

Ontbinding arbeids- overeenkomst bij wanprestatie

JANKA SINTEMAARTENSDIJK EN BARBARA VAN DAM

Bij de invoering van de Wet werk en zekerheid (WWZ) in 2015 is bij de parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel niet stilgestaan bij de bestaande mogelijkheid de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens wanprestatie (art. 7:686 BW). Tot de invoering van de WWZ werd hiervan zeer beperkt gebruik gemaakt omdat deze ontbindingsgrond weinig toegevoegde waarde had naast de oude (reguliere) ontbindingsgrond wegens 'gewichtige redenen' (art. 7:685 BW, oud). Maar met het door de WWZ geïntroduceerde stelsel van (acht) gesloten ontslaggronden is de laatste jaren het aantal ontbindingsverzoeken op grond van wanprestatie relatief sterk gestegen. Met het Wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans wordt echter een cumulatiegrond geïntroduceerd waarmee weer een optelsom van omstandigheden en gronden kan leiden tot toekenning van een ontbindingsverzoek. Het is dan ook de vraag of wanprestatie als zelfstandige ontslaggrond nog een rol zal hebben na invoering van de WAB.

Wanprestatie is een regel uit het algemeen overeenkomstenrecht (art. 6:265 BW). Wanprestatie betreft een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst, zoals een arbeidsovereenkomst. Als de overeenkomst niet wordt nagekomen, dan kan dat voor de andere partij een reden zijn om de overeenkomst te ontbinden.

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie is niet nieuw en staat in zijn oudste vorm al sinds 1907 in de wet. Het voornaamste doel van dit wetsartikel was destijds om een werknemer de mogelijkheid te bieden de arbeidsovereenkomst te kunnen beëindigen met een schadevergoeding, in die gevallen dat een werknemer zich slecht behandeld voelde, maar er geen sprake was van een dringende reden. We zullen hier verder niet ingaan op de mogelijkheden die deze ontbindingsgrond voor de werknemer biedt.



Een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie is buitengerechtelijk niet mogelijk en kan dus alleen door de rechter worden uitgesproken. Hoewel in het ontslagrecht het uitgangspunt is dat de arbeidsovereenkomst ondeelbaar is, is een gedeeltelijke ontbinding wegens wanprestatie mogelijk. Voor zover in het geval van wanprestatie gedeeltelijke voortzetting van de arbeidsovereenkomst wenselijk zou zijn, zou dit een optie zijn die (formeel) niet mogelijk is bij een (eenzijdig verzoek) tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens een van de overige, in de huidige wet (art. 7:669 BW) genoemde redelijke ontslaggronden.

De rechter kan een arbeidsovereenkomst niet met terugwerkende kracht ontbinden, maar een ontbinding wegens wanprestatie kan wel gevolgen hebben voor het verleden. Bijvoorbeeld een vordering tot terugbetaling van loon vanaf het moment van wanprestatie.

Bij het bepalen van de (in de toekomst gelegen) datum van ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie hoeft de rechter geen rekening te houden met de wettelijke (opzeg)termijn, die wel geldt als ontbonden wordt op een van de redelijke ontslaggronden. Een (eerdere) ontbinding zonder dat met deze termijnen rekening wordt gehouden is echter ook bij een gewone ontbinding mogelijk als sprake is van ernstige verwijtbaarheid van de werknemer. Hierna zal blijken dat als sprake is van ernstige wanprestatie, ook sprake zal zijn van ernstige verwijtbaarheid.

Ernstige, toerekenbare tekortkoming

Uitgangspunt van de arbeidsrechtwetgeving is dat voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst een zekere mate van tekortschieten is vereist. Het tekortschieten in de nakoming van de arbeidsovereenkomst en een ontbinding op grond daarvan kan worden veroorzaakt door een mix van omstandigheden en gronden. Deze mix is vergelijkbaar met de oude ontbindingsgrond wegens gewichtige redenen. Maar hoe ernstig moet dat tekortschieten zijn voor een ontbinding wegens wanprestatie?

Zoals het Hof Den Haag in 2017 heeft geoordeeld, is een normale wanprestatie voor een ontbinding op grond van wanprestatie onvoldoende. Er moet sprake zijn van ernstige, in de zin van verwijtbare, wanprestatie. Dit is inmiddels vaste rechtspraak, waarbij de ontbinding wegens wanprestatie ook wel op één lijn is gesteld met een dringende reden die een ontslag op staande voet rechtvaardigt. Het moet dus gaan om een ernstige tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst.

Van een ernstige en toerekenbare tekortkoming zal sprake zijn als een werknemer structureel of in ernstige mate niet voldoet aan de (kern) verplichtingen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien. Bijvoorbeeld het structureel en gedurende langere tijd schenden van re-integratieverplichtingen, (terwijl het loon tijdens ziekte door de werkgever was opgeschort/geschorst), of bijvoorbeeld structurele werkweigering.

Maar ook voor de meeste andere (redelijke) ontslaggronden uit art. 7:669 BW geldt dat een eenmalige en/of geringe tekortkoming niet voldoende zal zijn voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, zodat wat dit onderdeel betreft de toegevoegde waarde van ontbinding wegens wanprestatie beperkt is.

Gesloten stelsel ontslaggronden

Ten opzichte van het gesloten stelsel van acht redelijke ontslaggronden, heeft de ontbindingsgrond wanprestatie wel toegevoegde waarde. In verband met dit gesloten stelsel van ontslaggronden zal een rechter pas tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst overgaan als een van de gronden

den uit art. 7:669 volledig is vervuld, waarbij een niet-voldragen ontslaggrond niet aangevuld kan worden met een andere (redelijke) ontslaggrond. En om de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie te laten ontbinden, mag wel een beroep worden gedaan op verschillende soorten ontslagredenen. Dit is daarom ook de grootste toegevoegde waarde van deze ontbindingsgrond wegens wanprestatie. Dat een optelsom/mix van verschillende redenen niet mogelijk is onder het huidige ontslagrecht, wordt door werkgevers als (zeer) beperkend ervaren. In de praktijk is ook gebleken dat sinds de invoering van de WWZ relatief meer ontbindingsverzoeken zijn afgewezen dan voor invoering van het nieuwe ontslagrecht. Vooral ontbindingsverzoeken op de d-grond (disfunctioneren), blijken niet snel succesvol te zijn (uit het VAAN-VvA Evaluatie onderzoek WWZ uit 2016 blijkt dat acht op de tien ontbindingsverzoeken op de d-grond worden afgewezen).

Onder andere in verband met deze (ongewenste) beperkende werking van het ontslagrecht onder de WWZ is in het wetsvoorstel WAB een cumulatiegrond ge(her)introduceerd (waarover hierna meer).

Herplaatsingsverplichting

Naast de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst te laten ontbinden wegens verschillende ontslagredenen, is de herplaatsingsverplichting niet (direct) van toepassing bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie. Deze wettelijke (inspannings)verplichting van de werkgever houdt in dat pas tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal worden overgegaan als herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie, niet mogelijk is gebleken.

In verband met deze verplichting zal dus ondanks een voldragen ontslaggrond geen ontbinding van de arbeidsovereenkomst worden uitgesproken, als herplaatsing van de werknemer binnen de organisatie mogelijk is. Omdat bij een ontbinding wegens wanprestatie (formeel) niet aan deze voorwaarde hoeft te zijn voldaan, kan de ontbinding wegens wanprestatie (op grond van een mix van redenen) makkelijker worden gerealiseerd dan op grond van een van de andere (voldragen) ontslaggronden.

De toegevoegde waarde hiervan is echter beperkt in vergelijking met een ontbinding op de e-grond (verwijtbaar handelen of nalaten).

Verwijtbaar handelen/nalaten

De ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (e-grond) is vergelijkbaar met de ontbindingsgrond wegens wanprestatie; een (ernstige) toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst. Een kantonrechter zal tot ontbinding op de e-grond overgaan als sprake is van een zodanige verwijtbaarheid van de werknemer dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd om de arbeidsrelatie voort te zetten.

Anders dan bij wanprestatie hoeft het verwijtbare handelen niet ernstig verwijtbaar te zijn voor een ontbinding op de e-grond. Dit betekent dat bij een ontbinding op de e-grond, in beginsel, een transitievergoeding verschuldigd is aan de werknemer. Dit is alleen anders als de arbeidsovereenkomst ontbonden wordt wegens ernstig verwijtbaar handelen/nalaten. En hiervan zal niet snel sprake zijn. Van ernstig verwijtbaar handelen/nalaten is meestal wel sprake bij een rechtsgeldig ontslag op staande voet waarmee de e-grond ook parallellen vertoont. Maar omdat het (in theorie) mogelijk is dat een werknemer geen (ernstig) verwijt kan worden gemaakt van de dringende reden die een ontslag op staande voet rechtvaardigt, kan ook ondanks het ontslag op staande voet, de werkgever toch een transitievergoeding aan de werknemer verschuldigd zijn.

Omdat voor een ontbinding wegens wanprestatie een ernstige, verwijtbare, tekortkoming is vereist, kan ernstige wanprestatie op een lijn worden gesteld met ernstige verwijtbaarheid. Dit betekent, zoals Rechtbank Limburg onlangs oordeelde, dat een werkgever bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens (ernstige) wanprestatie geen transitievergoeding aan de werknemer verschuldigd is.

Voor wat betreft de herplaatsingsplicht heeft de ontbinding wegens wanprestatie in de praktijk in dit geval niet veel toegevoegde waarde, omdat deze verplichting ook niet geldt bij een ontbinding op de e-grond.

Dringende reden

Evenals bij ontbinding wegens wanprestatie kan een dringende reden voor een ontslag op staande voet bestaan uit een optelsom (mix) van omstandigheden en gronden. Hoewel de 'druppel die de emmer doet overlopen' een goede grond voor ontslag op staande voet kan zijn, bestaat het risico dat een rechter zal oordelen dat (een deel van) die eerdere omstandigheden in het verleden hebben plaats gevonden, zodat niet aan het criterium van 'onverwijld' is voldaan.

Deze eis dat het ontslag onverwijld moet zijn gegeven geldt niet voor een ontbinding op grond van wanprestatie. Dus ook in het geval sprake van een ernstige tekortkoming, waarbij niet voldaan is aan alle vereisten voor een ontslag op staande voet, kan de ontbinding wegens wanprestatie van toegevoegde waarde zijn. Voor een ontbinding wegens wanprestatie zijn iets minder dringende redenen noodzakelijk dan bij een ontslag op staande voet. Het einde van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie zal immers niet met terugwerkende kracht en ook niet onmiddellijk in kunnen gaan, zonder rechterlijke tussenkomst.

Ook kan de werkgever ervoor kiezen om in plaats van ontslag op staande voet ontbinding te vragen wegens wanprestatie en loon terug te vorderen vanaf het moment dat de wanprestatie zich heeft voorgedaan (ervan uitgaande dat de werknemer sindsdien niet (volledig) heeft doorgewerkt).



Schadevergoeding

Naast het terugvorderen van loon is het vorderen van een schadevergoeding wegens wanprestatie ook een mogelijkheid. Hierbij geldt de arbeidsrechtelijke regel dat een werknemer ten opzichte van de werkgever alleen aansprakelijk is voor schade als deze is veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid, waarbij de schade moet zijn veroorzaakt in de uitoefening van zijn werkzaamheden (art. 7:661 BW). Dit betekent dat schadevergoeding wegens wanprestatie alleen mogelijk is in andere gevallen, zoals het niet nakomen door een werknemer van de aan de werkgever gedane toezeggingen betreffende het afronden van werkzaamheden.

Op grond van wanprestatie kan volledige schadevergoeding van de werknemer gevorderd worden, terwijl een werknemer slechts een gefixeerde schadevergoeding (ter hoogte van het loon over de resterende duur van de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging) verschuldigd is als hij door opzet of schuld aan de werkgever een dringende reden heeft gegeven voor ontslag op staande voet.

Toegevoegde waarde onder huidig recht

Zoals uit het voorgaande blijkt zal onder het huidige recht de toegevoegde waarde van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst vooral gelegen zijn in de mix van ontslagredenen, zonder wettelijke herplaatstingsverplichting, wat onder het huidige ontslagrecht niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan leiden.

Ook kan de ontbinding wegens wanprestatie dienen als een alternatief voor ontslag op staande voet, in het geval sprake is van een (bijna) dringende reden en/of niet aan de formele vereisten voor een ontslag op staande voet kan worden voldaan, met daarbij de mogelijkheid tot vordering van volledige schadevergoeding. En als de arbeidsovereenkomst ontbonden wordt wegens (ernstige) wanprestatie, zal van een transitievergoeding geen sprake zijn.

Maar vanaf 2020, indien de Wet arbeidsmarkt in balans in werking treedt, kan deze grootste (toegevoegde) waarde van de ontbinding wegens wanprestatie zijn belang verliezen.

Cumulatiegrond

Op grond van het Wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans is het de bedoeling dat een extra (negende) ontslaggrond wordt toegevoegd aan art. 7:669 BW; de i-grond. Deze grond wordt de cumulatiegrond genoemd, omdat ontbinding van de arbeidsovereenkomst op deze grond gebaseerd kan zijn op een combinatie van minimaal twee andere redelijke ontslaggronden. Hiermee kan het voor werkgevers veel voorkomende probleem van één onvoldragen ontslaggrond, die niet aangevuld mag worden, opgelost worden. Als een kantonrechter overgaat tot ontbinding op de i-grond, kan een extra vergoeding aan de werknemer toegekend worden bovenop de transitievergoeding. De totale vergoeding kan hierdoor oplopen tot 1,5 keer de transitievergoeding – los van een eventuele billijke vergoeding.

Toegevoegde waarde onder (mogelijk) nieuwe recht

Als de cumulatiegrond in het Wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans daadwerkelijk wordt toegevoegd aan het ontslagrecht, zal de toegevoegde waarde van de mogelijkheid tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie, op grond van een mix van redenen, afnemen. Zeker zolang voor een ontbinding wegens wanprestatie sprake moet zijn van een ernstige, toerekenbare, tekortkoming, die dicht tegen een dringende reden voor ontslag op staande voet aan ligt. Dit hoeft immers niet het geval te zijn bij een ongetwijfeld veel voorkomende cumulatie van ontslaggronden f (disfunctioneren) en g (verstoorde arbeidsrelatie). Dat voor ontbinding op de i-grond (wel) de herplaatsingsverplichting geldt, wat voor de ontbinding wegens wanprestatie niet (direct) het geval is, zal voor de toegevoegde waarde van de ontbinding wegens wanprestatie (zeer) gering zijn.

De voornaamste toegevoegde waarde van de ontbindingsgrond wegens wanprestatie na invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans zal waarschijnlijk gelegen zijn in het feit dat de extra vergoeding bij een ontbinding op de i-grond – bovenop de transitievergoeding en los van een billijke vergoeding – niet van toepassing is bij ontbinding wegens wanprestatie.

Hoe dan ook is het, in ieder geval tot invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans, maar ook daarna, goed om verder

te kijken dan alleen de (acht of negen) redelijke ontslaggronden van art. 7:669 BW. Hoewel misschien beperkt, kan art. 7:686 BW in sommige gevallen zeker van toegevoegde waarde zijn.

Bronnen

Wet: art. 6:265, 7:661, 7:669, 7:671b, 7:686 BW

Jurisprudentie: Rb. Limburg 24-10-2018, 6699835 AZ VERZ 18-17 (ECLI:NL:RBLIM:2018:10149); Rb. Den Haag 8-03-2018, 6582483 RP VERZ 18-50044; Rb. Midden-Nederland 29-09-2017, 6157560 UE VERZ 17-301 KG/31466 (ECLI:NL:RBMNE:2017:5002); Hof Den Haag 28-07-2017, 200.207.497/01 (ECLI:NL:GHD-HA:2017:2467); Rb. Oost-Brabant 16-02-2017, 5475640 (ECLI:NL:RBOBR:2017:895); Ktr. Rotterdam 9-12-2015, ECLI:NR:RBROT:2015:9702

Bron: TK 2018-2019, 35 074, nr. 3; mr. C. van den Bor, Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:686 BW, TRA 2018/56; mr. P.A. Charbon, Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie – nieuwe kansen?, ArbeidsRecht 2018/9; mr. Dr. J.J.M. de Laat, De ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie, TRA 2017/91



Over de auteurs



B.R. van Dam-Keuken MA LLB
De Clercq advocaten en notariaat, www.declercq.com



mr. J.L. Sintemaartensdijk
De Clercq advocaten en notariaat, www.declercq.com