

# VU Research Portal

## De 'alle omstandigheden van het geval'-toetsing bij artikel 7:671c BW en ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever

Bij de Vaate, DMA

### **published in**

Arbeidsrechtelijke annotaties  
2022

### **DOI (link to publisher)**

[10.5553/ArA/156866392022021002002](https://doi.org/10.5553/ArA/156866392022021002002)

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

### **document license**

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Bij de Vaate, DMA. (2022). De 'alle omstandigheden van het geval'-toetsing bij artikel 7:671c BW en ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever: HR 21 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:63 (werkneemster/werkgever). *Arbeidsrechtelijke annotaties*, 2022(2), 18-40. [2022/2]. <https://doi.org/10.5553/ArA/156866392022021002002>

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# De ‘alle omstandigheden van het geval’-toetsing bij artikel 7:671c BW en ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever

HR 21 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:63 (werkneemster/  
werkgever)

*Mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate*

## 1. Inleiding

De Hoge Raad heeft in zijn beschikking van 21 januari 2022 verduidelijkt welke omstandigheden de rechter in zijn afweging moet betrekken bij de beoordeling van een werknemersverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671c BW, en bij de beoordeling of de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.<sup>1</sup> Bij beide beoordelingen moeten de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen.<sup>2</sup> Het is de eerste keer sinds de invoering van de Wvz dat de Hoge Raad zich uitlaat over de toetsing van een werknemersverzoek tot ontbinding.<sup>3</sup> Een onderwerp dat bovendien in de literatuur nauwelijks aandacht krijgt.<sup>4</sup> Het criterium ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’ is daarentegen geen nieuwkomer in de cassatierechtspraak.<sup>5</sup> De Hoge Raad liet zich in 2019 in de Woondroomzorg-beschikking reeds uit over de omstandigheden die in aanmerking

- 1 HR 21 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:63, JAR 2022/52, m.nt. M.L.G. Otto, TRA 2022/32, m.nt. C.J. Frikkee.
- 2 Voorts oordeelde de Hoge Raad dat wanneer de werknemer een voorstel tot beëindiging van het dienstverband doet conform de Xella-beschikking, de werkgever niet als een goed werkgever handelt indien hij slechts bereid is het voorstel te aanvaarden op de voorwaarde dat de werknemer hem finale kwijting verleent voor mogelijke andere aanspraken. Dat oordeel van de Hoge Raad is geen onderwerp van deze bijdrage.
- 3 De Hoge Raad heeft zich wel eerder uitgelaten over de billijke vergoeding van artikel 7:671c lid 2 sub b BW. Zie HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878 (Zinzia).
- 4 Zie daarover: M. Beukhof & R.D. Rietveld, Werknemersverzoeken in cijfers, TvO 2017/3; K. Bemelmans, Werknemersverzoeken: over de maatstaven, een ‘optelsom’ en andere aspecten, TvO 2022/2.
- 5 Het criterium was ten tijde van het afsluiten van deze bijdrage maar liefst veertien keer onderwerp van een cassatieprocedure bij de Hoge Raad. De meeste van deze zaken zijn echter afgedaan op grond van artikel 81 RO. Zie HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2626 (81 RO); HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220 (Bossers & Cnossen); HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484 (Dräger); HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:687 (artikel 81 RO); HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1979 (Colliers); HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203 (Woondroomzorg); HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:633 (artikel 81 RO); HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1720 (artikel 81 RO); HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1307 (Hogeschool X); HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1501 (artikel 81 RO); HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1946 (artikel 81 RO); HR 7 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:701 (artikel 81 RO); HR 21 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:63; HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:333 (artikel 81 RO).

moeten worden genomen bij de beoordeling of de ontbinding het gevolg is van ernstige verwijtbaarheid van de *werknemer*.<sup>6</sup> Opvallend is dat de Hoge Raad overwoog dat bij die beoordeling juist *niet* alle omstandigheden van het geval van belang zijn (zie hierna).

Deze bijdrage onderwerpt de beschikking van de Hoge Raad van 21 januari 2022 aan een nadere analyse. In het bijzonder wordt ingegaan op de wijze waarop artikel 7:671c BW in de lagere rechtspraak wordt toegepast en hoe deze toepassing zich verhoudt tot de norm van artikel 7:671c BW (paragraaf 4). Voorts wordt stilgestaan bij de vraag hoe de toetsing die volgens de Hoge Raad moet worden aangelegd bij de beoordeling van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de *werkgever* zich verhoudt tot de beoordeling die moet worden aangelegd bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de *werknemer* (paragraaf 5.1). Ten slotte wordt ingegaan op de mogelijkheid van het stapelen van verschillende verwijtbare gedragingen om tezamen tot het predicaat ernstige verwijtbaarheid te komen, hetgeen gemakkelijker lijkt in de situatie waarin de werknemer zelf om ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst verzoekt (paragraaf 5.2).

## 2. Feiten en procesverloop

De zaak betreft een juridisch secretaresse in dienst bij een maatschap gericht op de juridische advies- en mediationpraktijk. De werknemster heeft zich op 1 juni 2015 ziek gemeld. In september 2015 hebben partijen over re-integratie gesproken. De werknemster heeft toen gemeld dat zij contact had met een psycholoog, gevestigd langs het spoor in Groningen. Een van de bij dat gesprek aanwezige advocaten, tevens een van de twee maten van de maatschap, heeft toen een opmerking gemaakt in de trant van dat werknemster zich dan ook meteen voor de trein kon gooien. Op 31 mei 2016 is werknemster volledig arbeidsongeschikt verklaard en per 29 mei 2017 is de loondoorbetalingsverplichting van werkgever geëindigd. Medio november 2019 heeft de gemachtigde van werknemster aan werkgever voorgesteld om de arbeidsovereenkomst per 1 december 2019 met wederzijds goedvinden te beëindigen onder toekenning van de transitievergoeding, daarbij verwijzend naar de Xella-beschikking van de Hoge Raad. De werkgever heeft dat voorstel afgewezen, waarop de gemachtigde van werknemster aan de werkgever een nieuw voorstel heeft gedaan tot betaling van een billijke vergoeding en een transitievergoeding. Begin december 2019 heeft de werkgever zich alsnog bereid verklaard tot betaling van een bedrag aan transitievergoeding, zij het dat over de juiste hoogte daarvan nog overeenstemming moest worden bereikt. Op 24 december 2019 heeft werkgever een beëindigingsovereenkomst aangeboden met daarin een lagere vergoeding dan verzocht tegen finale kwijting over en weer. Op 16 december 2019 heeft de werknemster een verzoek tot ontbinding van haar arbeidsovereenkomst ingediend bij de kantonrechter onder toekenning van de transitievergoeding en een billijke vergoeding. De kantonrechter heeft dat verzoek afgewezen, omdat geen sprake was van intimidatie, dan wel ander ernstig verwijtbaar handelen van

6 HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203 (Woondroomzorg).

Mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate

de werkgever.<sup>7</sup> De werkgever heeft vervolgens de niet-geanonimiseerde beschikking van de kantonrechter ter kennisneming toegezonden aan alle leden van de Vereniging van Noord-Nederlandse Arbeidsrechtadvocaten (VNAA), behalve aan de advocaten van het kantoor van werkneemster. Werkneemster heeft vervolgens hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de kantonrechter. Het hof heeft dat hoger beroep verworpen. Volgens het hof maakt het ongelukkige gebruik van de woorden ‘voor de trein gooien’ nog niet dat sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag van werkgever en dat op die grond de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden. Datzelfde geldt volgens het hof voor de toezending van de niet-geanonimiseerde beschikking aan de leden van de VNAA.<sup>8</sup> Werkneemster heeft beroep in cassatie ingesteld. Voor zover voor deze bijdrage van belang stelt het cassatiemiddel dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over het bepaalde in artikel 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 niet ieder voor zich, maar in onderling verband en samenhang beoordelen. Voorts klaagt het middel dat het hof ook bij de beoordeling of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever de aangevoerde feiten en omstandigheden elk op zichzelf heeft beschouwd. Het hof heeft daarmee miskend dat ook bij de beoordeling of de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, 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, onzorgvuldig en/of verwijtbaar gedrag, ook als die gedragingen ieder op zichzelf beschouwd niet ernstig verwijtbaar zijn, aldus het cassatiemiddel.

### 3. Oordeel Hoge Raad<sup>9</sup>

De Hoge Raad haalt allereerst het wettelijk toetsingskader aan. Op grond van artikel 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 artikel 7:673 lid 1, aanhef en sub b onder 2, BW een transitievergoeding verschuldigd en kan aan de werknemer op grond van artikel 7:671c lid 2 BW een billijke vergoeding worden toegekend. Vervolgens overweegt de Hoge

7 Kantonrechter Groningen 3 maart 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1007.

8 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7182.

9 De conclusie van P-G De Bock bij onderhavige beschikking strekt tot vernietiging van de bestreden beschikking (2 juli 2021, ECLI:NL:PHR:2021:752). Die conclusie, evenals de argumentatie, wordt gevolgd door de Hoge Raad. Ik volsta daarom hier met het bespreken van het oordeel van de Hoge Raad. In de nadere analyse van de beschikking in de volgende paragrafen zal waar relevant worden verwezen naar de argumentatie van de P-G.

Raad dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 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 artikel 7:685 lid 2 (oud) BW. Bij de beoordeling van het verzoek moeten naar het oordeel van de Hoge Raad alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Hetzelfde heeft volgens de Hoge Raad te gelden voor de beoordeling of de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Het hof heeft het voorgaande miskend. Het hof heeft overwogen dat noch het gebruik van de woorden 'voor de trein gooien' in september 2015, noch de kwestie van de toezending van de niet-geanonimiseerde beschikking is aan te merken als ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever op grond waarvan de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden. 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. Het hof heeft daarmee hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij zijn oordelen onvoldoende gemotiveerd, aldus de Hoge Raad.

#### 4. De toetsingsmaatstaf van artikel 7:671c BW

##### 4.1 *Het belang van artikel 7:671c BW*

Alvorens in te gaan op de toetsingsmaatstaf die volgens de Hoge Raad aangelegd moet worden bij de beoordeling of de ontbinding op verzoek van de werknemer dient plaats te vinden en de invulling daarvan in de lagere jurisprudentie, sta ik allereerst kort stil bij het belang van artikel 7:671c BW. Waarom zou een werknemer de kantonrechter vragen om zijn arbeidsovereenkomst te ontbinden, terwijl hij ook zelf op ieder gewenst tijdstip en om welke reden dan ook zijn arbeidsovereenkomst kan opzeggen met toepassing van de relevante opzegtermijn?

Een eerste reden voor het gebruik van artikel 7:671c BW door de werknemer kan gelegen zijn in het feit dat opzegging van de arbeidsovereenkomst niet mogelijk is, althans niet zonder meer. Dat is het geval indien sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder dat de mogelijkheid van tussentijdse opzegging is bedongen (zie artikel 7:667 lid 3 BW). Wordt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in dat geval toch tussentijds opgezegd, dan is de opzeggende partij een vergoeding verschuldigd. Die vergoeding is gelijk aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst voortgeduurd zou hebben indien deze van rechtswege zou zijn geëindigd. De kantonrechter kan die vergoeding matigen indien hem dit met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt, maar tot niet minder dan het in geld vastgestelde loon voor drie maanden (artikel 7:677 lid 4 BW). Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijdse-opzeggingsbevoegdheid kan tussentijds wel worden ontbonden. De werknemer is in dat geval in beginsel niet schadeplichtig. Een uitzondering op dat uitgangspunt wordt gevormd door artikel 7:671c lid 3 sub c BW. De kantonrechter

Mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate

kan, wanneer hij het verzoek van de werknemer tot tussentijdse ontbinding inwilligt, de werkgever een vergoeding toekennen tot ten hoogste het bedrag gelijk aan het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst geduurd zou hebben indien deze van rechtswege zou zijn geëindigd, indien hem dat met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt of de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werknemer.

Een tweede reden voor het gebruik van artikel 7:671c BW door de werknemer kan gelegen zijn in het feit dat hij de arbeidsovereenkomst op korte termijn wil beëindigen zonder toepassing van de rechtens relevante opzegtermijn, terwijl hij geen gebruik kan of wil maken van de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst onverwijld om een dringende reden op te zeggen. Het tweede en derde lid van artikel 7:671c BW schrijven voor dat wanneer de kantonrechter het verzoek van de werknemer tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst inwilligt, hij bepaalt op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Daarbij is de kantonrechter, anders dan bij het werkgeversverzoek tot ontbinding op grond van artikel 7:671b lid 10 onder a en b BW, niet gebonden aan de geldende opzegtermijn. De rechter is vrij om te bepalen op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst door de ontbinding op verzoek van de werknemer eindigt.

De belangrijkste reden voor de werknemer om zelf ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst te verzoeken is echter veelal gelegen in het verkrijgen van vergoedingen. Ingevolge artikel 7:671c lid 2 onder b en lid 3 onder b BW kan de kantonrechter bij inwilliging van het verzoek door de werknemer tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst een billijke vergoeding toekennen als de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever. Die mogelijkheid om een billijke vergoeding te ontvangen bestaat niet indien de werknemer zijn arbeidsovereenkomst zelf opzegt. Bovendien kan de werknemer de kantonrechter verzoeken om te vast te stellen dat de werkgever de transitievergoeding verschuldigd is omdat de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever op verzoek van de werknemer is ontbonden (artikel 7:673 lid 1 sub b onder 2 BW).<sup>10</sup>

#### 4.2 De 'alle omstandigheden van het geval'-toets bij artikel 7:671c BW

Ingevolge artikel 7:671c lid 1 BW kan de werknemer ontbinding verzoeken wegens 'omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheids-halve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen'. De inhoud van dit criterium is in de parlementaire geschiedenis nauwelijks toegelicht. Wel is opgemerkt dat artikel 7:671c BW het spiegelbeeld betreft van artikel 7:671b BW en dat met het criterium in artikel 7:671c lid 1 BW is aangesloten bij de formulering van het oude artikel 7:685 lid 2 BW.<sup>11</sup> Daarin was uitgewerkt wat verstaan diende te worden onder het begrip 'gewichtige redenen' voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:685 lid 1 (oud) BW. Als gewichtige redenen werden beschouwd

10 Overigens bestaat deze laatste mogelijkheid wel ook voor de werknemer die zelf zijn arbeidsovereenkomst opzegt. Zie artikel 7:673 lid 1 sub b onder 1 BW.

11 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 109.

(i) omstandigheden die een dringende reden als bedoeld in artikel 7:677 lid 1 BW zouden hebben opgeleverd, en (ii) veranderingen in de omstandigheden welke van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. Regeling van het werknemersverzoek tot ontbinding in een apart artikel was noodzakelijk omdat de werknemer in tegenstelling tot de werkgever niet gebonden is aan het gesloten stelsel van ontslaggronden zoals dat sinds de inwerkingtreding van de Wwz volgt uit artikel 7:669 BW. De werknemer kan, anders dan een werkgever, de arbeidsovereenkomst – behoudens een niet tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – altijd opzeggen met inachtneming van de opzegtermijn. Daarom is volgens de parlementaire geschiedenis ook bepaald dat de werknemer de kantonrechter 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 kort tijd behoort te eindigen.<sup>12</sup> De wet hanteert voor ontbinding op verzoek van de werknemer aldus een open norm. De Hoge Raad sluit in de onderhavige beschikking aan bij die totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:671c BW en overweegt vervolgens dat bij de beoordeling of de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen, alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking moeten worden genomen. Die brede blik komt gelet op de open norm van artikel 7:671c lid 1 BW juist voor, aldus ook P-G De Bock in haar conclusie bij onderhavige beschikking.<sup>13</sup> Onder het oude ontslagrecht heeft de Hoge Raad zich bij mijn weten niet uitgelaten over de maatstaf die moest worden aangelegd door de rechter bij het beoordelen van een ontbindingsverzoek op grond van artikel 7:685 (oud) BW. De vraag of zich een gewichtige reden voor ontbinding voordeed, kwam in de regel niet verder dan de kantonrechter, nu hoger beroep en cassatie tegen de beschikking op de voet van artikel 7:685 (oud) BW in beginsel waren uitgesloten.<sup>14</sup> In de literatuur werd wel uitgegaan van een toetsing aan de hand van alle omstandigheden van het geval.<sup>15</sup> Dat sluit ook aan bij de begroting van de ontbindingsvergoeding die onder het oude ontslagrecht op grond van het achtste lid van artikel 7:685 BW kon worden toegekend. De Hoge Raad oordeelde dat in de hoogte van die vergoeding de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, onder weging van alle voor zijn oordeel relevante factoren, ten volle tot uitdrukking diende te komen.<sup>16</sup>

12 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 33 en 81.

13 Conclusie P-G De Bock 2 juli 2021, ECLI:NL:PHR:2021:752, rn. 2.9.

14 Zie artikel 7:685 lid 11 (oud) BW.

15 Zie bijv. G.C. Scholtens, De gewichtige reden van artikel 7:685 BW; bedoeling en werkelijkheid (1), *ArbeidsRecht* 2001/31; E. Verhulp, Tekst en Commentaar arbeidsrecht, aant. 9 bij artikel 7:685 BW (oud); S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), Leiden 2014, p. 5.

16 Zie HR 14 oktober 1997, NJ 1998/257 (Baijings); HR 5 maart 1999, NJ 1999/644; HR 15 december 2000, NJ 2001/251; HR 2 november 2001, NJ 2001/667; HR 1 maart 2002, NJ 2003/210; HR 10 januari 2003, NJ 2003/231; HR 7 november 2003, RvdW 2003/173.

Mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate

#### 4.3 *Jurisprudentieanalyse artikel 7:671c BW*

Wat zijn nu omstandigheden die meebrengen dat de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen, waarbij geldt dat die omstandigheden in onderling verband en samenhang moeten worden beoordeeld? Hieronder zet ik uiteen hoe de lagere rechtspraak omgaat met een werknemersverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst en voorzie ik die rechtspraak van een kritische reflectie.

Het eerste wat opvalt wanneer de jurisprudentie ten aanzien van artikel 7:671c BW wordt bestudeerd, is dat in verreweg de meeste gevallen het werknemersverzoek tot ontbinding wordt toegewezen.<sup>17</sup> Als voorbeelden van omstandigheden die volgens de kantonrechter meebrengen dat de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen, kunnen genoemd worden: een verstoorde arbeidsverhouding,<sup>18</sup> langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer,<sup>19</sup> het niet betalen van salaris door de werkgever<sup>20</sup> en het schenden van re-integratieverplichtingen door de werkgever.<sup>21</sup> De kantonrechter lijkt veelal niet heel indringend te toetsen of sprake is van omstandigheden die meebrengen dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte termijn behoort te eindigen. Daarbij wordt wel waarde toegekend aan het grondrecht van vrije arbeidskeuze van de werknemer.<sup>22</sup> Overigens moet opgemerkt worden dat de werkgever zich in die gevallen meestal ook niet verzet tegen de door de werknemer gevraagde ontbinding.

- 17 Gezocht is via [www.ar-updates.nl](http://www.ar-updates.nl) gefilterd op onderwerp 'ontbindingsverzoek werknemer (7:671c BW)' in de tijdsperiode tussen 1 juli 2015 en 1 mei 2022. Alle gepubliceerde beschikkingen waarbij het ontbindingsverzoek werd afgewezen zijn bestudeerd (zie hierna). De analyse van beschikkingen waarbij het ontbindingsverzoek werd toegewezen berust op een steekproef van jurisprudentie (± 40 uitspraken) en heeft een exploratief karakter.
- 18 Zie bijv. Kantonrechter Eindhoven 28 augustus 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5275; Kantonrechter Den Haag 3 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:761; Kantonrechter Bergen op Zoom 2 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1004; Kantonrechter Rotterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5346; Kantonrechter Eindhoven 23 april 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2311; Kantonrechter Arnhem 5 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:7057; Kantonrechter Amsterdam 15 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:567.
- 19 Zie bijv. Kantonrechter Amersfoort 15 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:791; Kantonrechter Arnhem 5 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4296; Kantonrechter Amsterdam 8 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6829.
- 20 Zie bijv. Kantonrechter Leeuwarden 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:756; Kantonrechter Rotterdam 21 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4237; Kantonrechter Groningen 18 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4528; Kantonrechter Amsterdam 17 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4121; Kantonrechter Amsterdam 17 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2565.
- 21 Zie bijv. Kantonrechter Rotterdam 17 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:453; Kantonrechter Eindhoven 15 januari 2021, AR 2021-0083; Kantonrechter Assen 19 februari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:600.
- 22 Artikel 19 lid 3 Grondwet. Zie bijv. Kantonrechter Breda 22 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:9038; Rb. Zeeland-West-Brabant 3 februari 2016, AR 2015-1200; Kantonrechter Roermond 23 mei 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:4343; Kantonrechter Alkmaar 19 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7938; Kantonrechter Rotterdam 27 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7646. Vgl. M. Beukhof & R.D. Rietveld, *Werknemersverzoeken in cijfers*, TvO 2017/3.



Niettemin zijn er in de jurisprudentie ook afwijzingen van het ontbindingsverzoek door de werknemer te vinden.<sup>23</sup> In de gepubliceerde jurisprudentie vanaf 1 juli 2015 tot en met het afsluiten van deze bijdrage op 1 mei 2022 heb ik er twaalf kunnen vinden.<sup>24</sup> De motivering die de rechter hanteert voor de afwijzing van het ontbindingsverzoek als bedoeld in artikel 7:671c BW laat zich grofweg in vier categorieën indelen.

- *Geen ernstig verwijtbaar handelen*

Allereerst is er een categorie van zaken te vinden waarbij de rechter voor toewijzing van het ontbindingsverzoek door de werknemer lijkt te eisen dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever en aldus aanspraak bestaat op een billijke vergoeding en transitievergoeding.<sup>25</sup> Exemplarisch in dat kader is de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden waartegen de cassatiezaak die centraal staat in deze bijdrage zich richt.<sup>26</sup> Het hof overwoog dat het ongelukkige gebruik van de woorden 'voor de trein gooien' nog niet maakt dat sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag en dat op die grond de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden. Datzelfde geldt voor de toezending door de werkgever van de niet-geanonimiseerde beschikking van de kantonrechter aan de leden van de VNAA. Dat was ongelukkig, maar die enkele toezending toont nog niet aan dat de werkgever erop uit was om werknemster te kwetsen. Grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst is deze niet, aldus het hof. Daar voegt het hof later in zijn beschikking bovendien nog aan toe dat strikt genomen al ontbinding had kunnen plaatsvinden op de grond dat de langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemster een zodanige wijziging van omstandigheden oplevert dat de arbeidsovereenkomst dadelijk dient te eindigen. Dat is echter niet de inzet van werknemster in deze procedure. Die is gericht op ontbinding onder gelijktijdige toekenning van een billijke vergoeding en de transitievergoeding. Dat doel is voor de werknemster in deze

23 Gezocht is via [www.ar-updates.nl](http://www.ar-updates.nl), gefilterd op onderwerp 'ontbindingsverzoek werknemer (7:671c BW)'. Zie ook: 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'. Het onderzoek van Beukhof en Rietveld had betrekking op de gepubliceerde uitspraken in de periode 1 juli 2015 tot en met 30 april 2017.

24 Kantonrechter Utrecht 23 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1580; Kantonrechter Zwolle 24 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4156; Kantonrechter Roermond 5 december 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:10510; Kantonrechter Leeuwarden 20 juni 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2215; Kantonrechter Roermond 30 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:855; Kantonrechter Enschede 11 april 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1471; Kantonrechter Amsterdam 15 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5900; Kantonrechter Groningen 3 maart 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1007; Kantonrechter Zwolle 24 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2309; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7182; Kantonrechter Apeldoorn 25 september 2020, AR 2020-1181; Kantonrechter 's-Hertogenbosch 29 maart 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:1491; Kantonrechter Maastricht 3 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8931.

25 Kantonrechter Utrecht 23 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1580; Kantonrechter Leeuwarden 20 juni 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2215; Kantonrechter Roermond 30 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:855; Kantonrechter Groningen 3 maart 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1007; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7182; Kantonrechter 's-Hertogenbosch 29 maart 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:1491.

26 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7182.

Mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate

procedure echter niet bereikbaar omdat geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever. Bij die stand van zaken heeft de werkneemster volgens het hof geen zelfstandig belang bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid.<sup>27</sup> In vergelijkbare zin oordeelde de Kantonrechter Leeuwarden.<sup>28</sup> Volgens de kantonrechter had de werknemer bij de gevraagde ontbinding geen belang nu geen sprake was van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. De Kantonrechter Roermond en de Kantonrechter 's-Hertogenbosch oordeelden dat geen sprake is van omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen nu het gedrag van de werkgever niet kan worden gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Het al dan niet hebben van enig belang van de werknemer bij de ontbinding werd in het midden gelaten.<sup>29</sup>

De voorgaande benadering van het ontbindingsverzoek op grond van artikel 7:671c BW is mijns inziens onjuist. De eis van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever wordt niet gesteld in artikel 7:671c lid 1 BW. Bovendien is juist voor deze situatie artikel 7:686a lid 6 en 7 BW geschreven. Wanneer de kantonrechter voornemens is de ontbinding op verzoek van de werknemer toe te wijzen zonder de daaraan door werknemer verzochte vergoeding, moet de rechter partijen daarvan in kennis stellen en de werknemer een termijn stellen waarbinnen het verzoek kan worden ingetrokken. Gelet op deze intrekkingregeling ligt het niet in de rede dat de rechter de ontbinding zelf afwijst omdat geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever en de werknemer derhalve geen aanspraak kan maken op een billijke vergoeding.<sup>30</sup> Wel is het zo dat de intrekkingregeling van artikel 7:686a lid 6 en 7 BW slechts ziet op de in artikel 7:671b BW en artikel 7:671c BW geregelde vergoedingen. De regeling geldt derhalve volgens de Hoge Raad niet voor het al dan niet toekennen van een door de werknemer verzochte transitievergoeding.<sup>31</sup> De verschuldigdheid van de transitievergoeding volgt uit artikel 7:673 BW. Wat volgens de Hoge Raad wel is toegestaan, is een voorwaardelijke beslissing tot ontbinding, waarbij de voorwaarde inhoudt dat het ontbindingsverzoek – gelet op het oordeel dat geen aanspraak bestaat op de transitievergoeding – niet voor een bepaalde datum wordt ingetrokken. Die voorwaardelijke beslissing mag de rechter echter niet ambtshalve geven, maar alleen wanneer daarom door een partij is verzocht, dan wel dat verzoek in de vordering of het verzoek besloten ligt. Deze mogelijkheid tot het geven van een voorwaardelijke ontbinding had bijvoorbeeld gebruikt kunnen worden door de Kantonrechter Maastricht in

27 Een vergelijkbaar oordeel werd gegeven in eerste aanleg door de Kantonrechter Groningen 3 maart 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1007.

28 Kantonrechter Leeuwarden 20 juni 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2215. Daarnaast achtte de kantonrechter van belang dat de arbeidsovereenkomst binnenkort van rechtswege zou eindigen. Zie daarover hierna meer.

29 Kantonrechter Roermond 30 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:855 (daarnaast achtte de kantonrechter van belang dat de arbeidsovereenkomst binnenkort van rechtswege zou eindigen, zie daarover hierna meer); Kantonrechter 's-Hertogenbosch 29 maart 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:1491.

30 Vgl. conclusie P-G De Bock 2 juli 2021, ECLI:NL:PHR:2021:752, rn. 2.16.

31 HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1812 (Bam Infra Telecom B.V.).

zijn uitspraak van 31 maart 2021.<sup>32</sup> De kantonrechter overweegt dat hoewel inmiddels wel sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding die volgens beide partijen duurzaam en onherstelbaar is, toewijzing van de ontbinding op verzoek van de werknemer in zijn nadeel zou zijn omdat hij, vanwege de afwezigheid van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever, dan geen recht zou hebben op een transitievergoeding. Het verzoek van de werknemer tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671c BW wordt daarom afgewezen.<sup>33</sup> In de onderhavige zaak had de werkgever een tegenverzoek gedaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671b BW wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Dat verzoek werd vervolgens door de kantonrechter toegevoegd onder toekenning van een transitievergoeding aan de werknemer. Een rechtvaardige uitkomst voor de werknemer, maar de kantonrechter had mijns inziens hier ook de ontbinding op verzoek van de werknemer kunnen toewijzen onder de voorwaarde dat werknemer dat verzoek niet zou intrekken binnen een bepaalde termijn.<sup>34</sup> De werknemer had namelijk in onderhavige zaak verzocht om hem in de gelegenheid te stellen het ontbindingsverzoek in te trekken, een voorwaardelijke ontbinding dus. Dat roept wel de volgende vraag op: wat nu indien een dergelijke voorwaardelijke beslissing niet verzocht zou zijn door de werknemer, terwijl de werkgever wel een tegenverzoek heeft gedaan tot ontbinding? Dan zijn twee opties denkbaar. De rechter kan allereerst beslissen om eerst te oordelen op het tegenverzoek door de werkgever. De rechter is namelijk vrij om te bepalen in welke volgorde hij geschilpunten afhandelt. Hij kan in beginsel naar eigen inzicht beslissen om ofwel te beginnen met het oorspronkelijke verzoek, ofwel met het

32 Kantonrechter Maastricht 31 maart 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:3107.

33 In vergelijkbare zin: Kantonrechter Maastricht 3 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8931. De kantonrechter overweegt: 'Voor toewijzing van een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de voet van art. 7:671c lid 2 aanhef en onder a BW zonder de daar door hem direct aan gekoppelde aanspraak op schadevergoeding ontbreekt ieder belang. Eerder is sprake van het tegendeel, nu op basis van het toewijsbare tegenverzoek van de werkgever voor hem wel een vergoeding in de vorm van een transitievergoeding in beeld komt.'

34 Een andere optie is om het verzoek tot ontbinding afhankelijk te maken van een voorwaarde, namelijk onder de voorwaarde dat aan de werknemer een transitievergoeding wordt toegekend. Het betreft dan een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding in plaats van een onvoorwaardelijk verzoek tot voorwaardelijke ontbinding. In dat geval dient de kantonrechter eerst te onderzoeken of aan de voorwaarde wordt voldaan, voordat het ontbindingsverzoek wordt beoordeeld. Is geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever, dan is niet aan de gestelde voorwaarde voldaan en komt de kantonrechter niet toe aan de behandeling van het ontbindingsverzoek. Zie in dat verband Kantonrechter Enschede 11 april 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1471. Vgl. ook Kantonrechter Maastricht 4 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3211. De kantonrechter gaat, bij gebreke van verweer door de werkgever, uit van de juistheid van de stellingen van de werknemer, waardoor het verzoek tot ontbinding op de voet van artikel 7:671c BW in beginsel toewijsbaar is. Vervolgens stelt de kantonrechter vast dat de werknemer dan geen aanspraak kan maken op een transitievergoeding, bij gebreke van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever. Vervolgens overweegt de kantonrechter dat de werknemer heeft verklaard dat indien aan hem geen transitievergoeding wordt toegekend, hij zijn verzoek tot ontbinding intrekt. Het verzoek tot ontbinding moet aldus als ingetrokken worden beschouwd.

Mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate

tegenverzoek.<sup>35</sup> Voorts meen ik dat ook een voorwaardelijke ontbinding tot de mogelijkheden behoort, namelijk door te oordelen dat die voorwaardelijke beslissing redelijkerwijs in het verzoek van de werknemer besloten ligt.<sup>36</sup> Geen van de aspecten van de regel van artikel 23 Rv komt in het gedrang door een dergelijke voorwaardelijke beslissing. De werknemer wordt niet opgescheept met een voorziening die hij niet wil – hij wil namelijk ontbinding met transitievergoeding – en de werkgever wordt niet voor een verrassing gesteld door een voorziening waarop hij niet bedacht hoefde te zijn – hij wil ook ontbinding en is bereid daarbij de transitievergoeding te betalen.<sup>37</sup>

• *Arbeidsovereenkomst eindigt binnenkort van rechtswege*

Een tweede categorie van afwijzingen van werknemersverzoeken tot ontbinding wordt gevormd door uitspraken waarin de rechter beslissende betekenis toekent aan het feit dat de arbeidsovereenkomst binnenkort van rechtswege eindigt en geen feiten en omstandigheden gesteld en bewezen zijn die meebrengen dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve op een nog eerder tijdstip dient te eindigen.<sup>38</sup> Zo overwoog de Kantonrechter Apeldoorn ten aanzien van het ontbindingsverzoek gedaan door de werknemer dat er geen noodzaak is om de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te ontbinden. De arbeidsovereenkomst zal nog slechts een maand en een luttel aantal dagen voortbestaan. Feitelijk verricht de werknemer geen werkzaamheden meer en bestaat er volgens de kantonrechter gezien de duidelijke opstelling van de werkgever waaruit blijkt dat hij de werknemer liever kwijt dan rijk is, geen enkel risico dat de werknemer nog zal worden opgeroepen voor het verrichten van werkzaamheden. Gelet op de tussen partijen grondig verstoorde arbeidsverhouding zou dat volgens de kantonrechter ook onverstandig en onwenselijk zijn. Partijen moeten de rit gewoon nog even met elkaar uitzitten. Het is in dit geval niet nodig om daar nog een ontbinding aan vooraf te laten gaan, aldus de kantonrechter.<sup>39</sup> In enigszins vergelijkbare zin oordeelden Kantonrechter Leeuwarden en Kantonrechter Roermond.<sup>40</sup> Volgens de kantonrechters was niet gebleken van omstandigheden die meebrengen dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve op een nog eerder tijdstip behoort te eindigen dan op het tijdstip waar-

35 Zie HR 7 april 1989, NJ 1989/552 (Hommen/Esplanada) ten aanzien van vordering in conventie en reconventie; HR 19 december 2008, NJ 2009/23 (X/Somers) ten aanzien van verzoek en tegenverzoek. Vgl. ook J. Ekemans, In eerste aanleg. De grenzen van het debat voor de civiele rechter in eerste aanleg (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 16), Deventer: Kluwer 2015, rn. 129; W.H. Heemskerck, De eis in reconventie, diss. Leiden 1972, p. 186.

36 Zie HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1812 (Bam Infra Telecom B.V.); HR 29 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1116, NJ 1994/107 en HR 5 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1945, NJ 1996/449 (Schmitz/Meininger).

37 Vgl. J.J. van der Helm, Het rechterlijk bevel en verbod, Deventer: Kluwer 2019, rn. 38.

38 Zie Kantonrechter Leeuwarden 20 juni 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2215; Kantonrechter Roermond 30 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:855; Kantonrechter Apeldoorn 25 september 2020, AR 2020-1181.

39 Kantonrechter Apeldoorn 25 september 2020, AR 2020-1181.

40 Kantonrechter Leeuwarden 20 juni 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2215 en Kantonrechter Roermond 30 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:855.

op deze van rechtswege eindigt door middel van het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

Deze uitspraken zijn opvallend te noemen, in die zin dat de overwegingen van de kantonrechter perfect aansluiten bij de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever met de ontbindingsprocedure van artikel 7:685 (oud) BW. De procedure werd bij de invoering in 1909 gezien als een billijke oplossing voor situaties waarin het onredelijk zou zijn om van partijen te eisen dat zij het 'regelmatige' einde van de arbeidsovereenkomst afwachten.<sup>41</sup> Van die historische benadering was echter al ver voor de schrapping van artikel 7:685 (oud) BW door inwerkingtreding van de Wwz niets meer over. De ontbindingsprocedure was verworpen tot één van de twee hoofdwegingen voor ontslag en het verzoek werd niet afgewezen op de grond dat de aangevoerde omstandigheden niet zodanig waren dat het regelmatige einde van de arbeidsovereenkomst niet afgewacht kon worden.<sup>42</sup> In dit verband kan ook het onder het oude ontslagrecht gewezen arrest Van Hooff Elektra/Oldenburg genoemd worden.<sup>43</sup> Daarin overwoog de Hoge Raad dat voor de toewijsbaarheid van een verzoek van de werknemer tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:685 (oud) BW ingediend nadat de werkgever de arbeidsovereenkomst reeds met toestemming van het UWV had opgezegd, bepalend is of sprake is van een *zodanige verandering in de omstandigheden dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve op een nog eerder tijdstip behoort te eindigen dan op het tijdstip waartegen is opgezegd*. Deze strengere toetsingsnorm voor toewijzing van de ontbinding op verzoek van de werknemer nadat reeds door de werkgever was opgezegd, was niet nodig geweest indien dit de 'normale' toetsing was die door kantonrechters bij een 685-verzoek werd aangelegd. Die hiervoor aangehaalde uitspraak van de Kantonrechter Leeuwarden ten aanzien van artikel 7:671c BW verwijst ten aanzien van de beoordeling van het ontbindingsverzoek naar het arrest Van Hooff Elektra.<sup>44</sup> De kantonrechter oordeelt dat de strengere toepassingsmaatstaf uit Van Hooff Elektra aan de orde is nu het in de onderhavige zaak gaat om de vraag of de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve op een nog eerder tijdstip behoort te eindigen dan op het tijdstip waarop deze van rechtswege eindigt wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Mijns inziens is de strengere beoordelingsmaatstaf uit Van Hooff

41 A.E. Bles, De Wet op de arbeidsovereenkomst deel IV, 's-Gravenhage: Belinfante 1909, p. 257. Vgl. C.G. Scholtens, De gewichtige reden van art. 7:685 BW; bedoeling en werkelijkheid (1), ArbeidsRecht 2001/31; D.M.A. Bij de Vaate, Bijzonder ontslagprocesrecht (diss. VU), Amsterdam 2015, p. 67. Zie voor een rechtshistorische beschrijving van artikel 1639w BW: J.J. Groen, Rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, diss. Nijmegen 1988, p. 35-48.

42 L.H. van den Heuvel, Artikel 7A:1639w BW kan worden afgeschaft, in: W.H.A.C.M. Bouwens e.a. (red.), Sociaal recht: de grenzen verkend. Een bundel opstellen aangeboden aan prof. mr. L.J.M. de Leede bij zijn afscheid als hoogleraar sociaal recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 150; A. Van Zanten-Baris, De grondslagen van de ontslagvergoeding, Deventer: Kluwer 2009, p. 143-144; C.G. Scholtens, De gewichtige reden van art. 7:685 BW; bedoeling en werkelijkheid (1), ArbeidsRecht 2001/31; F.D. Kiewiet, Het oneigenlijk gebruik van art. 1639w BW en de verandering in de omstandigheden, SMA 1982, p. 377; D.M.A. Bij de Vaate, Bijzonder ontslagprocesrecht (diss. VU), Amsterdam 2015, p. 71.

43 HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9069 (Van Hooff Elektra/Oldenburg).

44 Kantonrechter Leeuwarden 20 juni 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2215.

Elektra echter niet toepasselijk op die situatie.<sup>45</sup> De strengere maatstaf die volgt uit Van Hooff Elektra is mijns inziens ingegeven door de ongelukkige samenloop tussen enerzijds de oude kennelijkonredelijkontslagprocedure van artikel 7:681 (oud) BW die de werknemer kon belopen na een opzegging door de werkgever en anderzijds de ontbindingsprocedure van artikel 7:685 (oud) BW met elk hun eigen beoordelingskader en ontslagvergoedingensystematiek.<sup>46</sup> De reden voor de werknemer om onder het oude ontslagrecht een ontbindingsprocedure te verkiezen boven de optie om na de opzegging door de werkgever een kennelijkonredelijkontslagprocedure te entameren, was gelegen in het feit dat via het oude artikel 7:685 BW op korte termijn financiële zekerheid geboden kon worden omtrent de ontslagvergoeding en bovendien de in de ontbindingsprocedure toegekende vergoedingen hoger uitvielen dan de vergoedingen die werden toegekend in kennelijkonredelijkontslagprocedures.<sup>47</sup> Zou een ontbinding zonder meer mogelijk zijn na een opzegging door de werkgever, dan zou sprake zijn van een doorkruising van het wettelijk stelsel, dat immers voor de beoordeling van de opzegging en de daarbij eventueel te betalen vergoeding de route van artikel 7:681 (oud) BW voorschreef. Bij het einde van rechtswege van een arbeidsovereenkomst is geen sprake van een dergelijke doorkruising van het wettelijk stelsel. Onder het nieuwe ontslagrecht is überhaupt een dergelijke doorkruising niet meer aan de orde, nu de beoordelingscriteria en ontslagvergoedingen voor de verschillende wijzen van beëindiging zijn gelijkgetrokken. Bovendien miskent een dergelijke strenge toetsing dat artikel 7:671c BW niet alleen voorziet in een ontbinding *sec*, maar ook in de mogelijkheid om in geval van ontbinding van een niet tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan de werkgever een vergoeding toe te kennen tot ten hoogste het bedrag gelijk aan het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst geduurd zou hebben indien deze van rechtswege zou zijn geëindigd, indien hem dat met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt of de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werknemer (artikel 7:671c lid 3 sub c BW). Bovendien kan aan de werknemer een billijke vergoeding worden toegekend bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever (artikel 7:671c lid 3 sub b BW). In dat verband kan nog gewezen worden op een onder het oude ontslagrecht gewezen beschikking van de Hoge Raad van 22 mei 1964.<sup>48</sup> In die zaak speelde de vraag of de omstandigheid dat de

45 Ook in de literatuur naar aanleiding van het arrest Van Hooff Elektra wordt uitgegaan van een beperkt toepassingsbereik van het arrest. Alleen op situaties waarin er sprake is van een samenloop tussen een ontbindingsprocedure en kennelijkonredelijkontslagprocedure. Zie A.R. Houweling, Ontbinding(sverzoek) tijdens de opzegtermijn: een analyse van rechtspraak na Van Hooff Elektra/Oldenburg-Pekel, TRA 2010/48; S.M. van der Meer, Ontbindingsverzoek na ontslaaanvraag: terug uit geslagen positie?, ArbeidsRecht 2014/15.

46 Zie over die ongelijkheid bijv.: R.A.A. Duk, Ontbinding, opzegging en de bijbehorende vergoedingen: shall the twain ever meet?, ArbeidsRecht 2010/36; L.G. Verburg, Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010; Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 5 en 24.

47 Zie bijv. R.A.A. Duk, Ontbinding, opzegging en de bijbehorende vergoedingen: shall the twain ever meet?, ArbeidsRecht 2010/36; P. Kruit, Statistiek Ontbindingsvergoedingen 2013: het einde van de ontbindingsvergoeding aangekondigd, ArbeidsRecht 2014/43.

48 HR 22 mei 1964, NJ 1964/324 (Cardozo/Gebroeders Henke).

werkgever bereid was mee te werken aan een beëindiging in onderling overleg op korte termijn, meebracht dat het ontbindingsverzoek door de werknemer moest worden afgewezen. Volgens de Hoge Raad kon de ontbinding niet op die grond worden afgewezen omdat de werknemer ook belang bij ontbinding kan hebben teneinde een vergoeding te ontvangen.<sup>49</sup> Nu de parlementaire geschiedenis bij artikel 7:671c BW geen blijk geeft van een beoogde teruggang naar de oorspronkelijke bedoeling van de oude 685-procedure, dient mijns inziens zowel in de situatie waarin sprake is van een arbeidsovereenkomst die binnenkort van rechtswege eindigt, alsook in de situatie waarin sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, op grond van artikel 7:671c lid 1 BW gezien te worden of sprake is van een verandering in omstandigheden die meebrengt dat de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen, en niet of sprake is van zodanige omstandigheden die meebrengen dat de 'reguliere' beëindigingsdatum – hetzij ten gevolge van expiratie van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, hetzij een einde van rechtswege vanwege pensioengerechtigde leeftijd, dan wel ten gevolge van opzegging door de werknemer – niet kan worden afgewacht. Bij het voorgaande dient opgemerkt te worden dat wel getoetst moet worden of sprake is van een verandering in de omstandigheden.

- *Omstandigheden zijn niet bewezen c.q. van onvoldoende gewicht*

Vervolgens is er een categorie van zaken te vinden waarin ontbinding op verzoek van werknemer wordt afgewezen, kort gezegd, omdat de omstandigheden waarop de werknemer zich beroept niet bewezen zijn, dan wel die omstandigheden van onvoldoende gewicht zijn om tot het oordeel te komen dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of op korte termijn behoort te eindigen.<sup>50</sup> Zo oordeelt de Kantonrechter Zwolle dat het ontbindingsverzoek van de werknemer dient te worden afgewezen omdat onvoldoende is komen vast te staan dat de door de werknemer ervaren werkdruk ook door de werkgever zo is opgelegd en niet is gebleken dat de werkgever in zijn re-integratiemaatregelen is tekortgeschoten.<sup>51</sup> De Kantonrechter Roermond overwoog dat de omstandigheden waarop de werknemer zich beroept – een volledig verstoorde arbeidsverhouding – gelegen zijn in het verleden.<sup>52</sup> Partijen treden gelet op het slapende dienstverband op geen enkele manier meer met elkaar in contact. Derhalve is volgens de kantonrechter geen sprake van omstandigheden die ontbinding op korte termijn rechtvaardigen. Het betreft hier mijns inziens een juiste toepassing van artikel 7:671c BW.

- *Arbeidsovereenkomst is reeds geëindigd*

Ten slotte kunnen genoemd worden de uitspraken waarin de ontbinding op verzoek van de werknemer wordt afgewezen omdat de arbeidsovereenkomst inmid-

49 Vgl. S.F. Sagel & M.B. Kerkhof, Het ontbindingsverzoek tijdens de opzegtermijn, SR 2006/38.

50 Zie Kantonrechter Zwolle 24 oktober 20165, ECLI:NL:RBOVE:2016:4156; Kantonrechter Roermond 5 december 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:10510; Kantonrechter Amsterdam 15 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5900.

51 Kantonrechter Zwolle 24 oktober 20165, ECLI:NL:RBOVE:2016:4156.

52 Kantonrechter Roermond 5 december 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:10510.

Mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate

dels reeds is geëindigd.<sup>53</sup> Een arbeidsovereenkomst die niet meer bestaat, kan niet meer ontbonden worden.

## 5. De toetsingsmaatstaf voor ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever

### 5.1 De 'alle omstandigheden van het geval'-toetsing bij ernstige verwijtbaarheid van de werkgever

Uit de beschikking van de Hoge Raad van 21 januari 2022 volgt niet alleen dat bij de beoordeling van het ontbindingsverzoek door de werknemer alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking moeten worden genomen, maar dat hetzelfde geldt voor de beoordeling of de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Het eerste wat opvalt aan die laatste beoordelingsmaatstaf is dat deze, in ieder geval in tekstueel opzicht, verschilt van de beoordelingsmaatstaf die volgens de Hoge Raad moet worden aangelegd ten aanzien van de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de *werknemer*. In de Woondroomzorg-beschikking overwoog de Hoge Raad dat bij de beoordeling of de uitzonderingsgrond van artikel 7:673 lid 7 sub c BW van toepassing is, juist *niet* alle omstandigheden van het geval een rol spelen, maar slechts die omstandigheden die van invloed zijn op de verwijtbaarheid van het handelen of nalaten van de werknemer dat tot het ontslag heeft geleid.<sup>54</sup> Introduceert de Hoge Raad hiermee nu een verschil in toetsing van de ernstige verwijtbaarheid tussen gedragingen van de werkgever en werknemer? Ik meen van niet, al ben ik wel van oordeel dat het duidelijker was geweest indien de Hoge Raad in zijn beschikking van 21 januari 2022 eenzelfde formulering had gebruikt als in de Woondroomzorg-beschikking.

In dat kader is het goed om allereerst stil te staan bij de achtergrond van het oordeel van de Hoge Raad in de Woondroomzorg-zaak. In die zaak werd in cassatie de vraag opgeworpen of bij de beoordeling of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in artikel 7:673 lid 7 sub c BW ook de persoonlijke omstandigheden van de werknemer moeten worden betrokken. Daarbij werd een parallel gelegd met het ontslag op staande voet wegens een dringende reden in de zin van artikel 7:677 en 7:678 BW, waarbij volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad alle omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang moeten worden gezien, waaronder ook de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.<sup>55</sup> De basis daarvoor is gelegd in het arrest S./Van E.<sup>56</sup> De Hoge Raad overwoog daar dat het instellen van een vordering wegens kennelijk onredelijk ontslag door de werknemer op de voet van artikel 7:681 (oud) BW – waarbij

53 Kantonrechter Zwolle 24 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2309; Kantonrechter Bergen op Zoom 8 februari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:1023.

54 HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203 (Woondroomzorg).

55 Zie HR 12 februari 1999, NJ 1999/643 (Schrijvers/Van Essen); HR 21 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4436 (Hema/Prins); HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9430 (Looijen/Jansen & De Kruyf).

56 HR 12 februari 1999, NJ 1999/643 (Schrijvers/Van Essen).



getoetst werd of de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij beëindiging en waarbij dus de persoonlijke omstandigheden van de werknemer werden betrokken – niet te verenigen is met een geoorloofd ontslag op staande voet. De vraag of de gevolgen van de beëindiging van de dienstbetrekking voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de beëindiging, behoort in plaats daarvan volgens de Hoge Raad te worden beantwoord in het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden. Wordt in die beoordeling van de dringende reden geoordeeld dat de gevolgen van het ontslag voor de werknemer niet opwegen tegen de ernst van de gedraging, zodat zich een dringende reden voor ontslag op staande voet voordoet, dan kon vervolgens niet geoordeeld worden dat een werkgever schadelijkt was vanwege de kennelijke onredelijkheid van het ontslag.

De Woondroomzorg-beschikking maakt duidelijk dat de beoordeling van de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werknemer verschilt van de beoordeling of sprake is van een dringende reden voor ontslag.<sup>57</sup> Zijn bij die laatste beoordeling wel alle omstandigheden van belang – waaronder met name ook de persoonlijke omstandigheden van de werknemer als zijn leeftijd en de gevolgen die het ontslag voor hem heeft – bij de beoordeling van de ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer zijn de omstandigheden van het geval – waaronder de persoonlijke omstandigheden van de werknemer – slechts van belang voor zover deze van invloed zijn op de verwijtbaarheid van het handelen of nalaten van de werknemer dat tot het ontslag heeft geleid. Dat deze beoordelingen van elkaar verschillen, komt ook logisch voor. De vraag naar de toekenning van een billijke vergoeding dan wel het niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding is niet op één lijn te stellen met de beoordeling van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Voor het bestaan van een dringende reden is niet vereist dat de werknemer van zijn gedragingen een verwijt kan worden gemaakt, terwijl de mate van verwijtbaarheid nu juist het beslissende criterium is in het kader van de vraag of aan het ontslag vergoedingen moeten worden verbonden.<sup>58</sup> Die vraag naar de vergoedingen komt pas aan de orde indien duidelijk is dat zich een redelijke grond voor ontslag voordoet. Ten aanzien van *het ontstaan van die redelijke ontslaggrond* moet de werknemer conform de wettekst een ernstig verwijt gemaakt kunnen worden. Gelet daarop is het niet meer dan logisch dat alleen omstandigheden in de toetsing door de rechter worden betrokken die van invloed zijn op die verwijtbaarheid en ten grondslag liggen aan het ontslag. Persoonlijke omstandigheden als de gevolgen van het ontslag voor de werknemer zeggen in het algemeen niets over de mate van verwijtbaarheid van gedragingen die tot het ontslag hebben geleid en

57 Daarvoor had de Hoge Raad in de Dräger-beschikking (HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484) bovendien al geoordeeld dat de beoordeling van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werknemer een zelfstandige toets is. Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de zin van artikel 7:673 lid 7 onder c BW kan niet worden aangenomen op de enkele grond dat sprake is van een dringende reden voor onverwijld opzegging als bedoeld in artikel 7:677 lid 1 BW. Inhoudelijke aanwijzingen voor de toetsing van ernstige verwijtbaarheid zijn daarbij niet gegeven.

58 Zie bijv. HR 29 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7282.

Mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate

spelen daarom geen rol in de beoordeling van de vraag of het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer.<sup>59</sup>

Ten aanzien van de beoordeling of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door de *werkgever* speelt de discussie naar het in de afweging betrekken van allerhande persoonlijke omstandigheden aan diens kant niet, of in ieder geval in veel mindere mate. Dat is ook niet zo gek, gelet op de aan het ontslagrecht ten grondslag liggende gedachte van werknemersbescherming. Bovendien zijn veel werkgevers tegenwoordig rechtspersoon. Voorts kan het tekstuele verschil in toetsingsmaatstaf tussen enerzijds Woondroomzorg en anderzijds de beschikking die centraal staat in deze bijdrage verklaard worden door het feit dat het bij laatstgenoemde beschikking gaat om een werknemersverzoek tot ontbinding op grond van artikel 7:671c BW. Bij de beoordeling of ontbinding wegens verandering van omstandigheden kan worden toegewezen kan de werknemer *alle omstandigheden van het geval* naar voren brengen. Wanneer de kantonrechter het ontbindingsverzoek op grond van die omstandigheden toewijst, zullen ook *al* die omstandigheden dienen te worden betrokken bij de beoordeling van de vraag of het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Het zijn immers al die omstandigheden die hebben geleid tot ontslag en van invloed kunnen zijn op de verwijtbaarheid van de werkgever.

Een inhoudelijk verschil bestaat mijns inziens niet tussen de ‘alle omstandigheden van het geval’-toets die de Hoge Raad in zijn beschikking van 21 januari 2022 introduceert ten aanzien van de beoordeling van ernstige verwijtbaarheid aan de kant van de werkgever en de ‘omstandigheden verband houdend met verwijtbaarheid en ontslag’-toets die volgens de Hoge Raad aangelegd moet worden bij de beoordeling van ernstige verwijtbaarheid aan werknemerszijde. Ook aan werkgeverszijde moet namelijk, zowel in een artikel 7:671c BW-situatie als in een artikel 7:671b BW-situatie, conform de wettekst vastgesteld worden of de ontbinding *het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever*. In dat verband kunnen alleen omstandigheden die invloed hebben op de verwijtbaarheid van het gedrag dat tot de ontslaggrond heeft geleid van belang zijn. Dat zijn precies dezelfde omstandigheden als die aan werknemerszijde in de beoordeling dienen te worden betrokken. Het was duidelijker geweest als de Hoge Raad in zijn beschikking van 21 januari 2022 eenzelfde formulering had gebruikt als in de Woondroomzorg-beschikking, namelijk dat voor de beoordeling of sprake is van ernstige verwijtbaarheid namens de werkgever alleen de omstandigheden van het geval van belang zijn die invloed hebben op de verwijtbaarheid van het handelen of nalaten van de werkgever dat tot het ontslag heeft geleid.

59 Vgl. conclusie A-G De Bock 9 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1484, rn. 3.55; S. Sagel & R. van Hearingen, De dringende reden en ernstige verwijtbaarheid; twee afwegingen op basis van de omstandigheden van een geval, TvO 2018/4. Zie ook HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (New Hairstyle). De Hoge Raad overweegt daar dat de gevolgen van het ontslag niet kunnen worden betrokken bij de vraag of sprake is van ernstige verwijtbaarheid van de werkgever.

### 5.2 De 'alle omstandigheden van het geval'-toets en stapelen van verwijtbaarheid

Met het oordeel van de Hoge Raad dat alle omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang in aanmerking dienen te worden genomen bij de vraag of het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever, wordt ook de discussie beslecht ten aanzien van de vraag of meerdere op zichzelf niet ernstig verwijtbare gedragingen, tezamen de graad van ernstige verwijtbaarheid kunnen bereiken. A-G Timmerman had eerder in een conclusie het standpunt ingenomen dat meerdere verwijtbare gedragingen begaan door de werknemer die ten grondslag zijn gelegd aan een ontbindingsverzoek op de e-grond niet gestapeld kunnen worden tot ernstige verwijtbaarheid. Hij stelt: *'In het geval zich diverse van elkaar losstaande niet ernstig verwijtbare gedragingen hebben voorgedaan, leveren deze bij elkaar opgeteld geen ernstige verwijtbare gedraging van de werknemer op. De werknemer is dan steeds onder de hoge lat van ernstige verwijtbaarheid gebleven.'*<sup>60</sup> Het cassatieberoep in die zaak heeft de Hoge Raad verworpen met toepassing van artikel 81 lid 1 RO. In de literatuur is het standpunt van Timmerman mijns inziens terecht bekritiseerd.<sup>61</sup> De Hoge Raad maakt met de onderhavige beschikking duidelijk dat het mogelijk is om met verschillende achtereenvolgende gedragingen begaan door de *werkgever* die elk voor zich niet ernstig verwijtbaar zijn, tezamen en in onderling verband beschouwd, wel de lat van ernstige verwijtbaarheid te halen. Het hof had nagelaten om de twee door de werknemer naar voren gebrachte incidenten in onderlinge samenhang te bezien en te beoordelen in de afweging van de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever. Ik zie niet in waarom dit oordeel niet in zijn algemeenheid zou hebben te gelden, dus ook voor het beoordelen van de vraag of de *werknemer* ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. In de wetsgeschiedenis van de Wwz zijn juist ten aanzien van de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer, voorbeelden gegeven van situaties waarin de ernstige verwijtbaarheid is gelegen in herhaalde nalatigheid van de werknemer van handelingen die op zichzelf beschouwd niet ernstig verwijtbaar zijn, zoals herhaaldelijk te laat op het werk komen en herhaaldelijk controlevoorschriften bij ziekte niet naleven.<sup>62</sup>

Het stapelen van verwijtbaarheid om te komen tot het predicaat ernstige verwijtbaarheid van de werkgever lijkt echter makkelijker wanneer de werknemer zelf om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt, dan wanneer het een werkgeversverzoek betreft. Dat heeft te maken met het causaalverbandvereiste. Er dient causaal verband te bestaan tussen het einde van de arbeidsovereenkomst en het

60 Conclusie A-G Timmerman 9 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:210, rn. 3.10.

61 Zie N. Jansen, Over de hoge lat voor ernstige verwijtbaarheid en het optellen van verwijten, TvO 2018/3; S. Sagel & R. van Hearingen, De dringende reden en ernstige verwijtbaarheid; twee afwegingen op basis van de omstandigheden van een geval, TvO 2018/4; Conclusie A-G De Bock 9 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1484, rn. 3.48.

62 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 40. Vgl. conclusie A-G De Bock 2 juli 2021, ECLI:NL:PHR:2021:752, rn. 2.28; N. Jansen, Over de hoge lat voor ernstige verwijtbaarheid en het optellen van verwijten, TvO 2018/3; S. Sagel & R. van Hearingen, De dringende reden en ernstige verwijtbaarheid; twee afwegingen op basis van de omstandigheden van een geval, TvO 2018/4.

Mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate

ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever. Dat volgt uit de tekst van de wet<sup>63</sup> en is ook door de Hoge Raad bevestigd.<sup>64</sup> Het einde van de arbeidsovereenkomst dient *het gevolg te zijn van* ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De billijke vergoeding compenseert daarmee slechts ernstig verwijtbaar handelen dat heeft geleid tot totstandkoming van de redelijke ontslaggrond waarop het ontslag is gebaseerd.<sup>65</sup>

Bij de beoordeling of een werknemersverzoek tot ontbinding kan worden toegewezen moeten alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang beschouwd, in aanmerking worden genomen, zo volgt uit de beschikking van de Hoge Raad die centraal staat in deze bijdrage. De werknemer kan aldus een samenstel van feiten en omstandigheden naar voren brengen dat volgens hem tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet leiden. Dat samenstel van feiten en omstandigheden kan bestaan uit verschillende verwijtbare gedragingen door de werkgever. Is de kantonrechter van oordeel dat die feiten en omstandigheden in onderling verband en samenhang beschouwd meebrengen dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte termijn behoort te eindigen, dan ligt vervolgens ter beoordeling voor of dat samenstel van verwijtbare gedragingen de werkgever ook ernstig verweten kan worden.

Bij een verzoek van de werkgever tot ontbinding is het de werkgever die feiten en omstandigheden aandraagt als grond voor ontbinding. Daarbij geldt nu juist dat *niet* alle feiten en omstandigheden een ontslag kunnen rechtvaardigen. De werkgever is sinds de invoering van de Wvz gebonden aan het gesloten grondenstelsel van artikel 7:669 BW. De arbeidsovereenkomst kan alleen op verzoek van de werkgever worden ontbonden op grond van feiten en omstandigheden die ‘passen’ binnen de aangevoerde ontslaggrond. Wordt de ontbinding toegewezen, dan zijn het, gelet op het vereiste van causaal verband, ook alleen die omstandigheden die aan de ontbinding ten grondslag liggen die in de beoordeling kunnen worden betrokken bij de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Een goed voorbeeld daarvan vormt de Bossers & Cnossen-zaak van 16 februari 2018.<sup>66</sup> De Hoge Raad overweegt *‘dat voor zover het onderdeel betoogt dat het ernstig verwijtbaar is dat de werkgever de 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, eraan voorbij ziet dat artikel 7:671b lid 8 sub c BW [thans lid 9 sub 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. Het hof heeft kennelijk geoordeeld dat de ontbinding van de overeenkomst het gevolg was van de reeds ten tijde van de schorsing van de werknemer bestaande verstoring van de arbeidsverhouding. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk in het*

63 Zie artikel 7:671b lid 9 en 10 sub b en c BW; artikel 7:671c lid 2 sub b en lid 3 sub b en c BW; artikel 7:673 lid 9 BW.

64 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:2020 (Bossers & Cnossen).

65 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 34.

66 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220 (Bossers & Cnossen); HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1979 (Colliers).

De 'alle omstandigheden van het geval'-toetsing bij artikel 7:671c BW

*licht van hetgeen het hof overigens over de verstoring van de arbeidsverhouding heeft overwogen.*' Het aan de werkgever verweten gedrag ten aanzien van de onterechte schorsing en het geen gehoor geven aan het rechterlijk bevel om de werknemer tewerk te stellen, wordt niet meegewogen bij de ernstigeverwijtbaarheidstoets omdat de ontbinding gestoeld is op andere feiten en omstandigheden die door de werkgever naar voren zijn gebracht in het kader van het ontbindingsverzoek.<sup>67</sup> Zou de werknemer in deze zaak in de 'lead' zijn geweest door zelf een ontbindingsverzoek in te dienen, dan had hij het gedrag van de werkgever ten aanzien van de onterechte schorsing mede aan zijn ontbindingsverzoek ten grondslag kunnen leggen en was het bij toewijzing van de ontbinding daarmee ook onderdeel van de ernstigeverwijtbaarheidstoets.<sup>68</sup> Gelet hierop kan het lonend zijn voor de werknemer om in een reeds door de werkgever geëntameerde ontbindingsprocedure een voordelig zelfstandig tegenverzoek te doen tot ontbinding op grond van artikel 7:671c BW met toekenning van een (hogere) billijke vergoeding en transitievergoeding. Daarbij kan de werknemer de rechter verzoeken om eerst op het tegenverzoek te oordelen omdat dat verzoek de verste strekking heeft. Het staat de rechter namelijk in het algemeen vrij om de verzoeken die hem worden voorgelegd te behandelen in de volgorde die hem het meest aangewezen lijkt.<sup>69</sup>

Dat het makkelijker is om verwijtbaarheid te stapelen in een procedure tot ontbinding op verzoek van de werknemer komt ook in de lagere jurisprudentie naar voren. De ontbindingen op verzoek van de werknemer die gepaard gaan met een billijke vergoeding en transitievergoeding vanwege ernstig verwijtbaar handelen van

67 Zie in dat verband ook het voorbeeld aangehaald in D.M.A. bij de Vaate & P. Kruit, Billijke vergoeding: over karakter, begroting en artikel 6 EVRM, ArA 2017/1: De werkgever beschikt over een voldragen disfunctioneringsdossier, maar tevens staat vast dat de werknemer discriminerend is bejegend door de werkgever. De kantonrechter ontbindt op de d-grond. Een ander voorbeeld wordt aangehaald door E. Verhulp, NJ 2017/298: 'Indien de werkgever een werknemer in afwachting van de uitkomst van de procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren schorst, die schorsing ook publiek maakt en uitdraagt dat de werknemer een nietsnut is, dan gedraagt de werkgever zich ongetwijfeld ernstig verwijtbaar. Die verwijtbaarheid ziet evenwel niet op het ontslag als zodanig, zodat de billijke vergoeding wegens de schorsing en bijkomende gedragingen niet in beeld is.'

68 Vgl. E. Verhulp, annotatie bij HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, NJ 2018/396.

69 Zie HR 7 april 1989, NJ 1989/552 (Hommen/Esplanada) ten aanzien van vordering in conventie en reconventie; HR 19 december 2008, NJ 2009/23 (X/Somers) ten aanzien van verzoek en tegenverzoek. Vgl. ook J. Ekelmans, In eerste aanleg. De grenzen van het debat voor de civiele rechter in eerste aanleg (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 16), Deventer: Kluwer 2015, rn. 129; W.H. Heemskerk, De eis in reconventie, diss. Leiden 1972, p. 186.

de werkgever zijn veelal gestoeld op gestapelde (ernstige) verwijten.<sup>70</sup> Dat neemt niet weg dat ook een billijke vergoeding mogelijk is op basis van gestapelde verwijten indien het ontbindingsverzoek uitgaat van de werkgever. Dat komt dan met name voor bij ontbindingsverzoeken die worden toegewezen wegens een verstoorde arbeidsverhouding (de g-grond).<sup>71</sup> Rechters zijn daar niet terughoudend met het scharen van meerdere mogelijk (ernstig) verwijtbare handelingen begaan door de werkgever onder het ontbindingsoordeel, waarmee zij dus automatisch ook onderdeel worden van de beoordeling van de ernstige verwijtbaarheid. Ik ben in de lagere jurisprudentie geen situatie tegengekomen waarin de rechter oordeelt dat er weliswaar (ernstig) verwijtbaar is gehandeld door de werkgever, maar dat die gedraging niet mag worden betrokken bij het oordeel omtrent de ernstige verwijtbaarheid omdat de ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding ook reeds zonder

- 70 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:247 (ernstig verwijtbaar handelen bij op non-actiefstelling, het verbetertraject, de mediation en het opvolgen van de adviezen van de bedrijfsarts); Kantonrechter Haarlem 4 maart 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2959 (blijvend aansturen op einde dienstverband middels verschillende verwijtbare handelingen na afgewezen ontbindingsverzoek); Kantonrechter Rotterdam 16 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6824 (niet op juiste wijze informeren over reorganisatie en dreigen loonstop); Kantonrechter Amsterdam 17 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4121 (niet volledig en tijdig betalen van loon en nauwelijks verrichten van re-integratieactiviteiten); Kantonrechter Utrecht 10 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3800 (verschillende verwijtbare gedragingen werknemer in kader van fotografiehobby); Hof Den Haag 2 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:390 (onterechte slechte beoordeling, harde en onprofessionele bejegening en vijf loonstops); Kantonrechter Maastricht 10 juni 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:5203 (onder druk zetten om naar werk te komen, terwijl geen veilige werplek gerealiseerd was voor werknemster die tot COVID-19-risicogroep behoort, advies bedrijfsarts niet opvolgen, loonstop en geen gevolg gegeven aan een rechtens onaantastbaar vonnis); Kantonrechter Maastricht 30 juni 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:5429 (inzetten in functie met lager niveau en in kader van re-integratie tewerkstellen in niet passende functie); Kantonrechter Amsterdam 11 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6508 (twee keer aanvragen ontslagvergunning UWV tijdens opzegverbod tijdens ziekte, onvoldoende voortvarend te werk gaan met opstarten mediation, geven van officiële waarschuwing om zaak op de spits te drijven); Kantonrechter Arnhem 5 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:7057 (onheuse bejegening, werknemer, geen toegang verschaffen tot portal, onterechte loonstop); Kantonrechter Utrecht 5 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:56 (stelselmatig betalingsverplichtingen te laat of niet nakomen, tot tweemaal toe naar huis sturen van werknemer wegens aan werkgever toe te rekenen omstandigheden, onterechte verwijten en onterecht ontslag op staande voet); Hof 's-Hertogenbosch 17 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:491 (niet laten terugkeren in eigen functie, onterechte loonsanctie; blijvend koersen op beëindiging van het dienstverband en niet opvolgen van adviezen arboarts en UWV); Kantonrechter Den Haag 17 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3180 (creëren van een onveilige werksituatie, aangifte doen tegen werknemer waardoor de arbeidsverhouding (doelbewust) verstoord is geraakt, (ernstig) tekortschieten in re-integratieverplichtingen).
- 71 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1884 (doorsturen van salaris- en bonusgegevens van werknemer, plaatsen van berichten op de website over het geschil en doorzoeken van de zakelijke e-mailberichten van werknemster); Kantonrechter Utrecht 31 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2052 (niet nakomen toezegging nieuwe functie, onaantvaardbaar onder druk zetten akkoord te gaan met verslechtering arbeidsvoorwaarden, onvoldoende pogingen om vertrouwen te herstellen); Kantonrechter Utrecht 1 april 2021, AR 2021-0665 (wijze van op non-actiefstelling, eenzijdig opleggen van een demotie, gebruikmaken van een oneigenlijk beoordelingsinstrument en uitvergroten kleine incidenten); Hof Amsterdam 20 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1225 (negeren van de adviezen in het kader van de re-integratie, opzeggen van het dienstverband zonder inachtneming van de wettelijke bepalingen en loonstop).

die verwijtbare gedraging zou hebben kunnen plaatsvinden. Bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op andere gronden komt dat wel voor.<sup>72</sup>

## 6. Conclusie

Bij de beoordeling van de vraag of een werknemersverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671c BW moet worden toegewezen, alsmede bij de beoordeling van de vraag of de ontbinding het gevolg is van ernstige verwijtbaarheid van de *werkgever*, dienen volgens de Hoge Raad alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking te worden genomen. Die laatste overweging is opvallend in het licht van de eerdere Woondroomzorg-beschikking. Daar oordeelde de Hoge Raad ten aanzien van ernstig verwijtbaar handelen door de *werknemer* dat juist *niet* alle omstandigheden van het geval in aanmerking dienen te worden genomen, maar alleen de omstandigheden die van invloed zijn op de verwijtbaarheid van het handelen door de werknemer dat tot ontslag heeft geleid. Mijns inziens betreft het alleen een tekstueel verschil en heeft de Hoge Raad geen verschillende beoordelingsmaatstaven geïntroduceerd voor de toetsing van ernstig verwijtbaar handelen door de werknemer enerzijds en de werkgever anderzijds. Zowel aan werkgeverszijde als aan werknemerszijde gaat het er uiteindelijk om dat wordt vastgesteld dat de ontbinding *het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever/werknemer*. In dat verband kunnen alleen omstandigheden die invloed hebben op de verwijtbaarheid van het gedrag dat tot de ontslaggrond heeft geleid van belang zijn.

Belangrijk is voorts dat de Hoge Raad met de onderhavige beschikking de discussie heeft beslecht ten aanzien van de mogelijkheid om verwijtbaarheid te stapelen. Dat stapelen van verwijtbare gedragingen begaan door de werkgever om tot het predicaat ernstige verwijtbaarheid te komen met een billijke vergoeding in het verschiet voor de werknemer, lijkt makkelijker wanneer het ontbindingsverzoek uitgaat van de werknemer. Dat heeft te maken met de open norm die geldt voor ontbinding op zijn verzoek en de 'alle omstandigheden van het geval'-toetsing die in dat kader dient plaats te vinden. De werknemer kan aldus een samenstel van verwijtbare gedragingen van de werkgever ten grondslag leggen aan het ontbindingsverzoek en wanneer de kantonrechter de ontbinding toewijst, is het dat samenstel van feiten en omstandigheden dat in de beoordeling dient te worden betrokken ten aanzien van de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever. Bij een ontbindingsverzoek door de werkgever moeten de feiten en omstandigheden daarentegen passen binnen een van de redelijke ontslaggronden als opgesomd in artikel 7:669 lid 3 BW. Hier zijn dus juist niet alle feiten en omstandigheden van het geval relevant. Verwijtbare gedragingen die niet in relatie staan tot het ontstaan van de grond waarop is ontbonden door de rechter, spelen geen rol. Gelet daarop kan het mijns inziens voor een werknemer aanbeveling ver-

72 Zie bijv. Kantonrechter Arnhem 27 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5507; Hof Amsterdam 17 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4507.

Mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate

dienen om in een reeds door de werkgever aangespannen procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst een zelfstandig tegenverzoek te doen tot ontbinding onder de voorwaarde dat daarbij een (hogere) billijke vergoeding wordt toegekend evenals een transitievergoeding op grond van alle gestapelde verwijten aan de zijde van de werkgever, en de rechter daarbij te verzoeken om eerst uitspraak te doen op het tegenverzoek als zijnde het meest verstrekkende verzoek.