

Met het *Heiploeg*-arrest lijkt er een nieuwe opening te zijn voor de pre-pack, maar de rechtsonzekerheid die de pre-pack op dit moment met zich kan brengen (namelijk de vraag wat het hoofddoel is van de faillissementsprocedure) zal wellicht in de praktijk een heikel punt blijven als er geen duidelijke handvatten worden gegeven door de wetgever. Het is aan de wetgever om een wettelijke basis te bieden voor de pre-pack.

mr. C.L. Waterman
Liber Dock

100

Bij herhaling verwijtbaar handelen kan in onderling verband en samenhang beschouwd ernstig verwijtbaar handelen opleveren. Finale kwijting mag geen voorwaarde voor verkrijgen van Xella-vergoeding zijn

Hoge Raad
21 januari 2022, nr. 20/04151, ECLI:NL:HR:2022:63
(mr. De Groot, mr. Du Perron, mr. Wattendorff,
mr. Salomons, mr. Makkink)
(Concl. A-G De Bock)
Noot mr. M.P. Bökkerink-de Koning

Ontbinding. Werknemersverzoek. Ernstig verwijtbaar handelen. In onderling verband en samenhang. Slapend dienstverband. Xella. Finale kwijting.

[BW art. 7:611, 7:671c, 7:673]

Essentie: Bij herhaling verwijtbaar handelen kan in onderling verband en samenhang beschouwd ernstig verwijtbaar handelen opleveren. Een werkgever die bij beëindiging van een slapend dienstverband, na verzoek daartoe van een werknemer, de voorwaarde van finale kwijting stelt, handelt in strijd met goed werkgeverschap.

Samenvatting: Werkneemster is in dienst van een advocatenkantoor als juridisch secretaresse. Op 1 juni 2015 heeft zij zich ziek gemeld. Partijen hebben in september 2015 over re-integratie gesproken. Werkneemster heeft toen gemeld dat zij contact had met een psycholoog, gevestigd langs het spoor. Een van de bij dat gesprek aanwezige advocaten heeft toen (al dan niet gekscherend) opgemerkt dat werkneemster zich dan ook meteen voor de trein kon gooien. Per 31 mei 2016 is werkneemster volledig arbeidsongeschikt verklaard. Per 29 mei 2017 is de loondoorbetalingsplicht van werkgever geëindigd. Op 12 november 2019 heeft de gemachtigde van werkneemster – onder verwijzing naar de Xella-beschikking van de Hoge Raad – aan het advocatenkantoor voorgesteld de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden te beëindigen onder toekenning van de transitievergoeding. Werkgever heeft dit voorstel in eerste instantie afgewezen, maar heeft in december 2019 toch een beëindigingsovereenkomst aan werkneemster aangeboden met daarin opgenomen de transitievergoeding en finale kwijting over en weer. Werkneemster is hier niet mee akkoord gegaan. Werkneemster heeft ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht met toekenning van de transitievergoeding en een billijke vergoeding. De kantonrechter heeft de verzoeken afgewezen. Werkgever heeft de niet-geanonimiseerde beschikking van de kantonrechter

vervolgens ter kennisneming toegezonden aan alle leden van de Vereniging van Noord-Nederlandse Arbeidsrechtadvocaten (VNAA), met uitzondering van het kantoor waar werkneemster werkzaam was. Het hof heeft de uitspraak van de kantonrechter bekrachtigd en beslist dat noch de opmerking over het ‘voor de trein gooien’ noch het niet-geanonimiseerd doorsturen van de uitspraak in eerste aanleg op zichzelf beschouwd ontbinding rechtvaardigde of ernstig genoeg was voor toekenning van een vergoeding (zie AR 2020-1119). Werkneemster heeft tegen de beschikking van het hof beroep in cassatie ingesteld.

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:671c BW volgt dat een 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. De wetgever heeft voor deze formulering aangesloten bij art. 7:685 lid 2 (oud) BW. Bij de beoordeling van het verzoek moeten alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Ook bij de beoordeling van de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever moeten alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Het hof heeft geoordeeld dat het gebruik van de woorden ‘voor de trein gooien’ nog niet maakt dat sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag van werkgever op grond waarvan de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden, en dat hetzelfde geldt voor de toezending door werkgever van de niet-geanonimiseerde beschikking van de kantonrechter aan de leden van de VNAA. Het hof heeft voorts 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 werkgever. 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 blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij zijn oordelen onvoldoende gemotiveerd.

Werkneemster stelt zich in cassatie voorts op het standpunt dat werkgever niet de voorwaarde van finale kwijting mocht stellen aan de bereidheid om de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden onder toekenning van de transitievergoeding te beëindigen. De Hoge Raad oordeelt dat, wanneer een werknemer een voorstel doet als bedoeld in de Xella-beslissing, de werkgever niet als een goed werkgever handelt indien hij slechts bereid is het voorstel te aanvaarden op voorwaarde dat de werknemer hem finale kwijting verleent voor mogelijke andere aanspraken. Het hof heeft dan ook blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in verband met de door werkgever gestelde voorwaarde te oordelen dat geen sprake was van handelen in strijd met de verplichting als goed werkgever te handelen.

De Hoge Raad vernietigt de beschikking van het hof Arnhem-Leeuwarden en verwijst het geding naar het hof Den Bosch ter verdere behandeling en beslissing.

[werkneemster], wonende te [woonplaats],
verzoekster tot cassatie,
hierna: [werkneemster],
advocaten: S.F. Sagel en I.L.N. Timp,
tegen

1. [*de maatschap*], kantoorhoudend te [vestigingsplaats], hierna: de maatschap,
2. [verweerder 2], wonende te [woonplaats], hierna: [verweerder 2],
3. [verweester 3], wonende te [woonplaats], hierna: [verweester 3],
verweerders in cassatie,
hierna gezamenlijk: [verweerders],
niet verschenen.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. De Bock)

Een langdurig arbeidsongeschikte werknemer met een ‘slapend dienstverband’ verzoekt haar werkgever in te stemmen met een beëindigingsvoorstel conform het *Xella*-arrest. De werkgever weigert dit aanvankelijk en verbindt vervolgens een kwijtingsvoorwaarde aan instemming. De werknemer wendt zich hierna tot de kantonrechter, waar zij op de voet van art. 7:671c BW verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst, toekenning van de transitievergoeding (althans subsidiair een gelijk bedrag aan schadevergoeding op de voet van art. 7:611 BW) en toekenning van een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Zowel kantonrechter als hof wijzen alle verzoeken af.

In cassatie stelt de werknemer drie vragen aan de orde: (i) wat is de maatstaf voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer (art. 7:671c BW)?, (ii) kan sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever indien sprake is van verschillende gedragingen die elk voor zich niet ernstig verwijtbaar zijn?, en (iii) laat de norm van goed werkgeverschap als bedoeld in art. 7:611 BW, waaraan invulling is gegeven in het *Xella*-arrest, toe dat een werkgever een finale kwijtingsvoorwaarde stelt aan zijn instemming met de door een langdurig arbeidsongeschikte werknemer voorgestelde beëindiging van de arbeidsovereenkomst?

1. Feiten en procesverloop

In deze zaak kan worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan rov. 3.2-3.14 van de beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 14 september 2020¹ en aan rov. 2.2-2.3 van de beschikking van de kantonrechter Groningen van 3 maart 2020.²

1.1. De Maatschap is een maatschap die is gericht op de juridische advies- en mediationpraktijk, waarvan de echtgenoten [verweerder 2] en [verweester 3] de enige maten zijn.

1.2. Werkneemster, geboren [geboortedatum] 1972, is op 16 december 1996 krachtens arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij [verweerder 2] in dienst getreden. Zij is nog steeds (althans ten tijde van het indienen van het verzoekschrift tot cassatie) in dienst van [verweerders] als juridisch secretaresse. Haar laatstelijk verdiende loon bedroeg € 1.961,12 bruto per maand, vermeerderd met 8% vakantietoelag.

1.3. Op 1 juni 2015 heeft Werkneemster zich ziek gemeld. Haar re-integratie was aanvankelijk gericht op gehele dan wel gedeeltelijke terugkeer in het eigen werk.

1.4. Op enig moment in september 2015 hebben [verweerder 2], [verweester 3] en Werkneemster, in aanwezigheid van kantoorgenoot [betrokkene 1], over de re-integratie gesproken. Werkneemster heeft toen gemeld dat zij contact had met een psycholoog van het bureau Inter-Psy, gevestigd langs het spoor in Groningen.

1.5. Op 11 maart 2016 heeft een evaluatiegesprek plaatsgevonden tussen Werkneemster, [verweerder 2] en [verweester 3]. Aanwezig was ook [betrokkene 2], de psychotherapeut van Werkneemster. Van dat gesprek heeft Werkneemster een geluidsopname gemaakt. Van die opname heeft zij een transcriptie gemaakt, waarin de volgende passage voorkomt: ‘[verweester 3] [[verweester 3], A-G]: Noem eens een voorbeeld.

[Werkneemster] [Werkneemster, A-G]: Nou, uhm, kijk, uhm, in het begin toen ik dus van vorige jaar augustus naar die Arboarts moest zeg maar ([verweester 3] zegt “uhum”) en dat ik toen ziek was uh en niet serieus werd genomen in mijn ziek zijn en naar die Arboarts moest, hè, nou ben jij (gericht aan [verweester 3]) er ook voor uitgekomen van nou ja inderdaad door het zoveel ziek zijn in het jaar daarvoor, ben ik dus niet serieus genomen hè.

[verweester 3]: Ja, nee dat klopt.

[Werkneemster]: Vervolgens heeft dat bij jou (gericht aan [verweester 3]) waarschijnlijk zoveel irritatie met zich meegebracht, waardoor jij op een gegeven moment zo uhm ja lelijk hebt verwoord in hè dat je me liever voor de trein zag springen.

[verweester 3] en [verweerder 2] [[verweerder 2], A-G]: Naaaah, hooooo ho ho ho!

[Werkneemster]: Nee maar goed, je bracht het wel zo van...

[verweester 3]: Nee nee. Ik was... had helemaal niet door in wat voor een depressie jij was en we hadden ... we waren humor aan het maken en dat was vanuit humor had jij anders vreselijk hard om gelachen en nu lachte je niet en toen raakte je het ([Werkneemster] zegt “ja”) en toen dacht ik hè verdikemi ik heb wat gemist ([Werkneemster] zegt “uhum”) en uh kijk uh maar je kunt het uit de con ... (...)

[verweester 3]: Je kunt het uit de context halen. Net zoals toen ik geloof dat het ging over therapieën en hè waar behandeling, oh vlakbij de trein, nou dan kun je ook voor de trein eeh gooien of zoiets, zo, maar dat wa ... dat was galgenhumor en jij kent mij natuurlijk ook en ik ken hè.

[Werkneemster]: Jawel, maar uiteindelijk ([verweester 3] praat er doorheen en zegt “heeft het veel met je gedaan”) heeft het veel met me gedaan (...).

1.6. Per 31 mei 2016 is Werkneemster volledig arbeidsongeschikt verklaard. Per 29 mei 2017 is de loondoorbetalingsplicht van [verweerders] geëindigd.

1.7. Op 12 november 2019 heeft de gemachtigde van Werkneemster aan [verweerders] voorgesteld – onder verwijzing naar het *Xella*-arrest³ van de Hoge Raad van 8 november 2019 met betrekking tot de beëindiging van een slapend dienstverband – om de arbeidsovereenkomst met Werkneemster per 1 december 2019 met wederzijds goedvinden te beëindigen onder toekenning van de transitievergoeding, door de gemachtigde berekend op een bedrag van € 20.205,- bruto.

1 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7182, JAR 2020/249 m.nt. P. Hufman.

2 Ktr. Groningen 3 maart 2020, zaak-/rolnr. 8226781 AR VERZ 19-93 (niet gepubliceerd).

3 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734, NJ 2020/135 m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens, TRA 2020/5 m.nt. D.J. Buijs, JAR 2019/312 m.nt. M.L.G. Otto, AR-Updates 2019/1182 m.nt. A.R. Houweling (*Xella*).

- 1.8. [verweerders] hebben in hun brief van 13 november 2019 aan de gemachtigde van Werkneemster het voorstel tot beëindiging van het dienstverband afgewezen, onder mededeling aan de gemachtigde dat het aangehaalde arrest van de Hoge Raad niet op de onderhavige situatie van toepassing is.
- 1.9. Op 27 november 2019 heeft de gemachtigde van Werkneemster aan [verweerders] het voorstel gedaan tot betaling van een billijke vergoeding én de transitievergoeding, tezamen € 40.410,- bruto.
- 1.10. Op 9 december 2019 hebben [verweerders] zich alsnog bereid verklaard tot betaling van de transitievergoeding, zij het dat over de juiste hoogte daarvan nog overeenstemming moet worden bereikt. Op 24 december 2019 is de bereidheid herhaald, waarbij een beëindigingsovereenkomst is aangeboden met daarin opgenomen een transitievergoeding van € 17.650,- bruto. [verweerders] wilden dan wel afwikkelen tegen finale kwijting over en weer.
- 1.11. Bij inleidend verzoekschrift van 16 december 2019 heeft Werkneemster de kantonrechter Groningen verzocht om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, met nevenverzoeken, waaronder hoofdelijke veroordeling van [verweerders] tot betaling van de transitievergoeding en een billijke vergoeding.
- 1.12. Op 24 december 2019 heeft het UWV Werkneemster voor 100% arbeidsongeschikt geoordeeld.
- 1.13. De advocaat van Werkneemster heeft op 16 januari 2020 aan [verweerders] laten weten niet aan de op 24 december 2019 door [verweerders] voorgestelde afwikkeling te willen meewerken. Voorgesteld is een totaalbedrag (aan transitievergoeding en billijke vergoeding) te voldoen van € 25.000,- bruto.
- 1.14. Bij beschikking van 3 maart 2020⁴ heeft de kantonrechter Groningen het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst afgewezen, omdat geen sprake is van schending van art. 7:646 BW en ook niet van ernstig verwijtbaar handelen van [verweerders]. De verzoeken tot toekenning van een billijke vergoeding en de transitievergoeding zijn eveneens afgewezen. Ook is geoordeeld dat geen sprake is van schadelijkheid van [verweerders] wegens handelen in strijd met de verplichting goed werkgever te zijn. Werkneemster is veroordeeld in de kosten van de procedure.
- 1.15. [verweerders] hebben de niet-geanonimiseerde beschikking van de kantonrechter van 3 maart 2020 op 10 maart 2020 ter kennisneming toegezonden aan alle leden van de Vereniging van Noord-Nederlandse Arbeidsrechtadvocaten (VNAA), behalve aan de advocaten van het kantoor van de advocaat van Werkneemster.
- 1.16. Werkneemster heeft hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de kantonrechter en verzocht om alsnog toe te wijzen wat zij in eerste aanleg had verzocht, met veroordeling van [verweerders] in de proceskosten van beide instanties.
- 1.17. Op 3 juli 2020 hebben [verweerders] een verweerschrift ingediend.
- 1.18. Op 29 juli 2020 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden.
- 1.19. Bij beschikking van 14 september 2020 heeft het hof het hoger beroep verworpen en Werkneemster in de proceskosten veroordeeld.
- 1.20. Werkneemster heeft – tijdig – beroep in cassatie ingesteld. [verweerders] zijn in cassatie niet verschenen.

1.21. In de loop van 2020 hebben [verweerders] aan het UWV toestemming verzocht de arbeidsovereenkomst met Werkneemster te mogen opzeggen wegens langdurige ziekte (art. 7:671a lid 1 jo. art. 7:699 lid 1 en lid 3 aanhef en onder b BW). In verband daarmee is Werkneemster gekeurd, waarbij haar arbeidsongeschiktheid onverminderd is vastgesteld op 100%.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Het middel bestaat uit vier onderdelen en stelt onder meer drie rechtsvragen aan de orde:

– wat is de maatstaf voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer, als bedoeld in art. 7:671c BW? (onderdeel 1)

– kan sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen van een werkgever indien sprake is van verschillende, achtereenvolgende gedragingen die elk voor zich niet ernstig verwijtbaar zijn? (onderdeel 2)

– laat de norm van goed werkgeverschap als bedoeld in art. 7:611 BW, waaraan invulling is gegeven in het *Xella*-arrest, toe dat een werkgever een finale kwijtingsvoorwaarde stelt aan zijn instemming met de door een langdurig arbeidsongeschikte werknemer voorgestelde beëindiging van de arbeidsovereenkomst? (onderdeel 3)

2.2. Volgens *onderdeel 1* heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over het bepaalde in art. 7:671c BW. Bij de beoordeling of sprake is van de in die bepaling genoemde ‘omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen’ moet de rechter de daarvoor van werknemerszijde aangevoerde feiten en omstandigheden namelijk niet, althans niet alleen, ieder voor zich beschouwen, maar (in elk geval ook) in onderling verband en samenhang. Voor geval het hof dit niet heeft miskend, wordt geklaagd dat de beslissing dat het ontbindingsverzoek terecht is afgewezen, onvoldoende is gemotiveerd. Het hof heeft niet toegelicht waarom de door Werkneemster naar voren gebrachte omstandigheden ook niet in onderling verband gezien tot ontbinding kunnen leiden, aldus het middel.

2.3. Bij de bespreking van deze klachten is het volgende voorop te stellen.

2.4. Art. 7:671c BW is ingevoerd per 1 juli 2015, als onderdeel van het met de Wet werk en zekerheid (Wwz) gewijzigde ontslagrecht. Het eerste lid luidt als volgt:

‘Artikel 7:671c BW

1. De kantonrechter kan op verzoek van de werknemer de arbeidsovereenkomst ontbinden wegens omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheids halve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen.’

2.5. Het tweede lid onder (b) bepaalt dat de rechter een billijke vergoeding aan de werknemer kan toekennen ‘indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever’. Ditzelfde vereiste van ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever’ geldt voor de verschuldigdheid van een transitievergoeding door de werkgever aan de werknemer, indien de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer wordt ontbonden (art. 7:673 lid 1 onder b sub 2 BW). Als geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, is zodoende geen transitievergoeding verschuldigd bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer.

2.6. Het criterium voor ontbinding van een arbeidsovereenkomst op verzoek van een werknemer is dus dat sprake is van

4 Ktr. Groningen 3 maart 2020, zaak-/rolnr. 8226781 AR VERZ 19-93 (niet gepubliceerd).

zodanige omstandigheden dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen (art. 7:671c lid 1 BW). Hoe dit criterium precies moet worden begrepen, is in de parlementaire geschiedenis nauwelijks toegelicht.⁵ Wel is opgemerkt dat art. 7:671c BW het spiegelbeeld is van art. 7:671b BW (het werkgeversverzoek tot ontbinding) en dat is aangesloten bij de formulering van art. 7:685 lid 2 BW (oud).⁶

2.7. Gelet op die beoogde aansluiting bij het oude ontslagrecht moet worden aangenomen dat art. 7:671c BW *open ontslaggronden* bevat, namelijk (i) een dringende reden en (ii) een verandering van omstandigheden.⁷ Hier geldt dus *geen gesloten stelsel van ontslaggronden*, in tegenstelling tot ontbinding op verzoek van de werkgever (art. 7:671b lid 1 jo. 669 lid 1 en 3 BW). De reden voor dit verschil is dat een werknemer, anders dan een werkgever, de arbeidsovereenkomst *altijd* kan opzeggen (behoudens indien sprake is van een niet-opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd), zo blijkt uit de memorie van toelichting bij de Wwz.⁸

2.8. Het voorgaande betekent niet dat de rechter ieder werknemersverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet toewijzen,⁹ hoewel dat in verreweg de meeste gevallen wel gebeurt.¹⁰ Anders dan bij opzegging heeft de werknemer bij een ontbindingsverzoek het einde van de arbeidsovereenkomst en het moment van beëindiging niet zelf in de hand:¹¹ dat is aan de rechter.

2.9. Het criterium voor toewijzing van een werknemersverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de voet van art. 7:671c BW heeft dus een open karakter; het gaat in wezen om een *billijkheidsoordeel*.¹² Het lijkt mij evident dat dit met zich meebrengt dat de rechter met een brede blik zal moeten beoordelen of sprake is van 'omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen'. Bij die beoordeling zullen alle omstandigheden van het geval in aanmerking

moeten worden genomen, in onderling verband en samenhang beschouwd. Dat is dezelfde benadering die volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet worden gehanteerd bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden,¹³ en die gold bij de toepassing van art. 7:685 lid 2 BW (oud).¹⁴

2.10. Terecht klaagt onderdeel 1 dat het hof dit heeft miskend. Ter onderbouwing van haar ontbindingsverzoek heeft Werkneemster verschillende feiten en omstandigheden naar voren gebracht. In rov. 4.5-4.12 heeft het hof echter slechts beoordeeld of elk van die feiten en omstandigheden *afzonderlijk* tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan leiden:

– Onder het tussenkopje 'Incident september 2015' overweegt het hof in rov. 4.8: 'Het ongelukkige gebruik van de woorden "voor de trein gooien" maakt nog niet dat sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag van [verweerders] en dat op die grond de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden.' en, mijn onderstreping (gecursiveerd *red.*), 'Die situatie [dat sprake is van een slapend dienstverband en dat de inzet van partijen gericht is op beëindiging van de arbeidsovereenkomst, A-G] laat echter onverlet *dat het incident als zodanig geen reden is om de arbeidsovereenkomst te ontbinden.*'

– Direct aansluitend volgt het tussenkopje 'Niet-geanonimiseerde beschikking' en overweegt het hof in rov. 4.9, weer mijn onderstreping (gecursiveerd *red.*): 'Datzelfde geldt voor de toezending door [verweerders] van de niet-geanonimiseerde beschikking (...) aan de leden van VNNA. Dat was ongelukkig (...). Ook hier geldt dat in normale gevallen een werkgever en een werknemer deze kwestie zouden hebben uitgepraat. Grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst *is deze niet.*'

– Het tussenkopje 'Langdurige ziekte' volgt direct aansluitend, waaronder het hof in rov. 4.12 overweegt dat ontbinding 'strikt genomen' wel plaats zou kunnen vinden op de grond dat de langdurige arbeidsongeschiktheid een zodanige wijziging van omstandigheden oplevert dat de arbeidsovereenkomst dadelijk dient te eindigen, maar dat Werkneemster geen zelfstandig belang heeft bij ontbinding wegens langdurige arbeidsongeschiktheid (kort gezegd omdat de inzet van Werkneemster is gericht op ontbinding onder gelijktijdige toekenning van een billijke vergoeding en de transitievergoeding, althans een vergoeding ter hoogte daarvan, maar dat dit in deze procedure niet bereikbaar is op grond van rov. 4.13-4.14).

2.11. Het hof heeft, kortom, nagelaten om bij de beoordeling of aan het criterium uit art. 7:671c BW is voldaan, de omstandigheden van het geval, *in onderling verband en samenhang*, in aanmerking te nemen. In plaats daarvan heeft het drie geïsoleerde beoordelingen verricht.

2.12. Hiermee slaagt de klacht dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan.

2.13. Zo dat anders zou zijn, dan slaagt in elk geval de motiveringsklacht: het hof heeft immers niet toegelicht waarom de door Werkneemster naar voren gebrachte omstandigheden ook niet in onderling verband gezien tot ontbinding kunnen

5 Zie ook mijn conclusie voor HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878, NJ 2019/170 m.nt. E. Verhulp, TRA 2018/79 m.nt. M.S.A. Vegter, JIN 2018/125 m.nt. B.J. Sap (*Zinzia*), onder 3.3 en 3.4.

6 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 109.

7 Zie mijn conclusie voor HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878, NJ 2019/170 m.nt. E. Verhulp, TRA 2018/79 m.nt. M.S.A. Vegter, JIN 2018/125 m.nt. B.J. Sap (*Zinzia*), onder 3.4 en verwijzingen aldaar. De Hoge Raad heeft zich hier overigens nog niet over uitgelaten, nu in die zaak in cassatie slechts de hoogte van de billijke vergoeding aan de orde was (zie ook rov. 3.2.3 van de *Zinzia*-beschikking).

8 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 81.

9 M. Beukhof & R.D. Rietveld, 'Werknemersverzoeken in cijfers', *TvO* 2017/3, par. 3. Onjuist is overigens de voorlaatste volzin van die paragraaf: toewijzing van een door de werknemer ingediend ontbindingsverzoek brengt niet steeds mee dat de werkgever een transitievergoeding dient te betalen, want daarvoor is tevens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever vereist (art. 7:673 lid 1 sub b onder 2 BW), zoals ook wordt onderkend in par. 6 van die bijdrage.

10 M. Beukhof & R.D. Rietveld, 'Werknemersverzoeken in cijfers', *TvO* 2017/3, par. 2: 'In drie van de veertig uitspraken werd het werknemersverzoek door de kantonrechter afgewezen.' Deze cijfers hebben betrekking op de gepubliceerde uitspraken uit de periode 1 juli 2015 t/m 30 april 2017.

11 T. Arntz, 'Constructive dismissal en de Wwz', *TvO* 2021/1, par. 2.1 (slot).

12 Zie in verband met art. 7:685 BW lid 2 (oud), bijvoorbeeld E. Verhulp, in: *T&C Arbeidsrecht* 2014, aant. 9 bij art. 7:685 BW (oud) en Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/401.

13 Vaste rechtspraak van de Hoge Raad, meest recent herhaald in HR 16 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:596, NJ 2021/150 (X/[...]), rov. 3.1.2.

14 Zo schrijft Sagel dat dit brede criterium tot een blik op alle omstandigheden van het geval noopt, zie S.F. Sagel, *Ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), 2014, p. 5. Zie ook E. Verhulp, in: *T&C Arbeidsrecht* 2014, aant. 9 bij art. 7:685 BW (oud); de ontbindingsprocedure is erop gericht om met alle relevante factoren rekening te houden.

leiden. Het is zeker niet uitgesloten dat de door haar aangevoerde omstandigheden ieder afzonderlijk niet, maar tezamen wel een ontbinding op de voet van art. 7:671c BW zouden kunnen dragen.

2.14. Nu onderdeel 1 slaagt, moet na verwijzing opnieuw worden beoordeeld of de arbeidsovereenkomst op verzoek van Werkneemster dient te worden ontbonden (aangenomen dat de arbeidsovereenkomst op dat moment niet reeds op andere wijze is geëindigd).

2.15. Hierbij is nog het volgende op te merken. In rov. 4.12 overweegt het hof dat Werkneemster 'geen zelfstandig belang [heeft] bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid', omdat, kort gezegd, haar inzet van de procedure is gericht op ontbinding onder gelijktijdige toekenning van een billijke vergoeding en de transitievergoeding, maar dat doel in de procedure niet haalbaar is (omdat naar 's hofs oordeel geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever).

2.16. Deze benadering is niet juist. Indien de rechter voornemens is op verzoek van de werknemer een ontbinding uit te spreken *zonder* toekenning van een door de werknemer verzochte billijke vergoeding,¹⁵ moet de rechter partijen daarvan in kennis te stellen en de werknemer een termijn te stellen waarbinnen het verzoek kan worden ingetrokken, zo volgt uit art. 7:686a lid 6 en 7 BW. Er moet van uit worden gegaan dat deze regeling ook geldt in hoger beroep¹⁶ wanneer het hof een einddatum van de arbeidsovereenkomst bepaalt.¹⁷ Gelet op deze intrekkingregeling ligt het niet in de rede – en is het ook onwenselijk – dat een rechter een werknemersverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst afwijst wegens gebrek aan belang: indien de werknemer bij gebreke van toeken-

ning van de verzochte billijke vergoeding (alsnog) geen ontbinding van de arbeidsovereenkomst wenst, kan de werknemer gebruikmaken van de intrekkingmogelijkheid. De intrekkingregeling is juist bedoeld voor deze situatie, waarin een werknemer onzeker is of de rechter hem of haar zal volgen in het standpunt dat sprake is van verwijtbaar handelen door de werkgever en wel of geen billijke vergoeding zal toekennen.¹⁸

2.17. In de nu in cassatie voorliggende zaak waren partijen het nota bene eens over de uit te spreken ontbinding op verzoek van werknemer.¹⁹ Het hof overweegt ook dat ontbinding in deze procedure 'strikt genomen' al zou kunnen plaatsvinden 'op de grond dat de langdurige arbeidsongeschiktheid van Werkneemster een zodanige wijziging van omstandigheden oplevert dat de arbeidsovereenkomst dadelijk dient te eindigen' (rov. 4.12, eerste volzin).²⁰ Dan is niet te begrijpen waarom niet de weg van art. 7:686a lid 6 en lid 7 BW is gevolgd.

2.18. Hiermee slaagt het eerste onderdeel, zodat de bestreden beschikking niet in stand kan blijven.

2.19. *Onderdeel 2* richt zich tegen de afwijzing van het verzoek om toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding (rov. 4.13 en 4.15). Het hof heeft geoordeeld dat geen aanleiding bestaat voor toekenning van een billijke vergoeding (art. 7:671c BW) en/of een transitievergoeding (art. 7:673 BW) omdat (i) geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever (rov. 4.13) en (ii) geen tijdstip wordt bepaald waarop de arbeidsovereenkomst eindigt (rov. 4.15). Het onderdeel bevat een voortbouwklacht (2.A), een rechtsklacht (2.B) en een motiveringsklacht (2.C).

2.20. De voortbouwklacht uit *subonderdeel 2.A* slaagt, nu de beslissing van het hof om geen transitievergoeding en geen billijke vergoeding toe te kennen voortbouwt op de – met onderdeel 1 succesvol bestreden – afwijzing van het ontbindingsverzoek.

2.21. Omdat de vragen die het tweede onderdeel aan de orde stellen van belang zijn voor de rechtspraktijk, zal ik deze ook inhoudelijk bespreken.

2.22. Het verzoekschrift tot cassatie neemt tot uitgangspunt dat de laatste twee volzinnen van rov. 4.13 zich slechts zó laten begrijpen, dat het hof bij de beoordeling of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door [verweerders], het incident

15 Art. 7:686a lid 6 en 7 BW ziet immers niet op de transitievergoeding: HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1812, NJ 2019/267 m.nt. B. Barentsen, JAR 2018/274 m.nt. N.T. Dempsey, TRA 2018/109 m.nt. M.D. Ruizeveld, JIN 2019/2 m.nt. A. Olsthoorn (*BAM Infra Telecom*), rov. 3.3.3

16 Zie ook E. Verhulp, in: *T&C Arbeidsrecht*, aant. 7 bij art. 7:686a BW (online, bijgewerkt t/m 15 februari 2021) en D.M.A. Bij de Vaate, 'Ontslagprocesrecht: perikelen in hoger beroep sinds 1 juli 2015', *ArbeidsRecht* 2017/1, par. 3.1. De Hoge Raad heeft zich hierover nog niet uitgesproken.

17 Art. 7:686a lid 6 en 7 BW spreekt van 'een ontbinding als bedoeld in artikel 671b of 671c, maar er is geen aanleiding om te veronderstellen dat de wetgever de intrekkingmogelijkheid niet ook zou hebben willen laten uitstrekken tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep. Het bepalen van een einddatum van de arbeidsovereenkomst op de voet van art. 7:683 lid 5 BW is ook niets anders dan een ontbinding. Zie voor dit laatste ook E. Verhulp, in: *T&C Arbeidsrecht*, aant. 7 bij art. 7:686a BW (online, bijgewerkt t/m 15 februari 2021), K. Janssens, 'De verschuldigheid van de transitievergoeding bij diverse beëindigingsmodaliteiten', *TvO* 2017/3, par. 7.3, en C.F.J. van Tuyl van Serooskerken in zijn noot in JAR 2016/300 bij Hof Den Bosch 3 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4919. Dit is ook af te leiden uit de *Vlisco*-beschikking van de Hoge Raad, waarin valt te lezen (mijn onderstreping (gecursiveerd *red.*)): 'De door de kantonrechter gestelde vragen die hebben geleid tot de Mediantbeschikking, omvatten niet de vraag of ook de appel- of verwijzingsrechter bevoegd is de voorwaardelijke *ontbinding* als hiervoor bedoeld, uit te spreken. In de Mediantbeschikking ligt echter besloten dat ook de appel- of verwijzingsrechter deze bevoegdheid bezit' (HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571, NJ 2017/204 m.nt. E. Verhulp, JAR 2017/116 m.nt. A. van Zanten-Baris, JIN 2017/90 m.nt. D.A.D. Mees, *AR-Updates* 2017/0392 m.nt. F.M. Dekker (*Vlisco*), rov. 3.6.4).

18 Zie hierover ook A.R. Houweling (red.) c.s., *Loonstra & Zondag/Arbeidsrechtelijke Themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 14.3.

19 Zie het verzoekschrift in appel, slot: 'MET VERZOEK (...) opnieuw rechtdoende te bepalen dat de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer wordt beëindigd tegen een datum op kortst mogelijke termijn zonder oplegging van een transitievergoeding dan wel een billijke vergoeding'.

20 Weliswaar overweegt het hof in de slotzin van rov. 4.12 dat Werkneemster 'geen grief heeft gericht tegen de (impliciete) verwerping door de kantonrechter van langdurige arbeidsongeschiktheid als grond voor de ontbinding', maar onder het kopje 'Beroepsgrond Werkneemster' is het volgende te lezen (mijn onderstreping (gecursiveerd; *red.*)): 'Gronden voor haar verzoek waren in eerste aanleg haar langdurige ziekte en de opmerkingen van [verweerder 3] tijdens het overleg in september 2015. In hoger beroep is daaraan toegevoegd de toezending door [verweerders] aan de leden van VNNA van een niet-geanonimiseerde versie van de beschikking van 3 maart 2020'. Hieruit blijkt dat het hof er – gelet op de gedingstukken: terecht – van uitgaat dat het ontbindingsverzoek ook in hoger beroep mede gegrond was op de langdurige arbeidsongeschiktheid van Werkneemster.

van september 2015 en de kwestie van de toezending van de niet-geanonimiseerde beschikking elk op zichzelf heeft beschouwd. Het hof heeft dus ook in dit verband de beide gedragingen los van elkaar beoordeeld en op basis van die afzonderlijke beoordelingen geoordeeld dat geen van beide gedragingen als ernstig verwijtbaar kwalificeert. Volgens het middel heeft het hof daarmee ten onrechte buiten beschouwing gelaten of de beide gedragingen, in onderlinge samenhang beschouwd, wellicht wél als ernstig verwijtbaar handelen aan te merken zijn.

2.23. Volgens *subonderdeel 2.B* heeft het hof hiermee miskend dat ernstig verwijtbaar handelen (in de zin van art. 7:671c lid 2 BW en art. 7:673 lid 1 aanhef en sub b onder 2 BW) ook gelegen kan zijn in het feit dat een werkgever zich *bij herhaling* schuldig maakt aan ongelukkig, onzorgvuldig en/of verwijtbaar gedrag, ook als die gedragingen ieder voor zich niet ernstig verwijtbaar zijn. In de woorden van het middel: 'Anders gezegd: het Hof heeft dan klaarblijkelijk miskend dat een opeenstapeling/combinatie van achtereenvolgens vertoond onzorgvuldig, "ongelukkig" en/of (daarmee) verwijtbaar gedrag de lat van ernstige verwijtbaarheid ook kan halen.'²¹

2.24. Indien het hof dit niet heeft miskend, dan is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd, zo klaagt *subonderdeel 2.C*. Het hof heeft immers in het geheel niet toegelicht waarom de twee incidenten ook samen beschouwd geen ernstig verwijtbaar handelen zouden kunnen opleveren. Dat motiveringsgebrek klemmt te meer nu het hof in rov. 4.8 en 4.9 heeft beslist dat die beide incidenten ieder op zichzelf beschouwd, minst genomen 'ongelukkig' waren, waarin besloten ligt dat het hof de werkgever van die beide incidenten (in de ogen van Werkneemster: geheel terecht) wel een (zeker) verwijt heeft gemaakt. In dat licht bezien, is zonder nadere motivering – die ontbreekt – eens te meer niet (voldoende) inzichtelijk waarom het *bij herhaling* blootstellen van een werkneemster aan dergelijke 'ongelukkige incidenten' niet ernstig verwijtbaar is, aldus nog steeds de stellers van het middel.

2.25. Deze twee subonderdelen (2.B en 2.C) lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

2.26. Voorop te stellen is dat in een geval zoals hier aan de orde is, waarin een werknemer op de voet van art. 7:671c BW om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt, de transitievergoeding slechts is verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever is ontbonden (art. 7:673 lid 1 aanhef en onder a sub 2 BW). Ditzelfde criterium geldt voor toekenning van een billijke vergoeding (art. 7:671c lid 2 sub b BW, zie ook onder 2.5). Het gaat dus om een causaal verband tussen de gedragingen van de werkgever en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dit volgt uit de wettekst.²² Zie ook de overwegingen van de Hoge Raad in de [...] & [...] -beschikking (rov. 3.7.2):²³

'Voor zover het onderdeel betoogt dat het ernstig verwijtbaar is dat [werkgever] [werknemer] niet heeft tewerkgesteld na de uitspraak van de kantonrechter tot opheffing van de schorsing, en dat die verwijtbaarheid op zichzelf grond is voor het toekennen van een billijke vergoeding, ziet het eraan voorbij dat art. 7:671b lid 8, aanhef en onder c, BW voor het toekennen van een billijke vergoeding vereist dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.'

2.27. Dat causaal verband kan uiteraard ook aanwezig zijn indien de ontbinding op meerdere omstandigheden is gegrond. Hiervoor kwam al aan de orde dat bij de beoordeling of een werknemersverzoek tot ontbinding moet worden toegewezen, alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang beschouwd, in aanmerking moeten worden genomen (zie onder 2.9). Een samenstel van feiten en omstandigheden kan dus tot ontbinding leiden. Als daarvan sprake is én de werkgever hiervan een ernstig verwijt kan worden gemaakt, dan is de transitievergoeding verschuldigd en kan de rechter de werknemer een billijke vergoeding toekennen.

2.28. Indien de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden als gevolg van een samenstel van feiten en omstandigheden, ligt aldus ter beoordeling voor of *dat samenstel* de werkgever ernstig verweten kan worden. Daarvoor is niet vereist dat elk van de omstandigheden ook afzonderlijk als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever zou kunnen worden gekwalificeerd.²⁴ Dit kan worden afgeleid uit de wetsgeschiedenis van de Wvz. Daarin zijn ten aanzien van de vraag wanneer sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werk-

beidsverhouding.' Op dit punt heeft de Hoge Raad de klachten verworpen met toepassing van art. 81 RO.

24 Anders: A-G Timmerman in zijn conclusie voor HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:687, JAR 2018/149 (81 RO), waar hij onder 3.10 schrijft: '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.' Uit het feit dat de Hoge Raad de klachten in die zaak met toepassing van art. 81 RO heeft verworpen, kan niet worden afgeleid dat de Hoge Raad op dit punt de A-G heeft gevolgd; in de bestreden beschikkingen had het hof immers de verwijten die de veerman werden gemaakt uitdrukkelijk wél ook in onderling verband beschouwd (en als niet ernstig verwijtbaar gekwalificeerd), zie Hof Den Bosch 2 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2160, rov. 3.27 en Hof Den Bosch 13 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3267, rov. 6.1. Zie voor kritiek op de opvatting dat meerdere gedragingen niet zouden mogen worden 'opgeteld': N. Jansen, 'Over de hoge lat voor ernstige verwijtbaarheid en het optellen van verwijten (annotatie bij conclusie A-G Timmerman 9 maart 2018)', *TvO* 2018/3. 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, par. 7: 'dat bepaald wangedrag door de herhaling op enig moment de grens van de ernstige verwijtbaarheid door kan schieten, niet zozeer omdat er mathematisch wordt opgeteld, maar omdat het verwijt dat de werknemer te maken valt van de handelwijze, steeds zwaarder wordt, waarmee op enig moment de "magische grens" van de ernstige verwijtbaarheid wordt bereikt. De eerdere verwijtbare overtredingen helpen dus wel bij de totstandkoming van de ernstige verwijtbaarheid, maar er is uiteindelijk één incident dat die kwalificatie op zichzelf beschouwd verdient (tegen de achtergrond van de eerdere misdrijvingen). (...) Voor het aldus meewegen van eerder wangedrag is overigens, wat ons betreft, niet vereist dat die eerdere overtredingen van dezelfde soort zijn.'

21 Verzoekschrift tot cassatie, par. 26.

22 Zie bijv. D.M.A. Bij de Vaate & P. Kruit, 'Billijke vergoeding: over karakter, begroting en artikel 6 EVRM', *ArA* 2017/1, par. 4.1, p. 13 en 16.

23 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, NJ 2018/395 m.nt. E. Verhulp ([...] & [...]). Vgl. ook (in de context van ernstig verwijtbaar handelen door een werknemer) A-G Hartlief in zijn conclusie voor HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:284, NJ 2020/379 m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens, onder 3.43: '(...) heeft het hof (...) met juistheid causaal verband aangenomen tussen de gepleegde computer-*vredebreuk* door [de werknemer], die het hof heeft gekwalificeerd als een ernstig verwijtbare gedraging, en de duurzaam verstoorde ar-

nemer – de keerzijde van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever²⁵ – óók voorbeelden gegeven van situaties waarin de ernstige verwijtbaarheid is gelegen in *herhaalde* nalatigheid van de werknemer van handelingen die elk op zichzelf beschouwd niet ernstig verwijtbaar zijn, zoals herhaaldelijk te laat op het werk komen en herhaaldelijk controlevoorschriften bij ziekte niet naleven.²⁶

2.29. Het voorgaande betekent dat in subonderdeel 2.B terecht geklaagd dat het hof heeft miskend dat ernstig verwijtbaar handelen (in de zin van art. 7:671c lid 2 BW en art. 7:673 lid 1 aanhef en sub b onder 2 BW) ook gelegen kan zijn in het feit dat een werkgever zich *bij herhaling* schuldig maakt aan ongelukkig, onzorgvuldig en/of verwijtbaar gedrag, ook als die gedragingen ieder voor zich niet ernstig verwijtbaar zijn. Heeft het hof dit niet miskend, dan is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. In dat geval slaagt subonderdeel 2.C.

2.30. Daarmee slaagt onderdeel 2.

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,²⁷ reeds op zichzelf als ernstig verwijtbaar handelen zou kwalificeren.

2.32. *Onderdeel 3* heeft betrekking op de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel in de *Xella*-uitspraak. Het onderdeel valt uiteen in drie subonderdelen.

2.33. Voordat ik de klachten van Werkneemster bespreek, schets ik eerst het juridisch kader (onder 2.34-2.43) en geef ik een samenvatting van de overwegingen en beslissingen van het hof in dit verband (onder 2.44).

2.34. Onder het tot 1 juli 2015 geldende ontslagrecht was een werkgever bij opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid vrijwel nooit een ontslagvergoeding verschuldigd.²⁸ Dit is veranderd als onderdeel van het met de Wwz gewijzigde ontslagrecht. De verschuldigdheid van een transitievergoeding bij de beëindiging van het dienstverband van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer wordt door sommige werkgevers als onrechtvaardig ervaren, omdat deze vergoeding cumuleert met de doorbetaling van het loon gedurende (in beginsel) twee jaar ziekte en de kosten die de werkgever heeft moeten maken voor de re-integratie van de werknemer. Met de Wet compensatie transitievergoe-

ding²⁹ worden werkgevers tegemoet gekomen, doordat zij in bepaalde gevallen in aanmerking komen voor compensatie van de kosten van een bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid verschuldigde transitievergoeding. Dit is opgenomen in art. 7:673e BW en nader uitgewerkt in de Regeling compensatie transitievergoeding.³⁰ Die regelgeving dwingt echter niet tot ontslag.³¹ Ondanks de algemene parlementaire wens om de praktijk van het ‘slapend’ houden van dienstverbanden te beëindigen, gingen werkgevers daartoe niet steeds uit zichzelf over – ook niet na de publicatie van de Wet compensatie transitievergoeding in het Staatsblad in juli 2018. Door dergelijke slapende arbeidsovereenkomsten niet te beëindigen, raken de werkgevers geen transitievergoedingen verschuldigd. Het is tegen deze achtergrond dat in 2019 prejudiciële vragen aan de Hoge Raad zijn gesteld.

2.35. In het *Xella*-arrest van 8 november 2019 heeft de Hoge Raad als volgt overwogen:³²

‘2.1. Deze zaak gaat over het zogenoemde “slapende dienstverband”. Dat is een dienstverband dat een werkgever na twee jaar arbeidsongeschiktheid van een werknemer niet heeft opgezegd, hoewel hij daartoe wel bevoegd is, en waarbij hij de werknemer geen loon meer betaalt. Doordat de arbeidsovereenkomst niet is beëindigd, is de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd.

In deze procedure is de vraag aan de orde of een werkgever op grond van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer om een “slapend dienstverband” te beëindigen, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer.

(...)

2.7.2. De wetgever beoogt met de Wet compensatieregeling transitievergoeding een einde te maken aan het verschijnsel “slapende dienstverbanden”.³³ De compensatieregeling en de voor invoering daarvan in de wetsgeschiedenis gegeven redenen brengen mee dat als norm van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW geldt dat een “slapend dienstverband” in beginsel behoort te worden beëindigd als de werknemer dat wenst en de werkgever geen redelijk belang heeft bij voortdurende daarvan. Die norm brengt tevens mee dat in dat geval in beginsel door de werkgever aan de werknemer een vergoeding behoort te worden toegekend.

(...)

2.7.3. Het voorgaande brengt mee dat de vierde prejudiciële vraag als volgt moet worden beantwoord. Als is voldaan aan de vereisten van art. 7:669 lid 1 en lid 3, aanhef en onder b, BW voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens

25 Zie ook mijn conclusie voor HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203, NJ 2019/308 m.nt. E. Verhulp, JAR 2019/73 m.nt. S. Said, TRA 2019/38 m.nt. D.J. Buijs, JIN 2019/98 m.nt. M.S. van der Keur (*Woondroomzorg*), onder 3.29-3.36.

26 *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 40.

27 Zie bijv. rov. 2.12 van deze niet-gepubliceerde beschikking in eerste aanleg (Ktr. Groningen 3 maart 2020, zaak-/rolnr. 8226781 AR VERZ 19-93).

28 Deze alinea is grotendeels ontleend aan mijn conclusie vóór het *Xella*-arrest. Zie met name onder 4.6-4.9, 9.1, 11.1, 15.1, 16.2-16.18 en de aldaar aangehaalde bronnen.

29 Wet van 11 juli 2018, Wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, *Stb.* 2018, 234.

30 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 18 februari 2019, nr. 2019-0000023811, houdende regels met betrekking tot de compensatie van de transitievergoeding bij een einde van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid, *Stcrt.* 2019, 10547.

31 Zie bijv. A.R. Houweling (red.) c.s., *Loonstra&Zondag/Arbeidsrechtelijke Themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 12.7.5, p. 130.

32 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734, NJ 2020/135 m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens, TRA 2020/5 m.nt. D.J. Buijs, JAR 2019/312 m.nt. M.L.G. Otto, *AR-Updates* 2019/1182 m.nt. A.R. Houweling (*Xella*).

33 *Voetnoot in origineel*: Zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 15.1 en de verwijzingen naar de wetsgeschiedenis op de aldaar genoemde vindplaatsen.

langdurige arbeidsongeschiktheid, geldt als uitgangspunt dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW, gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding. Daarbij geldt dat die vergoeding niet meer behoeft te bedragen dan hetgeen aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) beëindigen.

Op dit uitgangspunt moet een uitzondering worden aanvaard als – op grond van door de werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden – de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. Zo'n belang kan bijvoorbeeld gelegen zijn in reële re-integratiemogelijkheden voor de werknemer. Zo'n belang kan niet gelegen zijn in de omstandigheid dat de werknemer op het moment dat hij zijn beëindigingsvoorstel doet, de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt.⁷

2.36. In het *Xella*-arrest formuleert de Hoge Raad aldus een specifieke norm van goed werkgeverschap:³⁴ als is voldaan aan de vereisten van art. 7:669 lid 1 en lid 3, aanhef en onder b, BW, voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, dan geldt als uitgangspunt dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding.

2.37. Deze '*Xella*-verplichting' is niet absoluut.³⁵ Als de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij de instandhouding van de arbeidsovereenkomst, kan een uitzondering worden gemaakt op dit uitgangspunt. Het is aan de werkgever om daartoe de omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen. Van een dergelijk gerechtvaardigd belang zal niet snel sprake zijn: de uitzondering is weliswaar open maar restrictief geformuleerd.³⁶

2.38. In het navolgende ga ik uit van de situatie waarin (i) sprake is van een slapend dienstverband en (ii) de werknemer een voorstel doet dat in lijn is met het *Xella*-arrest (een '*Xella*-voorstel'). De instemmingsverplichting van de werkgever wordt immers geactiveerd door een voorstel van de werknemer tot beëindiging met wederzijds goedvinden,³⁷ onder de voorwaarden uit het *Xella*-arrest.

2.39. Stemt een werkgever ten onrechte niet in met het *Xella*-voorstel van de werknemer, dan schendt de werkgever een uit art. 7:611 BW voortvloeiende verplichting. De werknemer kan wegens die tekortkoming schadevergoeding vorderen (art. 6:74 BW). Die schadevergoeding is, anders dan de transitievergoeding, niet gekoppeld aan het beëindigen van het dienstverband.³⁸ Bij het bepalen van de omvang van de scha-

devergoedingsplicht zijn de bepalingen uit afdeling 6.1.10 BW zijn van toepassing.³⁹

2.40. Schending van de uit art. 7:611 BW voortvloeiende verplichting is niet alleen aan de orde als de werkgever het voorstel van de werknemer afwijst, maar ook indien de werkgever niet binnen bekwame tijd instemt: ook dan komt de werkgever immers zijn '*Xella*-verplichting' niet na. Het kan immers niet zo zijn dat een werkgever aan deze verplichting kan ontkomen door geheel niet te reageren op het voorstel van de werknemer.⁴⁰

2.41. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat van het niet-nakomen van de *Xella*-verplichting ook sprake is indien de werkgever voorwaarden stelt aan zijn instemming met het voorstel van de werknemer, zoals het door de werknemer prijsgeven van andere rechten (bijvoorbeeld het afstand doen van eventuele andere rechten op schadevergoeding, een eventueel resterend vakantiesaldo of het verlenen van finale kwijting) of door het overeenkomen van beperkende bedingen, al dan niet versterkt met een boetebeding.⁴¹ In de feitenrecht-spraak wordt eveneens ervan uitgegaan dat het stellen van dergelijke voorwaarden schending van de *Xella*-verplichtingen oplevert.⁴²

2.42. Die opvatting lijkt mij juist. De overwegingen van de Hoge Raad in het *Xella*-arrest bieden geen ruimte voor het stellen van dergelijke voorwaarden aan het voorstel aan de werknemer.⁴³ In zo'n geval stemt de werkgever immers niet in met het *Xella*-voorstel.⁴⁴ Eventuele andere aanspraken van de werknemer zullen volgens de wet moeten worden afgewikkeld (tenzij partijen anders overeenkomen), net als in situaties waarin het dienstverband op andere wijze eindigt. Dat betekent bijvoorbeeld dat een eventueel resterend vakantiesaldo moet worden uitbetaald (art. 7:641 lid 1 BW) en dat post-contractuele afspraken (zoals een concurrentie- of geheimhoudingsbeding) in beginsel onverkort zullen voortduren.

2.43. Indien de werkgever voorwaarden stelt aan het *Xella*-voorstel van een werknemer (terwijl voldaan is aan de vereisten daarvoor), staat daarmee vast dat de werkgever zijn verplichtingen uit hoofde van art. 7:611 BW schendt. Omstandigheden die zich nadien voordoen, kunnen daaraan niet afdoen. Zo doet ook het eindigen van het dienstverband als gevolg van het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd er niet aan af dat de werkgever eerder in strijd met zijn verplich-

34 W.H.A.C.M. Bouwens in zijn noot in *NJ* 2020/135 bij het *Xella*-arrest, onder 8.

35 W.H.A.C.M. Bouwens in zijn noot in *NJ* 2020/135 bij het *Xella*-arrest, onder 13.

36 A.R. Houweling in zijn noot in *AR-Updates* 2019/1182 bij het *Xella*-arrest, onder 5.3.

37 W.H.A.C.M. Bouwens in zijn noot in *NJ* 2020/135 bij het *Xella*-arrest, onder 15.

38 Zie bijv. ook J. Dop, 'Nooit meer slapen?', *TAP* 2020/96, p. 18, l.k.

39 Zo is niet ondenkbaar dat de in art. 6:101 BW opgenomen schadebeperkingsplicht in bepaalde omstandigheden een rol kan spelen bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding. Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 14 oktober 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:8628, *Prg.* 2021/28, rov. 5.5-5.7.

40 Zie ook J. Dop, 'Nooit meer slapen?', *TAP* 2020/96, p. 17, r.k.

41 Zie ook J. Dop, 'Nooit meer slapen?', *TAP* 2020/96, p. 18, r.k.; E.W. de Groot, 'Slapend dienstverband, opgelost of een illusie?', *TRA* 2020/32, par. 3, vtn. 10; M.L.G. Otto in zijn noot in *JAR* 2020/42 bij Ktr. Rotterdam 24 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10266.

42 Zie ook Ktr. Haarlem 14 oktober 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:8628, *Prg.* 2021/28, rov. 5.7; Ktr. Arnhem 12 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1717, rov. 4.1.3.2; Ktr. Rotterdam 24 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10266, *JAR* 2020/42 m.nt. M.L.G. Otto, rov. 5.2.

43 E.W. de Groot, 'Slapend dienstverband, opgelost of een illusie?', *TRA* 2020/32, par. 3, vtn. 10.

44 Vgl. ook art. 6:225 lid 1 BW in het kader van de totstandkoming van overeenkomsten: 'Een aanvaarding die van het aanbod afwijkt, geldt als een nieuw aanbod en als een verwerping van het oorspronkelijke.'

ting uit art. 7:611 BW heeft gehandeld door niet in te gaan op het *Xella*-verzoek van de werknemer.⁴⁵

2.44. In de voorliggende zaak heeft het hof ten aanzien van de op art. 7:611 BW gebaseerde vordering als volgt overwogen:

– Werkneemster heeft onder verwijzing naar het *Xella*-arrest van de Hoge Raad betoogd dat [verweerders] een schadevergoeding verschuldigd zijn ter hoogte van de transitievergoeding. Werkneemster heeft betoogd dat [verweerders] in strijd met het goed werkgeverschap hebben gehandeld doordat hij slechts bereid was *tegen finale kwijting* mee te werken aan beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden onder betaling van de transitievergoeding (rov. 4.16).

– Op 12 november 2019 heeft Werkneemster voorgesteld om de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden en tegen betaling van de transitievergoeding te beëindigen. Aanvankelijk is dit geweigerd door [verweerders]. Later is die bereidheid alsnog uitgesproken (rov. 4.17).

– Dat het er niet van is gekomen de arbeidsovereenkomst aldus af te wikkelen vindt zijn oorzaak in het gegeven dat Werkneemster ook een billijke vergoeding wenste en, voor het geval [verweerders] daarmee niet instemden, de weg van art. 7:671c BW voor het verkrijgen daarvan wilde openhouden (rov. 4.17).

– [verweerders] meenden dat voor een billijke vergoeding geen grond bestond en verbonden daarom aan hun aanbod de voorwaarde dat beëindiging onder betaling van de transitievergoeding tegen finale kwijting zou gebeuren (rov. 4.17).

– Het hof gaat (net als de kantonrechter) niet over tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Zolang de arbeidsovereenkomst bestaat is geen sprake van een recht op betaling van de transitievergoeding (want: gekoppeld aan het einde van de arbeidsovereenkomst). Om die reden bestaat ook geen grond voor toekenning van een schadevergoeding ter hoogte van de transitievergoeding (rov. 4.18).

– Het wettelijk stelsel koppelt een billijke vergoeding aan opzegging, ontbinding of beëindiging van rechtswege, maar een dergelijk aanknopingspunt zou er niet meer zijn indien zou zijn overgegaan tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden en betaling van de transitievergoeding zonder kwijtingsclausule. Werkneemster heeft niet inzichtelijk gemaakt op welke wijze, na een beëindiging met wederzijds goedvinden, in rechte aanspraak op een billijke vergoeding zou kunnen worden gemaakt. Het is in dat licht bezien de wens van Werkneemster om de mogelijkheid open te houden een billijke vergoeding te vorderen via de weg van art. 7:671c BW die afwikkeling op basis van het *Xella*-arrest blokkeerde, en niet de kwijtingsvoorwaarde van [verweerders]. Die opstelling van Werkneemster dient voor haar risico te worden gelaten en van handelen in strijd met het goed werkgeverschap door [verweerders] is dan ook geen sprake. Te minder, omdat [verweerders] inmiddels zelf een ontslagvergunning voor Werkneemster hebben aangevraagd bij het UWV en derhalve betaling van de transitievergoeding aan Werkneemster zal volgen (rov. 4.19 en 4.20).

– De vordering tot betaling van een vergoeding gelijk aan de transitievergoeding op grond van art. 7:611 BW is dan ook terecht afgewezen (rov. 4.20).

2.45. *Subonderdeel 3A* klaagt dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan, omdat het heeft miskend dat de

norm van art. 7:611 BW reeds is geschonden doordat [verweerders] het eerste beëindigingsvoorstel van Werkneemster van 12 november 2019 niet hebben geaccepteerd. Voor geval het hof niet zou hebben miskend dat [verweerders] dit beëindigingsvoorstel in het licht van het *Xella*-arrest slechts mochten afwijzen wanneer zij daarvoor een gerechtvaardigd belang hadden, wordt een motiveringsklacht opgeworpen. In dat geval is het impliciete oordeel van het hof dat zo'n belang bij [verweerders] aanwezig was, onbegrijpelijk gemotiveerd, omdat het hof in het geheel niet heeft toegelicht waaruit dat gerechtvaardigd belang dan bestond op het moment dat [verweerders] dat voorstel kregen en afwezen.

2.46. De klachten uit dit subonderdeel slagen. Het hof heeft vastgesteld dat [verweerders] aanvankelijk het '*Xella*-voorstel' van Werkneemster hebben geweigerd (rov. 4.17). Door evenwel te oordelen dat geen sprake is van handelen in strijd met de verplichting om als goed werkgever te handelen (rov. 4.20 en 4.21) heeft het hof hetzij miskend dat uit die vaststelling reeds volgt dat [verweerders] hun verplichting uit art. 7:611 BW hebben geschonden (zie onder 2.39), aangenomen dat geen sprake is van een gerechtvaardigd belang bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst door [verweerders] (zie onder 2.37), althans heeft het hof zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd door tot uitdrukking te brengen welk gerechtvaardigd belang bij [verweerders] aanwezig was op het moment van de weigering.

2.47. *Subonderdeel 3B* klaagt dat het oordeel van het hof, dat voor toekenning van een schadevergoeding ter hoogte van de transitievergoeding op grond van art. 7:611 BW geen grond bestaat omdat de arbeidsovereenkomst met Werkneemster nog bestaat, van een onjuiste rechtsopvatting getuigt nu deze schadevergoeding – anders dan de transitievergoeding – niet is gekoppeld aan het einde van de arbeidsovereenkomst en dus niet pas verschuldigd is als de arbeidsovereenkomst is geëindigd.

2.48. Ook deze rechtsklacht slaagt. Rov. 4.18 valt niet anders te begrijpen dan dat het hof het nog bestaan van de arbeidsovereenkomst tussen Werkneemster en [verweerders] mede ten grondslag heeft gelegd aan de afwijzing van haar verzoek om schadevergoeding wegens schending door [verweerders] van de uit art. 7:611 BW voortvloeiende '*Xella*-verplichting'. Dat oordeel is in strijd met het recht, want deze schadevergoedingsplicht is – anders dan de transitievergoeding – juist niet gekoppeld aan het einde van het dienstverband (zie ook onder 2.39).

2.49. *Subonderdeel 3C* heeft betrekking op de finale kwijtingsvoorwaarde. Klaarblijkelijk is het hof ervan uitgegaan, zo stelt Werkneemster in cassatie, (i) dat [verweerders] de voorwaarde van finale kwijting mochten stellen aan hun bereidheid om de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden onder toekenning van de transitievergoeding te beëindigen, en (ii) dat Werkneemster niet veilig mocht stellen dat zij, na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden en betaling van de transitievergoeding, ook in rechte aanspraak zou kunnen (proberen te) maken op betaling van een billijke vergoeding. Beide oordelen getuigen van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de instemmingsverplichting van de werkgever uit het *Xella*-arrest: die is in zoverre ongeclausuleerd dat zij het stellen van een finale kwijtingsvoorwaarde door de werkgever niet toestaat en een dergelijke voorwaarde levert evenmin een gerechtvaardigd belang op als bedoeld in het *Xella*-arrest, aldus het subonderdeel.

2.50. De klachten uit dit subonderdeel slagen eveneens. Kennelijk is het hof ervan uitgegaan dat [verweerders] in de gege-

⁴⁵ Hof Den Haag 4 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:146, *JAR* 2020/66, rov. 3.14-3.16 en Hof Den Bosch 9 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:31, *JAR* 2020/32 m.nt. J. Dop, rov. 3.17.

ven omstandigheden een kwijtingsvoorwaarde mochten stellen aan hun instemming met het beëindigingsvoorstel van Werkneemster. Daarmee heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (zie onder 2.41 en 2.42). Het doet niet ter zake in hoeverre Werkneemster zou menen vorderingen te hebben op [verweerders] en evenmin hoe kansrijk dergelijke vermeende vorderingen zouden zijn: nu de situatie als bedoeld in het *Xella*-arrest zich voordeed, waren [verweerders] – tenzij sprake was van een gerechtvaardigd belang – gehouden in te stemmen met het voorstel.

2.51. *Onderdeel 4* bevat alleen een voortbouwklacht. Nu de onderdelen 1 tot en met 3 slagen, slaagt ook dit onderdeel.

2.52. De slotsom is dat de bestreden beschikking in cassatie geen stand houdt.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van de bestreden beschikking en tot verwijzing.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de beschikking in de zaak 8226781 van de kantonrechter te Groningen van 3 maart 2020;

b. de beschikking in de zaak 200.278.367/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 14 september 2020.

[werkneemster] heeft tegen de beschikking van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.

[verweerders] hebben geen verweerschrift ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging van de bestreden beschikking en tot verwijzing.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [werkneemster] is sinds eind 1996 in dienst van [verweerders]

(ii) Op 1 juni 2015 heeft [werkneemster] zich ziek gemeld.

(iii) In september 2015 hebben [verweerder 2], [verweerder 3] en [werkneemster] over de re-integratie gesproken. [werkneemster] heeft toen gemeld dat zij contact had met een psycholoog van een bureau, gevestigd langs het spoor in Groningen.

(iv) In maart 2016 heeft een evaluatiegesprek plaatsgevonden tussen [werkneemster], [verweerder 2] en [verweerder 3]. Aanwezig was ook de psychotherapeut van [werkneemster]. Van dat gesprek heeft [werkneemster] een geluidsopname gemaakt.

(v) Per 31 mei 2016 is [werkneemster] volledig arbeidsongeschikt verklaard. Per 29 mei 2017 is de loondoorbetalingsplicht van [verweerders] geëindigd.

(vi) Op 12 november 2019 heeft [werkneemster] aan [verweerders] voorgesteld – onder verwijzing naar de zogenoemde *Xella*-beslissing van de Hoge Raad⁴⁶ met betrekking tot de beëindiging van een slapend dienstverband – om de arbeidsovereenkomst met [werkneemster] per 1 december 2019 met

wederzijds goedvinden te beëindigen onder toekenning van de transitievergoeding, berekend op € 20.205,-- bruto.

(vii) [verweerders] hebben het voorstel op 13 november 2019 afgewezen.

(viii) Op 27 november 2019 heeft [werkneemster] aan [verweerders] het voorstel gedaan tot betaling van een billijke vergoeding én de transitievergoeding, tezamen € 40.410,-- bruto.

(ix) Op 9 december 2019 hebben [verweerders] zich bereid verklaard tot betaling van de transitievergoeding, zij het dat over de juiste hoogte daarvan nog overeenstemming moest worden bereikt. Op 24 december 2019 hebben zij een beëindigingsovereenkomst aangeboden met daarin opgenomen een transitievergoeding van € 17.650,-- bruto en finale kwijting over en weer.

(x) [verweerders] hebben de beschikking van de kantonrechter van 3 maart 2020 in deze zaak op 10 maart 2020 niet-geanonimiseerd ter kennisneming toegezonden aan alle leden van de Vereniging van Noord-Nederlandse Arbeidsrechtadvocaten (VNAA), met uitzondering van de advocaten van het kantoor van de advocaat van [werkneemster].

2.2. In deze procedure verzoekt [werkneemster] om de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden, althans het tijdstip te bepalen waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, en om [verweerders] hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de transitievergoeding ad € 21.407, bruto althans een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen bedrag, althans een vergoeding ter hoogte van dit bedrag op grond van art. 7:611 BW, een billijke vergoeding ad € 33.799,71 bruto en een immateriële schadevergoeding van € 5.000,.

2.3. De kantonrechter heeft de verzoeken afgewezen.

2.4. Het hof heeft het hoger beroep verworpen.⁴⁷ Daartoe heeft het hof, samengevat, als volgt overwogen.

Gronden voor het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van [werkneemster] waren in eerste aanleg haar langdurige ziekte en opmerkingen van [verweerder 3] tijdens het overleg in september 2015. In hoger beroep is daaraan toegevoegd de toezending door [verweerders] aan de leden van de VNNA van een niet-geanonimiseerde versie van de beschikking van 3 maart 2020. (rov. 4.2)

Op basis van de transcriptie van de geluidsopname van het gesprek op 11 maart 2016 en de geluidsopname zelf kan worden aangenomen dat door [verweerder 3] tijdens het gesprek in september 2015, onder andere, de woorden 'voor de trein gooien' zijn gebruikt, dan wel woorden van die strekking. (rov. 4.5)

Het ongelukkige gebruik van de woorden 'voor de trein gooien' maakt nog niet dat sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag van [verweerders] en dat op die grond de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden. (rov. 4.8)

Datzelfde geldt voor de toezending door [verweerders] van de niet-geanonimiseerde beschikking van 3 maart 2020 aan de leden van de VNNA. Dat was ongelukkig, maar die enkele toezending toont nog niet aan dat [verweerders] erop uit waren [werkneemster] te kwetsen. (rov. 4.9)

Strikt genomen zou ontbinding kunnen plaatsvinden op grond van de langdurige arbeidsongeschiktheid van [werkneemster]. Haar inzet in deze procedure is echter gericht op ontbinding onder gelijktijdige toekenning van een billijke vergoeding en de transitievergoeding, althans een

46 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (*Xella*).

47 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7182.

vergoeding ter hoogte daarvan. Dat doel is voor [werkneemster] in deze procedure niet bereikbaar. Daarom heeft zij geen zelfstandig belang bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. (rov. 4.12)

Indien het hof de arbeidsovereenkomst op verzoek van [werkneemster] zou ontbinden, zou zij slechts recht hebben op de transitievergoeding indien de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever zou worden ontbonden. Daarvan is, zoals hiervoor al is overwogen, echter geen sprake. Noch het incident van september 2015, noch de kwestie van de toezending van de niet-geanonimiseerde beschikking zijn aan te merken als ernstig verwijtbaar handelen van [verweerders] (rov. 4.13)

Nu geen tijdstip wordt bepaald waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, bieden art. 7:671c BW in samenhang met art. 7:683 lid 5 BW en art. 7:673 BW geen grondslag voor toekenning van een billijke vergoeding en/of transitievergoeding. (rov. 4.15)

Met het oog op het verkrijgen van een billijke vergoeding ter hoogte van de transitievergoeding op grond van schending door [verweerders] van hun verplichting zich als goed werkgever te gedragen heeft [werkneemster] onder verwijzing naar het Xella-arrest betoogd dat [verweerders] ten onrechte slechts bereid waren tegen finale kwijting mee te werken aan beëindiging met wederzijds goedvinden en betaling van de transitievergoeding. (rov. 4.16)

[verweerders] meenden dat voor een billijke vergoeding geen grond bestond. Zij verbonden daarom aan hun aanbod de voorwaarde dat dit tegen finale kwijting zou gebeuren. (rov. 4.17)

Het wettelijk stelsel koppelt (in specifiek in de wet omschreven situaties) een billijke vergoeding aan opzegging, ontbinding of beëindiging van rechtswege, maar een dergelijk aanknopingspunt zou er na beëindiging met wederzijds goedvinden niet meer zijn. (rov. 4.19)

In dat licht bezien was het niet de kwijtingsvoorwaarde die afwikkeling op basis van het Xella-arrest blokkeerde, maar de wens van [werkneemster] om de mogelijkheid open te houden een billijke vergoeding te vorderen via de weg van art. 7:671c BW. Die opstelling van [werkneemster] dient voor haar risico gelaten te worden. Van handelen in strijd met de verplichting als goed werkgever te handelen door [verweerder 2] c.s. is dan ook geen sprake. (rov. 4.20)

De vordering tot betaling van een vergoeding gelijk aan de transitievergoeding op grond van art. 7:611 BW is dan ook terecht afgewezen. (rov. 4.21)

3. Beoordeling van het middel

3.1.1. Onderdeel 1 van het middel klaagt dat het hof in rov. 4.5-4.12 alleen heeft beoordeeld of de door [werkneemster] aan haar ontbindingsverzoek ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden ieder voor zich de gevraagde ontbinding op grond van art. 7:671c lid 1 BW kunnen dragen. Onderdeel 2 klaagt onder meer dat het hof ook in rov. 4.13, bij de beoordeling of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door [verweerders] in de zin van art. 7:671c lid 2 BW en art. 7:673 lid 1, aanhef en sub b onder 2o, BW, het incident van 2015 en de kwestie van de toezending van de niet-geanonimiseerde beschikking elk op zichzelf heeft beschouwd.

Het hof heeft daarmee miskend dat bij de beoordeling de aangevoerde feiten en omstandigheden in onderling verband en samenhang moeten worden beschouwd, en dat ernstig verwijtbaar handelen ook erin gelegen kan zijn dat een werkgever zich bij herhaling schuldig maakt aan ongelukkig, onzorgvul-

dig en/of verwijtbaar gedrag, ook als die gedragingen ieder op zichzelf beschouwd niet ernstig verwijtbaar zijn. Als het hof dit een en ander niet heeft miskend, heeft het zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd, aldus deze klachten.

3.1.2. 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. Wordt een arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer ontbonden als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dan is de werkgever op grond van art. 7:673 lid 1, aanhef en sub b onder 2o, BW een transitievergoeding verschuldigd en kan aan de werknemer op grond van art. 7:671c lid 2 BW een billijke vergoeding worden toegekend.

3.1.3. 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.⁴⁸ Bij de beoordeling van het verzoek moeten alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Ook bij de beoordeling of de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, moeten alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen.

3.1.4. 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.

3.2.1. Onderdeel 3C klaagt dat het hof in rov. 4.17-4.21 heeft miskend dat [verweerders] niet de voorwaarde van finale kwijting mochten stellen aan hun bereidheid om de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden onder toekenning van de transitievergoeding te beëindigen.

3.2.2. In de Xella-beslissing⁴⁹ heeft de Hoge Raad het volgende overwogen in rov. 2.7.3:

'Als is voldaan aan de vereisten van art. 7:669 lid 1 en lid 3, aanhef en onder b, BW voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, geldt als uitgangspunt dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW, gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder

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

49 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (Xella).

toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding. Daarbij geldt dat die vergoeding niet meer behoeft te bedragen dan hetgeen aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) beëindigen.

Op dit uitgangspunt moet een uitzondering worden aanvaard als – op grond van door de werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden – de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. Zo'n belang kan bijvoorbeeld gelegen zijn in reële re-integratiemogelijkheden voor de werknemer. Zo'n belang kan niet gelegen zijn in de omstandigheid dat de werknemer op het moment dat hij zijn beëindigingsvoorstel doet, de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt.

3.2.3. Doet een werknemer een voorstel als bedoeld in de Xella-beslissing, dan handelt de werkgever niet als een goed werkgever indien hij slechts bereid is het voorstel te aanvaarden op voorwaarde dat de werknemer hem finale kwijting verleent voor mogelijke andere aanspraken.

3.2.4. Het hof heeft dan ook blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in verband met de door [verweerders] gestelde voorwaarde in rov. 4.20 te oordelen dat geen sprake was van handelen in strijd met de verplichting als goed werkgever te handelen. De klacht slaagt.

3.3. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt de beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 14 september 2020;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt [verweerders] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [werknemer] begroot op € 412,07 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris.

NOOT

In deze rechttoe-rechtaan-uitspraak van de Hoge Raad worden twee arbeidsrechtelijke onderwerpen verduidelijkt:

1. Het eisen van finale kwijting door werkgever alvorens over te willen gaan tot het betalen van de Xella-vergoeding is in strijd met goed werkgeverschap.
2. Bij de beoordeling of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever moeten alle aangevoerde feiten en omstandigheden in onderling verband en samenhang worden beoordeeld.

Ad 1. De Xella-vergoeding en de finale kwijting

Korte omschrijving van de relevante feiten en omstandigheden van de casus

In deze casus vraagt een langdurig arbeidsongeschikte werknemer met een slapend dienstverband haar werkgever in te stemmen met een beëindigingsvoorstel, zoals ook in het Xella-arrest¹ gebeurde. Daarnaast vordert zij een billij-

ke vergoeding vanwege ernstig verwijtbaar handelen. Werkgever wil uiteindelijk instemmen met het betalen van de Xella-vergoeding, maar alleen als werknemer instemt met finale kwijting. Anders gezegd: alleen als zij haar aanspraak op een billijke vergoeding laat varen. Daar wil werknemer niet mee instemmen omdat zij van mening is dat werkgever zich ernstig verwijtbaar gedragen heeft en dat haar om die reden een billijke vergoeding toekomt. Partijen komen daar niet uit, waarop werknemer zich tot de kantonrechter wendt. Werknemer verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst, althans het tijdstip te bepalen waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, en om werkgever te veroordelen tot betaling van de transitievergoeding ad € 21.407 bruto, althans een vergoeding ter hoogte van dit bedrag op grond van art. 7:611 BW, een billijke vergoeding van € 33.799,71 en een bedrag aan immateriële schadevergoeding van € 5.000. Gronden voor het verzoek waren (1) haar langdurige ziekte en (2) het ernstig verwijtbaar handelen van werkgever. In eerste aanleg werd aan de grond van het ernstig verwijtbaar handelen de opmerkingen van werkgever tijdens het overleg in september 2015 ten grondslag gelegd (werkgever gebruikt de woorden 'voor de trein gooien' in een evaluatiegesprek over de re-integratie, als reactie op de melding van werknemer dat zij contact heeft met een psycholoog van een bureau dat langs het spoor in Groningen is gevestigd). In hoger beroep is daaraan toegevoegd dat werkgever de uitspraak van de kantonrechter in eerste aanleg op 10 maart 2020 niet-geanonimiseerd heeft toegezonden aan alle leden van de Vereniging van Noord-Nederlandse Arbeidsrechtadvocaten.

De kantonrechter wijst al haar verzoeken af, het hof eveneens. De Hoge Raad oordeelt dat het stellen van de voorwaarde dat werknemer instemt met finale kwijting alvorens over te willen gaan tot betalen van de Xella-vergoeding in strijd is met goed werkgeverschap: als een werknemer een voorstel doet als bedoeld in de Xella-beslissing, dan handelt de werkgever niet als goed werkgever indien hij slechts bereid is het voorstel te aanvaarden op voorwaarde dat de werknemer hem finale kwijting verleent voor mogelijke andere aanspraken.

Naar mijn mening is dit oordeel van de Hoge Raad op het eerste oog even logisch als terecht. In het Xella-arrest is de Hoge Raad immers heel duidelijk: een werkgever moet meewerken aan een beëindiging op verzoek van werknemer na twee jaar arbeidsongeschiktheid onder betaling van de transitievergoeding, anders handelt hij in strijd met goed werkgeverschap. Anders gezegd: de Hoge Raad geeft in het Xella-arrest geen ruimte om daar aanvullende voorwaarden aan te verbinden, zoals finale kwijting. Een werkgever kan niet onder andere eventuele schadeclaims of aanspraken uitkomen (bijvoorbeeld op grond van ernstige verwijtbaarheid, maar een werkgeversaansprakelijkheidsclaim ex art. 7:658 BW is in dergelijke langdurige arbeidsongeschiktheidssituaties uiteraard ook goed denkbaar) door een Xella-vergoeding slechts onder voorwaarde van een finaal kwijtingsbeding te willen betalen.

Dat laat naar mijn mening verder onverlet dat finale kwijting wel kán worden afgesproken tussen partijen als zij het erover eens zijn dat er verder geen andere claims aan de orde zijn. Maar door deze uitspraak wordt wel duidelijk dat op grond van het Xella-arrest een werknemer het standpunt in kan nemen dat finale kwijting in een dergelijke vaststellingsovereenkomst niet aan de orde is, juist omdat werkgever mee moet werken aan een Xella-beëindiging. Op die manier

1 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (Xella).

houdt werknemer de handen vrij als hij bijvoorbeeld pas zes maanden na de beëindiging (en betaling van de transitievergoeding) ontdekt dat hij een beroepsziekte heeft.

Maar wat te denken van de volgende situatie: als de ratio is dat finale kwijting niet aan de orde is als werknemer al recht heeft op (bijvoorbeeld) een transitievergoeding op basis van (in dit geval) een HR-uitspraak, is dan ook geen finale kwijting mogelijk als een werknemer recht heeft op 1,5 keer de transitievergoeding op basis van een sociaal plan bij een a-grond? Ik denk dat dat niet het geval is omdat de verplichting van een werkgever om mee te werken aan een beëindiging na langdurige arbeidsongeschiktheid altijd een bijzondere eend in de bijt is geweest. Het wezenlijke verschil is dat in het geval van de *Xella*-uitspraak *werknemer* het initiatief neemt om tot een beëindiging van het dienstverband te komen omdat werkgever het dienstverband om onheuse redenen 'slapend' houdt, namelijk om onder het betalen van de transitievergoeding uit te komen. In het geval van een reorganisatie komt het initiatief van werkgever en kan werknemer ervoor kiezen niet in te stemmen met finale kwijting, waarna werkgever een procedure kan starten bij het UWV. Dan blijft de weg van eventuele andere claims daarmee open.

Hiervoor schreef ik dat de uitspraak 'op het eerste oog' even logisch als terecht is. Nader beschouwd kan de uitspraak immers implicaties hebben die minder wenselijk zijn omdat het afspreken van finale kwijting mogelijk in een ander daglicht komt te staan. Maar nog weer meer inzoomend op de casus, kom ik toch terug op mijn eerdere oordeel van 'logisch en terecht'. De reden daarvoor is (1) het verschil in bij wie het initiatief ligt van de beëindiging en (2) de positie waarin de werknemer zich bevindt. In de *Xella*-situatie bevindt de werknemer zich in een uitzichtloze situatie (hij zit vast in een 'lege' arbeidsovereenkomst) en wordt hij door het niet-handelen van werkgever gedwongen om het initiatief tot beëindiging te nemen om aanspraak te kunnen maken op een transitievergoeding. In het geval van de reorganisatie is de situatie wezenlijk anders. Het initiatief van beëindiging ligt onmiskenbaar bij werkgever. En als de werknemer niet instemt met de beëindiging, is er een met waarborgen omklede rechtsgang die werkgever kan initiëren. Doet werkgever dat niet, dan komt er geen einde aan het dienstverband.

Ik kom dan ook tot de conclusie dat dit de enige juiste manier is om dit vraagstuk te benaderen: aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid onder toekenning van de transitievergoeding moet de werkgever na *Xella* zijn onvoorwaardelijke medewerking verlenen. In dat licht kan de werkgever niet als voorwaarde stellen dat er finale kwijting wordt afgesproken. Voor wat betreft de overige eventuele claims, vorderingen, in te schatten risico's op beroepsziekten et cetera kunnen partijen in een dergelijk geval separaat afspraken maken, waarvan de finale kwijting wél een onderdeel kan zijn.

Ad 2. Beoordeling ernstig verwijtbaar handelen

Het andere punt dat de Hoge Raad verduidelijkt is dat alle aangevoerde feiten en omstandigheden in onderling verband en samenhang moeten worden beoordeeld in het geval van ernstig verwijtbaar handelen van werkgever (art. 7:671c BW). De Hoge Raad overweegt 'dat ernstig verwijtbaar handelen ook erin gelegen kan zijn dat een werkgever zich bij herhaling schuldig maakt aan ongelukkig, onzorgvuldig en/of verwijtbaar gedrag, ook als die gedragingen ieder op zichzelf beschouwd niet ernstig verwijtbaar zijn'. In deze rechtsover-

weging haakt de Hoge Raad expliciet aan bij het voormalige art. 7:685 lid 2 (oud) BW.

Op het eerste oog lijkt deze overweging een open deur. In langdurige re-integratietrajecten is er immers vaker sprake van een opstapeling van meer en/of minder ernstig verwijtbare handelingen van een werkgever die leiden tot het oordeel dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid waardoor er aanspraak bestaat op een billijke vergoeding in de zin van art. 7:671c lid 2 sub b BW. Echter, nader beschouwd gaat het in deze uitspraak om feiten en omstandigheden die niet gerelateerd zijn. Het gaat hier om twee incidenten die volledig los van elkaar staan. Het eerste incident vond plaats in september 2015. De werkgever heeft tijdens een (re-integratie-) evaluatiegesprek met werknemer, waarbij haar psychotherapeut aanwezig was, de woorden 'voor de trein gooien' gebruikt omdat werknemer had aangegeven dat de psychologenpraktijk naast het treinspoor in Groningen gevestigd was. Het tweede incident vond (bijna vijf jaar later) plaats op 10 maart 2020, toen werkgever de niet-geanonimiseerde beschikking van de kantonrechter aan alle leden van de Vereniging van Noord-Nederlandse Arbeidsrechtadvocaten heeft verzonden. Anders dan de kantonrechter en het hof is de Hoge Raad van mening dat deze (zowel in tijd als aard ver uit elkaar liggende) feiten en omstandigheden eveneens in onderling verband en samenhang moeten worden beoordeeld. Ik deel de mening van de Hoge Raad dat ook feiten en omstandigheden die in de tijd en naar hun aard niet gerelateerd zijn, even zo goed in onderlinge samenhang moeten worden beoordeeld. Elke andere uitkomst zou tot ongewenste resultaten leiden. Overigens moet mij wel van het hart dat ik van mening ben dat het tijdens een evaluatiegesprek in het kader van re-integratie opperen van de suggestie je maar 'voor de trein te gooien' aan een werknemer die met een zeer ernstige burn-out thuiszit, volstrekt ongepast is en op zich al meer dan voldoende grond om tot ernstige verwijtbaarheid van de werkgever te concluderen. Maar dat, geheel, terzijde. De vraag die zich tot slot aandient, is of de Hoge Raad ook van mening is dat een werkgever verwijtbare gedragingen van werknemer mag stapelen om tot ernstige verwijtbaarheid te komen. De Hoge Raad zegt in de uitspraak: '*Ook* (cur-sivering MB) bij de beoordeling of de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, moeten alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen.' Het gebruik van het woord 'ook' zou erop kunnen duiden dat dat tevens het geval is bij een werkgeversverzoek op grond van ernstig verwijtbaar handelen van werknemer. De Hoge Raad heeft het geding terugverwezen naar het hof 's-Hertogenbosch. Wordt vervolgd.

mr. M.P. Bökkerink-de Koning
Antonia Advocatuur & Mediation