AR ARBEIDSRECHT UPDATES

ANNOTATIE

Arbeidsrecht en vermogensrecht bij ontslag: never the twain shall meet?

mr. dr. J.H. Even

Inleiding

Bij het opstellen van het huidige Burgerlijk Wetboek is ervoor gekozen een algemene regeling te geven voor het gehele privaatrecht, om een te grote versplintering in deelgebieden van het recht te voorkomen. Ook de gelaagde structuur van het BW zorgt ervoor dat algemene regelingen op bijzondere regelingen van toepassing kunnen zijn, doordat die algemenere bepalingen aan specifiekere bepalingen voorafgaan en daarop kunnen worden toegepast. Dat brengt onder meer met zich dat het algemene vermogensrecht in principe ook van toepassing is op het arbeidsrecht. Arbeidsrechtjuristen mogen zich dus niet 'blindstaren' op titel 10 van Boek 7, maar het algemene deel van het vermogensrecht, met name de Boeken 3 en 6 van het BW, dient ook tot hun repertoire te behoren.

Het lastige is echter dat niet alle bepalingen van het algemene vermogensrecht 'passen' in het bijzondere rechtsgebied van het arbeidsrecht. Telkens dient de vraag te worden beantwoord of algemene regels van het vermogensrecht (onverkort) dienen te worden toegepast op het arbeidsrecht. In de woorden van Konijn: is er sprake van cumulatie van regels of exclusiviteit van de arbeidsrechtelijke bepalingen (Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit? Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999)? Het geven van een antwoord op deze vraag kan lastig zijn, zo ook bij ontslag. In dit commentaar komt aan de orde in hoeverre algemene nietigheden/vernietigbaarheden uit het vermogensrecht van toepassing zijn op het ontslagrecht, in het bijzonder in geval van ontslag op staande voet. Het hier besproken vonnis van de kantonrechter te Almelo past naar mijn mening in het geheel niet in de algemene lijn die door de Hoge Raad in dat verband is uitgestippeld.

De feiten en standpunten van partijen

De werknemer, rijinstructeur, wordt op staande voet ontslagen vanwege, kort gezegd, werkweigering. De werknemer legt zich hier niet bij neer. Hij roept de vernietigbaarheid van het ontslag in dan wel de kennelijke onredelijkheid daarvan. Hij vordert in kort geding loondoorbetaling. De werkgever, Verkeersschool Boensma, meent primair dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven. Uit het soms lastig te lezen vonnis meen ik te kunnen afleiden dat hij zich subsidiair op het standpunt stelt dat de eis tot loondoorbetaling niet kan worden toegewezen, omdat door het ontslag op staande voet de arbeidsovereenkomst in elk geval is geëindigd, terwijl hij reeds een bedrag aan de werknemer heeft voldaan om de (niet in acht genomen) opzegtermijn te vergoeden. In dat verband is nog relevant dat het BBA, gezien artikel 2 lid 1 sub b daarvan, niet van toepassing is op onderwijzend en docerend personeel werkzaam aan onderwijsinrichtingen, waaronder ook een rijinstructeur werkzaam voor een rijschool valt (hoewel hierover wel eens verschillend wordt gedacht). Het ontbreken van een ontslagvergunning geeft de werknemer in dit geval dus geen grond het ontslag met een beroep op artikel 6 en 9 BBA te vernietigen.

Het vonnis

De kantonrechter te Almelo acht het zeer aannemelijk dat in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat hetgeen zich tussen partijen heeft afgespeeld niet als dringende reden kan worden aangemerkt. Dan oordeelt hij als volgt:

‘Nu het ontslag op staande voet naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter geen stand zal houden en uiteindelijk waarschijnlijk zal worden geoordeeld dat nog steeds sprake is van een dienstverband, is Boensma gehouden het loon door te betalen. (...) Dat Boensma zijn medewerkers met inachtneming van de opzegtermijn kan ontslaan zonder ontslagvergunning, doet daar niet aan af. Het is niet zo dat het gegeven ontslag, nu de dringende reden niet wordt aangenomen, moet worden beschouwd als een gewoon ontslag. (...) Dat zo zijnde is er mitsdien geen sprake van een gegeven regulier ontslag zonder vergunning (...).’

Als gevolg van het voorgaande wordt de gevorderde loondoorbetaling door de kantonrechter toegewezen.

De kantonrechter vindt dus dat een onterecht gegeven ontslag op staande voet nietig is, ook als het BBA niet van toepassing is. Immers, hij oordeelt dat aan dit ontslag geen rechtsgevolg kan worden gegeven. Hoewel de kantonrechter dit niet expliciet motiveert, lijkt het erop dat hij het ontslag nietig vindt vanwege strijd met de wet (hij oordeelt dat de wettelijk vereiste dringende reden waarschijnlijk niet aanwezig was). Dit nietige ontslag op staande voet kan bovendien niet worden geconverteerd in een regulier ontslag, aldus de kantonrechter.

Nietigheid, vernietigbaarheid en conversie van rechtshandelingen

Een rechtshandeling is niet altijd rechtsgeldig. Deze kan (van rechtswege) nietig of vernietigbaar zijn. Nietigheid treedt van rechtswege in en brengt met zich dat de rechtshandeling nimmer rechtsgeldig tot stand is gekomen. In geval van vernietigbaarheid is de rechtshandeling rechtsgeldig totdat de vernietigbaarheid is ingeroepen. Als eenmaal op goede gronden de vernietigbaarheid is ingeroepen, wordt de rechtshandeling nimmer geacht te hebben bestaan. De term 'nietigheid' wordt op twee manieren gebruikt. Hij geldt niet alleen als pendant van de term vernietigbaarheid, maar beschrijft tevens de situatie dat geen rechtsgeldige rechtshandeling tot stand is gekomen, welke situatie ook intreedt als terecht een beroep op een vernietigbaarheid is gedaan (Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium Nederlands Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 29).

Het arbeidsrecht is doorspekt met (ver)nietig(baar)heden. Met betrekking tot het ontslagrecht is in de praktijk de belangrijkste vernietigbaarheid die uit het BBA: een ontslag zonder ontslagvergunning, waar een dergelijke vergunning is vereist, is vernietigbaar. Ook in het algemene vermogensrecht worden meerdere (ver)nietig(baar)heden genoemd. Relevant zijn in elk geval artikel 3:39 en 3:40 BW. Artikel 3:39 BW bepaalt dat, tenzij uit de wet anders voortvloeit, rechtshandelingen die niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht, nietig zijn. Artikel 3:40 lid 1 BW vervolgt dat een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, nietig is. Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt volgens lid 2 ook tot nietigheid van de rechtshandeling, tenzij de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van een der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, in welk geval er sprake is van vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit. Uit dit systeem, en met name uit het bepaalde uit artikel 3:39 BW, lijkt voort te vloeien dat nietigheid als uitgangspunt geldt en vernietigbaarheid de uitzondering is. Toch gaat dit niet op voor het arbeidsrecht, waar het voornamelijk gaat om regels die de zwakker geachte werknemer dienen te beschermen tegen zijn werkgever. In dergelijke gevallen is vernietigbaarheid de regel (zie hierover: W. Snijders, 'Titel 3.2 BW en de nulliteiten in het arbeidsrecht', *SR* 2002/5, p. 138).

Een nietige rechtshandeling (ongeacht of het hier gaat om nietigheid van rechtswege of naar aanleiding van een terecht ingeroepen vernietigbaarheid) kan soms worden geconverteerd in een andere, wél rechtsgeldige handeling. Dat kan volgens artikel 3:42 BW indien de strekking van de nietige rechtshandeling in een zodanige mate beantwoordt aan die van een andere, geldige rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, als van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien. Conversie gaat echter niet op als dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft meegewerkt. Ook gaat conversie niet op als de strekking van de nietigheidsbepaling zich verzet tegen het wijzigen van de nietige rechtshandeling in een

handeling die wel is toegestaan. Denk in dit verband bijvoorbeeld aan het verbod een ongeldige proeftijdbepaling in een arbeidsovereenkomst te converteren in een geldige (HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 232, Van Hensbergen/Albers).

Weinig ruimte voor nietigheid van ontslag in het algemeen op basis van het algemene vermogensrecht…

Als een werknemer een voor hem nadelige maatregel niet via het arbeidsrecht ongedaan kan maken, dan zou hij met een beroep op de gelaagdheid van het BW kunnen proberen dat gevolg toch te krijgen met een beroep op het algemene vermogensrecht. Dit is in de praktijk meerdere malen geprobeerd, ook met betrekking tot ontslag. Enkele voorbeelden.

Al in 1979 probeerde een werknemer een ontslag ongedaan te maken door te betogen dat de algemene regels van de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat een werkgever een afgegeven ontslagvergunning niet mag benutten als hij weet dat die vergunning was verstrekt in een procedure waarin de werknemer niet was gehoord. De Hoge Raad volgde dit betoog niet (HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441, HAL/Van Werkhoven). Hij oordeelde dat er, naast de regels over kennelijk onredelijk ontslag, geen ruimte is voor toetsing aan de algemene regels van de redelijkheid en billijkheid:

‘De in de artt. 1639s-u [kennelijk onredelijk ontslag] gegeven regeling voor het geval een der pp. de dienstbetrekking kennelijk onredelijk doet eindigen moet echter – gezien het specifieke toetsingscriterium, 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 art. 1374, derde lid [de redelijkheid en billijkheid], resulterend in een herstel van de dienstbetrekking geen plaats is.’

Het ontslagrecht geldt in relatie tot het algemene beginsel van redelijkheid en billijkheid in dit geval dus als exclusief.

Eenzelfde exclusiviteit werd aangenomen in geval van een beroep op (wat thans is) artikel 3:40 BW. Een groep werknemers stelde zich op het standpunt dat de werkgever bij zijn keuze wie te ontslaan onderscheid had gemaakt naar nationaliteit. Om die reden zou het ontslag nietig zijn. Dat ontslagvergunningen waren verleend maakte dit niet anders. De Hoge Raad wilde van die nietigheid niet weten en oordeelde (HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495, Nedlloyd/Bras Monteiro e.a.):

‘Het onderdeel heeft in zijn geheel tot uitgangspunt dat een ontslag ‘in strijd met het (…) discriminatieverbod bij wet verboden is en/of strijdig is met de goede zeden en/of openbare orde’ en daarom nietig is op grond van artt. 1371 en 1373 BW (oud). Dit uitgangspunt is (…) in

strijd met het wettelijk stelsel betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Ingevolge art. 16390 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. (...) Bij 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 verstrekkende sancties 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 art. 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. Bovendien moet worden bedacht dat voor een ontslag dat strijd is met de wet, de openbare orde of de goede zeden als regel geen toestemming op de voet van BBA zal worden verkregen. In het midden kan blijven of onder zeer bijzondere omstandigheden het door het onderdeel voorgestane nietigheid wel met het wettelijk stelsel verenigbaar is, aangezien hier zulke omstandigheden niet zijn gesteld of gebleken.'

Naar aanleiding van dit arrest werd in de literatuur de conclusie getrokken dat de Hoge Raad het gesloten systeem van het ontslagrecht voorop stelt en dat artikel 3:40 BW slechts een beperkte rol speelt. Voor dat artikel zal volgens Scholtens en Ten Brink eigenlijk alleen een rol zijn weggelegd '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'. (G.G. Scholtens en Th.P. ten Brink, 'Artikel 3:40 BW, een (nieuwe) nietigheid in het ontslagrecht?', in: P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 18, 1993, p. 77-87). Heerma van Voss merkt op dat de term 'gesloten systeem van het ontslagrecht' niet te rigide moet worden benaderd (G.J.J. Heerma van Voss, bespreking van: Y. Konijn, Cumulatie of exclusiviteit?, Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst, *RM Themis* 2001/7, p. 219 en 220). Hij onderscheidt drie vormen van mogelijke geslotenheid van ontslagrecht, te weten ten aanzien van: (1) de mogelijke vormen van ontslag, (2) de wijze van beëindiging en (3) de sancties in het ontslagrecht. Hij concludeert dat de Hoge Raad alleen ten aanzien van de sanctie van nietigheid/vernietigbaarheid het ontslagrecht als gesloten beschouwt 'en dit dan nog niet onder alle omstandigheden'. Voor de hier te bespreken zaak is het dus relevant te bepalen of een werknemer die onterecht op staande voet is ontslagen én geen bescherming geniet op grond van het BBA, op die gronden gebruik kan maken van de weinige ruimte die artikel 3:40 BW biedt om het ontslag te vernietigen.

...en al zeker niet bij ontslag op staande voet...

En ook hierover heeft de Hoge Raad zich al eens uitgesproken. Zoals bekend geniet de statutair directeur van een BV niet de bescherming van het BBA. In het geval waarover de Hoge Raad diende te oordelen, had het bevoegde orgaan van de vennootschap (de algemene vergadering van aandeelhouders) de directeur op staande voet ontslagen. Dat ontslag was echter niet onverwijld meegedeeld. Het hof meende dat het ontslag daardoor geen stand kon houden, met als gevolg dat het ontslag nietig was. Met dat oordeel maakte de Hoge Raad korte metten (HR 23 januari 2004, *JAR* 2004/67, Central Buyers BV/De Oliveira):

'Het Hof heeft vastgesteld dat (...) voor de arbeidsverhouding tussen partijen een ontheffing van het bepaalde in art. 6 BBA van kracht was. 's Hofs oordeel dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen, gegeven het aan het ontslag op staande voet klevende gebrek dat het niet onverwijld gegeven is, in stand is gebleven, is derhalve onjuist. Gelet op het in (...) art. 7:677 BW neergelegde wettelijk stelsel, bracht ontslag op staande voet van [de werknemer] de daarmee beoogde beëindiging van de dienstbetrekking teweeg, zij het dat [de werkgever] schadeplichtig werd in de zin van art. 7:677 lid 1 in verbinding met lid 4.'

Het arbeidsrecht regelt dus al (exclusief) de gevolgen van een onterecht gegeven ontslag op staande voet. Is het BBA van toepassing en dient de werkgever op grond daarvan voor opzegging over een ontslagvergunning te beschikken, dan kan de werknemer wegens het ontbreken van een dergelijke vergunning het ontslag vernietigen. Hoeft de werkgever niet over een dergelijke vergunning te beschikken (en zijn er geen bijzondere opzegverboden van toepassing; zie in dat verband bijvoorbeeld art. 7:677 lid 5 BW), dan eindigt door het onterecht gegeven ontslag op staande voet de arbeidsovereenkomst, maar zal dat ontslag onregelmatig en potentieel kennelijk onredelijk zijn. Conversie van het ontslag in een regelmatig ontslag is niet aan de orde.

...tenzij sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd?

Wellicht dat de uitkomst anders zou kunnen zijn ingeval het gaat om een onterecht gegeven ontslag op staande voet, als de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor bepaalde tijd zonder dat een tussentijdse opzegmogelijkheid is bedongen. Artikel 7:667 lid 3 BW bepaalt sinds de introductie van de Wet flexibiliteit en zekerheid dat een dergelijke overeenkomst slechts tussentijds kan worden opgezegd indien dat voor ieder der partijen schriftelijk is overeengekomen. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat een opzegging in strijd met deze bepaling nietig dan wel vernietigbaar zou zijn. Dat zou een breuk zijn met 'oud' recht, dat wil zeggen het recht voorafgaande aan de introductie van de Wet flexibiliteit en zekerheid. Onder dat recht heeft de Hoge Raad geoordeeld dat voortijdige opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet een tussentijdse opzegmogelijkheid kent, de arbeidsovereenkomst wel doet eindigen, maar de opzegger schadeplichtig maakt (HR 19

februari 1988, NJ 1988, 468, Marcel Muyres/Dekker). Een opzegging door de werkgever van een dergelijke arbeidsovereenkomst zonder ontslagvergunning kon overigens door de werknemer worden vernietigd, als de werkgever niet beschikte over een ontslagvergunning waar die wel nodig was (HR 4 september 1998, *NJ* 1999, 267, Van der Burgt/Thans). Deze vernietigingsgrond kwam echter voort uit het BBA en niet uit de enkele omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst tussentijds was opgezegd.

Sommige auteurs betogen dat dit oude recht nog steeds geldt en dat de tussentijdse opzegging van een arbeidsovereenkomst zonder schriftelijk bedongen tussentijdse opzegmogelijkheid niet reeds om die reden nietig of vernietigbaar is (maar wel leidt tot schadeplichtigheid). Zij stellen dat de wetgever met de introductie van artikel 7:667 lid 3 BW niet heeft beoogd, los van de vernietigbaarheid op grond van het BBA, een 'nieuwe (ver)nietig(baar)heid' in te voeren. Zie in die zin bijvoorbeeld W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk in: W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 306; D.J.B. de Wolff, *Arbeidsovereenkomst, commentaar op artikel 667 Boek 7 BW*, Kluwer, opmerking 9 en W. Snijders 2002, p. 140. Anderen menen dat strijd met dit artikel de wederpartij wel degelijk de mogelijkheid geeft om de opzegging te vernietigen. Zie in die zin bijvoorbeeld G.J.J. Heerma van Voss, Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nr. 312 en C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 495.

Conclusie

In de hier besproken zaak gaat het om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het lijdt naar mijn mening dan ook geen twijfel dat het onterecht gegeven ontslag op staande voet in het onderhavige geval, waarin het BBA niet van toepassing is, wel degelijk tot het einde van de arbeidsovereenkomst heeft geleid. Het feit dat er geen dringende reden aan ten grondslag lag maakt het ontslag niet nietig of vernietigbaar, maar wel onregelmatig en potentieel kennelijk onredelijk. De parallel met het arrest Central Buyers BV/De Oliveira is mijns inziens onmiskenbaar. In die zin sluit ik mij dan ook graag aan bij het commentaar van R. Wiebosch in zijn reactie bij deze uitspraak op <www.ar-updates.nl>:

'Ik heb (...) sterk de indruk dat deze kantonrechter de weg in het civielrechtelijk arbeidsrecht ernstig is kwijt geraakt. Met conversie heeft dit alles in het geheel niets van doen, maar alles met het gesloten stelsel van het ontslagrecht dat geen [quasi]vernietigbaarheden kent buiten die met zoveel woorden in het B.W. zijn opgenomen. Een ontslag zonder dringende reden kwalificeert dus als een onregelmatig ontslag met de door het B.W. daarop gestelde sanctie. Zie voor een juiste benadering Hof Amsterdam 12 oktober 2010 LJN BP0651.'