

182. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever wegens ernstige wanprestatie: waar staan we?

MR. B.M.C. STENDEN EN MR. S.W. KLEIJER

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens ernstige wanprestatie houdt sinds de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (WWZ) de gemoeiden bezig. Inmiddels is 8,5 jaar verstreken en is de nodige rechtspraak over art. 7:686 BW verschenen. Wij hebben 107 uitspraken geanalyseerd waarin een beroep werd gedaan op ernstige wanprestatie en werken in dit artikel onder meer uit in welke situaties een beroep op ernstige wanprestatie zinvol kan zijn. In dit artikel beperken wij onze bevindingen tot de verzoeken van de werkgever op grond van ernstige wanprestatie.

1. Historie

1.1 Periode 1907 – 1992

In 1907 is art. 1639x (oud) in het Burgerlijk Wetboek (BW) opgenomen. In dat artikel stond dat de arbeidsrechtelijke bepalingen over beëindiging van de arbeidsovereenkomst zich niet verzetten tegen ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie met vergoeding van kosten, schade en rente.¹ Uit de memorie van toelichting volgt dat deze ontbindingsmogelijkheid was bedoeld voor de situatie dat werkgever of werknemer ervan overtuigd was dat een reden voor ontslag aanwezig was, maar vanwege het risico om schadeplichtig te worden het niet aandurfde om het dienstverband ‘eigenmachtig te verbreken’.²

Ontbinding wegens ernstige wanprestatie is wat ons betreft allesbehalve een dode letter

In de vorige eeuw heeft de Hoge Raad zich meermaals uitgelaten over dit wetsartikel. In 1910 en 1927 oordeelde de Hoge Raad dat geen ontbinding kon worden gevorderd van een arbeidsovereenkomst die inmiddels was beëindigd.³ In 1980 kwam de Hoge Raad daarop terug en oordeelde dat het mogelijk was om een arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht te ontbinden, mits de gestelde wanprestatie ernstig genoeg was.⁴

In 1990 ging de Hoge Raad uitvoeriger in op het materiële karakter van art. 1639x BW. Het ging in deze zaak om een werknemer die opkwam tegen een aan hem verleend ontslag wegens het herhaaldelijk publiceren van vertrouwelijke informatie die hij uit hoofde van zijn OR-lidmaatschap had verkregen. De werkgever vorderde in reconventie ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie. De Hoge Raad oordeelde dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van wanprestatie gelet op de bijzondere bescherming die de wet ter zake van die beëindiging aan de werknemer beoogt te bieden, slechts toewijsbaar is in het geval van ‘ernstige wanprestatie’. Het moest gaan om een wanprestatie van zodanige aard dat zij het ingrijpende gevolg van een ontbinding van de overeenkomst, in beginsel met terugwerkende kracht tot de dag van de wanprestatie, kan rechtvaardigen. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat de ontbinding ‘veeleer op een lijn te stellen [is] met een beëindiging van de dienstbetrekking wegens een dringende reden’.⁵

1.2 Periode 1992 – 2015

Met de invoering van het nieuwe BW per 1 januari 1992 is art. 1639x BW gewijzigd in art. 7A:1639x BW⁶ en per besluit van 10 januari 1997 verworden tot het huidige art. 7:686 BW.⁷ Voorts is in art. 6:269 BW opgenomen dat ontbinding met terugwerkende kracht niet meer mogelijk is en in art. 6:271 BW is opgenomen dat de rechtsgrond van reeds nagekomen verbintenissen in stand blijft, maar een ongedaanmakingsverbintenis ontstaat.

De betekenis van deze ontbindingsmogelijkheid was in deze periode tamelijk beperkt. Dit kwam door het ruime bereik

1 Wet van 13 juli 1907, *Stb.* 1907, 193.

2 A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst IV*, 's-Gravenhage: Belinfante 1909, p. 267-268.

3 HR 7 oktober 1910, *W.* 1910/9065, en HR 8 december 1927, *NJ* 1928, p. 158.

4 HR 12 december 1980, *NJ* 1981/202.

5 HR 20 april 1990, *NJ* 1990/702.

6 Besluit van 20 februari 1990, *Stb.* 1990, 90.

7 Besluit van 10 januari 1997, *Stb.* 1997, 37.

van art. 7:685 (oud) BW, ontbinding wegens gewichtige redenen. Als gewichtige redenen werd de dringende reden beschouwd, alsook veranderingen in de omstandigheden, van dien aard dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoorde te eindigen. Dit artikel ondervindt daarmee vrijwel alle soorten zaken.

1.3 Periode 2015 – heden

Met de inwerkingtreding van de WWZ in 2015 is een gesloten stelsel van ontslaggronden ingevoerd. De wetgever liet art. 7:686 BW ongewijzigd, zonder in de parlementaire geschiedenis toe te lichten hoe dit artikel zich verhiel tot het gesloten stelsel van ontslaggronden. In de literatuur bestond verdeeldheid over de vraag in welke gevallen nog gebruik kon worden gemaakt van deze ontbindingsmogelijkheid.⁸ Inmiddels is 8,5 jaar verstreken en zijn er 107 uitspraken gewezen waarin de werknemer of werkgever een beroep heeft gedaan op art. 7:686 BW.⁹ In hoofdstuk 3 zullen wij aan de hand van de door ons geanalyseerde rechtspraak antwoord geven op de vraag in welke gevallen met succes gebruik kan worden gemaakt van ontbinding wegens ernstige wanprestatie. Vooruitlopend daarop gaan wij eerst in op de voorwaarden voor een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens ernstige wanprestatie.

2. Voorwaarden voor ontbinding wegens ernstige wanprestatie

2.1 Tekortkoming in de nakoming

De grondslag van ontbinding wegens ernstige wanprestatie is niet art. 7:686 BW, maar art. 6:265 BW. Art. 7:686 BW is in feite slechts een schakelbepaling waarin staat dat ontbinding of het vorderen van schadevergoeding wegens een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst niet uitgesloten wordt. Art. 6:265 BW bepaalt dat iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de andere partij de bevoegdheid geeft om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Hieruit kan worden afgeleid dat hoe groter de gevolgen van ontbinding zijn, hoe zwaarder de tekortkoming dient te zijn.

Vanwege de bijzondere bescherming die de wet aan werknemers beoogt te bieden en de grote gevolgen van ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor de werknemer, is

‘ernstige wanprestatie’ vereist, hetgeen volgens de Hoge Raad veeleer op één lijn te stellen is met een dringende reden.¹⁰ Hoewel uit het woord ‘veeleer’ volgt dat deze begrippen geen synoniemen zijn, blijkt dat rechters daar veelal toch van uitgaan.¹¹ Ook komt het voor dat de rechter het juiste toetsingskader aanhaalt, maar vervolgens de ernstige wanprestatie afwijst omdat geen sprake is van een dringende reden.¹² Het oordeel van de rechtbank Limburg dat de gewraakte feiten dienen aan te leunen tegen een dringende reden, achten wij wel verdedigbaar.¹³

Van Slooten noemt als voorbeeld van een situatie waarin (mogelijk) wel sprake is van ernstige wanprestatie, maar niet van een dringende reden een werknemer die gedurende lange tijd ernstig disfunctioneert.¹⁴ In hoofdstuk 3 gaan wij in op de vraag of we een dergelijke conclusie ook kunnen trekken op basis van onze analyse van de rechtspraak.

2.2 Verzuim

Indien de werkgever ontbinding van een arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:686 BW wil bewerkstelligen, dient nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk te zijn of moet de werknemer in verzuim zijn. In de rechtspraak wordt echter zelden aandacht aan dit vereiste besteed. In een van de weinige uitspraken waarin de rechter ingaat op dit vereiste, werd geoordeeld dat nakoming blijvend onmogelijk was, omdat het verrichten van arbeid een uit de overeenkomst voortvloeiende voortdurende verplichting is, en werknemer deze tekortkoming niet meer ongedaan kan maken.¹⁵ Wij kunnen ons ook situaties voorstellen waarin nakoming niet blijvend onmogelijk is, bijvoorbeeld in de situatie waarin uren en werkzaamheden probleemloos kunnen worden ingehaald.

2.3 Procesrechtelijke aspecten

In art. 6:267 lid 1 BW staat dat de ontbinding plaatsvindt door een schriftelijke verklaring van de daartoe gerechtigde.¹⁶ Voor ontbinding van een arbeidsovereenkomst is echter in art. 7:686 BW bepaald dat ontbinding slechts door de rechter kan worden uitgesproken.

Ontbinding wegens ernstige wanprestatie onderscheidde zich vóór 2015 in procesrechtelijk opzicht door het feit dat hoger beroep en cassatie mogelijk waren, in tegenstelling tot de ontbinding wegens een verandering van omstandigheden in de zin van art. 7:685 (oud) BW. Dit onderscheid is

8 K. Hakvoort & P. Kruit, ‘(Ontslag)vergoedingen onder de WWZ: hoe goedkoop is de WWZ voor de vervijtbare werkgever?’, *TAP* 2015/226, T.D.E. Hoekstra & M.H. Stekelenburg, ‘Art. 7:686 BW binnen de WWZ: een vreemde eend in de bijt of nieuw gemeengoed?’, *TAP* 2015/270, C. van den Bor, ‘Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:686 BW’, *TRA* 2018/56, P.A. Charbon, ‘Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie – nieuwe kansen?’, *ArbeidsRecht* 2018/9, en R. de Jager, ‘Art. 7:686 BW en de gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst’, *ArbeidsRecht* 2020/38.
9 Hiervoor is gebruikgemaakt van Legal Intelligence, www.rechtspraak.nl, en AR Updates. De analyse omvat in enkele gevallen zowel de procedure in eerste aanleg als het hoger beroep.

10 HR 20 april 1990, *NJ* 1990/702.

11 Zie rb. Amsterdam 25 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8390, rb. Limburg 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:10149, hof ‘s-Hertogenbosch 1 oktober 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3021, rb. Oost-Brabant 11 juni 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:2858, en rb. Oost-Brabant 10 februari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:459.

12 Rb. Midden-Nederland 29 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5002.

13 Rb. Limburg 12 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:437.

14 J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 322.

15 Rb. Oost-Brabant 16 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:895.

16 Art. 6:267 lid 2 BW schrijft overigens voor dat de ontbinding ook op vordering door de rechter kan worden uitgesproken.

in 2015 verdwenen met de invoering van art. 7:686a BW, waardoor de rechtsingang en de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie gelijk is getrokken.

Een procesrechtelijk aspect waar discussie over bestaat, is de vraag of een beroep op ernstige wanprestatie bij verzoekschrift of bij dagvaarding moet worden ingeleid. De rechtbank Den Haag oordeelde dat een schadeclaim op grond van ernstige wanprestatie bij dagvaarding diende te worden ingeleid.¹⁷ In het algemeen wordt in de literatuur en rechtspraak ervan uitgegaan dat een ontbindingsverzoek wegens ernstige wanprestatie bij verzoekschrift dient te worden ingeleid.¹⁸ Het hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2020 dat dit het geval is omdat (i) art. 7:686 BW is opgenomen in afdeling 9, titel 10 van Boek 7 van het BW en op grond van art. 7:686a lid 2 BW worden gedingen die op het in die afdeling bepaalde zijn gebaseerd ingeleid met een verzoekschrift, en (ii) op grond van art. 7:686a lid 3 BW verwante vorderingen worden ingediend met een verzoekschrift.¹⁹

Uit onze analyse volgt dat een ontbinding wegens ernstige wanprestatie bij diverse vormen van werkweigering kans van slagen heeft

Indien naar de letterlijke tekst van art. 7:686a lid 2 BW wordt gekeken, kan men zich afvragen of ontbinding wegens ernstige wanprestatie ziet op een geding dat op het in, bij of krachtens het in afdeling 9 bepaalde is gebaseerd. De grondslag van het ontbindingsverzoek is namelijk niet art. 7:686 BW, maar art. 6:265 BW. Dat een ontbinding wegens ernstige wanprestatie met een verzoekschrift moet worden ingeleid, lijkt echter wel de bedoeling van de wetgever te zijn geweest. A-G De Bock wijst in haar conclusie van 16 oktober 2020²⁰ terecht op het oorspronkelijke wetsvoorstel waarin art. 7:686a lid 2 BW een beperkter bereik had en op het feit dat de wetgever de wettekst heeft aangepast naar aanleiding van een aanbeveling van Van Slooten om alle rechtszaken in verband met ontslag met een verzoekschrift in te leiden.²¹ De Hoge Raad heeft zich

helaas niet inhoudelijk over deze kwestie uitgelaten en de zaak afgedaan met toepassing van art. 81 RO.²²

In die gevallen dat de ontbinding wegens ernstige wanprestatie als neven- of tegenverzoek is gesteld, staat het partijen ingevolge art. 7:686a lid 3 BW zonder meer vrij om de ontbinding bij verzoekschrift in te stellen.

3. Analyse van de rechtspraak: in welke situaties heeft een beroep op art. 7:686 BW kans van slagen?

In dit hoofdstuk beantwoorden wij aan de hand van de door ons geanalyseerde rechtspraak de vraag in welke situaties een beroep op art. 7:686 BW kans van slagen heeft. Wij noemen eerst enkele algemene statistieken.

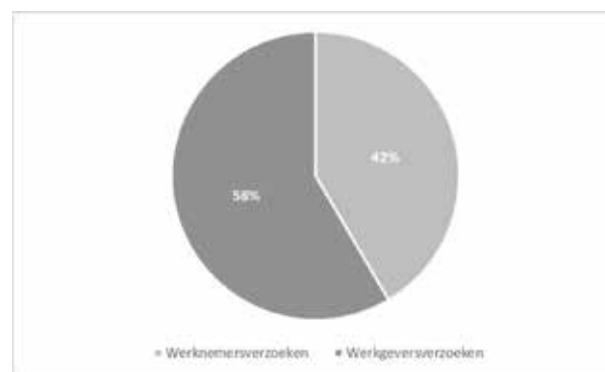
Het aantal gepubliceerde uitspraken waarin een beroep werd gedaan op art. 7:686 BW is vanaf 2015 tot 2018 jaarlijks toegenomen en is vanaf 2021 redelijk constant (zie figuur 1):



Figuur 1. Gepubliceerde uitspraken waarin een beroep werd gedaan op art. 7:686 BW.

Indien deze 107 uitspraken worden afgezet tegen het totaal aantal gepubliceerde ontbindingsverzoeken op basis van art. 7:671b BW, is een grove schatting dat slechts in circa 4% van de zaken een beroep wordt gedaan op ernstige wanprestatie in de zin van art. 7:686 BW.²³

In 62 uitspraken (circa 58%) deed de werkgever een beroep op art. 7:686 BW en in 45 uitspraken (circa 42%) de werknemer (zie figuur 2):



Figuur 2. Verhouding werkgeversverzoeken vs. werknemersverzoeken.

17 In de uitspraak van de rechtbank Den Haag 29 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4112 wordt geciteerd uit een eerdere uitspraak van de rechtbank Den Haag uit 2019 waarin werd geoordeeld dat de schadevordering wegens ernstige wanprestatie bij dagvaarding diende te worden ingeleid.

18 Zie voor een mooi overzicht: J.P. Quist, 'Dagvaarding of verzoekschrift? That's the question (deel I)', TAP 2021/279 (afl. 8). Anders: K. Janssens, in: *Arbeidsovereenkomst*, aant. 9.1.4 bij art. 7:686 BW, die tot de slotsom komt dat een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens ernstige wanprestatie bij dagvaardingsprocedure dient te worden gevorderd omdat z.i. niet duidelijk uit de wet volgt dat een verzoekschriftprocedure is aangewezen.

19 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3859.

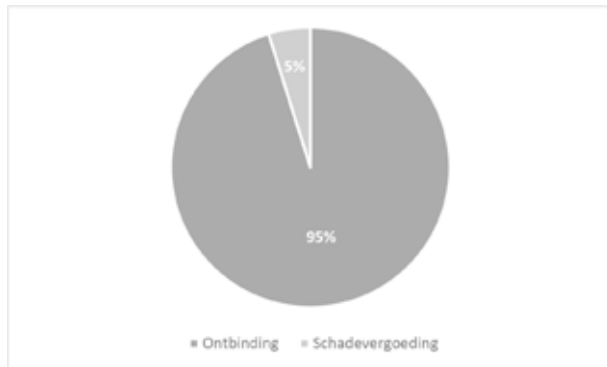
20 Conclusie A-G De Bock 16 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:962.

21 J.M. van Slooten, 'Art. 686a, Procesregeling', in: L.G. Verburg c.s. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818), Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA* (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 41), Deventer: Kluwer 2014, p. 178.

22 HR 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:424.

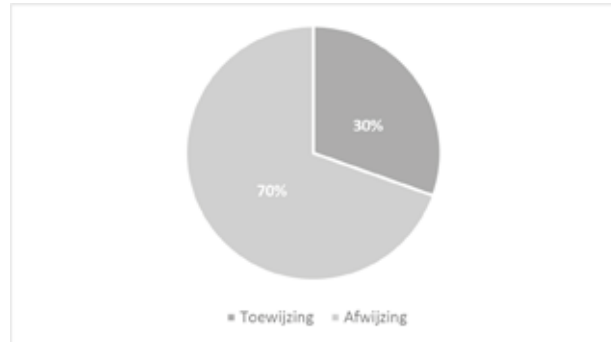
23 Op www.rechtspraak.nl worden onder het datumbereik 1 januari 2015 tot 22 juni 2023 op de zoektermen 'ontbinding' en 'arbeidsovereenkomst' 2748 uitspraken weergegeven binnen het rechtsgebied arbeidsrecht.

Uit onze analyse blijkt dat werkgevers ernstige wanprestatie haast uitsluitend (59 van de 62 uitspraken) ten grondslag leggen aan verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In slechts drie uitspraken verzocht de werkgever onder verwijzing naar art. 7:686 BW om schadevergoeding (zie figuur 3):²⁴



Figuur 3. Verhouding ingediende ontbindingsverzoeken vs. ingediende schadevorderingen.

Van deze 59 ontbindingsverzoeken vond in 13 zaken geen inhoudelijke beoordeling plaats. In deze zaken was bijvoorbeeld sprake van een tussenbeslissing of een ontslag op staande voet dat standhield waardoor de rechter niet toekwam aan het voorwaardelijk ingediende ontbindingsverzoek, of werd ontbinding op een andere (primaire) aange dragen ontslaggrond toegewezen. In de uitspraken waarin wel een inhoudelijke beoordeling plaatsvond, heeft de rechter (al dan niet bij verstek) in 14 zaken²⁵ het ontbindingsverzoek wegens ernstige wanprestatie toegewezen en in 32 zaken het ontbindingsverzoek afgewezen (zie figuur 4):



Figuur 4. Ontbindingsverzoek wegens ernstige wanprestatie.

In de 32 zaken waarin geoordeeld werd dat *geen* sprake is van ernstige wanprestatie, werd in 16 zaken²⁶ (50%) ontbinding toegewezen op een van de gronden als bedoeld in art. 7:669 lid 3 BW.

De feiten die in de geanalyseerde uitspraken aan het ontbindingsverzoek ten grondslag werden gelegd, laten zich als volgt categoriseren:

- Categorie 1: werkweigering;
 - Geen arbeid verrichten;
 - Redelijk bevel of opdracht niet opvolgen;
 - Meerdere dienstverbanden tegelijk;
- Categorie 2: ernstig disfunctioneren;
- Categorie 3: schending re-integratieverplichtingen;
- Categorie 4: schending geheimhoudingsplicht;
- Categorie 5: ambtenaren;
- Categorie 6: overig.

3.1 Werkweigering

Uit de arbeidsovereenkomst vloeit voor de werknemer de kernverplichting voort om arbeid te verrichten. Een werknemer is voorts uit hoofde van de arbeidsovereenkomst gehouden om redelijke instructies van de werkgever op te volgen (art. 7:660 BW). Indien een werknemer weigert arbeid te verrichten of te voldoen aan een redelijk bevel of opdracht is sprake van een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst en kwalificeert dit – indien de werknemer hier geen gegronde reden voor heeft – als werkweigering.

²⁴ Rb. Limburg 11 april 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:3431, hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10559, en hof Den Bosch 15 juni 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1972.

²⁵ Rb. Oost-Brabant 16 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:895, rb. Limburg 12 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4387, rb. Gelderland 2 juni 2017, 5948762 HA VERZ 17-35, rb. Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7355 (in hoger beroep vernietigd), rb. Limburg 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:10149, rb. Limburg 8 februari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:1212, rb. Amsterdam 29 november 2019, 8036603 EA VERZ 19-665, rb. Rotterdam 4 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:12585, rb. Limburg 19 januari 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:595, Hof Den Bosch 8 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2157, rb. Rotterdam 30 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5560, rb. Den Haag 15 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4726, rb. Den Haag 15 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4727, en rb. Oost-Brabant 16 mei 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2181.

²⁶ Rb. Zeeland-West-Brabant 2 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:998, rb. Midden-Nederland 29 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5002, rb. Amsterdam 25 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8390, rb. Limburg 11 april 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:3431, rb. Noord-Holland 31 juli 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:6987, rb. Gelderland 18 april 2019, ECLI:NL:RBGEL:2018:1706, rb. Den Haag 11 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1502, hof Arnhem-Leeuwarden 19 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3859, rb. Rotterdam 23 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8986, rb. Amsterdam 21 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3903, rb. Amsterdam 20 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4009, hof Den Bosch 1 oktober 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3021, rb. Gelderland 14 april 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3894, Rb. Noord-Holland 17 maart 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2965, hof Den Bosch 4 augustus 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2715 en hof Den Bosch 15 juni 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1972.

Uit onze analyse volgt dat een ontbinding wegens ernstige wanprestatie bij diverse vormen van werkweigering kans van slagen heeft. Achtereenvolgens gaan wij in op de uitspraken waarin de werknemer (i) in het geheel geen arbeid verrichtte, (ii) veelvuldig weigerde redelijke bevelen en opdrachten op te volgen en (iii) stiekem meerdere dienstverbanden tegelijk had en daardoor niet in staat was om de overeengekomen arbeid te verrichten.

3.1.1 Geen arbeid verrichten

Indien een werknemer in het geheel geen arbeid verricht, bijvoorbeeld omdat de werknemer naar het buitenland is vertrokken of om een andere reden niets meer van zich laat horen, heeft ontbinding wegens ernstige wanprestatie een goede kans van slagen. In een zaak van de rechtbank Oost-Brabant vroeg een werknemer verlof aan om voor zijn moeder in Ethiopië te zorgen en verscheen hij na afloop van zijn verlof niet meer op het werk.²⁷ De rechter kwalificeerde dit als werkweigering en wees het ontbindingsverzoek op grond van ernstige wanprestatie (bij verstek) toe. In gelijke zin ontbond de rechtbank Amsterdam op verzoek van Stichting VUmc de arbeidsovereenkomst met een ziekenhuismedewerker die na zijn vakantie niets meer van zich liet horen, niet reageerde op berichten en zijn afwezigheid op geen enkele manier verklaarde.²⁸

Het gegeven dat werknemers (zonder geldige reden) hun kernprestatie niet verrichten, doet werknemers de das om. Daar staat tegenover dat indien werknemers wél hun kernprestatie verrichten, dit kan leiden tot het oordeel dat geen sprake is van ernstige wanprestatie. Zo werd in een zaak van het hof Amsterdam het zich (verbaal) agressief uitlaten door een werknemer met een Wsw-indicatie onvoldoende geacht, omdat de werknemer (met onderbreking van twee jaar) zeventien jaar naar behoren zijn kernprestatie had verricht.²⁹

3.1.2 Redelijk bevel of opdracht niet opvolgen

Het niet opvolgen van een redelijk bevel of opdracht kan leiden tot ontbinding wegens ernstige wanprestatie. Hier is onder meer de mate en frequentie waarin de werknemer bevelen of opdrachten niet opvolgt van belang. Zo wees de rechtbank Gelderland het ontbindingsverzoek wegens ernstige wanprestatie toe, omdat werknemer ongeoorloofd afwezig was geweest, veelvuldig te laat op het werk was verschenen en veelvuldig in strijd had gehandeld met het verzuimprotocol van werkgever.³⁰

Omstandigheden als het arbeidsverleden van de werknemer, het goede functioneren en de vraag of de werkgever niet had kunnen volstaan met een minder vergaande sanctie, kunnen leiden tot het oordeel dat geen sprake is van een ernstige

wanprestatie. Zo ook bij een werknemer die bepaalde taken niet had uitgevoerd en weigerde om zonder mediator met de werkgever in overleg te treden. De rechter stelde vast dat sprake was van een tekortkoming, maar oordeelde dat het weigeren van dergelijke instructies onvoldoende was voor een ontbinding wegens ernstige wanprestatie, mede gelet op het feit dat werknemer gedurende 24 jaar naar tevredenheid had gefunctioneerd en het opleggen van een loonstop als afdoende maatregel werd beschouwd.³¹

3.1.3 Meerdere dienstverbanden tegelijk

Indien een werknemer (stiekem) meerdere dienstverbanden met een serieuze omvang tegelijk aangaat, zal de werknemer in de regel niet in staat zijn om aan zijn kernverplichting te voldoen. Een werknemer kan immers niet op twee plekken tegelijk zijn. De rechtbank Den Haag oordeelde eerder dit jaar tweemaal dat sprake was van ernstige wanprestatie.³² Daarbij speelde mee dat desbetreffende werknemer ten onrechte geen toestemming had gevraagd voor deze nevenwerkzaamheden, zich bij zijn 'eerste' werkgever ziek had gemeld en geen open kaart speelde over zijn tweede dienstverband bij de bedrijfsarts.

3.2 Ernstig disfunctioneren

Werkgevers leggen ook geregeld feiten die zien op disfunctioneren ten grondslag aan een ontbindingsverzoek wegens ernstige wanprestatie. Eerder vermeldden wij al dat Van Slooten ernstig disfunctioneren als voorbeeld noemde van een situatie waarin sprake kan zijn van ernstige wanprestatie, zonder dat sprake is van een dringende reden.³³ Uit onze analyse volgt echter dat in de praktijk een beroep op ernstige wanprestatie in deze gevallen niet kansrijk is. Dat geldt uiteraard in de gevallen waarin het disfunctioneren niet door de werkgever kon worden bewezen.³⁴ In de zaken waarin het disfunctioneren kwam vast te staan, werd geoordeeld dat sprake was van tekortschieten in de nakoming van de verbintenissen, maar dat een dergelijke tekortkoming niet het ingrijpende gevolg van ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens ernstige wanprestatie kon rechtvaardigen.³⁵ Zo werd de arbeidsovereenkomst van een trekkerchauffeur, die herhaaldelijk roekeloos rijgedrag vertoonde en meerdere ongevallen en schades had veroorzaakt, niet ontbonden vanwege ernstige wanprestatie (maar wel wegens disfunctioneren). Hetzelfde gold voor een werknemer die er niet in slaagde om een opleiding af te ronden, en daardoor bepaalde werkzaamheden niet kon uitvoeren.³⁶

27 Rb. Oost-Brabant 16 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:895.

28 Rb. Amsterdam 29 november 2019, 8036603 EA VERZ 19-665.

29 Hof Amsterdam 24 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3245.

30 Rb. Gelderland 2 juni 2017, 5948762 HA VERZ 17-35.

31 Rb. Zeeland-West-Brabant 2 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:998.

32 Rb. Den Haag 15 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4726, en rb. Den Haag 15 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4727.

33 J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 322.

34 Rb. Rotterdam 23 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8986, en hof Arnhem-Leeuwarden 16 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7315.

35 Rb. Amsterdam 25 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8390, rb. Noord-Holland 31 juli 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:6987, en rb. Amsterdam 20 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4009. Wat zoal kan worden verstaan onder 'ingrijpende gevolgen' wordt nader geduid in hfdst. 4.

36 Rb. Midden-Nederland 29 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5002.

3.3 Schending re-integratieverplichtingen

Op een arbeidsongeschikte werknemer rusten re-integratieverplichtingen (art. 7:660a BW). In vijf van de negen gevallen (56%) waarin schending van re-integratieverplichtingen ten grondslag werd gelegd aan het ontbindingsverzoek wegens ernstige wanprestatie werd het ontbindingsverzoek toegewezen.³⁷ Het ging met name om werknemers die weigerden passende arbeid te verrichten of de verplichtingen uit het verzuimprotocol niet nakwamen, veelal gecombineerd met het niet bereikbaar zijn, de telefoon ophangen en/of niet komen opdagen.³⁸ Ook hier is van belang in welke mate en frequentie de re-integratieverplichtingen worden geschonden. In een zaak bij het hof Den Bosch werd het tweemaal niet verschijnen op het spreekuur van de bedrijfsarts in het kader van de ontslaanvraag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid onvoldoende geacht.³⁹

Met name in het geval van werkweigeren ligt het (terug)vorderen van loon onzes inziens voor de hand

Indien het niet voldoen aan de re-integratieverplichtingen gelegen is in de medische situatie van een werknemer, werd het ontbindingsverzoek wegens ernstige wanprestatie niet gehonoreerd.⁴⁰ Zo werd een uitspraak van de rechtbank Den Haag⁴¹ in hoger beroep vernietigd, omdat werknemer in hoger beroep een medisch rapport had overgelegd waaruit bleek dat het eigen werk de belastbaarheid van werknemer overschreed.⁴²

3.4 Schending geheimhoudingsplicht

De leden van een ondernemingsraad zijn op grond van art. 20 WOR verplicht tot geheimhouding van alle zaken en bedrijfsgeheimen die zij in hun hoedanigheid vernemen. Voor andere werknemers is veelal in de arbeidsovereenkomst een geheimhoudingsbeding opgenomen. Indien deze

verplichting wordt geschonden, schiet de werknemer tekort in de nakoming van zijn of haar verplichting.

In drie gepubliceerde uitspraken deed de werkgever in een dergelijke kwestie zonder succes een beroep op ernstige wanprestatie.⁴³ Uit deze uitspraken maken wij op dat ontbinding wegens ernstige wanprestatie niet onmogelijk is, maar dat daarvoor van belang is (i) of de werknemer de verplichting structureel heeft geschonden, (ii) of de werkgever schade heeft geleden, (iii) de leeftijd van werknemer en (iv) de lengte van het dienstverband. Onder verwijzing naar voornoemde omstandigheden werd het ontbindingsverzoek wegens ernstige wanprestatie van een werknemer van Holland Casino, die tevens OR-lid en vakbonds(bestuurs) lid was en een onder embargo verstrekte adviesaanvraag met bijlagen had doorgestuurd naar een collega vakbondsbestuurder, afgewezen.⁴⁴

3.5 Ambtenaren

Met de inwerkingtreding van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) per 1 januari 2020 is de positie van ambtenaren gelijkgesteld met die van de 'reguliere' werknemer, met dien verstande dat de Ambtenarenwet 2017 (Aw) nog onverminderd van kracht is. In art. 6 Aw staat dat de ambtenaar gehouden is de bij of krachtens de wet op hem rustende en uit zijn functie voortvloeiende verplichtingen te vervullen en zich als een goed ambtenaar te gedragen.⁴⁵ Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan schrijft lid 2 voor dat dit gezien wordt als een tekortkoming in de nakoming van de plichten die de arbeidsovereenkomst aan de ambtenaar oplegt.

Het viel ons op dat overheidswerkgevers geregeld een beroep op art. 7:686 BW doen. In zeventien uitspraken kwam de rechter toe aan een inhoudelijke beoordeling. In vijf uitspraken leidde dit tot een toewijzing en in twaalf uitspraken tot een afwijzing (al dan niet gevolgd door de toewijzing op grond van art. 7:669 lid 3 BW).⁴⁶

In de gevallen waarin het ontbindingsverzoek werd toegewezen wegens ernstige wanprestatie ging het om een ambtenaar die (i) onder andere softdrugs verkocht aan een

37 Wel ontbinding wegens ernstige wanprestatie: rb. Limburg 12 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4387, rb. Gelderland 2 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4387, rb. Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7355 (in hoger beroep vernietigd), rb. Limburg 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:10149, en rb. Limburg 8 februari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:1212. Geen ontbinding wegens ernstige wanprestatie: hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11042, hof Den Haag 11 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1502, hof Den Bosch 1 oktober 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3021, en rb. Midden-Nederland 25 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2692.

38 Rb. Limburg 12 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4387, rb. Gelderland 2 juni 2017, 5948762 HA VERZ 17-35, rb. Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7355, rb. Limburg 8 februari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:1212, en rb. Limburg 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:10149.

39 Hof Den Bosch 1 oktober 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3021.

40 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11042, en rb. Midden-Nederland 25 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2692.

41 Rb. Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7355.

42 Hof Den Haag 11 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1502.

43 Rb. Den Haag 10 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5102, rb. Amsterdam 2 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:565, en hof Den Bosch 7 juli 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2250.

44 Rb. Amsterdam 2 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:565.

45 Vgl. art. 7:611 BW waarin (o.a.) is opgenomen dat de werknemer zich als goed werknemer dient te gedragen.

46 Rb. Limburg 2 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9473, rb. Limburg 2 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9474, rb. Limburg 2 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9475, rb. Limburg 2 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9476, hof Den Bosch 19 augustus 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2594, hof Den Bosch 25 november 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3613, rb. Oost-Brabant 10 februari 2022, ECLI:NL:ROBR:2022:459, rb. Rotterdam 9 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1907, rb. Midden-Nederland 11 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:xxx, rb. Zeeland-West-Brabant 14 juni 2022, «JAR» 2022/186, m.nt. Boelens, Hof Den Bosch 4 augustus 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2715, en rb. Midden-Nederland 14 september 2022, ECLI:NL:RMNE:2022:xxx.

collega,⁴⁷ (ii) minderjarige stagiaires alcohol gaf, intiem benaderde en nadien contact probeerde te onderhouden via sociale media,⁴⁸ (iii) een valse bommelding deed (al dan niet onder bedreiging en hier geen melding van deed bij zijn werkgever), winkeldiefstal pleegde en geld leende van ondergeschikten,⁴⁹ (iv) computervredebreuk pleegde en het ambtsgeheim schond⁵⁰ en (v) gedurende ruim tien jaar onjuiste aangiften inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen deed door geen melding te maken van buitenlandse bankrekeningen.⁵¹ Bij de afwijzingen gaat het onder andere om laagopgeleide ambtenaren, zoals boa's dat vaak zijn, en wordt dit door de rechtbank expliciet meegewogen in de beoordeling.⁵²

Wij kunnen ons voorstellen dat de hogere integriteitsmaatschap ook geldt voor bepaalde niet-ambtenaren, zoals bankmedewerkers, en dat ook bij deze werknemers eerder (met succes) een beroep op art. 7:686 BW zal worden gedaan. Dit hebben wij echter niet in de geanalyseerde rechtspraak waargenomen. In een zaak van de rechtbank Rotterdam kreeg een werknemer van ABN AMRO, die in privé een opmerkelijke zakelijke relatie was aangegaan met een klant, namelijk het voordeel van de twijfel.⁵³

3.6 Overig

Tot slot zijn er nog andere tekortkomingen die werkgevers ten grondslag hebben gelegd aan een ontbindingsverzoek wegens ernstige wanprestatie. Het gaat dan bijvoorbeeld om een werknemer die (i) het nevenwerkzaamhedenbeding had geschonden,⁵⁴ (ii) ongeoorloofd goederen uit de vuilniscontainer had weggenomen⁵⁵ of (iii) zonder toestemming gebruikmaakte van data, modellen en tools die vielen onder het intellectuele eigendomsrecht van de vorige werkgever.⁵⁶ De gemene deler in deze uitspraken is dat weliswaar sprake was van een tekortkoming, maar niet van ernstige wanprestatie die ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigde.

4. Voordelen ernstige wanprestatie

Onder verwijzing naar de door ons geanalyseerde uitspraken, bespreken wij in dit hoofdstuk de voordelen van

ontbinding wegens ernstige wanprestatie ten opzichte van de reguliere ontbindingsgronden van art. 7:669 BW, met specifieke aandacht voor de verschillen met een ontbinding wegens (ernstig) verwijtbaar handelen (e-grond). Ook gaan wij in op de verschillen met een ontslag op staande voet ex art. 7:677 jo. art. 7:678 BW.

4.1 Een redelijke ontslaggrond en een dringende reden

De grondslag voor ontbinding wegens ernstige wanprestatie is art. 6:265 BW (jo. art. 7:686 BW). Voor ontbinding wegens ernstige wanprestatie is dan ook geen voldragen ontslaggrond vereist zoals bedoeld in art. 7:669 BW.

Aangezien ernstige wanprestatie veeleer op één lijn kan worden gesteld met een dringende reden, leent een dergelijk ontbindingsverzoek zich bij uitstek voor reparatie van de situatie dat de werkgever te lang heeft gewacht en een ontslag op staande voet niet meer onverwijd kan worden gegeven. De eerdergenoemde zaak bij de rechtbank Oost-Brabant lijkt daar een voorbeeld van te zijn.⁵⁷ De werknemer in die zaak was naar Ethiopië vertrokken en de werkgever hoopte/verwachte lange tijd dat de werknemer alsnog terug zou keren. Hiermee was het momentum voor een ontslag op staande voet verstreken.

4.2 Ongedaanmakingsverbintenis

Ontbinding met terugwerkende kracht is niet (meer) mogelijk, maar aangezien partijen een ongedaanmakingsverbintenis kunnen instellen, kan ontbinding toch gevolgen hebben voor het verleden. De werkgever kan door het instellen van een ongedaanmakingsverbintenis het aan de werknemer betaalde loon (partieel) (terug)vorderen vanaf het moment dat de werknemer de wanprestatie pleegde. Uit de geanalyseerde uitspraken volgt dat werkgevers zelden gebruikmaken van deze mogelijkheid. Met name in het geval van werkweigering ligt het (terug)vorderen van loon onzes inziens voor de hand. Mogelijk dat de werkgevers hier in de zaken van de rechtbank Oost-Brabant (waarin de werknemer naar Ethiopië vertrok)⁵⁸ en de rechtbank Amsterdam (waarin de werknemer niet meer terugkwam van vakantie)⁵⁹ hier bewust van hebben afgezien omdat zij reeds een loonstop hadden opgelegd of vanwege het ontbreken van verhaalsmogelijkheden.

Vanwege de specifieke kenmerken van ontbinding wegens ernstige wanprestatie is het de moeite waard om deze grondslag mee te nemen in de advisering

Een vervolgvraag is of een werkgever een ongedaanmakingsverbintenis kan instellen indien het dienstverband reeds is

47 Rb. Rotterdam 4 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:12585.

48 Rb. Limburg 19 januari 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:595. In hoger beroep overigens bleef het oordeel van de kantonrechter in stand, maar was de grondslag niet langer art. 7:686 BW, maar art. 7:669 lid 3 sub e BW (hof Den Bosch 4 augustus 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2715).

49 Hof Den Bosch 25 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2157.

50 Rb. Rotterdam 30 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5560.

51 Rb. Oost-Brabant 16 mei 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2181.

52 Rb. Limburg 2 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9473, rb. Limburg 2 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9474, rb. Limburg 2 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9475, en rb. Limburg 2 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9476.

53 Rb. Rotterdam 9 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2443.

54 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3859.

55 Rb. Rotterdam 21 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2270, en rb. Oost-Brabant 11 juni 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:2858.

56 Rb. Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:16457.

57 Rb. Oost-Brabant 16 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:895.

58 Rb. Oost-Brabant 16 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:895.

59 Rb. Amsterdam 29 november 2019, 8036603 EA VERZ 19-665.

beëindigd door (bijvoorbeeld) een ontslag op staande voet. De Hoge Raad heeft ten aanzien van een schadevergoeding wegens ernstige wanprestatie in 1999 reeds geoordeeld dat dit mogelijk is.⁶⁰ In 2018 oordeelde de rechtbank Rotterdam dat dit niet mogelijk was bij het instellen van een ongedaanmakingsverbintenis.⁶¹ De rechtbank Den Haag dacht daar eerder dit jaar (tweemaal) anders over.⁶² De werknemer die stiekem bij twee werkgevers een dienstverband was aangegaan van 32 uur en 36 uur, zich vervolgens bij de eerste werkgever ziek meldde, maar over zijn tweede dienstverband bij de bedrijfsarts niet open was, werd veroordeeld om € 37.552,80 en € 43.766,50 aan loon terug te betalen.

4.3 Schadevergoeding

Indien een ontslag op staande voet wordt verleend, kunnen partijen ingevolge art. 7:677 lid 2 BW uitsluitend om een gefixeerde schadevergoeding verzoeken. Indien een werkgever in aanvulling daarop de werkelijke schade vergoed wil hebben, zal in de regel moeten worden aangetoond dat voldaan is aan art. 7:661 BW, dat opzet of bewuste roekeloosheid vereist.

Art. 7:686 BW biedt echter de mogelijkheid werkelijke schadevergoeding te vorderen. Interessant daarbij is dat de Hoge Raad in het hiervoor genoemde arrest uit 1999 niet toetste aan de vereisten van art. 7:661 BW, omdat het niet ging om schade in de uitoefening van de werkzaamheden.⁶³ Het hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2019 op een vergelijkbare wijze in een situatie waarin de werknemer de werkgever had beconcurrerd.⁶⁴

In de door ons geanalyseerde rechtspraak deed zich ook een kwestie voor waarin de werkgever op grond van art. 7:661 BW schade vorderde van de werknemer voor privéaankopen die de werknemer via het bedrijf had laten lopen.⁶⁵ Hoewel het verzoek werd toegewezen, had de werkgever ook kunnen betogen dat art. 7:661 BW niet van toepassing was omdat de schade niet is ontstaan tijdens de uitvoering van de werkzaamheden, aangezien het doen van privéaankopen niet behoorde tot de overeengekomen werkzaamheden.

4.4 Herplaatsing

Art. 7:669 BW bepaalt dat een arbeidsovereenkomst pas kan worden ontbonden indien de werknemer niet binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, herplaatst kan worden in een passende functie of dit niet in de rede ligt. Herplaatsing ligt in ieder geval niet in de rede indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Een ontbindingsverzoek wegens ernstige wanprestatie wordt niet beheerst door art. 7:669 BW. Om die reden hoeft er bij een ontbinding op grond van ernstige wanprestatie niet getoetst te worden of er herplaatsingsmogelijkheden zijn. Uit de door ons geanalyseerde rechtspraak volgt echter dat rechters regelmatig oordelen dat herplaatsing niet in de rede ligt, omdat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen.⁶⁶ Zuiverder zou wat ons betreft zijn om te overwegen dat de herplaatsingsplicht geheel niet aan de orde is bij ontbinding wegens ernstige wanprestatie.

4.5 Partiele ontbinding

Op 21 februari 2020 wees de Hoge Raad een beschikking waarin hij zich uitliet over de vraag of een arbeidsovereenkomst deelbaar was.⁶⁷ De Hoge Raad oordeelde dat partiële ontbinding op grond van art. 7:671b BW (oftewel: indien een van de ontslaggronden uit art. 7:669 lid 3 BW aan de orde is) niet kan, maar wel bij ontbinding wegens ernstige wanprestatie.

4.6 Transitievergoeding

Art. 7:673 BW schrijft voor dat de werkgever in beginsel een transitievergoeding verschuldigd is in geval van ontbinding door de rechter. Volgens Hoekstra en Stekelenburg geldt dit ook bij ontbinding wegens ernstige wanprestatie.⁶⁸

In art. 7:673 BW is voorts bepaald dat de werknemer in beginsel geen transitievergoeding toekomt indien de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Volgens Hoekstra en Stekelenburg komt de werknemer ook bij ernstige wanprestatie in beginsel geen transitievergoeding toe omdat de begrippen ‘ernstige wanprestatie’ en ‘ernstige verwijtbaarheid’ op gelijke wijze mogen worden uitgelegd. Deze lijn wordt ook gevolgd door de lagere rechters.⁶⁹

Uit de eerdergenoemde uitspraak van de Hoge Raad van 21 februari 2020 kan uit rechtsoverweging 3.3.4 echter worden afgeleid dat de werknemer bij ernstige wanprestatie niet in aanmerking kan komen voor een transitievergoeding en art. 7:673 BW in die situatie niet van toepassing is.⁷⁰ Dit uitgangspunt kan leiden tot een andere uitkomst. Wij lichten dat toe. Indien art. 7:673 BW niet van toepassing is bij ontbinding wegens ernstige wanprestatie kan een werknemer geen beroep doen op het luizengaatje in art. 7:673 lid 8 BW op basis waarvan de rechter de transitievergoeding alsnog kan toekennen, indien het niet toekennen naar

60 HR 20 mei 1999, «JAR» 1999/103.

61 Rb. Rotterdam 12 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:11044.

62 Rb. Den Haag 15 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4726, en rb. Den Haag 15 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4727.

63 HR 20 mei 1999, «JAR» 1999/103.

64 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10559.

65 Rb. Limburg 11 april 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:3431.

66 Rb. Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7355, en rb. Oost-Brabant 16 mei 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2181.

67 HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283.

68 T.D.E. Hoekstra & M.H. Stekelenburg, ‘Art. 7:686 BW binnen de WWZ: een vreemde eend in de bijt of nieuw gemeengoed?’, *TAP* 2015/270.

69 Rb. Limburg 12 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4387, rb. Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7355, rb. Limburg 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:10149, rb. Limburg 8 februari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:1212, en rb. Rotterdam 4 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:12585.

70 Van Eck en Ruijsenaars hebben zich kritisch over dit onderdeel uitgelaten in hun annotatie bij deze uitspraak van de Hoge Raad (HR 21 februari 2020, «JAR» 2020/73 m.nt. Van Eck en Ruijsenaars).

maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In de situatie dat art. 7:673 BW wel van toepassing is, kan een werknemer bij het aannemen van ernstig verwijtbaar handelen wél een beroep doen op het luizengaatje en alsnog in aanmerking komen voor een transitievergoeding.

Wat zien we na deze uitspraak terug in de rechtspraak? Het hof Den Bosch oordeelde in 2021 – in lijn met de uitspraak van de Hoge Raad – dat art. 7:673 BW niet van toepassing is bij ontbinding wegens ernstige wanprestatie.⁷¹ Lagere rechters blijven echter ook ná de uitspraak van de Hoge Raad de aanspraak op een transitievergoeding toetsen aan art. 7:673 BW.⁷² Om die reden zouden wij als werkgever zekerheidshalve gemotiveerd stellen dat de feiten die ten grondslag zijn gelegd aan de ernstige wanprestatie ook kwalificeren als ernstig verwijtbaar handelen en ook om die reden geen transitievergoeding verschuldigd is.

4.7 Opzegtermijn

Een rechter zal bij toewijzing van een ontbindingsverzoek op grond van art. 7671b BW de geldende opzegtermijn – na aftrek van de proceduurtijd – in acht moeten nemen, met dien verstande dat een termijn van ten minste één maand resteert. Dit is anders indien de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

Zoals hiervoor vermeld, wordt ontbinding wegens ernstige wanprestatie beheerst door art. 7:686 jo. art. 6:265 tot en met 6:278 BW. Uit art. 6:269 BW volgt enkel dat ontbinding wegens ernstige wanprestatie niet met terugwerkende kracht kan. In de rechtspraak zien wij dat rechters de arbeidsovereenkomst wegens ernstige wanprestatie ontbinden zonder een opzegtermijn in acht te nemen.⁷³ Ook zien wij dat de rechter de ontbindingsdatum veelal stelt op de eerste van de daaropvolgende maand.⁷⁴ Zo wees de rechtbank Limburg op 12 mei 2017 een uitspraak waarin de arbeidsovereenkomst per 1 juni 2017 werd ontbonden op grond van ernstige wanprestatie.⁷⁵ Een motivering hiervoor ontbreekt in deze uitspraken.

4.8 Opzegverbod

Een opzegverbod staat in beginsel aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:669 BW in de weg.

De bijzondere opzegverboden in art. 7:670 BW staan onzes inziens niet aan ontbinding wegens ernstige wanprestatie in de weg. Uit art. 7:671b lid 1 en 2 BW volgt namelijk dat de opzegverboden in beginsel uitsluitend aan ontbinding op

grond van art. 7:669 BW in de weg staan. Wij onderschrijven dan ook de uitspraak van de rechtbank Limburg van 18 april 2018 waarin dit expliciet werd overwogen.⁷⁶ In de door ons geanalyseerde rechtspraak wordt desalniettemin soms toch getoetst of de ontbinding verband houdt met een opzegverbod.⁷⁷ Deze uitspraken verdienen volgens ons geen navolging.

5. Conclusie

Ontbinding wegens ernstige wanprestatie is wat ons betreft allesbehalve een dode letter. Uit onze analyse volgt dat het ontbindingsverzoek wegens ernstige wanprestatie een serieuze kans van slagen heeft indien (i) de werknemer zonder gegronde reden verzuimt om de kernprestatie te verrichten, (ii) de werknemer structureel re-integratieverplichtingen schendt, en (iii) het gaat om een werknemer waarvoor een hoge integriteitsmaatstaf geldt, zoals dat bij ambtenaren het geval is. Ook in die gevallen dat sprake is van een dringende reden, maar het ontslag niet meer onverwijld kan worden gegeven, biedt een ontbindingsverzoek wegens ernstige wanprestatie een uitweg.

Vanwege de specifieke kenmerken van ontbinding wegens ernstige wanprestatie is het de moeite waard om deze grondslag mee te nemen in de advisering. Bij ontbinding wegens ernstige wanprestatie hoeft de werkgever immers niet te onderzoeken of de werknemer herplaatst kan worden, zijn de bijzondere opzegverboden niet van toepassing en kan de rechter partieel en direct ontbinden. Ook kan onder verwijzing naar de uitspraak van de Hoge Raad van 21 februari 2020 betoogd worden dat niet getoetst hoeft te worden of de werknemer ingevolge art. 7:673 BW aanspraak maakt op een transitievergoeding.

Een aantal van deze punten geldt ook indien ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt toegewezen op de e-grond en wordt vastgesteld dat de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Er zijn echter nuanceverschillen te benoemen. Zo gelden in beginsel bij een ontbindingsverzoek op grond van (ernstig) verwijtbaar handelen de opzegverboden en kan aan een werknemer een transitievergoeding worden toegekend indien het niet toekennen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Tot slot: (i) kan de werkgever wegens ernstige wanprestatie aanspraak maken op een schadevergoeding waarop het strenge regime van art. 7:661 BW niet van toepassing is indien de schade niet is ontstaan tijdens de uitvoering van de werkzaamheden, en (ii) biedt ontbinding wegens ernstige wanprestatie ook de mogelijkheid om een ongedaanmakingsverbintenis in te stellen, waarmee de werkgever loon kan (terug)vorderen vanaf het moment dat de werknemer

71 Hof Den Bosch 8 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2157.

72 Rb. Rotterdam 30 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5560, en rb. Oost-Brabant 16 mei 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:2181.

73 Rb. Oost-Brabant 16 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:895, en rb. Limburg 8 februari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:1212.

74 Bijv. rb. Limburg 12 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4387, rb. Den Haag 8 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7355, en rb. Limburg 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:10149.

75 Rb. Limburg 12 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4387.

76 Rb. Limburg 18 april 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:10180.

77 Rb. Zeeland-West-Brabant 2 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:998, hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11042, en rb. Limburg 8 februari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:1212.

de wanprestatie heeft gepleegd. Met name in het geval van werkweigeren, of in de situatie dat de werknemer stiekem meerdere dienstverbanden heeft, kan het instellen van ongedaanmakingsverbintenissen zinvol zijn.

Dit artikel is afgesloten op 7 juli 2023.

Over de auteurs



Mr. B.M.C. (Boy) Stenden

Advocaat arbeidsrecht bij Dirkzwager N.V.



mr. S.W. (Stefan) Kleijer

Advocaat arbeidsrecht bij Dirkzwager N.V.