

15 DECEMBER 2022

DE BRAUW  
BLACKSTONE  
WESTBROEK



# VERENIGING ROTTERDAMSE ARBEIDSRECHTADVOCATEN

PROF MR. STEFAN SAGEL



DE BRAUW  
BLACKSTONE  
WESTBROEK

RECENTE ONTWIKKELINGEN IN DE ARBEIDSRECHTELIJKE  
CASSATIERECHTSPRAAK

- Billijke vergoeding (HR 21 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:63)
- Wijziging van arbeidsvoorwaarden – Stoof/Mammoet verduidelijkt (HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759)
- #Metoo en de transitievergoeding – (HR 24 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:950)
- De aanzegverplichting (HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:950)

**Secretaresse advocatenkantoor, 20 jaar in dienst.**

- Meldt zich ziek in 2015, psychische klachten. In behandeling bij praktijk langs het spoor in Groningen; werkgever voert gesprek in september 2015 waarin suggestie wordt gedaan dat werkneemster zich dan ook *"meteen voor de trein kan gooien"*.
- 29 mei 2017 eindigt loonbetalingsplicht, 12 november 2019 doet werkneemster voorstel tot beëindiging met TV op grond van Xella. Werkgever wijst af.
- 9 december 2019 voorstel werkgever, beëindiging met wederzijds goedvinden met (lagere) TV en finale kwijting.
- Werkneemster verzoekt ontbinding ex art. 7:671c BW, kantonrechter wijst verzoek af: werkgever stuurt beschikking niet-geanonimiseerd aan alle leden van de VNAA, behalve aan het kantoor van de werkneemster.

De opmerking over "voor de trein" gooien is ongelukkig, maar rechtvaardigt geen ontbinding, maar goed gesprek

Doorsturen van uitspraak: eveneens ongelukkig, maar rechtvaardigt ook geen ontbinding omdat het niet aantoont dat men erop uit was om de werkneemster te kwetsen.

Ontbinding wegens langdurige arbeidsongeschiktheid?

Zou kunnen, maar baat werkneemster niet, want ze wil TV & BV en daarvoor is **ernstige verwijtbaarheid** vereist.

Noch het gesprek van 2015, noch de beschikking rondsturen is als zodanig als ernstig verwijtbaar aan te merken...

HR

Op grond van art. 7:671c lid 1 BW kan de kantonrechter op verzoek van de werknemer de arbeidsovereenkomst ontbinden wegens omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen.

Maatstaf ontleend aan art. 7:685 BW (oud). Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:671c BW volgt dat de werknemer kan verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden om elke reden, mits er omstandigheden zijn die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen, en dat de wetgever voor deze formulering heeft aangesloten bij art. 7:685 lid 2 (oud) BW.

HR: Bij de beoordeling van het verzoek moeten alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen (**rov. 3.1.3**).

Dus: **geen** "kokerview" zoals bij de gronden van art. 7:669 lid 3 BW in de procedure ex art. 7:671b BW, maar holistische blik.

Wordt een arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer ontbonden *als gevolg van* ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, kan aan de werknemer op grond van art. 7:671c lid 2 BW een billijke vergoeding worden toegekend.

- Berekening: Zinzia-beschikking (2018), conform New Hairstyle I (dus voorop staat: hoe lang nog, bij gebreke ernstige verwijtbaarheid, verder: mate van verwijtbaarheid, etc.)

Ook bij beoordeling of sprake is van ontbinding ten gevolge van **ernstige verwijtbaarheid**, alle feiten in onderling verband en samenhang beschouwen (**rov. 3.1.3**) – holistische blik.

*Het hof heeft in rov. 4.8-4.9 geoordeeld dat het gebruik van de woorden “voor de trein gooien” nog niet maakt dat sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag van [verweerders] op grond waarvan de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden, en dat hetzelfde geldt voor de toezending door [verweerders] van de niet-geanonimiseerde beschikking van 3 maart 2020 aan de leden van de VNNA. Het hof heeft in rov. 4.13 overwogen dat noch het incident van september 2015, noch de kwestie van de toezending van de niet-geanonimiseerde beschikking is aan te merken als ernstig verwijtbaar handelen van [verweerders]*

*Uit de overwegingen van het hof blijkt niet dat het de door [werkneemster] aan het verzoek ten grondslag gelegde omstandigheden ook in onderling verband en samenhang heeft beschouwd. Daarmee heeft het hof hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (zie hiervoor in 3.1.3), hetzij zijn oordelen onvoldoende gemotiveerd. De klachten slagen derhalve.*

Kortom: **verwijtbaarheid stapelen** kan, twee keer geel (verwijtbaarheid) *kan* rood (ernstig verwijtbaar) zijn....

**zie ook: dringende redenen 7:678 BW**

Verwijtbaarheid stapelen vereist dus blijkbaar ook niet het herhaald vertonen van *hetzelfde* verwijtbare gedrag

**zie ook: dringende redenen 7:678 BW**

## WAT VINDT U VAN DE HANDELIJZE VAN DE WERKGEVER, IS DAT (IN COMBINATIE) ERNSTIG VERWIJTBAAK?

DE BRAUW  
BLACKSTONE  
WESTBROEK

*2.31 Ten overvloede is nog op te merken dat het verwijzingshof, gelet op het slagen van onderdeel 1, zal hebben te beoordelen of de arbeidsovereenkomst op verzoek van Werkneemster dient te worden ontbonden (zie onder 2.14). Indien het hof de arbeidsovereenkomst beëindigt, moet worden beoordeeld of dat einde het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van [verweerders] Het lijkt mij niet uit te sluiten dat de feitenrechter het rondsturen van de niet-geanonimiseerde beschikking aan alle leden van de Vereniging van Noord-Nederlandse Arbeidsrechtadvocaten (VNAA) met uitzondering van de advocaten van het kantoor van de advocaat van Werkneemster, welke beschikking onder meer zeer persoonlijke informatie bevat over de arbeidsongeschiktheid en privéomstandigheden van Werkneemster, reeds op zichzelf als ernstig verwijtbaar handelen zou kwalificeren.*

# EN WAT BETEKENIT DIT NU VOOR 7:611 BW CLAIMS NA OF NAAST EEN PROCEDURE EX 7:671 C? – IS *BAIJINGS* DEAD OR ALIVE?

## HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 (*Baijings*)

- Rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid dient in beginsel "*ten volle tot uitdrukking*" te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter, met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid aan een der partijen ten laste van de wederpartij kan toekennen. Dus: geen latere 7:611 BW-claims, tenzij: buiten beoordeling geplaatst in de ontbindingsprocedure 7:685 BW of contractuele claim.
- En nu: mogelijke claims ex art. 7:611 BW **na** of **naast** (7:686a BW) ontbindingsprocedure ex art. 7:671c BW?
- Alleen bij **ernstige verwijtbaarheid** kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid tot uitdrukking komen in de hoogte van de ontbindingsvergoeding ex art. 7:671 c BW.
- Dus: als de feiten en omstandigheden alleen maar duiden op (niet gekwalificeerde) verwijtbaarheid **kan** de toetsing aan R&B "helemaal niet" tot uitdrukking komen in de vergoeding.
- Dus: moet die niet gekwalificeerde verwijtbaarheid dan niet nog separaat vergoed kunnen worden?
- Wat denkt u????

- **Het antwoord luidt vermoedelijk ontkennend**
- Benadering HR is holistisch, zowel bij beoordeling of ontbinding is aangewezen, als bij beoordeling of sprake is van ernstige verwijtbaarheid
- Uitspraak inzake Groningse secretaresse toont juist aan dat *gewoon* verwijtbaar gedrag juist *wel* wordt meegewogen bij beoordeling of sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag; gewoon verwijtbaar gedrag is immers "stapelbaar"
- Separate / posterieure claim voor regulier / "gewoon" verwijtbaar gedrag op grond van art. 7:611 BW niet te rijmen met wens wetgever om pas als werkgever *ernstig verwijtbaar* handelt, een billijke vergoeding toe te kennen.
- Tegenwerping: 7:611 BW-claim is geen billijke vergoeding, maar sv?
- Dat was onder het oude recht al geen valide argument en billijke vergoeding en schadevergoeding zijn onder Wwz juist dichterbij elkaar komen te staan (*New Hairstyle*) dan onder 7:685 BW

- Uitzonderingen?
- 1. Feiten en omstandigheden expliciet buiten de beoordeling laten?
- Minder aanleiding voor binnen huidige ontbindingsprocedure, gelet op omstandigheid dat 7:671c BW procedure *full blown* bodemprocedure is, met alle mogelijkheden van bewijslevering.
- 2. Feiten en omstandigheden die helemaal niets met de beëindiging te maken hebben....?

\* die zullen zich zelden voordoen..., juist omdat de rechter bij beoordeling ex art. 7:671c BW naar alle omstandigheden moet kijken en het daarbij ook kan gaan om feiten in een wat verder gelegen verleden ("voor de trein gooien"-opmerking)

- 3. Contractuele claims

- Geen billijke vergoeding in art. 7:671c BW procedure en nauwelijks ruimte voor vervolgcclaims, wat betekent dat?
- Art. 7:686a lid 7 jo. lid 6 BW
- En dan....?
- Kan de werknemer zijn 7:611 BW-claim wel kwijt *tijdens* het dienstverband???
- Wat vindt u daarvan?

- *Totally different story....*
- De **kokerview** van art. 7:671b BW in combinatie met art. 7:669 lid 3 BW
- Alleen billijke vergoeding van art 7:671b lid 9 sub c BW "*indien de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen*" van de werkgever.
- Dat ernstig verwijtbare handelen kan dus alleen maar betrekking hebben op het ontstaan van de gehanteerde ontslaggrond en alleen *dat* gedrag komt dus voor vergoeding in aanmerking.
- Dat werkt ook door in de begroting, want die begroting ziet primair op vergoeding van het ernstig verwijtbare gedrag / waarde van het dienstverband, wanneer het *ernstig verwijtbare gedrag* dat tot ontbinding heeft geleid, wordt weggedacht (New Hairstyle).

- Vervolgclaims wegens schending 7:611 BW binnen domein van de gehanteerde ontslaggrond, wegens *verwijtbaar* (maar **niet ernstig verwijtbaar** gedrag), omdat dat gedrag – anders dan onder het oude recht – niet in de BV verdisconteerd kan worden?
- NEE, want in strijd met bedoeling van de wetgever en verwijtbaar gedrag telt wel degelijk mee bij beoordeling of BV op zijn plaats is (ook hier is stapelen mogelijk).

## **Een Haags "Bommetje"**

### **Ontbinding op de g-grond met lange aanlooptijd (sinds 2020), problemen met ziekmelding, reïntegratie**

"Uit hetgeen partijen over en weer hebben betoogd wellicht naar voren dat van werkgever in de gegeven omstandigheden, zowel ten aanzien van het beleid ten aanzien van thuiswerken als ten aanzien van de benadering van werknemer tijdens haar arbeidsongeschiktheid, wel wat meer had mogen worden verwacht, maar naar het oordeel van de kantonrechter is een en ander onvoldoende om daarin een duidelijk ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van werkgever te kunnen zien."

... maar dan....:

4.8 (...) Anders dan in het geval van een billijke vergoeding op grond van ernstig verwijtbaar handelen ligt de lat voor een schadevergoeding op grond van artikel 7:611 BW lager dan de lat voor een billijke vergoeding als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen. Het verschil is er mede in gelegen dat in een geval van schending van artikel 7:611 een schadevergoeding aan de orde is, die in de regel een lager bedrag betreft dan een billijke vergoeding, omdat de laatste ook een vergoeding kan inhouden voor een andere genoegdoening dan alleen de schade, die bovendien concreet onderbouwd moet worden.

4.9. Waar de kantonrechter eerder tot het oordeel kwam dat van ernstig verwijtbaar handelen van werkgever geen sprake was, komt hij op het punt van de schending van het beginsel van goed werkgeverschap tot het oordeel dat daarvan wel sprake is. Zoals eerder overwogen is de combinatie van het halfslachtig faciliteren van werknemer van het thuiswerken tijdens corona, het zwaar aanzetten van het incident rondom het ladekastje en het aansturen op een beëindiging van het dienstverband door middel van een beëindigingsovereenkomst tijdens de arbeidsongeschiktheid van werknemer in samenhang genomen verwijtbaar en daarmee een schending van het beginsel van goed werkgeverschap. Dat maakt dat het verzoek tot toekenning van een schadevergoeding kan worden toegewezen.

Resultaat: zes maanden netto salaris "Omdat het ook de kantonrechter reëel voorkomt dat na de ontbinding van de arbeidsovereenkomst werknemer nog een maand of zes nodig zal hebben om te herstellen van de afgelopen periode en zich op de arbeidsmarkt te oriënteren."

Sympathiek – maatwerk à la 7:685 BW (oud), maar wel onjuist naar ik vrees.

Niet te rijmen met bedoeling wetgever: schadevergoeding ziet één op één op feiten en omstandigheden binnen domein van de gehanteerde ontslaggrond, dan is er alleen aanleiding voor vergoeding als grens EV wordt overschreden.

- Vervolgclaims wegens schending 7:611 BW buiten domein van de gehanteerde ontslaggrond?
- JA, want verwijtbaar gedrag kan dan helemaal niet verdisconteerd worden in BV. Baijings brengt dan mee dat daarvoor een separate vervolgclaim / connexe vordering kan worden ingesteld...

- NOG EEN SPADE DIEPER: *Hoe hoog ligt de lat bij posterieure vervolgclaims ex art. 7:611 BW?*
- **Verwijtbaar gedrag** (niet gekwalificeerde schending van art. 7:611 BW) of **ernstig verwijtbaar gedrag** (ernstige wanprestatie / gekwalificeerde schending van art. 7:611 BW)
- Argumenten voor lage lat....
  - Bij procedure tijdens dienstverband geldt ook een lage lat
  - Geen argument in wetsgeschiedenis om lat hoger te leggen
- Argumenten tegen lage / voor hoge lat...
  - Vreemd als slecht werkgeverschap sneller voor vergoeding in aanmerking komt wanneer het buiten het domein van de gehanteerde ontslaggrond valt, dan wanneer het daarbinnen valt.
  - Vreemd als slecht werkgeverschap na ontbinding op verzoek van werkgever sneller voor vergoeding in aanmerking komt dan bij ontbinding op verzoek van werknemer (waar alles in één keer moet worden meegenomen en de lat van ernstige verwijtbaarheid overgegaan moet worden).

- IFF is producent van geur- en smaakstoffen.
- Werknemers die vóór 1 januari 2003 in dienst zijn getreden bij IFF zijn geen bijdrage in de pensioenpremie verschuldigd.
- Voor werknemers die op of na 1 januari 2003 in dienst zijn getreden: bijdrage van de werknemers in de pensioenpremie opgenomen van 10%.
- Onder invloed van gewijzigde fiscale wetgeving is na raadpleging en met instemming van de ondernemingsraad en de vakbonden een nieuwe pensioenregeling vastgesteld: de Pensioenregeling 2015.
- Een onderdeel van de regeling is de introductie van een werknemerspremie met een geleidelijke ingroei van 0% naar 3,5% in zeven jaar voor werknemers die voor 2003 in dienst zijn getreden en geen werknemerspremie betaalden. Verlaging premiebijdrage voor werknemers die na 1 januari 2003 in dienst zijn getreden. Groepen bewegen daardoor naar elkaar toe, verschillen kleiner, onderlinge solidariteit groter.
- Werkgever kan geen beroep doen op 7:613 BW beding, maar voert wijziging wel in.
- Maatstaf: Stoof/Mammoet....

Daarbij verdient opmerking dat bij de hier te hanteren maatstaf het accent niet eenzijdig moet worden gelegd op hetgeen van de werknemer in een dergelijke situatie mag worden verwacht. Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient immers in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede - naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming - de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Nu de werknemer op deze wijze beschermd wordt tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en nu vervolgens nog dient te worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.

**Geleidelijke invoering premieplicht voor werknemers bij premievrij pensioen..**

"5.23 Indien geen overeenstemming wordt bereikt, geldt dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer (artikel 7:611 BW) redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, **indien afwijzing van het - redelijke - voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.**"

"5.34 Tot slot geldt dat de ondernemingsraad zich achter de Pensioenregeling 2015 heeft gesteld. De ondernemingsraad is tot dit eindoordeel gekomen op basis van een beoordeling van het collectief belang. De rechter staat echter voor de beoordeling van het individueel belang van [geïntimeerden] c.s., waarbij bovendien pregnant op de voorgrond staat het uitgangspunt dat slechts tot wijziging van een arbeidsvoorwaarde kan worden gekomen met instemming van [geïntimeerden] c.s. In zoverre kan daarom aan het positieve bericht van de ondernemingsraad niet al te veel waarde worden toegekend. De ondernemingsraad heeft dat overigens zelf ook onderkend door te overwegen dat voor wijziging van de pensioenregeling de individuele instemming van [geïntimeerden] c.s. nodig is. **Geen oordeel is gegeven over de vraag (die nu door de rechter moet worden beantwoord) of weigering van die instemming in de visie van de ondernemingsraad onaanvaardbaar is.**"

5.35 De nu geschetste aspecten van de zaak leiden tot de conclusie dat de inkomensachteruitgang voor [geïntimeerden] c.s. zodanig is dat hun weigering de Pensioenregeling 2015 op dat onderdeel te aanvaarden **niet onaanvaardbaar** is."

*Moeilijk verenigbaar met Stoof/Mammoet zelf, want daarin was juist vergeefs derogerende werking bepleit....*

"3.3.2 Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld, omdat dit betoog niet als juist kan worden aanvaard. Er is **geen** grond (...) aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, ***indien afwijzing van het - redelijke - voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar*** is."

Maar.... steun in de literatuur: **Beltzer, Laagland & Klootstra, Degelink**: toetsingsintensiteit *Stoof/Mammoet* hangt af van **aard van de arbeidsvoorwaarde**: bij primaire arbeidsvoorwaarde: onaanvaardbaarheidstoets, bij secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden lichtere toets....

Kritiek:

- \* geen steun in arrest *Stoof/Mammoet*
- \* onwerkbaar, een nuance te veel
- \* aard van de arbeidsvoorwaarde zit al in fase 2 van *Stoof/Mammoet* ingebakken

"4.1.2 De klacht slaagt. In zijn arrest *Stoof/Mammoet* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat geen grond bestaat aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. *Waar het hof, zoals blijkt uit de hiervoor in 2.3 aangehaalde overwegingen, heeft beoordeeld of de verwerping door [verweerders 1 t/m 43] van de nieuwe pensioenregeling onaanvaardbaar is, heeft het dus niet de juiste maatstaf aangelegd.*"

- Dus: HR blijft erbij: *Stoof/Mammoet*-toets op grond van 7:611 BW is **geen** verschijningsvorm van de derogerende werking.
- Geen opening voor gelede toets, waarbij *Stoof/Mammoet* soms wel de lat van de derogerende werking moet halen; de benadering Laagland/Beltzer is dus verworpen.
- Wat is het dan wel? Drievoudige redelijkheidstoets *sui generis* die qua zwaarte tussen aanvullende en derogerende werking inzit en die, wetssystematisch gezien, niet lichter kan zijn dan zwaarwichtig belang ex art. 7:613 BW.

Incidenteel beroep van werknemers: Hof heeft miskend dat collectieve wijzigingen helemaal niet kunnen via de band van art. 7:611 BW / Stoof/Mammoet.

De reikwijdte van 7:613 BW vs art. 7:611 BW - Stoof/Mammoet en het woordje "veeleer":

*"Hoewel het hier op het eerste gezicht om een vergelijkbare kwestie gaat, moet op grond van de gegevens vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.14 worden aangenomen dat deze bepaling (7:613 BW, SFS) **veeleer** ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen **niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer maar ten opzichte van verscheidene werknemers**, in welk geval ter bescherming van de werknemer(s) beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid het beding toe te passen."*

Betekent dit nu dat 7:613 BW alleen voor collectieve wijzigingen geldt?

Daar is 'ie weer....

Beltzer - 7:613 BW inderdaad alleen voor collectieve wijzigingen, 7:611 BW individuele wijzigingen.

*R.M. Beltzer, De schier onontwarbare kluwen van 611, 613 en 248, Al 2004, p. 33-34*

Argument: wetsgeschiedenis 7:613 BW – vervallen lid 2: bij instemming OR of bonden wordt zwaarwichtig belang *aanwezig geacht*; duidde op collectieve wijzigingen.

Maar, dat kun je ook andersom uitleggen, dat art. 7:613 lid 2 BW regelde dat zwaarwichtig belang aanwezig wordt geacht bij instemming OR of bonden, betekent *a contrario* dat lid 1 een ruimere betekenis heeft. Als 613 alleen ziet op collectieve wijzigingen is 613 lid 2 in feite overbodig.

*Veeleer* is niet uitsluitend...., dus art. 7:613 BW ziet ook op individuele wijzigingen.

## HR - Art. 7:611 BW ziet omgekeerd ook zowel op individuele als op collectieve wijzigingen

3.2.2 Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden, omdat het uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. Voor gevallen waarin de arbeidsovereenkomst geen schriftelijk beding bevat dat de werkgever de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen als bedoeld in art. 7:613 BW, is in de rechtspraak van de Hoge Raad het volgende aanvaard. De werknemer is in beginsel niet gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, in welk verband de voor de werkgever en de werknemer over en weer uit art. 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn. Op grond van de daarin opgenomen verplichting om zich als goed werknemer te gedragen kan van de werknemer onder omstandigheden toch worden gevergd met een dergelijk voorstel in te stemmen.

Anders dan het onderdeel aanvoert, geldt deze beoordelingsmaatstaf voor **alle** voorstellen tot wijziging van arbeidsvoorwaarden, ongeacht of deze (overwegend) individueel of collectief van aard zijn.

## IS DAARMEE OOK HET MYSTERIEUZE STOOF/MAMMOET-DRIETRAPSRAKET- RAADSEL OPGELOST...?

DE BRAUW  
BLACKSTONE  
WESTBROEK

*Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een (1) wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient immers in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane (2) voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede - naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming - de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Nu de werknemer op deze wijze beschermd wordt tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en nu vervolgens nog dient te worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval (3) in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.*

Deze derde eis is vooral zinnig bij collectieve wijzigingsvoorstellen, waarbij de **tweede toets** dan ziet op redelijkheid van het voorstel in het algemeen / voor de gehele groep, dwz geabstraheerd van persoonlijke omstandigheden, terwijl de derde toets dan ziet op het individuele niveau en de privé situatie.

## IS 7:613 BW HIERMEE OVERBODIG GEWORDEN?



Most relevant ▼



**D. Enno Koops** • 2nd  
Kwartiermaker & Programmamanager Team Parlementaire Enquêtes en...

2h ...

Het lijkt me dat 7:611 BW daarmee een alomvattende betekenis blijkt te hebben, die het voor de werkgever overbodig maakt een beding op grond van 7:613 BW op te willen nemen. Anders gezegd: wat is nu de toegevoegde betekenis nog van 7:613 ten opzichte van 7:611?

[See translation](#)

Like | Reply

- Beide bepalingen zien zowel op **collectieve** als **individuele** wijzigingen; **gelijke scope**.
- Maatstaf lijkt grosso modo **even streng** (7:613 BW relatief zwaarwichtig belang vereist op basis van afweging van alle omstandigheden van het geval naar redelijkheid en billijkheid, zie HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1864)
- *3.1.3 De hiervoor in 3.1.2 aangehaalde tekst en strekking van art. 7:613 BW brengen mee dat wanneer de werkgever zich beroept op een eenzijdig wijzigingsbeding, de rechter – met **inachtneming van alle omstandigheden van het geval** – moet beoordelen of het belang van de werkgever bij wijziging van de arbeidsvoorwaarde, ten opzichte van het belang van de werknemer bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsvoorwaarde, zodanig zwaarwichtig is, dat het belang van de werknemer op gronden van **redelijkheid en billijkheid** moet wijken voor het belang van de werkgever. Het gaat bij de toepassing van art. 7:613 BW dus om een belangenafweging, waarbij geldt dat een arbeidsovereenkomst alleen ten nadele van de werknemer kan worden gewijzigd indien voldoende zwaarwegende belangen aan de zijde van de werkgever dat rechtvaardigen. Bij deze belangenafweging wordt het in het gegeven geval voor het doorvoeren van de wijziging vereiste gewicht van de belangen van de werkgever mede bepaald door het gewicht van de belangen van de werknemer die daartegenover staan.*

Beide maatstaven zijn uiteindelijk **holistische wegingen** aan de hand van de omstandigheden van het geval waarbij zelfde gezichtspunten een rol spelen, zoals instemming OR/vakbonden.

Toch nog eens terug naar **Stoof/Mammoet**, rov. 3.3.3. – zit het verschil dan in de **aanleiding** voor de wijziging?

*3.3.3. Hoewel het hier op het eerste gezicht om een vergelijkbare kwestie gaat, moet op grond van de gegevens vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.14 worden aangenomen dat deze bepaling (7:613 BW, sfs) veeleer ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, **ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven**, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer maar ten opzichte van verscheidene werknemers, in welk geval ter bescherming van de werknemer(s) beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid het beding toe te passen.*

*Dergelijke gevallen verschillen van het onderhavige geval doordat de werknemer bij het ontbreken van het bedoelde beding in beginsel niet is gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, in verband waarmee de voor de werkgever en de werknemer over en weer uit art. 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn. In een geval **van gewijzigde omstandigheden op het werk** wordt aan de (individuele) werknemer voldoende rechtsbescherming geboden door toepassing van de hiervoor in 3.3.2 genoemde maatstaven.*

7:611 BW alleen bij **gewijzigde omstandigheden**, art. 7:613 BW **ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven**..., dus ruimer?

7:611 BW alleen bij **gewijzigde omstandigheden**, art. 7:613 BW **ongeacht de omstandigheden**..., dus ruimer?

Dat lijkt achterhaald....

Fair Play-arrest uit 2019 verduidelijkt dat binnen art. 7:613 BW de omstandigheden die de werkgever nopen om een beroep op 613 te doen, juist wel van eminent belang zijn.

Het gaat bij het zwaarwichtig belang van 7:613 immers om een **relatief** zwaarwichtig belang, waarbij de belangen van de werkgever bij wijziging afgezet moeten worden tegen het belang van de werknemer bij instandhouding van de arbeidsvoorwaarde.

Dat werkgeversbelang zal worden bepaald door de **omstandigheden** waarin hij verkeert; juist door gewijzigde omstandigheden zal de werkgever een zwaarwichtig belang hebben... Is er **geen** sprake van **enige** gewijzigde omstandigheid, dan zal het zwaarwichtig belang niet snel aanwezig zijn.

## HR 25 NOVEMBER 2022, ECLI:NL:HR:2022:1759 – TOCH NOG EEN VERSCHIL?

Zit het verschil tussen 7:611 BW en 7:613 BW dan wellicht in de wijze waarop de wijziging zich voltrekt?

DE BRAUW  
BLACKSTONE  
WESTBROEK

Art. 7:613 BW: als de norm vervuld is, werkt de wijziging **automatisch** door....

Art. 7:611 BW, Stoof/Mammoet: "*Dergelijke gevallen verschillen van het onderhavige geval doordat de werknemer bij het ontbreken van het bedoelde beding in beginsel niet is gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. **Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt**, in verband waarmee de voor de werkgever en de werknemer over en weer uit art. 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn.*"

Maar is het (nog) wel zo, dat een Stoof/Mammoet-wijziging **alleen** effect heeft als de werknemer instemt met het redelijke voorstel?

Komt een *Stoof/Mammoet*-wijziging alleen tot stand als de werknemer *instemt* met het redelijke voorstel?

- Functiewijziging die werknemer weigert, hoewel hij *moet* aanvaarden, waarna geen werk meer wordt verricht: verlies aanspraak op loon ex art. 7:628 BW!

(*Stoof/Mammoet* zelf, alsmede Hof Amsterdam 9 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5117)

**De facto:** eenzijdige wijziging!

- En als het wijzigingsvoorstel niet ziet op functiewijziging, maar op wijziging arbeidsvoorwaarde?
- Kan de werkgever dan eenzijdig betaling staken / wijziging doorvoeren via art. 7:611 BW?
  - vermoedelijk wel: de werknemer die weigert om akkoord te gaan met redelijk voorstel, terwijl Stoof/Mammoet-criteria vervuld zijn, pleegt daardoor **wanprestatie**, hetgeen de werkgever een **aanspraak op schadevergoeding** geeft.
  - De schadevergoeding zal gelijk zijn aan de financiële waarde van de arbeidsvoorwaarde waarvan de werknemer geen afstand heeft gedaan en kan dus worden verrekend met eventuele vordering tot nakoming van de werknemer.
  - Alternatief: **schadevergoeding in natura**, die er ook in kan bestaan dat de rechter de benadeelde van een op hem rustende verbintenis bevrijdt (vergelijk Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 142 en Asser/Sieburgh 6-II 2021/21).

Art. 7:611 BW en art. 7:613 BW, hoogstens verschilt de **techniek** – de inhoud verschilt **niet**

1. **Gelijke scope**; beide zowel individuele als collectieve wijzigingen
2. Inhoudelijke maatstaf op het oog verschillend, maar **inhoudelijk gelijk**, holistische weging aan de redelijkheid en billijkheid.
3. Beide **geen onaanvaardbaarheidsmaatstaf**, maar strenge redelijkheidstoets, zelfde gezichtspunten van belang, maar op andere manier verpakt (relatief zwaarwichtig belang, vs drietrapsraket)
4. Werking op het oog verschillend (eenzijdig vs instemming vereist), maar materieel ook bij *Stoof/Mammoet* mogelijkheid tot eenzijdige wijziging

- Docent bewegingsleer van de toneelschool Maastricht, in dienst sinds 1989.
  - Waarschuwingen in 2006 en 2010, tav contacten met studenten tijdens bewegingslessen.
  - 2010 verbod op elke vorm van fysiek contact tijdens les.
  - 2017 – biltik & massageles.
- 
- Kantonrechter: Maastricht – ontbinding & ernstig verwijtbaar
- 
- Hof Den Bosch: wel ontbinding e-grond wegens seksueel grensoverschrijdend gedrag, geen ernstige verwijtbaarheid

2.32 Uit de geciteerde feitenrechtspraak en literatuur kan m.i. het vraagpunt worden afgeleid of naar huidige maatschappelijke maatstaven niet *als uitgangspunt* zou moeten gelden 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*. Ik beantwoord dat vraagpunt bevestigend. Uiteraard laat dit uitgangspunt onverlet dat de rechter vervolgens, hetzij op basis van aangevoerde omstandigheden die verband houden met de gedragingen van de werknemer die tot het ontslag hebben geleid dan wel van invloed zijn op de verwijtbaarheid van die gedragingen tot het eindoordeel komt dat toch geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen, hetzij toepassing geeft aan art. 7:673 lid 8 BW (zie hierboven onder 2.13). Genoemd uitgangspunt brengt m.i. tevens mee dat aan de afweging dat desalniettemin toch een transitievergoeding ten laste van de werkgever is verschuldigd, strenge motiveringseisen moeten worden gesteld.

HR: cassatie wegens motiveringsgebrek, vuistregel A-G onbesproken gelaten

Uitgangspunt van art. 7:673 lid 7 BW: hoge lat alvorens sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag. Uitgangspunt A-G niet gehanteerd!

Hier: geen ernstig verwijtbaar handelen, want massageles diende 'didactisch doel'

School heeft weliswaar aanwijzingen gegeven (geen lichamelijk contact meer), maar docent is niet intensief begeleid/gemonitord. Geen observatie van de lessen, hoewel dat had gemoeten.

Integriteitscode van de school is niet van belang / weegt niet mee in de beoordeling want ook zonder deze regels moest leraar weten dat zijn gedrag niet in de haak was.

Opnieuw: toewijzing van transitievergoeding

Cassatiemiddel haakt één op één aan op de vuistregel van de A-G uit de eerste cassatie

Hof Arnhem-Leeuwarden heeft miskend dat seksueel grensoverschrijdend gedrag in de relatie docent / leerling in beginsel ernstig verwijtbaar gedrag oplevert, behoudens bijzondere omstandigheden.

Dus: uitgangspunt van art. 7:673 lid 7 BW moet hier worden omgekeerd (in beginsel wel ernstig verwijtbaar) conform A-G Wesseling-van Gent in cassatieprocedure 1.

AG Wesseling-Van Gent:

*"De hierboven geciteerde literatuur geeft mij geen enkele aanleiding van het eerder door mij geformuleerde uitgangspunt (zie 2.6) terug te komen. Dat uitgangspunt is, aldus ook de procesinleiding, in ieder geval niet verworpen door de Hoge Raad in zijn beschikking in de eerdere zaak."*

## UITGANGSPUNT IS TERUGHOUDENHEID BIJ ONTZEKKEN TV:

Uitzonderingsgrond art. 7:673 lid 7 sub c BW 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 ernstig verwijtbaar moet worden aangemerkt.

Bij de beoordeling of deze uitzonderingsgrond van toepassing is, moeten worden betrokken de **omstandigheden van het geval voor zover deze van invloed zijn op de verwijtbaarheid van het handelen of nalaten van de werknemer** dat tot het ontslag heeft geleid.

Bij de omstandigheden die van invloed zijn op de verwijtbaarheid van het handelen of nalaten van de werknemer in diens verhouding tot de werkgever moet *in voorkomend geval ook het handelen of nalaten van de werkgever worden betrokken*, zoals het hof in rov. 2.13 e.v. heeft gedaan. 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 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 door het middel bepleite uitgangspunt zou 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. De klacht gaat dus uit van een onjuiste rechtsopvatting en kan derhalve niet tot cassatie leiden.

Wat vindt u hiervan?

- Lat voor ontzeggen TV via 7:673 lid 7 BW ligt echt heel hoog:

"**beperkte reikwijdte** en moet **terughoudend** worden toegepast". "Alleen in **uitzonderlijke** gevallen" waarin ernstige verwijtbaarheid "**evident**" is.

Vier woorden die op terughoudendheid duiden in één rechtsoverweging. Dit lijkt bijna de lat van de derogerende werking....

- Bij beoordeling van ernstige verwijtbaarheid werknemer, speelt ook gedrag van werkgever een rol. Onvoldoende toezicht houden (gedoogcultuur), onvoldoende duidelijkheid over geldende regels (gebrek aan transparantie), kan verwijt van grensoverschrijdend gedrag verminderen.
- Actief beleid voeren, is van eminent belang om TV bij grensoverschrijdend gedrag te kunnen ontzeggen.

Kloppen deze argumenten nou eigenlijk wel...?

- *"Niet juist om verantwoordelijkheid primair bij werknemer te leggen, omdat werkgever ook een verantwoordelijkheid heeft"*

Is dit soort gedrag niet gewoon primair de verantwoordelijkheid van de werknemer, ongeacht de verantwoordelijkheid van de werkgever, zeker bij een leraar / leidinggevende?

- *"Aanvaarding vuistregel zou onvoldoende recht doen aan verplichting werkgever om op te treden tegen grensoverschrijdend gedrag."*

Zou vuistregel de werkgever niet juist een steun in de rug hebben gegeven om op te treden?

# DE AANZEGVERPLICHTING DIE NIET VIA AANZEGGING MAG WORDEN VERVULD

HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:950

DE BRAUW  
BLACKSTONE  
WESTBROEK

7:668 lid 1 BW – werkgever zegt tijdig mondeling aan dat arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet wordt voortgezet, werknemer vindt direct aansluitend nieuwe baan

Werknemer vordert aanzegvergoeding van een maandsalaris (ca. 3500,-).

Kantonrechter wijst af, naar maatstaven redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar

Hof heeft begrip, maar wijst toch toe....

- - dat uitkomst *niet redelijk* is, is niet voldoende
- Lat derogerende werking ligt hoog, schriftelijkheidseis is bewuste keus van de wetgever, vanuit oogpunt goed werkgeverschap.
- Lees de uitspraak van het Hof, een pareltje voor de klare taal bokaal!

# DE AANZEGVERPLICHTING DIE NIET VIA AANZEGGING MAG WORDEN VERVULD

HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:950

DE BRAUW  
BLACKSTONE  
WESTBROEK

*"De regeling van de aanzegplicht in art. 7:668 BW is van dwingend recht. Die bepaling beoogt de positie van de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aldus te versterken dat hij door middel van een schriftelijke aanzegging tijdig duidelijkheid verkrijgt over het al dan niet voortzetten van zijn arbeidsovereenkomst. Daarbij heeft de wetgever er bewust voor gekozen dat de werkgever die de plicht tot schriftelijke aanzegging niet naleeft, de aanzegvergoeding verschuldigd is. Uit een en ander valt af te leiden dat de **aanzegvergoeding** mede het karakter heeft 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 voor de werknemer langs andere weg duidelijk was dat de arbeidsovereenkomst niet zou worden voortgezet of de werknemer geen nadeel heeft geleden door het niet naleven van de schriftelijkheidseis."*

HR bevestigt opnieuw: *hard and fast rules* van de Wwz worden niet snel terzijde geschoven door derogerende werking (denk ook aan de Franse leraar HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845).

De aanzegverplichting is dus eigenlijk geen aanzegverplichting, maar een *aanschrijfverplichting*.

De wettekst rept ook niet van aanzeggen...



**Stefan Sagel**

Partner

+31 20 577 1951

[Stefan.sagel@debrauw.com](mailto:Stefan.sagel@debrauw.com)