

— Kroniek

# Arbeidsrecht

— door **Karol Hillebrandt, Christiaan Oberman, Peter Hendriks & Nadia Adnani**  
 beeld **Floris Tilanus**

Het afgelopen jaar heeft de Hoge Raad diverse belangwekkende arresten gewezen op arbeidsrechtelijk gebied. In deze Kroniek wordt onder meer aandacht besteed aan uitspraken van de Hoge Raad op het gebied van grensoverschrijdend gedrag, vrijheid van meningsuiting, ontslag op staande voet, het concurrentiebeding, de aanzegverplichting, overgang van onderneming, slapende dienstverbanden en de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden. Verder wordt stilgestaan bij een aantal ontwikkelingen op het gebied van wet- en regelgeving. De Kroniek beslaat de periode tot 1 maart 2023.

## GRENDOVERSCHRIJDEND GEDRAG

Het afgelopen jaar zijn er wederom veel zaken gepubliceerd waarin sprake was van (vermeend) seksueel grensoverschrijdend gedrag. Indien aangetoond kan worden dat de werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan seksueel grensoverschrijdend gedrag, kan dat leiden tot een ontslag op staande voet of tot ontbinding. Als de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, is soms de conclusie dat sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag waardoor de werknemer niet in aanmerking komt voor een transitievergoeding, maar soms ook dat het gedrag 'slechts' verwijtbaar is waardoor de werknemer wel een transitievergoeding ontvangt. In het arrest van de Hoge Raad van 24 juni 2022 stond de vraag centraal of het gedrag van de werknemer diende te worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar of slechts als verwijtbaar (ECLI:NL:HR:2022:950). De werkgever bepleitte in cassatie een vuistregel die inhield dat seksueel grensoverschrijdend gedrag zou moeten leiden tot de vaststelling dat

de werknemer ernstig verwijtbaar had gehandeld en derhalve niet in aanmerking zou komen voor een transitievergoeding. De feiten lagen als volgt. De werknemer was vanaf 1989 in dienst bij (de rechtsvoorganger van) Zuyd Hogeschool en vervulde daar de functie van senior docent bewegingsleer. In 2006 en 2010 was de werknemer gewaarschuwd dat er signalen waren dat de fysieke houdingscorrecties tijdens de bewegingslessen vooral bij vrouwelijke studenten tot onduidelijkheid leidden. In 2006 was hem opgedragen te onderzoeken welke didactische of methodische wijzigingen aangebracht konden worden in zijn lesmethode. In 2010 werd hem elke vorm van fysiek contact tijdens de bewegingslessen verboden. In 2017 legde de werknemer tijdens een les zijn hand op de billen van een studente of gaf een tik op haar billen. Voorts gaf de werknemer in de laatste les voor de zomervakantie van 2017 een massageles. De werknemer koos (tweemaal) een studente uit om met haar voor te doen hoe de studenten elkaar moesten masseren. Tijdens de massage

werden bij deze studente verschillende spiergroepen gemasseerd waaronder de billen, de borst(spiere) en de benen tot en met de liezen. Ontspanningslessen vormden onderdeel van het curriculum van de opleiding en de hogeschool wist dat deze ontspanningslessen ook in de vorm van massagelessen werden gegeven. Tevens wist de hogeschool dat de werknemer ook na 2010 nog massagelessen gaf. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst van de werknemer wegens verwijtbaar handelen. In de cassatieprocedure draait het om de vraag of de handelwijze van de werknemer ook als ernstig verwijtbaar is te kwalificeren in de rechtsverhouding tot zijn werkgever. In dat geval heeft hij geen recht op de transitievergoeding. Het hof beoordeelde de gedragingen van de werknemer als verwijtbaar, maar niet als ernstig verwijtbaar. De massage als zodanig was weliswaar in strijd met het verbod tot fysiek contact uit 2010, maar de hogeschool wist dat de werknemer desondanks massagelessen gaf. Dat diende een didactisch doel waarbij in het kader van het vakgebied van de werknemer de grenzen opgezocht werden. Het vergde uiterste sensitiviteit van de werknemer om te voorkomen dat dit fysieke contact omsloeg naar door leerlingen ervaren grensoverschrijdend contact. De werknemer worstelde daarmee, maar slaagde er kennelijk niet steeds in die precaire scheidslijn te bewaken. Dat leidt niet automatisch tot de kwalificatie dat hij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Gelet op de omstandigheden van het geval en in onderlinge samenhang bezien, oordeelde het hof dat de hoge drempel voor toepassing van de uitzonderingsbepaling van artikel 7:673 lid 7 BW niet was gehaald. De werknemer had dus recht op de transitievergoeding. De hogeschool bepleit in het cassatiemiddel dat het hof heeft miskend dat naar huidige maatschappelijke maatstaven seksueel grensoverschrijdend gedrag in een afhankelijkheidsrelatie zoals die van een docent jegens een leerling in beginsel ernstig verwijtbaar handelen oplevert. De Hoge Raad overweegt dat op het recht van de werknemer op een transitievergoeding enkele uitzonderingen bestaan. Een van deze uitzonderingen doet zich voor als het eindigen of niet-voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Deze uitzonderingsgrond heeft een beperkte reikwijdte en moet terughoudend worden toegepast. De werknemer 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 ernstigverwijtbaar moet worden aangemerkt. Bij de beoordeling of deze uitzonderingsgrond van toepassing 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. Daarmee strookt niet om de rechter ertoe te verplichten tot uitgangspunt te nemen dat een werknemer gezien het gedrag waaraan hij zich schuldig heeft gemaakt een ernstig verwijt treft. De bepleite vuistregel zou ook onvoldoende recht doen aan de verantwoordelijkheid van een werkgever om grensoverschrijdend gedrag in zijn organisatie zo veel mogelijk te voorkomen en bij signalen van grensoverschrijdend gedrag daartegen op te treden. De Hoge Raad voelt dus niet veel voor de voorgestelde vuistregel en verwerpt het cassatieberoep.

### ONTSLAG OP STAANDE VOET

In het arrest van 23 september 2022 van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2022:1271) ging het om de vraag of aan de mededelingseis bij ontslag op staande voet was voldaan. De meegedeelde reden 'fixeert' in beginsel de ontslagredenen en beperkt de bewijslast van de werkgever. In de ontslagbrief stond als ontslagredenen onder meer dat uit de ritadministratie van de werknemer bleek dat de werknemer circa veertig uur tijdens werktijd feitelijk elders was en niet bezig was met de opgedragen werkzaamheden. Het hof achtte 17,5 ongeoorloofde verzuimuren bewezen. De werknemer voerde aan dat het ontslag geen stand kon houden, omdat niet alle in de ontslagbrief vermelde redenen zijn komen vast te staan. Het



hof overwoog echter dat ook sprake kan zijn van een ontslag wegens een dringende, onverwijld medegedeelde reden, als maar een deel van de feiten die als dringende reden voor ontslag aan de werknemer zijn medegedeeld in rechte zijn komen vast te staan mits (i) het gedeelte dat is komen vast te staan op zichzelf kan worden beschouwd als een dringende reden voor ontslag op staande voet, (ii) de werkgever stelt dat hij de werknemer ook op staande voet zou hebben ontslagen als hij daarvoor niet meer grond zou hebben gehad dan in rechte is komen vast te staan en dat ook aannemelijk is en (iii) het de werknemer duidelijk was dat hij ook op staande voet zou zijn ontslagen als de werkgever daarvoor alleen de reden had die in rechte is komen vast te staan. Bij de Hoge Raad klaagt de werknemer dat het hof zich niet heeft gehouden aan de strenge regels voor de mededelings-eis. Volgens de A-G is de letterlijke tekst van de ontslagbrief niet steeds van doorslaggevende betekenis. Waar het om gaat, is of voor de werknemer (aanstonds) duidelijk is welke dringende reden tot de opzegging heeft geleid. Volgens de A-G was dit het geval. De Hoge Raad verwerpt vervolgens het principale beroep.

### ARBEIDSPROCESRECHT

Het zal de arbeidsrechtadvocaat die werknemers bijstaat bekend voorkomen: de werknemer beschikt niet over de benodigde stukken om zijn stellingen te onderbouwen, omdat deze zich bevinden in de systemen van de werkgever en hij daartoe geen toegang meer heeft. Op 10 februari 2023 wees de Hoge Raad een arrest waarmee een werknemer in die situatie zijn voordeel kan doen (ECLI:NL:HR:2023:193). Het ging om een zaak waarin een chauffeur uitbetaling van overuren en verblijfskosten vorderde. De chauffeur had zijn urenstaten bij zijn werkgever ingeleverd. Op grond van de cao Beroepsgoederenvervoer had de werkgever deze urenstaten ondertekend aan de werknemer moeten retourneren, maar de werkgever had verzuimd dat te doen. Als gevolg hiervan was de werknemer niet in staat de hoogte van zijn vorderingen te berekenen. Het hof oordeelde dat de werknemer niet aan zijn stelplicht had voldaan ten aanzien van de verblijfskosten en de overuren die in het weekend waren gemaakt. De Hoge Raad casseerde de uitspraak. Het hof had miskend, aldus de Hoge Raad, dat van de werknemer niet kan worden gevergd dat hij een stelling onderbouwt voor zover de voor die onderbouwing benodigde gegevens zich bij de werkgever bevinden en hij daartoe geen toegang heeft. In een verbintenisrechtelijke zaak kwam de Hoge Raad vorig jaar tot een vergelijkbaar oordeel (ECLI:NL:HR:2022:1058). In die zaak had de Hoge Raad hieraan nog toegevoegd dat het in een dergelijke situatie op de weg ligt van de partij die over de betreffende informatie beschikt, om zodanige feitelijke gegevens te verstrekken dat de andere partij aanknopingspunten heeft voor een eventuele nadere onderbouwing van haar stelling.

### CONCURRENTIEBEDING

Een concurrentiebeding is bedoeld om het bedrijfsdebiet, zoals de knowhow en goodwill van de werkgever, te beschermen. Het komt echter ook voor, zeker in tijden van een krappe arbeidsmarkt, dat werkgevers een concurrentiebeding gebruiken om werknemers aan zich te binden. De gebondenheid aan een concurrentiebeding kan voor de werknemer immers een belemmering vormen om zijn arbeidsovereenkomst op te zeggen. In de lagere rechtspraak was al meermaals geoordeeld dat een concurrentiebeding hiervoor niet is bedoeld.<sup>1</sup> Deze lijn in de rechtspraak heeft de Hoge Raad vorig jaar bekrachtigd (ECLI:NL:HR:2022:894). De zaak betrof een vrachtwagenchauffeur die was overgestapt naar een concurrent van zijn werkgever. De werkgever startte een kortgedingprocedure waarin hij nakoming van het concurrentiebeding en betaling van de contractuele boete vorderde. In reconventie vorderde de werknemer schorsing van het beding. De rechter kan een concurrentiebeding schorsen als in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld. De werkgever had bepleit dat in deze belangenafweging ook moet worden meegenomen het belang van de werkgever om de werknemer nog een zekere tijd te binden om de werkgever de gelegenheid te geven in een krappe arbeidsmarkt vervangend personeel te vinden. De werkgever stelde dat anders zijn bedrijfsvoering en de continuïteit van de onderneming in het gedrang zouden komen, hetgeen ten koste zou gaan van het bedrijfsdebiet. De Hoge Raad ging niet mee in deze redenering. Hij oordeelde dat het belang van de werkgever om een werknemer nog een zekere tijd in dienst te houden, geen rol speelt in de hiervoor bedoelde belangenafweging, ook niet indien de werkgever tijd nodig heeft om in een krappe arbeidsmarkt vervangend personeel te vinden.

### PRIVACY OP DE WERKVLOER

In een zaak bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2022:6203) speelde de vraag of ING het recht op privacy van artikel 8 EVRM had geschonden. ING had het e-mailgebruik van de werknemer gemonitord. Bij de vraag of dat toelaatbaar is, speelt het Barbulescu-arrest<sup>2</sup> een belangrijke rol. Of monitoring toelaatbaar is, hangt in het algemeen af van de volgende factoren: (i) is de werknemer vooraf geïnformeerd over de (aard van de) mogelijke monitoring, (ii) wat is de omvang en hoe ernstig is de inbreuk op de privacy, (iii) heeft de werkgever legitieme gronden die de monitoring rechtvaardigen, (iv) was monitoring met minder indringende methoden en maatregelen mogelijk geweest, (v) welke gevolgen heeft de monitoring voor de werknemer gehad en (vi) zijn de werknemer adequate waarborgen geboden? ING kreeg een anonieme melding dat een werknemer betrokken zou zijn bij onder meer fraude en witwassen. ING besloot daarop om over te gaan tot een intern onderzoek en monitoring van het e-mailgebruik van de werknemer. Uit het onderzoek van de zakelijke e-mails kwam naar voren dat

de werknemer langdurig diverse niet-gemelde nevenactiviteiten verrichtte, ook onder werktijd en dat hij meerdere keren zonder zakelijke reden via de ING-raadpleegsystemen de gegevens van ING-klanten had geraadpleegd. ING verzocht de kantonrechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dit verzoek werd afgewezen omdat onduidelijk was of ING bij de monitoring van het e-mailgebruik had voldaan aan de richtsnoeren van het Barbulescu-arrest. In hoger beroep stelde het hof vast dat de werknemer vooraf niet was geïnformeerd over de (aard van de) mogelijke monitoring van correspondentie en andere communicatie door de werkgever. Met een beroep op haar geheimhoudingsplicht had ING geen informatie verstrekt over de aard van de signalen die tot monitoring van het e-mailgebruik hadden geleid. Het hof kon daardoor niet vaststellen of ING een legitieme grond had ter rechtvaardiging van de monitoring en of de inzet van monitoring proportioneel was geweest. ING wordt vervolgens door het hof in de gelegenheid gesteld om bewijs te leveren van haar stelling dat er sprake was van een ‘redelijke verdenking’ en dat er dus voldoende reden was om het e-mailgebruik van de werknemer te onderzoeken. In afwachting hiervan worden alle beslissingen aangehouden, dus ook de beslissing of de arbeidsovereenkomst dient te worden ontbonden.

### VRIJHEID VAN MENINGSUITING

Het grondrecht op vrijheid van meningsuiting is vastgelegd in artikel 7 Grondwet en artikel 10 EVRM. Bij de beoordeling van de vraag of een beperking van dit recht in een arbeidsrelatie geoorloofd is, spelen de gezichtspunten die door het EHRM zijn gegeven in het Herbai-arrest<sup>3</sup> een belangrijke rol. Er dient te worden gekeken naar de aard van de gedane uitspraak, de motieven van de werknemer, de eventuele schade die de werkgever door de uiting van de werknemer lijdt of heeft geleden en de zwaarte van de aan de werknemer opgelegde sanctie. Op 7 oktober 2022 deed de Hoge Raad een uitspraak (ECLI:NL:HR:2022:1402) die ging over de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting. De casus was als volgt. De werknemster was sinds 2009 als docent in dienst bij onderwijsinstelling ROC. Eind oktober 2018 had de werknemster aan het ROC laten weten dat zij een boek wilde gaan schrijven over haar ervaringen met gepersonaliseerd onderwijs. In reactie hierop gaf de directeur te kennen dat er een aantal grenzen zaten aan de vrijheid tot het schrijven van het boek. De werknemer diende onder meer de gedragscode van het ROC en de nieuwe privacywetgeving in acht te nemen. Deze verplichting vloeyde naar het oordeel van het ROC (mede) voort uit het goed werknemerschap. De werknemster reageerde hierop dat ze het boek toch zou gaan schrijven. Een jaar later verscheen het boek. Collega's uit haar team beklagden zich vervolgens bij de directeur over de wijze waarop zij in hun ogen tot de persoon herleidbaar in het boek werden neergezet, waardoor zij zich niet meer prettig voelden in de samenwerking met de werknemster. De werknemster werd vervolgens verzocht haar

werkzaamheden tijdelijk neer te leggen. Toen de werknemster dat weigerde, werd zij geschorst. Tegen die schorsing tekende de werknemster beroep aan. Het ROC verzocht de kantonrechter vervolgens de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden. De kantonrechter wees het ontbindingsverzoek toe onder toekenning van de transitievergoeding. Het hof bekrachtigde de beschikking van de kantonrechter, zij het dat het hof aan de werknemster ook een billijke vergoeding toekende van € 40.000 bruto. Het hof was van oordeel dat de ontbinding op de g-grond gerechtvaardigd was en dat herstel van de arbeidsovereenkomst niet in de rede lag. Anders dan de werknemster stelde, had de verstoorde arbeidsverhouding naar het oordeel van het hof echter niets te maken met haar vrijheid van meningsuiting. Dat zij die had, stond buiten kijf en dat het ROC die niet had ingeperkt, stond volgens het hof eveneens vast. Die inperking zag het hof niet in het verzoek van het ROC om de arbeidsovereenkomst met de werknemster te ontbinden. Dat verzoek vormde geen reactie op het uiten door werknemster van haar mening of kritiek op de wijze waarop het ROC met onderwijsvernieuwing omgaat, maar op de gevolgen die de inhoud van het boek zou hebben op de interne verhoudingen en werkrelaties, aldus het hof. De Hoge Raad casseerde en overwoog dat de publicatie van het door de werknemster geschreven boek onder het mede door artikel 10 EVRM beschermde recht op vrijheid van meningsuiting valt. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is van een inmenging in de vrijheid van meningsuiting niet alleen sprake bij een publicatieverbod, maar ook als aan een uiting sancties van strafrechtelijke, arbeidsrechtelijke, privaatrechtelijke of tuchtrechtelijke aard worden verbonden. Een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan als een zodanige sanctie van arbeidsrechtelijke aard worden aangemerkt. Uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat bij de beantwoording van de vraag of een causaal verband aanwezig is tussen een uiting en een sanctie moet worden gelet op het geheel van gebeurtenissen vanaf de uiting tot aan het opleggen van de sanctie, in hun onderlinge samenhang bezien. Het hof had vastgesteld dat het ontbindingsverzoek een reactie vormde op de gevolgen die de inhoud van het boek zou hebben voor de interne verhoudingen en werkrelaties. Deze vaststelling laat volgens de Hoge Raad geen andere conclusie toe – mede in het licht van het geheel van de gebeurtenissen vanaf de publicatie van het boek tot aan (eerst) de schorsing van de werknemster en (vervolgens) de indiening van het ontbindingsverzoek – dan dat er een causaal verband bestaat tussen de publicatie van het boek en het ontbindingsverzoek, en daarmee dat het ontbindingsverzoek een inmenging in de vrijheid van meningsuiting oplevert in de hiervoor bedoelde zin. Het onderdeel slaagt dus en de zaak werd terugverwezen naar een ander hof.



### EENZIJDIGE WIJZIGING

Het leerstuk van de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden levert ieder jaar interessante uitspraken op. Het afgelopen jaar heeft de Hoge Raad weer een duit in het zakje gedaan (ECLI:NL:HR:2022:1759). Voor de situatie dat er geen eenzijdig wijzigingsbeding conform artikel 7:613 BW is overeengekomen in de arbeidsovereenkomst, heeft de Hoge Raad reeds in het Stoof/Mammoet-arrest<sup>4</sup> bepaald dat op grond van artikel 7:611 BW onder omstandigheden van een werknemer toch gevergd kan worden in te stemmen met een wijzigingsvoorstel. Beoordeeld moet worden of (i) de werkgever als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, (ii) het door de werkgever gedane voorstel redelijk is en (iii) aanvaarding van het door de werkgever gedane voorstel in het licht van alle omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd. Eén van de vragen die naar aanleiding van het Stoof/Mammoet-arrest opkwam, is of de daarin genoemde wijzigingsmethode uitsluitend betrekking heeft op individuele wijzigingen of ook op collectieve wijzigingen. In de literatuur en de lagere rechtspraak werd deze vraag verschillend beantwoord. Verdedigd werd wel dat artikel 7:611 BW van toepassing is op individuele wijzigingen en artikel 7:613 BW op collectieve wijzigingen. De Hoge Raad heeft nu voor dui-

delijkheid gezorgd. Het ging in deze kwestie om een groep werknemers met wie de werkgever eerder was overeengekomen dat zij geen pensioenpremie hoefden te betalen. Vanaf 2015 werd een nieuwe pensioenregeling geïntroduceerd. Op basis hiervan dienden de werknemers voortaan wel te gaan bijdragen in de pensioenpremie. Zij waren daarmee niet akkoord. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest dat de beoordelingsmaatstaf uit het Stoof/Mammoet-arrest geldt voor alle voorstellen tot wijziging van arbeidsvoorwaarden. Ongeacht of deze individueel of collectief van aard zijn. Verder heeft de Hoge Raad in dit arrest (nogmaals) bevestigd dat de aan te leggen toets niet zover gaat dat sprake moet zijn van een situatie waarbij afwijzing van het voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof had ten onrechte die verdergaande maatstaf aangelegd.

### AANZEGVERPLICHTING

Bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van zes maanden of langer heeft de werkgever op grond van artikel 7:668 BW een aanzegverplichting: uiterlijk een maand voordat de arbeidsovereenkomst eindigt, moet de werkgever de werknemer schriftelijk laten weten of de arbeidsovereenkomst wordt voortgezet en zo ja, onder welke voorwaarden. Verzaakt de werkgever, dan is hij aan de werknemer

een vergoeding verschuldigd van één maandsalaris. Zegt de werkgever wel aan maar te laat, dan is de vergoeding naar rato verschuldigd. Op basis van de wettekst is het duidelijk dat de aanzegging schriftelijk moet gebeuren. Maar wat nu als een werknemer tijdig en duidelijk mondeling wordt medegedeeld dat de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd? En de werknemer daar ook naar handelt en per einde dienstverband direct aansluitend een nieuwe baan heeft? Heeft de werknemer dan toch recht op een aanzegvergoeding? Ja, zo bepaalde de Hoge Raad op 7 oktober 2022 (ECLI:NL:HR:2022:1374). De Hoge Raad oordeelt dat de aanzegverplichting de positie van de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd beoogt te versterken en hem tijdig duidelijkheid beoogt te verschaffen over het al dan niet eindigen van zijn arbeidsovereenkomst. De wetgever heeft er bewust voor gekozen dat de werkgever die de plicht tot een schriftelijk aanzegging niet naleeft, de aanzegvergoeding verschuldigd is. De aanzegvergoeding is onder meer een prikkel tot naleving van de plicht om de aanzegging schriftelijk te doen. Hieruit volgt dat de aanzegvergoeding ook verschuldigd is bij niet-inachtneming van de schriftelijkheidseis. Ook als voor de werknemer langs andere weg duidelijk was dat de arbeidsovereenkomst niet zou worden voortgezet of als hij geen nadeel heeft geleden.

#### **XELLA-NORM GELDT VOOR ALLE SLAPENDE DIENSTVERBANDEN**

Het afgelopen jaar heeft de Hoge Raad (meer) duidelijkheid gegeven over de reikwijdte van de Xella-norm. De Xella-norm houdt in dat de werkgever op grond van het goed werkgeverschap gehouden is mee te werken aan de beëindiging van een slapend dienstverband van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer als de werknemer daarom verzoekt. De werknemer kan dan aanspraak maken op de transitievergoeding, die de werkgever (deels) gecompenseerd krijgt via het UWV. In twee arresten van 11 november 2022 besliste de Hoge Raad dat de Xella-norm van toepassing is op *alle* slapende dienstverbanden, dus ongeacht het moment waarop het dienstverband slapend is geworden (ECLI:NL:HR:2022:1575, ECLI:NL:HR:2022:1576). Voor de vraag of de werkgever recht heeft op compensatie van de vergoeding is slechts van belang of de arbeidsovereenkomst op of na 1 juli 2015 is beëindigd. Daarnaast geldt de Xella-norm voor voorstellen die door de werknemer zijn gedaan op of na 20 juli 2018 (de datum van publicatie van de Wet compensatie transitievergoeding). Vanaf dat moment was de werkgever gehouden in te stemmen met het verzoek tot beëindiging van het slapend dienstverband met wederzijds goedvinden onder toekenning van een Xella-vergoeding, omdat toen duidelijk was dat de werkgever de betaalde vergoeding (deels) gecompenseerd kon krijgen via het UWV. De Xella-vergoeding dient te worden berekend tot het moment waarop de opzeggingsbevoegdheid ontstond. Tot slot heeft de Hoge Raad in de arresten duidelijkheid gegeven over de

rol van de compensatieregeling ten aanzien van de Xella-norm. Het moment van opzeggingsbevoegdheid is volgens de Hoge Raad niet leidend. Of de werkgever recht heeft op compensatie is afhankelijk van het moment van beëindiging van het dienstverband (of dit op of na 1 juli 2015 was). De Xella-norm geldt derhalve voor alle zogenoemde slapers, diepslapers, semi-diepslapers, verlate slapers enzovoort.

#### **OVERGANG VAN ONDERNEMING**

Het afgelopen jaar zijn verschillende belangwekkende uitspraken gedaan op het gebied van een overgang van onderneming. In het Heiploeg-arrest heeft het Europese Hof van Justitie zich opnieuw uitgesproken over de pre-pack (ECLI:EU:C:2022:321). Een pre-pack is een voorbereide doorstart van een onderneming ná faillissement. Voorafgaand aan het faillissement wordt de onderneming door een 'beoogd curator' en 'beoogd rechter-commissaris' voorbereid op een verkoop. De verkoop vindt vervolgens plaats nadat het faillissement is uitgesproken. Het doel van de pre-pack is om zo veel mogelijk schuldeisers te kunnen betalen en zo veel mogelijk werkgelegenheid te behouden door een snelle doorstart te realiseren. Op grond van artikel 7:666 lid 1 BW zijn de regels omtrent een overgang van onderneming niet van toepassing wanneer een onderneming vanuit een faillissement wordt verkocht of doorgestart. De betrokken werknemers gaan in dat geval dus niet van rechtswege mee over naar de verkrijger. Geldt dit nu ook voor een voorbereide doorstart door middel van een pre-packprocedure? Over deze vraag bestond lange tijd discussie. In 2017 heeft het Europees Hof van Justitie in het zogeheten Smallsteps-arrest<sup>5</sup> geoordeeld dat de pre-packprocedure niet onder de Nederlandse faillissementsprocedure valt. Er wordt namelijk niet de liquidatie van een onderneming beoogd maar een doorstart. Bovendien staat de procedure niet onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris hebben formeel geen bevoegdheden). Anders dan bij een normale faillissementsprocedure kan bij een pre-packprocedure dus wel sprake zijn van een overgang van onderneming op grond waarvan het personeel van rechtswege overgaat naar de verkrijger. In de Heiploeg-zaak betrof het ook een voorbereide overname door middel van een pre-packprocedure. De verkrijger nam twee derde van de werknemers over tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden. Volgens haar was dit mogelijk nu sprake was van een overname na faillissement waardoor de regels omtrent een overgang van onderneming niet van toepassing zouden zijn. In deze kwestie oordeelde het Europees Hof van Justitie dat de pre-packprocedure wel onder de faillissementsuitzondering van een overgang van onderneming kan vallen als de pre-packprocedure wettelijk of bestuursrechtelijk is geregeld. In Nederland is dat nog niet het geval. Er ligt al wel langere tijd een wetsvoorstel om de pre-packprocedure wettelijk te regelen: het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I. Totdat dit voorstel wet wordt,

gaan werknemers bij een voorbereide pre-pack doorstart in beginsel nog mee over naar de verkrijger indien sprake is van een overgang van onderneming.

Op 29 november 2022 sprak het Hof 's-Hertogenbosch zich uit over het overgaan van een dynamisch incorporatiebeding wegens een overgang van onderneming. In een arbeidsovereenkomst kan door middel van een incorporatiebeding worden afgesproken dat een bepaalde cao op de arbeidsrelatie van toepassing is. Wanneer daarbij wordt bepaald dat niet alleen de huidige cao van toepassing is maar ook toekomstige versies daarvan, is sprake van een dynamisch incorporatiebeding. Bij een overgang van onderneming kan een dergelijk dynamisch incorporatiebeding tot interessante vraagstukken leiden. Bij een overgang van onderneming behoudt de werknemer namelijk zijn arbeidsvoorwaarden. Betekent dit dan dat de werknemer met een beroep op het dynamische incorporatiebeding ook na een overgang van onderneming jegens de verkrijger aanspraak kan blijven maken op toekomstige versies van de geïncorporeerde cao? Het Europees Hof van Justitie heeft geoordeeld dat dit afhangt van de mogelijkheid voor de verkrijger om invloed uit te oefenen op het cao-onderhandelingsresultaat (Parkwood-arrest<sup>6</sup>) dan wel de mogelijkheid om wijzigingen door te voeren na de overgang van onderneming (Asklepios-arrest<sup>7</sup>). Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde dat deze laatste situatie zich in Nederland voordoet (ECLI:NL:GHSHE:2022:4106). Naar Nederlands recht is het mogelijk om een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden te bewerkstelligen door wilsovereenstemming of met een beroep op artikel 7:613 of 7:611 en/of 6:248 lid 2 BW. Een dynamisch incorporatiebeding behoudt daardoor zijn karak-

ter na een overgang van onderneming. Desondanks konden de werknemers in deze zaak geen beroep meer doen op het dynamisch incorporatiebeding. Zij hadden na de overgang ingestemd met een nieuwe arbeidsovereenkomst zonder het betreffende incorporatiebeding. De werkgever had dus daadwerkelijk gebruikgemaakt van de mogelijkheid om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen. De vrijheid van ondernemerschap brengt mee dat de werkgever de mogelijkheid had om met de werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst – zonder het incorporatiebeding – te sluiten. De werkgever was daarbij zijn informatieplicht jegens de werknemers nagekomen. Zij waren expliciet gewezen op de gevolgen van de nieuwe arbeidsovereenkomst.

## WETGEVING

### Wet transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden

Op 1 augustus 2022 trad de Wet transparantie en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in werking. De wet bevat onder meer een uitbreiding van de informatieplicht van de werkgever over de inhoud van de arbeidsovereenkomst, een beperking van de mogelijkheid voor werkgevers om nevenwerkzaamheden te verbieden en een verplichting voor werkgevers om verplichte opleidingen voor hun rekening te nemen. Inmiddels is ook de eerste rechtspraak over de wijzigingen verschenen, onder meer over het begrip 'verplichte opleiding' (ECLI:NL:RBMNE:2022:5560) en de directe werking van de beperking om nevenwerkzaamheden te verbieden (AR 2022-1051).



### Wet bescherming klokkenluiders

Op 18 februari 2023 is de Wet Huis voor klokkenluiders vervangen door de nieuwe Wet bescherming klokkenluiders. De nieuwe wet beoogt klokkenluiders meer bescherming te geven wanneer zij (vermeend) wangedrag of een schending van het EU-recht melden. Hiertoe bevat de wet onder meer wijzigingen ten aanzien van de interne meldprocedure, een uitbreiding van het begrip 'misstand', de mogelijkheid direct extern te melden, uitbreiding van maatregelen tegen benadeling van melders, de mogelijkheid voor het Huis voor klokkenluiders om sancties (onder meer boetes) op te leggen en een uitbreiding van de medezeggenschap.

### CO<sub>2</sub>-registratieplicht

Per 1 juli 2023 geldt voor ondernemers met meer dan honderd werknemers de verplichting om de CO<sub>2</sub>-uitstoot van de reizen van hun personeel te rapporteren. Het doel van deze registratieplicht is om werkgevers bewust te laten kiezen voor duurzame mobiliteit en daarmee minder broeikasgassen in het verkeer uit te stoten. Het kabinet hoopt hiermee de CO<sub>2</sub>-uitstoot in 2023 met 1 megaton te verlagen. Als de registratieplicht daadwerkelijk leidt tot een verminderde CO<sub>2</sub>-uitstoot én het waarschijnlijk is dat het doel van 1 megaton CO<sub>2</sub>-winst zal worden behaald voor 2030, zal het bij een registratieplicht blijven. Als dit niet het geval is of als er geen sprake is van een dalende lijn in de CO<sub>2</sub>-uitstoot, dan volgt er vanaf 2026 een emissiegrenswaarde voor *individuele* werkgevers. Bij overtreding van die norm volgt een boete. De hoogte hiervan is vooralsnog niet bekend. De registratieplicht ziet op het zakelijke verkeer en het woon-werkverkeer binnen Nederland waarvoor werknemers van de werkgever een financiële vergoeding ontvangen (zoals een reiskostenvergoeding) of een vervoermiddel aan de werknemer ter beschikking wordt gesteld (zoals een auto van de zaak), uitgesplitst naar soort brandstof. Ondernemers moeten één keer per jaar een rapportage aanleveren via een digitaal platform van de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland. De deadline voor het eerste rapport is 1 juli 2024. De jaarlijkse rapportages worden door het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat beoordeeld. Op basis van de verstrekte gegevens ontvangen werkgevers een terugkoppelrapportage met een overzicht van hun CO<sub>2</sub>-uitstoot. Zijn er twijfels over de betrouwbaarheid of ontbreken er rapportages? Dan kun je als werkgever extra gecontroleerd worden door de regionale omgevingsdienst of kan een bestuurlijke sanctie in de vorm van een last onder dwangsom worden opgelegd.

### Verkorting loondoorbetaling tijdens ziekte AOW'ers

Op 1 januari 2016 is de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd in werking getreden. In deze wet is bepaald dat verplichte loondoorbetaling tijdens ziekte voor AOW'ers wordt teruggebracht naar zes weken. Omdat de Tweede Kamer zorgen had over mogelijke verdringingseffecten van AOW'ers op de arbeidsmarkt, is de termijn van zes weken destijds in een overgangsmaatregel verlengd tot dertien weken. Uit evaluatieonderzoek is inmiddels gebleken dat van verdringing op de arbeidsmarkt geen sprake is. De minister is daarom voornemens de overgangsmaatregel per 1 juli 2023 in te trekken. Vanaf dat moment zal de loondoorbetalingsplicht voor AOW'ers daadwerkelijk zes weken bedragen.

### Wet werken waar je wilt

Op 5 juli 2022 heeft de Tweede Kamer met ruime meerderheid het wetsvoorstel Wet werken waar je wilt aangenomen. Het wetsvoorstel beoogt de Wet flexibel werken te wijzigen ten aanzien van verzoeken van werknemers tot aanpassing van de arbeidsplaats. Op grond van het wetsvoorstel zijn werkgevers verplicht om een verzoek tot aanpassing van de arbeidsplaats binnen de Europese Unie in overweging te nemen. Bij de beoordeling dient de werkgever alle omstandigheden van het geval mee te wegen. De werkgever zal het verzoek moeten toewijzen als zijn belangen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten wijken voor de belangen van de werknemer. Het is aan de Eerste Kamer om een oordeel over het wetsvoorstel te vellen.

**– Karol Hillebrandt en Peter Hendriks zijn werkzaam bij Sparck | Arbeidsrecht advocaten. Christiaan Oberman en Nadia Adnani zijn werkzaam bij Palthe Oberman Advocaten. De auteurs bedanken Anouk Lanting voor haar bijdrage.**

### Noten

- 1 Zie bijv. ECLI:NL:RBNHO:2020:4201 en ECLI:NL:GHAMS:2021:1385.
- 2 ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD006149608.
- 3 ECLI:CE:ECHR:2019:1105JUD001160815.
- 4 ECLI:NL:HR:2008:BD1847.
- 5 ECLI:EU:C:2017/489.
- 6 ECLI:EU:C:2013:521.
- 7 ECLI:EU:C:2017:317.