

GESCHRIFTEN VAN DE
VERENIGING VOOR ARBEIDSRECHT

18

ARBEIDSOVEREENKOMST
EN ALGEMEEN
VERMOGENSRECHT

PREADVIES

WERKGROEP HERZIENING ONTSLAGRECHT
PROF.MR. P.F. VAN DER HEIJDEN (RED.)

SAMSOM H.D. TJEENK WILLINK 1993

Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht

Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht
Nr. 18

**Arbeidsovereenkomst en
algemeen vermogensrecht**

WERKGROEP HERZIENING ONTSLAGRECHT

prof.mr P.F.van der Heijden (red.)

CIP-gegevens

ISBN 90 6092 678 1
NUGI 695

© 1993 P.F. van der Heijden

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijke verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient u zich te richten tot: Samsom Uitgeverij bv, Postbus 316, 2400 AH Alphen aan den Rijn.

Inhoudsopgave

Ten geleide	6
Over de auteurs	8
Lijst van afkortingen	9
Het nieuwe vermogensrecht en de arbeidsovereenkomst mr P. Ingelse	11
Hoe bijzonder is de arbeidsovereenkomst? mr T. van Peijpe	33
Redelijkheid en billijkheid in het arbeidscontract prof. mr P.F. van der Heijden	51
Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd mr G.J.J. Heerma van Voss	61
Artikel 3:40 BW, een (nieuwe) nietigheid in het ontslagrecht? mrs. C.G. Scholtens en Th.P. ten Brink	77
De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde mr S.W. Kuip	87
Opschortingsrechten in de relatie werkgever/werknemer mrs V. Disselkoen en C.J. Herman de Groot	101
Onvoorziene omstandigheden en de arbeidsovereenkomst prof. mr P.F. van der Heijden	115
Jurisprudentieregister	124

Ten geleide

Voor u ligt de derde publikatie van de Werkgroep Herziening Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht. Deze werkgroep werd opgericht bij de gelegenheid van het congres van de Vereniging voor Arbeidsrecht aangaande het SER-advies inzake de herziening van het ontslagrecht in 1988. Als eerste onderwerp heeft de werkgroep zich beziggehouden met genoemd SER-advies en daarop een commentaar geschreven: zie Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht nr 16, Alphen aan den Rijn 1989. Vervolgens heeft de werkgroep zich beziggehouden met de internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht en daarover gepubliceerd in SMA 1991, nr 4, blz. 214-221. Nu per 1 januari 1992 de boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek in werking zijn getreden, heeft de werkgroep belangstelling opgevat voor de invloed van het algemene vermogensrecht op het arbeidsovereenkomstenrecht. Dit onderwerp heeft in de arbeidsrechtelijke literatuur nog niet veel aandacht gekregen, en naar het oordeel van de werkgroep verdient het die aandacht wel. Daarom heeft de werkgroep in een aantal bijeenkomsten vergaderd over dit onderwerp en de neerslag daarvan vindt u in de hierachter opgenomen artikelen.

Uit kennisneming van de inhoud zal blijken dat niet beoogd is een volledig overzicht te geven van algemeen vermogensrechtelijke onderwerpen en hun invloed op het arbeidsovereenkomstenrecht. Er is een keuze gemaakt uit een aantal onderwerpen die de leden van de werkgroep interessant achten. In de tweede plaats moet nog worden opgemerkt, dat een aantal van de hierachter opgenomen bijdragen al dan niet in exact dezelfde vorm elders is gepubliceerd. In de derde plaats verdient aantekening, dat de bijdragen zijn geschreven onder verantwoordelijkheid van de bij elke bijdrage genoemde auteur(s), doch dat alle bijdragen in de werkgroep zijn gesproken.

De leden van de werkgroep zijn:

mr Th.P. ten Brink (secretaris), mr V. Disselkoen, prof.mr P.F. van der Heijden (voorzitter), mr G.J.J. Heerma van Voss, mr C.J. Herman de Groot, mr P. Ingelse, mr. Y.E. Kastein, mr S.W. Kuip, mr T. van Peijpe, mr C.G. Scholtens, mr J.S.A.M. Schokkenbroek, J.P. Schregel en mr L.G. Verburg.

De werkgroep stelt zich voor in de toekomst verder te werken, waarbij aandacht zal worden besteed aan de inhoud van titel 10 van boek 7 van

het NBW. Zoals bekend zal deze titel binnenkort naar de Tweede Kamer worden gezonden, zodat de openbare discussie over de inhoud van de titel in het BW over de arbeidsovereenkomst verder kan worden gevoerd. Bij deze wil ik allen in de Vereniging voor Arbeidsrecht die belangstelling hebben om over dit onderwerp in de werkgroep mee te denken, uitnodigen aan de werkgroep deel te nemen. Het ligt uiteraard weer in de bedoeling om de in de werkgroep opgekomen gedachten in enigerlei vorm te publiceren.

Rest nog voor wat betreft dit rapport bijzondere dank uit te spreken aan het adres van mevrouw mr Ten Brink, die als secretaris van de werkgroep een belangrijke rol speelde bij de schriftelijke voortgang van de discussies. Een zelfde bijzondere dank gaat uit naar mevrouw H. van der Meij-Netel, managing-assistent bij het Hugo Sinzheimer Instituut, die grote zorg besteedde aan de vormgeving en het register.

Amsterdam, april 1993

prof. mr P.F. van der Heijden

Over de auteurs

Mr P. Ingelse is als rechter verbonden aan de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam.

Mr T. van Peijpe is universitair hoofddocent sociaal recht aan de Rijksuniversiteit Leiden.

prof. mr P.F. van der Heijden is hoogleraar arbeidsrecht, Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam.

Mr G.J.J. Heerma van Voss is universitair hoofddocent sociaal recht aan de Rijksuniversiteit Limburg.

Mr G.G. Scholtens en mr Th.P. ten Brink zijn advocaat en verbonden aan Nauta Dutilh te Rotterdam.

Mr S.W. Kuip is als docent sociaal recht verbonden aan de sectie sociaal recht van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

Mr V. Disselkoen en mr C.J. Herman de Groot zijn advocaat en verbonden aan Trenité van Doorne te Rotterdam.

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
Adv.bl.	Advocatenblad
A-G	Advocaat-Generaal
ARAR	Algemeen Rijksambtenaren Reglement
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen
BUPO	Europees Verdrag voor Burgerlijke en Politieke Rechten
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	Collectieve Arbeidsovereenkomst
CGB	Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid
diss.	dissertatie
EK	Eerste Kamer
e.n.a.c.	exemptio non adimpleti contractus
ESH	Europees Sociaal Handvest
GAB	Gewestelijk Arbeidsbureau
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
KG	Kort Geding
Ktg.	Kantongerecht
Mon.	Monografie
MvA	Memorie van Antwoord
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jursprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM-Bulletin	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten-bulletin
OW	Overgangswet
Prg.	Praktijkgids
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
RvdW	Rechtspraak van de Week
SER	Sociaal-Economische Raad
SMA	Sociaal maandblad Arbeid
SR	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht

TK	Tweede Kamer
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen
WAGW	Wet arbeid gehandicapte werknemers
WAO	Wet arbeidsongeschiktheid
WOR	Wet op de onderneminggraden
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie

Het nieuwe vermogensrecht en de arbeidsovereenkomst .

mr P. Ingelse

I Inleiding

Wat betekent het Nieuw Burgerlijk Wetboek voor het arbeidsrecht? Zou men de mening van de wetgever volgen, dan komt "de doorwerking van de algemene leerstukken in het nieuwe wetboek naar het arbeidsrecht (pas) aan de orde" bij de vaststelling van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het NBW.¹ Over een jaar of vijf dus? "Het nieuwe wetboek" is inmiddels echter ingevoerd en ook in de komende vijf jaar wordt er links en rechts gearbeid. Daarom waag ik mij nu alvast aan een poging de vraag te beantwoorden.

Hier geldt hetzelfde als voor het vermogensrecht in het algemeen²: er verandert minder dan de papier- en artikelenvervplaatsing zou doen vermoeden. Neem het leerstuk misbruik van omstandigheden. Ook voor 1 januari 1992 kende het positieve recht dit middel om een rechtshandeling aan te tasten. De techniek en de sanctie waren anders. Maar zoals bij zoveel onderwerpen die het NBW gereorganiseerd heeft, de betekenis van de verschillen is beperkt.

Zo leerde men onder het oude recht dat - als gevolg van de techniek (ongecoortoorde oorzaak wegens strijd met de goede zeden) - de onder invloed van misbruik van omstandigheden gesloten overeenkomst niet - zoals in het NBW - vernietigbaar, maar nietig was³. Esthetisch-theore-

* Dit artikel is eerder verschenen in het Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, 1993, blz. 53 e.v.

1. Memorie van Antwoord van 30 juni 1992 aan de Eerste Kamer bij het wetsvoorstel Herziening van het Ontslagrecht (Eerste Kamer 1991-1992, 21.479, nr 224b). Zie over deze curieuze passage: "Een vooruit, twee achteruit", P.F. van der Heijden in NJB 1992, blz. 900.

2. In deze bijdrage vat ik daaronder niet alleen boek 3, maar ook boek 6 BW.

3. Zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp II (achtste druk 1989) nr 212 en - destijds uitvoert- ger - Asser-Rutten II (zesde druk 1981), blz. 144 e.v.

tisch was dat ongetwijfeld juist, maar rechtens was het - ook onder het oude recht - niet vol te houden. Nimmer toch is de misbruiker zelf met een beroep op strijd met de goede zeden - en "dus" nietigheid van de gesloten overeenkomst - van zijn verplichtingen afgekomen?⁴

De invoering van het NBW is niettemin een goede aanleiding om na te gaan wat de verhouding is tussen de algemene vermogensrechtelijke regels enerzijds en die met betrekking tot het bijzondere contract anderzijds: vullen zij elkaar aan en zijn zij dus cumulatief van toepassing of derogeren de bijzondere regels en gelden deze dus exclusief? Ik zal die verhouding op verschillende niveaus onderzoeken:

- eerst de verhouding tussen vermogensrechtelijke en arbeidsrechtelijke regels in zijn algemeenheid;
- vervolgens concentreer ik het onderzoek aan de zijde van de vermogensrechtelijke regels op het leerstuk misbruik van omstandigheden;
- tenslotte spits ik het onderzoek ook aan de zijde van het arbeidsrecht toe en wel op het concurrentiebeding.

Daarbij gaat het mij in de eerste plaats om de denkwijze, de methode, en pas in de tweede plaats om de uitkomst. Over die uitkomst kan men immers - doordat geen "harde" verhoudingsregels te geven zijn - ook bij het volgen van dezelfde methode van mening blijven verschillen.

2 Vermogenrecht en arbeidsrecht in het algemeen

2.1 Hoofdbeginsel: cumulatie

In beginsel is in arbeidsrechtelijke kwesties het gehele vermogensrecht naast het arbeidsrecht van toepassing. Dit cumulatiebeginsel⁵ volgt uit

-
4. Dat de rechtspraak dit niet uitdrukkelijk heeft bevestigd, doet daaraan niet af: vermoedelijk heeft nooit een "misbruiker van omstandigheden" de moed gehad om in ernst vol te houden wat de leerstellige jurist hem aanreikte.
 5. Zie over dit beginsel C.A. Boukema, *Civilrechtelijke Samenloop*, diss. Leiden 1966, blz. 22, en dezelfde schrijver in *Samenloop*, Monografie Nieuw BW A 21, Deventer 1992, hoofdstuk 1, § 2, en hoofdstuk 2, § 5. Voorts C.J.H. Brunner, *Beginselen van Samenloop*, Serie privaatrechtelijke begrippen 7, tweede druk 1984, in het bijzonder 1.4; W. Snijders, *Samenloop van wetbepalingen in het nieuwe B.W.*, *Speculum Lange-meijer*, 1973, blz. 453-455; A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht*

het *regel* karakter van wettelijke bepalingen: zij moeten worden toegepast op alle gevallen waarop zij betrekking hebben, ook indien gelijktijdig een andere regel van toepassing is.⁶ Het volgt ook uit de geïmpliciete structuur van het NBW.⁷

Derhalve zijn titel 3.2 (rechtshandelingen) en afdeling 6.5.2 (het tot stand komen van overeenkomsten) in beginsel van toepassing op de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst, afdeling 6.1.8 op het crediteursverzuim van werkgever of werknemer, afdelingen 6.1.9 en 6.5.5 op het niet nakomen door een hunner, afdeling 6.1.10 op de schadevergoeding in het arbeidsrecht⁸ enz. enz. Op grond van artikel 6:74 juncto 83 aanhef en onder a en 119 is dus - nog een voorbeeld - over loontermijnen de wettelijke rente verschuldigd vanaf de respectieve vervaldatum, zonder dat ingebrekestelling nodig is.⁹

Deze regels zijn zowel toepasselijk wanneer de te berechten kwestie niet door een arbeidsrechtelijke regel wordt bestreken als wanneer dat wel het geval is. Indien het arbeidsrecht een regel geeft voor een geval dat ook op het hogere niveau wordt geregeld dan cumuleren de regelingen. Nog steeds: in beginsel. Dit geldt dus voor bijvoorbeeld redelijkheid en billijkheid (de artikelen 6:2 en 248) naast goed werkgever- en werknemerschap (artikelen 1638z en 1639d), waarover hierna meer. Voorts cumuleren de wanprestatieregels met het ontslag-

volgens het Nieuw burgerlijk wetboek, Deventer 1990, nr 30. Het beginsel ligt ook ten grondslag aan - bijvoorbeeld - artikel 6:215. Zie voor een andere benadering: J.H. Nieuwenhuis, Anders en eender, intreedende Leiden, Deventer 1982.

6. Onderscheid valt te maken tussen regelingen die zich onderling verhouden als deelregeling tot algemene regeling (*lex specialis* versus *lex generalis*) en die regelingen die elkaar - voor een deel - overlappen. Zie Boukema (diss.) t.a.p., § 9 en 13; Boukema (Mon.) t.a.p., hoofdstuk 1, § 3; en Brunner t.a.p., 1.6.1. Nu cumulatie in beide gevallen het leidende beginsel is (Boukema (diss.) t.a.p. § 13 en Boukema (Mon.) t.a.p., hoofdstuk 3, § 8 en 9), zal ik dit onderscheid slechts maken waar dat nodig of verhelderend is en verwijs ik overigens naar voormelde bronnen. Hetzelfde geldt voor de categorie "uitputtende regeling", waarover Boukema (Mon.) t.a.p., hoofdstuk 4, § 10.
7. Het gold dus - op beide gronden - ook voor het oude BW. Dat wetboek had een "licht" geïmpliciete structuur: zo waren de algemene regels met betrekking tot het tot stand komen van de obligatoire overeenkomst ook van toepassing op de bijzondere overeenkomst.
8. Daarom ook kon artikel 7A:1637w vervallen. Zie artikel 6:106.
9. En wel naast de wettelijke verhoging van artikel 7A:1638q (dat "7A" laat ik hierna weg), die een andere functie, namelijk prikkel tot nakoming, heeft (HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207 m.n. PAS, Swaen/Van Hees).

recht¹⁰ en het crediteursverzuim - althans gedeeltelijk¹¹ - met artikel 1638d. Maar in arbeidsrechtelijke kwesties moeten ook vaak algemene vermogensrechtelijke regels zonder arbeidsrechtelijk evenbeeld worden toegepast. Dwaalt een partij bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst, dan is deze volgens de gewone regels vernietigbaar. Als voorbeeld noem ik verder de vertrouwensleer neergelegd in artikel 3:35, die (ook) van belang is voor de vaststelling van het bestaan en de inhoud van de arbeidsovereenkomst of een beëindigingsovereenkomst, en voor de beoordeling of een opzegging ook als zodanig moet worden opgevat.¹²

Klakkeloos het vermogensrecht toepassen mag niet. De arbeidsovereenkomst moge als bijzonder contract in het vermogensrecht zijn gepositioneerd, dat betekent niet dat zij alleen vermogensrechtelijke betekenis heeft. Men houde bij de toepassing van algemene vermogensrechtelijke regels dus rekening met het bijzondere karakter van het arbeidsrecht.¹³

2.2 Alternativiteit¹⁴

Het komt voor dat de belanghebbende partij uit een van beide - cumulatief toepasselijke - regelingen moet kiezen. Wettelijke rente en wettelijke verhoging zijn cumulatief van toepassing en kunnen, zoals wij zagen, naast elkaar gevorderd worden. Ook de regels van de wanprestatie en ontslag op staande voet kunnen cumulatief op een zelfde kwestie van toepassing zijn, maar de belanghebbende partij zal hier - indien hij de overeenkomst op grond van dringende reden of wanprestatie wil beëindigen - tussen beide moeten kiezen. Deze alternativiteit is een vorm van cumulatie. Of zij zich voordoet, is meestal wel duidelijk: zijn cumulatief toepasselijke regelingen beide gericht op

10. Zie over cumulatie van die regels: Brunner t.a.p., 2.2.4.

11. Zo zal een - in strijd met artikel 1638d lid 2 juncto 1638c lid 7 - mondeling overeengekomen afwijking van artikel 1638d lid 1 niet overleidend gehouden kunnen worden door een beroep te doen op de algemene regels van het crediteursverzuim.

12. Bijvoorbeeld HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 m.n. PAS (Hajziani/Van Woerden) en HR 12 september 1986, NJ 1987, 267, m.n. PAS (Westhoff/Spronsen).

13. Zie T. van Peijpe, De arbeidsovereenkomst in het nieuwe vermogensrecht, in Sociaal- en Arbeidsrechtelijke Reeks 26, 1.1.

14. Zie vooral Boukema (Mon.) t.a.p., hoofdstuk 2, § 6.

vernietiging van dezelfde rechtshandeling, op de vergoeding van dezelfde schade of op beëindiging van dezelfde rechtsverhouding, dan moet de belanghebbende kiezen. Wil hij zich voor beide ankers leggen dan kan hij die keuze doen in de vorm van "primair/subsidiair".¹⁵

2.3 De relevantie van het vermogensrecht voor het arbeidsrecht

Van praktisch belang voor het arbeidsrecht zijn vooral de regels neergelegd in de tweede en de derde alsmede in de laatste twee titels van boek 3 en grote delen, zo niet heel boek 6. Grote delen van het vermogensrecht hebben echter weinig betekenis voor de arbeidsovereenkomst. Zo komt men er het zakenrecht¹⁶ zelden tegen. Dit komt niet doordat de zakenrechtelijke regels er niet gelden, maar doordat zij er slechts bij uitzondering een rol spelen. Zo'n uitzondering is de overdracht van loonvorderingen. Daarop is afdeling 3.4.2 (overdracht van goederen en afstand van beperkte rechten) gewoon van toepassing. Artikel 1638g beperkt de overdraagbaarheid (dat is dus een toepassing van artikel 3:83) en, voorzover die beperking ruimte aan overdracht laat, is vooral artikel 3:94 van belang.

2.4 Exclusiviteit

Soms zal de arbeidsrechtelijke regel exclusieve gelding hebben en in de plaats komen van de algemene regel. Exclusiviteit is echter uitzondering: de "bewijslast" ligt bij hem die exclusiviteit verdedigt.¹⁷ Anders dan dikwijls - volgens Boukema hardnekkig¹⁸ - wordt gedacht, speelt het gezegde "lex specialis derogat legi generali" derhalve geen rol van betekenis.¹⁹

Het is niet steeds makkelijk om uit te maken wanneer een regel exclusief werkt. Brunner geeft een drietal regels.²⁰

15. Zie Brunner t.a.p., blz. 12.

16. Of goederenrecht, zo men wil.

17. Boukema (diss.) t.a.p., blz. 22 en 23, Boukema (Mon.) t.a.p., hoofdstuk 1, § 2, en Brunner t.a.p., blz. 13 en 14.

18. Boukema (Mon.) t.a.p., blz. 10.

19. Aldus Boukema (diss.) t.a.p., blz. 35.; zie ook Boukema (diss.) t.a.p., § 9 en § 10, alsmede Boukema (Mon.) t.a.p., hoofdstuk 2, § 4-7.

20. T.a.p. blz. 16. Zie ook Boukema (diss.) t.a.p., § 10.

- a) Exclusiviteit alleen indien de bijzondere regeling een deelregeling is van de algemene.
- b) Exclusiviteit alleen indien de beide regelingen soortgelijke rechtsgevolgen in het leven roepen.
- c) Is aan 1 en 2 voldaan en is de bijzondere regeling - voor hem die zich er op wil beroepen - in alle opzichten ongunstiger dan de algemene, dan is er steeds exclusiviteit van de bijzondere regeling.

De straks te bespreken regeling van het concurrentiebeding in het arbeidsrecht is geen zuivere deelregeling van het leerstuk misbruik van omstandigheden. Om op die grond reeds te concluderen dat de beide regelingen cumuleren, lijkt mij wat al te makkelijk. Het valt te betwijfelen of het "wettelijk stelsel" met betrekking tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst een deelregeling is van artikel 6:2, 6:248 onderscheidenlijk 3:40. Toch heeft dat stelsel blijkens de hierna te noemen arresten HAL/Van Werkhoven en Nedlloyd/Bras Monteiro cs exclusieve werking ten opzichte van die bepalingen. Het gaat hier dan ook volgens deze rechtspraak veeleer om een uitputtende regeling op het bijzondere niveau die toepassing van de algemene regels daarnaast niet toelaat.

De eerste twee regels van Brunner lijken dan ook slechts een beperkte betekenis hebben, althans lijken zij in het arbeidsrecht niet goed te functioneren. De derde regel komen wij hierna tegen. Voor het overige tracht ik voornamelijk de door Boukema in zijn proefschrift gegeven "regel" te volgen: in gecompliceerde gevallen moet men "door een zorgvuldige interpretatie en na afweging van alle omstandigheden" de oplossing vinden.²¹ Cumulatie - eventueel alternativiteit - is daarbij, zoals wij zagen, steeds uitgangspunt. Voor exclusiviteit is slechts plaats als dit uitgangspunt in strijd komt met het systeem of de strekking van de wet of tot een onaanvaardbaar resultaat leidt.²²

Uiteraard doet exclusiviteit zich voor als de wet dat uitdrukkelijk bepaalt of indien de arbeidsrechtelijke regel strijdig is met de algemene

21. Boukema (diss.) t.a.p., blz. 30 onder e en voorts § 13.

22. Vgl. Snijders t.a.p., blz. 454, en Boukema (Mon.) t.a.p., hoofdstuk 2, § 7.

en daarom als uitzondering moet worden opgevat²³. Het gaat daarbij meestal om losse bepalingen²⁴ zoals artikel 1639x, dat bepaalt dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie - in afwijking van de algemene regel, die een schriftelijke verklaring voldoende acht (artikel 6:267) - slechts door de rechter kan worden uitgesproken, of de artikelen 1639da en 6:170, die de werknemer - wie opzet noch bewuste roekeloosheid is te verwijten - in afwijking van de artikelen 6:74 ev en 102 vrijwaren voor schadeanspraken van de werkgever. Verder kunnen genoemd worden artikel 6:245, dat afdeling 6.5.3 (algemene voorwaarden) voor de arbeidsovereenkomst en CAO's buiten toepassing verklaart, alsmede die bepalingen die voor de geldigheid van een beding - in afwijking van artikel 3:37 en 6:217 ev - de eis van geschrift stellen. Tenslotte noem ik nog bepalingen die een algemene en een bijzondere, arbeidsrechtelijke, variant hebben, maar waarvan de laatste - in afwijking van de algemene - dwingend is, zoals artikel 1637v.²⁵

Voorts doet exclusiviteit zich voor, indien het beroep op de bijzondere regel aan beperkingen onderworpen is en toepassing van de algemene regel ten gevolge zou hebben dat de beperkingen omzeild worden. Dit doet zich eigenlijk slechts voor indien de bijzondere bepaling in alle opzichten ongunstiger is dan de algemene (de derde regel van Brunner). Is dat niet het geval, dan zal de belanghebbende immers de voor- en nadelen verbonden aan algemene onderscheidenlijk bijzondere regel in het concrete geval moeten afwegen.²⁶

Ook exclusief is het geheel van regels, dat als uitputtend moet worden opgevat en waarnaast voor de algemene regel geen ruimte is. Dit geldt bijvoorbeeld voor (delen van) het ontslagrecht. In het arrest HAL/Van Werkhoven oordeelde de Hoge Raad dat "de in de artikelen 1639s-u

23. Zie Boukema (diss.) t.a.p., blz 30. onder e, en Boukema (Mon.) t.a.p., hoofdstuk 1, § 2 en hoofdstuk 2, § 7.

24. Zie echter artikel 1637c, gehandhaafd in het ontwerp van het ministerie van justitie voor titel 7.10 (artikel 7:610, tweede lid). Deze bepaling regelt alleen de verhouding arbeidsovereenkomst/ander bijzonder contract, maar het ligt voor de hand dat zij een verdere strekking heeft.

25. Vergelijk het tweede lid. Afgezien van artikel 6:94 lid 1 is de paragraaf over het boetebeding niet dwingend.

26. Zie Boukema (diss.) t.a.p., blz. 28 en 29 onder c, en Brunner t.a.p., 1.6.3.

gegeven regeling (-) - gezien het specifieke toetsingscriterium, de genuanceerde uitwerking van de gevolgen en de korte verjaringstermijn - als uitputtend (moet) worden beschouwd in die zin dat naast deze regeling voor een toetsing van een ontslag aan artikel 1374, derde lid, (-) geen plaats is.²⁷

Vorig jaar oordeelde de Hoge Raad in het arrest Nedlloyd/Bras Monteiro cs over een paar honderd ontslagen die uitsluitend buitenlanders troffen en die Nederlandse werknemers geheel buiten schot lieten. De Hoge Raad besliste dat er - als "in strijd met het wettelijk stelsel betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst" - naast de bijzondere ontslagverboden geen plaats is voor toetsing van een discriminatoir ontslag aan de artikelen 1371 en 1373 (oud) of - na 1 januari 1992 - aan artikel 3:40 (strijd met de wet, goede zeden, en/of openbare orde).²⁸

Men zij voorzichtig: niet ieder "geheel van arbeidsrechtelijke regels" is als uitputtend bedoeld. Naast de artikelen 1637u en v, die een uitgewerkte regeling voor het boetebeding in dienstverband geven, blijft bijvoorbeeld ruimte voor toepassing van de artikelen 6:91-94.²⁹ Dit blijkt ook uit de formulering van het achtste lid van artikel 1637u: "Het in dit en het volgende artikel bepaalde is *mede* van toepassing op een door de werkgever bedongen boete als bedoeld in de artikelen 91-94 van Boek 6" (cursivering PI). Dat de bijzondere regel hier op een enkel punt derogeeert aan de algemene³⁰ doet aan het voorgaande niet af.

27. HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441, m.n. PAS. Zie ook Brunner t.a.p., 2.2.4, die schrijft dat artikel 1639s-u nooit meer zou worden toegepast, als een ontslag ook op grond van strijd met de redelijkheid en billijkheid zou kunnen worden aangevochten (toepassing Brunner's regel 3).

28. HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495 m.n. PAS. Het is overigens de vraag of dit arrest de toets aan artikel 26 van het BUPO-verdrag en/of artikel 6 juncto 4 van het Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van alle Vormen van Rassendiscriminatie kan doorstaan en of artikel 1639s - in vergelijking met de nietigheidssanctie - wel een "effective protection and remedie against discrimination" biedt. Het lijkt - gezien de uitkomst van dit arrest (alleen schadevergoeding) en de beperkte mogelijkheden van artikel 1639t - van niet. Deze kwestie moet ik hier echter laten rusten.

29. Zie echter noot 25.

30. Bijvoorbeeld 1637v lid 1 tegenover artikel 6:94 lid 2 en voorts voor wat betreft de eis van geschrift.

Met "exclusief want uitputtend" - het klinkt ook een tikje tautologisch - is men dus nog niet veel verder. Of een regeling als uitputtend moet worden opgevat, is ook hier een kwestie van "zorgvuldige" uitleg. De zojuist genoemde arresten kunnen daarbij (enigszins) de weg wijzen.

2.5 Uitwerking

Volgens het cumulatiebeginsel *mag* de algemene regel in voorkomende gevallen steeds worden toegepast. We zagen ook dat sommige algemene regels bij arbeidsrechtelijke kwesties in feite zelden of nooit *worden*, of zelfs niet *kunnen* worden toegepast, doordat er geen "voorkomende gevallen" zijn. Dit laatste geldt voor, bijvoorbeeld, afdeling 1.2, de pauliana en boek 5. Maar bedenkt iemand toch een paulianeuse arbeidsovereenkomst of paulianeuse opzegging, dan *mogen* de artikelen 3:45-48 wel degelijk worden toegepast. In geval van exclusiviteit ligt dit anders: toepassing zou wel *kunnen*, maar het *mag* niet.

Soms *hoeft* een algemene regel niet te worden toegepast, omdat het arbeidsrecht een - weliswaar niet exclusieve maar adequate - eigen regeling kent. De artikelen 6:2 en 6:248 enerzijds en 1638z en 1639d anderzijds bestrijken deels hetzelfde terrein. De redelijkheid en billijkheid van de artikelen 6:2 en 6:248 zullen naast de beide andere bepalingen in het arbeidsrecht weinig te bieden hebben. Maar geen doel is er mee gediend om daarom maar tot exclusiviteit van de arbeidsrechtelijke regel te concluderen. Ook hier geldt: zou zich nu of ooit een arbeidsrechtelijk geval voordoen waarin goed werkgeverschap of goed werknemerschap toch geen toereikende begrippen blijken te zijn, en bestaat daar de behoefte aan toepassing van redelijkheid en billijkheid, dan *mag* dat.³¹

Soms wordt de toepasselijkheid van een algemene vermogensrechtelijke regel voor het gehele arbeidsrecht uitgesloten. Zo is - ik vermeldde dat reeds - afdeling 6.5.3 (algemene voorwaarden) noch op de individuele noch op de collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing. Meestal zal de algemene regel echter slechts wijken voor het ar-

31. Behalve bij - zoals wij hierboven zagen - kennelijk onredelijk ontslag. Zie voor een geval waar de HR de redelijkheid en billijkheid - en niet art. 1638z - een arbeidsrechtelijke kwestie toepaste - HR 16 oktober 1992, RvdW 1992, 227 (Bruinsma/Schuitmaker).

beidsrecht, voorzover het de daarin specifiek - met exclusieve strekking - geregelde kwestie betreft. Hiervoor bleek dat de Hoge Raad de goede zeden en openbare orde voor de toets van een ontslag (vrijwel³²) het zwijgen heeft opgelegd. Dat betekent niet dat deze begrippen voor het gehele arbeidsrecht zijn uitgeschakeld. Hoe zou bijvoorbeeld de rechter de vordering terzake van loon of niet opgenomen vakantiedagen van de huurmoordenaar of de cocaïnekoerier zonder toepassing van artikel 3:40 kunnen beoordelen? Of meer praktisch: is niet de opdracht³³ aan de werknemer-tekstschrijver of -vormgever om een opruiend of racistisch pamflet te schrijven respectievelijk te ontwerpen nietig op grond van artikel 3:40?

Omgekeerd betekent de uitschakeling van artikel 3:40 en redelijkheid en billijkheid in het ontslagrecht niet dat nu ook alle andere vermogensrechtelijke algemene regels bij ontslag zonder belang zijn. Opzegging is een rechtshandeling. Zij moet aan de daarvoor gestelde eisen voldoen en kan dan ook aan bijvoorbeeld de artikelen 3:35 en 3:37 worden getoetst. Is de als ontslag op staande voet bedoelde verklaring onbegrijpelijk of heeft deze de wederpartij naar de maatstaf van artikel 3:37 lid 3 niet tijdig - dus naar de arbeidsrechtelijke maatstaf niet onverwijld - bereikt, dan is de rechtshandeling niet geldig en komt geen ontslag tot stand. Voorts heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat een aan een arbeidsovereenkomst verbonden ontbindende voorwaarde met "het gesloten stelsel van de regels betreffende beëindiging van de arbeidsovereenkomst" onverenigbaar kan, maar niet noodzakelijk behoeft te zijn.³⁴

Uit het voorgaande blijkt dat men bij de vraag naar de toepasselijkheid van een algemene vermogensrechtelijke regel in een arbeidsrechtelijke kwestie noch die algemene regel noch de regel van arbeidsrecht

32. De Hoge Raad liet uitdrukkelijk in het midden of nietigheid van een ontslag wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde "onder zeer bijzondere omstandigheden (-) wel met het wettelijk stelsel verenigbaar is."

33. De opdracht van de werkgever beoogt - in het algemeen - de verplichtingen van de werknemer nader te preciseren en valt dus onder de definitie van de - eenzijdige - rechtshandeling: een handeling gericht op het ontstaan van rechtsgevolgen (artikel 3:33; Vermogensrecht (S.A.M. de Loos-Wijker), titel 2, aant. 2; Asser-Hartkamp II, achtste druk 1989, nr 2). Anders Van Peijpe, t.a.p. blz. 27, die de opdracht als feitelijke handeling zonder beoogd rechtsgevolg ziet.

34. HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509, m.n. PAS (Mungra/Van Meir).

afzonderlijk moet beschouwen. Het gaat steeds om de analyse van een *bepaalde* verhouding algemeen/bijzonder.

2.6 De exclusiviteit volgens Nedlloyd/Bras Monteiro cs

In het arrest Nedlloyd/Bras Monteiro cs heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de toepasselijkheid van artikel 3:40 op een discriminatoir ontslag strijdig is met "het wettelijk stelsel betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst" op de volgende gronden.

- a) Iedere partij kan op grond van artikel 1639o de arbeidsovereenkomst "zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen" doen eindigen, zij het dat degene die dat doet schadelijkt kan zijn. Of wel: toepasselijkheid van artikel 3:40 zou afbreuk doen aan deze iedere partij toekomende bevoegdheid, de bijzondere regel strijdt met de algemene.³⁵
- b) In een aantal nauwkeurig omschreven gevallen is er "sprake van een vorm van nietigheid". Daarbij is "veelal voorzien in een korte termijn voor het intoevoeren van de nietigheid." Of wel: toepasselijkheid van de algemene regel zou de beperkingen van de bijzondere regel ondermijnen.
- c) Aan de nietigheidssanctie bestaat geen behoefte: "een ontslag dat in strijd is met de wet, de openbare orde of de goede zeden is doorgaans³⁶ tevens kennelijk onredelijk in de zin van artikel 1639s" waar een beter in het ontslagrecht passend sanctiestelsel bij hoort. Of wel: in het met de algemene regel beoogde doel wordt door de bijzondere regeling voorzien.
- d) Daar komt nog bij dat voor een ontslag in strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden "als regel geen toestemming op de voet van het BBA zal worden verkregen." Of wel: het door de algemene regel wel en door de bijzondere regel niet gedekte geval doet zich zelden voor.

De argumenten c en d liggen dicht bij elkaar: zij berusten op het "doorgaans" of "in de regel" ontbreken van behoefte aan toepassing

35. De Hoge Raad stelt hier de opzegbaarheid als hoofdregel voorop. G.J.J. Heerma van Voss bestrijdt dit terecht in zijn noot onder het arrest in NJCM-Bulletin 1992 blz 651.

36. Zeg dat wel: "doorgaans". Hoe oordeelt de Hoge Raad - artikel 1639n lid 2 in aanmerking genomen - over een ontslag tijdens de proeftijd van "alle Turken" in een bepaald bedrijf?

van de algemene regel. Die redenering is niet sterk, zo bleek hiervoor al. Waarom zou de algemene regel in die zeldzame gevallen zijn werk niet mogen doen?³⁷ Het zeldzaamheidsargument blokkeert toekomstige ontwikkelingen. Waar nu wellicht de fantasie nog te kort schiet, kan later blijken dat de algemene regel een nuttige functie naast de bijzondere kan vervullen.³⁸

Daargelaten hun concludentie in het door de Hoge Raad berechte geval³⁹, kunnen de andere twee argumenten voor exclusiviteit wel nuttige diensten bewijzen.

3 Misbruik van omstandigheden in het arbeidsrecht

Wat is nu de betekenis van de regeling van misbruik van omstandigheden in arbeidsrechtelijke kwesties? Volgens het cumulatiebeginsel is deze regeling ook van toepassing op rechtshandelingen verricht in verband met een arbeidsovereenkomst, het aangaan, wijzigen of beëindigen van zo'n overeenkomst.⁴⁰ Indien de werkgever - gebruik makend van de afhankelijkheidspositie van een werknemer - deze een beding opdringt op grond waarvan hij verplicht is op elk door de

37. Ik laat dan nog daar dat uit de conclusie van de AG Koopmans blijkt dat de door de directeur GAB toch maar verleende vergunning wortelde in een door de rijksoverheid gevoerd beleid dat gericht was op voorrang voor Nederlanders in de zeescheepvaart en dat aldus 222 buitenlanders-niet-EEG-onderdanen en geen enkele Nederlander of EEG-onderdaan ontslagen werd. En wat als een werkgever met opzet een verkeerd adres van zijn werknemer opgeeft, zodat hij vlot en zonder tegenspraak een vergunning krijgt, waarmee hij zijn werknemer ontslaat? Aantasting van het ontslag met artikel 3:40 lijkt mij daar de zuivere weg. Misschien zijn deze en soortgelijke gevallen zeldzaam, maar te verwaarlozen? De leer van de Hoge Raad kan hun aantal slechts doen stijgen.

38. Zie in dit verband ook Brunner t.a.p., blz. 23-25, en Heerma van Voss t.a.p., blz. 653.

39. Het resultaat van het arrest, geldigheid van een rechtshandeling, die in strijd is met het zeer fundamentele discriminatieverbod, past óók niet erg goed in ons wettelijk stelsel, of beter: in ons rechtsstelsel. Verder bieden de sancties van de artikelen 1639s en t (argument c) nogal weinig: de gebruikelijke schadevergoeding van een of twee maanden per dienstjaar zal niet snel opwegen tegen behoud van werk, terwijl herstel van de dienstbetrekking kan worden afgekocht. Tenslotte blijkt het in het wettelijk stelsel gelegen beletsel nogal plooibaar: het verhinderde niet de matigingsleer en de "krachteloos" geworden arbeidsovereenkomst (HR 12 mei 1989, NJ 1989, 801, m.n. PAS, Chelbi/Klene), noch - zoals wij hiervoor zagen - de beëindiging van een arbeidsovereenkomst door de vervulling van een ontbindende voorwaarde.

40. Zo ook Van Peijpe t.a.p., blz. 32.

werkgever aangewezen tijdstip overwerk te verrichten, en de werknemer onder de druk van de omstandigheden dat beding aanvaardt, dan komt de werknemer een beroep op artikel 3:44 lid 4 toe. Hetzelfde geldt voor de werknemer die - bij het aangaan van de overeenkomst of gedurende de looptijd - instemt met wijziging van zijn standplaats, zijn werktijden, zijn werkkleding of van wat dan ook⁴¹, voorts voor de werknemer die instemt met (gedeeltelijke) beëindiging van de overeenkomst, voor hem die afstand van vakantiedagen doet en voor de werknemer die het dienstverband opzegt. Doet de werknemer het een of het ander, "bewogen door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid", en heeft de werkgever dat bevordert "ofschoon hetgeen hij wist of had moeten begrijpen hem daarvan had moeten weerhouden", dan kan de werknemer de betrokken rechtshandeling vernietigen⁴², zelfs indien het misbruik niet afkomstig was van de werkgever zelf⁴³.

Voorzover het in deze voorbeelden gaat om het verrichten van rechtshandelingen - het aangaan of wijzigen van de arbeidsovereenkomst, het beëindigen van die overeenkomst met wederzijdse instemming - waarvoor het arbeidsrecht geen eigen regeling kent, is de toepasselijkheid van het leerstuk misbruik van omstandigheden nauwelijks problematisch. Maar geldt dat ook voor de verhouding tussen misbruik van omstandigheden en de regels die het arbeidsrecht wél geeft? Gezien hun beschermingskarakter beogen die regels zo'n beetje stuk voor stuk misbruik van omstandigheden door de werkgever ten opzichte van de werknemer te voorkomen. Betekent dat niet dat het arbeidsrecht moet worden beschouwd als een uitputtende (deel)regeling die derogeert aan het algemene leerstuk?

41. Zolang die instemming maar een rechtshandeling is.

42. Hij kan - naast of in plaats van de vernietiging - de "misbruiker" ook uit onrechtmatige daad aanspreken tot schadevergoeding (vgl Asser-Hartkamp II (achtste druk 1989) nr 480 en 204).

43. Bijvoorbeeld indien de werknemer onder invloed van door B misbruikt overwicht bij deze laatste in dienst treedt en zijn arbeidsovereenkomst met A daarom opzegt. Tegenover A is de opzegging dan vernietigbaar, mits deze van B's misbruik wist of behoorde te weten. Zie het vijfde lid van artikel 3:44, een toepassing van de in artikel 3:35 neergelegde vertrouwensleer.

Straks zal ik trachten die vraag te beantwoorden voor de verhouding misbruik van omstandigheden en concurrentiebeding. Eerst nog een tweetal opmerkingen: over de *werkgever* die zich op misbruik van omstandigheden wil beroepen en over de gevolgen van een geslaagd beroep op misbruik van omstandigheden.

Ook de lichtzinnige of onervaren enz. *werkgever* heeft in theorie de mogelijkheid zich op misbruik van omstandigheden te beroepen, doch de praktijk laat daarvan weinig voorbeelden zien. Men lette er op dat voor een geslaagd beroep op artikel 3:44 lid 4 ook vereist is dat hetgeen de wederpartij "weet of moet begrijpen" hem zou *behoren* te weerhouden het totstandkomen van de rechtshandeling te bevorderen. Het ligt voor de hand op het punt van dit behoren aan de - in het algemeen - maatschappelijk sterkere *werkgever* hogere eisen te stellen dan aan de - in het algemeen - maatschappelijk zwakkere *werknemer*.

Indien eenmaal aan de vereisten van artikel 3:44 lid 4 is voldaan, dan is de rechtshandeling - of een deel daarvan, eventueel een enkel beding (artikel 3:41) - vernietigbaar met alle gevolgen van dien. De rechter hoeft daar, anders dan in het oude recht, niet aan te pas komen (artikel 3:50), tenzij het beroep op vernietiging door verloop van 3 jaar, nadat de "invloed" van het misbruik heeft opgehouden, is verjaard (artikel 3:52). In dat geval kan de vernietiging nog slechts bij wijze van verweer in rechte worden ingeroepen (artikel 3:52 lid 2). De vernietiging heeft terugwerkende kracht (artikel 3:53). De rechtshandeling kan geconverteerd worden. Dat geschiedt van rechtswege⁴⁴ en de rechter is ook daarvoor derhalve niet nodig (artikel 3:42). Het vernietigingsberoep vervalt, indien de wederpartij "tijdig een wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling voorstelt, die het nadeel op afdoende wijze opheft" en de rechter kan op verzoek van een der partijen - in plaats van te vernietigen - ter opheffing van het nadeel de gevolgen van de rechtshandeling wijzigen (artikel 3:54).⁴⁵ En dit alles geldt dus in beginsel ook voor - meerzijdige en eenzijdige - rechtshandelingen in het arbeidsrecht.

44. Asser-Hartkamp II (achtste druk 1989) nr 496.

45. De rechter kan zodanige wijziging ook stellen in plaats van een buitengerechtelijke vernietiging. Zie Asser-Hartkamp II (achtste druk 1989) nr 480.

4 Misbruik van omstandigheden en concurrentiebeding

4.1 Inleiding

Een concurrentiebeding als bedoeld in artikel 1637x "beperkt de werknemer in zijn recht om na het einde van zijn dienstbetrekking werkzaam te zijn op de wijze die hem goed dunkt en kan hem dus treffen in een zwaarwegend belang, nl. in de wijze waarop hij in zijn levensonderhoud voorziet."⁴⁶

Is nu het geheel van rechtsregels met betrekking tot misbruik van omstandigheden ook van toepassing op zo'n - bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, gedurende de looptijd of ter gelegenheid van de beëindiging daarvan - aanvaard concurrentiebeding of derogeert deze bepaling geheel of gedeeltelijk aan artikel 3:44 lid 4 en wat daarmee samenhangt?

Ook hier stel ik weer voorop dat in beginsel het gehele vermogensrecht op de aanvaarding van het concurrentiebeding van toepassing is. Van praktisch belang daarbij zijn vooral titel 3.2 (rechtshandelingen) en afdeling 6.5.2 (het tot stand komen van overeenkomsten). Of het concurrentiebeding deel uit is gaan maken van de rechtsverhouding tussen partijen hangt vooral af van artikelen 3:33-35 en 37 en 6:217, 218, 225 en 226, zij het dat artikel 1637x het van artikel 3:37 lid 1 afwijkende vereiste van geschrift stelt⁴⁷. Een concurrentiebeding kan in algemene voorwaarden zijn opgenomen. Dat komt in de praktijk ook vaak voor. Dit hoeft aan de toepasselijkheid van het beding niet af te doen, mits die voorwaarden schriftelijk zijn aanvaard en de werkgever er van uit kon gaan dat de werknemer zich realiseerde dat het beding van die voorwaarden deel uitmaakt (artikel 3:35).

De vraag is of voormeld beginsel onverkort geldt voor artikel 3:44 lid 4 c.a.. Met andere woorden: kan de werknemer - cumulatief of alternatief - een beroep doen op de hiervoor in par. 2.4, 2.5 en 3

46. HR 31 maart 1978, NJ 1987, 325, m.n. PZ en 9 maart 1979, NJ 1979, 467, m.n. PAS.

47. De Hoge Raad stelt dit vereiste ook bij de aanvaarding van een feitelijke wijziging van het beding. Ook deze aanvaarding is te beschouwen als rechtshandeling, die zelfstandig aan de daarvoor gestelde eisen, dus ook aan de eis van geschrift, dient te voldoen. Zie laatstelijk HR 24 april 1992, NJ 1992, 462.

genoemde beginselen en/of op de hem in artikel 1637x gegeven bescherming of volgt bijvoorbeeld uit de - al dan niet uitputtende - aard van de regeling van het concurrentiebeding dat zij derogeert aan artikel 3:44 lid 4 c.a.?

Voorzover artikel 1637x een bescherming geeft die verder gaat dan die van artikel 3:44 lid 4, zonder dat dat met beperkingen gepaard gaat, is er geen behoefte aan het leerstuk van misbruik van omstandigheden. Er is dan echter ook geen reden voor exclusiviteit. Kiest de werknemer - om welke reden dan ook - toch voor de voor hem in zoverre minder gunstige regeling, dan kan en mag die worden toegepast. Voorzover de bescherming van artikel 1637x echter minder ver gaat dan die van artikel 3:44 lid 4, dringt de vraag naar exclusiviteit aan.

4.2 Artikel 1637x lid 1 en 3

Het eerste en derde lid gaan in alle opzichten verder dan de bescherming van artikel 3:44 lid 4: kunnen deze bepalingen worden ingeroepen, dan is het concurrentiebeding ongeldig, respectievelijk kan de werkgever er geen beroep op doen: aan een beroep op misbruik van omstandigheden bestaat geen behoefte. Blijkt dat het beding niet schriftelijk of met een minderjarige is overeengekomen of blijkt dat de werkgever in de zin van het derde lid schadeplichtig is, dan moet de rechter de bepalingen ambtshalve toepassen. Aldus wordt een mogelijk beroep op misbruik van omstandigheden de pas afgesneden, niet omdat die regeling niet van toepassing zou zijn, maar omdat de bijzondere regeling haar "voor" is.

4.3 Artikel 1637x lid 4

Het vierde lid van artikel 1637x geeft een met artikel 6:94 lid 1 overeenkomende bepaling. Voorts is lid 1 van artikel 6:94 - wij kwamen dat al tegen - blijkens het derde lid van die bepaling, evenals artikel 1637x lid 4, dwingend. Derhalve maakt het niet uit op welke bepaling de werknemer zich beroept. Zij zijn cumulatief van toepassing.⁴⁸

48. In feite is het vierde lid van 1637x overbodig en voorgesteld wordt het weg te laten in artikel 7:656 dat voor het overige materieel met het huidige artikel 1637x overeenstemt (ontwerp van het Ministerie van Justitie voor titel 7.10).

4.4 Artikel 1637x lid 2 en 5

Blijven over het tweede en het vijfde lid van artikel 1637x. Voor een succesvol beroep op misbruik van omstandigheden is vereist⁴⁹

- een noodtoestand of andere dwangpositie,
- waarvan de wederpartij misbruik maakt,
- causaal verband tussen die toestand of positie en het aangaan van de overeenkomst,
- benadeling.

Bovendien moet het misbruik hebben plaatsgevonden voor of bij het sluiten van de overeenkomst.

De eerste drie vereisten worden door artikel 1637x tweede lid niet gesteld, zodat deze bepaling in zoverre gunstiger is voor de werknemer. Ook het in volle vrijheid aanvaarde concurrentiebeding kan - indien de belangen van de werknemer zwaarder wegen dan die van de werkgever - met het tweede lid worden aangetast. Daaraan doet niet af dat de mate van vrijheid van de werknemer bij het aanvaarden van het beding voor de rechter een rol blijkt te spelen bij de toets van het tweede lid⁵⁰.

Het vierde vereiste voor een beroep op misbruik van omstandigheden: benadeling. Dit vereiste wordt ook in het tweede lid van artikel 1637x gesteld. Voor geen van beide is een bepaalde vorm van benadeling vereist. Het geclaimde nadeel zal in de meeste gevallen wel (mede) van financiële aard zijn, maar nodig is dat niet.⁵¹ Een Rotterdamse operazanger verbindt zich na beëindiging van zijn dienstverband niet meer in Zuid-Holland te zullen optreden. Zo goed als een redelijke prijs voor het huis van de weduwe Feierabend aan een beroep op misbruik van omstandigheden niet in de weg stond⁵², hoeft het beroep van de zanger op het tweede lid niet bij voorbaat te mislukken, alleen

49. Zie Asser-Hartkamp II (achtste druk 1989), nrs 209 ev.

50. Arbeidsovereenkomst, losbladige editie Kluwer, artikel 1637x, aantekening 12.

51. Asser-Hartkamp II (achtste druk 1989), nr 215; J.L.P. Cahen, Misbruik van Omstandigheden, serie privaatrechtelijke begrippen 15, hoofdstuk 3 en 4; en D.P. Ruitinga, Misbruik van economisch overwicht als grond voor het aantasten van overeenkomsten, blz. 166-172 (het betreft hier de nadeelvraag ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst/het beding).

52. HR 29 mei 1964, NJ 1965, 104, m.n. GJS.

omdat hij - zonder schending van het beding - in Amsterdam genoeg kan verdienen en dus geen financieel nadeel van het concurrentiebeding hoeft te lijden. Een eervol aanbod om in Den Haag - en dus in verboden gebied - een concert te geven of het belang in Rotterdam te blijven werken, omdat de kinderen van de zanger daar naar school gaan, kunnen benadelingsgewicht in de schaal leggen.

Wel gaat het bij artikel 1637x lid 2 om een belangenafweging - het nadeel voor de werkgever dat het gevolg is van vernietiging weegt mee, zodat denkbaar is dat een beroep op artikel 3:44 lid 4 de werknemer meer kansen biedt. Dit verschil telt minder dan het lijkt. Immers naarmate het (redelijk) belang van de werkgever groter wordt, zal misbruik minder snel worden aangenomen. Dit neemt niet weg dat het niet uitgesloten is dat artikel 3:44 lid 4 de "misbruikte" werknemer - door de primaire kijk op diens belang - meer te bieden heeft dan artikel 1637x lid 2. Nemen wij een reeds vele jaren door een werkgever gebruikt en herhaaldelijk door rechters evenwichtig bevonden concurrentiebeding, dat nu "per misbruik" van bijvoorbeeld geestelijk overwicht van de werkgever op *deze* werknemer⁵³ in de arbeidsovereenkomst is geperst. De algemene regeling zal hier - gezien het in het verleden vastgestelde evenwicht - gunstiger voor de werknemer uit kunnen vallen en deze zal zich dus graag op die regeling beroepen. Er zijn geen goede redenen te vinden waarom men de werknemer hier die uitwijkplaats tegen misbruik zou onthouden.

Uit het een en ander volgt dat ook het nadeelvereiste geen argument voor exclusiviteit oplevert.

Om succesvol een beroep te kunnen doen op artikel 3:44 lid 4 dient het misbruik voorts te hebben plaatsgevonden voor of bij het aangaan van het beding. Die eis stelt het tweede lid van artikel 1637x niet, zodat deze bepaling meer mogelijkheden biedt. Ook hier geen reden voor exclusiviteit derhalve.

Een gevoelig punt in het arrest Nedlloyd/Bras Monteiro cs was - zo bleek - de verjaringstermijn. Voor beide hier aan de orde zijnde

53. Dan kan het nadeel dus zuiver subjectief zijn. Ruitinga t.a.p., blz. 170-172.

rechtsmiddelen is deze drie jaar.⁵⁴ Bij misbruik van omstandigheden gaat de verjaring lopen vanaf het moment dat "deze invloed heeft opgehouden te werken". De verjaring van de vordering van artikel 1637x lid 2 begint, zodra deze aan de werknemer "ten dienste is komen te staan".⁵⁵ Met deze formule wordt geen ander begintijdstip van de verjaring beoogd, dan bij misbruik van omstandigheden. In geen van beide gevallen behoort de verjaringstermijn te gaan lopen, "voordat de gerechtigde de aan verjaring onderhevige bevoegdheid daadwerkelijk kan uitoefenen".⁵⁶ Dit betekent voor het geval "een economisch zwakkere contractant door dwingende wetsbepalingen wordt beschermd, (-) de termijn (begint) te lopen, wanneer de overeenkomst is beëindigd".⁵⁷ Hoewel op deze redenering in het concrete geval wel is af te dingen, leidt zij tot een redelijk resultaat: de termijn neemt een aanvang bij het vertrek van de werknemer. Een en ander betekent dat de verjaring van de vorderingen tot vernietiging op grond van misbruik van omstandigheden respectievelijk op grond van artikel 1637x lid 2 synchroon lopen. Alweer: geen grond voor exclusiviteit aangetroffen.

Rest ons - voor wat betreft artikel 1637x lid 2 - nog de rechterlijke tussenkomst. Voor vernietiging wegens misbruik van omstandigheden is een buitengerechterlijke verklaring voldoende.⁵⁸ Deze is vormloos.⁵⁹ Het tweede lid van artikel 1637x stelt verdergaande eisen: de werknemer heeft voor vernietiging de rechter nodig. Is deze aan het beroep op het tweede lid gestelde beperking nu voldoende reden om tot exclusiviteit te concluderen?

54. Ik ga er van uit dat de verjaring van artikel 3:52 op de vordering krachtens artikel 1637x lid 2 van toepassing is. Dat de wetgever in laatstbedoelde bepaling over vernietiging van een beding en niet van een rechtshandeling spreekt, doet daaraan niet af. Net als bij bijvoorbeeld artikel 6:233 is vernietiging van een beding in feite het gevolg van partiële vernietiging van de rechtshandeling die het beding deed ontstaan.

55. Artikel 3:52 lid 1 aanhef en onder b respectievelijk onder d.

56. Nota van Wijzigingen bij artikel 3.2.17 (3:52), Parlementaire Geschiedenis van het NBW, C.J. Van Zeben e.a., blz. 235.

57. Toelichting Meijers en Memorie van Antwoord II, Van Zeben e.a. t.a.p., blz. 232 respectievelijk blz. 233.

58. Afgezien van het in het arbeidsrecht niet relevante artikel 3:50 lid 2.

59. Artikel 3:37 lid 1.

Ik meen van niet. De onder het oude recht algemeen aan vernietiging gestelde eis van rechterlijke tussenkomst had slechts relatieve betekenis. Hetzelfde geldt bij de vernietiging krachtens artikel 1637x lid 2. Doet een partij A - in strijd met die eis - buiten de rechter om een beroep op vernietiging, dan zal de wederpartij A in rechte kunnen betrekken. De rechter zal wegens gebrek aan belang niet toekomen aan de vaststelling dat zijn tussenkomst ten onrechte niet door A is gevraagd, omdat hij alsnog het - eventueel subsidiaire - "daartoe strekkende verweer"⁶⁰ zal aanvaarden. Uiteraard slechts indien overigens aan de vereisten van artikel 1637x lid 2 is voldaan, maar dat geldt ook voor de vaststelling door de rechter dat een aangevochten vormloze vernietiging ex artikel 3:44 lid 4 succes heeft gehad. Daarmee is dit verschil in benadering in de beide rechtsmiddelen te gering om alleen op die grond tot exclusiviteit te concluderen.

Tenslotte het vijfde lid van artikel 1637x: daarvoor geldt mutatis mutandis hetzelfde als hiervoor uiteengezet. Bij misbruik van omstandigheden kan met toepassing van artikel 3:54 lid 2 een soortgelijk resultaat worden bereikt als met artikel 1637x lid 5. Deze laatste bepaling gaat echter verder: zij kan "steeds" worden toegepast. Misbruik door de werkgever noch het "verlangen" van de werknemer als bedoeld in artikel 3:54 lid 2 zijn vereist. Voor exclusiviteit is dan ook geen plaats.

4.5 Slotsom

De slotsom is dat de bescherming van artikel 1637x in de meeste opzichten even ver of verder gaat dan die van artikel 3:44 lid 4. De uitzonderingen hierop (belangenafweging en rechterlijke tussenkomst bij artikel 1637x lid 2) rechtvaardigen niet om aan de regeling van misbruik van omstandigheden bij een concurrentiebeding werking te onzeggen. Weliswaar zal er niet snel behoefte aan zijn, maar de werknemer die in een bepaald geval niettemin - terecht of ten onrechte - meent dat hij met het leerstuk misbruik van omstandigheden beter uit de voeten kan en zich er daarom op beroept, verdient gehoor van de rechter.

60. Namelijk tot vernietiging als bedoeld in het tweede lid van artikel 1637x, desverlangd met terugwerkende kracht.

Het voorgaande strookt ook met het arrest Nedlloyd/Bras Monteiro cs. Passen wij de door de Hoge Raad gebruikte argumenten op onze bevindingen toe.

- a) Cumulatie doet geen afbreuk aan de regeling van artikel 1637x, de bijzondere regel strijdt niet met de algemene.
- b) Er zijn aan artikel 1637x geen beperkingen verbonden die door toepasselijkheid van artikel 3:44 lid 3 zouden worden ondermijnd.
- c en d) Weliswaar lijkt er voor artikel 3:44 lid 4 weinig te doen bij een concurrentiebeding, maar dat op zich zelf is - ik merkte dat reeds onder 13 op - mede met het oog op toekomstige ontwikkelingen geen reden om tot exclusiviteit te concluderen.

5 Algemene conclusie

Van Peijpe zegt dat terughoudendheid past bij "een privaatrechtelijk-systematische interpretatie van de Wet op de arbeidsovereenkomst."⁶¹ Ik spreek dat niet tegen, maar meen aangetoond te hebben, dat er niettemin nog veel ruimte - en behoefte - voor dat privaatrecht in arbeidsrechtelijke kwesties is.

Ik heb de grenzen van die ruimte verkend voor artikel 3:44 lid 4, in het algemeen en in relatie tot het concurrentiebeding. De conclusies:

- ook hij die - in het algemeen gesproken - een rechtshandeling verricht in verband met een arbeidsovereenkomst kan zich bedienen van het leerstuk misbruik van omstandigheden;
- dit geldt eveneens voorzover het - meer in het bijzonder - om een concurrentiebeding gaat, zij het dat er daarbij aan het leerstuk misbruik van omstandigheden - vooralsnog - slechts beperkte behoefte lijkt te zijn.

Vragen naar de verhouding tussen andere vermogensrechtelijke regels en regels van arbeidsrecht laten zich beantwoorden langs soortgelijke lijnen als hiervoor geschetst.⁶² Met het cumulatiebeginsel in het

61. T.a.p. blz 13.

62. Het ligt voor de hand aan te nemen dat hetzelfde geldt voor de verhouding algemeen vermogensrecht en - bijvoorbeeld - huurrecht. Een vergelijkend onderzoek naar de toepassing van het algemene vermogensrecht in arbeidszaken respectievelijk in huurzaken zou de moeite waard zijn. Het lijkt er bijvoorbeeld op dat redelijkheid en billijkheid

achterhoofd en een blik op inhoud en strekking van de bepalingen, waarvan men de verhouding wil onderzoeken, zal op de meeste vragen snel het antwoord te geven zijn. In meer gecompliceerde gevallen moet men volgens Boukema's "regel" de oplossing vinden "door een zorgvuldige interpretatie en na afweging van alle omstandigheden".

- zoals hiervoor bleek - niet gebruikt kunnen worden om de bescherming van de werknemer tegen beëindiging van de arbeidsovereenkomst te *versterken*, maar wel om bescherming van de huurder tegen beëindiging van de huurovereenkomst te *beperken* (zie bijvoorbeeld HR 17 juli 1983, NJ 1984, 149 m.n. PAS en HR 20 januari 1989, NJ 1989, 322). Komt dit doordat "beschermingsrecht" uitzonderingsrecht is of is dat te simpel? Ik moet het antwoord helaas schuldig blijven.

Hoe bijzonder is de arbeidsovereenkomst?

mr T. van Peijpe

1 De plaats van de arbeidsovereenkomst in het BW

De arbeidsovereenkomst heeft sinds 1907 een eigen plaats als bijzondere overeenkomst in het BW. Vanouds was dat de zevende titel A van het vierde boek (thans van boek 7A) in de toekomst zal dat zijn titel 10 van boek 7.¹ Op de bijzondere overeenkomsten in het BW zijn de algemene bepalingen van het overeenkomstenrecht (titel 6.5) van het verbintenissenrecht (6.1) en van het vermogensrecht (3.1) van toepassing evenals de vermogensrechtelijke bepalingen betreffende rechtshandelingen (3.2).² Een en ander vloeit voort uit de gelaagde structuur die in het nieuwe BW doelbewust en duidelijker dan in het oude BW is uitgedrukt. Men kan zich de regeling van de arbeidsovereenkomst (artikelen 1637a-1639dd) denken als de kern van een stelsel van bepalingen waaromheen een schil ligt van eveneens toepasselijke bepalingen van overeenkomstenrecht, die weer is omgeven door een schil van verbintenissenrecht en vervolgens door een van algemeen vermogensrecht.

De invoering van de boeken 3, 5 en 6 van het NBW zijn aanleiding tot diverse beschouwingen over de relevantie van de algemenere BW-bepalingen voor de arbeidsovereenkomst als bijzondere overeenkomst.³ De kernvraag in die beschouwingen luidt veelal of de regeling

* Dit artikel verscheen eerder in: *Het NBW in functie, BW-Krant Jaarboek, Arnhem 1992, blz. 41-56.*

1. Zie over het voorontwerp titel 7.10 het SER-advies nr. 91/20 van 20 september 1991.
2. De andere titels van boek 3 (vermogensrecht) en boek 6 (verbintenissenrecht) kunnen nauwelijks relevant zijn voor de arbeidsovereenkomst.
3. Zie o.a.: H.C.F. Schoordijk, *De consequenties van de invoering van titel 3.2. NBW voor het burgerlijk ontslagrecht*, in: *Blinde vlekken in het sociaal recht* (Frenkelbundel), Deventer 1986; P.F. van der Heijden (red.) e.a., *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer 1991; P.F. van der Heijden, *De clausula rebus sic stantibus in het (nieuw) burgerlijk recht artikel 1639w*, in: *Schetsen voor Bakels*, Deventer 1987; Overigens werd ook binnen het kader van het oude BW weleens een dergelijke beschouwing geschreven: H.L. Bakels, *Het arbeidsovereenkomstenrecht en het*

van de arbeidsovereenkomst als *lex specialis* aan de algemenere BW-bepalingen derogeert. Voor het antwoord op die vraag kan men niet volstaan met de constatering dat de arbeidsovereenkomst een bijzondere overeenkomst is. Uit het systeem van het BW, met name de eerder genoemde gelaagde structuur, vloeit immers voort dat die algemenere bepalingen in beginsel juist wel van toepassing zijn.⁴ Op dit uitgangspunt bestaan uitzonderingen, waarvoor soms een aanknopingspunt is te vinden in de desbetreffende algemene bepaling. Een voorbeeld biedt artikel 3:40, derde lid BW: rechtshandelingen in strijd met de wet zijn nietig (c.q. vernietigbaar) tenzij de geschonden wetsbepaling daartoe niet strekt. In het arbeidsrecht laat zich dit illustreren met het in dienst nemen van een buitenlandse werknemer zonder dat de werkgever de daartoe vereiste vergunning bezit. Zulks levert wel strafbaarheid van de werkgever op maar geen nietigheid van de arbeidsovereenkomst wegens strijd met de wet.⁵ De bijzondere arbeidsrechtelijke regeling derogeert hier aan de algemene regel volgens welke strijd met de wet nietigheid van de rechtshandeling meebrengt. Ook in gevallen waarin een aanknopingspunt als dat van artikel 3:40, derde lid ontbreekt ontmoet men het argument dat arbeidsrechtelijke bepalingen aan algemenere vermogensrechtelijke bepalingen derogeren. Het arbeidsrecht, of een bepaald onderdeel daarvan zoals het ontslagrecht, heet het dan, vormt een gesloten systeem waarin het algemene vermogensrecht niet doordringt. Dit argument verdient een nadere beschouwing, die ik hieronder zal geven. Daarna sta ik stil bij de vraag in hoeverre het '*lex specialis*' argument een rol kan spelen waar algemene bepalingen in het geding zijn die het karakter hebben of benaderen van gecodificeerde rechtsbeginselen.

In de daarna volgende paragrafen zal ik aan de hand van enkele belangrijke uitspraken van de Hoge Raad de betekenis bespreken van respectievelijk 'redelijkheid en billijkheid' en 'strijd met openbare orde en goede zeden' in het arbeidsrecht. Ik zal me daarbij beperken tot het arbeidsovereenkomstenrecht (met name het ontslagrecht) en me in het bijzonder richten op de vraag in welke gevallen de arbeidsrechtelijke

algemene overeenkomstenrecht, SMA 1983, pp. 136-144.

4. Zie bijvoorbeeld A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, dl. A-1 monografieën Nieuw BW, Deventer 1982, hoofdstuk II.

5. HR 27 maart 1981, NJ 1981, 492, m.n. PAS.

regelingen aan de algemene vermogensrechtelijke derogeren. Om illusies te vermijden: een klip en klaar antwoord op de vraag welke regels voorrang hebben is niet te geven. Niettemin lijkt het me belangrijk voor de rechtsvinding op dit terrein een helder en consequent redeneerpatroon te volgen, ook al is de weging van de argumenten aan subjectieve waardering onderworpen. Het gaat erom bij de rechtsvinding in concrete gevallen op een systematische wijze te onderzoeken aan welke regel voorrang moet worden verleend. In de laatste paragraaf geef ik een leidraad voor de argumentatie in deze kwestie.

Geen gesloten systeem

In zijn conclusie voor een recent arrest van de Hoge Raad⁶ poneert A-G Koopmans de volgende stelling: "De literatuur staat op het standpunt dat de regels van het ontslagrecht een gesloten systeem vormen, waarnaast in beginsel geen plaats is voor de toepassing van regels ontleend aan het algemene overeenkomstenrecht", met een verwijzing naar drie vindplaatsen in de literatuur⁷ waarvan bij lezing slechts één tot steun van zijn algemene stelling blijkt te kunnen dienen. Het betreft een passage in een introductieboek voor eerstejaars studenten, waarin Rood met het oog op het ontslagrecht maant "voorzichtig te zijn met de aanvaarding van andere, uit het overeenkomstenrecht afkomstige regels". Rood geeft in een andere, uit de aard der zaak diepergaande en genuanceerder publikatie blijk van een opvatting die Koopmans' stelling veeleer lijkt te weerspreken: 'Tot welke conclusies geeft het vorenstaande nu aanleiding? In de eerste plaats tot deze, dat de goede trouw wel degelijk een rol speelt in het ontslagrecht gelijk ze dat doet in het gehele arbeidsovereenkomstenrecht'.⁸ In dezelfde geest laat

6. HR 20 maart 1992 (Nedlloyd). Dit arrest wordt hierna in paragraaf 3 besproken. Zoals zal blijken neemt de HR de stelling dat het ontslagrecht een gesloten systeem vormt niet over, al komt hij daar wel dicht bij in de buurt. In een andere uitspraak heeft de HR onlangs de stelling onjuist genoemd dat een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst wegens het gesloten stelsel van de regels betreffende de beëindiging van arbeidsovereenkomst rechtskracht zou ontberen (HR 6 maart 1992, RvdW 1992, afl. 13, nr. 74).

7. Rood, *Introductie in het sociaal recht* (Arnhem 1990) p. 19; T.W.J. Phaff, *Naar een nieuw ontslagrecht* (diss. Leiden 1986) no. 8.2.2; Levenbach, *Het nieuwe burgerlijk rechtelijk ontslagrecht* (Alphen a/d Rijn 1954) p. 87.

8. M.G. Rood, *Over de goede trouw in het ontslagrecht*, in: *Blinde vlekken in het sociaal recht* (Frenkel-bundel), Deventer 1986, p. 141.

Schoordijk zich uit in zijn opstel *De consequenties van de invoering van titel 3.2 NBW voor het burgerlijk ontslagrecht*.⁹ Schoordijk noemt een tiental voorbeelden van bepalingen uit titel 3.2 die hij zonder meer van toepassing acht op de arbeidsovereenkomst. In een enkel geval (strijd met de goede zeden of de openbare orde) meent hij dat het ontslagrecht aan een algemene vermogensrechtelijke bepaling deroeert, in die zin dat schending van deze bepaling (artikel 3:40) geen nietigheid van het ontslag meebrengt.

De gedachte dat het ontslagrecht of enig ander onderdeel van het arbeidsovereenkomstenrecht een gesloten systeem zou vormen doet mijns inziens geen recht aan de plaats die in onze rechtsorde is toegekend aan de privaatrechtelijke dienstbetrekking als belangrijkste en meest voorkomende juridische vorm waarin een arbeidsverhouding kan worden gegoten. Die plaats is als gevolg van een bewuste keuze van de wetgever gelegen in het centrum van het gecodificeerde vermogensrecht en wel binnen het raam van de obligatoire overeenkomst. Die keus brengt mee dat ervan is afgezien de arbeidsovereenkomst buiten het BW te regelen bijvoorbeeld in een Wetboek van de arbeid.¹⁰ Ook de vorm van de obligatoire overeenkomst als kader van de dienstbetrekking berust op een keuze die niet volkomen vanzelfsprekend is, getuige de andere vorm die gekozen is voor de dienstbetrekking bij de overheid. Op de publiekrechtelijke aanstelling van de ambtenaar zijn de algemene regels van het vermogensrecht niet van toepassing. Beginselen van behoorlijkheid, zorgvuldigheid enzovoort hebben daar hun neerslag gevonden in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur naast de toepasselijke wettelijke bepalingen. Voor werknemers met een privaatrechtelijke dienstbetrekking in de particuliere sector gelden die publiekrechtelijke beginselen niet. Zij ontnemen echter een vergelijkbare bescherming aan het feit dat de overeenkomst die aan hun dienstbetrekking ten grondslag ligt ingebed is in het privaatrecht waarin redelijkheid en billijkheid een soortgelijke functie vervullen als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het publiekrecht. Zulks wordt miskend wanneer men het arbeidsovereenkomstenrecht (c.q. het ontslagrecht) aanmerkt als een gesloten systeem. De conse-

9. Blinde vlekken (zie vorige noot), p. 145.

10. Zulks is wel overwogen, zie bijvoorbeeld: Abraham Kuyper, *Een Wetboek van de arbeid*, in: W.F. De Gaay Fortman, *Architectonische critiek, Fragmenten uit de sociaal-politieke geschriften van Dr. A. Kuyper*, Amsterdam 1956, p. 30.

quenties van de keuze voor de obligatoire overeenkomst als rechtsvorm van de dienstbetrekking dienen ten volle te worden aanvaard. Er is geen reden het arbeidsovereenkomstenrecht te beschouwen als een vrijplaats binnen het vermogensrecht waar redelijkheid en billijkheid, goede zeden en openbare orde zich niet zouden kunnen doen gelden.

De opvattingen van de Hoge Raad in deze kwestie komen in de volgende twee paragrafen aan de orde. Daar gaat het over de algemene bepalingen inzake redelijkheid en billijkheid en goede zeden en openbare orde. Hier bespreek ik alvast een arrest dat betrekking heeft op een specifiekere vraag, namelijk of de arbeidsrechtelijke regeling inzake schadeplichtigheid op grond van artikel 1639o BW als *lex specialis* derogeert aan de regeling betreffende schadevergoeding wegens wanprestatie in artikel 1282 BW (oud).¹¹ Het betrof een werknemster die op grond van artikel 1639w BW een rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst had verzocht en verkregen wegens een dringende reden, en die vervolgens op grond van wanprestatie vergoeding vorderde van de schade die zij leed door het verlies van haar dienstbetrekking. De rechtbank wees deze vordering af "omdat ervan dient te worden uitgegaan dat de in 1639o neergelegde regeling als een *lex specialis* is te beschouwen zodat artikel 1282 Burgerlijk Wetboek in dit geval, waarin Deuss op de voet van artikel 1639w BW ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft verzocht en verkregen, toepassing mist". De Hoge Raad verwierp dit standpunt en vernietigde het vonnis. De gedragingen van de werkgever die aanleiding waren tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst hielden tevens een wanprestatie jegens de werknemster in, aldus de Hoge Raad. Deswege was de werkgever verplicht tot een ruimere schadevergoeding dan die welke uit de toepassing van de arbeidsrechtelijke bepaling van artikel 1639o zou voortvloeien. De beperkte schadevergoeding die op grond van deze uit 1907 daterende bepaling kan worden toegekend is volgens de Hoge Raad op grond van de rechtsontwikkeling thans niet meer als toereikend te beschouwen. In de wijze waarop de Hoge Raad hier de verhouding tussen een bepaling uit het verbintenissenrecht en een uit het ontslagrecht benadert komt het ontslagrecht niet als een gesloten systeem tevoorschijn. Men houde wel in het oog dat het hier een schadevergoeding betrof, en dat het speciale

11. HR 1 december 1989, NJ 1990, 451 m.n. PAS (Deuss-Motel Maatschappij Holland NV).

karakter van het ontslagrecht wellicht zwaarder moet wegen indien de geldigheid van een ontslag in het geding is.

Mijn voorlopige conclusie is, dat vragen betreffende het *lex specialis*-karakter van het arbeidsovereenkomstenrecht niet a priori kunnen worden beantwoord met de verwijzing naar een gesloten systeem.

Beginselen

Een stap verder gaande, zou ik ten aanzien van sommige algemene vermogensrechtelijke normen de stelling willen verdedigen dat er altijd een beroep op kan worden gedaan, ook daar waar een bijzondere arbeidsrechtelijke regeling voorhanden is. Ik denk hierbij aan normen die het karakter hebben van gecodificeerde algemene rechtsbeginselen. Tot die normen reken ik de heerschappij van redelijkheid en billijkheid, waarvan het hele privaatrecht doortrokken is. Ook het verbod in strijd te handelen met de goede zeden of de openbare orde heeft mijns inziens een beginselkarakter. Wanneer men de gelijkstelling van deze normen met rechtsbeginselen aanvaardt, heeft dat consequenties voor de rechtstoepassing. Aan beginselen is een zekere onbepaaldheid of vaagheid eigen. In hoeverre een beginsel van invloed is bij de beantwoording van een bepaalde rechtsvraag is een kwestie van afweging. Het gaat om meer of minder, niet om 'alles-of-niets'.¹² Dat brengt mee dat op een beginsel weliswaar te allen tijde een beroep kan worden gedaan, maar dat de uitkomst van dat beroep onzeker is, want afhankelijk van een afwegingsproces toegepast op de verhouding tussen de vermogensrechtelijke redelijkheid en billijkheidsnormen en het arbeidsrecht betekent dit dat het adagium '*lex specialis derogat legi generali*' niet opgaat. De verhouding is niet in termen van derogatie te vatten. Veeleer is het zo, dat arbeidsrechtelijke normen een zodanige concretisering van redelijkheid en billijkheid inhouden dat een beroep op redelijkheid en billijkheid zelden iets extra's zou opleveren. Anders gezegd: de arbeidsrechtelijke norm kleurt de algemene beginsel-norm in.¹³

12. Vgl. P.W. Brouwer, Rechtsbeginselen en rechtspositivisme, in: Rechtsbeginselen, thema-nummer *Ars Aequi* oktober 1991, jg. 40, nr. 10, p. 41 (757), onder verwijzing naar Dworkin.

13. Een in het arbeidsrecht bekend gegeven, vgl. L.A.J. Schut, Collectief actierecht tegenover rechten van derden, *NJB* 1988, p. 1477, die deze beeldspraak toepast op de verhouding tussen artikel 31 Europees Sociaal Handvest en artikel 1401 BW (oud) in

Met de vaststelling dat ook in arbeidsrechtelijke kwesties te allen tijde een beroep kan worden gedaan op redelijkheid en billijkheid is de vraag naar de toepasselijkheid van een bepaling als artikel 6:248, tweede lid grotendeels beantwoord, maar niet geheel. Die bepaling bevat de gedragsnorm dat in redelijkheid en billijkheid gehandeld moet worden. Behalve die norm bevat de bepaling echter ook nog een bepaald rechtsgevolg, dat aan normschending wordt verbonden: een als gevolg van een overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Nog niet beantwoord is de vraag, of in alle gevallen waarin terecht een beroep op redelijkheid en billijkheid wordt gedaan en waarbij toepassing van een als gevolg van een overeenkomst geldende regel onaanvaardbaar zou zijn het in 6:248, tweede lid vervatte rechtsgevolg intreedt, te weten niet-toepasselijkheid van de onbillijk werkende regel. Het is denkbaar dat dit rechtsgevolg moet uitblijven wanneer een speciale regeling in een ander rechtsgevolg voorziet. Een voorbeeld moge dit verduidelijken. De regel van artikel 1639g BW geeft partijen bij een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst het recht de dienstbetrekking door opzegging te doen eindigen. Onder omstandigheden zou de toepassing van die regel op zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als onaanvaardbaar kunnen worden beschouwd. Bijvoorbeeld indien een werkgever een werknemer wegwerpt door hem onder het voorwendsel van positieverbetering een nieuwe dienstbetrekking aan te bieden en hem terstond na aanvaarding daarvan te ontslaan wegens onvoldoende capaciteiten voor de nieuwe functie. Betekent dit nu dat artikel 1639g buiten toepassing moet blijven, zodat het opzeggingsrecht in deze situatie komt te ontbreken?

Het antwoord zal afhangen van een afweging waarbij de arbeidsrechtelijke gevolgen van het ontslag worden meegewogen. Hier ontmoeten we het in het arbeidsrecht veel voorkomende verschijnsel, dat redelijkheid en billijkheid in wetbepalingen zijn verdisconteerd. De ontslagen werknemer in dit voorbeeld zou met een beroep op artikel 1639s (kennelijk onredelijk ontslag) een schadevergoeding kunnen krijgen en eventueel op grond van artikel 1639t een herstel van de dienstbetrekking. Nu kan een veroordeling tot herstel altijd worden afgekocht, zodat de werknemer toch op straat staat. Daarin schuilt een zekere

onbillijkheid, maar dat is een onbillijkheid die door de wetgever is voorzien en aanvaard.

Daarom zou ik zeggen, dat in dit voorbeeld de toepassing van de ontslagrechtelijke bepalingen artikelen 1639g, 1639s en 1639t in onderlinge samenhang de toets van artikel 6:248 kan doorstaan. Dat is echter iets anders dan de aprioristische stelling, dat het ontslagrecht als *lex specialis* aan artikel 6:248 derogeert.

2 Redelijkheid en billijkheid

De ontslagrechtjurisprudentie biedt voorbeelden van afwijking van het ontslagrecht op grond van redelijkheid en billijkheid. Hier zal worden gezien welke argumenten de Hoge Raad van belang acht voor de beantwoording van de vraag of zulk een afwijking in concreto gerechtvaardigd is of niet.

Allereerst kan worden vastgesteld, dat de Hoge Raad heeft uitgesproken dat bij de toetsing van een ontslag aan de toepasselijke regels betreffende de arbeidsovereenkomst mede van belang kunnen zijn de bij de uitvoering van die overeenkomst in acht te nemen eisen van de goede trouw.¹⁴ Opmerkelijk is dat de Hoge Raad geen beperking aangeeft, hij spreekt van 'de toepasselijke regels'. Daaruit leid ik af dat ook bij de toetsing van een ontslag aan de norm van artikel 1639s (kennelijk onredelijk ontslag) de eisen van redelijkheid en billijkheid mede van belang kunnen zijn.

De veronderstelling dat redelijkheid en billijkheid in beginsel een rol kunnen spelen ligt ook ten grondslag aan de uitspraak van de Hoge Raad inzake HAL/Van Werkhoven¹⁵ waarin weliswaar een toetsing aan redelijkheid en billijkheid van de hand werd gewezen, maar zulks slechts geschiedde voorzover met het beroep op redelijkheid en billijkheid een herstel van de dienstbetrekking buiten de arbeidsrechtelijke bepalingen om werd beoogd: "De in de artt. 1639s-u gegeven regeling voor het geval een der partijen de dienstbetrekking kennelijk onredelijk heeft doen eindigen moet echter - gezien het specifieke toetsingscrite-

14. HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 375 (p. 1280 r.k. onderaan).

15. HR 11 mei 1979, NJ 441 m.n. PAS; AA 1982, p. 305, m.n. MGR.

rium, de genuanceerde uitwerking van de gevolgen en de korte verjaringstermijn - als uitputtend worden beschouwd in die zin, dat naast deze regeling voor een toetsing van een ontslag aan artikel 1639u, derde lid, resulterend in een herstel van de dienstbetrekking geen plaats is". Te zamen genomen leiden beide genoemde arresten tot de conclusie dat de eisen van redelijkheid en billijkheid wel een rol kunnen spelen bij de toepassing van ontslagbepalingen, maar dat ze niet voor die ontslagbepalingen in de plaats gesteld kunnen worden indien het specifieke karakter van die bepalingen daaraan in de weg staat. De arbeidsrechtelijke bepalingen kunnen dus als *lex specialis* derogeren, maar daarvoor moeten dan wel bijzondere aanwijzingen zijn. Behalve in de tekst of het systeem van de wet kan een aanwijzing voor het derogerende karakter van arbeidsrechtelijke bepalingen ook gelegen zijn in de wetsgeschiedenis. Een dergelijke aanwijzing is te vinden in een arrest uit 1979¹⁶ betreffende een loonvordering na nietig ontslag. De werkgever stelde, dat het loon dat de werknemer intussen elders had kunnen verdienen in mindering moest worden gebracht op grond van de goede trouw. De Hoge Raad verwierp deze redenering omdat bij de totstandkoming van artikel 1638d BW uitdrukkelijk was gebleken dat de wetgever een aftrek van elders verdiend loon niet had gewild.¹⁷

De Hoge Raad heeft ook een aantal criteria genoemd, op grond waarvan de regels van het ontslagrecht wel kunnen worden doorbroken door redelijkheid en billijkheid¹⁸, met name indien het gaat om de gevolgen van een opzegging door een werknemer waaraan achteraf de vereiste wil blijkt te ontbreken:

"... dat de eisen van de goede trouw in verband met de ingrijpende gevolgen die een eenzijdige ontslagneming op staande voet in beginsel voor de werknemer heeft, kunnen meebrengen dat de werkgeefster, hoezeer zij de betreffende uitingen als een ontslagneming heeft opgevat en mocht opvatten, de werknemer toch niet aan die ontslagneming mag houden indien er niet aan haar zijde sprake is van nadeel als in het

16. HR 30 november 1979, NJ 1980, 289 (Lontai/Ketel).

17. Matiging van de loonvordering door analoge toepassing van art. 1639r, vijfde lid, achtte de HR wel mogelijk. Het nieuwe ontslagrecht (Wetsontwerp 21 479) gaat voorzien in een mogelijkheid tot loonmatiging op grond van artikel 1639ra.

18. HR 12 september 1986, NJ 1987, 267, m.n. PAS; AA 1987, 2, p. 99 m.n. J.H. Nieuwenhuis (Westhoff/Spronsen).

onderdeel weergegeven. Dit zal in het bijzonder het geval zijn indien de werknemer, toen hij deze uitingen deed, niet in staat was zijn wil te bepalen, omdat hij toen in een hevige gemoedsbeweging verkeerde of handelde onder de invloed van een stoornis van zijn geestesvermogens." Redelijkheid en billijkheid doorbreken hier de regels van het ontslagrecht. Volgens artikel 1639o, eerste lid BW, doet ontslagneming de dienstbetrekking eindigen. Blijkbaar kan die regel uitzondering lijden indien redelijkheid en billijkheid dat eisen in verband met de ingrijpende gevolgen die de ontslagneming heeft. Het arrest is gewezen onder het oude BW. Onder het huidige recht kan de redenering steunen op artikel 6:248, tweede lid. Op grond van die bepaling zou in casu het in artikel 3:35 neergelegde vertrouwensbeginsel buiten toepassing moeten blijven, zodat de ongewilde ontslagneming effect mist. Om dit te verduidelijken kunnen de toepasselijke bepalingen nog eens op een rij worden gezet. In een casuspositie als hier bedoeld, zijn vier wetbepalingen in onderlinge samenhang van belang. De werknemer die zonder te beseffen wat hij doet, in hevige gemoedsbeweging ontslag neemt, verricht een rechtshandeling waaraan de vereiste wil ontbreekt. In beginsel is die rechtshandeling vernietigbaar op grond van artikel 3:34. Echter, het vertrouwen van de werkgever kan beschermd worden door artikel 3:35, zodat de werknemer zich niet op het ontbreken van de wil kan beroepen. Dat zou meebrengen dat de dienstbetrekking eindigt op grond van artikel 1639o, eerste lid. Maar tenslotte blijkt dat toch niet het geval te zijn, indien zulks in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 6:248).¹⁹

Het genoemde voorbeeld betreft de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid ten opzichte van dwingende wetbepalingen. De wetgever heeft een dergelijke beperkende werking uitdrukkelijk gewild, zij het dat in het aannemen daarvan terughoudendheid moet worden betracht. Naarmate redelijkheid en billijkheid meer in de wettelijke regeling zijn verdisconteerd, zoals veelal in het arbeidsrecht

19. In hoeverre hierbij het ontbreken van nadeel aan de kant van de werkgever een rol speelt kan hier in het kader van de *lex specialis*-problematiek buiten beschouwing blijven. Zie over dat aspect van het arrest Westhoff-Spronsen en de verwante jurisprudentie: H.J. Vetter, Zwarrelend van Hensels naar Amran, De ontwikkeling van het nadeelsvereiste in de ontslagjurisprudentie, in: *Omwille van de consument* (afscheidsbundel P. Clausing), Zwolle 1990.

het geval is, zal die terughoudendheid groter moeten zijn.²⁰ In het boven geciteerde arrest Westhoff/Spronsen gaf de Hoge Raad wel een criterium voor de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, maar de omstandigheden van het geval brachten in casu geen toepassing van die beperkende werking mee. Toepassingen van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (goede trouw) zijn wel bekend uit de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de huur van woonruimte. Zo werd een beroep op huurbescherming in strijd geacht met redelijkheid en billijkheid in het volgende geval.²¹

Een onderhuurder wiens rechten waren komen te vervallen als gevolg van beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst, kreeg van de woning-eigenaar de kans nog drie maanden te blijven zitten. In het vertrouwen dat de huurder daarna zou vertrekken had de verhuurder de wettelijk vereiste opzegging achterwege gelaten. Bovendien zou de huurder zich hebben schuldig gemaakt aan ernstige misdragingen jegens medebewoners en omwonenden. Indien de stellingen van de verhuurder juist zouden blijken, zou het door de huurder gedane beroep op het ontbreken van een opzegging als strijdig met de goede trouw terzijde moeten worden gesteld, aldus de Hoge Raad. In een andere zaak werd op grond van de goede trouw een beroep op huurbescherming terzijde gesteld in verband met de financiële omstandigheden van partijen en het feit dat het ex-echtelieden betrof, die ruim twintig jaar tevoren in het echtscheidingsconvenant voorzieningen hadden getroffen omtrent de duur van de huurovereenkomst betreffende de voormalige echtelijke woning.²² Beide uitspraken liggen in de lijn van de bedoeling die de wetgever heeft gehad met het nieuwe artikel 6:248. Beperkende werking van redelijkheid en billijkheid moest worden aangenomen, omdat met betrekking tot de bijzondere situaties die zich hier voordeden, de redelijkheid en billijkheid onvoldoende was verdisconteerd in de toepasselijke wettelijke bepalingen.

20. Eindverslag E.K., C.J. van Zeben en J.W. du Pon, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Deventer 1981, Boek 6, p. 73.

21. HR 1 juli 1983, NJ 1984, 149 m.n. PAS (Herzfeld/Groen).

22. HR 20 januari 1989, NJ 1989, 322, Wesseling/Weisz.

3 Strijd met de goede zeden of de openbare orde

Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig (artikel 3:40, eerste lid). De gedragsnorm die impliciet in deze bepaling besloten ligt, kan gezien worden als de uitdrukking van een algemeen rechtsbeginsel. De categorische termen waarin de bepaling is vervat, het ontbreken van een uitzonderingsclausule, en de plaatsing in de tweede titel van het algemene vermogensrechtelijke boek 3, duiden eveneens op een algemene gelding. Dit algemene karakter heeft artikel 3:40, eerste lid gemeen met het eerder besproken artikel 6:248. Er is in het karakter van beide bepalingen echter ook een belangrijk verschil, dat voor de rechtstoepassing van betekenis is. Artikel 6:248, tweede lid bevat een verwijzing naar andere regels, en geeft aan onder welke omstandigheden daaraan door redelijkheid en billijkheid kan worden gederogeed. Voor de rechtstoepassing betekent dit, dat eerst moet worden nagegaan tot welke uitkomst de regels leiden die als gevolg van de overeenkomst tussen partijen gelden. Blijken de consequenties onaanvaardbaar, dan kunnen die regels vervolgens terzijde worden gesteld. Artikel 3:40, eerste lid wijst echter een andere route aan voor de rechtsvinding: de rechtshandeling hoeft slechts te worden getoetst aan de norm van goede zeden en openbare orde. Strijdigheid impliceert nietigheid. Andere regels van wet, overeenkomst of gewoonte kunnen daaraan niets meer veranderen, zo lijkt het. Of het zo ook is, wil ik nu onderzoeken aan de hand van twee voorbeelden: een betreffende het aangaan van een arbeidsovereenkomst en een betreffende ontslag.

Als voorbeeld van een arbeidsovereenkomst waarvan het aangaan beschouwd zou kunnen worden als door inhoud of strekking in strijd met de goede zeden of de openbare orde, kan de overeenkomst tussen bordeelhouder en prostituée worden genoemd. Met het oog op een goede rechtsbescherming van de prostituées is het van belang dat er een geldige arbeidsovereenkomst tot stand komt. Vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt is er alles voor te zeggen om het contract als geldig te beschouwen. Men kan dit geval vergelijken met een tewerkstelling zonder vergunning op grond van de Wet arbeid buitenlandse werknemers. Zoals opgemerkt in paragraaf 1, wordt ook de geldigheid van een arbeidsovereenkomst met een buitenlandse werknemer niet aangetaast doordat de werkgever de vereiste vergunning niet heeft. Onder het regiem van het huidige artikel 3:40 bestaat echter een verschil tussen beide gevallen: een rechtshandeling in strijd met de wet kan geldig zijn

indien de geschonden wetsbepalingen niet de strekking hebben de geldigheid aan te tasten (artikel 3:40, derde lid). Voor een rechtshandeling in strijd met de goede zeden of de openbare orde ontbreekt een dergelijke ontsnappingsclausule. De vraag of het sluiten van de arbeidsovereenkomst door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde lijkt dus van doorslaggevende betekenis voor de geldigheid. Dat van een dergelijke strijdigheid bij de overeenkomst tussen prostituée en bordeelhouder geen sprake is, lijkt mij zeker verdedigbaar.²³ De vraag is echter omstreden, de toestand blijft dus onzeker. Wel zal aan de op handen zijnde opheffing van het bordeelverbod een argument kunnen worden ontleend tegen de nietigheid van de arbeidsovereenkomst tussen bordeelhouder en prostituée.²⁴ Wat hier ook van zij, de conclusie lijkt te moeten luiden dat als strijd met de goede zeden of de openbare orde vaststaat, het arbeidsrecht geen mogelijkheid biedt om een geldige arbeidsovereenkomst te sluiten.

Voor het ontslagrecht ligt de vraag gecompliceerder. Weliswaar zal ook daar onverkort de gedragsnorm gelden dat niet in strijd met de goede zeden of de openbare orde gehandeld mag worden, maar voor de rechtsgevolgen van een dergelijk handelen, moet de algemene regel van artikel 3:40 worden gezien in samenhang met de regels van het ontslagrecht. De vraag naar de verhouding tussen artikel 3:40 en het ontslagrecht is, zoals gezegd, door Schoordijk aldus beantwoord, dat het burgerlijk ontslagrecht aan artikel 3:40 derogeeert.²⁵ Voor die opvatting putte Schoordijk steun uit een vonnis van de Rotterdamse kantonrechter, waarin een beroep op nietigheid van ontslag van buitenlandse zeelieden omdat het discriminatoir zou zijn, werd verworpen, omdat 'het thans vigerende arbeidsrecht een vrijwel sluitend systeem kent'.²⁶ Inmiddels heeft de Hoge Raad in deze zaak een uitspraak

-
23. Met stelligheid wordt dit standpunt ingenomen door Jan Wassenberg en Esther van Kemenade, Het beroep, *Nemesis* 1990, nr. 1, pp. 10-17, wat voorzichtiger is Guus Heerma van Voss, *Prostitutie en het arbeidsrecht*, in: *Blinde vlekken*, a.w., p. 37.
 24. Wetsontwerp 21027. De behandeling van het ontwerp in de Tweede Kamer was begin 1992 nog niet afgerond, het eindverslag dateert van 12 maart 1991.
 25. Zelf heb ik het tegenovergestelde standpunt verdedigd, T. van Peijpe, *De arbeidsovereenkomst in het nieuwe vermogensrecht*, in: P.F. van der Heijden (red.) e.a., *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer 1991, p. 28.
 26. H.C.F. Schoordijk, in: *Blinde vlekken*, a.w., p. 156.

gedaan²⁷, waarvan de algemene strekking de opvatting van Schoordijk ondersteunt, zij het dat de deur op een klein kiertje wordt gehouden voor mogelijke uitzonderingen. Wat de feiten betreft is van belang, dat Nedlloyd in het kader van een inkrimping de buitenlandse zeelieden bij voorrang had ontslagen (na overleg en met toestemming van de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau) onder meer omdat zij niet beschikten over het 'certificaat geïntegreerd gezelschap'. Dat laatste hield verband met het feit dat ze geen Nederlands spraken. Hun advocaat nam in cassatie onder meer tot uitgangspunt, dat een ontslag "in strijd met het nationaal en internationaal en ook tussen burgers onderling geldende discriminatieverbod bij de wet verboden is en/of strijdig is met de goede zeden en/of openbare orde" en daarom nietig is op grond van de artikelen 1371 en 1373 (oud) BW. De Hoge Raad oordeelde als volgt²⁸:

"Dit uitgangspunt is onjuist, zodat het onderdeel faalt.

Het uitgangspunt is in strijd met het wettelijk stelsel betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Ingevolge artikel 1639o kan iedere partij de dienstbetrekking zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen doen eindigen, zij het dat de partij die aldus handelt schadeplichtig kan zijn. Voorts is er in een aantal nauwkeurig omschreven gevallen sprake van een vorm van nietigheid: artikel 1637ij lid 6, artikel 1639h lid 2-5 (telkens in verbinding met artikel 1639o lid 5), artikel 9 BBA en artikel 21 lid 2 en 3 WOR. In deze bepalingen is veelal voorzien in een korte termijn voor het invoeren van de nietigheid. Met dit stelsel is bezwaarlijk te rijmen dat naast deze bepalingen een ontslag van rechtswege nietig zou zijn wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden. Aan deze vèrstrekkende sanctie bestaat ook geen behoefte. Een ontslag dat in strijd is met de wet, de openbare orde of de goede zeden is doorgaans tevens kennelijk onredelijk in de zin van artikel 1639s. De rechter heeft dan de mogelijkheid herstel van de dienstbetrekking te gelasten dan wel schadevergoeding naar billijkheid toe te kennen en beschikt aldus over beter in voormeld stelsel passende sancties.

27. HR 20 maart 1992, (Nedlloyd/Bras cs.)

28. Overigens werden de zeelieden in het gelijk gesteld wat betreft de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

Bovendien moet worden bedacht dat voor een ontslag dat strijdig is met de wet, de openbare orde of de goede zeden als regel geen toestemming op de voet van het BBA zal worden verkregen. In het midden kan blijven of onder zeer bijzondere omstandigheden de door het onderdeel voorgestane nietigheid wel met het wettelijk stelsel verenigbaar is, aangezien hier zulke omstandigheden niet zijn gesteld of gebleken."

Voor de rechtspraktijk zal men er dus vanuit moeten gaan, dat een werknemer naar burgerlijk recht rechtsgeldig ontslagen kan worden in strijd met de goede zeden en de openbare orde. Voor zover het arbeidsrecht adequate remedies kan bieden is dat uitgangspunt wel aanvaardbaar. Dat zal, in de woorden van de Hoge Raad 'doorgaans' of 'als regel' wel het geval zijn, maar niet altijd.²⁹ De vraag of onder zeer bijzondere omstandigheden toch geconcludeerd moet worden tot nietigheid van ontslag wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde, die de Hoge Raad in het midden laat, zou ik bevestigend willen beantwoorden.

4 Leidraad

Bij het zoeken naar antwoorden op vragen aangaande de verhouding tussen het arbeidsovereenkomstenrecht en algemene vermogensrechtelijke bepalingen moet de gelaagde structuur van het BW tot uitgangspunt worden genomen. De arbeidsovereenkomst maakt als bijzondere overeenkomst deel uit van het vermogensrecht.

Vermogensrechtelijke bepalingen moeten echter dikwijls buiten toepassing blijven op grond van bijzondere arbeidsrechtelijke argumenten. Die argumenten kunnen ontleend worden aan bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht, maar ook aan andere arbeidsrechtelijke normen; men denke bijvoorbeeld aan de opschorting van de individuele arbeidsplicht bij werkstaking.

Algemene vermogensrechtelijke bepalingen als de artikelen 3:40 en 6:248 vinden in het arbeidsrecht rechtstreeks toepassing in situaties

29. De Nedlloyd-zaak leidde niet tot nietigheid van het ontslag of herstel van de dienstbetrekking, wel tot schadevergoeding.

waarin de regels van het arbeidsrecht niet voorzien. Of het arbeidsrecht geacht moet worden in een bepaalde situatie te voorzien, moet worden afgeleid uit tekst en systeem van de wet en uit de wetsgeschiedenis. Ook de rechtsontwikkeling na de totstandkoming van de wet kan van belang zijn, zoals bleek uit het in paragraaf 1 besproken arrest over schadeplichtigheid ex 1639o BW en wanprestatie (Deuss).

Voor het bepalen van de koers voor de juridische argumentatie inzake het lex specialis-karakter van het arbeidsovereenkomstenrecht kan het dienstig zijn telkens één van de volgende ideaaltypische situaties voor ogen te houden.

type 1: Het arbeidsrecht voorziet in de situatie

De algemene vermogensrechtelijke norm is door een arbeidsrechtelijke bepaling ingekleurd en voorzien van een bepaald rechtsgevolg. De algemene bepalingen als 3:40 en 6:248 blijven dan buiten toepassing. Bijvoorbeeld: het arbeidsrecht voorziet in de mogelijkheid van een afkoopbare veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking na kennelijk onredelijk ontslag; daarom mag het recht om op te zeggen niet terzijde gesteld worden met een beroep op redelijkheid en billijkheid. Zo ook: het wetsontwerp herziening ontslagrecht³⁰ voorziet in artikel 1637ja in een nietigheidssanctie op ontslag waarbij gediscrimineerd wordt naar nationaliteit; naast die bepaling zal een beroep op 3:40 geen betekenis meer hebben.

type 2: Het arbeidsrecht voorziet niet in de situatie

Toepassing van de arbeidsrechtelijke regels leidt tot gevolgen die onaanvaardbaar zijn, ook wanneer men de bedoeling van de wetgever en het systeem van de wet in de afweging betreft. In dat geval kan men terugvallen op de algemene vermogensrechtelijke bepalingen. Bijvoorbeeld: de werkgever mag zijn werknemer onder omstandigheden niet aan een ongewilde opzegging houden, indien dat naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (vgl. het in paragraaf 2 besproken arrest Westhoff/Spronsen). Mijns inziens zou men op dezelfde wijze moeten redeneren ten aanzien van een ontslag uit racistische motieven. Nergens blijkt dat de wetgever in zo'n schrijnend geval heeft willen volstaan met een afkoopbare veroordeling tot herstel

30. Wetsontwerp 21479

c.q. schadevergoeding ex artikelen 1639s en 1639t. Een aparte voorziening zoals in het toekomstige artikel 1637ija t.a.v. nationaliteit is gegeven, ontbreekt. Nietigheid ex artikel 3:40, eerste lid is in zo'n uitzonderlijk geval op zijn plaats.

Redelijkheid en billijkheid in het arbeidscontract *

prof. mr P.F. van der Heijden

1

Sinds de inwerkingtreding van het nieuwe vermogensrecht per 1 januari 1992 is de vraag naar de doorwerking van algemene leerstukken van het vermogensrecht in het arbeidsrecht weer meer pregnant naar voren gekomen. In hoeverre ondergaat het arbeidscontract bijvoorbeeld de invloed van het leerstuk met betrekking tot de misbruik van omstandigheden (artikel 3:44), misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13), vernietigbaarheid van rechtshandelingen, en de invloed van de redelijkheid en billijkheid? Met name aan dat laatste wil ik in deze bijdrage aandacht besteden.¹

In artikel 6:2, 248 en 258 is achtereenvolgens voor de verbintenis en de overeenkomst de redelijkheid en de billijkheid in aanvullende en beperkende zin geregeld. In artikel 3:12 wordt het voorschrift gegeven dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met 1) algemeen erkende rechtsbeginselen, 2) met in Nederland levende rechtsovertuigingen en 3) met maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het opgegeven geval betrokken zijn. In artikel 7a:1638z is, zoals bekend, vastgesteld dat een werkgever de arbeidsovereenkomst te goeder trouw moet uitvoeren, anders gezegd zich als behoorlijk werkgever moet gedragen terwijl in artikel 1639d dezelfde regel is opgenomen aan het adres van de werknemer. Over de redelijkheid en billijkheid is in de jaren dat de tekst van het NBW ter discussie stond, veel te doen geweest, met name over de corrigerende of beperkende werking ervan. Heeft deze discussie en de neerslag ervan in de nieuwe tekst van het BW gevolgen voor het arbeidscontract?

Behalve de inwerkingtreding van het nieuwe vermogensrecht is er een tweede reden om het gekozen onderwerp aan de orde te stellen. Die

*. Deze bijdrage is eerder gepubliceerd in de afscheidsbundel voor prof. mr. P.A. Stein, Te Pas, Deventer 1992.

1. Zie voor de andere onderwerpen o.m. T. van Peijpe, De arbeidsovereenkomst in het nieuwe vermogensrecht, in: P.F. van der Heijden (red.), De arbeidsovereenkomst in het NBW, Deventer 1991, blz. 21-39.

reden is gelegen in de ontwikkeling van de rechtspraak van de Hoge Raad, gedurende een reeks van jaren (vanaf 1978) gevolgd door PAS in zijn annotaties in de NJ. Daarbij komen in arresten en annotaties vragen aan de orde in hoeverre bijvoorbeeld het ontslagrecht als onderdeel van het arbeidscontractenrecht een gesloten systeem is waar verder geen plaats is voor de gelding van de genoemde artikelen met betrekking tot redelijkheid en billijkheid, en hoe zich dat dan weer verhoudt tot artikel 1638z.

2

De werking van de redelijkheid en de billijkheid in het arbeidscontract is te onderscheiden in twee modaliteiten. In de eerste plaats valt er in te zien een aansporing aan werkgever en werknemer om zich bij de uitvoering van het contract overeenkomstig de redelijkheid en de billijkheid te gedragen. Een bepaalde handelwijze van werkgever of werknemer kan op gespannen voet staan met de eisen die de redelijkheid en de billijkheid daaraan stelt. Deze modaliteit is bepaald in artikel 1638z BW en daarbij kan gedacht worden aan voorbeelden als het niet mogen richten van een verborgen camera op de werkvloer (Koma-arrest²), het niet lichtvaardig op non-actief mogen stellen van werknemers door werkgevers³, het bij het nemen of vragen van een vrije dag rekening houden met de situatie op het werk, etc. etc. In deze modaliteit geeft de redelijkheid en de billijkheid aan partijen een richtsnoer voor hun handelen en vult aan hetgeen zij of de wet c.q. de cao ongeregeld hebben gelaten.

Een tweede modaliteit van de redelijkheid en de billijkheid richt zich over de hoofden van de contractanten heen tot de rechter. Hier doel ik op de leden 2 van artt. 6:2 en 6:248, waar de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid in de wet is neergelegd. In een hem voorgelegd geval kan de rechter beslissen dat een bepaalde regel die in de wet of in de overeenkomst is neergelegd, geen opgeld doet omdat toepassing ervan leidt tot onaanvaardbare gevolgen. Een specifieke uitwerking van deze beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid is te vinden in de regeling van de *imprévision* in artikel

2. Hof Den Bosch 2 juli 1986, NJ 1987, 451.

3. Zie R.A.A. Duk in *Recht op scherp*, Zwolle 1984 (W. Duk-bundel), blz. 495 e.v. die vele voorbeelden hiervan geeft.

6:258, waar neergelegd is dat onvoorziene omstandigheden die zich voordoen nadat het contract is gesloten en waaromtrent in het contract geen regeling is opgenomen, kunnen leiden tot wijziging of zelfs ontbinding van het contract, ook weer indien onverkorte toepassing van contract of wet zou leiden tot onaanvaardbare gevolgen.

3

Terzake van de aanvullende werking van de redelijkheid en de billijkheid zijn - behalve in de lagere rechtspraak inzake de op non-actiefstelling van werknemers - in de jurisprudentie van de Hoge Raad voorbeelden genoeg te vinden. Te wijzen valt bijvoorbeeld op de ontwikkeling in de jurisprudentie ten aanzien van de verplichtingen van de werkgever om zich in te spannen een voor de bedongen arbeid arbeidsongeschikt geworden of een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer passend werk te verschaffen.⁴ In deze reeks arresten is mooi te zien hoe maatschappelijke ontwikkelingen onder meer via de redelijkheid en de billijkheid doorwerken in de regelstelling die de Hoge Raad hier heeft gepleegd. De toenemende aandacht van media en wetgever voor de positie van de (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemer, in de wetgeving terug te zien bijvoorbeeld in de vorm van de Wet arbeid gehandicapte werknemers (WAGW), en in het bijzonder de toenemende aandacht voor het te hoge volume werknemers dat een uitkering geniet krachtens Ziektewet en WAO, sijpelt hier door in de rechtsvinding van ons hoogste rechtscollege. Door toepassing van de redelijkheid en de billijkheid, belichaamd in artikel 1638z, wordt de verplichting van de werkgever ten opzichte van de werknemer uitgebreid en wordt de regel van artikel 1638d opgerekt. De regel van laatstgenoemd artikel hield immers tot 1978 (Roovers-De Toekomst) niet meer in dan dat de arbeider recht had op doorbetaling van loon indien hij bereid en in staat was de *bedongen* arbeid te verrichten. Indien een arbeider had gecontracteerd voor een volle werkweek en hij vanwege (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid óf niet meer de volle werkweek kon werken óf niet meer hetzelfde werk kon doen, viel hij niet in de termen van artikel 1638d en moest zijn loonvordering worden afgewezen. Door de aanvullende werking van de redelijkheid

4. HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248 (Roovers/De Toekomst), HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 (Van Haaren/Cehave), HR 13 december 1991, RvdW 1992, 9 (Goldsteen/Roeland).

en de billijkheid is deze regel thans vergaand gewijzigd. In het arrest Goldsteen-Roeland⁵ ging de Hoge Raad het verst door te bepalen dat een werkgever zich extra inspanningen moet getroosten om een (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemer in zijn bedrijf passende arbeid te bieden indien de arbeidsongeschiktheid is ontstaan in verband met de bedongen arbeid. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad hier het risque professionel enigszins een rol lijkt te laten spelen, terwijl in de discussie over het hoge volume arbeidsongeschikten en vermindering daarvan de regering en een meerderheid in de Tweede Kamer dit onderscheid juist niet terug wenst te brengen in ons stelsel van sociale zekerheid.

Een tweede voorbeeld van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid vinden we in het IBM-arrest.⁶ Hier ging het om een verslechtering in arbeidsvoorwaarden opgenomen in een in de individuele arbeidsovereenkomst geïncorporeerde personeelsgids. Bij IBM geldt naast de cao een personeelsgids⁷ waarin onder meer autokostenvergoedingen zijn geregeld. De vraag die zich in het genoemde arrest voordoed, was in hoeverre de werkgever zich bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst het recht kan toebedelen de betreffende personeelsgids eenzijdig te wijzigen. De Hoge Raad beantwoordde die vraag in genoemd arrest aldus, dat de werkgever inderdaad bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst kan bedingen dat een collectieve personeelsgids deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst, alsmede dat in de individuele arbeidsovereenkomst danwel in de personeelsgids zelf kan worden opgenomen dat de werkgever de regeling eenzijdig kan wijzigen. Een dergelijke wijziging dient dan wel te geschieden, aldus de Hoge Raad, in overeenstemming met de redelijkheid en de billijkheid, of, in de letterlijke bewoordingen van de Hoge Raad, de werknemer kan de gebondenheid aan een bepaalde wijziging betwisten omdat die gebondenheid in de gegeven omstandigheden in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid.⁸ Stein merkt in zijn noot onder dit arrest op, dat een dergelijke eenzijdige wijzigingsbevoegdheid bedongen voor één van de contractanten geheel spoort met het algemene contracten-

5. Zie noot 4

6. HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335.

7. Zie uitgebreid hierover J.G.F.M. Hoffmans, Van personeelsgids tot cao, Sinzheimer cahier 5, Den Haag 1992.

8. Zie voor een toepassing hiervan Rb Amsterdam 25 januari 1989, te kennen uit M.M. Olbers, Werkgevers wil is wet?, SR 1989, blz. 164.

recht. Ook daar kan een partij zich een dergelijke bevoegdheid toeëigenen, uiteraard met instemming van de andere partij, en dient eerstgenoemde partij zijn verworven bevoegdheid uit te oefenen in overeenstemming met de redelijkheid en de billijkheid.

De opdracht aan de werkgever om zich als een behoorlijk werkgever te gedragen, anders gezegd, om zich ten opzichte van de werknemer te gedragen overeenkomstig de regels van de redelijkheid en de billijkheid, brengt met zich mee dat de werkgever beginselen van behoorlijk ondernemerschap of werkgeverschap dient te respecteren. In een eerdere publikatie schreef ik over dergelijke beginselen in de verhouding van de werkgever ten opzichte van een collectiviteit van werknemers als bijvoorbeeld de ondernemingsraad.⁹ Gezien bovenstaande voorbeelden van de werking van de redelijkheid en de billijkheid is het evenzeer denkbaar beginselen van zorgvuldigheid, van het opgewekte vertrouwen, en andere vergelijkbare beginselen ontleend aan het ambtenarenrecht¹⁰ toe te passen in de civielrechtelijke individuele arbeidsovereenkomst. Wat dat betreft zou de stelling verdedigd kunnen worden dat de inhoud van het arbeidsrecht voor ambtenaren (ambtenarenrecht) en voor civiele werknemers naar elkaar is toegegroeid in die zin dat in beide gevallen de werkgever aan beginselen van behoorlijk werkgeverschap/ondernemerschap is gebonden. Dergelijke beginselen zijn wellicht te zien als erkende rechtsbeginselen of rechtsovertuigingen als bedoeld in artikel 3:12.

4

Als tweede modaliteit van de werking van de redelijkheid en de billijkheid in het arbeidscontract is, als gezegd, te onderscheiden de beperkende of corrigerende werking van dit begrippenpaar. Hier doet zich in het verband van het arbeidscontract de vraag voor in hoeverre de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid zoals thans opgenomen in artikel 6:2 en 6:248 lid 2 invloed kan hebben op dwingendrechtelijke arbeidsrechtelijke bepalingen. Uit het huurrecht zijn enkele arresten van de Hoge Raad bekend waarin een beroep op

9. Algemene beginselen van behoorlijk ondernemerschap, NJB 1984, blz. 1385 e.v., zie ook B.H.A. van Leeuwen, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur*, diss., Deventer 1990.

10. Zie art. 58 Ambtenarenwet dat als toetsingsgrond voor gedrag van de overheids-werkgever onder meer de algemene beginselen van behoorlijk bestuur noemt.

de huurbescherming werd verworpen onder verwijzing naar de goede trouw/redelijkheid en billijkheid. Zulks geschiedt uiteraard in uitzonderlijke - in de woorden van Bloembergen "krasse" - omstandigheden, maar het geschiedt.¹¹

Ook in het arbeidsovereenkomstenrecht kennen we voorbeelden van de werking van de redelijkheid en de billijkheid in een onderdeel waar van dwingend recht sprake is. De matiging van loonvorderingen, ingesteld na een nietig ontslag, is in 1979 door de Hoge Raad in het arrest Swaen/Van Heesch geconstrueerd via de weg van de analoge wetsinterpretatie. Onder verwijzing naar de wettelijke mogelijkheid een schadeloosstelling te matigen volgens de regels van artikel 1639r achtte de Hoge Raad het mogelijk ook een loonvordering te matigen.¹² Latere rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van dit onderwerp leerde dat de motivering voor zulk een matiging zeer uiteenlopend kan zijn: van het onvoldoende zich inspannen door de werknemer een andere baan te zoeken tot het hebben van enige schuld aan het ontslag, zij het dat deze schuld niet tot een dringende reden leidt, terwijl ook de slechte financiële positie van de werkgever een rol kan spelen.¹³ Opvallend is dat in de loop van de jaren de achter de loonmatiging liggende redenering enigszins is aangepast aan de redelijkheid en de billijkheid zoals die in artikel 6:248 is neergelegd. Ging de Hoge Raad in de eerste loonmatigingsarresten immers uit van genoemde analoge wetsinterpretatie, later¹⁴ werd de redenering gezet in de sleutel van de onaanvaardbare gevolgen die integrale toewijzing van de loonvordering voor de werkgever zou meebrengen (letterlijk: de matigingsbevoegdheid "strekt ertoe een onaanvaardbaar resultaat te vermijden"). Toepassing van de ontslagregels leidt zonder de matigingsjurisprudentie van de Hoge Raad niet tot de matiging van loonvorderingen. Immers, een loonvordering gaat uit van de stelling dat een gegeven ontslag nietig is; indien de arbeider voldoet aan de voorwaarde van artikel 1638d en zich beschikbaar houdt om de bedongen arbeid te verrichten, komt bij het ontbreken van een dringende reden het niet betalen van de arbeider

11. HR 20 januari 1989, NJ 1989, 322, HR 26 november 1976, NJ 1978, 54. Zie over deze materie onder meer E.E. de Wijkerslooth-Vinke, Woonruimte en huurbescherming, Zwolle 1984, blz. 113 e.v.

12. HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207.

13. Zie C.H.J. van Leeuwen voor een overzicht, NJB 1986, blz. 1360.

14. Vanaf HR 26 april 1985, NJ 1985, 663, zoals de HR zelf in zijn arrest van 1 juni 1990, NJ 1990, 715 opmerkt.

voor risico van de werkgever en dient aldus de loonvordering te worden toegewezen. Door nu, wijzend op onder omstandigheden onaanvaardbare gevolgen van een ingestelde loonvordering voor de werkgever, deze toch te matigen, worden de dwingende regels van het ontslagrecht opzij gedruwd mede door de werking van de redelijkheid en billijkheid als opgeschreven in artikel 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2.

5

Er is in de rechtswetenschappelijke literatuur een discussie gevoerd over de vraag of het ontslagrecht een gesloten systeem is danwel of bepalingen van het algemene overeenkomstenrecht daarbinnen een rol kunnen spelen. Uit het bovenstaande voorbeeld van de matiging van loonvorderingen blijkt al dat de geslotenheid van het systeem "frag-würdig" is. De discussie over de werking van de redelijkheid en de billijkheid in het ontslagrecht werd aangezwengeld door het arrest HAL/Van Werkhoven.¹⁵ Daar overwoog de Hoge Raad: "De in de artikelen 1639s tot u gegeven regeling voor het geval één der partijen de dienstbetrekking kennelijk onredelijk doet eindigen, moet als uitputtend worden beschouwd in die zin dat naast deze regeling voor een toetsing van een ontslag aan artikel 1374 derde lid geen plaats is". In zijn noot onder dit arrest concludeerde Stein dat in het ontslagrecht gesproken moet worden van een gesloten systeem waar de redelijkheid en de billijkheid geen rol speelt. In een noot onder hetzelfde arrest in *Ars Aequi* kritiseerde annotator Rood¹⁶ annotator Stein door er op te wijzen dat de Hoge Raad niet had geschreven dat artikel 1639e tot x als uitputtend moeten worden beschouwd, doch artikel 1639 s tot u, hetgeen niet het gehele ontslagrecht omvat. Later lijkt Rood toch Stein's standpunt van het gesloten systeem te zijn gaan omhelzen, waar hij in zijn *Introductie in het sociaal recht*, tweede druk, 1992 schrijft: "De regels van het overeenkomstenrecht zijn in beginsel niet van toepassing op het eindigen van een arbeidsovereenkomst. De ontslagregels zijn te vinden in de artt. 1639e t/m x. Die regels vormen een gesloten systeem, waarnaast geen plaats is voor aan het overeenkomstenrecht te ontleen regels".¹⁷

15. HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441.

16. *Ars Aequi* 1980, blz. 305.

17. *Introductie in het sociaal recht*, Arnhem 1992, blz. 19.

De situatie lijkt gezien het bovenstaande niet helemaal duidelijk te zijn. Is het ontslagrecht als onderdeel van het arbeidsovereenkomstenrecht nu een gesloten systeem waar de redelijkheid en de billijkheid van boek 6 BW geen enkele rol speelt of kan onder uitzonderlijke omstandigheden de (corrigerende) redelijkheid en de billijkheid met succes worden ingeroepen? De rechtspraak met betrekking tot de matiging van loonvorderingen lijkt te zeggen dat het laatste mogelijk is. Ook de al gereleveerde rechtspraak van de Hoge Raad terzake een beroep op de dwingendrechtelijke bepalingen van de huurbescherming lijkt in te houden dat een inbreuk in een gesloten systeem niet onmogelijk is. Systematisch bezien lijkt er tegen een dergelijk standpunt weinig in te brengen. Het arbeidscontract maakt immers deel uit van de bijzondere contracten in boek 7/7A BW, welke boeken onderdeel uitmaken van het BW dat een algemeen deel van het contractenrecht bevat in boek 6. Slechts indien in de bijzondere regeling met zoveel woorden de algemene regeling wordt terzijde gesteld, kan met zekerheid worden gezegd dat de algemene regeling niet van toepassing is. Voorts is het mogelijk dat de wetgever door de bijzondere gedetailleerdheid van de bijzondere regeling en door het dwingendrechtelijk karakter ervan een duidelijke vingerwijzing heeft gegeven dat de algemene regels terzijde moeten worden gelaten (zie bijvoorbeeld artikel 6:245). Bezien vanuit de redelijkheid en de billijkheid zelf, en de twee aangezichten die dit begrip aankleven (de aanvullende werking en de beperkende werking), is het niet voor de hand liggend om slechts één der aangezichten van toepassing te laten zijn op het arbeidsovereenkomstenrecht of het ontslagrecht. De medaille van de redelijkheid en de billijkheid heeft nu eenmaal twee kanten. In collectief verband is de medaille van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid door de Hoge Raad al eens uitgereikt aan de rechtbank Roermond.¹⁸ Het ging hier om een overeenkomst (convenant) tussen enkele vakbonden en Campina terzake de sluiting van bedrijfs-onderdelen. De in 1980 gesloten overeenkomst behoeftte wegens veranderde omstandigheden (artikel 6:258) in 1985 niet te worden nagekomen. In een ander "Campina"-arrest maakte de Hoge Raad een einde aan de zogeheten draaideur-constructie (het repeterend inlenen van arbeidskrachten via het uitzendbureau) met een beroep op een

18. HR 10 juli 1989, NJ 1989, 786.

"redelijke toepassing" van artikel 1639f.¹⁹ Hoewel de draaideur-constructie naar de letter van de wet leidde tot aannahme van telkens een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, waardoor de werknemer afwisselend in dienst is van het uitzendbureau en de feitelijke werkgever, maakte de Hoge Raad met een beroep op de redelijkheid een einde aan deze uitleg. Het Hof Den Bosch meende in deze zaak dat zulks slechts door de wetgever kon geschieden, welke opvatting door de Hoge Raad werd gecasseerd.

Gezien de genoemde gegevens en uitgangspunten moet worden aangenomen dat onder uitzonderlijke omstandigheden de redelijkheid en de billijkheid regels van dwingend recht, ook die van het arbeidscontractenrecht inclusief het ontslagrecht, opzij kunnen zetten. Eens te meer wordt hiermede benadrukt dat arbeidsrecht voor een belangrijk deel rechtersrecht is. De rechter die wordt gevraagd om met de redelijkheid en de billijkheid in de hand rechtsregels opzij te zetten, moet zich terdege realiseren dat hij bij bewilliging een regel die hij normaal gesproken dient toe te passen, buiten toepassing verklaart. Dit stelt bijzondere eisen aan de motivering. De dikwijls summiere wijze waarop de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verandering in de omstandigheden wordt gemotiveerd (en is artikel 1639w nu zoveel anders dan artikel 6:258?), geeft wel huiver voor de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in de praktijk.²⁰

Hartkamp benadrukte in zijn inaugurele rede te Utrecht²¹ nog eens dat de vrijheid van de rechter om, zonodig tegen de letter van de wet in, een in concreto billijk resultaat te bereiken onomwonden door de wetgever is erkend. Bij zijn oproep aan de rechter om in de gevallen waarin hij van deze door de wetgever verstrekte vrijheid gebruik maakt openlijk voor de dag te komen met de gepleegde belangenafweging en zich niet al te gemakkelijk te "verschuilen" achter clichématige termen als "een redelijke wetsuitleg" wil ik me graag aansluiten. Bij gebruikmaking door de rechter van de corrigerende redelijkheid en billijkheid in het verband van het dwingend arbeidsrecht moet het uitzonderlijke voorop staan, waarmee een uitgebreide motiveringsplicht

19. HR 22 november 1991, RvdW 1991, 265.

20. Zie hierover mijn *Clausula rebus* in het (nieuw) burgerlijk recht en art. 1639w BW in *Schetsen voor Bakels*, Deventer 1988, blz. 83 e.v.

21. A.S. Hartkamp, *Wetsuitlegging en rechtstoepassing na de invoering van het NBW*, Deventer 1992, blz. 26-30.

is gegeven. Zonder inzicht in het denkproces van de rechter is een verantwoorde toepassing van dit leerstuk niet mogelijk.

Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd

mr G.J.J. Heerma van Voss

1 Het leerstuk van misbruik van bevoegdheid

Artikel 3:13 BW luidt:

1. Degene aan wie een bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen, voor zover hij haar misbruikt.
2. Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.
3. Uit de aard van de bevoegdheid kan voortvloeien dat zij niet kan worden misbruikt.

Het nieuw BW codificeerde in artikel 3:13 BW een voordien ongeschreven rechtsregel.¹ Deze drukt uit dat degene die over een privaatrechtelijke bevoegdheid beschikt bij de uitoefening daarvan andere belangen niet onevenredig mag schaden. Oorspronkelijk werd dit leerstuk vooral aangeduid als 'misbruik van recht'. Door het gebruik van de term bevoegdheid wordt een verruiming beoogd. Aanvankelijk was de rechtspraak terughoudend met de erkenning van dit leerstuk. Zo werd slechts misbruik van recht aanwezig geacht wanneer bij de uitoefening van het recht uitsluitend werd beoogd om een ander te schaden.² Het ontwerp-Meijers beoogde de toepassing uit te breiden tot gevallen waarin het gebruik van de bevoegdheid onevenredig was

1. Uitvoerig over deze materie P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer 1985.
2. HR 13 maart 1936, NJ 1936, 415 (Watertoren I) en HR 2 december 1937, NJ 1938, 353 (Lentse Schutting).

tot het te schaden belang.³ Voordat het ontwerp was ingevoerd was deze uitleg echter al bij wege van anticiperende interpretatie door de Hoge Raad ingevoerd.⁴

Uitgangspunt van de wetgever is geweest dat een rechthebbende ook bij de uitoefening van zijn burgerrechtelijke bevoegdheden het belang van zijn naasten en van de maatschappij niet geheel uit het oog moet verliezen. Het tweede lid geeft voorbeelden van misbruik van bevoegdheid. Uit de woorden 'onder meer' in het tweede lid blijkt dat de opsomming niet limitatief is. Zij laten, naar de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever, ruimte voor nieuwe ontwikkelingen.⁵

Gesteld zou kunnen worden dat het criterium 'misbruik van bevoegdheid' in het contractenrecht niet van belang is. Het oorspronkelijke begrip 'misbruik van recht' had vooral betrekking op misbruik van eigendomsrecht. Voor contracten bestaat reeds de eis van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2/248 BW)⁶, en voor het arbeidscontract die van goed werkgever- en werknemerschap (artikel 7A:1638z/1639d BW).

Daar staat tegenover dat de norm van artikel 3:13 BW concreter is geformuleerd en daarom meer houvast biedt. Daarnaast is de arbeidsovereenkomst een duurovereenkomst waarbij sprake is van uitoefening van bevoegdheden binnen de arbeidsrelatie, onder meer omdat de werkgever de inhoud nader kan bepalen.

Ook Meijers ging in de toelichting bij zijn ontwerp uit van de toepasselijkheid bij overeenkomsten. Hij wees er met name op dat de bevoegdheid om wederkerige overeenkomsten op te zeggen in het begin

-
3. Aanvankelijk kwam de bepaling voor in de Inleidende titel van het Nieuw BW. Toen besloten werd deze titel achterwege te laten verhuisde de bepaling via de Invoeringswet boeken 3, 5 en 6 naar boek 3.
 4. HR 17 april 1970, NJ 1971, 89 (Grensoverschrijdende garage).
 5. Zie de Memorie van Antwoord: het tweede lid geeft slechts de grote lijnen aan, die ontleend zijn aan theorie en rechtspraak, maar geen rem vormen op de verdere ontwikkeling van dit leerstuk; W.H.M. Reehuis/E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe BW*, Invoering boeken 3, 5 en 6, Deventer 1990, blz. 1044.
 6. In deze zin Minister Korthals Altes in de vaste Commissievergadering van 1 juni 1987 in een discussie over de opzegging van een bruikleenovereenkomst. W.H.M. Reehuis/E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe BW*, Invoering boeken 3, 5 en 6, Deventer 1990, blz. 1050-1051.

van de eeuw nog een axioma was, maar dat ook hier tegenwoordig de mogelijkheid van een misbruik van bevoegdheid wordt erkend.⁷

2 Mogelijke toepassing in het arbeidsrecht

In het arbeidsrecht thans zijn veel bevoegdheden die vroeger vrij waren reeds door specifieke wettelijke regels aan banden gelegd. In zulke gevallen zal men aan een beroep op artikel 3:13 BW niet snel toekomen. Voor de oorlog, toen het ontslagrecht nog niet sterk was geregeld, werd gewezen op het feit dat in Frankrijk de rechter het ontslagrecht heeft ontwikkeld op basis van het criterium 'misbruik van recht'.⁸ In Japan gebeurde hetzelfde na de oorlog.⁹ In Frankrijk speelt het leerstuk 'misbruik van recht' nog steeds een rol in onder meer het ontslagrecht en het stakingsrecht. Hierbij moet worden aangetekend dat het leerstuk van 'misbruik van recht' in het Franse privaatrecht een zelfde functie vervult als in Nederland de 'redelijkheid en billijkheid'.¹⁰

Thans is het aantal absolute bevoegdheden in het arbeidsrecht veel beperkter. Toch zijn er nog steeds gevallen waarbij wel degelijk nog van een praktisch onbegrensde vrijheid sprake is. Een zevental voorbeelden moge dit illustreren.

a) *de bevoegdheid om vakantietijdstippen vast te stellen*

De werkgever heeft binnen in de wet aangegeven grenzen de bevoegdheid de tijdstippen van aanvang en einde van de vakantie eenzijdig vast te stellen (artikel 7A:1638gg BW). In de rechtspraak is deze vrijheid wel enigszins ingeperkt in geval van godsdienstige feestdagen¹¹ en bepaalde familieomstandigheden.¹² De werkgever moet daarvoor in

7. W.H.M. Reehuis/E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe BW*, Invoering boeken 3, 5 en 6, Deventer 1990, blz. 1040.

8. S. Mok, 'Hervorming van het ontslagrecht', Inleiding NVV 18 oktober 1937, in: *Arbeidsrechtelijke opstellen*, Alphen aan den Rijn 1950, blz. 102-120, 115.

9. Guus Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer 1992, blz. 442-443.

10. Vgl. G.H. Camerlynck, Gérard Lyon-Caen/Jean Pélissier, *Droit du travail*, Treizième édition, Paris 1986, nr. 47.

11. HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350.

12. HR 3 november 1961, NJ 1962, 192.

beginsel toestemming tot het opnemen van een vakantiedag geven, tenzij door de afwezigheid de gang van zaken in het bedrijf ernstig wordt verstoord.

Van misbruik van deze bevoegdheid zou sprake kunnen zijn, wanneer de vakantie met opzet op een voor de werknemer ongunstig tijdstip wordt vastgesteld alleen om deze dwars te zitten, bijvoorbeeld omdat de werkgever van de werknemer af wil. Dit zal uiteraard niet eenvoudig zijn aan te tonen. Soms zal dan een vermoeden van misbruik kunnen worden aangetoond, dat de bewijslast omkeert. Bijvoorbeeld omdat de werkgever de betrokken werknemer als enige niet de gevraagde vakantietijdstippen toekent.

b) de bevoegdheid om ouderschapsverlof op te nemen

Deze bevoegdheid is binnen de wettelijke grenzen onbeperkt (artikel 7A:1638oo BW).¹³

Dit kan problemen opleveren, wanneer deze bevoegdheid wordt gebruikt zonder rekening te houden met een bijzonder moeilijke situatie bij de werkgever. Zo kunnen op een bepaald moment zoveel werknemers op dezelfde afdeling op hetzelfde moment verlof willen opnemen, dat de werkgever daardoor in ernstige moeilijkheden komt. Enige spreiding van de verschillende ouderschapsverloven zou dan redelijk zijn.

Wel is het mogelijk van de regeling af te wijken in de cao, zolang de werknemer het vereiste aantal uren behoudt. Zo bepaalt de Bankcao dat het verlof kan worden opgenomen 'rekening houdende met de organisatorische mogelijkheden en effectieve bedrijfsvoering'.¹⁴ Indien men deze bepaling aldus uitlegt dat het totale aantal uren ouderschapsverlof niet kan worden beperkt, maar wel de wijze van opnemen (zoals het tijdvak), dan lijkt mij deze bepaling juridisch correct.

In het geval dat zo'n cao-bepaling ontbreekt zou echter soms een beroep gedaan kunnen worden op misbruik van bevoegdheid. Dit kan niet in alle gevallen waarin het opnemen van ouderschapsverlof de

13. Hetzelfde geldt voor de regeling van rijksambtenaren. Art. 33g ARAR bepaalt dat buitengewoon verlof in verband met ouderschap moet worden toegekend, terwijl toekenning van buitengewoon verlof voor andere doeleinden mag worden geweigerd indien de belangen van de dienst zich daartegen verzetten (art. 33-33d).

14. Protocol emancipatie, par. 3 onder c.1, CAO voor het bankbedrijf 1991-1993, blz. 51. Op grond van artikel 16 par. 3 Bank-Cao maakt dit protocol deel uit van de CAO.

werkgever ongelegen komt. Maar wel zou dit mogelijk zijn als bijvoorbeeld de werknemer het verlof opneemt in een piekperiode, alleen omdat hem dit minder inspanning zal kosten.¹⁵

c) *het recht op gelijke behandeling*

Het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen is met strenge waarborgen omgeven. Zo kunnen voor direct onderscheid geen rechtvaardigingsgronden worden aangevoerd, anders dan die de wet met name noemt (vgl. artikel 7A:1637ij BW). Deze absolute regel kan vragen oproepen in grensgevallen.

Ten aanzien van de mogelijkheid een sollicitante te weigeren op grond van zwangerschap scherpte het EG-Hof het criterium nog enigszins aan, door te overwegen dat er ook geen ruimte is voor rechtvaardigingsgronden gebaseerd op het nationale recht, zoals de onrechtmatige daad.¹⁶

De Commissie Gelijke Behandeling stuitte al eens op een situatie waarin een zwangere sollicitante zich beriep op dit recht hoewel het ging om een zeer kortlopend contract. In dat geval kon de Commissie nog van de werkgever verlangen dat deze bezag of het mogelijk was het project later te beginnen. Maar ook toonde de Commissie zich er van bewust dat men hier raakt aan de grenzen van hetgeen met het recht op gelijke behandeling wordt beoogd.¹⁷ Zou in een dergelijk geval niet of nauwelijks kunnen worden gewerkt dan zou een beroep op het recht op gelijke behandeling kunnen worden beschouwd als een misbruik van bevoegdheid.¹⁸ Dit is niet te beschouwen als een uitsluitend op het nationale recht gebaseerde rechtvaardigingsgrond. Zij komt immers ook voor in de rechtspraak van het EG-Hof.¹⁹

15. Vgl. G.J.J. Heerma van Voss, 'Het kind in het sociaal recht of: het kind voor wiens rekening?', in: A.J.A. de Bie/C.J.C.M. Oomen (red.), *Kind van de rekening?*, Lelystad 1992, blz. 85-103, 91.

16. HvJ EG 8 november 1990, Jur. 1990, blz. 3941, NJ 1991, 224 (Dekker 1). Vgl. HR 13 september 1991, NJ 1991, 225 (Dekker 2).

17. CGB 2 oktober 1991, Oordelen CGB 1991, blz. 259 (RUL).

18. K. Wentholt, *De rechtsbescherming van de zwangere sollicitante*, SMA 1992, blz. 340-350, 347-350, Guus Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer 1992, blz. 241.

19. Ten aanzien van het vrij werknemersverkeer is bijvoorbeeld sprake van niet door het gemeenschapsrecht gedekt misbruik, wanneer aan de hand van objectieve factoren kan worden vastgesteld dat een werknemer zich naar een Lid-Staat begeeft met het enkele doel om daar, na een zeer korte periode beroepswerkzaamheid, aanspraak te kunnen

d) *processuele bevoegdheden*

Misbruik van processuele bevoegdheden is uiteraard een algemeen leerstuk, dat ook buiten het arbeidsrecht geldt.²⁰ Niettemin geldt het ook binnen het arbeidsrecht. Een voorbeeld waarin dit aan de orde was betrof het geval waarin een werknemer na een hem gegeven - nietig - ontslag en vóór het vonnis waarbij de werkgever werd veroordeeld om hem het loon door te betalen totdat de arbeidsovereenkomst regelmatig zou zijn beëindigd, enige tijd arbeidsongeschikt was geweest. De Hoge Raad oordeelde dat deze omstandigheid niet meebracht dat de werknemer door dat vonnis te executeren misbruik maakte van zijn bevoegdheid.²¹

e) *het ontwijken van dwingendrechtelijke bepalingen*

Als een misbruik van bevoegdheid zou ook kunnen worden gezien het gebruik maken van een recht in strijd met de bedoeling, maar niet met de letter van dwingendrechtelijke bepalingen.

Een bekend voorbeeld is het arrest over de draaideurconstructie, dat wil zeggen het wisselend laten werken van een werknemer als tijdelijke arbeidskacht en als uitzendkracht teneinde te vermijden dat de dienstbetrekking moet worden opgezegd om deze te beëindigen. Het gaat hier, volgens de Hoge Raad,

"om een constructie die zich naar haar aard ertoe leent om te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden, aangezien bij toepassing van die constructie deze bepalingen, indien naar de letter genomen, niet tot het daarmee beoogde doel zouden leiden.

Deze constructie komt er immers op neer dat de werkgever gedurende een langere periode ("een aantal jaren") werk in zijn onderneming doet verrichten door arbeidskrachten met wie hij daartoe een aantal malen achtereen arbeidsovereenkomsten sluit voor bepaalde tijd telkens afgewisseld door aansluitende perioden (van, naar het hof kennelijk heeft aangenomen, telkens meer dan 31 dagen met het oog op het bepaalde in

maken op steun voor studenten, HvJ EG 21 juni 1988, Jur. 1988, blz. 3161 (Lair).

20. Vgl. P. Rodenburg, Misbruik van bevoegdheid, Deventer 1985, blz. 68-75.

21. HR 30 oktober 1992, NJ 1993, 4; JAR 1992, 131.

artikel 1639f lid 4) waarin dezelfde werknemers hetzelfde werk in zijn onderneming verrichtten als uitzendkrachten.

Een redelijke, met het stelsel van de wet en de strekking van vorenbedoelde wetsbepalingen strokende toepassing daarvan brengt dan ook mee dat de te dezen gekozen constructie niet leidt tot het ontnemen aan Bootsma c.s. van hun door de wet gewaarborgde ontslagbescherming en dat daarom de relatie tussen ieder van hen en Campina, wat betreft de wettelijke regels die gelden voor beëindiging daarvan, moet worden aangemerkt als een voortgezette dienstbetrekking in de zin van artikel 1639f.²²

De Hoge Raad gebruikt hier dus niet met zoveel woorden de term 'misbruik van bevoegdheid' maar spreekt van 'redelijke wetsuitleg'. In wezen gaat het echter om dezelfde gedachte, namelijk het voorkomen van het gebruik van een bevoegdheid teneinde daarmee het beoogde doel van de dwingendrechtelijke bepaling te ontwijken. In zekere zin is dit het spiegelbeeld van het gebruik van een bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven, namelijk voor een doel dat in strijd is met een doel waarvoor wel een regeling is gegeven.

f) *het stakingsrecht*

Het stakingsrecht is op grond van artikel 6, vierde lid Europees Sociaal Handvest erkend. Dit artikel heeft rechtstreeks-horizontale werking in het Nederlandse arbeidsrecht. Bij een normaal type staking kan de werkgever ter bescherming van zijn belangen geen beroep doen op de beperkingsgronden van artikel 31 ESH. De Hoge Raad noemde in het befaamde NS-arrest als uitzondering hierop het misbruik van het stakingswapen:

"Bij een dergelijke staking kan de omstandigheid, dat de werkgever dientengevolge schade lijdt, vanzelfsprekend niet zonder meer de gevolgtrekking wettigen dat de staking onrechtmatig is: toebrengen van zulke schade is immers wezenlijk voor de hantering van het stakingswapen, wordt dan ook door het in artikel 6 lid 4 erkende recht gedekt en kan derhalve op zich zelf - *gevallen van misbruik van dat wapen nu daargelaten* - niet leiden tot een beperking van dat recht. De rechten van de werkgever vallen,

22. HR 22 november 1991, NJ 1992, 707 (Bootsma c.s./Campina), r.o. 3.4.

anders gezegd, in zo'n geval in zoverre niet onder de in artikel 31 ESH genoemde 'rechten van derden' die onder omstandigheden een beperking in de uitoefening van het stakingsrecht kunnen rechtvaardigen. Dat strookt daarmee dat in de bedoelde gevallen de werkgever bij machte is de (verdere) schade die hem dreigt, te voorkomen door de eisen van de werknemers in te willigen."²³

In de Franse rechtspraak wordt het leerstuk van het misbruik van recht ook toegepast in het stakingsrecht, onder meer om gevallen van grote disproportionaliteit tussen actiedoel en teweeggebrachte schade tegen te gaan.²⁴ Uiteraard past hierbij de nodige voorzichtigheid, gezien het - ook door de Hoge Raad erkende - uitgangspunt dat een staking nu eenmaal schade meebrengt.²⁵ Bij de toepassing van artikel 3:13 BW dient hierbij te worden bedacht dat dit de reden was waarom de regering destijds in het wetsvoorstel 10 111 inzake het stakingsrecht de rechter slechts de bevoegdheid wilde verlenen een staking onrechtmatig te verklaren in geval van *kennelijke* onevenredigheid tussen doel en middel. Een marginale toetsing derhalve, hoewel deze in beginsel al in de onevenredigheidstoets besloten ligt.

g) *de bevoegdheid om de dienstbetrekking in de proeftijd 'zonder opzegging' te doen eindigen*

Het ontslag in de proeftijd is een voorbeeld van een vrijwel onbeperkte bevoegdheid. Artikel 7A:1639n BW, tweede lid sluit zelfs de mogelijkheid van kennelijk onredelijk ontslag gedurende de proeftijd uit.

De gevallen waarin een ontslag in de proeftijd toch onrechtmatig werd bevonden betreffen vooral enkele situaties van overtreding van het discriminatieverbod (ontslag in de proeftijd omdat de werknemster zwanger bleek te zijn). Daarbij kon de rechter zich echter mede

23. HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688, r.o. 3.5 (NS). Gecursiveerd door mij, GHvV.

24. Vgl. G.H. Camerlynck/Gérard Lyon-Caen/Jean Pélissier, *Droit du travail*, Treizième édition, Paris 1986, no. 938-943; Jean-Claude Javillier, *Manuel Droit du travail*, 2e édition, Paris 1988, nr. 588-591; A.M. Luttmer-Kat, *Misbruiktoetsing van collectieve werknemersacties in de civiele sector*, SMA 1989, blz. 647.

25. A.T.J.M. Jacobs e.a., *Elementair sociaal recht*, tweede druk, Alphen aan den Rijn 1992, blz. 184-185.

baseren op het discriminatieverbod en behoefde hij niet alleen de regeling van de proeftijd toe te passen.²⁶

Slechts in één geval werd ook zonder dat van discriminatie sprake was een ontslag in de proeftijd onrechtmatig verklaard. Het ging hier om het geval dat een werkgever iemand in dienst had genomen omdat hij dacht een functie voor deze te kunnen creëren. Toen puntje bij paaltje kwam bleek de betrekking niet te bestaan. De rechter achtte dit in strijd met goed werkgeverschap.²⁷

Door Boot is meer in het algemeen gesteld dat een ontslag in de proeftijd onrechtmatig kan zijn als de werkgever daarmee tracht een onzorgvuldig personeelbeleid te corrigeren. Dit kan het geval zijn wanneer een werknemer wordt aangenomen die daarvoor een andere baan opzegt, terwijl er geen reële vacature was of terwijl er reeds een ander was aangetrokken.²⁸

Een dergelijk ontslag zou kunnen worden gezien als een vorm van misbruik van bevoegdheid.²⁹ Misbruik van bevoegdheid bij de werknemer kan ook in de proeftijd voorkomen: bijvoorbeeld indien deze na het aannemen van een baan voor een later vrijkomende nog aantrekkelijker baan kiest, terwijl de werkgever dringend iemand nodig heeft en de sollicitatieprocedure reeds is afgesloten.

Nu het ontslag in de proeftijd één van de meest omstreden onderwerpen van het arbeidsrecht betreft lijkt dit zich het meest te lenen voor een illustratie van de toepassing van het begrip 'misbruik van bevoegdheid' in het arbeidsrecht. Hiertoe zullen de toepassingscriteria van dit leerstuk worden nagegaan, te weten:

- de aard van de bevoegdheid (derde lid, par. 3a);
- het doel om te schaden (tweede lid, par. 3b)
- het gebruik voor een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is verleend (tweede lid, par. 3c)
- het onevenredigheids criterium (tweede lid, par. 3d);

26. Ktg. Nijmegen 25 juli 1986, Prg. 1987, nr 2622; Rb. Arnhem 24 december 1987, NJ 1988, 309; B.P. Vermeulen, Ontslag tijdens de proeftijd in verband met zwangerschap, Prg. 1988, blz. 425-432; Wilma Oerlemans/Diana de Wolff, Nietigheid of schadevergoeding bij discriminerend ontslag, Rechtshulp 1990/10, blz. 2-6. De bewijslast rust op de werknemer, vgl. Ktg. Harderwijk 12 september 1990, NJ 1991, 144.

27. Pres. Rb. Dordrecht 5 februari 1987, KG 1987, 108.

28. G. Boot, Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd, SR 1991, blz. 40-45.

29. Vgl. Guus Heerma van Voss, Ontslagrecht in Nederland en Japan, Deventer 1992, blz. 330.

en zal ten slotte worden ingegaan op de sanctionering (par. 4).

3 De toepassingscriteria

a) *aard van de bevoegdheid*

Artikel 3:13 BW gebruikt de term 'misbruik van bevoegdheid' in plaats van het vroeger gehanteerde 'misbruik van recht', omdat hij niet uitsluitend betrekking heeft op de uitoefening van subjectieve rechten, maar ook op andere bevoegdheden, zoals die van een bewindvoerder of voogd. Het is niet aan twijfel onderhevig dat de bevoegdheid om te ontslaan in de proeftijd onder dit ruime bevoegdheidsbegrip valt. Wel is de vraag van belang of uit de aard van deze bevoegdheid zou kunnen voortvloeien dat deze niet kan worden misbruikt (de beperking van artikel 3:13, derde lid BW).

De beperkingsmogelijkheid van het derde lid riep bij de Kamerbehandeling bezwaren op. In de Memorie van Antwoord werd hieraan met name vastgehouden met het oog op toepassing bij de bevoegdheid legaten te maken. Verder wordt deze kwestie ook hier aan de rechtspraak overgelaten.³⁰

Uit de literatuur blijkt dat niet bij voorbaat valt aan te geven welke bevoegdheden niet voor misbruik vatbaar zijn. Aanvankelijk werd in dit verband gewezen op de wilsrechten, die naar hun aard niet zouden kunnen worden misbruikt. Het blijkt evenwel dat ook deze niet onbeperkt zijn. Aan het derde lid van artikel 3:13 BW zal derhalve slechts een marginale betekenis toekomen.³¹

Daarnaast is van belang dat het tweede lid van artikel 7A:1639n BW toetsing van ontslag in de proeftijd aan het criterium van kennelijk onredelijk ontslag uitdrukkelijk uitsluit. Dit lid is ingelast bij het Gewijzigd Ontwerp van de wet tot wijziging van de bepalingen over ontslag van 1953. Het argument daarvoor was dat nu ontslag in de proeftijd reeds zonder opzegging mogelijk was, het vanzelf spreekt dat de nog verdergaande bescherming van het verbod op kennelijk onrede-

30. Bij het Mondeling overleg werd dit voorbeeld weer als enige genoemd. W.H.M. Reehuis/E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe BW*, Invoering boeken 3, 5 en 6, Deventer 1990, blz. 1046-1047.

31. Vgl. P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer 1985, nr 11-12.

lijk ontslag nog meer met het karakter van de proeftijd in strijd komt.³² Dit hoeft echter niet in de weg te staan aan een toetsing op misbruik van bevoegdheid. Het criterium van kennelijk onredelijk ontslag gaat verder dan dat van misbruik van bevoegdheid. Zo kan reeds sprake zijn van kennelijk onredelijk ontslag wanneer het ontslag geschiedt zonder opgave van redenen. Bij ontslag in de proeftijd zal dat (vooralsnog) geen misbruik van bevoegdheid opleveren. Overigens is niet uitgesloten dat geleidelijk een uitgebreidere toetsing zal plaatsvinden, waarbij ook een (aangepaste) motiveringsplicht voor ontslag in de proeftijd zal gelden. Een dergelijke motiveringsplicht is immers op zichzelf ook niet onredelijk.

b) *doel om te schaden*

Het tweede lid van artikel 3:13 BW noemt drie wijzen waarop een bevoegdheid kan worden misbruikt. De eerste daarvan luidt dat de bevoegdheid wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden.

Bij ontslag in de proeftijd ligt deze wijze niet erg voor de hand. In de meeste gevallen zal de werkgever het ontslag verlenen omdat hij daarmee een ondernemingsdoel meent te dienen. Toch zijn wel gevallen te bedenken waarop ook deze vorm van misbruik van bevoegdheid aan de orde kan zijn. Toepassing is mogelijk in het geval van een afspraak tussen twee bevriende werkgevers of binnen één onderneming dat de werknemer een 'overstap' naar een andere functie wordt aangeboden, met het uitsluitende doel om hem daarna gemakkelijk in de proeftijd te ontslaan.

In dit verband verdient de mogelijkheid vermelding die de rechtspraak van de Hoge Raad biedt om met dezelfde werknemer een tweede proeftijd overeen te komen. Dit kan indien in een nieuwe functie andere vaardigheden of verantwoordelijkheden worden geëist, waarover in de vorige functie geen inzicht kon worden verkregen.³³ In de literatuur zijn bij deze rechtspraak vraagtekens gezet, juist met het oog op een mogelijk misbruik.³⁴ Zo viel het op, dat de Hoge Raad in het

32. M.G. Levenbach, Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, Alphen aan den Rijn 1954, blz. 66, noot 1.

33. HR 14 september 1984, NJ 1985, 244; HR 6 december 1985, NJ 1986, 230; HR 13 juli 1986, NJ 1986, 715.

34. A.M.R.G.L. Nelissen-Noij, De proeftijd en de Hoge Raad: op een tweesprong of in tweestrijd?, NJB 1988, blz. 288.

arrest waarin hij de werkgever verplichtte om mee te werken aan de herplaatsing van arbeidsongeschikte werknemers, uitdrukkelijk verwees naar de rechtspraak over de tweede proeftijd.³⁵ Uiteraard dient een ontslag in een tweede proeftijd van een wegens arbeidsongeschiktheid overgeplaatste werknemer extra kritisch te worden gezien.³⁶ Terecht merkt Plessen op dat de kritische houding van de SER en de wetgever bij de behandeling van het wetsvoorstel Herziening ontslagrecht ten aanzien van de doctrine van de 'tweede proeftijd' aanknopingspunt vormt voor een meer restrictieve benadering dan die welke de Hoge Raad tot dusverre hanteert.³⁷ Dit zou aanleiding kunnen geven om zo nodig gebruik te maken van het criterium 'misbruik van bevoegdheid'.

c) *ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is verleend*

De tweede mogelijkheid van misbruik van bevoegdheid die de wet noemt is die waarbij de bevoegdheid wordt gebruikt met een ander doel dan waarvoor zij is verleend. Dit roept allereerst de vraag op met welk doel de bevoegdheid om ontslag te nemen en te geven in de proeftijd is verleend.

Twee redeneringen zijn denkbaar:

- (1) De bevoegdheid is niet gegeven voor een bepaald doel. De bedoeling was een maximale vrijheid te geven aan de partijen om gedurende een korte periode (en zelfs zonder de samenwerking te proberen) een overeenkomst weer te kunnen beëindigen.
- (2) De bevoegdheid tot ontslag in de proeftijd is verleend om de overeenkomst te kunnen beëindigen indien de proef is mislukt; dat wil zeggen als om wat voor reden dan ook de samenwerking niet bevalt.

De eerste redenering vindt steun in de gedachte dat met name de werkgever sneller geneigd zal zijn een arbeidsovereenkomst te sluiten als hij zich verzekerd weet van een grote vrijheid om desgewenst te ontslaan gedurende de proeftijd. Een inperking van de ontslagbevoegdheid zal hem kritischer maken bij de selectie van potentiële werknemers. Voor deze stelling valt ook een argument te putten uit het feit

35. HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 (Van Haaren/Cehave).

36. P.C. Vas Nunes, Zieke werknemer = ander werk = ander contract?, Prg. 1986, blz. 147-152.

37. W. Plessen, 'Aan de slag met de WAGW', in: A.T.J.M. Jacobs (red.), Arbeid en discriminatie, Deventer 1992, blz. 116-147, 122.

dat de wetgever in 1953 de tekst van artikel 1639n BW zodanig heeft gewijzigd dat het mogelijk werd reeds te ontslaan voordat de proeftijd is aangevangen. Tenslotte kan men wijzen op de leer van de 'ijzeren proeftijd' van de Hoge Raad, volgens welke doctrine ook geen langere proeftijd wordt toegestaan in geval van ziekte of vakantie van de werknemer tijdens de proeftijd.³⁸

Voor de tweede redenering pleit dat uiteindelijk de proeftijd bedoeld is om een proef te nemen. Ook de Hoge Raad erkent dit in zijn rechtspraak over de tweede proeftijd, welke hierboven reeds werd genoemd. De rechtspraak over de ijzeren proeftijd kan dan worden verklaard doordat deze beoogt de werknemer te beschermen tegen een nog langere periode van grote onzekerheid. Voorts kan worden opgemerkt dat de tekst van het Voorontwerp voor titel 7.10 nieuw BW van het Ministerie van Justitie uit 1989 de wijziging van 1953 weer ongedaan maakt.

De tweede redenering past beter in de tendens van de laatste decennia waarin de toetsing aan redelijkheidsmaatstaven in het BW is toegenomen. Er is geen reden waarom deze ontwikkeling aan de arbeidsovereenkomst voorbij zou gaan. Dat het doel van de proeftijd een ruime vrijheid tot ontslag meebrengt behoeft niet te betekenen dat deze vrijheid absoluut is. Extreme gevallen van onredelijkheid kunnen worden geredresseerd zonder dat de werkgever reeds door die mogelijkheid bevreesd hoeft te zijn een overeenkomst niet eenvoudig in de proeftijd te kunnen beëindigen op reële gronden. Doch ook in geval men aan de eerste opvatting de voorkeur zou geven kan misbruik van bevoegdheid nog aan de orde zijn op grond van het onevenredigheidscriterium.

d) *onevenredigheidscriterium*

Een bevoegdheid kan ook worden misbruikt indien de rechthebbende, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.

Het onevenredigheidscriterium eist geen mechanische belangenafweging. Het gaat er om dat men niet naar redelijkheid tot de uitoefening had *kunnen* komen, hetgeen marginaal wordt getoetst. In de grond

38. HR 9 april 1954, NJ 1954, 446.

der zaak stemt dit criterium overeen met wat in andere artikelen is omschreven als 'in hoge mate onbillijk'.³⁹

Wanneer de werkgever overgaat tot ontslag in de proeftijd omdat hij geen arbeidsplaats voor de betrokkene heeft als gevolg van het feit dat hij inmiddels een ander heeft aangesteld hoeft deze belangenafweging op zichzelf niet altijd onevenredig te zijn. Misbruik van bevoegdheid kan dan echter toch aanwezig zijn, omdat deze belangenafweging ertoe had moeten leiden dat de werkgever onder de omstandigheden de werknemer schadeloos stelde.

4 Sanctionering

Als sanctie op misbruik van recht kan in het algemeen gekozen worden tussen een vordering op grond van onrechtmatige daad en één op grond van tekortkoming in de nakoming. Het is overigens aan de rechter en doctrine overgelaten te beoordelen of een misbruik van bevoegdheid steeds onrechtmatig is. Aangenomen wordt dat een proeftijd onderdeel vormt van een arbeidsovereenkomst. Derhalve ligt de vordering uit tekortkoming voor de hand.

Rodenburg, die kennelijk van de vordering op grond van onrechtmatige daad uitgaat, noemt als sancties: schadevergoeding in geld of in herstel van de vorige toestand, een verbod ter voorkoming van rechtsmisbruik, een declaratoir vonnis, een dwangsom, een afwijzing van de eis en een vernietiging van de rechtshandeling.⁴⁰ De terminologie van artikel 3:13 BW ("*kan* haar niet inroepen") suggereert overigens een nietigheid. Het lijkt mij echter reëler dat het normale sanctiepakket kan worden toegepast, zodat ook voor genuanceerdere sancties kan worden gekozen, met name de schadevergoeding.

De vraag is of bij ontslag in de proeftijd tot nietigheid/vernietiging van de beëindiging wegens misbruik van bevoegdheid kan worden geconcludeerd.

Wanneer de werknemer misbruik zou maken van zijn bevoegdheid om ontslag te nemen in de proeftijd heeft de werkgever niet veel aan een vernietiging van deze beëindiging, gelet op de onmogelijkheid om

39. W.H.M. Reehuis/E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe BW*, Invoering boeken 3, 5 en 6, Deventer 1990, blz. 1039-1040.

40. P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer 1985, hoofdstuk VII.

arbeid door de werknemer af te dwingen. De werknemer zou in geval de werkgever misbruik maakt van zijn bevoegdheid om te ontslaan in de proeftijd met deze sanctie echter wèl gebaat kunnen zijn. De eerste vraag bij zo'n beroep op nietigheid is echter wat daarvan het rechtsgevolg is: geldt dan alsnog de (resterende) proeftijd gedurende welke de werkgever zonder reden kan ontslaan? Of vervalt deze en verspeelt de werkgever ook zijn recht om verder van de proeftijd gebruik te maken? In de praktijk zal de proeftijd na het voeren van deze procedure al voorbij zijn en zou de werkgever niet meer kunnen ontslaan. Maar zou dat anders zijn dan zou de werkgever vrijwel steeds om een andere reden alsnog ontslaan. De meest redelijke uitleg zou daarom waarschijnlijk de tweede zijn, waarbij niet meer alsnog in de proeftijd kan worden ontslagen.

Vervolgens zij gewezen op het arrest van de Hoge Raad, waarin werd uitgesproken dat een vernietiging van een ontslag op grond van artikel 3:40 BW slechts bij hoge uitzondering mogelijk is.⁴¹ Het ligt voor de hand dat de argumenten die de Hoge Raad tot dit oordeel brachten (met name de preciese regeling van de nietigheidssanctie in het ontslagrecht) in zijn visie ook zullen gelden ook voor ontslag met misbruik van bevoegdheid.

Gelet op het bijzondere karakter van de proeftijd, dat toch een zekere mate van vrijblijvendheid van partijen meebrengt, komt het mij ook anderszins voor dat schadevergoeding in het algemeen een meer voor de hand liggende sanctie is. Doch wellicht is onder omstandigheden herplaatsing wel mogelijk, in welk geval nietigheid niet behoeft te worden uitgesloten.

In zijn aangehaalde artikel gaat Boot uitvoerig in op de vordering van het negatief of positief contractsbelang. Uiteraard zal de ernst van het misbruik van bevoegdheid mede bepalend zijn voor de zwaarte van de sanctie.

5 Conclusie

De conclusie is dat misbruik van bevoegdheid van toepassing kan zijn in het arbeidsrecht in een beperkt aantal gevallen, waarin sprake is van vrijwel onbeperkte bevoegdheden. In het algemeen zal dit het uitoefene-

41. HR 20 maart 1992, JAR 1992, 11 (Nedlloyd), zie uitvoerig de bijdrage van Scholtens en Ten Brink aan deze bundel en ook die van Ingelse.

nen van bevoegdheden door de werkgever betreffen, maar soms heeft ook de werknemer zulke ruime bevoegdheden dat voor beperking in geval van misbruik aanleiding bestaat. Deze mogelijkheid biedt een aanvulling op de criteria van redelijkheid en billijkheid, respectievelijk goed werkgever/werknemerschap door de nadere concretisering die artikel 3:13 BW biedt.

Misbruik van bevoegdheid kan worden toegepast bij ontslag in de proeftijd. Als sanctie lijkt dan in het algemeen de schadevergoeding het meest geschikt.

Artikel 3:40 BW, een (nieuwe) nietigheid in het ontslagrecht?

mrs C.G. Scholtens en Th.P. ten Brink

1 Inleiding

In deze bijdrage zal aandacht worden besteed aan de vraag of met de inwerkingtreding van het (Nieuw) BW per 1 januari 1992 binnen het arbeidsrecht plaats is voor een beroep op de nietigheden als opgenomen in titel 3.2 BW, zulks ingevolge de gelaagde structuur van het BW.

Alvorens de beantwoording van deze vraag aan de hand van het arrest van de Hoge Raad van 20 maart 1992¹ toe te spitsen op de nietigheid van artikel 3:40 BW (strijd met de wet, openbare orde of goede zeden), zal eerst meer in het algemeen een uiteenzetting worden gegeven over de nietigheden in het BW.

2 Nietigheden in het BW

Zoals ook naar Oud BW reeds het geval was, is naar BW niet elke rechtshandeling onvoorwaardelijk geldig. Het betreft hier de rechtshandelingen die nietig (onvoorwaardelijk ongeldig) zijn en de rechtshandelingen die vernietigbaar (voorwaardelijk ongeldig) zijn, welke laatste categorie in het onderstaande overigens grotendeels buiten beschouwing zal worden gelaten.

Nietigheid van een rechtshandeling bestaat uit enkele kracht van de wet. Op de nietigheid behoeft dan ook geen beroep te worden gedaan. Dit impliceert dat de nietigheid door de rechter ambtshalve dient te worden toegepast.

1. HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495 (Nedlloyd/Bras Monteiro c.s.)

Onderscheid dient te worden gemaakt tussen absolute nietigheid en relatieve nietigheid. Wanneer sprake is van absolute nietigheid kan door en tegen een ieder een beroep op de nietigheid worden gedaan. Is sprake van relatieve nietigheid, dan werkt de nietigheid slechts ten gunste (of ten nadele) van bepaalde personen.

Het BW kent in titel 3.2 de navolgende nietigheden:

- eenzijdige ongerichte rechtshandelingen door een handelingsonbekwame (artikel 3:32, lid 2 BW);
- eenzijdige ongerichte rechtshandelingen door een persoon met een geestelijke stoornis (artikel 3:34, lid 2 BW);
- rechtshandelingen die niet in de vereiste vorm zijn geschied (artikel 3:39 jo artikel 3:37, lid 1 BW);
- rechtshandelingen die door inhoud of strekking in strijd zijn met de goede zeden of openbare orde (artikel 3:40, lid 1 BW);
- rechtshandelingen die in strijd zijn met een dwingendrechtelijke wetbepaling (artikel 3:40, lid 2 BW);
- rechtshandelingen tot verkrijging van goederen, die verboden zijn op grond van het bepaalde in artikel 3:43 BW.

Voor alle duidelijkheid wordt opgemerkt, dat de zogenaamde wilsgebreken (bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden, zie artikel 3:44 BW) en de actio pauliana (artikel 3:45 BW) behoren tot de categorie van de vernietigbare rechtshandelingen. Tot deze categorie behoren voorts de dwaling (artikel 6:228 BW) en bepaalde, nader in de wet aangeduide bedingen, welke zijn opgenomen in algemene voorwaarden (artikel 6:233 BW).

Tot slot verdient hier de misbruik van bevoegdheid als geregeld in artikel 3:13 BW vermelding. Strikt genomen is hier noch van een nietige, noch van een vernietigbare rechtshandeling sprake. Wel bepaalt de wet dat degene aan wie een bevoegdheid toekomt, deze bevoegdheid niet kan inroepen, voorzover hij haar misbruikt. Voor een meer uitgebreide behandeling van de misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht zij verwezen naar de bijdrage in deze bundel van Heerma van Voss.

In deze bijdrage echter zijn, zoals de titel al aangeeft, met name de nietigheden genoemd in artikel 3:40, leden 1 en 2 BW van belang.

De wet onderscheidt drie situaties, te weten:

1. Het *verrichten* van de rechtshandeling is in strijd met een dwingende formele wet (art 3:40, leden 2 en 3 BW).
Hier wordt bedoeld op de totstandkomingsfase.
2. De *inhoud* van de rechtshandeling is in strijd met de goede zeden of met de openbare orde (artikel 3:40, lid 1 BW).
De inhoud van de rechtshandeling wordt bepaald door datgene wat partijen hebben verklaard en door datgene wat partijen uit elkaars verklaringen hebben mogen afleiden. In geval van een obligatoire overeenkomst zullen dat de uit de overeenkomst voortvloeiende prestaties zijn.
3. De *strekking* van de rechtshandeling is in strijd met de goede zeden of openbare orde (artikel 3:40, lid 1 BW).
Het begrip "de strekking" bevat een tweetal elementen.
In de eerste plaats ziet het begrip op de strekking die de rechtshandeling heeft voor degene die handelt. Bepalend zijn hier de voor de handelende voorzienbare gevolgen en zijn motieven.
In de tweede plaats ziet het begrip op het vereiste dat de gevolgen of motieven voor anderen kenbaar moeten zijn.
Een en ander betekent, dat gevolgen die uitsluitend de handelende zelf kan voorzien, of motieven die niet naar buiten toe blijken, niet tot de strekking van de rechtshandeling behoren.

Tot slot is hier nog van belang op te merken dat in het BW de conversie van rechtshandelingen is gecodificeerd.

Wanneer een rechtshandeling nietig is, maar haar strekking in een zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling beantwoordt, dat aangenomen moet worden dat partijen deze zouden hebben verricht indien van de nietige wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt de nietige rechtshandeling de werking van de geldige rechtshandeling toe (zie artikel 3:42 BW). Conversie vindt van rechtswege plaats. De rechter kan de bepaling dan ook ambtshalve toepassen.

3 Het arrest Nedlloyd/Bras Monteiro c.s.

Na de algemene uiteenzetting over nietigheden in het BW zal nu worden toegekomen aan de beantwoording van de vraag of artikel 3:40 BW een wijziging ten opzichte van het voor 1 januari 1992 geldende

recht met zich brengt, in die zin dat voor een beroep op dit artikel in het ontslagrecht ruimte is.

Artikel 3:40 BW luidt als volgt:

- "1. Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig.
2. Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, één en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.
3. Het vorige lid heeft geen betrekking op wetsbepalingen die niet de strekking hebbende de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten."

De betekenis van artikel 3:40 BW is dat ook een eenzijdige rechtshandeling, waaronder derhalve begrepen ontslag geven en ontslag nemen, nietig (of vernietigbaar) is wegens strijd met de wet, goede zeden of openbare orde.

Ten opzichte van het oud BW is dit nieuw. In artikel 1373 oud BW werden strijd met wet, goede zeden of openbare orde bestempeld als een ongeoorloofde oorzaak, welke volgens artikel 1371 oud BW een overeenkomst krachteloos (dus nietig) maakte. In het oud BW had één en ander derhalve slechts betrekking op de meerzijdige rechtshandeling (de overeenkomst), als bestaansvereiste voor een overeenkomst als bedoeld in artikel 1356 oud BW, maar niet op een eenzijdige rechtshandeling, zoals ontslag geven en ontslag nemen.

De vraag of niettemin onder het oud BW een ontslag, als eenzijdige rechtshandeling nietig kon zijn, is onderwerp van het geschil geweest in de zaak Nedlloyd/Bras Monteiro c.s.² Bras Monteiro en een groot aantal andere buitenlandse scheepgezellen waren door Nedlloyd, met GAB-vergunning, ontslagen en stelden zich op het standpunt dat die ontslagen nietig waren wegens discriminatie en deswege wegens strijd

2. HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495.

met de wet, de goede zeden en/of de openbare orde onder verwijzing naar de artikelen 1371 en 1373 oud BW. Dit standpunt werd door de kantonrechter Rotterdam in het tussenvonnis van 13 juni 1984 verworpen. De kantonrechter overwoog:

"Daargelaten dat de thans nog geldende bepalingen van het Burgerlijk Wetboek in tegenstelling tot die van het ontwerp Nieuw Burgerlijk Wetboek (3.2.7) niet de nietigheid van een eenzijdige rechtshandeling wegens het ontbreken van een geoorloofde oorzaak kennen, dient te worden opgemerkt dat het thans vigerende arbeidsrecht, zoals gedaagde terecht stelt, een vrijwel sluitend ontslagsysteem kent, zodat voor anticiperende toepassing van het Nieuw Burgerlijk Wetboek op dit punt geen noodzaak bestaat, daargelaten of zulks wenselijk is".

De rechtbank Rotterdam in hoger beroep in het tussenvonnis van 27 juli 1990 volgt, echter zonder expliciet te verwijzen naar de artikelen 1371 en 1373 oud BW, een zelfde gedachtengang en overweegt:

"3.6.

De rechtbank stelt voorop, dat wanneer sprake is van een ontslag in strijd met het non-discriminatiebeginsel, op zichzelf denkbaar is, dat zulks leidt tot nietigheid van dat ontslag, danwel tot kennelijke onredelijkheid. Aangezien hier echter een keuze moet worden gemaakt die, mede in aanmerking genomen de aard van de daarbij betrokken rechtsbelangen - rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en uitvoerbaarheid - niet binnen de rechtsvormende taak van de rechter valt, en het derhalve aan de wetgever is de in aanmerking komende oplossing te kiezen, is de rechtbank van oordeel, dat thans op grond van de na te noemen omstandigheden, de eventuele strijdigheid van de ontslagen met het non-discriminatiebeginsel niet kan leiden tot toewijzing van de primaire vordering (bedoeld wordt de vordering die gebaseerd was op nietigheid; CGS en TPtB).

Dat handelen in strijd met het non-discriminatiebeginsel leidt tot nietige ontslagen, vloeit niet expliciet voort uit de ten deze toepasselijke internationale verdragen, terwijl zulks evenmin voortvloeit uit het Nederlandse ontslagrecht. Een beroep op nietigheid van een ontslag kan immers volgens het geldende Nederlandse ontslagrecht slechts worden ingeroepen in de in artikel 1639e e.v. BW, artikel 6 BBA en de wet op de ondernemingsraden genoemde geval-

len, waarin handelen in strijd met een non-discriminatiebeginsel niet is genoemd. Nu bovendien de litigieuze ontslagen van Bras Monteiro c.s. zijn gegeven met inachtneming van de voor beëindiging van de dienstbetrekking geldende bepalingen (toestemming directeur GAB en inachtneming opzegtermijn) - en derhalve in zoverre in ieder geval sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 1639s BW - zal de rechtbank zich beperken tot de vraag of de ontslagen al dan niet kennelijk onredelijk zijn".

In het arrest van 20 maart 1992 overweegt de Hoge Raad op dit punt:

"Onderdeel I keert zich tegen rov. 3.6, waarin de rechtbank uiteenzet waarom de vordering tot verklaring voor recht dat de ontslagen nietig zijn, niet kan worden toegewezen. Het onderdeel heeft in zijn geheel tot uitgangspunt dat een ontslag "in strijd met het nationaal en internationaal en ook tussen burgers onderling geldende discriminatieverbod bij de wet verboden is en/of strijdig is met de goede zeden en/of openbare orde" en daarom nietig is op grond van de artikelen 1372 en 1373 (oud) BW. Dit uitgangspunt is onjuist, zodat het onderdeel faalt.

Het uitgangspunt is in strijd met het wettelijk stelsel betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Ingevolge artikel 1639o kan iedere partij de dienstbetrekking zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen doen eindigen, zij het dat de partij die aldus handelt schadeplichtig kan zijn. Voorts is er in een aantal nauwkeurig omschreven gevallen sprake van een vorm van nietigheid: artikel 1637ij lid 6, artikel 1639h lid 2-5 (telkens in verbinding met artikel 1639o lid 5), artikel 9 BBA en artikel 21 lid 2 en 3 WOR. In deze bepalingen is veelal voorzien in een korte termijn voor het invoeren van de nietigheid. Met dit stelsel is bezwaarlijk te rijmen dat naast deze bepalingen een ontslag van rechtswege nietig zou zijn wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden is doorgaans tevens kennelijk onredelijk in de zin van artikel 1639s. De rechter heeft dan de mogelijkheid herstel van de dienstbetrekking te gelasten danwel schadevergoeding naar billijkheid toe te kennen en beschikt aldus over beter in voormeld stelsel passende sancties. Bovendien moet worden bedacht dat voor een ontslag dat strijdig is met de wet, de openbare orde of de goede zeden als regel geen toestemming op de voet van het BBA zal worden verkregen. In het

midden kan blijven of onder zeer bijzondere omstandigheden de door het onderdeel voorgestane nietigheid wel met het wettelijk stelsel verenigbaar is, aangezien hier zulke omstandigheden niet zijn gesteld of gebleken."

Hoewel het arrest van 20 maart 1992 is gewezen onder het oud BW, geeft het arrest een duidelijke aanwijzing over de reikwijdte van artikel 3:40 BW. Immers, de Hoge Raad hanteert de specifieke formulering van artikel 3:40 BW ("een ontslag dat in strijd is met de wet, de openbare orde of de goede zeden"). Daarbij heeft de Hoge Raad vastgesteld dat het uitgangspunt van nietigheid van ontslag wegens strijd met de wet, openbare orde of goede zeden, in strijd is met het wettelijk stelsel betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Anders gezegd speelt ook hier de afbakening tussen de algemene leerstukken (de *lex generalis*) en de specifieke regelingen (de *lex specialis*) een rol en vormt het arrest dientengevolge een doortrekking van de lijn welke reeds in twee eerdere arresten door de Hoge Raad was uitgezet over de geslotenheid van het systeem van het ontslagrecht.

In het arrest van 11 mei 1979³ overwoog de Hoge Raad:

"De in artikel 1639s-u gegeven regeling voor het geval één der partijen de dienstbetrekking kennelijk onredelijk doet eindigen, moet (...) gezien het specifieke toetsingscriterium, de genuanceerde uitwerking van de gevolgen en de korte verjaringstermijn - als uitputtend worden beschouwd in de zin dat naast deze regeling voor een toetsing van een ontslag aan artikel 1374, derde lid, resulterend in een herstel van de dienstbetrekking geen plaats is".

Voordien had de Hoge Raad in het arrest van 14 februari 1975⁴ een vonnis van de kantonrechter Zevenbergen vernietigd, waarin de kantonrechter ondanks het feit dat voor het ontslag op staande voet een dringende reden aanwezig werd geacht, toch aan de werknemer een schadevergoeding had toegekend op grond van billijkheidsoverwegingen, omdat zulks onverenigbaar is met het systeem der wet:

3. HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 (HAL/Van Werkhoven).

4. HR 14 februari 1975, NJ 1975, 252; cassatie in het belang der wet).

"(...) inzonderheid met de bepaling van het tweede lid van artikel 1639o BW, die in een geval als het onderhavige, waarin de werknemers wegens een in een verzuim gelegen dringende reden op staande voet is ontslagen, juist de werknemer "schadeplichtig" maakt".

Hoewel de Hoge Raad in het arrest van 20 maart 1992 de geslotenheid van het systeem van het ontslagrecht voorop stelt - en dus een nietigheid met het beroep op artikel 3:40 BW daardoor niet aan de orde zou kunnen komen - laat de Hoge Raad aan het slot van de geciteerde rechtsoverweging voor de toepassing van artikel 3:40 BW toch de deur op een kier staan. Dat betekent dat artikel 3:40 BW "onder zeer bijzondere omstandigheden" mogelijk wel een eigen nietigheidsgrond voor een ontslag kan opleveren. Of dat het geval kan zijn, wordt ook niet door de Hoge Raad bij voorbaat bevestigend beantwoord ("in het midden kan blijven ...") en evenmin, in geval van bevestigende beantwoording, in welke gevallen 3:40 BW een zelfstandige nietigheidsgrond oplevert.

Beziet men het hierboven reeds genoemde arrest van de Hoge Raad van 11 mei 1979 (HAL/Van Werkhoven), dan valt daaruit af te leiden dat de reden waarom buiten het systeem van het ontslagrecht, niet vorderingsrechten aan de algemene leerstukken konden worden ontleend, was ingegeven door het feit dat het ontslagrecht zelf al een effectieve sanctie bevatte.

In het arrest van 20 maart 1992 wordt daarbij, voor wat betreft een ontslag in strijd met de wet, openbare orde of goede zeden, overwogen dat dat "doorgaans tevens kennelijk onredelijk" zal zijn respectievelijk "als regel geen toestemming" ex artikel 6 BBA zal opleveren. Anders gezegd kan uit één en ander worden afgeleid dat een beroep op artikel 3:40 BW niet zozeer moet falen, omdat het ontslagrecht een gesloten systeem bevat, maar omdat het ontslagrecht zelf al, andere, effectieve middelen bevat tegen een ontslag in strijd met wet, openbare orde of goede zeden.

In die redenering zou de kier die de Hoge Raad heeft opengelaten voor de toepassing van artikel 3:40 BW kunnen betekenen dat wanneer het ontslagrecht dergelijke effectieve middelen niet bevat, wel ruimte zou zijn voor de toepassing van artikel 3:40 BW. Als voorbeeld zou daarbij gedacht kunnen worden aan een ontslag tijdens de proeftijd op

een grond, welke in strijd is met wet, openbare orde of goede zeden (bijvoorbeeld discriminatoir ontslag in de zin van artikel 1637ij lid 1 BW), omdat het ontslagrecht daartegen thans geen effectief middel bevat. Het feit dat de artikelen 6 BBA, 1639s en 1639t BW uitdrukkelijk niet van toepassing zijn op ontslag tijdens de proeftijd, sluit op zich de wél toepasselijkheid van artikel 3:40 BW op zo'n ontslag niet uit. Wel blijven de specifieke opzegverboden (van artikel 1639h BW) door de expliciete uitsluiting daarvan in artikel 1639n lid 1 BW uitgesloten en kunnen niet via de omweg van artikel 3:40 BW alsnog tot nietigheid van een ontslag leiden.

Aldus ontstaat toch mogelijk een merkwaardige situatie.

In geval van een ontslag tijdens de proeftijd behoeven op grond van het bepaalde in artikel 1639n BW de voor opzegging geldende bepalingen niet in acht te worden genomen. Dit betekent dat de in artikel 1639h BW, op straffe van nietigheid, opgenomen opzegverboden niet gelden in geval van een dergelijk ontslag.

Wanneer een werknemer geen beroep kan doen op de "reguliere", dat wil zeggen in titel 7A BW opgenomen opzegverboden, bijvoorbeeld in geval van een ontslag tijdens de proeftijd, dan zou artikel 3:40 BW wellicht wel ruimte geven. Immers, alsdan gelden de specifieke (arbeidsrechtelijke) ontslagbeschermingsbepalingen niet en zou teruggevallen dienen te worden op de algemene bepalingen. De bedoeling van de wetgever is echter geweest om in artikel 1639n BW te bepalen, dat in geval van een ontslag tijdens de proeftijd noch voor de werkgever, noch voor de werknemer enige belemmering geldt.

Mogelijkerwijs is de gedachtengang van de wetgever geweest om in de wet een aantal expliciet genoemde opzegverboden, alsmede een effectieve remedie op te nemen. In die gevallen komt aan een werknemer geen beroep op artikel 3:40 BW toe. Waar dit niet het geval is, bijvoorbeeld in de proeftijd, en derhalve een effectieve remedie ontbreekt, kan de nietigheid van het ontslag op grond van artikel 3:40 BW als een soort vangnet fungeren. Aldus zou de regeling van artikel 3:40 BW als een minimumregeling kunnen worden beschouwd.

Tot slot verdient het volgende opmerking.

Nu gezien het arrest van de Hoge Raad van 20 maart 1992 moet worden geoordeeld dat voor de toepassing van artikel 3:40 BW weinig

ruimte is, is het des te opmerkelijker, dat de Hoge Raad op 6 maart 1992 - en daarmee slechts twee weken eerder! - een arrest heeft gewezen⁵, waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat het opnemen van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst is toegelaten. Daarmee lijkt het er op alsof de Hoge Raad het ene algemene leerstuk in het vermogensrecht (te weten het leerstuk van de ontbindende voorwaarde) wel toelaat in het arbeidsrecht, terwijl de Hoge Raad het andere algemene leerstuk in het vermogensrecht (te weten het leerstuk van de nietigheden) niet of, in het beste geval, nauwelijks toelaat in het arbeidsrecht.

In dit verband zij verwezen naar de hierna in deze bundel opgenomen bijdrage van Kuip.

4 Conclusie

Samengevat is de conclusie, dat voor toepassing van artikel 3:40 BW in het ontslagrecht slechts een beperkte rol zal zijn weggelegd en, naar verwachting, alleen in die gevallen dat het systeem van het ontslagrecht niet reeds een, andere, remedie tegen een ontslag in strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden bevat. Daarmee moet het antwoord op de in de titel geformuleerde vraag met de nodige reserves bevestigend luiden.

5. HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509.

De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde

mr S.W. Kuip

1 Inleiding

In deze bijdrage staat de vraag centraal of en zo ja in hoeverre een arbeidsovereenkomst onder een ontbindende voorwaarde kan worden aangegaan. Voor de beantwoording van die vraag wordt eerst nagegaan welke regels het vermogensrecht bevat ten aanzien van ontbindende voorwaarden en welke beperkingen daarin zijn gesteld aan het opnemen van ontbindende voorwaarden in een (arbeids)overeenkomst.¹ In paragraaf 3 wordt een onlangs door de Hoge Raad gewezen arrest besproken, waarin de hiervóór vermelde vraag werd beantwoord. In paragraaf 4 volgt een afrondende beschouwing.

2 De regeling van de ontbindende voorwaarde in het vermogensrecht²

De voorwaardelijke verbintenis is nader geregeld in afdeling 6.5.1 BW. Daarnaast is titel 3.2 BW, gewijd aan rechtshandelingen, op de voorwaardelijke verbintenis van toepassing, met name artikel 3:38 en de artikelen 3:40-42 BW.

Een verbintenis is voorwaardelijk, wanneer bij rechtshandeling haar werking van een *toekomstige onzekere gebeurtenis* afhankelijk is gesteld (artikel 6:21 BW). Het beding dat de werking van een verbintenis afhankelijk stelt van een toekomstige onzekere gebeurtenis, wordt de 'voorwaarde' genoemd. Op het tijdstip van het stellen van de voorwaarde moet zowel subjectief - naar het oordeel van partijen - als

-
1. In deze bijdrage versta ik onder het vermogensrecht zowel boek 3 BW (Vermogensrecht in het algemeen) als boek 6 BW (Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht).
 2. Zie voor een uitvoerige verhandeling over voorwaarden in het vermogensrecht: J.D.A. den Tonkelaar, *Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1983.

objectief - naar algemeen menselijke ervaring - onzeker zijn of de gebeurtenis al dan niet zal plaatsvinden.³ Indien partijen de verbintenis afhankelijk hebben gesteld van een hun onbekende, maar objectief reeds zekere gebeurtenis, geldt de verbintenis als een onvoorwaardelijke.⁴ Bij een voorwaarde kan onzeker zijn *òf* en *wanneer* de gebeurtenis zal plaatsvinden, maar ook kan alleen onzeker zijn *òf*, doch zeker *wanneer* zij eventueel zal plaatsvinden. Indien zeker is *dàt* de gebeurtenis zal plaatsvinden, ongeacht of zeker is *wanneer* dit zal zijn, dan is er sprake van een tijdsbepaling.

De voorwaarden worden onderscheiden in opschortende en ontbindende voorwaarden. In artikel 6:22 BW is bepaald dat een opschortende voorwaarde de werking van de verbintenis eerst met het plaatsvinden van de gebeurtenis doet aanvangen en dat een ontbindende voorwaarde de verbintenis met het plaatsvinden van de gebeurtenis doet vervallen.

Uit deze omschrijving van de ontbindende voorwaarde vloeit voort dat de vervulling van een ontbindende voorwaarde geen terugwerkende kracht heeft. Dit is ook uitdrukkelijk bepaald in het tweede lid van art 3:38 BW. Een en ander betekent een wijziging ten opzichte van artikel 1301 oud BW, waarin bepaald was dat de vervulling van een ontbindende voorwaarde wèl terugwerkende kracht had. Het uitsluiten van de terugwerkende kracht heeft onder meer tot gevolg dat de bepalingen over onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW e.v.) niet van toepassing zijn.

Wanneer de partij die bij niet-vervulling van de ontbindende voorwaarde belang had, die vervulling heeft belet, geldt die voorwaarde als vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen (artikel 6:23 lid 1 BW). Wanneer de partij die bij vervulling van de ontbindende voorwaarde belang had, deze heeft teweeggebracht, geldt die voorwaarde als niet-vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen (art 6:23 lid 2 BW). De twee leden van artikel 6:23 BW verbinden niet zonder meer aan een beletten of een teweegbrengen het daarin beoogde

3. Vgl. Asser-Hartkamp 4 I, De verbintenis in het algemeen, 9e dr., W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1992, p. 147.

4. Toelichting-Meijers in: C.J. van Zeben/J.W. du Pon, Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Kluwer, Deventer 1981, p. 145 (hierna verkort aangehaald als: PG).

gevolg, doch alleen wanneer redelijkheid en billijkheid dit verlangen: "Of dit zo zal zijn, is afhankelijk van de omstandigheden van het betrokken geval, met name van aard en strekking, zowel van de betrokken voorwaarde als van de betrokken belettende of teweegbrengende handeling".⁵

- Nadat een ontbindende voorwaarde is vervuld, is de schuldeiser verplicht de reeds verrichte prestaties ongedaan te maken, tenzij uit de inhoud of strekking van de rechtshandeling anders voortvloeit (artikel 6:24 lid 1 BW). In de Toelichting-Meijers wordt opgemerkt dat dit persoonlijk terugvorderingsrecht uitgesloten kan zijn op grond van de inhoud of de strekking van de rechtsverhouding. Bij contracten die tot prestaties over een lange periode of tot een reeks prestaties verplichten, kan in het algemeen worden aangenomen dat naar de strekking van de overeenkomst het over en weer reeds geleverde niet kan worden teruggevorderd.⁶ Een voorbeeld van een zodanig contract vormt de arbeidsovereenkomst.⁷

Het eerste lid van artikel 3:38 BW vormt een belangrijk voorschrift in verband met de vraag, of een ontbindende voorwaarde in een (arbeids)overeenkomst kan worden opgenomen. Dit voorschrift luidt: "Tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit, kan een rechtshandeling onder een tijdsbepaling of een voorwaarde worden verricht". Daaruit volgt dat in beginsel elke rechtshandeling onder een ontbindende voorwaarde kan worden verricht.⁸ In beginsel, omdat uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders kan voortvloeien. In de Toelichting-Meijers wordt hieromtrent het volgende opgemerkt:

"Vooral bij eenzijdige rechtshandelingen als opzeggingen⁹, ver-

5. Toelichting-Meijers, PG Boek 6, p. 147.

6. Toelichting-Meijers, PG Boek 6, p. 150.

7. Vgl. Asser-Hartkamp 4 I, De verbintenis in het algemeen, 9e dr., W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1992, p. 160.

8. Toelichting-Meijers, PG Boek 6, p. 144.

9. Zie voor een meer genuanceerde opvatting de Memorie van Antwoord II, PG Boek 3, p. 187/188: 'Inderdaad schijnt een opzegging onder voorwaarde in beginsel ontoelaatbaar, zij het dat uitzonderingen denkbaar zijn. Men denke aan een opzegging onder opschortende voorwaarde waarbij de opzegtermijn eerst gaat lopen vanaf de vervulling

werpingen, testamentaire voogdijbenoemingen, is het duidelijk, dat de aard der rechtshandeling onvoorwaardelijke verklaringen verlangt. Echter bij sommige meerzijdige rechtshandelingen is dit eveneens het geval: bij een huwelijk b.v. verbiedt de aard der rechtshandeling, dat er voorwaarden of lasten gesteld worden. Bij de obligatoire overeenkomsten verzet daarentegen de aard der rechtshandeling zich geenszins tegen de toevoeging van tijdsbepalingen, voorwaarden of lasten".¹⁰

Uit de laatst aangehaalde zin kan worden opgemaakt dat de aard van een obligatoire (arbeids)overeenkomst zich geenszins verzet tegen de toevoeging van ontbindende voorwaarden. Dit laat de vraag open, of, mogelijk, voor de arbeidsovereenkomst 'uit de wet anders voortvloeit'. Blijkens een opmerking van de regeringscommissaris Snijders omvat de formulering 'tenzij uit de wet anders voortvloeit' zowel het geval, dat de wet uitdrukkelijk anders bepaalt als het geval, dat uit de strekking van een wetsartikel of uit het stelsel van de wet door een combinatie van méér artikelen anders voortvloeit.¹¹ Deze formulering is in artikel 3:38 lid 1 BW opgenomen, omdat de uitzonderingen vrijwel altijd impliciet uit de wet voortvloeien en niet expliciet in de wet zijn bepaald.

Ik wijs er ten slotte op dat wat de ontbindende voorwaarden in strijd met de goede zeden of de openbare orde betreft, de invloed van zodanige voorwaarden op de geldigheid van de (arbeids)overeenkomst wordt bepaald door artikel 3:40 BW.¹²

van die voorwaarde, niet reeds vanaf het tijdstip van de opzegging'.

10. Toelichting-Meijers, PG Boek 3, p. 185.

11. Opmerking regeringscommissaris Snijders, PG Boek 3, p. 189.

12. Toelichting-Meijers, PG Boek 3, p. 186.

3 De Hoge Raad over de arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde

Onlangs heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de toelaatbaarheid van het opnemen van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst.¹³ De casus was als volgt.

Een arts was met ingang van 13 maart 1989 in dienst getreden van een maatschap op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (tot 28 februari 1990), teneinde als waarnemend gynaecoloog werkzaamheden te verrichten in twee ziekenhuizen. Het bestuur van die ziekenhuizen had de arts daartoe toestemming verleend. In de arbeidsovereenkomst tussen de arts en de maatschap was de ontbindende voorwaarde opgenomen, dat de overeenkomst zou eindigen zodra de toestemming door het bestuur van de ziekenhuizen zou worden ingetrokken. Dit geschiedde bij brief van 13 februari 1990, omdat de arts naar het oordeel van het bestuur van de ziekenhuizen de grenzen van het toelaatbare meermalen had overschreden. Vervolgens rees de vraag of de arbeidsovereenkomst van de arts met de maatschap door het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde was geëindigd. De rechtbank te Middelburg beantwoordde die vraag bevestigend. De arts kon zich met dit standpunt van de rechtbank niet verenigen en stelde beroep in cassatie in. In het cassatiemiddel voerde de arts de stelling aan dat een in een arbeidsovereenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde wegens het gesloten stelsel van de regels betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst rechtskracht ontbeert. Deze stelling achtte de Hoge Raad onjuist:

"Een ontbindende voorwaarde kan, maar behoeft niet noodzakelijk met dit stelsel onverenigbaar te zijn, waarbij van geval tot geval moet worden bezien in hoeverre de strekking van voormelde regels tot nietigheid van de ontbindende voorwaarde leidt. Zulks strookt ook met het bepaalde in artikel 7A:1639e leden 3 en 4

13. HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509, m.n. PAS. Zie omtrent dit arrest: M.G. Rood, TVVS 1992, p. 161; J.G.F.M. Hoffmans, Bedrijfsjuridische berichten 1992, p. 89; D. Christe, De Volkskrant 20 juni 1992, p. 18; idem, Hoge Raad billijkt ontbindende voorwaarde in ontslagrecht, SR 1992, p. 342; J. Pel, Adv.bl. 1992, p. 384; E.W. de Groot, Hoe open is het ontslagrecht? De ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst, NJB 1992, p. 1225 en S.W. Kuip, De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde: onzekerheid troef, SMA 1993, p. 163.

BW, waarin slechts de geldigheid van de daar bedoelde ontbindende voorwaarden wordt uitgesloten".¹⁴

Uit deze overwegingen kan worden opgemaakt dat de Hoge Raad de opvatting, dat het stelsel van regels betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst een gesloten systeem vormt, niet onderschrijft, althans niet voor wat betreft de ontbindende voorwaarde.¹⁵ De Hoge Raad sluit immers niet uit dat een arbeidsovereenkomst door de vervulling van een ontbindende voorwaarde eindigt; dit 'ondanks' het feit dat de ontbindende voorwaarde niet als afzonderlijke wijze van eindigen in het stelsel van regels betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is geregeld. Ik heb de term 'ondanks' tussen aanhalingstekens geplaatst omdat de Hoge Raad naar alle waarschijnlijk tot deze uitspraak is gekomen juist op grond van het feit dat terzake een bijzondere arbeidsrechtelijke regeling ontbreekt. De Hoge Raad heeft de ontbindende voorwaarde als wijze van eindigen van een arbeidsovereenkomst in beginsel toelaatbaar kunnen achten, omdat (1) in de regels betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst geen bijzondere - van de algemene vermogensrechtelijke regels afwijkende - regeling is getroffen met betrekking tot de ontbindende voorwaarde als wijze van eindigen en (2) slechts enkele ontbindende voorwaarden in het derde en vierde lid van artikel 1639e BW met nietigheid worden bedreigd. De achterliggende gedachte lijkt te zijn dat, nu in de ontslagrechtelijke voorschriften een (uitputtende) bijzondere regeling van de ontbindende voorwaarde ontbreekt, het systeem van het Burgerlijk Wetboek, met name de gelaagde structuur, met zich brengt dat de algemene vermogensrechtelijke bepalingen van toepassing zijn.¹⁶

14. HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509, p. 2056, onder 3.3 (curs. S.K.).

15. Anders dan de Hoge Raad: Y. Konijn in haar noot onder Ktg. Zaandam 19 juni 1980, Prg. 1981, nr. 1624; L.H. van den Heuvel, De redelijkheidstoetsing van ontslagen, diss., Kluwer, Deventer 1983, p. 139 en T.W.J. Phaff, Naar een nieuw ontslagrecht, diss., Gouda Quint, Arnhem 1986, p. 149.

16. Vgl. T. van Peijpe, Hoe bijzonder is de arbeidsovereenkomst?, in: Het Nieuw BW in functie. De invloed van het nieuwe vermogensrecht op tien bijzondere rechtsgebieden, A.G. Castermans e.a. (red.), Gouda Quint, Arnhem 1992, p. 41.

In dit opzicht verschilt deze uitspraak van het twee weken later door de Hoge Raad gewezen arrest in de Nedlloyd-zaak.¹⁷ In die zaak ging het onder meer om de vraag of een discriminatoir ontslag nietig kan zijn wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden op basis van het algemene vermogensrecht (artikel 1371 en 1373 oud BW; thans: artikel 3:40 BW), ondanks het feit dat het wettelijk stelsel betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor een dergelijk geval niet zelf in een nietigheidssanctie voorziet. De Hoge Raad heeft hier beslist, onder meer op grond van het feit dat in het wettelijk stelsel betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst nauwkeurig is omschreven in welke gevallen sprake is van nietigheid, dat het met dit stelsel bezwaarlijk is te rijmen dat naast deze gevallen een ontslag van rechtswege nietig zou zijn wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden. In de Nedlloyd-zaak werd dus de toepassing van de algemene vermogensrechtelijke regels onder meer belet door de nauwkeurige bijzondere regeling van de nietigheidssanctie in het wettelijk stelsel betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.¹⁸ In een arrest uit 1979 had de Hoge Raad al eens eerder beslist dat een vordering op basis van het algemene verbintenissenrecht geen kans van slagen heeft, wanneer de ontslagrechtelijke bepalingen daarvoor een uitputtende regeling bevatten.¹⁹ Zoals gezegd, bij de ontbindende voorwaarde ontbreekt die bijzondere ontslagrechtelijke regeling, zodat de algemene vermogensrechtelijke regels terzake van toepassing zijn.

Uit de hiervóór aangehaalde passage uit het arrest betreffende de ontbindende voorwaarde blijkt dan ook dat de Hoge Raad nauwgezet de tekst van artikel 3:38 lid 1 BW heeft gevolgd: tenzij uit de strekking van de regels betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst of uit het stelsel van die regels anders voortvloeit, kan een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarden worden verricht.

17. HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495, m.n. PAS. Zie omtrent dit arrest: G.J.J. Heerma van Voss, Discriminatoir ontslag niet nietig, NJCM-Bulletin 1992, p. 650 en de bijdrage van C.G. Scholtens en Th.P. ten Brink, opgenomen in deze publicatie.

18. De Hoge Raad houdt evenwel een slag om de arm: 'In het midden kan blijven of onder zeer bijzondere omstandigheden de door het onderdeel voorgestane nietigheid wel met het wettelijk stelsel verenigbaar is, aangezien hier zulke omstandigheden niet zijn gesteld of gebleken'.

19. HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441, m.n. PAS. (HAL-Van Werkhoven).

De Hoge Raad is met de rechtbank te Middelburg van oordeel dat voor nietigheid van de ontbindende voorwaarde in verband met de strekking van de regels betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in het onderhavige geval geen plaats is:

"nu het gaat om een arbeidsovereenkomst met een arts, die bij vervulling van de voorwaarde wegens het ontbreken van een mogelijkheid van praktijkuitoefening in het ziekenhuis vrijwel geheel doel zou missen, terwijl die vervulling ook niet door de als werkgever optredende maatschap kan worden tot stand gebracht en, zo zij door deze werkgever in de hand zou zijn gewerkt, niet meer door deze zou kunnen worden ingeroepen".²⁰

De Hoge Raad vermeldt in deze overweging niet waarom hij de betrokken ontbindende voorwaarde verenigbaar acht met de strekking van de regels betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In dit verband kan in het bijzonder worden gedacht aan artikel 1639w BW, dat toch vooral in de wet is opgenomen om een partij de mogelijkheid te bieden zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden, omdat zich veranderingen in de omstandigheden hebben voorgedaan, die van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. Ik veronderstel dat de Hoge Raad hier geen overweging aan heeft gewijd, omdat het indienen van een ontbindingsverzoek ex artikel 1639w BW voor de maatschap geen reële mogelijkheid was.²¹ Immers op de dag dat de maatschap van de veranderingen in de omstandigheden vernam, te weten op 13 februari 1990, kon zij in feite met een ontbindingsverzoek niet meer bewerkstelligen dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst nog zou ontbinden vóór 27 februari 1990. Met ingang van die datum had de kantonrechter namelijk reeds de arbeidsovereenkomst op verzoek van de arts ontbonden. Van belang is in dit verband dat de ontbinding ex artikel 1639w BW niet met terugwerkende kracht kan worden uitgesproken.²² Ik laat hier in het midden in hoeverre er in het onderhavige geval sprake was van een

20. HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509, p. 2056, onder 3.3.

21. Anders: M.G. Rood, t.a.p., p. 162.

22. Vgl. HR 26 mei 1966, NJ 1966, 345 en HR 15 oktober 1982, NJ 1983, 79.

ernstige vorm van wanprestatie van de arts, nu ook de ontbinding wegens wanprestatie niet (meer) met terugwerkende kracht kan worden uitgesproken (artikel 1639x jo. artikel 6:269 BW).²³

Als argument vóór de stelling dat voor de nietigheid van de ontbindende voorwaarde in een geval als het onderhavige geen plaats is, voert de Hoge Raad aan *dat de arbeidsovereenkomst met de arts bij de vervulling van die voorwaarde, wegens het ontbreken van de mogelijkheid voor de arts om zijn arbeidsprestatie te leveren, vrijwel geheel doel zou missen*. De Hoge Raad relateert aldus de geldigheid van een ontbindende voorwaarde aan het doel van de arbeidsovereenkomst. Als één van die doelen van de arbeidsovereenkomst geldt het verrichten van arbeid door de werknemer (vgl. artikel 1637a BW).

Uit dit argument zou kunnen worden opgemaakt dat geen sprake is van een nietige ontbindende voorwaarde, wanneer de werknemer het verrichten van arbeid vrijwel geheel onmogelijk wordt gemaakt door het plaatsvinden van de, als ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst omschreven, onzekere gebeurtenis. Deze stelling is echter in zijn algemeenheid niet juist. Ook bijvoorbeeld door ziekte wordt de arbeider het verrichten van arbeid (vrijwel) geheel onmogelijk gemaakt. Toch zal de ontbindende voorwaarde die ziekte van de arbeider als toekomstige onzekere gebeurtenis omschrijft, gelet op de strekking van het terzake geldende ontslagverbod in artikel 1639h lid 3 BW, niet geldig zijn.

Tevens zou uit dit argument kunnen worden afgeleid dat, wanneer de werknemer het verrichten van arbeid niet geheel onmogelijk wordt gemaakt door het plaatsvinden van de, als ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst omschreven, onzekere gebeurtenis, de ontbindende voorwaarde in dat geval nietig is. Deze stelling is mijns inziens moeilijker te ontcrachten. Wat hiervan zij, in ieder geval kan uit het argument van de Hoge Raad worden opgemaakt dat aan de aard en de strekking van de ontbindende voorwaarde in relatie tot het doel van de arbeidsovereenkomst een belangrijke betekenis toekomt bij de beoordeling van de vraag of de ontbindende voorwaarde al dan niet geldig is.

Aan het eerder genoemde argument voegt de Hoge Raad toe dat de vervulling van die ontbindende voorwaarde ook niet door de maatschap

23. Vgl. T. Hartlief, Is er toekomst voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie?, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1992, p. 158/159.

kan worden tot stand gebracht en, zo zij door de maatschap in de hand zou zijn gewerkt, niet meer door haar zou kunnen worden ingeroepen. Hieruit blijkt dat de Hoge Raad het tweede lid van artikel 6:23 BW heeft geraadpleegd. Deze bepaling luidt immers: 'Wanneer de partij die bij de vervulling belang had, deze heeft teweeggebracht, geldt de voorwaarde als niet vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen'. Indien ik de overweging van de Hoge Raad met behulp van dit voorschrift parafraseer, beslist de Hoge Raad als volgt. De maatschap die bij de vervulling van de ontbindende voorwaarde belang had²⁴, kon de ontbindende voorwaarde niet teweegbrengen. Maar zou de maatschap de vervulling van die voorwaarde hebben bewerkstelligd, dan verlangen redelijkheid en billijkheid dat de voorwaarde als niet-vervuld geldt en daardoor niet meer door de maatschap kan worden ingeroepen. Deze parafrase maakt duidelijk dat de Hoge Raad hier niet heeft beslist, dat iedere ontbindende voorwaarde nietig is, indien de vervulling van die voorwaarde door de werkgever *kan* worden teweeggebracht, dan wel door de werkgever in de hand *is* gewerkt.²⁵ Veel-er volgt er uit dat de Hoge Raad (ten overvloede²⁶) ook nog heeft gezien of de ontbindende voorwaarde mogelijk als niet-vervuld geldt. De Hoge Raad sluit deze mogelijkheid uit, omdat naar zijn oordeel de vervulling van die voorwaarde niet door de maatschap tot stand kon worden gebracht. Dit heeft met de nietigheid van de ontbindende voorwaarde niets te maken. Een ontbindende voorwaarde waarvan de vervulling door de werkgever is teweeggebracht, is niet nietig. Een zodanige voorwaarde kan als niet-vervuld gelden, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen. De overwegingen van de Hoge Raad zijn volledig conform het tweede lid van artikel 6:23 BW.

Ten slotte ging de Hoge Raad in op de klacht van de arts, dat het intrekken van de toestemming door het bestuur van de ziekenhuizen (om de gynaecologische praktijk uit te oefenen) een schijnhandeling was, omdat het bestuur daar geen enkel belang bij had. De rechtbank te Middelburg had daaromtrent beslist dat de gestelde onrechtmatigheid van het handelen van het bestuur in de onderhavige procedure zonder

24. De kantonrechter had de arts namelijk bij de ontbinding op zijn verzoek een aanmerkelijke vergoeding (f 200.000,-) toegekend, ten laste van de maatschap.

25. Wèl in die zin: M.G. Rood, t.a.p., p. 162, lk en J.G.F.M. Hoffmans, t.a.p., p. 90, rk.

26. Aangezien de werknemer voor het eerst in cassatie had gesteld (en derhalve te laat, aangezien een oordeel hierover nauw verweven is met de feiten) dat de werkgever de ontbindende voorwaarde zelf had teweeggebracht.

belang is, omdat de arbeidsovereenkomst ingevolge de ontbindende voorwaarde eindigt op het moment dat het bestuur de toestemming intrekt, onverschillig of het bestuur daardoor onrechtmatig handelt. Deze beslissing van de rechtbank is volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk en behoefde naar zijn oordeel geen nadere motivering. Hieruit volgt dat wanneer in een arbeidsovereenkomst een ontbindende voorwaarde is opgenomen die afhankelijk is gesteld van een beslissing van een derde, het in de procedure omtrent het eindigen van de arbeidsovereenkomst geen zin heeft te klagen over de wijze waarop de beslissing van die derde tot stand is gekomen. De arts had zijn verwijten beter kunnen richten aan het adres van de maatschap, die partij was bij de arbeidsovereenkomst. Hij had daarmee vooral succes kunnen hebben indien hij bij de lagere rechterlijke instanties had aangetoond, dat de maatschap de vervulling van de ontbindende voorwaarde in de hand had gewerkt. Het probleem is daarbij echter, dat de arts dit niet of nauwelijks kan bewijzen.

4 Afrondende beschouwing

Uit het hiervóór besproken arrest van de Hoge Raad kan worden opgemaakt dat de vraag, of een bepaalde ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst werkelijk effect kan sorteren, afhangt van het antwoord op een tweetal vragen.

In de eerste plaats moet worden nagegaan of de ontbindende voorwaarde verenigbaar is met de strekking van de regels betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Indien komt vast te staan dat de betreffende ontbindende voorwaarde niet verenigbaar is met de strekking van die regels, dan leidt dit tot de nietigheid van de ontbindende voorwaarde. Uit het arrest kan worden afgeleid dat de Hoge Raad ontbindende voorwaarden in beginsel verenigbaar acht met de strekking van artikel 6 BBA (het algemene beëindigingsverbod).²⁷ Tevens volgt uit het arrest dat de Hoge Raad ontbindende voorwaarden in beginsel verenigbaar acht met de strekking van de artikelen 1639h lid

27. Anders: A-G Loeff die in zijn conclusie bij HR 13 november 1959, NJ 1960, 61, p. 131, rk opmerkt, dat een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst geen effect kan sorteren op grond van het bepaalde in art. 6 j° art. 9 BBA.

1, 1639i en 1639j BW (de aanzegdag en de termijn van opzegging).²⁸ Ware dit anders, dan had de Hoge Raad in het onderhavige geval tot het oordeel moeten komen dat de betrokken ontbindende voorwaarde niet verenigbaar was met die voorschriften en had hij de nietigheid van die voorwaarde moeten vaststellen. Immers, de betrokken ontbindende voorwaarde ontnam de arts zowel de mogelijkheid van een preventieve toetsing van de reden van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening als de hem, ingevolge het BW, toekomende termijn om elders werk te zoeken. Een ontbindende voorwaarde zal waarschijnlijk in de opvatting van de Hoge Raad eerst dan onverenigbaar zijn met de strekking van die voorschriften, indien uit de formulering van de ontbindende voorwaarde kan worden opgemaakt dat ontduiking van die voorschriften (door de belanghebbende partij) is beoogd. Een zelfde opmerking geldt ontbindende voorwaarden waarmee gepoogd wordt de bijzondere opzeggingsverboden te ontgaan. Als voorbeeld kan worden gedacht aan de ontbindende voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, zodra de arbeider ziek wordt. Aangenomen mag worden dat deze voorwaarde nietig is wegens strijd met artikel 1639h lid 3 BW, nu daarin is bepaald dat de werkgever niet kan opzeggen gedurende de tijd, dat de arbeider ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, tenzij de ongeschiktheid ten minste twee jaren heeft geduurd.²⁹ De vraag rijst echter of een ontbindende voorwaarde die op zich zelf verenigbaar is met de strekking van de regels betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, toch nietig moet worden geacht omdat zij het einde van de arbeidsovereenkomst zou bewerkstelligen in een periode, waarin opzegging krachtens een bijzonder opzeggingsverbod niet is toegelaten. Daarbij kan worden gedacht aan de ontbindende voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, indien de arbeider er niet in slaagt om op een

28. Anders: E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, 3e dr., H.D. Tjeenk Willink, Haarlem 1924, p. 194. Meijers stelt dat partijen bevoegd zijn om in een arbeidsovereenkomst bepaalde feiten als dringende redenen aan te merken, omdat geen enkel wetsvoorschrift dit verbiedt: 'Nochtans mag door het uitsluiten of het vaststellen van dringende redenen bij overeenkomst voor den werkgever de gelegenheid om de arbeidsovereenkomst te doen eindigen niet belangrijk gunstiger worden dan voor den arbeider'. Anders zou volgens Meijers art. 1639i BW (te) gemakkelijk kunnen worden ontlopen. Deze restrictie geldt m.i. ook voor ontbindende voorwaarden!

29. Zie voor een reeks voorbeelden: E.W. de Groot, t.a.p., p. 1228 en D. Christe, t.a.p., p. 345.

bepaald tijdstip een door de werkgever wenselijk geacht diploma te behalen. De arbeider is evenwel op het bepaalde tijdstip ziek, terwijl hij er niet in is geslaagd het diploma te behalen. Geldt dan de ontbindende voorwaarde of vigeert het bijzondere opzeggingsverbod? Uit het arrest van de Hoge Raad vloeit voort dat door het in vervulling gaan van deze ontbindende voorwaarde in beginsel de arbeidsovereenkomst is geëindigd. In beginsel, omdat blijkens het arrest tevens van belang is, of de vervulling van de ontbindende voorwaarde tot gevolg heeft dat de arbeidsovereenkomst vrijwel geheel doel zou missen. In de casus met de arts werd dit althans als argument gebruikt voor het aannemen van de rechtsgeldigheid van de ontbindende voorwaarde. In het hiervóór gegeven voorbeeld zou het, omgekeerd, een argument kunnen vormen voor het aannemen van de nietigheid van de ontbindende voorwaarde, nu de werkgever het diploma 'slechts' wenselijk heeft geacht voor het uitoefenen van de functie, terwijl de arbeider de functie ook zonder dit diploma heeft uitgeoefend en blijkbaar heeft kunnen uitoefenen. Het doel van de arbeidsovereenkomst wordt met andere woorden op geen enkele wijze belemmerd door het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde (niet-behalen diploma). De zaak zou dan anders kunnen liggen, indien het diploma door de wet wordt vereist.

In de tweede plaats dient te worden gezien of de belanghebbende partij de vervulling van de ontbindende voorwaarde teweg heeft gebracht. Indien komt vast te staan dat de belanghebbende partij de vervulling van de ontbindende voorwaarde teweg heeft gebracht, geldt die voorwaarde als niet vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen. Aangenomen mag worden dat redelijkheid en billijkheid verlangen dat een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst niet kan worden ingeroepen door de werkgever, die als belanghebbende partij de vervulling van die voorwaarde tot stand heeft gebracht. Hiervóór heb ik er reeds op gewezen dat de wederpartij veelal moeite zal hebben het bewijs te leveren van de actieve rol van de belanghebbende partij bij de vervulling van de voorwaarde.

Het arrest van de Hoge Raad heeft in de literatuur weinig bijval geogst.³⁰ Als punt van kritiek wordt onder meer aangevoerd dat de

30. Kritisch onder meer: M.G. Rood, t.a.p., p. 162; E.W. de Groot, t.a.p., p. 1232; D. Christe, t.a.p., p. 347 en S.W. Kuip, t.a.p., p. 163.

wettelijke ontslagbescherming van de werknemer door deze uitspraak wordt uitgehold. Een ander punt van kritiek betreft de rechtsonzekerheid die door het arrest van de Hoge Raad wordt teweeggebracht. Een ding is zeker: de werknemer die een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde aangaat, is z'n toekomst niet zeker!

Opschortingsrechten in de relatie werkgever/werknemer

mrs V. Disselkoen en C.J. Herman de Groot

1 Algemene opschortingsrechten

De algemene opschortingsrechten zijn geregeld in titel 1 afdeling 7 van boek 6 BW, waarin naast het artikel dat het opschortingsrecht toekent - artikel 52 - algemene regels zijn opgenomen die voor alle opschortingsrechten gelden (voorzover daarvan niet elders is afgeweken).

Artikel 6:52

- "1. Een schuldenaar die een opeisbare vordering heeft op zijn schuldeiser, is bevoegd de nakoming van zijn verbintenis op te schorten tot voldoening van zijn vordering plaatsvindt, indien tussen vordering en verbintenis voldoende samenhang bestaat om deze opschorting te rechtvaardigen.
2. Een zodanige samenhang kan onder meer worden aangenomen in geval de verbintenissen over en weer voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding of uit zaken die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan."

Wil de schuldenaar bevoegd kunnen opschorten, dan dient derhalve te zijn voldaan aan de volgende voorwaarden:

- De vordering die de schuldenaar heeft op de schuldeiser is opeisbaar [een uitzondering geldt wanneer sprake is van anticipatory breach (artikel 80), of de situatie waarin artikel 263 voorziet (onzekerheidsexceptie) of wanneer de opeisbaarheid niet meer bestaat als gevolg van verjaring (artikel 56)];
- Er wordt opgeschort totdat de voldoening van de vordering van de schuldenaar plaatsvindt of als na omzetting vervangende schadevergoeding wordt betaald;
- Er bestaat voldoende samenhang om opschorting te rechtvaardigen (in lid 2 van artikel 52 wordt aangegeven dat een zodanige samenhang onder meer kan worden aangenomen in geval de verbintenis-

sen over en weer voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding of uit zaken die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan).

De samenhang moet van dien aard zijn, dat de ene partij in strijd met redelijkheid en billijkheid zou handelen indien zij de ander tot nakoming zou willen dwingen zonder nakoming van haar eigen verbintenis aan te bieden, zoals de oorspronkelijke tekst van artikel 6.1.6.19 lid 1 (O.M.) luidde. De thans gekozen formule "volgende samenhang om deze opschorting te rechtvaardigen" zal, aldus de Memorie van Antwoord, in de praktijk niet tot andere uitkomsten dan de oorspronkelijke ("redelijkheid en billijkheid") leiden. Daarin wordt ook gesteld dat, indien de opschorting in beginsel gerechtvaardigd is, hetzij op grond van artikel 6:52 hetzij op grond van artikel 6:262 (waarover hierna meer), of enige andere bijzondere bepaling, het nog zo kan zijn dat de uitoefening ervan in de gegeven omstandigheden geheel of voor een deel van de vordering onaanvaardbaar is naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, bedoeld in artikel 6:2 lid 2 of artikel 6:248 lid 2. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer de verhindering van de ene partij van voorzienbaar korte duur is en de opschorting door de andere partij hem een onevenredig grote schade zou toebrengen, of wanneer de schuldenaar een geringe tekortkoming van de schuldeiser aangrijpt om zelf de nakoming zo lang mogelijk uit te stellen. Voorts kunnen de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat schuldenaar duidelijk aangeeft op welke gronden hij zich op het opschortingsrecht beroept (M.v.A. II bij artikel 6.1.6A.1 lid 1).

In die gevallen waarin de schuldenaar een beroep doet op een opschortingsrecht, zal zijn eigen verbintenis opeisbaar zijn. Behoeft hij (nog) niet te presteren, dan heeft de schuldenaar het opschortingsrecht immers niet nodig.

De bevoegdheid tot opschorting bestaat, op grond van artikel 6:54, niet:

- voorzover de nakoming van de verbintenis van de wederpartij wordt verhinderd door schuldeisersverzuim;
- voorzover de nakoming van de verbintenis blijvend onmogelijk is;
- voorzover op de vordering van de wederpartij geen beslag is toegelaten.

2 Bijzondere opschortingsrechten (excepties)

De bevoegdheden tot opschorting van de nakoming van verbintenissen uit een wederkerige overeenkomst zijn apart vastgelegd in de artikelen 6:262 (*exceptio non adimpleti contractus*) en 6:263 (de onzekerheids-exceptie).

Artikel 6:262

- "1. Komt een der partijen haar verbintenis niet na, dan is de wederpartij bevoegd de nakoming van haar daartegenoverstaande verplichtingen op te schorten.
2. Ingeval van gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming is opschorting slechts toegelaten, voorzover de tekortkoming haar rechtvaardigt."

Artikel 6:263

- "1. De partij die verplicht is het eerst te presteren, is niettemin bevoegd de nakoming van haar verbintenis op te schorten, indien na het sluiten van de overeenkomst te harer kennis gekomen omstandigheden haar goede grond geven te vrezen dat de wederpartij haar daartegenoverstaande verplichting niet zal nakomen.
2. In het geval er goede grond bestaat te vrezen dat slechts gedeeltelijk of niet behoorlijk zal worden nagekomen, is de opschorting slechts toegelaten voorzover de tekortkoming haar rechtvaardigt."

De *exceptio non adimpleti contractus* (e.n.a.c.) van artikel 6:262 vormt de toepassing van artikel 6:52 op wederkerige overeenkomsten, en komt dus toe aan degene die een opeisbare vordering heeft tegen een wederpartij die gelijktijdig of als eerste moet presteren, maar haar verbintenis niet nakomt. Daarbij is niet nodig dat sprake is van een tekortkoming of toerekenbaarheid.

De onzekerheidsexceptie van artikel 6:263 vormt een aanvulling op artikel 6:52 en komt toe aan degene die zelf als eerste moet presteren, indien deze op grond van na het sluiten van de overeenkomst te zijner kennis gekomen omstandigheden, goede grond heeft te vrezen dat de wederpartij zijn corresponderende verplichting niet zal nakomen.

Beide excepties zijn opschortingsrechten in de zin van Afdeling 6.1.7. en vallen onder de in die afdeling gegeven algemene bepalingen.

Nu de excepties niet alleen fungeren als pressiemiddel tot nakoming, maar tevens dienen als inleiding tot ontbinding van de overeenkomst, is in artikel 6:264 echter bepaald, dat de artikelen 6:54 onder b en c en 6:55 op de excepties niet van toepassing zijn. Dit betekent dat:

- de exceptie ook mag worden ingeroepen wanneer nakoming door de wederpartij blijvend onmogelijk is;
- de exceptie ook mag worden ingeroepen wanneer op de vordering van de wederpartij geen beslag is toegelaten;
- de exceptie in principe niet vervalt door zekerheidsstelling.

Bij vergelijking van de artikelen 6:262 en 263 enerzijds met artikel 6:52 anderzijds valt nog een verschil op.

Blijkt uit artikel 6:52 dat het gebruik maken van een opschortingsrecht slechts is toegestaan voorzover dat niet in strijd komt met de redelijkheid en de billijkheid ("voldoende samenhang om deze opschorting te rechtvaardigen"), in de artikelen 6:262 en 6:263 lijken de redelijkheid en billijkheid slechts een rol te spelen wanneer sprake is van gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming (in welk geval opschorting slechts is toegelaten voorzover de tekortkoming haar rechtvaardigt).

Meijers merkt in zijn toelichting bij artikel 6.5.4.2. op dat de partij jegens wie in het geheel niet wordt nagekomen, vrijwel steeds gerechtigd zal zijn de nakoming harerzijds geheel op te schorten. Slechts bij uitzondering kan deze houding in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid genoemd in de artikelen 6:2 en 6:248 (6.1.1.2. en 6.5.3.1.), aldus Meijers.

3 Gevolgen van het gebruikmaken van een opschortingsbevoegdheid/exceptie

Maakt de schuldenaar op goede gronden gebruik van zijn opschortingsbevoegdheid, dan is er geen tekortkoming in de niet nakoming van zijn verbintenis. De schuldeiser kan dus geen nakoming vragen, geen schadevergoeding (artikel 6:74) vorderen en heeft evenmin recht op ontbinding (artikel 6:265).

Is de oorzaak van niet nakoming aan de schuldeiser toe te rekenen, dan komt de schuldeiser bovendien in schuldeisersverzuim (artikel 6:59),

als gevolg waarvan de schuldenaar ook de bepalingen van Afdeling 6.1.8. kan invoeren.

Beroept de schuldenaar zich ten onrechte op het opschortingsrecht, dan wordt niet nakoming van zijn zijde niet door een bevoegde opschorting gedekt, zodat aan de kant van de schuldenaar sprake is van tekortkoming, met alle gevolgen van dien.

4 Opschortingsrechten en arbeidsovereenkomst

Voldoende samenhang (artikel 52) / tegenover elkaar staande verplichtingen (artikel 6:262, 263)

In artikel 6:52 lid 2 is aangegeven in welke gevallen sprake kan zijn van voldoende samenhang van de (op te schorten) verbintenis en de vordering (waarvan nakoming dient plaats te vinden): voldoende samenhang kan onder meer worden aangenomen in geval de verbintenissen over en weer voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding.

Van "tegenover elkaar staande verbintenissen" in de zin van de artikelen 6:262 en 263 is in ieder geval sprake wanneer het de hoofdverbintenissen van de overeenkomst betreft.

Dit toegepast op de arbeidsovereenkomst, betekent dat wanneer bijvoorbeeld een werknemer zich na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet houdt aan een overeengekomen concurrentiebeding en de werkgever diensgevolge de betaling van de eindafrekening opschort, de vraag of een dergelijke opschorting is gerechtvaardigd, dient te worden getoetst aan artikel 6:52 (lid 2): de verbintenissen over en weer vloeien immers voort uit dezelfde rechtsverhouding, de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst, maar staan niet tegenover elkaar.

Verricht de werknemer geen arbeid en schort de werkgever diens verplichting tot doorbetaling van het loon op, dan dient de opschorting te worden getoetst aan artikel 6:262, nu immers de hoofdverbintenissen van de arbeidsovereenkomst bestaan uit het verrichten van arbeid door de werknemer enerzijds en de betaling van het salaris door de werkgever anderzijds.

In haar artikel in het Nederlands tijdschrift voor Sociaal Recht geeft Konijn¹ een ruimere strekking aan het begrip "tegenover elkaar staande verbintenissen". Zij stelt dat sprake is van tegenover elkaar staande verbintenissen, wanneer het verband tussen beide zo nauw is dat degene die tot opschorting bevoegd is zich geheel van zijn verbintenis kan bevrijden, indien de niet nakoming door zijn wederpartij een definitief karakter gaat dragen, of, anders gezegd als ontbinding van de overeenkomst tot een definitieve bevrijding van zowel de niet nagekomen als van de op te schorten verbintenis zou leiden. Hierdoor komen, aldus Konijn, veel meer verbintenissen uit de arbeidsovereenkomst in het vizier. Als voorbeeld daarvan noemt zij dat door ontbinding van de arbeidsovereenkomst zowel de verplichting van de werknemer tot het verrichten van arbeid als de verplichting van de werkgever om te zorgen voor veilige werkomstandigheden, komen te vervallen. Daarmee zijn in het betoog van Konijn de verplichting tot het verrichten van werkzaamheden en de verplichting tot het zorgen voor veiliger werkomstandigheden, tegenover elkaar staande verbintenissen in de zin van artikel 6:262.

Wij onderschrijven deze ruimere uitleg van wat dient te worden verstaan onder "tegenover elkaar staande verbintenissen" in de zin van artikel 6:262 niet. Immers, een ontbinding van de arbeidsovereenkomst leidt tot een definitieve bevrijding van vrijwel alle verbintenissen uit de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld ook die van de verplichting van de werknemer bepaalde kleding te dragen en de verplichting van de werkgever de in de arbeidsovereenkomst vastgestelde vaste dertiende maand aan de werknemer uit te keren, zonder dat deze verplichtingen, naar onze mening, kunnen worden beschouwd als tegenover elkaar staande verplichtingen in de zin van artikel 6:262.

Daarbij speelt een rol, dat nu juist uit de formulering van de artikelen 6:52 en 262 blijkt dat naar mate de samenhang tussen de na te komen verbintenis en de op te schorten verplichting groter is, de opschorting minder snel in strijd zal zijn met de redelijkheid en de billijkheid. Zouden de verplichting tot het dragen van bepaalde kleding en de verplichting tot betaling van de dertiende maand worden beschouwd als "tegenover elkaar staande verbintenissen" in de zin van artikel 262, dan zou de werkgever niet snel in strijd met de redelijkheid en billijk-

1. Y. Konijn, NBW: eigen richting in het arbeidsrecht?, SR 1991, nr. 4.

heid handelen, indien hij zijn verplichting tot betaling van de dertiende maand zou opschorten totdat de werknemer de voorgeschreven kleding draagt (zie hiervoor, laatste alinea onder II).

In deze bijdrage zal worden gezien of en in hoeverre de opschortingsbevoegdheden, zoals vastgelegd in de artikelen 6:52 en 262, 263, een rol kunnen spelen, wanneer partijen bij de arbeidsovereenkomst hun hoofdverplichting tegenover elkaar niet nakomen, met andere woorden wanneer de werknemer geen werkzaamheden verricht of de werkgever het salaris niet betaalt.

Werkgever schort loonbetalingsverplichting (gedeeltelijk) op

Hierbij past de opmerking dat, wanneer de werkgever zich beroept op de e.n.a.c. het in artikel 6:54 genoemde beletsel, dat opschorting slechts mogelijk is voorzover op de vordering van de wederpartij (tot betaling van het loon) geen beslag is toegelaten, niet geldt.

Drie situaties zijn denkbaar:

1. Kan de werkgever, wanneer de werknemer geen werkzaamheden verricht - zonder dat sprake is van vakantie/verlof of ziekte - met een beroep op artikel 6: 262 zijn loonbetalingsverplichting opschorten?

Ja, zou men denken. Echter, het wettelijk systeem weergegeven in de artikelen 1638b-1638d geeft reeds een sluitende regeling (risicoverdeling) voor de salarisverplichting voor de gevallen waarin de werknemer geen arbeid verricht, zodat aan een opschorting van de loonbetalingsverplichting niet wordt toegekomen.

2. Kan de werkgever, wanneer de werknemer slechts gedeeltelijk werkzaamheden verricht, zijn loonbetalingsverplichting gedeeltelijk opschorten?

Het antwoord op deze vraag luidt ja; echter voorzover de tekortkoming de opschorting rechtvaardigt - artikel 262 lid 2 -, zodat de redelijkheid en billijkheid in dit geval tevens een rol spelen bij de vraag of deze opschorting met het oog op deze tekortkoming is gerechtvaardigd dus, met andere woorden, niet buitenproportioneel is.

(Zie in dit verband HR 30 mei 1986² - NS-Stakingsarrest, waarin werd overwogen dat nu van "deze collectieve acties van werknemers in beginsel moet worden aangenomen dat zij meer in de risicosfeer van de arbeiders als groep dan in die van de werkgever liggen, (...) een redelijke wetstoepassing ertoe (kan) leiden te aanvaarden dat een werkgever die wordt geconfronteerd met personeel dat in het kader van dergelijke collectieve acties geheel of in telkens wisselende delen niet naar behoren of niet volledig presteert en daardoor zijn bedrijf ontwricht ziet, zijnerzijds tegenover het gehele personeel wordt ontheven van zijn verplichtingen het loon over de betrokken periode volledig door te betalen.")

3. Kan de werkgever, wanneer de werknemer niet behoorlijk zijn arbeidsprestatie nakomt (al dan niet gedeeltelijk) zijn loonbetalingsverplichting opschorten?

Voor beantwoording van deze vraag geldt hetzelfde als hiervoor onder 2 is opgemerkt. Duidelijk zal zijn dat de toepassing van de redelijkheid en de billijkheid echter kan leiden tot een andere uitkomst, omdat nu éénmaal een niet voldoende functioneren veel moeilijker (objectief) vast te stellen is dan het niet gedurende de overeengekomen tijd verrichten van werkzaamheden. Daarbij komt nog dat de werknemer op grond van artikel 1639 slechts verplicht is de bedongen arbeid naar zijn beste vermogen te verrichten, zodat moeilijk is vast te stellen dat en in welke mate de werknemer zijn contractuele verplichtingen niet nakomt.

Gezien de artikelen 1638d, 1639-1639d BW zal de arbeidsovereenkomst eerder als een inspanningsverbintenis dan als een resultaatsverbintenis beschouwd mogen worden (aantekening 6 bij artikel 1639 BW in Arbeidsovereenkomst, losbladig, Deventer).

Dat de werkgever juist in dit geval een grote mate van terughoudendheid past kan ook worden beargumenteerd met het feit dat voor de arbeidsovereenkomst expliciet is bepaald dat, in tegenstelling tot de overige overeenkomsten, deze niet kan worden ontbonden als gevolg van wanprestatie door een éézijdige partijverklaring, doch de ontbinding slechts door de rechter kan worden uitgesproken (artikel 1639x BW). In de Memorie van Toelichting bij de Invoeringswet Aanpassing Burgerlijk Wetboek wordt daar-

2. HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688.

over opgemerkt; "aldus kan geen ontbinding tot stand worden gebracht zonder dat de rechter in de gelegenheid is geweest te toetsen of de wanprestatie, in het licht van de wettelijke regeling en de aard van de arbeidsovereenkomst, dit ingrijpende rechtsgevolg rechtvaardigt".³

Opschorting van de loonbetalingsverplichting door de werkgever zal naar mag worden verwacht dan ook alleen niet in strijd zijn met de redelijkheid en de billijkheid wanneer de werknemer op zeer evidente wijze wanprestatie pleegt; dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de werknemer opzettelijk in ernstige mate tekortschiet, hetgeen echter zou kunnen worden gerekend tot het niet verrichten van de bedongen arbeid in de zin van artikel 1638b BW, op grond waarvan geen salaris is verschuldigd (vergelijk artikel 1638b, aantekening 1 Arbeidsovereenkomst, losbladig, Deventer).

Artikel 1638b BW brengt echter ook uitkomst in de hiervoor genoemde eerste twee voorbeelden, waarbij de werknemer niet gedurende de (gehele) overeengekomen tijd zijn werkzaamheden verricht. Daarin is immers bepaald dat geen loon is verschuldigd voor de tijd, gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht. Naar kan worden verwacht zal derhalve in deze gevallen van het opschortingsrecht geen gebruik worden gemaakt, want zal aan het verval van de verplichting tot loonbetaling de voorkeur worden gegeven boven de opschorting van de verplichting tot loonbetaling.

Werknemer schort arbeidsverplichting (gedeeltelijk) op

Bij het opschorten van de verplichting tot het verrichten van arbeid door de werknemer stuiten wij op twee vragen:

- a. Wat dient te worden verstaan onder de opschorting van de verplichting tot het verrichten van arbeid?
- b. Kan de werknemer zijn arbeid opschorten met een beroep op artikel 6:262 of dient hij zich te baseren op de artikelen 6:52 of 263?

3. Parlementaire Geschiedenis van het NBW, Invoering boeken 3,5 en 6, Aanpassing BW, Kluwer Deventer 1991, p. 417.

Ad a

De werknemer die gedurende bijvoorbeeld een periode van twee weken zijn werkzaamheden niet verricht, zal deze specifieke periode van twee weken niet meer inhalen. Wel zal hij "de werkzaamheden" hervatten, zodra de werkgever aan zijn verplichtingen jegens hem heeft voldaan.

De vraag rijst dan of opschorting niet in wezen neerkomt op het verval van de verplichting tot het verrichten van arbeid (gedurende genoemde termijn van twee weken), of dat de werknemer zijn "algemene" verplichting tot het verrichten van de werkzaamheden - zoals deze voortvloeit uit het duur-karakter van de arbeidsovereenkomst - opschort totdat de werkgever aan zijn verplichtingen heeft voldaan.

Ad b

Ook deze vraag hangt samen met het duur-karakter van de arbeidsovereenkomst. Gaat men uit van de algemene verplichting tot het verrichten van arbeid tegenover de algemene verplichting tot salarisbetaling, dan lijkt de werknemer een beroep op artikel 6:262 open te staan.

Dit is echter niet mogelijk wanneer men als voorwaarde voor opschorting hanteert, dat de wederpartij een opeisbare verbintenis niet nakomt, zoals in artikel 6:52 gesteld.

Het vereiste van opeisbaarheid brengt met zich mee dat aan degene die als eerste moet presteren geen opschortingsbevoegdheid toekomt op grond van artikel 6:52 lid 1 (en dienovereenkomstig 6:262).

De werknemer is degene die het eerst moet presteren. Voor de door hem verrichte werkzaamheden ontvangt hij vervolgens zijn loon. Zo bezien, zal de werknemer die van een opschortingsrecht gebruik maakt wanneer de werkgever geen loon heeft betaald, dat opschortingsrecht niet kunnen ontleen aan artikel 6:262 doch (slechts) aan artikel 6:52 lid 2 (beide verplichtingen vloeien voort uit dezelfde rechtsverhouding) of aan artikel 6:263 (er bestaat goede grond te vrezen dat de werkgever ook de volgende maand niet tot betaling van het loon zal overgaan).

Wordt deze laatste redenering gevolgd, dan leidt dat tot het resultaat, dat de opschorting van de verplichting door degene die het eerst moet presteren, in sterkere mate zal worden getoetst aan de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:52), dan de opschorting van de verplichting door degene die als laatste moet presteren (artikel 6:262).

De wetsgeschiedenis brengt op geen van beide hierboven gesignaleerde punten duidelijkheid. Voor de twee onderstaand beschreven situaties wordt er vanuitgegaan dat:

- de opgeschorte arbeid niet kan worden ingehaald;
- de werknemer slechts zijn (toekomstige) verplichting tot het verrichten van arbeid kan opschorten met een beroep op de artikelen 6:52 en 6:263.

1. Mag de werknemer zijn arbeidsprestatie opschorten wanneer de werkgever geen loon betaalt?

Zoals hiervoor gezegd is een voorwaarde voor opschorting dat de wederpartij een opeisbare verbintenis niet nakomt (artikel 6:52). Het vereiste van opeisbaarheid brengt met zich mee dat aan degene die als eerste moet presteren geen opschortingsbevoegdheid toekomt. De werknemer is degene die het eerst moet presteren. Voor de door hem verrichte werkzaamheden ontvangt hij vervolgens zijn loon.

De werknemer komt derhalve niet op grond van artikel 6:262 een beroep toe op de e.n.a.c.. De werknemer kan echter onder omstandigheden wel een beroep doen op het algemene opschortingsrecht van artikel 6:52 (op grond van lid 2 van dat artikel is voldaan aan de eis van voldoende samenhang om zich op het opschortingsrecht te kunnen beroepen) mits niet in strijd met de redelijkheid en de billijkheid, of op artikel 6:263, mits de werknemer op grond van de hem ter kennis gekomen omstandigheden goede grond heeft te vrezen dat de werkgever niet zal voldoen aan de loonbetalingsverplichting.

Het antwoord op genoemde vraag is derhalve ja, mits niet in strijd met de algemene door partijen in acht te nemen redelijkheid en billijkheid.

In beide gevallen (artikel 6:52 en 263) is sprake van een (toekomstige) opschorting door de werknemer als gevolg van een door de werkgever (in het verleden) niet nagekomen verplichting tot betaling van het loon.

2. Kan de werknemer, indien de werkgever het loon gedeeltelijk niet voldoet, zijn arbeidsprestatie gedeeltelijk opschorten?

Het antwoord op deze vraag luidt eveneens ja, mits de opschorting niet buitenproportioneel is vergeleken bij de niet nakoming door de werkgever.

In beide gevallen speelt de redelijkheid en billijkheid een belangrijke rol bij de beoordeling van de vraag of de werknemer terecht een beroep doet op een opschortingsrecht. In het kader van de redelijkheid en billijkheid dient naar de mening van de werkgroep met name te worden betrokken het feit dat de werknemer de opgeschorte arbeid niet meer inhaalt.

Aanspraak op loon tijdens opschorting van de arbeid?

In dit verband is interessant te bezien of de werknemer die, zich terecht beroepend op een opschortingsrecht, geen werkzaamheden verricht, gedurende de tijd dat hij die werkzaamheden niet verricht toch aanspraak kan maken op doorbetaling van zijn loon. Het antwoord op deze vraag dient te worden gevonden in de artikelen 1638b, c en d, welke artikelen tezamen een regeling van risicoverdeling naar billijkheid vormen voor de situatie dat de werknemer de arbeid niet verricht.

Met een beroep op artikel 1638d lid 1 lijkt het antwoord op de vraag nee. De werknemer is immers niet bereid de bedongen arbeid te verrichten.

De civiele rechtspraak is echter artikel 1638d BW gaan opvatten als een algemene regeling van het risico voor doorbetaling van het loon in gevallen, waarin, buiten schuld van partijen en ziekte van de werknemer, niet wordt gewerkt. In deze benadering is artikel 1638d BW samen met artikel 1638b BW een regel van risicoverdeling naar billijkheid geworden. Niet meer de vraag aan wiens kant de oorzaak van de verhindering is opgekomen, doch nog slechts de (daarop volgende) vraag in wiens risicosfeer de verhindering ligt, is relevant (aantekening 1, artikel 1639d BW losbladige klapper). Zie ook HR 12 januari 1962, waarin wordt overwogen:

"..... dat de arbeider eveneens zijn aanspraak op loon behoudt in het geval, dat door een aan den werkgever toe te rekenen oorzaak het voor den arbeider niet mogelijk is den bedongen arbeid te verrichten; dat in laatstbedoeld geval de door het artikel bevorderde bereidheid van den arbeider aanwezig is indien de arbeider bereid is den arbeid te hervatten zodra het daarvoor bestaande beletsel zal zijn opgeheven"

en:

"dat blijkens het boven overwogene Bronstring in den zin van artikel 1639d "bereid was den bedongen arbeid te verrichten", nu hij daartoe bereid was zodra dit zonder gevaar voor zijn veiligheid kon geschieden, terwijl Van Swaay in den zin van het artikel "van den bedongen arbeid door eigen schuld geen gebruik heeft gemaakt", nu door zijn schuld de arbeider den bedongen arbeid niet heeft kunnen verrichten "4.

In het ontwerp titel 7.10 van het Nieuw BW luidt het nieuwe artikel 1638d BW (artikel 628):

- "1. De werknemer behoudt recht op het naar tijd-ruimte vastgesteld loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die hem niet kan worden toegerekend.
2.
3."

De bereidheid om de bedongen arbeid te verrichten komt in die bepaling derhalve (bewust) in het geheel niet meer voor.

De conclusie lijkt derhalve gewettigd dat de werknemer gedurende de periode dat hij zijn werkzaamheden niet verricht omdat hij zich terecht op een opschortingsrecht beroept, desalniettemin recht heeft op doorbetaling van het loon, mits hij bereid is de arbeid te hervatten "zodra het daarvoor bestaande beletsel zal zijn opgeheven".

De redelijkheid en billijkheid lijken slechts een rol te spelen bij de beantwoording van de vraag of terecht (en in juiste mate) gebruik wordt gemaakt van een opschortingsrecht. Is dat het geval, dan heeft de werknemer de overeengekomen arbeid niet verricht "door een oorzaak die hem niet kan worden toegerekend (artikel 628 NBW), cq "door de eigen schuld van de werkgever" of "een aan de werkgever toe te rekenen oorzaak" (Van Swaay/Bronstring).

4. HR 12 januari 1962, NJ 1962, no. 275 (Van Swaay/Bronstring).

5 Conclusie

Bestaat tussen de op te schorten verbintenis en de vordering waarvan nakoming dient plaats te vinden voldoende samenhang om de opschorting te rechtvaardigen, dan wordt de opschortingsbevoegdheid ontleend aan (het algemene) artikel 6:52. Staan deze verbintenis en vordering tegenover elkaar, zoals bij de arbeidsovereenkomst de verplichting van de werkgever het loon te betalen staat tegenover de verplichting van de werknemer arbeid te verrichten (de hoofdverbintenissen), dan kan de opschortingsbevoegdheid worden ontleend aan de (meer specifieke) artikelen 6:262 en 263.

Heeft de werkgever de mogelijkheid om, wanneer de werknemer zijn verplichting tot het verrichten van arbeid niet (geheel of behoorlijk) nakomt, zijn loonbetalingsverplichting (gedeeltelijk) op te schorten met een beroep op een opschortingsrecht/exceptie, in de praktijk zal hij daaraan niet toekomen, nu in de artikelen 1638b-1638d BW een, mede door de jurisprudentie nader ingevulde, sluitende regeling (risicoverdeling) is opgenomen voor de loonbetalingsverplichting, voor die gevallen waarin de werknemer niet, gedeeltelijk of niet naar behoren zijn arbeid verricht.

Schort de werknemer zijn verplichting tot het verrichten van arbeid met een beroep op een opschortingsrecht/exceptie op, dan is het maar de vraag of sprake is van opschorting in de zin van de artikelen 6:52 en 262, 263.

Gebruikmaking van het opschortingsrecht leidt immers tot verval van de mogelijkheid die arbeid nog te verrichten.

Of de werknemer die, zich beroepend op een opschortingsrecht, geen arbeid verricht, aanspraak heeft op doorbetaling van zijn salaris, wordt beantwoord aan de hand van de artikelen 1638b-1638d BW en de toepassing daarvan in de praktijk.

Onvoorziene omstandigheden en de arbeidsovereenkomst ·

prof.mr P.F. van der Heijden

1

De invoering van boek 6 BW per 1 januari 1992 heeft de codificatie meegebracht van de in de rechtspraak reeds erkende mogelijkheid dat de rechter op grond van de redelijkheid en de billijkheid de gevolgen van de contractsinhoud wijzigt c.q. het contract ontbindt.

We lezen nu in artikel 6:258 BW:

- "1. De rechter kan op verlangen van één der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.
2. Een wijziging of ontbinding wordt niet uitgesproken voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvatting voor rekening komen van degene die zich er op beroept.
3. Voor de toepassing van dit artikel staat degene op wie een recht of een verplichting uit een overeenkomst is overgegaan met een partij bij die overeenkomst gelijk."

Het betreft hier dwingend recht, dat niet bij contractueel beding kan worden uitgesloten. Anders dan artikel 6:248 kan artikel 6:258 door de rechter *niet* ambtshalve worden toegepast.

Volgens de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer bij de behandeling van deze tekst moet artikel 6:258 worden gezien "als een bijzondere regel voor een *extreem* geval van beperkende werking van

* Voor deze bijdrage werd o.m. materiaal verzameld door mr A.H.C. van den Berg en verwerkt in haar onder begeleiding van de auteur tot stand gekomen doctoraalscriptie *Imprévision in het arbeidsovereenkomstenrecht*, UvA 1992.

ongeschreven recht en derhalve als een uitwerking van de regel die in artikel 6.5.3.1. lid 2 (thans artikel 6:248 lid 2) is opgenomen en die evenals het onderhavige artikel verwijst naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid." Duidelijk blijkt hieruit dat de regeling van de onvoorziene omstandigheden in artikel 6:258 moet worden gezien als een uitwerking van de regeling omtrent de beperkende/corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid zoals die is neergelegd in artikel 6:248 BW. Door in de toelichting te spreken van "een extreem geval", is tevens op voorhand duidelijk dat niet verwacht kan worden dat in het alledaagse gebruik regelmatige toepassing van deze wettelijke regeling voor de hand ligt.

2

Wanneer komt artikel 6:258 voor toepassing in aanmerking?

In de eerste plaats dient er sprake te zijn van onvoorziene omstandigheden. Hiermee is bedoeld een objectieve maatstaf aan te leggen, het gaat uitsluitend om omstandigheden waarin door contractspartijen niet is voorzien, uitdrukkelijk noch stilzwijgend. Zijn omstandigheden waarop een beroep wordt gedaan wél voorzien in het contract, dan is de regeling van artikel 6:258 per definitie niet van toepassing. Bij de term "onvoorziene omstandigheden" gaat het anders gezegd niet om wat partijen hadden kunnen voorzien of behoren te voorzien (voorzienbare omstandigheden), maar uitsluitend over de mogelijkheid of het intreden van de onvoorziene omstandigheden uitdrukkelijk of stilzwijgend in het contract is verdisconteerd, d.w.z. of de overeenkomst in dit intreden voorziet¹. Uit de toelichting op het artikel valt tevens nog te vermelden dat het er niet om gaat of naar het oordeel van de rechter in de gegeven omstandigheden het contract aan redelijkheid en billijkheid beantwoordt, maar of, uitgaande van de gebondenheid van partijen aan het gegeven woord, niettemin later ingetreden onvoorziene omstandigheden meebrengen dat naar redelijkheid en billijkheid één der partijen geen aanspraak mag maken op nakoming van de gedane toezeggingen. Tenslotte vermeldt de toelichting dat "de rechter het artikel met terughoudendheid zal moeten hanteren". De rechter zal anders gezegd het porselein in de kast van het contract de eerbied moeten geven die het toekomt. Olifantsgedrag is hier zeker ongepast.

1. Zie MvA TK Parlementaire geschiedenis van het NBW, studenteneditie, blz. 774.

Indien sprake is van onvoorziene omstandigheden in bovenomschreven zin, heeft de rechter een aantal mogelijkheden. Hij kan op verlangen van één der partijen

- a) de gevolgen van een overeenkomst wijzigen;
- b) deze geheel ontbinden;
- c) deze gedeeltelijk ontbinden;
- d) aan wijziging of ontbinding terugwerkende kracht toekennen.

Volgens lid 2 kan de rechter deze activiteiten niet ondernemen indien de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen reeds een risicoverdeling inhouden. Gedacht vanuit het arbeidsovereenkomstenrecht komt hier onmiddellijk artikel 1638d voor ogen, dat immers een risicoregeling inhoudt voor het geval de werknemer loonbetaling verlangt wanneer feitelijk niet gewerkt is. De mogelijkheid dat een werkgever zich met een beroep op artikel 6:258 wil onthouden van loonbetaling in een bepaalde situatie van onvoorziene omstandigheden, lijkt gezien genoemd lid 2 niet aanwezig. Meer in zijn algemeenheid valt er op te wijzen dat de regeling van de onvoorziene omstandigheden in boek 6 is terug te voeren tot de vraag wie het risico moet dragen van de gewijzigde omstandigheden. Naarmate een specifieke wettelijke regeling als bijvoorbeeld de Wet op de arbeidsovereenkomst over dergelijke risicoverdelingen voorschriften bevat, zal de toepasselijkheid van artikel 6:258 minder mogelijk zijn.

3

Eerst aandacht voor de *ontbindings*mogelijkheid. De ontbinding van het arbeidscontract is geregeld in de Wet op de arbeidsovereenkomst in artikel 1639w. Op grond van een dringende reden danwel veranderingen in omstandigheden is de kantonrechter bevoegd te allen tijde de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Vindt de ontbinding plaats wegens verandering in omstandigheden, dan kan toekenning van een vergoeding naar billijkheid plaatsvinden. Onder de erkenning dat veranderingen in de omstandigheden niet gelijk zijn te stellen met onvoorziene omstandigheden, zal er weinig ruimte zijn voor toepassing van de ontbinding ex artikel 6:258 naast de ontbindingsmogelijkheid van artikel 1639w. Veranderingen in de omstandigheden als bedoeld in artikel 1639w kunnen wel of niet onvoorzien zijn. In zoverre vallen *onvoorziene* omstandigheden onder het méér omvattende begrip *veranderingen van omstandigheden*. Hieruit volgt dat indien partijen in een bepaalde verandering contractueel hebben voorzien, ontbinding ex

artikel 1639w mogelijk blijft. Maar ook voor het geval niet voorzien is in bepaalde veranderingen van omstandigheden, kan een beroep op artikel 1639w worden gedaan. Een situatie waarin voorstelbaar is dat artikel 6:258 wel en artikel 1639w niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst leidt, is die waarin een bepaald feit reeds bestond op het moment van totstandkoming van de arbeidsovereenkomst, doch eerst later tot uiting komt. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een extreem geval van ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, welke ongeschiktheid reeds bestond op het moment van het sluiten van de arbeidsovereenkomst, doch eerst later blijkt.

G.J.P. de Vries ziet een verschil in het toepassingsgebied van artikel 1639w enerzijds en artikel 6:258 anderzijds.² De Vries is van oordeel dat gewichtige redenen, verstaan als veranderingen in de omstandigheden, zien op gedragingen van partijen terwijl onvoorziene omstandigheden betrekking zou hebben op van buiten komende oorzaken. Naar mijn oordeel wordt hiermee de reikwijdte van artikel 1639w miskend: zowel van buiten komende oorzaken als gedragingen van partijen zijn te vatten onder veranderingen in omstandigheden, gezien de tekst van en de jurisprudentie op artikel 1639w. Was niet het beroemde voorbeeld van de toepassing van artikel 1639w in 1907 (zie Bles) de brand in de bibliotheek, waardoor de werkgever het arbeidscontract met de bibliothecaris niet meer kon voortzetten? Hierbij ging men er niet vanuit dat de bibliothecaris de bibliotheek zelf in brand had gestoken. De Vries bepleit een schrapping van veranderingen in de omstandigheden in artikel 1639w lid 2 en een toepassing van artikel 6:258, waarmee hij impliciet erkent dat het huidige recht zijn visie niet omvat. Een dergelijke wijziging in het ontslagrecht kan echter niet op zichzelf worden uitgevoerd. Daarbij zal het hele systeem van beëindiging van arbeidsovereenkomsten moeten worden betrokken.

Vas Nunes bepleit een ruime toepassing van artikel 6:258.³ Het artikel stelt in zijn ogen "partijen bij een arbeidsovereenkomst in staat hun door onvoorziene omstandigheden verstoorde evenwicht te herstellen op een meer directe en daardoor meer zuivere manier dan met de

2. WPNR 1990, blz. 717-722.

3. NJB 1989, blz. 1265-1270.

bestaande rechtsmiddelen mogelijk is." Ook hier wordt naar mijn oordeel "gewenst" recht gestipuleerd, omdat gezien de bedoeling van artikel 6:258 (zie hierboven) en de (schaarse) jurisprudentie (zie hierachter) het geldend recht niet een ruime toepassing van de *imprévision* voor ogen heeft. Zie ook de kantonrechter Utrecht, die de *imprévision* niet toepaste om de door de Oort-belastingwetgeving benadeelde werknemer tegemoet te komen⁴. Partijen hadden bij hun contract deze wijziging niet voorzien, maar ze kwam niettemin voor rekening van de werknemer.

Gedeeltelijke ontbinding ex artikel 1639w is mogelijk gebleken blijkens de jurisprudentie.⁵ Deze mogelijkheid van partiële ontbinding wegens verandering in omstandigheden is overigens omstreden.⁶ Indien de ontbindingsprocedure wordt gebruikt om de contractsinhoud te wijzigen tegen de zin van de werknemer lijkt het zuiverder de maatstaven van artikel 6:258 (dat immers de gedeeltelijke ontbinding mogelijk maakt) aan te houden, die er op neer komen dat een dergelijke wijziging moet voldoen aan de voorwaarden welke, zoals hierboven beschreven, door artikel 6:258 worden gesteld.⁷

4

Wijziging van het contract is voor de arbeidsovereenkomst vermoedelijk een voor de praktijk belangrijker mogelijkheid die artikel 6:258 biedt dan de ontbinding. Is het mogelijk bijvoorbeeld een contract voor bepaalde tijd via de rechter en artikel 6:258 om te zetten in een contract voor onbepaalde tijd, als blijkt dat door onvoorziene omstandigheden en anders dan men bij het aangaan van het contract verwachtte, de werkzaamheden niet ophouden te bestaan maar voortzetting vinden? Is het mogelijk een voltijd-contract om te zetten in een deeltijd-contract met een beroep op onvoorziene omstandigheden? Is het mogelijk overeengekomen bedingen in de arbeidsovereenkomst te

4. Ktg. Utrecht 5 november 1992, JAR 1993, 51.

5. Ktg. Deventer 13 oktober 1988, Prg. 1989, 3006.

6. (zie J.J. Groen, Gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, art. 1639w verder in het moeras, Prg. 1989, blz. 513 e.v. en daartegen: J.R. Beversluis en D.B. van der Schee, Artikel 1639w: gedeeltelijke ontbinding is mogelijk, SR 1990, blz. 208 e.v.).

7. Zie aldus Ktr. Wageningen 19 augustus 1992, Prg. 1992, 3733.

wijzigen indien deze bedingen terug zijn te voeren tot specifieke omstandigheden in de tijd dat zij tot stand kwamen? Is het mogelijk via artikel 6:258 een concurrentiebeding aan de arbeidsovereenkomst toe te voegen indien de concurrentieverhoudingen in de branche waar men werkzaam is zich drastisch hebben gewijzigd sinds het aangaan van de arbeidsovereenkomst? Dezelfde vraag valt te stellen voor boetebedingen inzake geheimhouding etc. Is het mogelijk ongewenste wijzigingen die een cao met zich meebrengt in individuele contracten ongedaan te maken met een beroep op artikel 6:258? En is het mogelijk ongewenste wijzigingen in pensioenreglementen ongedaan te maken c.q. gewenste wijzigingen te bewerkstelligen? Kortom, in hoeverre strekt artikel 6:258 ertoe dat contractspartijen aan de tafel schuiven bij de rechter om onder diens leiding de contractsinhoud aan te passen aan de omstandigheden van de tijd? Voorshands komt het mij voor dat dergelijke gesprekken niet aan de orde van de dag zullen zijn, gezien de zeer beperkte toepassingsmogelijkheden die artikel 6:258 hier, blijkens zijn totstandkomingsgeschiedenis en de verwijzing daarin naar extreme gevallen, aan de rechter biedt. Bovendien zal lid 2 dikwijls in de weg staan aan inwilliging door de rechter van de gevraagde wijziging.

De werking van artikel 6:248 lid 2, de corrigerende modaliteit van de redelijkheid en de billijkheid, in het arbeidsovereenkomstenrecht en in het bijzonder in het ontslagrecht, is niet onomstreden, maar lijkt zeker niet een grote cirkel in het contractuele speelveld te markeren (zie mijn hiervoor opgenomen De redelijkheid en de billijkheid in het arbeidscontract). Nu de regeling van artikel 6:258 weer een uitwerking is van artikel 6:248 lid 2, lijkt de kier die de deur van artikel 6:248 nog open laat, verder te zijn gedicht. De enkele voorbeelden uit de jurisprudentie waar goede trouw en onvoorziene omstandigheden een rol spelen laten ook zien dat de rechter uiterst omzichtig omgaat met de mogelijkheid tot wijziging van de overeengekomen gevolgen van het contract. In HR 1 juli 1976⁸ ging het om een werkgeefster die met een werknemer (verkoper) een provisiepercentage was overeengekomen van 10% over machineverkoop. De werkgever had zich contractueel een eenzijdige wijzigingsmogelijkheid van dit beding voorbehouden. Toen bleek dat de omzet van de werknemer onverwacht aanmerkelijk de gemaakte schattingen overschreed en derhalve de provisie naar het

8. HR 1 juli 1976, NJ 1977, 48.

oordeel van de werkgever een te grote omvang kreeg, wilde werkgever het beding wijzigen en het provisiepercentage verlagen van 10% naar 3%. De kantonrechter achtte de toepassing van de overeengekomen wijzigingsclausule in strijd met de goede trouw. Ook de rechtbank oordeelde dat de wijze waarop het eenzijdig wijzigingsbeding was uitgevoerd, niet te goeder trouw is wegens het drastische karakter van de verlaging en de zeer korte termijn waarop de verlaging inging. De Hoge Raad liet het oordeel van de rechtbank in stand, aangezien de rechtbank zonder miskenning van het vereiste van de goede trouw heeft kunnen oordelen gelijk zij deed.

In een ander uit de jurisprudentie bekend geval wilde een werkgeefster de bijzondere arbeidsvoorwaarden wijzigen die ze was overeengekomen met een groep Joegoslavische werkneemsters. Werkgeefster was met deze Joegoslaven een vergoeding overeengekomen voor de jaarlijkse reiskosten naar Joegoslavië en terug, benevens zes extra vakantiedagen (reisdagen) per jaar. Werkgeefster meende dat de omstandigheden die twintig jaar geleden bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst tot deze extra voorwaarden hadden geleid, niet meer van kracht waren. Werkneemsters waren inmiddels in de Nederlandse samenleving geïntegreerd, het aantal gewone vakantiedagen was toegenomen en er waren o.m. negen ATV-dagen per jaar bijgekomen. Werkneemsters beginnen een procedure en vechten de eenzijdige veranderingen als aangegeven aan. De kantonrechter wijst de vordering toe en overweegt ondermeer dat het de werkgeefster niet vrij staat om eenzijdig de secundaire arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werkneemsters te wijzigen. Een dergelijke bevoegdheid bestaat slechts indien ze uitdrukkelijk is overeengekomen waarvan i.c. niet was gebleken.⁹ Enkele jaren later verzoekt de werkgeefster aan dezelfde kantonrechter om een verklaring voor recht dat een werkneemster zich niet meer in redelijkheid kan beroepen op de destijds overeengekomen vakantieregeling en dat die regeling vervalt per 1991. De vordering wordt toegewezen onder verwijzing naar "gewijzigde omstandigheden" sinds het aangaan van het arbeidscontract.¹⁰

9. Ktr. Zevenbergen, 14 april 1988, Prg. 1988, 2912.

10. Ktr. Zevenbergen 30 januari 1990, Prg. 1992, 3673.

Een situatie waarin de onvoorziene omstandigheden ook rechtens van belang zouden kunnen zijn, is die welke speelde in een kort geding aangespannen door een aantal vrouwelijke werknemers tegen Philips. Hier ging het om de wijziging door Philips van de pensioenleeftijd van 60 naar 65 jaar als gevolg van het Barber-arrest.¹¹ In overleg met de vakbonden wordt de cao zodanig gewijzigd dat pensioenrechten van vrouwen worden gelijkgesteld aan die van mannen en de leeftijd wordt daarmee op 65 jaar gesteld. Een aantal oudere Philips-werkneemsters wil dat de president deze cao-wijziging verbiedt. Zij stellen ondermeer dat zij zich emotioneel, financieel en anderszins op een pensioenge-rechtigde leeftijd van 60 jaar hebben ingesteld en nu worden zij tegen hun wil geconfronteerd met een verplichting om 5 jaar langer dan overeengekomen is door te werken en ze zien hun pensioenuitkering met eenzelfde periode van 5 jaar uitgesteld. De president wijst de vordering af maar vraagt zich wel af of een overgangsregeling niet aangewezen was geweest.¹² Een bodemprocedure waarin een individuele werkneemster met een beroep op artikel 6:258 de doorwerking van de vernieuwde cao in haar individuele contract ongedaan gemaakt wil zien, is te dezer zaken bij mijn weten niet gevoerd. Speculerend over de afloop van een dergelijke procedure ben ik geneigd te zeggen dat het ontbreken van iedere overgangsregeling en van iedere keuzemogelijkheid inderdaad leidt tot het oordeel dat hier sprake is van een extreem geval van niet-verdisconteerde onvoorziene omstandigheden, waarbij de rechter corrigerend kan optreden om te komen tot een billijke oplossing in een concreet geval. Anderzijds dienen we ons ervan bewust te zijn dat vanuit EG-recht geïndiceerde wijzigingen in contractuele voorwaarden in de spiegelsituatie tot geldigheid van die wijziging hebben geleid, welke door de Hoge Raad is gesanctioneerd. Ik doel hierbij op HR 10 juli 1989¹³ waar het ging om een convenant gesloten tussen de vakorganisaties met Campina. In 1980 hadden de vakorganisaties met zuivelproducent Campina de afspraak gemaakt dat in Limburg en Brabant een aantal vestigingen dicht konden maar dat er ook een aantal zouden open blijven en niet zouden worden gesloten. In 1985 kwam vanuit Brussel de regeling met betrekking tot de superhef-fing in de zuivel waardoor Campina zich niet aan het convenant met de

11. HvJ EG 17 mei 1990, NJ 1992, 436.

12. Pres. Rb. Den Bosch 27 juni 1991, KG 1991, 232.

13. HR 10 juli 1989, NJ 1989, 786.

vakorganisaties verder gebonden achtte en een vestiging wilde sluiten in strijd met het convenant. De vakorganisaties eisten nakoming van het convenant doch Campina beriep zich met succes op onvoorziene omstandigheden liggende in de superheffing die haar excuseerde om de contractueel gemaakte afspraak niet verder na te komen. In die zin is regelgeving van Brusselse origine in staat gebleken te worden omschreven als onvoorziene omstandigheden die contractsnakoming verhinderen. Opvallend in deze beslissing is nog dat hier de *imprévision* reeds werd toegepast in 1989, terwijl de Overgangswet NBW slechts onvoorziene omstandigheden na 1 januari 1992 bij de beoordeling wenst te betrekken (zie artikel 195 OW).

5

Bij wijze van conclusie kan gezien het bovenstaande worden vermeld dat toepassing van artikel 6:258 in het arbeidsovereenkomstenrecht geen grote toekomst beschoren lijkt. De door de wetgever aangebrachte toepassingsbeperkingen en de tot heden beschikbare jurisprudentie laten zien dat slechts in extreme gevallen een beroep op dit artikel kans van slagen heeft. Wellicht ter troost voor degenen die een mooie toekomst voor de *imprévision* zien weggelegd in het arbeidsovereenkomstenrecht: voor artikel 1639w was ook een bescheiden toepassing gedacht. Dat pakte, als bekend, anders uit ...

Jurisprudentieregister

Het nieuwe vermogensrecht en de arbeidsovereenkomst

HR 29 mei 1964, NJ 1965, 104 m.n. GJS
HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207 m.n. PAS
HR 9 maart 1979, NJ 1979, 467 m.n. PAS
HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 m.n. PAS
HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 m.n. PAS
HR 17 juli 1983, NJ 1984, 149 m.n. PAS
HR 12 september 1986, NJ 1987, 267, m.n. PAS
HR 31 maart 1987, NJ 1987, 325 m.n. PAS
HR 20 januari 1989, NJ 1989, 322
HR 12 mei 1989, NJ 1989, 801 m.n. PAS
HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509 n.m. PAS
HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495 m.n. PAS
HR 24 april 1992, NJ 1992, 462
HR 16 oktober 1992, RvdW 1992, 227

Hoe bijzonder is de arbeidsovereenkomst?

HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 m.n. PAS,
AA 1982, p. 305 m.n. MGR
HR 30 november 1979, NJ 1980, 289
HR 27 maart 1981, NJ 1981, 492 m.n. PAS
HR 1 juli 1983, NJ 1984, 149 m.n. PAS
HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 375
HR 12 september 1986, NJ 1987, 267 m.n. PAS,
AA 1987, p. 99 m.n. J.H. Nieuwenhuis
HR 20 januari 1989, NJ 1989, 322
HR 1 december 1989, NJ 1990, 451 m.n. PAS
HR 6 maart 1992, RvdW 1992, 74
HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495 m.n. PAS

Redelijkheid en billijkheid in het arbeidscontract

HR 26 november 1976, NJ 1978, 54
HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248
HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207
HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441
HR 26 april 1985, NJ 1985, 663
HR 8 november 1985, NJ 1986, 309
Hof Den Bosch 2 juli 1986, NJ 1987, 451
HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335
HR 20 januari 1989, NJ 1989, 322
HR 10 juli 1989, NJ 1989, 786
HR 1 juni 1990, NJ 1990, 715
HR 22 november 1991, RvdW 1991, 265
HR 13 december 1991, RvdW 1992, 9

Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd

HR 13 maart 1936, NJ 1936, 415
HR 2 december 1937, NJ 1938, 353
HR 9 april 1954, NJ 1954, 446
HR 3 november 1961, NJ 1962, 192
HR 17 april 1970, NJ 1971, 89
HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350
HR 14 september 1984, NJ 1985, 244
HR 8 november 1985, NJ 1986, 309
HR 6 december 1985, NJ 1986, 230
HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688
HR 13 juli 1986, NJ 1986, 715
Ktg. Nijmegen 25 juli 1986, Prg. 1987, 2622
Pres. Rb. Dordrecht 5 februari 1987, KG 1987, 108
Rb. Arnhem 24 december 1987, NJ 1988, 309
HvJ EG 21 juni 1988, Jur. 1988, blz. 3161
Ktg. Harderwijk 12 september 1990, NJ 1991, 144
HvJ EG 8 november 1990, NJ 1991, 224
HR 13 september 1991, NJ 1991, 225
HR 22 november 1991, NJ 1992, 707
HR 20 maart 1992, JAR 1992, 11
HR 30 oktober 1992, NJ 1993, 4; JAR 1992, 131

Artikel 3:40 BW, een (nieuwe) nietigheid in het ontslagrecht?

HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441
HR 14 februari 1975, NJ 1975, 252
HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509
HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495

De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde

HR 13 november 1959, NJ 1960, 61
HR 26 mei 1966, NJ 1966, 345
HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 m.n. PAS
Ktg. Zaandam 19 juni 1980, Prg. 1981, 1624
HR 15 oktober 1982, NJ 1983, 79
HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509 m.n. PAS
HR 20 maart 1992, NJ 1992, 495 m.n. PAS

Opschortingsrechten in de relatie werkgever/werknemer

HR 12 januari 1962, NJ 1962, 275
HR 30 mei 1986, NJ 1986, nr. 688

Onvoorziene omstandigheden en de arbeidsovereenkomst

HR 1 juli 1976, NJ 1977, 48
Ktg. Zevenbergen 14 april 1988, Prg. 1988, 2912
Ktg. Deventer 13 oktober 1988, Prg. 1989, 3006
HR 10 juli 1989, NJ 1989, 786
Ktg. Zevenbergen 30 januari 1990, Prg. 1992, 3673
HvJ EG 17 mei 1990, NJ 1992, 436
Pres. Rb. Den Bosch 27 juni 1991, KG 1991, 232
Ktg. Wageningen 19 augustus 1992, Prg. 1992, 3733
Ktg. Utrecht 5 november 1992, JAR 1993, 51

GESCHRIFTEN VAN DE VERENIGING VOOR ARBEIDSRECHT

- 1 Mevr. mr. M.J.E.H. Raetsen en prof. mr. J.J.M. van der Ven, De internationale Arbeidsorganisatie van 1919 tot 1979; opmerkingen over toen en nu.
ISBN 90 14 02854 7
- 2 Prof. mr. M.C. Burkens, prof. dr. W. Driehuis en prof. dr. J. van den Doel, Werkgelegenheid: recht of beleid?
ISBN 90 14 02863 6
- 3 Prof. mr. B. Wachter, Ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap, mede in Europees verband.
ISBN 90 14 02949 7
- 4 Prof. dr. R. Blanpain, Richtlijnen voor multinationale ondernemingen. De Oeso verklaring van 21 juni 1976.
ISBN 90 14 03031 2
- 5 Mr. L.H. van den Heuvel, Rechten van werknemers bij faillissement.
ISBN 90 14 03103 3
- 6 Mr. A.W. Govers en mevr. mr. A.E. Bosscher, Gelijkheid van vrouw en man in het Europees sociaal recht.
ISBN 90 14 03149 1
- 7 Prof. mr. P. Verloren van Themaat, Economisch recht, sociaal recht en economische orde, een terreinverkenning.
ISBN 90 14 03178 5
- 8 Mr. H.J. de Bijll Nachenius, Artikel 27, Wet op de ondernemingsraden, enige kritische kanttekeningen.
ISBN 90 14 03352 4
- 9 Mr. B. Madlener, Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het pensioenstelsel.
ISBN 90 14 03439 3
- 10 Drs. A.T.J.M. Jacobs, De rechtstreekse werking van internationale normen en het sociaal recht.
ISBN 90 6092 191 7
- 11 J.H. Sikkes, Medezeggenschap in overheidsdienst; geschiedenis wettelijke voorschriften en praktijk.
ISBN 90 6092 203 4
- 12 Prof. mr. P.F. van der Heijden, Het ontslagrecht op de snijtafel.
ISBN 90 6092 262 X
- 13 Prof. mr. M.G. Rood en mr. M.J. van der Ven, Flexibele arbeidsrelaties.
ISBN 90 6092 308 1
- 14 Drs. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Herziening van het ontslagrecht.
ISBN 90 6092 388 X
- 15 Prof. mr. L.J.M. de Leede, De verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden.
ISBN 90 6092 407 X
- 16 Werkgroep Herziening Ontslagrecht, Commentaar op SER-advies 88/12.
ISBN 90 6092 437 1
- 17 Mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.
ISBN 90 6092 671 4
- 18 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht.
ISBN 90 6092 678 1

ISBN 90-6092-678-1



9 789060 926789