

ANNOTATIE

# De Rhythm & Blues van het BBA

*mr. dr. J.H. Even*

## Inleiding

In zijn boek *Rhythm & Blues van het recht* beschrijft Tjittes (R.P.J.L. Tjittes, *Rhythm & Blues van het recht*, Amsterdam: Balans 1997) negentien zaken waarin de redelijkheid en billijkheid – de *Rhythm & Blues* van het recht – een belangrijke rol spelen. Zaken waar de Hoge Raad soms met een beroep op deze redelijkheid en billijkheid aan de ‘noodrem’ heeft moeten trekken om te voorkomen dat het recht, zonder correctie, zou leiden tot onredelijke resultaten. Voor een eventueel vervolg op dit boek zou de onderhavige zaak zeker geschikt zijn. In de kern genomen gaat het over het antwoord op de vraag of de vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BBA opzij kan worden gezet door de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

## Feiten en rechtsvragen

Een werknemer van ABN AMRO begon op enig moment eigenaardig gedrag te vertonen. Zo plakte hij ramen van zijn werkruimte af, draaide hij zijn toetsenbord om en ontdeed hij zijn kleding van knopen en ritsen. Toen de werknemer op werk zijn portemonnee kwijt raakte, weigerde hij mee te delen wat de inhoud ervan was met als argument dat, als hij dit zou doen, hij te traceren zou zijn. De moeder van de werknemer had contact opgenomen met zijn leidinggevende met de mededeling dat het niet goed ging met haar zoon. Tussen de huisarts en de bedrijfsarts was eveneens contact geweest. De huisarts deed een crisismelding bij een instelling voor geestelijke gezondheidszorg in Amsterdam. De werknemer had de bedrijfsarts bezocht. Die deelde de werkgever mee dat het binnen een uur al duidelijk was dat de werknemer zich ziek zou moeten melden. Dat deed de werknemer echter niet. Deze mededelingen en dit gedrag vielen op en de leidinggevende van de werknemer verklaarde voor de rechter dat het duidelijk was dat de werknemer geestelijk niet in orde was. De werknemer was van 23 februari tot 1 maart 2004 met vakantie. Aansluitend keerde hij niet terug op het werk. Hierop nam de zus van de werknemer contact op met ABN AMRO met de boodschap dat de werknemer die ochtend wel op zijn fiets was gestapt om naar werk te gaan, maar dat hij

halverwege rechtsomkeert had gemaakt en haar (zijn zus) had bezocht. Hij wilde niet naar ABN AMRO omdat daar een spelletje met hem zou worden gespeeld. De werknemer werd door ABN AMRO bij brieven opgeroepen te verschijnen op 3 en 4 maart 2004. Hij kwam niet. Hierover verklaarde de leidinggevende voor de rechter dat hij, gezien de toestand van de werknemer, ook niet had verwacht dat de werknemer zou komen. Bij ABN AMRO was men de werknemer liever kwijt dan rijk, zo voegde hij hieraan toe. De verwachting was dat de ziekte van de werknemer niet een kwestie zou zijn van een weekje, maar langer zou duren. Bij brief van 4 maart 2004 werd de werknemer op staande voet ontslagen. Vanaf eind januari 2005 tot 18 juli 2005 was de werknemer gedwongen opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis. Bij brief van 14 september 2005 beriep de advocaat van de werknemer zich op de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet. ABN AMRO meende echter dat het ontslag op staande voet terecht was gegeven en dat het beroep op de vernietigbaarheid te laat – want later dan binnen de in artikel 9 lid 3 BBA voorgeschreven vervaltermijn van zes maanden – was ingeroepen. In rechte vorderde de werknemer loondoorbetaling.

Het Hof Amsterdam toonde weinig begrip voor de standpunten van ABN AMRO. Het oordeelde dat (1) er geen dringende reden aan het ontslag op staande voet ten grondslag lag, (2) het beroep van ABN AMRO op de vervaltermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was en (3) er geen reden was de loondoorbetaling te matigen op grond van artikel 7:680a BW (en dat gold evenzeer voor de wettelijke rente en verhoging). Tegen elk van deze drie elementen van het oordeel van het hof kwam ABN AMRO in cassatie.

### **Dringende reden?**

ABN AMRO stelde zich in cassatie op het standpunt dat wel degelijk rechtsgeldig een ontslag op staande voet was gegeven. De werknemer had zich niet ziek gemeld, terwijl hij degene is die dit bij uitsluiting had kunnen doen: de bedrijfsarts en de werkgever zouden dit niet kunnen. De werkgever kon bovendien niet zelfstandig het (medische) oordeel vellen of een werknemer ziek is. Daarom diende de werknemer ten tijde van het ontslag als arbeidsgeschiedt (niet ziek) te worden beschouwd. Voor zover de werknemer niettemin ziek was, zou dat voor ABN AMRO niet kenbaar zijn geweest. Het zou kunnen dat de werknemer geen verwijt gemaakt kan worden van zijn gedrag, maar dat is zonder betekenis, nu de Hoge Raad dat niet vereist voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet (HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 560).

Advocaat-generaal Keus was niet overtuigd door de argumenten van ABN AMRO. Hij merkte op dat het hof in het midden had gelaten of de werkgever zelfstandig tot het oordeel kon komen dat een werknemer ziek is. Het hof had daarentegen waarde gehecht aan de mededeling van de bedrijfsarts aan ABN AMRO dat de werknemer zich ziek zou moeten melden (dus naar de mening van de bedrijfsarts ziek was). Daarbij kwam volgens de advocaat-

generaal dat ziekmelding niet is vereist voor het behandelen van een werknemer als zieke. De loondoorbetalingsverplichting van artikel 7:629 lid 1 BW is gekoppeld aan het niet verrichten van werk als gevolg van ‘ongeschiktheid ten gevolge van ziekte, zwangerschap of bevalling’ en is niet afhankelijk gesteld van een ziekmelding. Een ziekmelding kan wel worden verlangd door redelijke (controle)voorschriften, maar aan overtreding van die voorschriften worden andere sancties dan ontslag op staande voet verbonden (opschorting van salaris ex artikel 7:629 lid 6 BW). Als een werkgever (a) te goeder trouw meent dat er sprake is van arbeidsgeschiktheid van de werknemer – een situatie overigens die volgens het Hof Amsterdam hier niet aan de orde was, omdat het ABN AMRO volgens het hof ‘volkomen duidelijk was dat “de werknemer” leed aan een geestesziekte’ – (b) hij tot ontslag op staande voet overgaat, waarna (c) blijkt dat de werknemer (toch) ziek was, komt deze vergissing voor rekening en risico van de werkgever. De advocaat-generaal verwees in dat verband naar het arrest van de Hoge Raad van 14 december 2001, *NJ* 2002, 58. Hierin deed zich een vergelijkbaar geval voor als het onderhavige: een werknemer die verzuimde te werken vanwege een de werkgever niet bekende psychose werd wegens werkweigering op staande voet ontslagen. De Hoge Raad oordeelde hierover:

‘(...) het middel klaagt terecht dat de Rechtbank aldus oordelende heeft miskend, dat werkverzuim van de werknemer in beginsel geen dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert indien de werknemer ten tijde van het werkverzuim arbeidsongeschikt was, en dat dit niet anders is in het geval dat de werkgever ten tijde van de ontslagaanzegging in redelijkheid heeft mogen aannemen dat de werknemer arbeidsgeschikt was (...).’

Deze motivering van de advocaat-generaal overtuigt. Zo stellen Charbon en Heida zich op het standpunt dat ziekte uiteindelijk aan de hand van een medisch oordeel van bedrijfsarts en verzekeringsarts wordt bepaald (P.A. Charbon & R.A. Heida, ‘Wie bepaalt of de werknemer ziek is (als de werknemer dat zelf niet vindt)?’, *TRA* 2009, 8/9, nr. 65). Dat oordeel lag er: de bedrijfsarts heeft dit gegeven. De ziekte stond daarmee in beginsel vast. Overigens sluit ik geenszins uit dat, anders dan ABN AMRO in cassatie stelde, ook zonder een dergelijk medisch oordeel het onder omstandigheden aan de werkgever kan zijn zelfstandig vast te stellen dat de werknemer ziek is, zelfs als de werknemer dit bestrijdt. Ik vermoed bijvoorbeeld dat het zonder medische interventie voor de gemiddelde voetbalwerkgever duidelijk zal zijn dat de voetbalwerknemer die met een open botbreuk van het veld wordt gedragen ziek is, zelfs in het geval dat hij hardnekkig weigert zich ziek te melden en aanstalten maakt weer het veld in te gaan. Zie in de zin ook Theunissen (A.J.C. Theunissen, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht 2011*, 629 BW Boek 7, C 9, p. 416): ‘in eerste instantie is het de werkgever die bepaalt of zijn werknemer ziek is (...)’. Ook lijkt mij juist de mening van de advocaat-generaal dat ziekmelding van de werknemer geen verplicht voorportaal is om een werknemer als zieke te behandelen.

Natuurlijk is een ziekmelding het gebruikelijke startschot van een ziekteperiode. Maar dat dit als constitutieve eis kan worden gesteld blijkt uit geen enkele wetsbepaling. Het aannemen van een dergelijke eis – die gezien het standpunt van ABN AMRO klaarblijkelijk ook niet later kan worden ingevuld als dan blijkt dat de werknemer in de periode van ontslag eigenlijk al ziek was hoewel hij zich toen niet ziek had gemeld – staat tevens op gespannen voet met de mogelijkheid dat een ziekte met terugwerkende kracht (volledigheidshalve: ook zonder ziekmelding bij de daadwerkelijke ingangsdatum) kan ingaan. Ik verwijs hier wederom naar de aangehaalde bijdrage van Charbon en Heida. Bovendien: het stellen van een ‘meldingseis’ als voorwaarde voor wettelijke bescherming bij ziekte zou een zwakke categorie van zieken – zoals de zware geesteszieken – ernstig kunnen benadelen. Als dergelijke zieken geen enkel besef meer hebben van wat zij doen, kan in redelijkheid niet van hen worden verwacht zich ziek te melden, op straffe van verlies van hun rechten. Dat de zieke werknemer bij ontslag op staande voet wordt beschermd ondanks het ontbreken van wetenschap van die ziekte bij de werkgever blijkt tot slot helder uit het door de advocaat-generaal gememoreerde en hierboven deels geciteerde arrest. Deze hierboven samengevatte stand van zaken was volgens de Hoge Raad in de onderhavige zaak zodanig duidelijk, dat de cassatieonderdelen hiertegen onder verwijzing naar artikel 81 RO werden verworpen. Ten overvloede: zelfs al zou ABN AMRO gelijk hebben gehad, en zou de werknemer formeel-technisch gezien niet als ziek kunnen worden beschouwd als hij zich niet ziek heeft gemeld, dan nog dient ABN AMRO in haar beslissing wel of niet tot ontslag op staande voet over te gaan de persoonlijke omstandigheden van hem mee te wegen (o.a. HR 12 februari 1999, *JAR* 1999/102 en HR 21 januari 2000, *JAR* 2000/45). Dat de werknemer geestelijk niet in orde was en dat het enkele maanden zou duren voordat hij hersteld was, lijken mij – ook los van eventuele ziekte – ter zake doende persoonlijke omstandigheden (zie ook HR 8 oktober 2004, *JAR* 2004/259, waarin depressiviteit en psychische decompensatie werden meegewogen). De tekst van de ontslagbrief geeft geen enkel aanknopingspunt dat ABN AMRO deze omstandigheden heeft meegewogen in haar beslissing.

### **Toepassing vervaltermijn?**

ABN AMRO bepleitte dat de vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BBA ‘niet of slechts met de grootst mogelijke terughoudendheid door de redelijkheid en billijkheid kan worden beperkt’. Het hof had hierdoor niet mogen beslissen dat in deze zaak de redelijkheid en billijkheid in de weg stond aan het beroep op de vervaltermijn.

Het betoog dat de redelijkheid en billijkheid in het geheel niet kan worden ingezet om een beroep op een dwingendrechtelijke vervaltermijn te kunnen pareren, vond geen ingang bij de advocaat-generaal. Artikel 6:2 BW biedt wel degelijk de mogelijkheid in te grijpen op bepalingen van dwingend recht, hetgeen door de Hoge Raad is bevestigd (HR 20 januari 1989,

*NJ* 1989, 322). Tevens bracht de advocaat-generaal in herinnering dat artikel 9 lid 3 BBA al eerder werking had ontbeerd, toen bleek dat toepassing van dit artikellid op gespannen voet stond met de Richtlijn overgang van onderneming (HR 29 december 1995, *NJ* 1996, 418). Door middel van richtlijnconforme interpretatie had de Hoge Raad het beroep op deze vervaltermijn van de hand gewezen. Zou de wet geen (enkele) mogelijkheid hebben geboden hiertoe over te gaan, dan zou de Hoge Raad dit ook niet hebben kunnen doen.

Richtlijnconforme interpretatie noopt immers niet tot een *contra legem*-interpretatie. Dit nam echter niet weg dat artikel 6:2 BW volgens de advocaat-generaal zeer terughoudend moet worden toegepast in een geval als dit. Van belang daarbij was dat er bijzonder milde eisen worden gesteld aan een beroep op de vernietigbaarheid van een ontslag. Een dergelijk beroep hoeft niet op ondubbelzinnige wijze of met zoveel woorden te worden gedaan en er gelden geen vormvereisten. Daarom moeten hoge eisen worden gesteld aan een oordeel dat de termijn van artikel 9 lid 3 BBA buiten toepassing wordt gesteld. De advocaat-generaal meende dat een dergelijk beroep uitsluitend mogelijk was indien de onmogelijkheid tijdig een beroep te doen op de vernietigbaarheid van het ontslag, tevens aan de werkgever kon worden toegerekend. De advocaat-generaal trok hierbij een parallel met rechtspraak over de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW, waarin de Hoge Raad een dergelijke toerekenbaarheid had verlangd bij het derogeren aan die termijn op grond van de redelijkheid en billijkheid (HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000, 15). In de onderhavige zaak viel ABN AMRO niet iets dergelijks toe te rekenen. Bovendien, al zou de termijn van zes maanden buiten werking kunnen worden gesteld, dan had de werknemer in elk geval zo spoedig mogelijk daarna alsnog een beroep op de vernietigbaarheid moeten doen. Het hof had aan de periode van ruim een jaar, gelegen tussen ommekomst van de vervaltermijn en de brief waarin de vernietigbaarheid is ingeroepen, geen inhoudelijke overweging gewijd. Hierdoor bleek niet dat Van Streepen niet eerder een beroep op de vernietigbaarheid had kunnen doen. Met Van der Kind (O. van der Kind, 'De vervaltermijn van artikel 9 BBA buiten toepassing gelaten', *TRA* 2011, 1, nr. 5) meende de advocaat-generaal dat het arrest van het hof hier in de motivering tekort schoot. De advocaat-generaal concludeerde dan ook tot vernietiging.

Met de advocaat-generaal overwoog de Hoge Raad dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ook van toepassing kan zijn op bepalingen van dwingend recht. Tevens meende de Hoge Raad dat de rechter 'grote terughoudendheid moet betrachten bij de honorering van een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid', indien als gevolg daarvan de vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BBA opzij werd gezet. Echter, anders dan de advocaat-generaal, meende de Hoge Raad dat het hof deze terughoudendheid heeft betracht. Dit had het hof ook begrijpelijk gemotiveerd. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat het hof terecht geen (overeenkomstige) toepassing had gegeven aan de in de rechtspraak over de verjaringstermijnen van artikel 3:310 BW aanvaarde beginselen. Het hof hoefde dan

ook onder meer niet te toetsen aan de gezichtspunten uit de rechtspraak van de Hoge Raad, waarin de redelijkheid en billijkheid derogert aan de lange verjaringstermijn van artikel 3:310 BW (HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430). Tot slot overwoog de Hoge Raad dat het niet zo is dat een beroep van de werkgever op de vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BBA slechts dan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn, als de omstandigheden die het de werknemer onmogelijk maakten zich tijdig op de vernietigingsgrond te beroepen aan de werkgever zijn toe te rekenen. De Hoge Raad liet het arrest van het hof daarmee in stand.

De uitgangspunten dat (1) de redelijkheid en billijkheid kunnen inbreken op een dwingendrechtelijke vervaltermijn, maar dat (2) bij toepassing daarvan grote terughoudendheid moet worden betracht, lijken mij logisch en conform gevestigde jurisprudentie (zoals aangehaald door de advocaat-generaal in noten 7 tot en met 10). Die terughoudendheid past ook bij de functie van de korte vervaltermijn. Als terecht een beroep is gedaan op de afwezigheid van de (benodigde) toestemming van het UWV, heeft dit tot gevolg dat de opzegging is vernietigd en de arbeidsovereenkomst voortduurt (HR 5 september 1997, *JAR* 1997/215). Deze sanctie op onjuist opzeggen kan worden afgezet tegen de civiele sancties voortvloeiende uit het BW, in het bijzonder de artikelen 7:677 en 7:681 BW. In die artikelen geldt als uitgangspunt dat de arbeidsovereenkomst eindigt, maar dat de werkgever jegens de werknemer schadelijkt is. Een beroep op het BBA kan daarentegen worden gezien als mogelijkheid 'gedwongen nakoming van de arbeidsovereenkomst (reële executie) mogelijk te maken' (S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993, p. 130). Met het oog op een kansrijke voortzetting van de arbeidsovereenkomst past een korte termijn voor het invoeren van de sanctie op overtreding van de opzegtermijn beter dan een lange (zie hierover, hoewel betrekking hebbend op de opzegverboden van artikel 7:670 BW, L.H. van den Heuvel, 'Sancties en ontbinding in het ontslagrecht', in: M.S. Houwerzijl & S.S.M. Peters (red), *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Deventer: Kluwer 2009, p. 54). De korte vervaltermijn vindt zijn grondslag bovendien in de rechtszekerheid. Hoewel dit niet uit de beknopte toelichting op het BBA zelf blijkt – hierin wordt niet uitgelegd waarom voor deze termijn is gekozen – volgt dit wel uit later verschenen literatuur, jurisprudentie en wetsinitiatieven (zie hierover uitgebreid S.W. Kuip & E. Verhulp, 'Vernietigbaarheid in het ontslagrecht: effectieve rechtsbescherming of fictie vol frictie', in: E. Lutjes (red.), *De le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, Amsterdam: VU uitgevers 2006). Dit pleit voor strikte hantering van de vervaltermijn. Toch dient de positie van de werknemer niet uit het oog te worden verloren. Hoewel goede argumenten bestaan voor snelle duidelijkheid over de mogelijke aantastbaarheid van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, bleek de wetgever bij invoering van de Flexwet niet bereid de termijn van zes maanden te verkorten naar twee:

‘de termijn van zes maanden (...) “is” gewenst gelet op de ingrijpende gevolgen van ontslag van de werknemer met name ook in de sfeer van de sociale zekerheid als ten onrechte geen bezwaar is gemaakt tegen het ontbreken van toestemming voor het ontslag van de RDA’ (Nota n.a.v. het verslag, *Kamerstukken II*, 25 263, nr. 6, p. 25). Als de ontslagen werknemer binnen de vervaltermijn geen actie onderneemt, zijn de gevolgen voor hem stevig. Het laten verstrijken van een vervaltermijn heeft ‘sterke werking’, dat wil zeggen dat het materiële recht om vernietiging in te roepen zelf te niet gaat (Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium Nederlands Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 67). In een dergelijk geval wordt de beëindigingshandeling geacht effect te sorteren (HR 16 november 1951, *NJ* 1952, 70).

Gezien het voorgaande is grote terughoudendheid op haar plaats bij het opzijzetten van de vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BBA met een beroep op de redelijkheid en billijkheid. Die grote terughoudendheid had het hof volgens de Hoge Raad betracht. Daarbij hoefde het hof geen acht te slaan op de jurisprudentie die ziet op het doorbreken van de korte en lange verjaringstermijnen van artikel 3:310 BW. Dat betekent onder meer dat het er niet toe doet dat de werknemer de vervaltermijn niet in acht heeft genomen om redenen anders dan die toerekenbaar zijn aan de werkgever, alsmede dat niet hoefde te worden getoetst aan de gezichtspunten die zijn ontwikkeld voor het doorbreken van de lange verjaringstermijn. Doorbreking van de vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BBA geschiedt dus aan de hand van een eigensoortig toetsingskader. Dat acht ik goed verdedigbaar. Er wordt nu eenmaal onderscheid gemaakt tussen de verjaringstermijn en de vervaltermijn. Bovendien bestaan er belangrijke verschillen tussen de verjaringstermijnen van artikel 3:310 BW en de vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BBA. De wetgever heeft over de vervaltermijnen het volgende gezegd: ‘Wat de regels van vervaltermijnen betreft, deze vloeien in hoofdzaak hieruit voort dat de verjaringsregels niet van toepassing zijn, zodat geen stuiting, verlenging of afstand mogelijk is, tenzij de wet anders bepaalt (...)’ (*Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1416). Hieruit volgt reeds dat analoge toepassing van de regels voor het passeren van verjaringstermijnen bij vervaltermijnen niet onmiddellijk voor de hand lag. Maar ook anderszins lag aansluiting bij de jurisprudentie van artikel 3:310 BW niet voor de hand. De verschillen tussen artikel 3:310 BW en artikel 9 lid 3 BBA zijn daarvoor te groot. De vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BBA is kort, om zo reële executie mogelijk te maken en een bepaalde mate van rechtszekerheid te bieden aan de werkgever. Dit rechtszekerheidsargument is duidelijk terug te vinden bij de lange verjaringstermijn van artikel 3:310 BW. Echter, het verschil in duur tussen beide termijnen is zo groot, dat deze niet goed met elkaar zijn te vergelijken. Een kortstondige psychische labiliteit zal er nagenoeg nooit toe leiden dat een beroep op een recht verloren gaat door absolute verjaring. Dat kan echter wel degelijk aan de orde zijn bij de korte vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BW. Een parallel met de korte termijn van artikel 3:310 BW ligt evenmin onmiddellijk voor de hand. Het moment waarop deze korte verjaringstermijn ingaat wordt namelijk niet zozeer door de

rechtszekerheid bepaald, maar tevens door de redelijkheid en billijkheid. Met de ingangsdatum van de verjaring kan daardoor worden gespeeld. Zie in dat verband de Hoge Raad 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112:

‘De korte verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW staat niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid. Tegen de achtergrond van zijn eerdere rechtspraak en in het licht van de mede naar aanleiding van deze rechtspraak verschenen literatuur komt de Hoge Raad thans tot het oordeel dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW, gelet op de strekking van deze bepaling, pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen.’

Het op basis van de redelijkheid en billijkheid spelen met de ingangstermijn van de vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BBA kan niet. De dag dat de vervaltermijn ingaat is de dag waarop de beëindigingshandeling tot stand is gekomen (HR 23 januari 1953, *NJ* 1953, 246). Deze dag is bij ontslag per brief de dag dat de brief de werknemer bereikt (HR 10 augustus 1990, *NJ* 1991, 229). De door de advocaat-generaal getrokken parallel met Hoge Raad 23 oktober 1998, *NJ* 2000, 15 (de redelijkheid en billijkheid kunnen derogeren aan de korte verjaringstermijn als het niet ageren binnen de gestelde termijn is toe te rekenen aan de partij die een beroep doet op de verjaringstermijn) is naar mijn mening niet zo sterk, omdat die uitspraak in feite is ingehaald door de hiervoor geciteerde uitspraak van de Hoge Raad (31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112), die juist meer ruimte biedt tot verwezenlijking van een vordering te komen.

Dat het opzijzetten van de vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BBA volgens de Hoge Raad dient te geschieden aan de hand van een eigensoortig toetsingskader, neemt mijns inziens niet weg dat sommige gezichtspunten die een rol spelen bij het opzij zetten van verjaringstermijnen, ook hier een rol kunnen spelen. Ik denk in het licht van de onderhavige zaak hierbij vooral aan gezichtspunt (g) in Hoge Raad 28 april 2000, *NJ* 2000, 430: heeft de gelaedeerde na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn de laedens aansprakelijk gesteld en een vordering tot schadevergoeding ingesteld? Toegepast op deze zaak is dan relevant of de werknemer, toen hij weer in staat was een beroep op artikel 9 lid 3 BBA te doen, dat binnen redelijke termijn heeft gedaan en een vordering heeft ingesteld. In dat verband meen ik met de advocaat-generaal en Van der Kind, dat het hof er beter aan zou hebben gedaan meer inzicht te geven in de gedachtegang waarom van de werknemer in redelijkheid niet hoefde te worden verwacht eerder dan op 18 juli 2005 een beroep te doen op de vernietigbaarheid van het ontslag. Hoewel de Hoge Raad niet casseerde, kan daaruit naar mijn mening niet de conclusie worden getrokken dat hij een dergelijk gezichtspunt irrelevant vindt. Ik ga er daarentegen van uit dat dit gegeven wel degelijk een rol speelt, maar dat de Hoge Raad meende dat het hof in



afdoende mate duidelijk had gemaakt dat de werknemer niet in staat was eerder dan op genoemde datum de vernietigbaarheid in te roepen, mogelijk vanwege de omstandigheid dat hij tot 18 juli 2005 gedwongen was opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis.

### **Matiging loondoorbetaling?**

Tot slot stelde ABN AMRO zich in cassatie op het standpunt dat het hof ten onrechte niet bereid was het loon te matigen op grond van artikel 7:680a BW. Hiervoor haalde ABN AMRO meerdere argumenten aan. Eén argument haal ik eruit, omdat dat verband houdt met de doorbreking van de vervaltermijn. Dat is het argument dat vanwege de bijzonderheid dat aan de toepassing van de vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BBA wordt gederogerd, een omstandigheid die niet eerder is voorgekomen en waarmee de ABN AMRO dan ook geen rekening had hoeven te houden, matiging van loondoorbetaling voor de hand ligt. De advocaat-generaal deed dit onderdeel af met de opmerking dat de gedingstukken in feitelijke instantie niet verwijzen naar dit argument, zodat het niet tot cassatie kon leiden. Ten overvloede voegde hij hieraan toe dat juist de omstandigheden die ertoe leiden dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat een beroep kan worden gedaan op de vervaltermijn, ertoe zullen nopen dat afwijzing van het beroep op matiging voor de hand ligt. De Hoge Raad wijdde hier geen woorden aan en deed het beroep op onjuiste toepassing van artikel 7:680a BW af met een verwijzing naar artikel 81 RO. Afwijzing van dit cassatieonderdeel lag naar mijn mening ook voor de hand. Het ligt zozeer in de rede dat de Hoge Raad niet met de ene hand neemt (matiging van loondoorbetaling) wat hij met de andere hand geeft (het toestaan van een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid), dat het opwerpen van dit cassatiemiddel mij heeft verbaasd.

### **Tot slot**

Recht en rechtvaardigheid horen dicht bij elkaar te liggen. Zou deze casus worden voorgelegd aan een willekeurig persoon, dan acht ik de kans zeer groot dat die persoon het in hoge mate onrechtvaardig zou hebben gevonden als de vervaltermijn de werknemer voor de voeten had kunnen worden geworpen. Dat maakt dat de uitkomst van deze zaak in mijn optiek juist is: de *Rhythm & Blues* van het recht moest ingrijpen om onaanvaardbare gevolgen te voorkomen in deze specifieke zaak. De Hoge Raad is er echter niet alleen maar om 'individuele zaken op te lossen'. Hij is er ook om een algemene lijn te trekken. Welnu, die algemene lijn is ook getrokken. Die luidt dat in ernstige gevallen de redelijkheid en billijkheid kunnen derogeren aan een beroep op de vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BBA. Dit is echter een uitzondering. In verreweg de meeste zaken zal de vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BBA hard worden bevonden.