

ANNOTATIE

Dwaalt de rechtspraak bij de vernietiging van een arbeidsovereenkomst op grond van dwaling?

F.M. Dekker

Feiten en procesverloop

De werknemster in deze zaak – in het gepubliceerde arrest enkel aangeduid als “geïntimeerde” – is op 14 augustus 2006 voor zes maanden bij Alptax in dienst getreden als allround taxichauffeur. Na twee verlengingen is op 14 augustus 2009 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ingegaan.

In de nacht van 14 op 15 december 2008 (tijdens de tweede verlenging) heeft werknemster, naar zij dacht, een TIA (een voorbijgaande beroerte) ervaren. Zij is daarvoor naar de huisarts geweest, die haar heeft doorverwezen naar de neuroloog. In een brief van 7 april 2009 schreef de neuroloog aan de huisarts: ‘TIA vanuit linker hemisfeer’. Werknemster heeft Alptax destijds niet over de (mogelijke) ‘TIA geïnformeerd.

Werknemster is op 31 januari 2010 uitgevallen met rug- en spanningsklachten. Tijdens een bezoek aan de bedrijfsarts maakt zij melding van haar (vermoedelijke) TIA in 2008. Bij de terugkoppeling brengt de bedrijfsarts de werkgever daarvan op de hoogte, onder verwijzing naar de Regeling eisen geschiktheid 2000. Ingevolge deze regeling is het, (te) kort gezegd, gedurende de eerste vijf jaar na een TIA verboden beroepsmatig een rijbewijs te gebruiken. Voor werknemster eindigt deze periode in december 2013.

Bij brief van 27 april 2010 vernietigt Alptax de voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst op grond van dwaling. In die brief is als reden vermeld: ‘Het zal u duidelijk zijn dat cliënte geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met u was aangegaan indien zij op de hoogte was geweest van het feit dat u geen taxi meer mocht besturen.’ Werknemster is sedert 31 januari 2010 arbeidsongeschikt gebleven.

Bij kortgedingvonnis van 21 juni 2010 heeft Kantonrechter Helmond de loonvordering van werknemster toegewezen. Over dit vonnis kom ik hierna nog te spreken. Alptax is vervolgens een bodemprocedure gestart, waarin zij een verklaring voor recht vorderde dat de arbeidsovereenkomst wegens dwaling is vernietigd alsmede terugbetaling van hetgeen zij

krachtens het kortgedingvonnis aan werkneemster heeft uitbetaald. Bij het vonnis waarvan beroep zijn deze vorderingen afgewezen.

Oordeel Hof 's-Hertogenbosch

In hoger beroep stelt het hof voorop dat een beroep op dwaling ten aanzien van een arbeidsovereenkomst in beginsel mogelijk is. Dit beroep wordt vervolgens evenwel op formele gronden afgewezen. Naar het oordeel van het hof was van ongeschiktheid van werkneemster tot het besturen van een taxi geen sprake. Een dergelijke ongeschiktheid kan volgens de in de Wegenverkeerswet 1994 beschreven procedure namelijk uitsluitend na onderzoek door of in opdracht van het CBR vastgesteld worden. De veronderstelling van Alptax dat werkneemster aanstands geen taxi meer mocht besturen, is aldus onjuist. Hieraan doet in de visie van het hof niet af dat in de Regeling eisen geschiktheid 2000 imperatief is voorgeschreven dat het CBR in geval van een TIA tot ongeschiktheid van de houder van het rijbewijs en ongeldigheid van het rijbewijs moet besluiten. Eerst zal dan namelijk moeten komen vast te staan dat sprake is van een TIA en daarover bestaat nu juist discussie tussen partijen.

Het oordeel van het hof doet mij vermoeden dat Alptax ten prooi is gevallen aan een ongelukkige formulering van de dwalingsgrond. Als zij de dwaling niet had gegrond op het feit dat het werkneemster verboden was een taxi te besturen, maar had gesteld dat zij de arbeidsovereenkomst niet had gesloten als zij weet had gehad van de (mogelijke) TIA, was de uitkomst wellicht anders geweest (ik laat de problematiek van een mogelijke ongelijke behandeling op grond van H/CZ hier rusten). Ik acht verdedigbaar dat een taxibedrijf geen arbeidsovereenkomst aangaat met iemand die in de vijf voorafgaande jaren mogelijk een TIA heeft gehad, althans niet voordat zekerheid bestaat dat de betreffende persoon een taxi zal mogen besturen.

Vernietiging van de arbeidsovereenkomst in de rechtspraak

Als gezegd, stelde het hof bij zijn beoordeling kort en stellig voorop 'dat een beroep op dwaling ex artikel 6:228 BW ten aanzien van een arbeidsovereenkomst in beginsel mogelijk is'. Een *quick scan* van deze eeuw in de *JAR* en *RAR* gepubliceerde jurisprudentie – waarbij ik bedrog ex artikel 3:44 BW gemakshalve ook heb meegenomen – brengt mij tot de conclusie dat dit inderdaad de heersende leer is. Ik trof elf uitspraken aan waarin een beroep van de werkgever op dwaling of bedrog aan de orde was. Geen enkele keer werd een dergelijk beroep bij voorbaat onmogelijk geacht. Wel valt op dat een aantal rechters daarvoor bijzondere eisen stelt.

In zeven uitspraken paste de rechter het 'gewone' dwalings- of bedrogleerstuk toe, dat wil zeggen zonder enige voorwaarde te hanteren die niet ook voor andere overeenkomsten geldt:

Ktg. Amsterdam 25 februari 2000, *JAR* 2000/155: Werkneemster had haar zwangerschap moeten melden, nu voor haar duidelijk was dat haar aanwezigheid in de zomermaanden essentieel was voor de werkgever om de arbeidsovereenkomst aan te gaan. Het beroep op dwaling slaagt. Ktg. Tilburg 8 februari 2001, *JAR* 2001/74: Van dwaling of bedrog is geen sprake

nu werknemster geen spreekplicht had ten aanzien van haar aanstaande operatie. Ktr. Deventer 11 december 2003, *JAR* 2004/5: Het is niet aannemelijk dat de arbeidsovereenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten. Daarnaast kan werknemer geen schending van een spreekplicht worden aangewreven. Hof Amsterdam 21 juni 2007, *RAR* 2008, 6: Daargelaten dat op een sollicitant niet een spontane mededelingsplicht rust over de wijze waarop zijn vorige dienstbetrekking is geëindigd, heeft de werkgever onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die een beroep op bedrog rechtvaardigen. Ktr. Amersfoort 29 oktober 2008, *JAR* 2008/298: Niet is gebleken dat de arbeidsovereenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten. Los daarvan heeft werknemer geen informatieplicht geschonden en zou een eventuele dwaling ex artikel 6:228 lid 2 BW voor rekening van de werkgever komen. Rb. Arnhem 7 oktober 2009, *RAR* 2010, 7: Werknemer heeft geen mededelingsplicht geschonden. Mocht dit wel zo zijn, dan staat niet vast dat de werkgever daardoor tot het aangaan van de arbeidsovereenkomst is bewogen. Hof Amsterdam 7 juni 2011, LJN BQ8985: Niet is aangetoond dat de mededelingen van de werknemer onjuist waren.

In vier uitspraken achtte de rechter een beroep op dwaling/bedrog weliswaar mogelijk, doch slechts onder bijzondere voorwaarden. Kantonrechter Helmond zocht in het kortgedingvonnis van bovenvermelde zaak, in navolging van M. Van Eck (M. van Eck, 'De invloed van wilsgebreken in het arbeidsrecht' *ArbeidsRecht* 2001/3, nr. 16), aansluiting bij de voorwaarden die gelden voor de geldigheid van een ontbindende voorwaarde: een beroep op dwaling kan alleen slagen indien de arbeidsovereenkomst na ontdekking ervan geheel nutteloos is geworden – of dit inderdaad een vereiste is voor de geldigheid van een ontbindende voorwaarde laat ik rusten (daarover wordt binnenkort een uitspraak van de Hoge Raad verwacht) – en de binnen het ontslagstelsel bestaande bescherming mag door de vernietiging niet worden omzeild (Ktr. Helmond 21 juni 2010, *JAR* 2010/186, *RAR* 2010, 131). De Assense kantonrechter zocht in 2006 aansluiting bij de dringende reden: nu de verzwijging van de werknemer tijdens de sollicitatie te licht was voor een ontslag op staande voet, achtte de kantonrechter het in strijd 'met dat arbeidsrechtelijke uitgangspunt indien via het leerstuk van dwaling uit het algemeen vermogensrecht vervolgens op straffe van een buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst op eiser een veel verder gaande informatieplicht wordt gelegd' (Ktr. Assen 6 maart 2006, *JAR* 2006/71, *RAR* 2006, 77). De kantonrechters te Alphen aan den Rijn en Leeuwarden oordeelden tot slot dat vernietiging van een arbeidsovereenkomst, vanwege (1) de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst, (2) het gesloten ontslagstelsel en (3) de effecten van terugwerkende kracht in het algemeen, enkel mogelijk is als deze na de ontdekking van de dwaling/het bedrog geheel nutteloos blijkt (Ktr. Alphen a/d Rijn 27 januari 2009, *JAR* 2009/59 en Ktr. Leeuwarden 7 juni 2011, *JAR* 2011/199, m.nt. R.L. van Heusden).

Vernietiging van de arbeidsovereenkomst (puur) dogmatisch benaderd

De gelaagde structuur van het BW brengt mee dat op de in Boek 7 BW geregelde

overeenkomsten ook de algemene regels uit Boek 3 en Boek 6 BW van toepassing zijn. Dat houdt onder meer in dat als het arbeidsrecht geen specifieke regel kent en het algemene privaatrecht wel, deze laatste regel wordt toegepast (hoofddregel 1). Mogelijk dient deze regel dan echter wel arbeidsrechtelijk te worden ingekleurd. Is er zowel een arbeidsrechtelijke als een algemeen privaatrechtelijke regel, dan komt het leerstuk van de samenloop om de hoek kijken. Volgens dit leerstuk zijn dan beide regels van toepassing (cumulatie) (hoofddregel 2), tenzij dit tot onaanvaardbare resultaten leidt (uitzondering op hoofddregel 2). Het laatste is aan de orde als een beroep op de algemene regel zich niet goed verdraagt met de bescherming die wordt beoogd met de bijzondere regel of het stelsel waar deze bijzondere regel deel van uitmaakt. Zie hierover Y. Konijn, 'Doorwerking van het privaatrecht; over samenloop, kleuring en exclusiviteit', *SR* 2008/12, nr. 68.

Een situatie waarin de normale privaatrechtelijke regels gelden omdat er geen arbeidsrechtelijke regel is, is de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst (hoofddregel 1). Een arbeidsovereenkomst komt tot stand doordat partijen wilsovereenstemming bereiken over de essentialia daarvan. Dat is een zuivere toepassing van de artikelen 3:33-35 BW. Als de wil van een van de partijen gebrekkig is gevormd, maakt dit een overeenkomst in het algemeen vernietigbaar, mits althans aan de voorwaarden van artikel 3:44 BW of artikel 6:228 BW is voldaan. Gezien het feit dat de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst niet verschilt van die van overeenkomsten in het algemeen, is niet goed in te zien waarom de leer der wilsgebreken niet eveneens zou gelden. Waarom zou een gebrekkig gevormde wil in het arbeidsrecht wel tot een onaantastbare overeenkomst moeten leiden? Mijns inziens doet zich hier hoofddregel 1 voor: het arbeidsrecht kent geen regel en het algemene privaatrecht wel (aldus ook R.M. Beltzer, 'De symbiose van het arbeidsrecht en het privaatrecht volgens de rechtspraak in 2003', *SR* 2004/1, nr. 2). Het dwalingsleerstuk biedt genoeg mogelijkheden om met de bijzonderheden van de arbeidsovereenkomst rekening te houden (zie daarover A.G. Castermans, 'Doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht: vernietiging van de arbeidsovereenkomst op grond van een wilsgebrek', *SR* 2002/1, p. 6-80).

In de arbeidsrechtelijke literatuur en rechtspraak wordt soms een link gelegd met het gesloten stelsel van het ontslagrecht – wat dit ook moge betekenen (zie P.C. Vas Nunes, 'Duk heeft ons gered', in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en dun* (Duk-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 65-76). Daarmee lijkt ten onrechte te worden verondersteld dat hier hoofddregel 2 van toepassing is. Ik zie deze link evenwel niet. Het ontslagrecht is een geheel van regels die betrekking hebben op het beëindigen van een arbeidsovereenkomst, terwijl een vernietiging tot gevolg heeft dat deze geacht wordt nooit te hebben bestaan. Alle inmiddels verrichte prestaties zijn achteraf gezien verricht zonder titel en kunnen op grond van onverschuldigde betaling worden teruggevorderd. Vernietiging grijpt derhalve terug naar de bron, werkt *ex tunc*, waar de regels van het ontslagrecht gebaseerd zijn op een toetsing *ex nunc*. Het ontslagrecht leent zich mijns inziens daarom niet voor toepassing op het leerstuk van de vernietiging. Vice versa kan een vernietiging van de arbeidsovereenkomst het ontslagrecht ook niet doorkruisen. Ik realiseer mij dat dit onderscheid tussen vernietiging en beëindiging van de arbeidsovereenkomst wellicht niet strookt met het gevoel. Juridisch moet zij mijns inziens

evenwel worden gemaakt.

Het voormelde maakt het grote verschil met een ontbindende voorwaarde duidelijk. De arbeidsovereenkomst komt door de vervulling van de voorwaarde *ex nunc* tot een einde. Met een ontbindende voorwaarde kan het ontslagrecht wél worden omzeild. Denk bijvoorbeeld aan een beding dat bepaalt dat de arbeidsovereenkomst tot een einde komt zodra de werknemer ziek of zwanger wordt.

Een goed voorbeeld van de moeilijkheden van een toetsing van de vernietiging van de arbeidsovereenkomst aan de regels van het ontslagrecht, biedt de uitspraak in kort geding van de TIA-werkneemster. Zoals vermeld, paste de kantonrechter Helmond de eisen die gelden voor een ontbindende voorwaarde toe op het dwalingsberoep van Alptax. Anders dan het hof, oordeelde de kantonrechter dat Alptax had gedwaald, maar omdat werkneemster op het moment dat de vernietiging werd ingeroepen ziek was, wees hij het beroep op dwaling toch af. Toestaan van de vernietiging zou volgens de kantonrechter namelijk in strijd zijn met de bescherming die het gesloten ontslagstelsel de zieke werknemer beoogt te bieden. Dit lijkt mij niet een juist oordeel. De kantonrechter toetst de strijd met het gesloten ontslagstelsel *ex nunc*, terwijl dwaling een *ex-tunc*-toetsing vraagt. Overigens: een ontbindende voorwaarde verliest ook niet plotseling zijn geldigheid als de werknemer toevallig ziek is op het moment de voorwaarde vervuld raakt. Ook in deze zin zijn de vereisten voor de geldigheid van een ontbindende voorwaarde derhalve onjuist door de kantonrechter toegepast.

Ingeval overigens wel een link zou moeten worden gelegd tussen het ontslagrecht en de vernietiging van een arbeidsovereenkomst (hoofdregel 2), zou het laatste mijns inziens vrijwel per definitie met het eerste in strijd zijn (uitzondering op hoofdregel 2). P.C. Vas Nunes stelt in dit verband ten aanzien van een ontbindende voorwaarde voor deze enkel toe te staan wanneer op het moment dat zij in vervulling gaat een situatie ontstaat waarin, als een ontslagvergunning zou zijn gevraagd, deze vrijwel zeker zou zijn afgegeven (Vas Nunes, a.w., p. 75). Wanneer een ontslagvergunning wordt verkregen en gebruikt, heeft de werknemer evenwel de mogelijkheid een vordering ex artikel 7:681 BW in te stellen. Deze optie wordt hem bij het eindigen door vervulling van een ontbindende voorwaarde onthouden. Hetzelfde geldt indien de arbeidsovereenkomst vernietigd wordt. Een belangrijke bron van bescherming van de werknemer wordt met een vernietiging dus altijd omzeild. Dit is slechts anders indien de arbeidsovereenkomst tevens wegens een dringende reden had kunnen worden opgezegd. Dat zou inhouden dat een arbeidsovereenkomst slechts vernietigd kan worden als de vernietigingsgrond tevens een ontslag op staande voet zou kunnen dragen.

Vernietiging van de arbeidsovereenkomst vanuit praktisch oogpunt

Het is opmerkelijk dat bij de vraag of vernietiging van een arbeidsovereenkomst op grond van dwaling mogelijk moet zijn, tot op heden enkel arbeidsrechtelijke aspecten in ogenschouw zijn genomen. Volgens mij doen zich namelijk ook op sociaal verzekeringsrechtelijk en op pensioenrechtelijk vlak grote praktische problemen voor. Neem het voorbeeld waarin een arbeidsovereenkomst na zeven jaar wegens dwaling wordt vernietigd. De

arbeidsovereenkomst wordt dan geacht van meet af aan nietig te zijn geweest en alle reeds verrichte prestaties zijn onverschuldigd verricht. Omdat de geleverde arbeid onmogelijk ongedaan kan worden gemaakt, zal de waarde daarvan aan de werknemer moeten worden vergoed door de werkgever. Vermoedelijk kunnen de arbeid en het loon aldus tegen elkaar worden weggestreept. Voor de werknemer rijst dan evenwel de praktische vraag: wat nu? Omdat hij, achteraf bezien, de afgelopen zeven jaar geen werknemer is geweest, is hij, eveneens achteraf bezien, ook niet verzekerd geweest voor de werknemersverzekeringen. De werknemer kan na de vernietiging van de arbeidsovereenkomst dus geen aanspraak maken op een WW-uitkering. De sociale premies die de werkgever gedurende deze zeven jaren voor de werknemer heeft afgedragen, kan hij weliswaar als onverschuldigd betaald bij de fiscus terugvorderen. Daarmee schiet de werknemer evenwel weinig op.

Een vergelijkbaar probleem doet zich mijns inziens voor op pensioengebied. Nu de werknemer juridisch gezien geen werknemer is geweest de laatste zeven jaar, heeft hij ten onrechte deelgenomen aan de pensioenregeling van de werkgever. De afgedragen premies dienen weliswaar aan hem te worden terugbetaald, doch de waarde daarvan is vermoedelijk onvoldoende om het nu ontstane pensioengat te dichten.

Door een kleine aanpassing van het voorbeeld kunnen de gevolgen voor de werknemer nog erger worden gemaakt. Stel bijvoorbeeld dat de werknemer in kwestie op het moment van de vernietiging van zijn arbeidsovereenkomst een IVA-uitkering (80-100% arbeidsongeschikt) geniet, waarvan de verwachting is dat deze tot zijn AOW zou doorlopen. In veel pensioenregelingen is geregeld dat een werknemer die een IVA-uitkering (of WGA-uitkering) geniet tot aan zijn ouderdomspensioen premievrij pensioen blijft opbouwen. Door de vernietiging van de arbeidsovereenkomst wordt de werknemer alsdan dus zowel zijn IVA-uitkering ontnomen als de opbouw van ouderdomspensioen. De werknemer, die gelet op zijn arbeidsongeschiktheidspercentage vermoedelijk nooit meer ergens aan de bak kan komen, valt tot zijn 65e terug op de bijstand.

De vraag dient zich aan of dergelijke praktische consequenties van een vernietiging van een arbeidsovereenkomst wel aanvaardbaar zijn. Ik zou menen van niet. Daarvoor zijn zij voor de werknemer te verstrekkend.

Deze problemen kunnen mijns inziens niet worden ondervangen doordat de rechter aan de vernietiging van de arbeidsovereenkomst ex artikel 3:53 lid 2 BW terugwerkende kracht ontnemt. Een eerste moeilijkheid daarbij is dat de rechter deze bepaling niet ambtshalve mag toepassen. De werknemer zal er een beroep op moeten doen (dit blijkt uit het woordje 'desgevraagd'). Belangrijker is echter dat voorwaarde voor het (gedeeltelijk) ontzeggen van terugwerkende kracht aan een vernietiging is dat de reeds ingetreden gevolgen bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden. Met 'reeds ingetreden gevolgen' worden feitelijke gevolgen bedoeld en niet rechtsgevolgen (T.J. Mellema-Kranenburg, in: Jac. Hijma (hoofddred.), *Groene Serie Vermogensrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer, artikel 3:53 BW, aantekening 6; en Jac. Hijma, in: J.H. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, artikel 3:53 BW, aantekening 3). Het verzekerd zijn

voor de werknemersverzekeringen of deelnemen aan een pensioenregeling zijn volgens mij rechtsgevolgen. Het zijn gevolgen die het recht verbindt aan het werknemer zijn. Het feit dat de werknemer zijn WW- en pensioenaanspraken verliest, kan aldus niet een reden zijn om aan de vernietiging terugwerkende kracht te ontfeggen.

Bovendien zou het naar mijn mening overigens vreemd zijn een algemeen vermogensrechtelijke rechtsfiguur als de vernietiging toe te staan, maar deze structureel een wezenlijk aspect ervan – de terugwerkende kracht – te ontnemen. Dit lijkt mij dan een helder signaal dat de rechtsfiguur in de betreffende situatie niet voor toepassing geschikt is.

Conclusie

De gelaagde structuur van het BW brengt mee dat vernietiging van een arbeidsovereenkomst wegens een wilsgebrek mogelijk is. Dogmatisch bestaan daar mijns inziens ook geen bezwaren tegen. Echter, de praktische gevolgen ervan zijn dusdanig ernstig, dat ik er toch moeite mee heb. Hoewel de hierboven als hoofdregel 1 aangeduide regel geen uitzondering kent (althans die heb ik in de literatuur niet kunnen vinden), wil ik deze toch maken. Vernietiging van een arbeidsovereenkomst is dan weliswaar niet strijdig met het gesloten stelsel van het ontslagrecht, maar mijns inziens namelijk wel met het gehele (rechts)stelsel dat is gebaseerd op het zijn van werknemer.