

# 270. Art. 7:686 BW binnen de WWZ: een vreemde eend in de bijt of nieuw gemeengoed?

MR. T.D.E. HOEKSTRA EN MR. M.H. STEKELENBURG

Met de Wet werk en zekerheid (WWZ) wordt het ontslagrecht opnieuw ontgonnen. De ontslaggronden worden bij wet voorgeschreven, de berekeningswijze van de vergoeding bij wet verankerd en het arbeidsprocesrecht wijzigt ingrijpend. Eén onderdeel van het arbeids(proces)recht blijft onveranderd. Dat is art. 7:686 Burgerlijk Wetboek (BW), het artikel dat de mogelijkheid biedt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van wanprestatie van een van de partijen daarbij. Het brede toepassingsbereik van art. 7:685 oud BW heeft art. 7:686 BW de laatste decennia vrijwel volledig overschaduwd. Per 1 juli 2015 is art. 7:685 BW van het toneel verdwenen en worden de ontslaggronden door het nieuwe art. 7:669 BW voorgeschreven. De vraag is of dit nieuw licht laat schijnen op art. 7:686 BW en of dit artikel daardoor kan uitgroeien tot een nieuwe loot aan de boom van het ontslagrecht.

In dit artikel zullen wij twee vragen beantwoorden. De eerste vraag is of met een door de werkgever ingediend ontbindingsverzoek op grond van art. 7:686 BW de starre voorgeschreven ontslaggronden kunnen worden omzeild. De tweede vraag is of met een dergelijk ontbindingsverzoek betaling van de transitievergoeding kan worden ontlopen. Voor de beantwoording van deze vragen zal worden ingegaan op de ontstaansgeschiedenis van art. 7:686 BW en de – schaarse – toepassing daarvan tot op heden. Aan de hand van voorbeelden uit de rechtspraak zal vervolgens een verband worden gelegd naar de aard van het artikel in het bestek van de WWZ. Wij besluiten dit artikel met de beantwoording van de twee hiervoor genoemde vragen en een conclusie.

## Ontstaansgeschiedenis en toepassing van art. 7:686 BW

Het huidige art. 7:686 BW is in 1907 als (toen nog) art. 1639x BW in het Burgerlijk Wetboek opgenomen. Sindsdien is de redactie van het artikel vrijwel ongewijzigd gebleven. De toelichting op het artikel luidde destijds:

*‘De mogelijkheid bestaat, vooral ten aanzien van hoog bezoldigde arbeiders, dat een der partijen, hoewel overtuigd dat er een dringende reden is, de eigenmachtige verbreking niet aandurft. Hem dreigt daarbij toch het gevaar, dat de rechter, door de tegenpartij tot oordeelen geroepen, de reden niet dringend vindt en hem tot eene, wellicht aanzienlijke, schadevergoeding veroordeelt.’<sup>1</sup>*

Wat de exacte functie van het artikel binnen het toenmalige Nederlandse ontslagrecht was, valt niet zonder meer op te maken uit deze toelichting. Wél is duidelijk dat dit artikel werd geïntroduceerd als een alternatief voor de opzegging wegens dringende reden. In het geval er bij de opzeggende partij – doorgaans de werkgever – twijfel bestond of het ontslag op staande voet in rechte wel stand zou houden, gaf dit artikel een mogelijkheid de rechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van wanprestatie. Daarmee werd het risico op betaling van een fikse schadevergoeding bij een onjuiste inschatting over het ontslag op staande voet voorkomen. Dit risico speelde volgens de toelichting met name ten aanzien van ‘hoog bezoldigde arbeiders’. Welke omstandigheden vereist waren voor een ontbinding op grond van wanprestatie, blijkt niet uit de wettekst en evenmin uit de memorie van toelichting. Wél valt uit die memorie van toelichting op te maken dat iedere dringende reden in elk geval een reden was die de ontbinding wegens wanprestatie zou rechtvaardigen.

Aanvankelijk was het vooral de vraag of de norm voor de dringende reden volledig gelijk was met die van de wanprestatie zoals bedoeld in art. 7:686 BW. Dit lijkt ons overigens op voorhand reeds onaannemelijk. De ontbinding wegens wanprestatie is juist opgenomen als alternatief voor de opzegging wegens een dringende reden, voor het geval de opzeggende partij niet zeker is of de reden daadwerkelijk als dringend kan worden aangemerkt. Daarnaast bestond in 1907 ook al de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst door de rechter te laten ontbinden wegens een dringende reden op grond van de voorloper

<sup>1</sup> Kamerstukken II 1907, p. 267 (MvT).

van art. 7:685 BW.<sup>2</sup> Kortom, als mogelijkheid voor ontbinding zuiver op grond van een dringende reden was invoering van art. 1639x BW niet nodig. De reden voor het opnemen voor een alternatief voor de opzegging wegens een dringende reden moet daarom een andere zijn geweest. Het lijkt waarschijnlijk dat is bedoeld dat de norm voor ontbinding wegens wanprestatie een andere is dan de norm die geldt voor opzegging wegens dringende reden.

Art. 7:686 BW is in de praktijk weinig gebruikt. De voornaamste reden hiervoor is naar alle waarschijnlijkheid het bestaan van art. 7:685 BW, dat in zijn oorspronkelijke vorm gelijktijdig is ingevoerd met art. 7:686 BW. Art. 7:685 BW, dat ziet op ‘verandering in de omstandigheden’ en ‘dringende reden’, heeft vrijwel alle ontbindingszaken kunnen ondervangen, waardoor er geen behoefte bestond aan andere ontslagroutes en ontslaggronden, zoals de route van art. 7:686 BW. Dit artikel is dan ook slechts sporadisch toegepast. Als al een procedure op basis van art. 7:686 BW gevoerd werd, lag de reden hiervan in het procesrechtelijke karakter van dit artikel.

### Het procesrechtelijke karakter van art. 7:686 BW

Art. 7:686 BW bood oorspronkelijk, in tegenstelling tot art. 7:685 BW, de mogelijkheid tot ontbinding met terugwerkende kracht. Dit is door de Hoge Raad in 1980 vastgesteld.<sup>3</sup> In deze zaak werd een werknemster op staande voet ontslagen. Dit ontslag werd door haar succesvol vernietigd, waardoor de arbeidsovereenkomst voortduurde. In de dagvaardingsprocedure waarin de werknemster vaststelling van de vernietiging vorderde, had de werkgever in reconventie ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie gevorderd, per de datum van het bestreden ontslag op staande voet. In eerste aanleg werd de reconventionele vordering afgewezen. Gedurende het hoger beroep en de cassatie werd de arbeidsovereenkomst alsnog opgezegd, met toestemming ex art. 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA). In cassatie oordeelde de Hoge Raad dat een ontbinding op grond van art. 1639x BW met terugwerkende kracht kon plaatsvinden, zelfs indien de arbeidsovereenkomst inmiddels al op een andere wijze rechtsgeldig was beëindigd.<sup>4</sup>

Na invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek met ingang van 1 januari 1992, werd voornoemd arrest genuanceerd. Ontbinding met terugwerkende kracht was niet meer mogelijk (art. 6:269 BW). Uit art. 6:271 BW volgt sindsdien

dat voor reeds nagekomen verbintenissen de rechtsgrond in stand blijft, maar dat hiervoor een ongedaanmakingsverbintenis ontstaat. Uit lagere rechtspraak blijkt dat de hoofdlijnen van het arrest uit 1980 ook onder het nieuw Burgerlijk Wetboek blijven gelden: de ontbinding heeft weliswaar geen terugwerkende kracht meer, maar kan wél gevolgen hebben voor het verleden. Zo kan het loon dat is betaald gedurende of sinds het moment van wanprestatie van de werknemer worden teruggevorderd als ongedaanmakingsverbintenis.<sup>5</sup>

Voorts onderscheidt art. 7:686 BW zich van het bepaalde in art. 7:685 BW door de mogelijkheid een schadevergoeding wegens wanprestatie te vorderen zónder dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, omdat deze in een eerder stadium al rechtsgeldig is geëindigd. In een zaak bij de Hoge Raad in 1999 had een werknemer toegezegd een project af te ronden, maar zag hier halverwege het project toch vanaf.<sup>6</sup> De werkgever ging akkoord met een beëindiging met wederzijds goedvinden, maar behield zich het recht voor schadevergoeding te vorderen. De Hoge Raad oordeelde dat deze schadevergoeding op grond van art. 7:686 BW toewijsbaar was. Er hoefde in dat verband niet te zijn voldaan aan de strenge eisen van art. 7:661 BW, dat opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer vereist. Het ging in dit geval volgens de Hoge

### Uit lagere rechtspraak blijkt dat de hoofdlijnen van het arrest uit 1980 ook onder het nieuw Burgerlijk Wetboek blijven gelden: de ontbinding heeft weliswaar geen terugwerkende kracht meer, maar kan wél gevolgen hebben voor het verleden

Raad namelijk niet om aan de werkgever toegebrachte schade in de uitoefening van de werkzaamheden, maar om schade wegens het niet uitoefenen van de werkzaamheden. Daarvoor gelden dus andere normen.

Tot slot onderscheidde art. 7:686 BW zich in procesrechtelijk opzicht ook van art. 7:685 BW door het feit dat de vordering op grond van art. 7:686 BW bij dagvaarding moest worden ingeleid en dat hoger beroep en cassatie mogelijk was. Dit onderscheid is per 1 juli 2015 verdwenen met de invoering van art. 7:686a BW, waardoor art. 7:686 BW procesrechtelijk op gelijke voet komt te staan met alle andere procedures uit hoofde van titel 10 van Boek 7 BW.

### Het materiële karakter van art. 7:686 BW

In 1990 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de materiële invulling van art. 7:686 BW. De zaak betrof een ontslag op staande voet nadat de werknemer

2 Wij realiseren ons dat het inmiddels art. 7:685 *oud* BW is. Om de leesbaarheid te vergroten spreken we echter kortheidshalve van art. 7:685 BW.

3 HR 12 december 1980, *NJ* 1981, 202.

4 Met dit arrest brak de Hoge Raad met de heersende leer, dat geen ontbinding kan worden gevorderd van een arbeidsovereenkomst die inmiddels is geëindigd, volgens HR 7 oktober 1910, *W.* 9065 en HR 8 december 1927, *NJ* 1928, p. 158.

5 Rb. 's-Gravenhage 31 augustus 1994, «JAR» 1994/196 en Rb. 's-Gravenhage 8 mei 1996, *Prg.* 1996, 4609.

6 HR 20 mei 1999, «JAR» 1999, 103.

herhaaldelijk vertrouwelijke informatie van de werkgever had gepubliceerd, die hij onder andere uit hoofde van zijn OR-lidmaatschap had verkregen. Nadat de werknemer het ontslag had vernietigd, stelde hij een loonvordering in. De werkgever vorderde vervolgens in reconventie ontbinding wegens wanprestatie. In het arrest oordeelde de Hoge Raad dat een vordering op grond van art. 7:686 BW slechts toewijsbaar is in geval van ‘ernstige wanprestatie’.<sup>7</sup> De wanprestatie is volgens de Hoge Raad ‘veeleer op een lijn te stellen met een beëindiging van de dienstbetrekking wegens een dringende reden’.

Van Slooten meent dat de Hoge Raad hiermee niet de wanprestatie op grond van art. 7:686 BW gelijkstelt met een dringende reden.<sup>8</sup> Als voorbeeld noemt hij de werknemer die gedurende lange tijd disfunctioneert: die situatie zal geen dringende reden opleveren, maar mogelijk wel als ‘ernstige wanprestatie’ kunnen worden gekwalificeerd. Onzes inziens is deze interpretatie juist. Uit een arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch uit 2006 blijkt inderdaad dat wanprestatie op grond van art. 7:686 BW en de dringende reden niet (volledig) gelijk zijn te stellen.<sup>9</sup> Het gerechtshof benadrukt dat art. 7:686 BW ziet op een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst. Het ernstige karakter van de wanprestatie als bedoeld in art. 7:686 BW moet daarom zien op verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Een dringende reden kan daarentegen ook zien op gedragingen die plaatsvinden in de privésfeer van de werknemer en die niet zozeer als een tekortkoming in de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst worden gezien, maar wél relevant worden geacht voor de uitvoering daarvan. Denk bijvoorbeeld aan het arrest Hyatt Aruba, waarin de Hoge Raad oordeelde dat cocaïnegebruik in de vrije tijd van een werknemer aanleiding kan zijn voor een ontslag op staande voet, zonder dat dit direct gevolgen had voor het functioneren van de werknemer.<sup>10</sup> Om deze reden zijn wij van mening dat de norm voor ontbinding wegens wanprestatie op grond van art. 7:686 BW geen lichtere of zwaardere norm is dan opzegging wegens een dringende reden, maar een andere. Aansluitend op het door Van Slooten aangehaalde voorbeeld kan ernstig disfunctioneren een ontbinding op grond van wanprestatie rechtvaardigen, maar geen opzegging wegens een dringende reden. Aan de andere kant kan cocaïnegebruik in de vrije tijd van de werknemer wél een opzegging wegens een dringende reden rechtvaardigen, maar waarschijnlijk niet een ontbinding op grond van wanprestatie, omdat deze gedraging geen effect hoeft te hebben op de verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Met andere woorden: het is mogelijk dat een dringende reden geen wanprestatie oplevert. Andersom is het mogelijk dat wanprestatie geen dringende reden oplevert. Maar het één sluit het ander niet uit.

7 HR 20 april 1990, NJ 1990, 702.

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

9 Hof 's-Hertogenbosch 23 mei 2006, RAR 2007/65.

10 HR 14 september 2007, NJ 2008/334.

## Toepassing art. 7:686 BW binnen de WWZ – een route ter vermijding van art. 7:669 BW

Het is de vraag hoe het ongewijzigde art. 7:686 BW in het gewijzigde ontslagrecht van de WWZ zal worden ingekleurd. Blijft het een dode letter, of zal de WWZ een nieuwe voedingsbodem zijn voor toepassing van dit artikel? De wetgever heeft ervoor gekozen art. 7:686 BW te laten bestaan. De Parlementaire Geschiedenis bij de WWZ geeft geen toelichting op art. 7:686 BW of de wijze waarop art. 7:686 BW invulling dient te krijgen binnen het geheel aan nieuwe ontslagregels.<sup>11</sup> Tegen de achtergrond van de ontstaansgeschiedenis mag ervan worden uitgegaan dat art. 7:686 BW tegen het ontslag op staande voet aanleunt, maar ook voor andere gevallen bruikbaar kan zijn, zolang de tekortkoming ernstig genoeg is. De verandering die de WWZ teweegbrengt in de arbeidsprocesrechtelijke regels maakt de dynamiek van het ontslag op staande voet anders, zoals ook Sagel, Van der Kind en Jansen hebben vastgesteld.<sup>12</sup> Over het antwoord op de vraag of art. 7:686 BW in het kader van deze vernieuwde dynamiek een nieuw leven krijgt, bestaat verdeeldheid.<sup>13</sup>

### Mogelijke toepassing bij ontslag op staande voet

In geval van een verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet van de werknemer, kan de werkgever een tegenverzoek doen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Als het tegenverzoek is gebaseerd op art. 7:669 lid 3 BW, zal het tegenverzoek moeten voldoen aan één of meer van de in lid 3 van dat artikel opgenomen ‘redelijke gronden’. Afgezien van een ontbindingsverzoek op grond van verwijtbaar handelen betekent dit dat de werkgever bij een dergelijk tegenverzoek gemotiveerd moet stellen dat herplaatsing, al dan niet met behulp van scholing, niet in de rede ligt. Daarnaast gelden bij verschillende ontslaggronden, zoals bij disfunctioneren, aanvullende vereisten, die door de werkgever in een procedure moeten worden aangetoond (dit zal later in dit artikel nader worden belicht). Daarbij geldt dat het bewijsrecht zoals neergelegd in art. 284 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) in beginsel van toepassing is, tenzij de rechter in het kader van de procedure aanleiding ziet om daarvan af te wijken (al zou betoogd kunnen worden dat de wetgever heeft beoogd het bewijsrecht slechts marginaal van toepassing te laten zijn op ontbindingsprocedures in het kader van een snelle afwikkeling van de procedure).<sup>14</sup> In dat opzicht zal de

11 K. Hakvoort en P. Kruit concluderen op dezelfde wijze in ‘(Ontslag) vergoedingen onder de WWZ: hoe goedkoop is de WWZ voor de verwijtbare werkgever?’, *TAP* 2015/5, p. 5 e.v.

12 S.F. Sagel, ‘Het ontslag op staande voet en de WWZ (I)’, *TRA* 2015/45; O. van der Kind, ‘Ontslag op staande voet onder de WWZ’, *ArbeidsRecht* 2014/58; en P.J. Jansen, ‘Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een *switch*?’, *TAP* 2015/59.

13 ‘Wwz in praktijk, een voorspelling in open debat tussen rechterlijke macht en advocatuur’, *ArA* 2015/01, p. 25.

14 K.G.F. van der Kraats, ‘Bewijzen vermoedt de waarheid, althans de procedure?’, *ArbeidsRecht* 2014/59.

werkgever de ‘redelijke grond’ in beginsel moeten bewijzen – of ten minste aannemelijk moeten maken – waarbij hij het risico loopt dat de ‘redelijke grond’ onvoldoende wordt onderbouwd. Lukt het de werkgever niet de ‘redelijke grond’ te bewijzen, of aannemelijk te maken, dan zal de rechter niet tot (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst overgaan. Dat is een risico dat de werkgever liever niet zal willen lopen. In dat verband kan art. 7:686 BW mogelijk uitkomst bieden in een procedure naar aanleiding van een gedraging die heeft geleid, of zou kunnen leiden, tot ontslag op staande voet. In onze ogen zou de werkgever enerzijds een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:686 BW kunnen indienen in plaats van het geven van een ontslag op staande voet. Anderzijds zou de werkgever het ontbindingsverzoek op grond van art. 7:686 BW als zelfstandig tegenverzoek kunnen doen in het geval de werknemer na een ontslag op staande voet vernietiging van de opzegging verzoekt. In dezelfde situatie zou art. 7:686 BW ook kunnen worden gebruikt voor een zelfstandig voorwaardelijk ontbindingsverzoek na een gegeven ontslag op staande voet. In alle voornoemde situaties kan art. 7:686 BW een voordeel opleveren ten opzichte van een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:669 lid 3 BW, met name wanneer de omstandigheden die aanleiding hebben gegeven tot het ontslag op staande voet niet (volledig) vallen onder een van de ‘redelijke gronden’, zoals deze zijn opgenomen in de limitatieve lijst van art. 7:669 lid 3 BW. In de situatie van ontslag op staande voet kan art. 7:686 BW niet worden gebruikt om een ontbinding met terugwerkende kracht te bewerkstelligen. Wél kan het artikel leiden tot een restitutieplichting van de werknemer ten aanzien van het ontvangen loon sinds het moment van wanprestatie.

#### *Ten aanzien van situatie buiten ontslag op staande voet*

Het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:686 BW kan ook worden gedaan als er geen sprake is van een situatie die een ontslag op staande voet zou kunnen rechtvaardigen. Gezien de rechtspraak van de Hoge Raad zal de rechter uitsluitend tot ontbinding over kunnen gaan in geval er sprake is van ‘ernstige wanprestatie’. Dit uitgangspunt is aanvaardbaar, omdat een minimale tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst niet (in alle gevallen) direct een ontbinding rechtvaardigt. Zoals hiervoor al uiteengezet, zal er van ‘ernstige wanprestatie’ niet snel sprake zijn.<sup>15</sup> Desondanks zou art. 7:686 BW – los van het ontslag op staande voet – op bepaalde punten de rol en functie van het huidige art. 7:685 BW kunnen overnemen. In tegenstelling tot art. 7:669 lid 3 BW vereist art. 7:686 BW niet van de werkgever dat een ontslaggrond volledig wordt aangetoond, zoals Sagel heeft vastgesteld.<sup>16</sup> Net zoals in de ontbindingsprocedure op basis van het oude art. 7:685 BW, kan bij een ontbindingsverzoek op basis van

art. 7:686 BW nog steeds een mix van omstandigheden worden aangevoerd, die ieder afzonderlijk of gezamenlijk (ernstige) wanprestatie opleveren.<sup>17</sup> Wij bepleiten niet dat de toets van art. 7:686 BW een lichtere toets zou zijn dan de toets die de rechter op basis van art. 7:669 lid 3 BW dient toe te passen, maar het is in onze ogen wel een andere toets. Het is onmiskenbaar dat de werkgever in het kader van

**Wij bepleiten niet dat de toets van art. 7:686 BW een lichtere toets zou zijn dan de toets die de rechter op basis van art. 7:669 lid 3 BW dient toe te passen, maar het is in onze ogen wel een andere toets**

een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:686 BW meer vrijheid en meer mogelijkheden heeft dan de mogelijkheden die art. 669 lid 3 BW biedt om de wanprestatie van de werknemer aannemelijk te maken.

Daarbij speelt de inkleuring van het begrip ‘ernstig’ nog wel een belangrijke rol. Immers, de vraag kan worden gesteld of het criterium van de ‘ernstige wanprestatie’, dat volgens de Hoge Raad is vereist voor een ontbinding op grond van art. 7:686 BW, gelijk is aan – of vergelijkbaar met – het begrip ‘ernstige verwijtbaarheid’ zoals dat in de WWZ is geïntroduceerd. Hierover heeft de wetgever zich – ook in het kader van de toelichting op de WWZ – niet uitgelaten.

Wat dat betreft moeten we het doen met de voorbeelden die in de praktijk de revue zijn gepasseerd. In het kader van ‘ernstige wanprestatie’ die is vereist voor toepassing van art. 7:686 BW is geoordeeld dat arbeidsongeschiktheid van de werknemer daar niet onder valt.<sup>18</sup> Frauduleus handelen kan daarentegen wél worden aangemerkt als een ernstige wanprestatie<sup>19</sup>, net zoals – meer specifiek – betrokkenheid bij een overval op de werkgever<sup>20</sup>, of het openbreken van de ladekast van de werknemer door de werkgever met het doel inzage in bepaalde stukken te verkrijgen.<sup>21</sup> In deze voorbeelden is sprake van omstandigheden die hebben geleid tot wanprestatie van zowel de werkgever als de werknemer.

In het kader van de toelichting op de WWZ heeft de wetgever zowel voor de werkgever als voor de werknemer voorbeelden genoemd die leiden tot ernstige verwijtbaarheid. Ten aanzien van de werkgever zijn die voorbeelden: *‘als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan (bijvoorbeeld als gevolg van het niet willen ingaan op avances zijnerzijds)*

15 C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, ‘Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van wanprestatie’, *SR* 2004, p. 43-48 (afl. 2).

16 S.F. Sagel, *Werk en zekerheid, ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie UL) 2014.

17 O. van der Kind, ‘Ontslag op staande voet onder de Wwz’, *ArbeidsRecht* 2014/58.

18 Hof 's-Hertogenbosch 23 mei 2006, *RAR* 2007/65.

19 Hof Amsterdam 7 juli 2000, «JAR» 2000/150.

20 Ktr. Amsterdam 16 maart 1993, «JAR» 1993/73.

21 HR 3 november 2006, «JAR» 2006/263.

*en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag; als een werkgever discrimineert, de werknemer hiertegen bezwaar maakt, er een onwerkbaar situatie ontstaat en niets anders rest dan ontslag; als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Te denken is*

## Het voordeel van art. 7:686 BW zou hem dan ook kunnen zitten in situaties van 'ernstige verwijtbaarheid' die vallen buiten het bestek van art. 7:669 lid 3 sub e BW

*hierbij aan de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd; de situatie waarin de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren; de situatie waarin een werknemer arbeidsongeschikt is geworden (en uiteindelijk wordt ontslagen) als gevolg van verwijtbaar onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden.<sup>22</sup>*

Ten aanzien van de werknemer worden de volgende voorbeelden genoemd:

*'de situatie waarin de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor hij het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt; de situatie waarin de werknemer in strijd met eigen in de praktijk toegepaste en voor de werknemer kenbare gedragsregels van de organisatie van de werkgever, geld leent uit de bedrijfskas en zulks leidt tot een vertrouwensbreuk; de situatie waarin de werknemer controlevoorschriften bij ziekte herhaaldelijk, ook na toepassing van loonopschorting, niet naleeft en hiervoor geen gegronde reden bestaat; de situatie waarin de werknemer veelvuldig en zonder gegronde reden te laat op zijn werk verschijnt, hierdoor de bedrijfsvoering wordt belemmerd en de werkgever de werknemer hier al tevergeefs op heeft aangesproken; de situatie waarin de werknemer op oneigenlijke wijze heeft geprobeerd zijn productiecijfers gunstiger voor te stellen en hij hierdoor het vertrouwen van de werkgever ernstig heeft beschaamd.'<sup>23</sup>*

In onze ogen kwalificeren deze voorbeelden allemaal als 'ernstige wanprestatie' zoals bedoeld in art. 7:686 BW. In geval van een ontbindingsverzoek van de werkgever, op grond van wanprestatie van de werknemer, zou er aldus sprake van moeten zijn dat de rechter de arbeidsovereenkomst ontbindt.

Voor zover 'ernstige wanprestatie' gelijk is te stellen aan 'ernstige verwijtbaarheid' die valt onder de ontslaggrond 'verwijtbaar handelen' als bedoeld in art. 7:669 lid 3

sub e BW, is er in onze ogen geen reden om een ontbindingsverzoek te baseren op art. 7:686 BW. Immers, het effect van de toepassing van beide artikelen is dezelfde, zolang de werkgever het verwijtbaar handelen voldoende kan aantonen. Bij een ontbindingsverzoek op grond van verwijtbaar handelen geldt de herplaatsingsverplichting niet<sup>24</sup> en is de werkgever ook geen transitievergoeding verschuldigd, als het verwijtbaar handelen als ernstig is aan te merken.<sup>25</sup> Het voordeel van art. 7:686 BW zou hem dan ook kunnen zitten in situaties van 'ernstige verwijtbaarheid' die vallen buiten het bestek van art. 7:669 lid 3 sub e BW, zoals het hiervoor aangehaalde voorbeeld van Van Slooten, of in situaties waarin het 'verwijtbaar handelen' als bedoeld in art. 7:669 lid 3 sub e BW niet als 'ernstig' kan worden aangemerkt (maar in dat geval ligt het voor de hand dat het ook niet als een voldoende ernstige wanprestatie zal kwalificeren). Wij kunnen ons voorstellen dat zich in theorie situaties zouden kunnen voordoen waarin sprake is van 'ernstige wanprestaties' die niet direct verwijtbaar zijn, maar op grond van art. 7:686 BW toch een ontbinding zouden kunnen rechtvaardigen.

Er zou kunnen worden gesteld dat de door de wetgever genoemde gronden die leiden tot ernstige verwijtbaarheid van de werknemer in alle gevallen toereikend zijn voor een 'normale' ontbinding op grond van een van de ontbindingsgronden genoemd in art. 7:669 lid 3 sub c tot en met h BW, zodat een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:686 BW overbodig zou zijn en de lat voor het ontbindingsverzoek uitsluitend hoger legt als gevolg van het feit dat de werkgever 'ernstige wanprestatie' zal moeten aantonen. Daar staat tegenover dat voor de werkgever in geval van een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:686 BW niet de verplichting geldt uit te kijken naar de mogelijkheden om de werknemer te herplaatsen, al dan niet aan de hand van scholing. Die herplaatsingsverplichting geldt wel in geval van een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:669 lid 3 sub c, d, f, g en h BW. Dit is in onze ogen een correcte uitwerking van de wet, omdat in geval van 'ernstige wanprestatie' bezwaarlijk van de werkgever kan worden verlangd de werknemer voor de onderneming te behouden. Het voorbeeld van Van Slooten (langdurig disfunctioneren) laat duidelijk zien wat de voordelen kunnen zijn van een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:686 BW ten opzichte van art. 7:669 lid 3 BW. Bij een ontbindingsverzoek op grond van dit laatste artikel zal vanzelfsprekend worden gekozen voor de 'disfunctioneren-grond'. Om een ontbinding op deze grond te bewerkstelligen, zal de werkgever, naast de herplaatsingsplicht, een aantal andere 'formele hobbels' moeten nemen. Zo zal de werkgever in de procedure moeten aantonen dat hij de werknemer tijdig in kennis heeft gesteld over het (dis)functioneren, hem in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld het functioneren te verbeteren en tot slot moeten aantonen dat het disfunctioneren niet het gevolg is van onvoldoende

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 34 (MvT).

<sup>23</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 39-40 (MvT).

<sup>24</sup> Art. 7:669 lid 1 BW.

<sup>25</sup> Art. 7:673 lid 7 sub c BW.

zorg van de werkgever voor de scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden. Indien aan een van deze vereisten niet is voldaan, zou een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:669 lid 3 sub d BW gemakkelijk kunnen stranden, terwijl de rechter bij een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:686 BW zelf kan bepalen in hoeverre hij deze omstandigheden laat meewegen. Wél zal als uitgangspunt moeten worden genomen dat pas een geslaagd beroep op wanprestatie mogelijk is na een deugdelijke ingebrekestelling.<sup>26</sup>

Er zijn ook andere situaties te bedenken waarin art. 7:686 BW beter van toepassing kan zijn dan een ontbinding op grond van art. 7:669 BW. Ter illustratie geven wij het volgende voorbeeld. Een leidinggevende die inhoudelijk redelijk functioneert, maar waarvan na verloop van tijd toch vastgesteld dient te worden dat er enkele noodzakelijke competenties en eigenschappen ontbreken. Zo zou een gebrek aan zelfbeheersingsvermogen van een leidinggevende, die met enige regelmaat resulteert in woede-uitbarstingen, kunnen leiden tot hoger ziekteverzuim bij ondergeschikte werknemers. Een dergelijke grond zal op het eerste gezicht niet bijzonder ernstig lijken (de gevolgen zijn dan nog niet goed zichtbaar), maar bij een explosieve stijging van het ziekteverzuim bij ondergeschikten kan het toch enorme (financiële) consequenties hebben voor de werkgever.

In dit geval lijkt enerzijds een dringende reden niet voor de hand te liggen aangezien het een situatie betreft die al geruime tijd voortduurt. Anderzijds lijkt deze situatie niet goed ondervangen te kunnen worden door één van de gronden van art. 7:669 lid 3 BW. Weliswaar lijkt de disfunctioneren-grond (art. 7:669 lid 3 sub d BW) een mogelijkheid, evenals bij het voorbeeld van Van Slooten dient bij een ontbindingsverzoek op deze grond aan vele formele vereisten te worden voldaan. Ook bij dit voorbeeld zou een ontbindingsverzoek op de ‘disfunctioneren-grond’ gemakkelijk op één van deze vereisten kunnen stranden en zal er bij een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:686 BW meer ruimte voor de rechter bestaan om het verzoek te beoordelen aan de hand van alle relevante omstandigheden. Daarbij geldt wel dat voor de vraag of art. 7:686 BW daadwerkelijk uitkomst kan bieden steeds naar de specifieke omstandigheden van het geval zal moeten worden gekeken.

### Transitievergoeding vs. schadevergoeding

De tweede vraag is hoe de rechter moet omgaan met het vaststellen en toewijzen van een vergoeding in geval van ontbinding op grond van wanprestatie. Art. 7:673 BW schrijft voor dat de werkgever de transitievergoeding is verschuldigd in geval van ontbinding door de rechter. De wetgever heeft niet expliciet benoemd dat de transitie-

vergoeding is verschuldigd in het geval dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op grond van art. 7:686 BW, maar in onze ogen leidt de uitleg van art. 7:673 BW ertoe dat in alle gevallen waarin ontbinding op verzoek van de werkgever plaatsvindt de transitievergoeding is verschuldigd. Dit leidt ertoe dat het uitgangspunt moet zijn dat ook in geval van ontbinding op grond van art. 7:686 BW, de transitievergoeding is verschuldigd.

In geval van een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:686 BW zal er wel sprake moeten zijn van ‘ernstige wanprestatie’ aan de zijde van werknemer. Art. 7:673 lid 7 sub c BW bepaalt dat er geen transitievergoeding is verschuldigd in geval van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer. Zoals wij eerder hebben betoogd, zouden in veel gevallen de begrippen ‘ernstige wanprestatie’ en ‘ernstige verwijtbaarheid’ op gelijke wijze mogen worden uitgelegd. Als dat inderdaad zo is en ‘ernstige wanprestatie’

### Naar de letter van de wet biedt dit de werkgever de mogelijkheid om in geval van ontbinding op grond van art. 7:686 BW vergoeding van schade te vorderen die het gevolg is van de ‘ernstige wanprestatie’ van de werknemer

wordt aangenomen, zal de werkgever kunnen stellen dat er geen transitievergoeding is verschuldigd in geval van de ontbinding op grond van art. 7:686 BW. In ieder geval kan daarbij aansluiting worden gezocht bij de voorbeelden voor ‘ernstige verwijtbaarheid’ zoals die door de wetgever in de parlementaire geschiedenis zijn gegeven (en zoals hiervoor genoemd).

Daarnaast bepaalt art. 7:686 BW dat de bepalingen van afdeling 9 van titel 10 van Boek 7 BW de mogelijkheid van partijen om schadevergoeding te vorderen niet uitsluit. Naar de letter van de wet biedt dit de werkgever de mogelijkheid om in geval van ontbinding op grond van art. 7:686 BW vergoeding van schade te vorderen die het gevolg is van de ‘ernstige wanprestatie’ van de werknemer.<sup>27</sup> In het geval de vordering tot schadevergoeding wordt toegewezen, zal er naar verwachting sprake zijn van ernstige wanprestatie – en dus ook van ernstige verwijtbaarheid als bedoeld in art. 7:673 lid 7 sub c BW – zodat er geen transitievergoeding is verschuldigd. Mocht de rechter de transitievergoeding toch toewijzen (om wat voor reden dan ook), dan zou de werkgever de schadevergoeding hiermee kunnen verrekenen.<sup>28</sup> De facto leidt dit tot een situatie waarin de werkgever geen, dan wel een lager bedrag aan vergoeding is verschuldigd.

<sup>26</sup> Zoals dit ook het geval is in het reguliere verbintenissenrecht (art. 6:82 BW).

<sup>27</sup> Uit HR 20 mei 1999, «JAR» 1999, 103 volgt dat het toewijzen van een schadevergoeding op grond van art. 7:686 BW ook mogelijk is zonder dat er sprake is van ontbinding.

<sup>28</sup> De fiscale aspecten laten wij in het kader van dit artikel buiten beschouwing.

In geval van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever (en een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:686 BW door de werknemer), kan de rechter aan de werknemer naast de transitievergoeding een billijke vergoeding toekennen (art. 7:671b lid 8 sub c BW en art. 7:671c lid 2 sub b BW). Leidt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:686 BW dan mogelijk ook nog tot de verschuldigdheid van een schadevergoeding? Wij vragen ons dit af. Enerzijds bepaalt art. 7:686 BW nog steeds dat de bepalingen van afdeling 9 van titel 10 van Boek 7 BW de mogelijkheid van partijen om schadevergoeding te vorderen niet uitsluiten. Hiervan was al sprake in het arrest Deuss/Motel Maatschappij Holland.<sup>29</sup> Anderzijds stelt Verhulp dat art. 7:686 BW (door de werknemer) niet kan worden gebruikt om een hogere vergoeding te bewerkstelligen, omdat de WWZ voorziet in een billijke vergoeding boven op de transitievergoeding in geval van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever.<sup>30</sup> Wij vragen ons af of het uitgangspunt van Verhulp correct is, omdat de billijke vergoeding moet zien op de verwijtbaarheid en niet op de schade die het gevolg is van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Ondanks dat nog onduidelijk is hoe de billijke vergoeding zal worden bepaald, heeft de wetgever wel duidelijk gemaakt dat de omvang van de billijke vergoeding moet worden gekoppeld aan de ernstige verwijtbaarheid en niet aan de schade.<sup>31</sup> Daarmee ligt in onze ogen juist de weg open om de werkelijke schade – naast de transitievergoeding en de billijke vergoeding – wel te vorderen conform de bepalingen van art. 6:96 BW e.v. als die werkelijke schade voldoende kan worden onderbouwd, inzichtelijk kan worden gemaakt en kan worden vastgesteld.<sup>32</sup> De wettelijke basis om schade te bepalen ligt immers buiten afdeling 9 van titel 10 van Boek 7 BW en kan bestaan uit vermogensschade en ander nadeel (art. 6:96 BW e.v.). Om een discussie omtrent de ernstige verwijtbaarheid en de omvang van een billijke vergoeding te ontlopen, zou een ontbindingsverzoek (of een tegenverzoek) op grond van art. 7:686 BW juist ruimte bieden voor interpretatie en een mogelijkheid tot toekenning van een schadevergoeding buiten de billijke vergoeding om.<sup>33</sup> Dit geldt temeer wanneer de schade evident is.

## Conclusie

Art. 7:686 BW is sinds zijn introductie feitelijk het lelijke eendje van het ontslagrecht. In een periode van meer dan honderd jaar heeft het lelijke eendje wel wat karakter

meegekregen. Het feit dat art. 7:686 BW in de Parlementaire Geschiedenis van de totstandkoming van de WWZ niet is behandeld, geeft aan dat nog steeds niet naar dit lelijke eendje wordt omgekeken. Desondanks verwachten wij dat art. 7:686 BW binnen de WWZ wel aan terrein kan gaan winnen ten opzichte van de ontbindingsverzoeken op basis van de ‘redelijke gronden’, omdat het de werkgever meer ruimte biedt om – een mix van – argumenten aan te dragen waarom de arbeidsovereenkomst zou moeten eindigen en de discussie over een billijke vergoeding bij ernstige verwijtbaarheid kan worden omzeild. Anderzijds zal een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:686 BW niet per definitie een eenvoudigere route voor de werkgever bieden, omdat er sprake zal moeten zijn van ‘ernstige wanprestatie’ om de ontbinding te rechtvaardigen. Wat dat betreft, is de verwachting dat de ontbinding op grond van art. 7:686 BW eerder in situaties van opzegging op grond van een dringende reden een rol kan gaan spelen. Daarbij kan art. 7:686 BW ook als bliksemafleider worden gebruikt om betaling van een transitievergoeding door de werkgever te voorkomen. In onze ogen zal de meerwaarde van deze omstandigheid in de praktijk tegenvallen, omdat veel gevallen van ‘ernstige wanprestatie’ gelijk kunnen worden gesteld aan de ontslaggrond ‘verwijtbaar handelen’ als bedoeld in art. 7:669 lid 3 sub e BW. Indien het verwijtbaar handelen als ‘ernstig’ is aan te merken – wat in onze ogen het geval zal moeten zijn als de werkgever het handelen van de werknemer ook als een ernstige wanprestatie wil aanmerken – is de werkgever ook geen transitievergoeding verschuldigd. Wij kijken uit naar de eerste art. 7:686 BW-jurisprudentie na inwerkingtreding van de WWZ.



### Over de auteurs

Mr. T.D.E. (Tjeerd) Hoekstra is advocaat arbeidsrecht bij CMS te Utrecht.



Mr. M.H. (Maarten) Stekelenburg is advocaat arbeidsrecht bij CMS te Utrecht.

29 HR 1 december 1989, NJ 1990, 451.

30 E. Verhulp, *Tekst & Commentaar: Burgerlijk Wetboek Boek 7*, art. 7:686, onder 3.

31 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 32-33 (MvT).

32 Rb. Utrecht 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX8843.

33 ‘Wwz in praktijk, een voorspelling in open debat tussen rechterlijke macht en advocatuur’, *ArA* 2015/01, p. 46.