

Doorwerking van wilsgebreken en het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht

Bb 2020/40

*In het arrest van de Hoge Raad van 7 februari 2020 (HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:213) is geoordeeld dat het wet-
telijk stelsel van het ontslagrecht niet aan de weg staat aan
de buitengerechterlijke vernietiging van een arbeidsover-
eenkomst door werkgever vanwege bedrog ex artikel 3:44
BW. De Hoge Raad oordeelde dat, anders dan Hof Den Bosch
had geoordeeld (Hof 's-Hertogenbosch 30 augustus 2018,
ECLI:NL:GHSHE:2018:3640), voor bedrog niet is vereist dat de
arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken.
De zaak is terugverwezen naar Hof Arnhem-Leeuwarden. In
dit artikel wordt eerst de doorwerking van het algemene ver-
mogensrecht in het arbeidsrecht besproken, waaronder de
wilsvertrouwensleer, wilsgebreken en de ontbindende voor-
waarde. Vervolgens wordt ingegaan op het arrest van de Hoge
Raad.*

1. Doorwerking algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht

In het arrest van de Hoge Raad speelt de vraag wat de rol is van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht. Het arbeidsrecht is opgenomen in titel 7.10 BW. Uitgangspunt is dat sprake is van doorwerking van de regels van Boek 3 en Boek 6 BW in het arbeidsrecht. Dat volgt uit de gelaagde structuur van het BW en de schakelbepalingen zoals artikel 3:59 en 6:216 BW.² Deze schakelbepalingen bepalen dat de regels uit Boek 3 en Boek 6 BW buiten het vermogensrecht van overeenkomstige toepassing zijn voor zover de aard van de rechtshandeling of de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Doorwerking is echter niet vanzelfsprekend omdat de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst en het gesloten stelsel van het ontslagrecht zich hiertegen kunnen verzetten. Dat volgt onder meer uit de HR-arresten Baijings (HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905) en Van Werkhoven/Hal (HR 11 mei 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC1983). De Hoge Raad oordeelde in het Baijings-arrest dat er in beginsel in een aparte procedure geen ruimte is voor een aanvullende vergoeding voor gemiste optie inkomsten op grond van redelijkheid en billijkheid als in een ontbindingsprocedure (onder oud recht) reeds een (ontbindings)vergoeding aan de orde is geweest. Dit zou slechts anders zijn als een vergoeding wordt verzocht in een separate procedure op grond van een in de ontbindingsprocedure uitdrukkelijk buiten beschouwing gelaten omstandigheid (zoals de gemiste optie inkomsten in het Baijings-arrest) of als de vordering ziet op nieuw bekend geworden feiten (HR 26 ok-

tober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1986). In het Van Werkhoven/Hal-arrest werd geoordeeld dat er naast de oude procedure over kennelijk onredelijk ontslag op grond van de daarvoor bedoelde wetsartikelen niet nog op grond van de algemene redelijkheid en billijkheid herstel van het dienstverband kan worden verzocht.

Er is een aantal vuistregels ontwikkeld bij samenloopproblemen tussen het algemene vermogensrecht en het arbeidsrecht. Hoofregel is cumulatie: als twee wetsartikelen (één uit Boek 3 of 6 BW en één uit titel 7.10 BW) op een casuspositie van toepassing zijn, kunnen beide artikelen worden ingeroepen en worden toegepast.³ Als de rechtsgevolgen van beide artikelen niet met elkaar verenigbaar zijn kan de betrokkene beslissen op welk wetsartikel hij een beroep wenst te doen (alternativiteit). Het voorgaande geldt niet indien het een specifieke regel uit titel 7.10 BW betreft die door de wetgever is geschreven ten behoeve van de contractsband tussen werkgever en werknemer die zo 'bijzonder' is dat deze exclusieve werking moet hebben. In dat geval is deze specifieke regel van toepassing (exclusiviteit). Om te oordelen of er sprake is van een exclusieve regel dient steeds te worden gekeken naar het specifieke geval, de wettekst, de strekking van de regels en de bedoeling van de wetgever. In de praktijk zal dit overigens niet altijd eenvoudig zijn vast te stellen omdat de wetgever de mogelijkheid van samenloop niet altijd zal hebben gesignaleerd.⁴ Voorbeelden van exclusiviteit van de arbeidsrechtelijke bepalingen zijn de bepalingen zoals aan de orde in bovengenoemde HR-arresten Baijings en Van Werkhoven/Hal.

2. Wilsvertrouwensleer

Uitgangspunt is kortom dat de bepalingen van boek 3 en 6 BW kunnen worden toegepast in het arbeidsrecht, tenzij er sprake is van exclusiviteit. De bepalingen omtrent de wilsvertrouwensleer (artikel 3:33-3:35 BW) zijn een voorbeeld van bepalingen uit Boek 3 die van toepassing zijn in het arbeidsrecht. Deze bepalingen zullen in het arbeidsrecht voornamelijk ter discussie kunnen komen bij (vrijwillige) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en bij wijziging van arbeidsvoorwaarden. Onder omstandigheden worden deze artikelen hierbij strenger toegepast. Zo geldt bij vrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door een werknemer en bij het instemmen met een beëindigingsovereenkomst door werknemer dat daarvoor een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van werknemer is vereist

1 Tim Wilms is advocaat bij CMS Amsterdam.

2 Zie o.a. W. Snijders, De invloed van Boek 6 BW op het arbeidsrecht, in I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), Onderneming en werknemer (Serie Onderneming en Recht, 22), 2001, p. 1-33; N. Frenk, Doorwerking van het vermogensrecht in het arbeidsrecht. In: NTBR 1996/9, p. 227 e.v.

3 Zie o.a.: Y. Konijn, Cumulatie of exclusiviteit? Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst (diss. Utrecht), Den Haag 1999, p. 57 e.v.; C.J. Loonstra en W.A. Zondag, Arbeidsrechtelijke Themata, Hoofdstuk 18: Doorwerking vermogensrecht, Den Haag 2015, p. 1075-1076.

4 Zie: C.J. Loonstra en W.A. Zondag, Arbeidsrechtelijke Themata, Hoofdstuk 18: Doorwerking vermogensrecht, Den Haag 2015, p. 1076.

(Zie o.a. HR 28 mei 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4391; HR 14 januari 1983, ECLI:NL:PHR:1983:AG452; HR 25 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1310). Voor werkgever geldt een (verzwaarde) onderzoeksplicht om na te gaan of werknemer daadwerkelijk instemt met de beëindiging. Bij vrijwillige beëindiging door werkgever geldt het vereiste van een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring niet (HR 10 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8387). Een werkgever mag er daarnaast slechts dan op vertrouwen dat een werknemer heeft ingestemd met een voor hem nadelige wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden als hem duidelijkheid is verschaft over de inhoud van die wijziging en op basis van verklaringen of gedragingen van die werknemer een welbewuste instemming met de wijziging mag worden aangenomen (HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570. Zie ook: HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2185). Wanneer er geen of onvoldoende duidelijkheid is gegeven kan worden betoogd dat er sprake dient te zijn van een ondubbelzinnige instemming van werknemer met een negatieve wijziging van de arbeidsvoorwaarden.⁵ Bovendien zou de vraag kunnen worden gesteld of bij een voor werknemer negatieve wijziging van arbeidsvoorwaarden wel sprake kan zijn van wilsovereenstemming. Het weigeren van instemming zal immers vaak de goede verhoudingen met werkgever (kunnen) bederven waardoor werknemer feitelijk geen andere keuze heeft.⁶

3. Wilsgebreken

Wilsgebreken werken ook door in het arbeidsrecht. Bij een wilsgebrek kan een rechtshandeling worden vernietigd (artikel 3:44 BW) of een overeenkomst worden vernietigd (artikel 6:228 BW). De rechtspraak kent diverse voorbeelden van gevallen waarin werkgevers of werknemers zich op vernietiging van een beding of overeenkomst beroepen vanwege een wilsgebrek. Voorbeelden van zaken waarin een dergelijk beroep succesvol was zijn echter schaars. Vernietiging van een beëindigingsovereenkomst vanwege dwaling werd toelaatbaar geacht nadat een werkgever had nagelaten een zieke werknemer behoorlijk en volledig te informeren over haar rechtspositie en de mogelijke gevolgen van instemming voor de ziektewetuitkering (Rb. Overijssel 23 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5771). Vernietiging door werkgever van een arbeidsovereenkomst vanwege dwaling was toelaatbaar door het niet melden van een zwangerschap bij de sollicitatie terwijl beschikbaarheid van werknemer tijdens haar zwangerschapsverlof voor werkgever juist essentieel was (Ktr. Amsterdam, 27 april 1999, ECLI:NL:KTGAMS:1999:AG2669). Evenals de vernietiging vanwege dwaling van een overeengekomen aanvulling op een concurrentiebeding waarbij de werking van het beding werd beperkt. Werkgever mocht de aanvullende overeenkomst vernietigen omdat werknemer niet had vermeld dat hij op moment dat partijen de aanvullende overeenkomst

overeenkwamen al wist dat hij bij een nieuwe, concurrerende werkgever in dienst zou gaan treden (Ktr. Alphen a/d Rijn 27 maart 2012, *JAR* 2012/137). Misbruik van omstandigheden wordt veelal ingeroepen door werknemers en speelt met name bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst (zie bijv. HR 5 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2842). Een vaststellingsovereenkomst tussen werkgever en werknemer – voor invoering van de Wet werk en zekerheid (Wwz) – werd vernietigd vanwege misbruik van omstandigheden omdat werkgever werknemer ten onrechte had voorgehouden dat er een dringende reden voor ontslag op staande voet bestond (Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5394). Het hof overwoog in deze kwestie dat werkgever wist of had moeten begrijpen dat werknemer in dat geval door bijzondere omstandigheden werd bewogen tot het geven van instemming, en werkgever die instemming van werknemer bevorderde, terwijl hij werknemer daarvan had behoren te weerhouden. Hiermee had werkgever misbruik gemaakt van de afhankelijke positie waarin werknemer verkeerde. In een zaak waar een werknemer overdonderd werd met een vaststellingsovereenkomst, amper bedenktijd had gekregen en door zijn werkgever niet goed op de gevolgen van zijn instemming was gewezen (hij zou waarschijnlijk geen WW-uitkering krijgen) werd in een hoger beroep in kort geding aannemelijk geacht door het hof dat de buitengerechtelijke vernietiging vanwege misbruik van omstandigheden door werknemer in een bodemzaak stand zou houden (Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5792). In een zaak waarin een werkgever na een onjuiste toepassing van het afspiegelingsbeginsel ten onrechte aan werknemer had medegedeeld dat deze voor ontslag in aanmerking kwam, werd in een kort geding procedure aannemelijk geacht dat een bodemrechter een verzoek op dwaling en/of misbruik van omstandigheden zou honoreren (Rb. Almelo 10 december 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK7681). Een succesvol beroep op vernietiging van een beëindigingsregeling vanwege bedrog was toegestaan voor een werkgever in een zaak waarin werknemer ten tijde van het sluiten van de regeling geen melding had gemaakt van zijn nieuwe baan en werkgever er vanuit was gegaan dat werknemer nog geen concreet vooruitzicht had op ander werk (Rb. Zwolle 10 augustus 2004, ECLI:NL:RBZLY:2004:AR5126). Aannemelijk is dat de met de Wwz ingevoerde bedenktijd (artikel 7:670b lid 2 en 3 BW) ertoe leidt dat een beroep op een wilsgebrek bij vernietiging van een beëindigingsovereenkomst minder snel zal worden aangenomen dan voorheen (zie bijv. Rb. Midden-Nederland 22 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6654). Er zijn daarnaast talloze voorbeelden van zaken waarin vernietiging vanwege een wilsgebrek niet werd toegestaan, deze zullen hier niet verder worden besproken. Vernietiging vanwege bedreiging tussen werkgevers en werknemers komt in de rechtspraak amper aan de orde. In sommige zaken wordt door rechters bovendien aangenomen dat er in het arbeidsrecht slechts in beperkte gevallen of onder verzwaarde voorwaarden vernietiging vanwege een wilsgebrek mag plaatsvinden. Dit standpunt lijkt na het arrest van de Hoge Raad van 7 februari 2020 niet langer houdbaar.

⁵ Zie o.a. par. 3.4 van de Conclusie A-G De Bock voor HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2185 en de literatuur waar daar naar wordt verwezen.

⁶ Vgl. Annotatie N. Gundt bij HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 in *Arbeidsrecht in 50 uitspraken* 2010, p. 47.

4. Ontbindende voorwaarde

Een andere privaatrechtelijke rechtsfiguur waarover discussie bestaat in het arbeidsrecht betreft de ontbindende voorwaarde. Er zijn er diverse arresten gewezen over de vraag of een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst toelaatbaar is. De basis voor de ontbindende voorwaarde ligt in artikel 3:38 BW en 6:21 BW. Volgens artikel 3:38 BW kan een rechtshandeling onder een voorwaarde worden verricht en volgens artikel 6:21 BW is een verbintenis voorwaardelijk, wanneer bij rechtshandeling haar werking van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhankelijk is gesteld.⁷ Vervulling van de overeengekomen ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst leidt ertoe dat het dienstverband van rechtswege eindigt. De vraag is aan de orde of de ontbindende voorwaarde een aanvaardbare doorkruising van het ontslagrecht is omdat bij een ontbindende voorwaarde ontslagbescherming ontbreekt. De Hoge Raad heeft in het HTM-arrest (HR 2 november ECLI:NL:HR:2012:BX0348) overwogen dat het uitgangspunt is dat een ontbindende voorwaarde slechts bij uitzondering in het arbeidsrecht toelaatbaar is. Per geval moet worden beoordeeld of de ontbindende voorwaarde strijd met het ontslagrechtstelsel oplevert (HR 6 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0535). Het komt daarbij mede aan op de aard, inhoud en context van de voorwaarde. In de conclusie van de A-G bij het HTM-arrest stelt hij dat op basis van de rechtspraak hieromtrent moet worden beoordeeld of (i) de ontbindende voorwaarde past binnen het gesloten stelsel van ontslagrecht, en (ii) of het intreden van de voorwaarde objectief bepaalbaar is en niet afhankelijk van de wil of subjectieve waardering van een belanghebbende partij.⁸

In de literatuur is er discussie over de vraag of het regime van de Wwz nog wel ruimte laat voor toepassing van de ontbindende voorwaarde. Van Slooten⁹ meent van wel, Van Eck¹⁰ suggereert van niet. De Laat¹¹ meent dat de Hoge Raad wel eens terug zou kunnen moeten komen op de toelaatbaarheid van de ontbindende voorwaarde, terwijl De Wolf¹² problemen signaleert met toepassing van de ontbindende voorwaarde na de invoering van de Wwz. Avçi en Koene¹³ sluiten zich aan bij Van Slooten en zijn van oordeel dat onder andere bij een terugkerende expat onder omstandigheden een ontbindende voorwaarde is toegestaan. Uit de rechtspraak volgt dat ook na de invoering van de Wwz rechters oordelen dat de ontbindende voorwaarde in het arbeidsrecht kan worden toegepast. Een ontbindende voor-

waarde in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd inhoudende beheersing basisniveau Nederlandse taal werd bijvoorbeeld geldig geacht (Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5259). Ook was sprake van een rechtsgeldige ontbindende voorwaarde bij een werknemer die stopte met een studie waarbij in de arbeidsovereenkomst was opgenomen dat het contract onlosmakelijk verbonden was met een leerovereenkomst en dat bij het einde van de leerovereenkomst ook de arbeidsovereenkomst verviel (Rb. Noord-Holland 19 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2892). De ontbindende voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst vervalt bij beëindiging van een werkorder is daarentegen een voorbeeld van een niet rechtsgeldig bevonden ontbindende voorwaarde (Hof Den Haag 12 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2532). Hoewel uit de jurisprudentie volgt dat het ook onder de Wwz mogelijk is om een ontbindende voorwaarde overeen te komen, heeft de Hoge Raad zich hierover nog niet uitgelaten.

5. Arrest van de Hoge Raad van 7 februari 2020

In deze zaak was werknemer aan de slag gegaan bij een zorginstelling als Directeur Zorg waarbij hij eveneens werd benoemd als statutair bestuurder van werkgever. Werkgever was na enkele maanden dienstverband van oordeel dat werknemer niet het werk leverde dat van een Directeur Zorg mocht worden verwacht. Daarnaast kwam werkgever erachter dat werknemer ten onrechte op zijn CV had vermeld dat hij bepaalde opleidingen had gevolgd, de vereiste BIG-registratie had en een aantal relevante lidmaatschappen bezat. De aandeelhoudersvergadering van werkgever heeft vervolgens werknemer als statutair bestuurder ontslagen. Later heeft werkgever het aandeelhoudersbesluit tot benoeming van werknemer als statutair bestuurder alsmede de arbeidsovereenkomst buitengerechtelijk vernietigd wegens bedrog en het aan werknemer betaalde salaris teruggevorderd.

In de procedure die daarop volgde, staat de vraag centraal onder welke voorwaarden een werkgever een arbeidsovereenkomst buitengerechtelijk kan vernietigen. De kantonrechter oordeelde dat dit alleen mogelijk is als de arbeidsovereenkomst na ontdekking van het bedrog geheel nutteloos blijkt te zijn geworden omdat de bedongen arbeid niet kan worden uitgevoerd. Daarvan was volgens de kantonrechter in dit geval geen sprake. Als gevolg werd de buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter in strijd bevonden met het systeem van de wet en kon deze niet in stand blijven. Het hof oordeelde dat het in beginsel gesloten stelsel van het ontslagrecht niet in de weg stond aan buitengerechtelijke vernietiging van een arbeidsovereenkomst wegens bedrog. Wel vond het hof dat de bescherming van werknemer als zwakkere partij in het arbeidsrecht moet doorwerken in het privaatrechtelijke leerstuk van de vernietiging en dat er daarom als extra vereiste voor vernietiging sprake van moet zijn dat de arbeidsovereenkomst in de praktijk (vrijwel) geheel nutteloos

7 Zie: M. van Eck, Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de Wwz, TvO 2017/1.

8 Conclusie A-G Timmerman voor HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348, par. 3.15.

9 J.M. van Slooten, Is er onder de Wwz nog plaats voor de ontbindende voorwaarde, TvO 2017/1.

10 M. van Eck, Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de Wwz, TvO 2017/1.

11 J.J.M. de Laat, De ontbindende voorwaarde in het nieuwe ontslagrecht, TRA 2014/100.

12 D.J.B. de Wolff, De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde en de Wet Werk en Zekerheid, TRA 2017/25.

13 A. Avçi & N. Koene, Exit van de expat: ontslagmogelijkheden in het Nederlandse arbeidsrecht, TvO 2020/01, p. 37-45.

is. Volgens het hof stond dat in deze zaak niet vast waardoor de vernietiging niet in stand kon blijven.

In cassatie oordeelt de Hoge Raad dat artikel 3:44 lid 3 in verbinding met lid 1 BW werkgever beschermt tegen de gevolgen van de onredelijke invloed die werknemer heeft uitgeoefend op de wil van werkgever. Het wettelijk stelsel van het ontslagrecht staat daaraan niet in de weg omdat dat stelsel niet strekt tot bescherming van een werknemer die bedrog pleegt bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad lijkt van oordeel dat de regels van het algemeen vermogensrecht reeds voldoende bescherming kunnen bieden voor werknemers als een vernietiging door een werkgever en/of de ongedaanmakingsverplichtingen in een specifiek geval onrechtvaardig zouden zijn. De Hoge Raad merkt immers op dat (i) de rechter op grond van artikel 3:53 lid 2 BW desgevraagd aan de vernietiging geheel of ten dele haar werking kan ontfagen als de reeds ingetreden gevolgen van de arbeidsovereenkomst bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, (ii) de regels van ongedaanmaking van hetgeen onverschuldigd is betaald nog specifiek op de betreffende omstandigheden kunnen worden toegesneden en (iii) een beroep op vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Ten slotte oordeelt de Hoge Raad dat voor het slagen van bedrog niet is vereist dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken, aangezien deze eis niet volgt uit artikel 3:44 lid 3 BW. Het hof heeft het hiervoor overwogene volgens de Hoge Raad miskend en om die reden is de zaak terugverwezen.

In dit arrest wordt bevestigd dat bij vernietiging vanwege bedrog niet is vereist dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is geworden. Het is wat mij betreft terecht dat de aanvullende eis van 'nutteloosheid van de arbeidsovereenkomst' die in de literatuur en jurisprudentie wel eens werd aangenomen, in dit arrest door de Hoge Raad van de hand wordt gewezen. Nu het vereiste van het (vrijwel) geheel nutteloos worden van de arbeidsovereenkomst ook niet volgt uit de overige artikelen inzake wilsgebreken, is het naar mijn mening juist dat dit vereiste ook bij toetsing van overige wilsgebreken in het arbeidsrecht niet van toepassing is.

Het arrest is dan ook een bevestiging dat het algemene vermogensrecht – in dit geval wilsgebreken – in beginsel doorwerkt in het arbeidsrecht. Voor arbeidsrechtjuristen is het goed om te beseffen dat het algemeen vermogensrecht diverse rechtsmiddelen biedt. Deze worden in de praktijk door arbeidsjuristen in beperkte mate gebruikt. Dat is zonde, want met dit arrest bevestigt de Hoge Raad maar weer dat rechtsfiguren als de wilsvertrouwensleer, wilsgebreken en ontbindende voorwaarde allen hun werking hebben in het arbeidsrecht.

6. Tot slot

Interessant is dat bij een wilsgebrek een rechtshandeling of een overeenkomst kan worden vernietigd en de rechtsgevolgen van vernietiging van de arbeidsovereenkomst wezenlijk verschillen van die van de beëindigingsmogelijk-

heden die werkgever toekomen op grond van het arbeidsrecht (titel 7.10 BW). Het uitgangspunt bij vernietiging is dat deze terugwerkt tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht. Prestaties die reeds zijn verricht zijn door de vernietiging onverschuldigd verricht en moeten ongedaan worden gemaakt (art. 6:203 e.v. BW). Werknemer dient bij vernietiging het ontvangen loon terug te betalen (artikel 6:203 lid 2 BW). De prestatie van werknemer – het verrichten van arbeid – zal echter niet ongedaan kunnen worden gemaakt¹⁴, als gevolg waarvan werknemer in beginsel recht zal hebben op een vergoeding van de waarde van de arbeid (artikel 6:210 lid 2 BW). In dat geval zal tussen partijen een discussie ontstaan over de 'waarde' van de arbeid die door werknemer is verricht. In een aantal gevallen zal kunnen worden betoogd dat de waarde van de door werknemer verrichte arbeid (aanzienlijk) minder is dan het bedrag dat hij aan loon heeft ontvangen. Bijvoorbeeld in geval werknemer niet de basale taken die bij een functie horen kan uitvoeren, sprake is van aantoonbaar disfunctioneren of als werknemer niet al zijn taken (volledig) heeft kunnen uitvoeren door een gebrek aan ervaring en/of diploma's. Daarbij zal de periode dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd en werknemer de werkzaamheden heeft uitgevoerd zonder bezwaren van werkgever ook meespelen. Het ligt immers voor de hand dat als blijkt dat werknemer de functie niet naar behoren of verwachting kan uitoefenen, werkgever dit spoedig zal opmerken. Dat gebeurde ook in de hiervoor besproken zaak bij de Hoge Raad, waar al na enkele maanden bleek dat werknemer niet naar behoren presteerde. De feiten die aan deze zaak – die nu is terugverwezen naar het hof – ten grondslag liggen, bieden naar mijn mening aanknopingspunten voor (gedeeltelijke) terugbetaling van het salaris door werknemer. Werknemer had immers niet de voor zijn werk benodigde ervaring en registraties, presteerde volgens werkgever (zwaar) ondermaats en had volgens een onafhankelijk rapport onzorgvuldig en onverantwoord gehandeld. Als er echter geen bezwaren zijn tegen het functioneren van werknemer en hij al zijn taken kan uitvoeren zal er minder snel reden zijn om de waarde van de verrichte arbeid niet gelijk te stellen met het door werknemer ontvangen loon. Het spiegelbeeld waarin de waarde van de arbeid hoger is dan het ontvangen loon zal vermoedelijk niet snel spelen wanneer de arbeidsovereenkomst door bedrog van werknemer tot stand is gekomen. Toch zou er in het theoretische geval wellicht sprake kunnen zijn van een hogere waarde als werknemer bijvoorbeeld ruim boven zijn target zit of grote winsten of rendementen binnenhaalt voor werkgever (dit zou onder andere in sales kunnen spelen en kunnen worden gemeten). Dit zou ook kunnen spelen in geval werknemer een arbeidsovereenkomst vernietigt vanwege bedrog van werkgever of een ander wilsgebrek. In de praktijk zijn er helaas nog geen voorbeelden bekend waar dit vraagstuk speelde.

Als werkgever kiest voor beëindiging in plaats van vernietiging op grond van bedrog, zijn de ongedaanmakingsverplichting en het terugvorderen van loon niet aan de orde.

¹⁴ Zie ook: Conclusie van A-G De Bock in deze zaak, par. 3.11.

Zowel de beëindigingsgrondslagen uit het arbeidsrecht, titel 7.10 BW, als de vernietiging vanwege bedrog kent een eigen toetsing. Het is overigens niet zo dat de vernietiging wegens bedrog een makkelijkere route voor werkgever zou opleveren dan een beëindigingswijze uit het arbeidsrecht zoals het ontslag op staande voet. De lat bij bedrog ligt tamelijk hoog. Er moet sprake zijn van opzettelijk onjuiste mededelingen, of een andere opzettelijke kunstgreep, gericht op het bewegen van een ander tot het verrichten van een rechtshandeling, waarbij causaal verband tussen het opzettelijke gedrag en de rechtshandeling aanwezig moet zijn. Veelal zal een dringende reden die ontslag op staande voet rechtvaardigt eenvoudiger zijn vast te stellen en eerder worden aangenomen. Zo zijn door de wetgever genoemde voorbeelden van een dringende reden het misleiden van werkgever bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst door het vertonen van valse of vervalste getuigschriften en het geval waarin werknemer in ernstige mate de bekwaamheid of geschiktheid blijkt te missen voor de arbeid waarvoor hij zich heeft verbonden (artikel 7:678 lid 2 sub a en b BW). In beide situaties is opzet niet noodzakelijk en kan deze toetsing in een concreet geval – bij ontslag op staande voet spelen bijvoorbeeld ook de persoonlijke omstandigheden van werknemer een rol – lichter zijn dan die van bedrog. Vanuit procedureel oogpunt lijken er geen zwaarwegende voordelen te zitten aan of de vernietiging van de arbeidsovereenkomst of een beëindigingswijze uit het arbeidsrecht. Met de invoering van de Wwz kan immers ook bij beëindigingswijzen uit het arbeidsrecht, evenals bij vernietiging, worden doorgeprocedureerd in hoger beroep en in cassatie. Werkgevers zullen in individuele gevallen een afweging moeten maken of een beroep op vernietiging vanwege bedrog dan wel een andere beëindigingsroute de voorkeur heeft. Dit zal evenzeer gelden met betrekking tot de andere wilsgebreken.