

ANNOTATIE

Ius curia novit en overgang van onderneming: een gemiste kans

mr. dr. J.H. Even

1. Een werknemer is overgegaan van GUO naar het UWV. Een sociaal plan is opgesteld om deze overgang arbeidsrechtelijk in goede banen te leiden. Op basis van dit sociaal plan verliest de werknemer recht op zijn leaseauto. Dat vecht hij aan met een beroep op artikel 7:613 BW (eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden) en artikel 6:248 BW (derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid). Er wordt geen beroep gedaan op artikel 7:663 BW (het behoud van rechten bij een overgang van onderneming). Zijn vordering wordt in beide feitelijke instanties afgewezen. In cassatie stelt de werknemer onder meer dat het hof op basis van de feiten ambtshalve (want hierop was geen beroep gedaan) had moeten concluderen dat er sprake was van een overgang van onderneming, zodat de werknemer recht zou blijven houden op zijn leaseauto. Immers: de rechter kent het recht (*ius curia novit*) en moet dat recht toepassen. Dat geldt ook voor (van origine) Europees recht. Gaat deze vlieger op? 2. De uitkomst van een procedure is afhankelijk van de aangevoerde feiten en het toepasselijke recht. De feiten worden aangevoerd door de procespartijen. Het staat de rechter in principe niet vrij die aan te vullen (art. 149 Rv). Hier blijft het echter niet bij. De partijen moeten naast het aanvoeren van *feiten*, zich beroepen op *rechtsfeiten*. De rechter onderzoekt en beslist de zaak in beginsel op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd (art. 24 Rv). Ook hier vult de rechter als regel niet aan. De autonomie van partijen en de lijdelijkheid van de rechter staan voorop. 3. Feiten en rechtsfeiten zijn geen synoniemen. Mooi werd dat beschreven door A-G Wuisman in onderdeel 3.3 van zijn conclusie bij HR 11 september 2009, RvdW 2009, 997 (*Cagemax/Staat*): 'De aan te voeren gronden dienen "feiten" in te houden, waaronder in dit geval niet alleen empirisch vast te stellen feiten zijn te verstaan, maar ook rechtsfeiten. Deze feiten vormen de "feitelijke" grondslag van de eis en het verweer. De rechtsfeiten kunnen betrekking hebben op subjectieve rechten, maar ook op omstandigheden of toestanden, waaraan het recht rechtsgevolgen placht te verbinden.' Een voorbeeld. Uit de 'feiten' - het in het geding gebrachte contract - blijkt dat de gedaagde een

beroep kan doen op een gunstige contractsbepaling. Dat feit wordt enkel een rechtsfeit als de gedaagde op deze bepaling ook werkelijk een beroep doet door te stellen dat de vordering hierdoor moet worden afgewezen of beperkt. De partijautonomie en de lijdelijkheid van de rechter brengen mee dat de rechter niet op eigen initiatief de zaak op voornoemde wijze mag afdoen, maar dat alleen maar mag op aangeven van de verwerende partij (voorbeeld ontleend aan: H.J. Snijders, M. Ynzonides en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 38 en 39).

4. Dit systeem is er niet voor niets. Een belangrijke reden hiervoor is het beginsel van hoor en wederhoor. Een partij moet de gelegenheid krijgen te reageren op wat in het proces wordt ingebracht. Dat lukt niet als de rechter ambtshalve een rechtsfeit aanvoert. A-G Wuisman noemde ook een tweede, met de eerste verband houdende reden, te weten de plicht tot substantiëring van stellingen (eveneens onderdeel 3.3 van genoemde conclusie): 'Iedere procespartij dient de inbreng, waarvoor zij de verantwoordelijkheid draagt, zodanig concreet en inzichtelijk uit te voeren dat het voor de andere partij duidelijk is wat eerstgenoemde partij op welke grond of gronden in de procedure nastreeft. Die duidelijkheid moet worden verschaft, opdat die andere partij weet waartegen zij zich heeft te verdedigen.'

5. Feiten zijn dus, vrijwel exclusief, het domein van de partijen. Dat geldt niet voor het tweede onderdeel nodig voor het bepalen van de uitkomst van een procedure: het recht. De rechter kent het recht. Deze regel is opgenomen in artikel 25 Rv: 'De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan.' Dit artikel geeft de rechter niet alleen de bevoegdheid de rechtsgronden aan te vullen, maar legt hem zelfs een plicht hiertoe op (zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 56 (MvT)). Als de procespartijen het recht niet volledig of niet juist toepassen, dient de rechter hierop dus ambtshalve een correctie aan te brengen. De rechter mag echter niet zo ver gaan dat hij rechtsfeiten aanvult: hij moet, als gezegd, blijven binnen de grenzen van de rechtsstrijd van de procespartijen. Het hoeft weinig betoog dat het soms moeilijk is een duidelijke lijn te trekken tussen het niet toegestane ambtshalve aanvullen van rechtsfeiten en het wel toegestane (en zelfs verplichte) ambtshalve aanvullen van het recht.

6. Nu is het al moeilijk genoeg het positieve Nederlandse recht te kennen en ambtshalve aan te vullen, maar het leven van de rechter wordt al helemaal gecompliceerd als hij ook (al) het EU-recht moet kennen en op grond van artikel 25 Rv moet aanvullen. Toch rust ook die verplichting op de rechter.

7. Het Hof van Justitie oordeelde in de zaak Van Schijndel dat de nationale rechter bepalingen uit het EEG-Verdrag (die in deze zaak betrekking hadden op mededinging) dient toe te passen, zelfs wanneer daarop door de procespartij die bij de toepassing belang heeft geen beroep is gedaan, *indien* het nationale recht deze toepassing toelaat (HvJ 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93). Het Hof van Justitie voegde hieraan toe dat het gemeenschapsrecht echter niet zo ver gaat dat het de nationale rechter *verplicht* ambtshalve een rechtsgrond in het geding te brengen ontleend aan schendingen van gemeenschapsbepalingen, wanneer hij voor het onderzoek van

dat middel de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd. Deze regels worden in feite bevestigd in het Van der Weerd-arrest (HvJ 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05 t/m C-225/05). Voor de Nederlandse situatie betekent dit dat de rechter ambtshalve het recht met EU-recht moet aanvullen, omdat artikel 25 Rv dat nu eenmaal toelaat. Een verplichting buiten de grenzen van de rechtsstrijd van de procespartijen te treden geeft het EU-recht echter niet en artikel 24 Rv verbiedt de rechter dat te doen. 8. De hoofdregels van dit systeem zijn goed te begrijpen. Feiten en rechtsfeiten zijn het domein van de procespartijen. Deze mogen niet ambtshalve worden aangevuld door de rechter. Als EU-recht in het spel is, wordt dit niet anders. Het recht daarentegen mag - sterker nog: moet - ambtshalve worden aangevuld door de rechter, ook het EU-recht. 9. Dan nu een belangrijke uitzondering op deze hoofdregels. Rechtsfeiten kunnen en moeten wel ambtshalve door de rechter worden aangevuld als het om bepalingen van openbare orde gaat. Anders gezegd, de rechter moet buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen treden als bepalingen van openbare orde hiertoe aanleiding geven. Welk 'recht van openbare orde' in het verband van de artikel 24 en 25 Rv precies wordt bedoeld, valt volgens A-G Wuisman niet exact aan te geven. Het is in elk geval niet al het dwingende recht. Het moet volgens hem gaan om: 'dwingend recht waarbij, afgezien van de belangen van de procespartijen, een algemeen belang is betrokken van zodanig gewicht en bovendien in die mate, dat het tot gelding komen van het recht niet afhankelijk hoort te zijn van de opstelling van procespartijen in een procedure.' Dat kan ook EU-recht zijn. De Hoge Raad overwoog in de zaak *Cagemax/Staat* dat een rechter ambtshalve EU-recht moet toepassen, indien er sprake is van 'een communautair belang van zo'n fundamenteel gewicht en in zodanige concrete mate dat behartiging van dat belang tot [ambtshalve] toepassing van dat recht noopt'. Ook het Hof van Justitie eist soms dat de nationale rechter bepaalde EU-regels ambtshalve toepast (voor de mogelijke juridische grondslagen van een dergelijke verplichting wordt verwezen naar: A.S. Hartkamp, 'De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter', *Trema*, 2010/4, p. 136 e.v.). Die uitspraken vormen een uitzondering op de door het Hof van Justitie in de Van Schijndel-zaak geformuleerde hoofdregel. Dit deed zich bijvoorbeeld voor op het gebied van het consumentenrecht. Kort gezegd oordeelde het Hof van Justitie dat de rechter ambtshalve bepaalde regels van EU-consumentenrecht moet toepassen - zelfs als de partijen daarop geen beroep hebben gedaan - om zodoende te bewerkstelligen dat oneerlijke bepalingen consumenten niet binden. Zie voor een overzicht van de uitspraken van het Hof van Justitie die de rechter tot ambtshalve toepassing van EU-consumentenrecht nopen het recente rapport van de werkgroep van de landelijke vergadering van sectorvoorzitters van civiele en kantonsectoren (LOVCK) 'Ambtshalve toetsing: Ambtshalve toepassing van

Europees consumentenrecht' (terug te vinden op www.rechtspraak.nl). 10. In de zaak Daddy's Dance Hall kwam de vraag aan de orde of de werknemer die bij wege van een overgang van onderneming overgaat op de verkrijger, met die verkrijger rechtsgeldig afwijkende arbeidsvoorwaarden mag afspreken. Dat was gebeurd, maar de werknemer had hiervan spijt en wilde de gemaakte afspraak ongedaan maken. Het Hof van Justitie leerde ons: '(...) richtlijn 77/187 [heeft] tot doel de werknemers van een overgedragen onderneming het behoud te verzekeren van hun uit een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding voortvloeiende rechten. Aangezien deze bescherming van openbare orde is en de pp. bij de arbeidsovereenkomst er dus niet over kunnen beschikken, zijn de bepalingen van de richtlijn, en met name die inzake de bescherming van de werknemers tegen ontslag bij overgang, in zoverre als dwingend te beschouwen voor de werknemers dat er niet in ongunstige zin van mag worden afgeweken.' In de literatuur vraagt men zich wel eens af of de toevoeging 'openbare orde' niet te sterk is aangezet (J.M. van Slooten, 'Wijziging van arbeidsvoorwaarden in verband met overgang van onderneming', in: R.M. Beltzer (red.), *Dertig jaar overgang van onderneming*, Den Haag: Sdu 2008, p. 34). Toch is het Hof van Justitie dit woordgebruik blijven hanteren (zie HvJ 6 november 2003, C-4/01, *Martin/SBU*). Ook de Hoge Raad gebruikte de term 'openbare orde' recent nog in verband met de aan de werknemer verleende bescherming bij een overgang van onderneming (zie HR 26 juni 2009, JAR 2009/183, *Bos/Pax*). 11. Dat brengt mij terug op het geschil tussen de werknemer en het UWV. Op grond van de geschetste hoofdregels kon het hof niet ambtshalve arrest wijzen met toepassing van artikel 7:663 BW. Hij zou in dat geval naar mijn mening buiten de grenzen van de rechtsstrijd van de procespartijen treden. Artikel 24 Rv staat dat niet toe, hoewel de uitzondering ten aanzien van 'recht van openbare orde' lonkt. Is artikel 7:663 BW van openbare orde binnen het verband van artikel 24 en 25 Rv? Of - in de formulering van de Hoge Raad in de zaak *Cagemax/Staat* - is er hier sprake van een communautair belang van zo'n fundamenteel gewicht en in zodanige concrete mate dat behartiging van dat belang tot toepassing van dat recht noopt? 12. Een voorzichtig 'neen' vloeide uit de pen van A-G Verkade. Hij oordeelde dat het ene begrip 'openbare orde' het andere niet is: dat de Hoge Raad eerder de bescherming van de werknemer bij overgang van onderneming als recht van openbare orde beschouwde, wil dus niet zeggen dat dit ook zo is in het kader van de toepassing van artikel 24 en 25 Rv. De door de Hoge Raad in de zaak *Cagemax/Staat* geformuleerde toets moet worden aangelegd en dat vergt een waardeoordeel. Het betrokken belang achtte de A-G onvoldoende fundamenteel. Met name het feit dat de beslissing in deze zaak alleen de betrokken werknemer raakt - en niet ook andere werknemers die zijn overgegaan van GUO naar het UWV - bracht de A-G tot deze conclusie, samen met de omstandigheden op grond waarvan het hof het beroep van de werknemer op artikel 6:248 BW had afgewezen. Evenmin was volgens de A-G sprake van een belang in een zodanig concrete mate dat het hof ambtshalve had moeten overgaan tot het

toepassen van EU-recht. Het onderhavige, nog van feitelijke waarderings afhankelijke, geval is volgens de A-G geen 'duidelijk geval' van een overgang van onderneming. De A-G concludeerde tot afwijzing van het cassatieberoep. 13. De Hoge Raad maakte er minder woorden aan vuil en deed de zaak af op artikel 81 Wet RO (de aangevoerde klacht kan niet tot cassatie leiden en noopt niet tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling). Dat vind ik jammer. Ik had graag een motivering gezien. Want evident kansloos was het cassatieberoep naar mijn mening niet. 14. Het is in algemene Europese regelgeving niet ongebruikelijk bepaalde groepen bijzonder te behandelen, waaronder consumenten en werknemers. Vanwege hun 'zwak' geachte positie gelden sommige algemene regels niet voor hen, maar gelden meer beschermende bepalingen. Zie bijvoorbeeld de EEX-Vo, waarin in onderdeel 13 van de preambule staat: 'in het geval van verzekerings-, consumenten- en arbeidsovereenkomsten moet de zwakke partij worden beschermd door bevoegdheidsregels die gunstiger zijn voor haar belangen dan de algemene regel'. Zie verder overweging 23 van de preambule van Rome I: 'wat overeenkomsten met als zwakker beschouwde partijen betreft, moeten deze partijen worden beschermd door collisieregels die gunstiger zijn voor hun belangen dan de algemene regels.' Vervolgens zijn bijzondere regels opgenomen voor onder andere consumenten en werknemers. Het hoeft dan ook geen verbazing te wekken dat het Hof van Justitie juist in consumentenzaken uitzonderingen aanbrengt op de algemene regel van het Van Schijndel-arrest: van de rechter wordt in die zaken een actievere rol geëist om zo binding van consumenten aan oneerlijke bepalingen te voorkomen, een rol die zelfs ambtshalve toetsing van in processe gebleken bedingen kan bevatten. Die actieve rol breekt in op de algemene regels van artikel 24 en 25 Rv. Niet uit te sluiten valt dat een dergelijke actieve rol ook geëist kan worden van de rechter als het bescherming van werknemers betreft op grond van EU-recht. Steun voor dat standpunt is te vinden bij Hartkamp, zoals A-G Verkade in de onderhavige zaak terecht heeft opgemerkt. Hartkamp bespreekt waarom de Nederlandse rechter bepaalde consumentenbeschermende bepalingen uit richtlijnen ambtshalve heeft te toetsen en wijst erop dat deze consumentenrechtspraak ook relevant kan zijn voor andere beschermende richtlijnbevestigingen, die, in plaats van op consumenten, betrekking hebben op werknemers of handelsagenten. Vervolgens wijst hij in een voetnoot op de uitspraak Daddy's Dance Hall en schrijft: 'Het lijkt mij waarschijnlijk dat uit dit arrest een verplichting tot ambtshalve toepassing kan worden afgeleid' (Hartkamp, a.w., p. 139, voetnoot 14). 15. De Hoge Raad had gegeven het voorgaande wat mij betreft meer mogen doen dan enkel verwijzen naar artikel 81 Wet RO. Een gemiste kans.