

61. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer wegens (ernstige) wanprestatie: waar staan we?

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

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens ernstige wanprestatie houdt sinds de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (Wwz) de gemoeieren bezig. Inmiddels is ruim negen jaar verstreken en is de nodige rechtspraak over art. 7:686 BW verschenen. Wij hebben 118 uitspraken geanalyseerd waarin een beroep is gedaan op ernstige wanprestatie. Vorig jaar hebben wij een artikel gepubliceerd waarin onze bevindingen over het werkgeversverzoek op basis van art. 7:686 BW centraal staan (TAP 2023/182). In dit artikel gaan wij in op onze bevindingen ten aanzien van het werknemersverzoek.

1. De historie in het perspectief van het werknemersverzoek

Wij beperken ons in dit artikel en hoofdstuk tot de kern van de ontstaansgeschiedenis van art. 7:686 BW, die nodig is om de analyse van de rechtspraak in relatie tot het toetsingskader (zie paragraaf 3) in perspectief te kunnen plaatsen. Voor een uitgebreide analyse van de ontstaansgeschiedenis verwijzen wij naar (paragraaf 1 van) ons eerder gepubliceerde artikel.¹

In 1907 is art. 1639x (oud) in het Burgerlijk Wetboek opgenomen. In dat artikel stond dat de arbeidsrechtelijke bepalingen over beëindiging van de arbeidsovereenkomst zich niet verzetten tegen ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van het algemeen verbintenissenrecht met vergoeding van kosten, schade en rente. Deze ontbindingsmogelijkheid was bedoeld voor de situatie ‘dat eene der partijen’ (lees: werkgever óf 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

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 is.⁴ In 1990 ging de Hoge Raad uitvoeriger in op het materiele karakter van art. 1639x BW. 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 toegestaan is in 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

Met de invoering van het nieuw 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 In art. 7:686 BW staat dat de arbeidsrechtelijke bepalingen over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst een ontbinding of het vorderen van schadevergoeding wegens een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst op grond van het algemeen verbintenissenrecht (art. 6:265 BW en 6:74 BW) niet uitsluit. Tevens 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 dat een ongedaanmakingsverbintenis ontstaat.

1 B.M.C. Stenden & S.W. Kleijer, ‘Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever wegens ernstige wanprestatie: waar staan we?’, TAP 2023/182.

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.

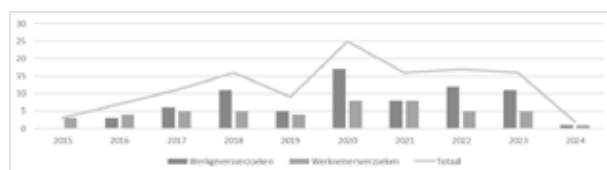
6 Besluit van 20 februari 1990, Stb. 1990, 90.

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

Met de inwerkingtreding van de Wwz in 2015 is een gesloten stelsel van ontslaggronden ingevoerd. Art. 7:686 BW is ongewijzigd blijven staan, zonder dat daar in de parlementaire geschiedenis aandacht aan is besteed.

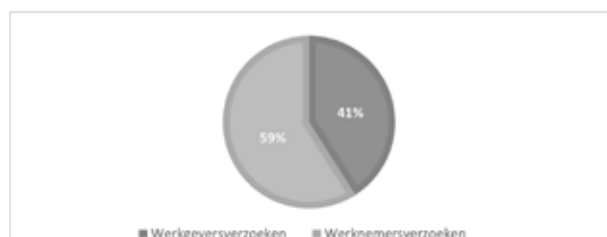
2. Analyse van de rechtspraak: in welke situaties heeft een beroep van de werknemer op art. 7:686 BW kans van slagen?

Vanaf 2015 tot en met januari 2024 zijn in totaal 118 uitspraken gepubliceerd waarin een beroep is gedaan op art. 7:686 BW. Het aantal gepubliceerde uitspraken is vanaf 2015 tot 2018 jaarlijks toegenomen, piekte in 2020 en is vanaf 2021 redelijk constant (zie Figuur 1):



Figuur 1

In 70 uitspraken (circa 59%) deed de werkgever een beroep op art. 7:686 BW en in 48 uitspraken (circa 41%) de werknemer (zie Figuur 2):



Figuur 2

Werkgevers leggen ernstige wanprestatie haast uitsluitend ten grondslag aan verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst (95%). Werknemers zetten primair in op het vergoed krijgen van schade: in alle gepubliceerde zaken verzochten werknemers om een schadevergoeding. In 38% van de gevallen combineerde de werknemer de schadevergoeding met een ontbindingsverzoek (zie Figuur 3):



Figuur 3

Dat de focus bij een werknemersverzoek niet ligt op ontbinding van een arbeidsovereenkomst is verklaarbaar.

In verschillende zaken had de werkgever namelijk reeds een ontbindingsverzoek ingediend of de arbeidsovereenkomst opgezegd. Daarnaast heeft een werknemer geen ontbindingsverzoek nodig om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Voor de werknemer geldt immers geen preventieve toets: een werknemer kan de arbeidsovereenkomst veelal tussentijds opzeggen.

In ons eerdere artikel hebben wij uitgewerkt dat een beroep op ernstige wanprestatie bij werkgeversverzoeken een serieuze kans van slagen heeft indien (i) de werknemer zonder gegronde reden verzuimt de kernprestatie te verrichten, (ii) de werknemer structureel re-integratieverplichtingen schendt en (iii) voor de werknemer een hoge integriteitsmaatstaf geldt, zoals dat bij ambtenaren het geval is. Wat zien we bij de werknemersverzoeken?

In de 48 zaken waarin een werknemer een beroep deed op art. 7:686 BW werd werkgevers de volgende verwijten gemaakt:

1. weigering werknemer toe te laten tot het werk (onrechtmatige schorsing,⁸ gedeeltelijk werkzaamheden ontnemen⁹ en onterechte opzegging door de werkgever¹⁰);
2. weigering een slapend dienstverband te beëindigen;¹¹
3. schending re-integratieverplichtingen¹² en/of de arbeidsomstandighedenwet;¹³ en
4. overig gedrag of nalaten werkgever (niet geven van scholing en begeleiding,¹⁴ niet wijzen op disfunctioneren en geen gelegenheid geven functioneren te verbeteren,¹⁵ niet nakomen van afspraken over terugbetaling leningen,¹⁶ hoge werkdruk in stand houden,¹⁷ weigeren aanbieden leidinggevende functie,¹⁸ niet op tijd vastleggen nadere arbeidsvoorwaarden en in orde maken formele indienstreding,¹⁹ niet ingrijpen toen er vermeende onwaarheden over werknemer te ronde gingen,²⁰ vermeend pestgedrag of vermeende discriminatie,²¹ ver-

8 Hof Den Haag 28 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2467.

9 Rb. Rotterdam 9 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9702 en Rb. Amsterdam 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5966.

10 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3494 en Rb. Rotterdam 18 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3818.

11 Rb. Den Haag 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15421; Rb. Den Haag 4 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14103; Hof Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036 en Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6140.

12 Hof Den Bosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5399; Rb. Noord-Holland 14 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5545 en Rb. Zeeland-West-Brabant 30 augustus 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:4492.

13 Rb. Rotterdam 26 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3490.

14 Rb. Rotterdam 14 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7261.

15 Rb. Rotterdam 31 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:736.

16 Rb. Noord-Holland 5 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:953.

17 Rb. Noord-Holland 14 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5545.

18 Rb. Limburg 3 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8931.

19 Rb. Limburg 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:6453.

20 Hof Den Haag 24 januari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:22.

21 Rb. Noord-Holland 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:11026; Rb. Oost-Brabant 27 mei 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2807; Hof Den Haag 24 januari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:22 en Hof Den Haag 20 juni 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1131.

meend aansturen op (valse) ontslaggrond²² en het aanbieden van een onacceptabel beëindigingsvoorstel²³).

Verder valt op dat de slagingskans van werknemersverzoeken vele malen kleiner lijkt te zijn dan de slagingskans van werkgeversverzoeken

In 23 van deze 48 zaken vond geen inhoudelijke beoordeling van art. 7:686 BW plaats. Dit had meerdere oorzaken:

- (i) de rechter kwam niet toe aan de beoordeling van het subsidiaire verzoek²⁴ of het zelfstandig tegenverzoek²⁵ van de werknemer;
- (ii) de procedure werd voortgezet in een dagvaardingsprocedure in plaats van de door werknemer ingeleide verzoekschriftprocedure;²⁶
- (iii) partijen hadden een beëindigingsovereenkomst met wederzijds goedvinden gesloten met een finaal kwijtingsbeding;²⁷ of
- (iv) de werknemer werd niet-ontvankelijk verklaard omdat de werknemer te laat een verzoekschrift had ingediend.²⁸

Verder valt op dat de slagingskans van werknemersverzoeken vele malen kleiner lijkt te zijn dan de slagingskans van werkgeversverzoeken. Werkgeversverzoeken bleken in 30% van de gevallen tot een toewijzing te leiden. Bij de werknemersverzoeken werd slechts in vier zaken (8,3%) een schadevergoeding en/of ontbinding toegewezen.²⁹ Aangezien een werknemer slechts vier keer in het gelijk werd gesteld en de feitencomplexen verschillend zijn, kan hier geen verdere categorisering worden aangebracht, zoals we dat wel konden doen bij de werkgeversverzoeken die werden gehonoreerd. Wel kunnen wij met de nodige voorzichtigheid het volgende opmerken:

- Het (kunnen) verrichten van de kernprestatie (het verrichten van arbeid) is ook bij werknemersverzoeken een belangrijk punt. Een beroep op art. 7:686 BW slaagde in de volgende situaties:

- Werkgever weigerde ter zitting zonder enige onderbouwing werknemer toe te laten tot de overeengekomen werkzaamheden.³⁰
- Werkgever legde een onterechte schorsing op en probeerde op verschillende manieren de arbeidsverhouding met de werknemer onder druk te zetten.³¹
- Werkgever zei tegen een werknemer in niet mis te verstane bewoordingen dat hij op zoek kon gaan naar een andere baan en het anders ‘mooi geweest’ was. Het had voor de werknemer verder geen zin om zich te verzetten tegen de ontneeming van de werkzaamheden.³²
- Werkgever zegde de arbeidsovereenkomst zonder instemming of enige grond op.³³
- Voorts viel op dat de werknemer telkens bot ving in situaties dat de werknemer het schenden van de re-integratieverplichtingen door de werkgever ten grondslag legde aan het verzoek,³⁴ terwijl een werkgever juist goede kansen heeft om in bij schending van re-integratieverplichtingen met succes een beroep te doen op art. 7:686 BW.

3. Het toetsingskader voor een werknemersverzoek nader bekeken in het licht van de rechtspraak

In de vorige paragraaf zijn wij ingegaan op de slagingskans van werknemersverzoeken. In dit hoofdstuk gaan wij aan de hand van de geanalyseerde rechtspraak in op het toetsingskader dat geldt bij een beroep van de werknemer op art. 7:686 BW. Wij geven handvatten voor het betoog dat voor een werknemersverzoek een lichter toetsingskader geldt dan voor een werkgever.

3.1 Ernstig

Uit de arresten van de Hoge Raad uit 1980 en 1990 volgt dat voor ontbinding van een arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever ernstige wanprestatie vereist is. Ligt het hanteren van het criterium ernstige wanprestatie bij ontbindingsverzoek van de arbeidsovereenkomst door een werkgever en in andere gevallen (nog) wel voor de hand?

3.1.1 Is het element ‘ernstig’ nog gerechtvaardigd bij ontbindingsverzoeken door een werkgever?

Dat de wanprestatie bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst door een werkgever ernstig moet zijn, is te plaatsen in het licht van art. 6:265 BW. Hierin staat 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

22 Rb. Den Haag 26 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10097 en Rb. Midden-Nederland 28 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4711.

23 Rb. Rotterdam 14 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7261.

24 Bijv. Rb. Den Haag 28 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:8371.

25 Bijv. Rb. Midden-Nederland 28 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4711.

26 Bijv. Rb. Rotterdam 24 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5512.

27 Bijv. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5375; Hof Den Haag 30 mei 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1033.

28 Rb. Overijssel 14 maart 2016, ECLI:NL:ROBOE:2016:882.

29 Rb. Rotterdam 9 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9702; Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3494; Rb. Rotterdam 18 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3818 en Rb. Amsterdam 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5966.

30 Rb. Rotterdam 9 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9702.

31 Rb. Rotterdam 18 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3818.

32 Rb. Amsterdam 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5966.

33 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3494.

34 Hof Den Bosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5399; Rb. Noord-Holland 14 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5545 en Rb. Zeeland-West-Brabant 30 augustus 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:4492.

haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Er dient dus naar de gevolgen van ontbinding te worden gekeken. In het arrest uit 1990 heeft de Hoge Raad gewezen op de grote gevolgen voor een werknemer van ontbinding van de arbeidsovereenkomst die *‘in beginsel met terugwerkende kracht tot de dag van de wanprestatie’* werkt. Ontbinding met terugwerkende kracht is echter sinds de invoering van het nieuwe BW in 1992 niet meer mogelijk. Is de rechtsregel van de Hoge Raad uit 1980 en 1990 daarmee nog wel actueel? In de literatuur en de rechtspraak wordt deze vraag wisselend beantwoord.³⁵ Wij menen echter van wel. Met de invoering van het nieuwe BW is opgenomen dat de rechtsgrond van reeds nagekomen verbintenissen in stand blijft (na ontbinding), maar dat een ongedaanmakingsverbintenis ontstaat. Vanwege deze ongedaanmakingsverbintenissen kunnen de gevolgen van ontbinding wegens ernstige wanprestatie nog altijd aanzienlijk zijn, waardoor het verdedigbaar is dat (nog) steeds ernstige wanprestatie is vereist voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de werkgever.³⁶

3.1.2 Is het element ‘ernstig’ bij schadevergoeding vereist?

De vervolgvraag is of het criterium ernstige wanprestatie ook geldt bij schadevergoeding. Bij een werkgever die toekenning van schadevergoeding vraagt zou het hanteren van een ander criterium indruisen tegen het gegeven dat een werkgever uitsluitend schadevergoeding kan vragen indien er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, in die gevallen dat het gaat om schade in de uitoefening van werkzaamheden.

Het is volgens ons in ieder geval een argument dat standaard aangevoerd zou moeten worden door een werknemer, hetgeen er mogelijk toe zal leiden dat een beroep op art. 7:686 BW voor een werknemer vaker zal worden toegewezen

Bij een werknemer is het mogelijk anders. Een argument uit de literatuur dat pleit voor het hanteren van het criterium ernstige wanprestatie is dat een lichter toetsingskader (‘iedere wanprestatie’) nieuwe (achter)deuren zou openen voor de werknemer om eenvoudig schadeclaims neer te leggen bij een werkgever, omdat een (schade)vergoeding bij een verzoek op basis van art. 7:686 BW dan eerder zou kunnen worden toegewezen dan een verzoek op grond van art. 7:671c BW waar ernstige verwijtbaarheid van de werk-

gever is vereist.³⁷ Dat argument gaat volgens ons uitsluitend op in het geval dat de gedragingen van de werkgever verband houden met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Ook buiten dié situatie kan een werkgever ernstig wanpresteren en kan een werknemer met schade worden geconfronteerd. Op grond van de Baijingsleer is schadevergoeding naast een billijke vergoeding mogelijk als de normschending en de schadevergoeding losstaan van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In een dergelijke situatie is geen ernstige verwijtbaarheid vereist en worden er ook geen (achter)deuren geopend. Een werknemer kan in die situaties immers ook een schadevordering instellen op grond van art. 7:611 of art. 7:658 BW.

In de door ons geanalyseerde lagere rechtspraak wordt hier overigens verschillend mee omgegaan. In de ene zaak wordt getoetst of sprake is van ernstige wanprestatie en in de andere zaak enkel of sprake is van een tekortkoming.³⁸ Indien sprake is van een werknemer die aanspraak maakt op schadevergoeding, menen wij dat ernstige wanprestatie niet is vereist. De grondslag is in dat geval art. 6:74 BW, met als schakelbepaling art. 7:686 BW. In art. 6:74 BW staat dat *iedere* tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de andere partij verplicht tot vergoeding van de schade.

3.1.3 Is het element ‘ernstig’ voor een werknemer vereist?

Dan rest de vraag of het criterium ernstige wanprestatie überhaupt geldt bij een werknemersverzoek. In de literatuur wordt deze vraag bevestigend beantwoord, omdat de Hoge Raad geen onderscheid heeft aangebracht in het toetsingskader.³⁹ Daar kan tegenin worden gebracht dat de Hoge Raad expliciet de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht voor de werknemer ten grondslag heeft gelegd aan het oordeel dat ernstige wanprestatie is vereist. De Hoge Raad overweegt immers:

‘het stelsel van de wet betreffende beëindiging van een arbeidsovereenkomst door de werkgever, in het bijzonder de bescherming die deze regeling ter zake van die beëindiging aan de werknemer beoogd te bieden, brengt mee dat een zodanige vordering slechts toewijsbaar is in gevallen van ernstige wanprestatie (...)’.⁴⁰

Voorts kan betoogd worden dat de gevolgen voor de werknemer niet op één lijn te stellen zijn met de gevolgen voor de werkgever bij een ontbindingsverzoek door de werknemer. In de (lagere) rechtspraak wordt dan ook bij een beroep van een werknemer op art. 7:686 BW in overwegende mate slechts beoordeeld of sprake is van wanprestatie of een

35 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, Hof Den Bosch 7 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2157 en Hof Den Haag 28 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2467. Anders: C. van den Bor, ‘Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:686 BW’, *TRA* 2018/56.

36 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 15 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4726 en Rb. Den Haag 15 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4727.

37 P.A. Charbon, ‘Ontbinding 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.

38 Bijv. Hof Den Haag 28 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2467 tegenover bijv. Rb. Amsterdam 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5966.

39 P.A. Charbon, ‘Ontbinding 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.

40 HR 20 april 1990, *NJ* 1990/702, r.o. 3.2.

tekortkoming.⁴¹ Het element ‘ernstig’ is bij werknemersverzoeken slechts drie keer aan bod gekomen (zie Figuur 4):⁴²



Figuur 4

Soms gaat de rechter uitvoerig in op de vraag waarom het element ‘ernstig’ niet is vereist. In de zaak bij de rechtbank Rotterdam uit 2017⁴³ overwoog de rechter:

‘ernstige wanprestatie hoeft echter niet aangenomen te worden en volstaan kan worden met een tekortkoming welke niet van slechts geringe betekenis is in de zin van artikel 6:265 lid 1 BW in het geval de werknemer het verzoek doet. De ratio van de eis van de “ernstige wanprestatie” is immers gelegen in (het in stand houden van) de bescherming die het wettelijk stelsel met betrekking tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, aan de werknemer beoogt te bieden.’

Wij kunnen deze motivering onderschrijven. Het is volgens ons in ieder geval een argument dat standaard aangevoerd zou moeten worden door een werknemer, hetgeen er mogelijk toe zal leiden dat een beroep op art. 7:686 BW voor een werknemer vaker zal worden toegewezen.

3.2 Toerekenbaar

In de eerdergenoemde uitspraken van de Hoge Raad wordt steeds het begrip wanprestatie aangehouden. Het begrip ‘wanprestatie’ staat sinds 1992 niet meer in het Burgerlijk Wetboek en is daarmee geen wettelijk begrip (meer). Wanprestatie staat gelijk aan een toerekenbare tekortkoming, wat wel in de wet staat (art. 6:74). De grondslag voor toewijzing van schadevergoeding kan art. 6:74 BW met als schakelbepaling art. 7:686 BW zijn.

Bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst ligt het hante- ren van het element ‘toerekenbaarheid’ naar de letter van de wet niet voor de hand. Toerekenbaarheid is namelijk geen bestanddeel van art. 6:265 BW. In ons artikel uit 2023 concludeerden wij dat bij ontbindingsverzoeken van werkgevers zelden aandacht wordt besteed aan dit element, maar wel steeds in het toetsingskader wordt gesproken over wanprestatie.

Hoe zit dat bij de werknemersverzoeken? Ons viel op dat er vaker aandacht wordt besteed aan het element toere- kenbaarheid.⁴⁴ Dit is verklaarbaar omdat in alle werknemersverzoeken (ook) schadevergoeding centraal staat en de toerekenbaarheid (wel) een wettelijk bestanddeel is bij een vordering ex art. 6:74 BW.

3.3 Verzuim

Indien de werknemer ontbinding van een arbeidsovereen- komst op grond van art. 7:686 BW wil bewerkstelligen of schadevergoeding wil vorderen, dient nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk te zijn of moet de werkgever in verzuim zijn (al dan niet door verzending van een ingebrekestelling). In onze analyse van de werkgeversverzoeken bleek dat in de rechtspraak zelden aandacht aan dit vereiste werd besteed. Deze conclusie kunnen wij ook trekken bij de werknemersverzoeken. Dit terwijl het een heel effectief middel kan zijn om ervoor te zorgen dat een beroep op art. 7:686 BW strandt. Een schaars, doch goed voorbeeld daarvan is de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 26 augustus 2021. Het verweer van de werkgever dat hij niet in verzuim was, omdat hij niet in gebreke was gesteld door de werk- nemer, slaagde.⁴⁵

4. Voordelen werknemer

In paragraaf 2 gingen wij in op de slagingskansen voor werk- nemers die een beroep doen op art. 7:686 BW, in para- graaf 3 op het toetsingskader. In deze paragraaf gaan wij in op enkele kenmerken, die meegenomen dienen te worden in de advisering over een werknemersverzoek op grond van art. 7:686 BW.

4.1 Voordelen werkgever

In ons vorige artikel zijn wij uitgebreid ingegaan op de (mogelijke) voordelen van een beroep op art. 7:686 BW voor de werkgever, te weten:

- geen onverwijldheidsvereiste;
- geen voldragen grond als bedoeld in art. 7:669 lid 3 BW;
- geen herplaatsingsplicht;
- geen opzegverboden;
- geen opzegtermijn;
- geen transitievergoeding;

41 Rb. Den Haag 4 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14103; Hof Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036; Rb. Rot- terdam 18 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3818; Rb. Rotterdam 14 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7261; Hof Den Bosch 7 december 2017, ECLI:NL:HGSHE:2017:5399; Rb. Den Haag 25 ok- tober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15329; Rb. Den Haag 25 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15330; Hof Den Haag, 30 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1944; Rb. Zeeland-West-Brabant 30 augus- tus 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:4492; Rb. Amsterdam 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5966 en Hof Den Haag 24 januari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:22.

42 Hof Den Haag 28 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2467, Rb. Rotterdam 9 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9702 en Rb. 5 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:953.

43 Rb. Rotterdam van 18 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3818.

44 Rb. Rotterdam 24 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5512; Rb. Amsterdam 15 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5966 en Hof Den Haag 20 juni 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1131.

45 Rb. Den Haag 26 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10097.

- de mogelijkheid om partieel te ontbinden;
- de mogelijkheid om een ongedaanmakingsverbintenis in te stellen.

Een aantal van deze voordelen houdt verband met de verplichtingen die uitsluitend op de werkgever rusten (redelijke ontslaggrond, herplaatsingsplicht, opzegverbod en transitievergoeding). Na het elimineren van deze zuivere werkgeversverplichtingen blijft een aantal kenmerken over. Wij lopen deze kenmerken voor wat betreft de werknemersverzoeken in onderstaande paragrafen af.

4.2 Opzegtermijn

In het geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens ernstige wanprestatie nemen rechters vaak geen opzegtermijn in acht. Dit kan verklaard worden doordat deze ontbindingsgrond beheerst wordt door art. 7:686 jo. art. 6:265 t/m 6:278 BW. Art. 6:269 BW bepaalt enkel dat ontbinding niet met terugwerkende kracht kan. Overigens is bij een ontbinding op grond van art. 7:686 BW vaak ook sprake van ernstig verwijtbaar handelen, waardoor er zonder meer geen opzegtermijn geldt (art. 7:671b BW).

Dit kenmerk levert voor een werknemer geen significant voordeel op ten opzichte van de arbeidsrechtelijke middelen die een werknemer reeds ter beschikking staan. Voor een werknemer geldt immers geen preventieve toets en vaak een korte(re) opzegtermijn. Indien partijen geen tussentijds opzegbeding zijn overeengekomen, kan een rechter 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, waarbij de rechter, indien hem dat met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt, de werknemer een vergoeding kan 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 (art. 7:671c lid 3 onder a BW).

4.3 Ontslag op staande voet

Aangezien ernstige wanprestatie veeleer op één lijn kan worden gesteld met een dringende reden, leent een dergelijk ontbindingsverzoek zich bij uitstek voor de situatie dat een werknemer aan een werkgever een dringende reden voor ontslag heeft gegeven. De wet stelt als vereiste dat een ontslag op staande voet onverwijld moet worden gegeven. In ons vorige artikel lichten wij toe dat een beroep op ernstige wanprestatie interessant kan zijn voor een werkgever die niet meer onverwijld een ontslag op staande voet kan verlenen.

Gaat dit voordeel ook op voor een werknemer? In theorie wel. Ook een werknemer is bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden (art. 7:677 lid 1 BW) en ook een werknemer moet de dringende reden daarbij onverwijld mededelen, bij gebreke waarvan de opzegging vernietigbaar is. In de praktijk komt het echter zelden voor dat een werknemer hier gebruik

van maakt, waardoor dit vooral een theoretisch voordeel betreft voor een werknemer.

4.4 Vervaltermijn

In art. 7:686a BW zijn de vervaltermijnen opgenomen die onder meer gelden voor het verzoek aan de kantonrechter tot vernietiging van een ontslag en het verzoek tot betaling van een billijke vergoeding, aanzegvergoeding en transitievergoeding. Indien de werknemer een verzoekschrift te laat indient wordt het verzoek niet-ontvankelijk verklaard. Dit komt in de praktijk geregeld voor.⁴⁶ Het kan in deze situaties zinvol zijn om te onderzoeken of de verwijten aan het adres van de werkgever los staan van de beëindiging en kunnen leiden tot een verzoek om (aanvullende) schadevergoeding op grond van art. 7:611 BW, art. 7:658 BW of art. 6:74 jo. art. 7:686 BW. Volgens het hof Den Haag⁴⁷ was in een dergelijk geval geen sprake van het ‘omzeilen’ van het systeem van de Wwz of het ‘creëren van een alternatief om buiten de kaders van de Wwz een additionele vergoeding te incasseren’. De vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 BW gelden uitsluitend voor de in dat artikellid genoemde procedures en gelden derhalve niet voor de door werknemer ingestelde procedure gebaseerd op art. 7:686 en 7:611 BW.⁴⁸

4.5 Ongedaanmakingsverbintenis

Ontbinding met terugwerkende kracht is niet (meer) mogelijk, maar aangezien de werkgever een ongedaanmakingsverbintenis kan instellen, kan ontbinding toch gevolgen hebben voor het verleden. In ons vorige artikel hebben wij uitgewerkt dat met name bij werkweigering het instellen van een ongedaanmakingsverbintenis voor een werkgever een interessant middel kan zijn dat wat ons betreft vaker benut zou kunnen worden.

Kan het instellen van een ongedaanmakingsverbintenis ook voor de werknemer een reden zijn om een beroep te doen op art. 7:686 BW? In theorie wel. De belangrijkste verbintenis van een werknemer uit hoofde van de arbeidsovereenkomst is echter in de regel gelegen in het verrichten van arbeid. Het is voor een werknemer dan ook weinig zinvol en praktisch onuitvoerbaar om zijn of haar arbeid ongedaan te (laten) maken door het instellen van een ongedaanmakingsverbintenis. Uitgesloten is het echter niet. Wij denken bijvoorbeeld aan de situatie dat een werknemer onder werktijd een belangrijke uitvinding heeft gedaan waarvan de rechten op basis van de arbeidsovereenkomst aan de werkgever toekomen. Indien de werkgever een ernstige wanprestatie levert door bijvoorbeeld geen loon te betalen, de werknemer zonder enige grond heeft geschorst en op verschillende manieren de arbeidsverhouding met de werknemer onder druk probeert te zetten, kunnen wij ons indenken dat een werknemer niet alleen ontbinding van de arbeidsovereenkomst vraagt onder verwijzing naar art. 7:686 BW, maar

46 Zie recent Rb. Rotterdam 15 februari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:1292.

47 Hof Den Haag 30 juli 2019, ECLI:NL:GHDA:2019:1944.

48 Vgl. HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:404.

ook een ongedaanmakingsverbintenis instelt en op deze manier het intellectueel eigendomsrecht van de uitvinding naar zich toe probeert te trekken. Een uitspraak waarin een werknemer met succes een ongedaanmakingsverbintenis instelt, hebben wij echter niet aangetroffen in onze analyse van de rechtspraak.

4.6 Partiële ontbinding

Art. 7:686 BW kan voor een werkgever uitkomst bieden indien een gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst is gewenst. De Hoge Raad heeft op 21 februari 2020 geoordeeld dat partiële ontbinding bij een beroep op art. 7:686 BW mogelijk is.⁴⁹ Geldt dit voordeel ook voor een werknemer?

Ontbinding wegens (ernstige) wanprestatie is wat ons betreft (nog altijd) allesbehalve een dode letter

Wij menen van wel. Voor een werknemer geldt geen preventieve toets. Een werknemer zou de arbeidsovereenkomst dus eenvoudig kunnen opzeggen. Wij menen echter dat partiële opzegging van een arbeidsovereenkomst door een werknemer zich niet verhoudt met de Wet flexibel werken, die duidelijke kaders stelt hoe om te gaan met een situatie dat een werknemer minder uren wil gaan werken. Indien de reden van de werknemer om minder te gaan werken gelegen is in de tekortkoming(en) van de werkgever, dan kunnen wij ons voorstellen dat naar analoge toepassing van de uitspraak van de Hoge Raad van 21 februari 2020 het mogelijk moet zijn om de rechter te verzoeken om de arbeidsovereenkomst partieel te ontbinden. Wij denken aan de situatie dat een werknemer voor 0,5 fte werkzaam is bij vestiging A en voor 0,5 fte bij vestiging B en de direct leidinggevende op vestiging A de werknemer ernstig discrimineert en pest en de werkgever daar niet op acteert. Indien de werknemer het erg naar zijn zin heeft op vestiging B – en het niet-acteren door de werkgever niet leidt tot een duurzaam en ernstig verstoorde arbeidsverhouding – dan kunnen wij ons voorstellen dat de werknemer de rechter om gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst vraagt, indien de werkgever niet bereid is om hieraan mee te werken.

4.7 Schadevergoeding

Indien een ontslag op staande voet wordt verleend, kunnen partijen sinds de Wet werk en zekerheid 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 onder omstandigheden de mogelijkheid om vergoeding te vorderen van de werkelijke schade.

Goed om daarbij te benoemen is dat de Hoge Raad in een uitspraak uit 1999 niet toetste aan de vereisten van art. 7:661 BW, omdat het niet ging om schade in de uitoefening van de werkzaamheden.⁵⁰ Dit bood werkgevers dus een serieus voordeel om bij vergoeding van de geleden schade een beroep te doen op art. 7:686 BW.

Een werknemer kan namelijk niet uitsluitend schade vorderen van een werkgever indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Een werknemer kan ook schade vorderen indien een werkgever niet als goed werkgever heeft gehandeld (art. 7:611 BW) of zijn zorgplicht heeft geschonden (art. 7:658 BW), en een billijke vergoeding indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst een gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Deze alternatieve grondslagen zijn volgens ons de voornaamste redenen dat werknemersverzoeken op grond van art. 7:686 BW zelden worden toegewezen. Een werknemer voert vaak ook (primair) een van deze andere grondslagen aan, waardoor de rechter niet meer aan een inhoudelijke beoordeling van art. 7:686 BW toekomt.⁵¹

Wij geven werknemersadvocaten mee om te betogen dat het criterium ernstige wanprestatie uitsluitend geldt indien een werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt en niet bij een werknemer die verzoekt om ontbinding en/of toekenning van een schadevergoeding

Interessant is echter een uitspraak van de rechtbank Rotterdam. De werkgever had een ontbindingsverzoek ingesteld op grond van art. 7:671b BW. Werknemer stelde dat werkgever ernstig verwijtbaar had gehandeld en verzocht in een zelfstandig tegenverzoek om toekenning van schadevergoeding op basis van art. 7:686 BW. De rechtbank overwoog dat indien werkgever gebruik zou maken van het recht om het ontbindingsverzoek in te trekken het beroep op art. 7:686 BW als zelfstandig tegenverzoek van de werknemer zou worden toegewezen en schadevergoeding zou worden toegekend ter hoogte van de billijke vergoeding en de transitievergoeding.⁵²

5. Conclusie

Ontbinding wegens (ernstige) wanprestatie is wat ons betreft (nog altijd) allesbehalve een dode letter. Bij werkgeversverzoeken heeft een beroep op art. 7:686 BW een serieuze slagingskans. Bij werknemersverzoeken zien wij

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

50 HR 20 mei 1999, «JAR» 1999, 103.

51 Rb. Rotterdam 26 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3490 en Hof Den Bosch 8 september 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:3119.

52 Rb. Rotterdam 18 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3818.

dat de slagingskans niet zo groot is. Dat komt mede door het feit dat werknemers vaker (meer) subsidiair een beroep op art. 7:686 BW doen. Daarnaast wordt bij werknemersverzoeken soms beoordeeld of sprake is van ernstige wanprestatie. De lat hiervoor ligt hoog. Wij geven werknemersadvocaten mee om te betogen dat het criterium ernstige wanprestatie uitsluitend geldt indien een werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt en niet bij een werknemer die verzoekt om ontbinding en/of toekenning van een schadevergoeding.

Ondanks de beperkte slagingskans zijn er enkele kenmerken/voordelen die ervoor pleiten om ook voor werknemers art. 7:686 BW mee te nemen in de advisering. Dat is met name het geval indien (i) een werknemer zich na het verstrijken van de wettelijke vervalttermijn bij een advocaat meldt, (ii) een gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst gewenst is, (iii) werknemer zijn of haar prestaties van de arbeidsovereenkomst ongedaan wil maken en (iv) werknemer wil voorkomen dat de werkgever – die gecon-

fronteerd wordt met het voornemen van de rechter om hem te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding – de ontbindingsprocedure intrekt.

Dit artikel is afgesloten op 22 maart 2024.

Over de auteurs



Mr. S.W. (Stefan) Kleijer

Advocaat arbeidsrecht bij Dirkzwager N.V.



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

Advocaat arbeidsrecht bij Law&Pepper Advocaten.