekst van de wet wel afgeleid dat de loonrisicoregeling ook inhoudelijk zou zijn gewijzigd. Zo is wel betoogd dat de door de Hoge Raad geformuleerde regel dat een werkgever loon zou moeten doorbetalen bij een terecht opgelegde schorsing niet langer zou gelden.⁷³ De wetsgeschiedenis was niet glashelder, door enerzijds dat laatste te suggereren maar anderzijds te zeggen dat er met het vervallen van artikel 7:627 BW en de wijziging van de tekst van artikel 7:628 BW geen inhoudelijke wijziging was beoogd, alleen een andere bewijslastverdeling.⁷⁴ De Hoge Raad beslecht deze kwestie nu, door te overwegen dat de regeling inderdaad niet inhoudelijk is gewijzigd. De oude rechtspraak over de loonrisicoregeling staat daarmee dus nog fier overeind, inclusief de regel dat de werknemer bij schorsing of op non-actiestelling zijn recht op loon behoudt. Het effect van de nieuwe bewijslastverdeling lijkt ons in zoverre beperkt dat de vraag of een oorzaak van niet-werken in redelijkheid voor risico van de werknemer behoort te komen vaak geen kwestie van bewijs van feitelijkeheden zal zijn. Het is meer een zaak van beredeneren en argumenteren. Het antwoord op de vraag in wiens risicosfeer niet-werken behoort te vallen, laat zich niet bewijzen. Dat gezegd zijnde, valt niet helemaal uit te sluiten dat de gewijzigde bewijslastverdeling wel enig effect zal hebben. In het arrest *Mak/SGBO* uit 2008 werd de stelplicht en bewijslast van de werknemer bij niet-werken als gevolg van een arbeidsconflict (ook wel: situatieve arbeidsongeschiktheid) nogal zwaar aangezet door de Hoge Raad.⁷⁵ De werknemer die zich erop beriep dat hij door situatieve arbeidsongeschiktheid zijn werk niet kon verrichten en aanspraak op loon wilde blijven maken, moest feiten en omstandigheden stellen en zo nodig aannemelijk maken die tot het oordeel konden leiden dat in die periode de arbeidsomstandigheden, door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen, voor hem zodanig waren dat, met het oog op de (dreiging van) psychische of lichamelijke klachten, van hem redelijkerwijs niet kon worden gevergd dat hij zijn werkzaamheden zou verrichten. Onder het huidige recht, zo zouden wij menen, moet de werkgever juist stellen dat het niet-werken voor risico van de werknemer moet blijven, omdat het conflict niet zo erg is dat de werknemer thuis mag blijven, dat het conflict

Een andere kwestie die literatuur en rechtspraak verdeeld hield, was het opzegverbod bij ziekte

voor zijn rekening hoort te blijven en dat er voldoende is gewerkt aan werkhervatting en/of oplossing van het conflict. Ook hier gaat het echter wel voor een belangrijk deel om open criteria, waarbij zowel werkgever als werknemer hun best moeten doen om die op de door hen gewenste wijze ingevuld te krijgen.

6.2. Uitzondering op het opzegverbod bij ziekte?

Een andere kwestie die literatuur en rechtspraak verdeeld hield, was het opzegverbod bij ziekte. Gold dat ook voor werknemers die ziek werden nadat de werkgever een ontslagvergunning bij het UWV had aangevraagd, maar voordat die werkgever naar de kantonrechter was gestapt om alsnog de arbeidsovereenkomst van de werknemer te laten ontbinden op bedrijfseconomische gronden na weigering van die ontslagvergunning door het UWV? Zelfs binnen één rechtbank oordeelden rechters binnen enkele maanden anders over die vraag.⁷⁶ Gezien die grote verdeeldheid die heerste, werd in deze kwestie cassatie in het belang der wet ingesteld, een goede zet.⁷⁷

In het kader van de Wet flexibiliteit en zekerheid is in 1999 een uitzondering op het opzegverbod bij ziekte ingevoerd. Een werknemer die ziek wordt nadat de ontslagprocedure is aangevangen – door de indiening van een verzoek om toestemming aan het UWV voor ontslag – werd sindsdien niet meer beschermd door het opzegverbod. Deze uitzondering was onder meer bedoeld om strategische ziekmeldingen van werknemers tegen te gaan. Het probleem sinds invoering van de Wwz was nu dat een UWV-procedure gevolgd kon worden door een ontbindingsprocedure als het UWV toestemming weigerde; een soort van ‘pseudo hoger beroep’ tegen de beslissing van het UWV bij de kantonrechter. Bij ontslag op bedrijfseconomische gronden kan de kantonrechter echter niet langer tot ontbinding overgaan als de werknemer ziek is, ook al heeft het ontbindingsverzoek als met het ziek-zijn van de werknemer te maken. Als het verbod geldt, dan geldt het bij reorganisatieontslag absoluut (de situatie van een gehele bedrijfssluiting even daargelaten). Dát maakte het antwoord op de vraag of een werknemer die ziek wordt voor aanvang van de procedure bij de kantonrechter, maar nadat het UWV al was ingeschakeld, onder het opzegverbod valt, van groot belang. Bij een bevestigende beantwoording is een ontslag op bedrijfseconomische gronden niet mogelijk als het UWV geen toestemming geeft; herkansing bij de rechter is uitgesloten. Nu is dat ook zo als de werknemer al voor de UWV-procedure ziek was geworden, maar toch rees de vraag of dat wel de bedoeling was. Een argument om de uitzondering te laten gelden was dat de kantonrechter, zoals hiervoor is aange-stipt, onder de Wwz feitelijk fungeert als een beroepsinstantie ten opzichte van het UWV, waar werkgevers met

hun bedrijfseconomische ontslag eerst heen moeten. Pas als dat niet lukt, kunnen ze bij de kantonrechter terecht. UWV, kantonrechter en eventueel hof en Hoge Raad zijn verschillende stappen in een en dezelfde ontslagprocedure, en de uitzondering geldt in die optiek niet meer als die procedure al begonnen is.

De Hoge Raad oordeelt dat het opzegverbod niet geldt als de werknemer na aanvang van de UWV-procedure maar voor het vervolg bij de kantonrechter ziek wordt (of zich ziek meldt). De Raad verwijst daartoe naar het anti-misbruik karakter van de uitzondering en het ontbreken van een duidelijke uitspraak in de wetsgeschiedenis over de wenselijkheid van het al of niet gelden van het opzegverbod in dit geval. Het opmerkelijke aan deze uitspraak is dat A-G De Bock, die cassatie in het belang der wet had ingesteld, juist op basis van het stilzwijgen van de wetsgeschiedenis voor een andere uitleg had gepleit.

Het is hoe dan ook toe te juichen dat er over deze kwestie nu helderheid is gekomen. Al was het maar dat je daar, op basis van dezelfde bronnen, anders over kunt denken. Dan is het goed dat de Hoge Raad in het belang van de rechtseenheid een machtswoord spreekt. Nu de procedure bij de kantonrechter onder het Wwz-ontslagrecht inderdaad veel trekken vertoont van een appel- of op zijn minst vervolprocedure na die bij het UWV, achten wij de keuze die de Hoge Raad heeft gemaakt bovendien het best verdedigbaar. Vluchten in ziekte na indiening van de UWV-aanvraag, in de hoop dat die ontslaagaanvraag wordt afgewezen, baat de werknemer niet meer.

6.3. Wie schrijft die blijft (uit de kosten)

Een van de doelstellingen van het Wwz-ontslagrecht was om de balans tussen de bescherming van werknemers met flexibele contracten enerzijds en vaste contracten anderzijds te herstellen.⁷³ De werknemer met een contract voor bepaalde tijd zou daarom meer bescherming moeten krijgen. Een van de maatregelen die daartoe werden genomen, was de invoering van de zogeheten aanzegverplichting, die werd verankerd in artikel 7:668 BW. Die bepaling verplicht de werkgever ertoe om een werknemer die werkt op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd uiterlijk een maand voor het verstrijken van de overeenkomst, schriftelijk te informeren over de vraag of de werkgever het dienstverband wil voortzetten en zo ja, onder welke voorwaarden. Een soort van 'wake up-call' voor de

werknemer dus, zodat deze zich tijdig kan beraden op de vraag of hij op zoek moet (of wil, gelet op de inhoud van het verlengingsvoorstel) naar ander werk. Komt de werkgever deze aanzegverplichting niet na, dan moet hij de werknemer een vergoeding ter hoogte van een maandsalaris betalen. Komt hij de verplichting niet tijdig na, dan is dat bedrag naar rato verschuldigd.

Maar wat is nu rechtens als de werkgever de werknemer wel een maand voor het einde van een contract voor bepaalde tijd *mondeling* aanzegt dat het contract niet wordt voortgezet, maar dat niet schriftelijk bevestigt? Die situatie deed zich voor bij een betonleverancier uit Ermelo, die per 1 mei 2019 een werknemer in dienst had genomen voor bepaalde tijd, tot 1 december 2019. Op 30 oktober 2019 had de directeur aan de werknemer tijdens een gesprek op kantoor meegedeeld dat de arbeidsovereenkomst per 1 december 2019 niet zou worden verlengd. De werknemer ging op zoek naar een andere baan en vond die ook, per 1 december 2019, direct aansluitend.

De werknemer, lid van de vakbond en dus voorzien van gratis rechtsbijstand, maakte aanspraak op een aanzegvergoeding van één maandsalaris, € 3.200. De werkgever weigerde te betalen; hij had immers mondeling aangezegd en die aanzegging had ook het gewenste effect gehad nu de werknemer naadloos van de ene naar de andere baan was overgegaan. De kantonrechter ging in dat betoog mee. Hij achtte het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar als de werknemer aanspraak kon maken op de vergoeding. Er had immers geen onduidelijkheid bestaan over het niet-voortzetten van de arbeidsovereenkomst, de mededeling was tijdig geschied zodat de werknemer in de gelegenheid was geweest om te solliciteren en de werknemer had ook geen enkel nadeel ondervonden. Het Hof Arnhem-Leeuwarden dacht daar anders over en wees het verzoek wel toe, in een bepaald lezenswaardige uitspraak die wat ons betreft wel in aanmerking was gekomen voor het winnen van de 'klare taal-bokaal' die eens in de zoveel tijd wordt uitgereikt aan rechters die kraakheldere uitspraken schrijven. Het hof legde in 'gewone mensentaal' uit dat (en waarom) het best begrip en sympathie had voor het standpunt van de werkgever, maar toch tot een ander oordeel moest komen. Een sympathieke aanpak, die de aanvaardbaarheid van een uitspraak voor de verliezende partij in het algemeen zal vergroten. Toch kon de werkgever zich bij de uit-

Wat is nu rechtens als de werkgever de werknemer wel een maand voor het einde van een contract voor bepaalde tijd *mondeling* aanzegt dat het contract niet wordt voortgezet, maar dat niet schriftelijk bevestigt?

⁷³. Zie voor die regel: HR 21 maart 2003, NJ 2007/332 en over dat arrest: S.F. Sagel, 'Recht op loon tijdens schorsing en non-actiefstelling', *ArbeidsRecht* 2003/29.

⁷⁴. Zie daarover *Arbeidsovereenkomst*

(losbl.), art. 7:628 BW aant. 1 en 5 (Barentsen).

⁷⁵. HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7669, NJ 2016/216.

⁷⁶. Ktr. Roermond, 30 januari 2018,

ECLI:NL:RBLIM:2018:947, JAR 2018/41 en Ktr. Roermond 29 juni 2018,

ECLI:NL:RBLIM:2018:6201, JAR 2018/190.

⁷⁷. Zie voor een goed overzicht A.S. Jonker, 'Het opzegverbod tijdens ziekte bij bedrijfs-

economisch ontslag', *ArbeidsRecht* 2022-7.

⁷⁸. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 11.

komst van het hof niet neerleggen en er werd cassatie ingesteld. Dat beroep werd echter verworpen.⁷⁹ De Hoge Raad herhaalde allereerst nog eens dat de rechter bij de beoordeling of toepassing van een wettelijke regel in een bepaald geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, terughoudendheid moet betrachten en dat dit te meer geldt indien het – zoals hier – gaat om een regel van dwingend recht. Als in de wettelijke regel al een afweging van belangen door de wetgever besloten ligt, zal een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van die belangen alleen in helemaal uitzonderlijke gevallen kunnen slagen. De Hoge Raad wees er vervolgens op dat uit de wetgeschiedenis van artikel 7:668 BW volgt dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen dat de werkgever die de plicht tot *schriftelijke* aanzegging niet naleeft, de aanzegvergoeding verschuldigd is. De aanzegvergoeding heeft daarom mede het karakter van prikkel tot naleving van de plicht tot *schriftelijke* aanzegging. Met dat karakter strookt om aan te nemen dat de aanzegvergoeding steeds verschuldigd is bij niet-inachtneming van de schriftelijkheidseis, ook indien het de werknemer langs andere weg duidelijk was dat de arbeidsovereenkomst niet zou worden voortgezet of de werknemer geen nadeel heeft geleden. Kort en goed: de feiten dat er wel mondeling is aangezegd en dat de werknemer geen nadeel heeft geleden door het ontbreken van een schriftelijke bevestiging daarvan, kunnen noch ieder voor zich, noch samen, een beroep op de derogerende werking rechtvaardigen.

De Hoge Raad noemt dat argument niet met zoveel woorden, maar die uitkomst is ook in lijn met de wens van de Wwz-wetgever om het ontslagrecht zo eenvoudig mogelijk te maken, met ‘*hard and fast rules*’ die meebrengen dat de werknemer en de werkgever met één oogopslag uit de wet kunnen afleiden wat hun rechten zijn (al bleek hiervoor in par. 5 al dat dat niet in alle gevallen even goed gelukt is).⁸⁰ Die wens van de Wwz-wetgever maakt volgens ons eens te meer dat de rechter terughoudend moet zijn bij het maken van uitzonderingen via de band van de redelijkheid en billijkheid, want die uitzonderingen zijn per definitie slecht te rijmen met de rechtszekerheid die harde, snelle regels beogen te bieden. Die terughoudendheid kwamen we overigens ook al eerder tegen, in een uitspraak van de Hoge Raad uit 2018, waarin de vraag voorlag of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, als een werknemer vlak voor de pensioendatum aanspraak kon maken op een zeer aanzienlijke transitievergoeding, hoewel dat hoge ‘transitiebudget’ voor hem eigenlijk niet nodig was nu hij bijna met pensioen ging.⁸¹ Ook daar was de kantonrechter gevoelig voor het argument van de werkgever dat de uitkomst dat de werknemer een aanzienlijke ontslag-

vergoeding kreeg die hij niet ‘nodig had om zijn inkomensterugval op te vangen of om te zoeken naar ander werk, onredelijk uitpakte, ook daar oordeelde het hof vervolgens dat de regels inzake de transitievergoeding nu eenmaal zijn wat ze zijn, en ook daar liet de Hoge Raad dat oordeel vervolgens in stand. Voor uitzonderingen op de *hard and fast rules* van de Wwz via de band van de derogerende werking, is al met al zeer weinig ruimte. Dat geldt dus ook voor de aanzegverplichting, die – zoals een gevatte advocaat uit Nijmegen op LinkedIn droogjes opmerkte –, ‘geen aanZEGverplichting, maar een aanSCHRIJFverplichting’ is.⁸² Wellicht is het eigenlijk best een goed idee, om die laatste term vanaf nu daadwerkelijk te gaan hanteren. Het is immers een vlag die de lading beter dekt en dus mischien bijdraagt aan het voorkomen van misverstanden bij juridisch wat minder goed onderlegde werkgevers over wat er nu van hen wordt verwacht: aanschrijven, in plaats van aanzeggen.

Tot slot nog dit: betekent de uitspraak nu dat er nooit ruimte zal zijn voor een uitzondering langs de band van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, als de werkgever wel mondeling, maar niet schriftelijk aanzegt? Dat is niet het geval, maar de omstandigheden moeten dan wel echt heel, heel uitzonderlijk zijn, uitzonderlijker dan dat wel mondeling is aangezegd en de werknemer geen nadeel heeft geleden door het ontbreken van de schriftelijkheid. Voor het betonbedrijf uit Ermelo was het, al met al, een gevalletje *lex dura, sed lex*. Hoewel *dura*? Zo hard/duur was het nou ook weer niet. Het verschuldigde bedrag aan aanzegvergoeding van € 3.200 viel op zich nog wel mee.⁸³ De proceskostenveroordelingen die werden uitgesproken door het hof en de Hoge Raad gingen daar ruimschoots overheen, maar dat risico zullen deze principiële werkgever en zijn advocaat op de koop toe hebben genomen. Menigeen zal zich afvragen of dat, achteraf gezien, een goede kosten/baten analyse is geweest. Maar als men het belang van de rechtsontwikkeling meeneemt in die afweging, kan het antwoord slechts bevestigend luiden en mag men de werkgever juist dankbaar zijn voor het getoonde doorzettingsvermogen.

7. Beroepsziekten

Dit voorjaar werden de eerste schadeclaims ingediend van zorgmedewerkers die corona hebben opgelopen. Daarbij gaat het om procedures van werknemers die hun werkgevers verwijten dat ze onvoldoende hebben gedaan om besmetting te voorkomen. Zeker in de eerste maanden van de pandemie waren lang niet altijd voldoende beschermingsmiddelen beschikbaar. Om die reden zijn CNV en FNV inmiddels ook een procedure gestart tegen de Staat. Zij achten die verantwoordelijk en ook aansprakelijk voor het tekort aan beschermingsmiddelen. Al eerder pleitten de bonden voor een compensatieregeling voor zorgpersoneel met long covid.⁸⁴ Inmiddels is een aantal zorgmedewerkers ontslagen, na afloop van de twee jaar dat het opzegverbod bij ziekte en de wettelijke loondoorbetalingsplicht bij ziekte gelden. Wel is een regeling ingevoerd die zorgwerkgevers een aantal maanden gedeeltelijk compenseert voor het langer in dienst houden en doorbetalen van zieke medewerkers.⁸⁵ Een kanttekening die we hier toch wel bij willen plaatsen, is dat werkgevers langdurig zieken na twee jaar dan wel mogen ontslaan,

Voor uitzonderingen op de *hard and fast rules* van de Wwz via de band van de derogerende werking, is al met al zeer weinig ruimte

maar daartoe niet verplicht zijn. Zeker werkgevers die beweren met enorme personeelstekorten te kampen, zouden er verstandig aan kunnen doen om verder te gaan met re-integratie. Werknemers hebben dan recht op loon voor het gedeelte van het werk dat ze wél kunnen doen.⁸⁶ Dat de werkgever wordt gecompenseerd, is voor die laatste meer dan een leuke bijkomstigheid, maar het betekent niet per se dat de werknemer dan het volledige loon krijgt doorbetaald.

In onze kronieken over 2020 en 2021 schreven we al dat procederen over beroepsziekten ingewikkeld, langdurig en vaak ook kostbaar is. Bovendien is de uitkomst hoogst onzeker. Vaak is het bewijs van causaal verband tussen werk en ziekte uiterst moeilijk te leveren, en ook is lang niet altijd vooraf gezegd dat de werkgever tekort is geschoten in zijn zorgplicht. Om iets aan de noden van werknemers met een mogelijke beroepsziekte tegemoet te komen treedt op 1 januari 2023 de Regeling Tegemoetkoming stoffengerelateerde beroepsziekten in werking. Die regeling is nu nog beperkt tot een drietal aandoeningen (asbestgerelateerde longkanker, allergische astma en schildersziekte), maar kan in de toekomst worden uitgebreid. De regeling biedt geen volledige schadevergoeding, maar zoals de naam al zegt een tegemoetkoming, net als de al wat langer bestaande regeling voor slachtoffers van (andere) asbestgerelateerde ziektes.⁸⁷ De regeling wordt uitgevoerd door de Sociale verzekeringsbank, waarbij het Instituut Slachtoffers Beroepsziekten door Gevaarlijke Stoffen (ISBG) en het samenwerkingsverband Landelijk Expertisecentrum Stoffengerelateerde Beroepsziekten (Lexces) een belangrijke rol krijgen in de claimbeoordeling en het aanvullen van de lijst met gedekte beroepsziekten. Het is goed dat er in dit dossier beweging is, al is de regeling nu nog redelijk bescheiden. De tijd zal moeten leren of de regeling daadwerkelijk gaat zorgen voor een soepeler afhandeling van beroepsziekteclaims. De ervaringen in het buitenland met vergelijkbare regelingen zijn niet onverdeeld positief, het causaliteitsbewijs blijkt ook daar een soms onoverkomelijk probleem.⁸⁸

Het is misschien ook goed om hier, zijdelings, nog op te merken dat de door een aantal zorgprofessionals zelf in het leven geroepen particuliere compensatieregeling Zwic in iets minder dan 150 gevallen tot uitkering is overgegaan. De regeling, die een vast bedrag uitkeert aan zorgmedewerkers of hun nabestaanden na opname op de IC, of na overlijden na coronasluiting eind 2022. Inmiddels is een 'offensief' ingezet om mogelijke rechthebbenden te bereiken. Wellicht dat wij daaraan met deze vermelding ook een steentje, hoe klein ook, bijdragen.

Intussen viel er wel een enkele voor werknemers gunstige uitspraak in werkgeversaansprakelijkheidszaken

op te tekenen. De Hoge Raad oordeelde over de verhouding tussen een compensatieregeling voor defensiepersoneel dat aan chroom VI was blootgesteld en het aansprakelijkheidsrecht. In cassatie klaagde de Staat dat het hof te gemakkelijk causaal verband tussen werk en schade had aangenomen, namelijk door te verwijzen naar de omstandigheid dat de Staat die causaliteit en aansprakelijkheid in feite al had erkend door een tegemoetkoming op grond van de voornoemde regeling te bieden. Zo mocht het oordeel van het hof echter niet worden gelezen, aldus de Hoge Raad. Het hof had zich namelijk onder meer gebaseerd op een RIVM-rapportage over de arbeidsomstandigheden bij defensie en terecht ook betekenis gehecht aan de omstandigheid dat het defensiepersoneel betrof dat werkzaam was in functies waarbij volgens de regeling inderdaad van blootstelling aan chroom VI sprake moet zijn geweest. In wezen heeft het hof de *gegevens* die blijken uit de procedure die leidde tot de aanspraak uit hoofde van de compensatieregeling ten grondslag gelegd aan de aanname dat er causaal verband bestaat. Dat is wat anders dan een toegewezen claim op een compensatieregeling één-op-één te vertalen in toewijzing van een werkgeversaansprakelijkheidsclaim. In het licht van de komende regeling voor beroepsziekten is dit een heel belangrijke uitspraak. Hetgeen blijkt uit de afhandeling van een beroep op die regeling is van betekenis, maar niet beslissend binnen het aansprakelijkheidsrecht.

8. Tot besluit

In deze nogal duistere tijden, zowel economisch als geopolitiek, wagen we ons maar liever niet aan al te verstrekkende voorspellingen ten aanzien van wat het komend jaar gaat brengen. De economische situatie, in het bijzonder de inflatie, vraagt op het terrein van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming in elk geval om enige terughoudendheid en zelfbeheersing. Al te dulle looneisen van de vakbonden, afgedwongen met een hete herfst vol collectieve actie, zullen de problemen ten aanzien van de inflatie alleen maar aanwakkeren. Tegelijkertijd mag actie nu wel eindelijk eens verwacht worden van de wetgever, die aan de slag moet met de fundamentele uitdagingen waarmee de arbeidsmarkt zich al jaren (en in toenemende mate) geconfronteerd ziet. Er zijn daarover de afgelopen jaren verschillende belangrijke rapporten verschenen, en die rapporten nopen tot het maken van keuzes en het implementeren daarvan door middel van wetgeving. Hopelijk kunnen we volgend jaar over de eerste resultaten van die keuzes rapporteren, in plaats dat we moeten volstaan met de mededeling dat zij inmiddels zijn voorzien van een laag stof, of zijn verdwenen in de een of andere ambtelijke la. •

79. HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1374.

80. Zie o.a. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 24.

81. HR 5 oktober 2018, *NJ* 2018/401.

82. Met dank aan: Alexander Jansen, *Verder arbeidsrecht in Nijmegen*. Overigens: de tekst van art. 7:668 BW rept ook niet van aanzeggen, maar van schriftelijk informe-

ren. In de wetsgeschiedenis is het woord aanzeggen/aanzegtermijn wel gehanteerd, zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 20/21.

83. Er was overigens ook een parallelle procedure ten aanzien van een andere werknemer, met hetzelfde financiële belang; HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1373.

84. nos.nl/artikel/2444892-bonden-naar-de-rechter-voor-schadevergoeding-zorgpersoneel-met-long-covid.

85. rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/02/25/tijdelijke-ondersteuning-voor-behoud-zorgmedewerkers-met-post-covidklachten.

86. Ook wat dat betreft is art. 7:628 BW niet veranderd, zie dus nog steeds HR 13

december 1991, *NJ* 1992/441 (*Roovers/De Toekomst*).

87. *Kamerstukken II* 2021/22, 25883, nr. 442.

88. Vgl. B. Barentsen, *Arbeidsongeschiedheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 174.