

University of Groningen

**Derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in het arbeidsrecht (n.a.v. HR 22 juni 2012, JAR 2012/189, NJ 2012, 396**

Jansen, C.J.H.; Jansen, J.E.

*Published in:*  
Arbeidsrechtelijke annotaties

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2013

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Jansen, C. J. H., & Jansen, J. E. (2013). Derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in het arbeidsrecht (n.a.v. HR 22 juni 2012, JAR 2012/189, NJ 2012, 396). *Arbeidsrechtelijke annotaties*, 12(1), 30-41. [http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/arbeidsrechtelijkeannotaties/2013/1/ArA\\_1568-6639\\_2013\\_012\\_001\\_002](http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/arbeidsrechtelijkeannotaties/2013/1/ArA_1568-6639_2013_012_001_002)

**Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/116026>

Please be advised that this information was generated on 2015-06-01 and may be subject to change.

## ANNOTATIES

# Derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in het arbeidsrecht

HR 22 juni 2012, JAR 2012/189, NJ 2012, 396 (ABN AMRO/werknemer)

*C.J.H. Jansen & J.E. Jansen*

### 1 Feiten

De feiten in deze zaak zijn niet gecompliceerd. Een werknemer was vanaf 1 november 1997 in dienst bij ABN AMRO. Bij hem openbaarden zich aan het eind van 2003 de eerste symptomen van schizofrenie. ABN AMRO onderkende zijn medisch probleem. De bank vroeg hem op 2 februari 2004 een ‘inzetovereenkomst’ te ondertekenen. De werknemer weigerde dit. ABN AMRO haalde hem daarop van het project af dat hij als test engineer onder handen had. In dezelfde maand zijn er contacten geweest tussen de moeder en de leidinggevende van de werknemer en tussen zijn huisarts en de bedrijfsarts.

De zaak escaleerde na een korte vakantie van de werknemer in de laatste week van februari 2004. Zijn zus deelde op 1 maart 2004 telefonisch aan de leidinggevende van de werknemer mee dat haar broer niet naar zijn werk wilde komen ‘omdat daar een spelletje met hem werd gespeeld’. ABN AMRO heeft hem vervolgens per koerier opgeroepen op 3 maart 2004 een verklaring voor zijn ongeoorloofde afwezigheid te geven. De bank zette tegelijkertijd per 1 maart de loonbetaling stop. De werknemer verscheen niet op 3 maart. Nadat ABN AMRO hem per koerier had opgeroepen op 4 maart 2004 ten kantore te verschijnen en hij wederom niet was komen opdagen, ontsloeg de bank hem op diezelfde dag nog op staande voet. Het gerechtshof en de Hoge Raad gaan er in hun uitspraak van uit dat de werknemer ten tijde van het ontslag arbeidsongeschikt was en dat ABN AMRO dit wist of behoorde te weten. Het feit dat de werknemer zich niet ziek beschouwde en zich ook niet ziek had gemeld, deed daaraan niets af. De bank wist of behoorde te weten dat de werknemer niet in staat was tot een adequate beoordeling van zijn eigen gedrag. Het beroep van ABN AMRO op het feit dat het gedrag van de werknemer onaanvaardbaar was tegenover zijn collega’s deed niet ter zake, omdat de bank dit onaanvaardbare gedrag niet ten grondslag had gelegd aan het ontslag.

Het is met de werknemer in de rest van 2004 en gedurende de eerste helft van 2005 slecht gegaan. Van februari 2005 tot medio juli 2005 verbleef hij op grond van een machtiging van de rechter in een psychiatrisch ziekenhuis. Ook de maanden daarna is hij elke werkdag onder behandeling geweest. Op 14 september 2005 heeft de advocaat van de werknemer ABN AMRO laten weten dat de arbeidsover-

eenkomst tussen de werknemer en de bank nog steeds bestond. De moeder van de werknemer had immers bij brief van 25 maart 2004 de opzegging vernietigd. Voor het geval ABN AMRO ervan uitging dat de opzegging niet bij deze brief was vernietigd, vernietigde hij alsnog de opzegging van de arbeidsovereenkomst van zijn cliënt. Hij deelde tevens mee dat de werknemer in staat en bereid was zijn werkzaamheden te hervatten. Volgens het hof en de Hoge Raad hield de brief van de advocaat een beroep op de vernietigingsgrond van artikel 9 lid 1 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) in. Dit lid luidt: 'een opzegging zonder de op grond van artikel 6 vereiste toestemming van de Uitvoeringsinstuut werknemersverzekeringen is vernietigbaar'. Lid 3 van artikel 9 geeft aan dat de werknemer gedurende zes maanden een beroep op deze vernietigingsgrond kan doen. ABN AMRO stelde dat de werknemer niet binnen zes maanden dit beroep had gedaan.

De werknemer vorderde primair dat ABN AMRO zou worden veroordeeld aan hem zijn loon vanaf 1 maart 2004 te voldoen, subsidiair hem een schadevergoeding toe te kennen. Hij legde aan deze primaire vordering ten grondslag dat aan het hem op 4 maart 2004 gegeven ontslag geen dringende redenen ten grondslag lag, zodat hem een beroep op de vernietigbaarheid van het ontslag ex artikel 9 BBA toekwam. De werknemer legde aan zijn subsidiaire vordering tot schadevergoeding ten grondslag dat ABN AMRO onrechtmatig jegens hem had gehandeld door hem niet als zieke werknemer te behandelen, door hem op staande voet te ontslaan en door zich op verjaring te beroepen. Wij bespreken in het vervolg van deze annotatie slechts de primaire vordering.

## 2 Het oordeel van het Hof Amsterdam

Het Hof Amsterdam was van oordeel dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was aan het ongebruikt verstrijken van de termijn van zes maanden de conclusie te verbinden dat de werknemer zich niet meer mocht beroepen op de vernietigingsgrond van artikel 9 lid 1 BBA. Volgens het hof was het namelijk aannemelijk dat de werknemer, gelet op de ernstige geestesziekte waaraan hij leed, tot een dergelijk beroep binnen zes maanden niet in staat was. ABN AMRO was met de ernst van de situatie bekend of behoorde daarmee bekend te zijn, en de bank wist of behoorde eveneens te weten dat het beoordelingsvermogen van de werknemer ernstig was aangetast door zijn ziekte. Bovendien oordeelde het hof dat het de opmerking van de bank dat zij niet erkende dat de werknemer 'niet in staat is geweest tijdig de nietigheid in te roepen' niet beschouwde als een behoorlijk gemotiveerde betwisting. Gelet op de genoemde omstandigheden achtte het hof het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar aan het ongebruikt verstrijken van de termijn van zes maanden de conclusie te verbinden dat de bevoegdheid van de werknemer een beroep te doen op de vernietigingsgrond van artikel 9 BBA was vervallen. Het hof aanvaardde daarom het beroep op genoemde bepaling bij brief van 14 september 2005 als tijdig. Het gevolg was dat de arbeidsovereenkomst tussen ABN AMRO en de werknemer was blijven voortbestaan. Over de vraag of de brief van de moeder

van 25 maart 2004 als een tijdig gedaan beroep op artikel 9 BBA kon worden beschouwd, heeft het hof zich niet expliciet uitgelaten.

### 3 Het oordeel van de Hoge Raad

ABN AMRO betoogde in cassatie dat het hof had miskend dat de werking van de vervaltermijn van artikel 9 lid 3 BBA niet, of slechts met de grootst mogelijke terughoudendheid, kan worden beperkt door de redelijkheid en billijkheid. Mocht het hof de rechtspraak hebben toegepast over de verjaringstermijnen van artikel 3:310 lid 1 en 2 Burgerlijk Wetboek (BW), dan had het van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven. Deze rechtspraak is immers niet zonder meer van toepassing op vervaltermijnen.

De Hoge Raad overweegt dat uit de tekst van artikel 6:248 lid 2 en artikel 6:2 lid 2 BW, de op beide bepalingen gegeven toelichting in de wetsgeschiedenis en de rechtspraak, volgt dat de redelijkheid en billijkheid eraan in de weg kan staan dat een partij bij een overeenkomst een beroep doet op een als gevolg van die overeenkomst tussen partijen geldende regel, voor zover dit beroep in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn. Dat geldt volgens de Hoge Raad ook als het gaat om een regel van dwingend recht. In het algemeen geldt vervolgens dat de rechter terughoudendheid past bij de beoordeling van een beroep op de redelijkheid en billijkheid, en dat gaat in versterkte mate op als het gaat om een dwingendrechtelijke bepaling, zoals in casu. Voor de honorering van een dergelijk beroep bestaat nog minder ruimte dan bij de toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW normaal al het geval is. De motivering van een dergelijk oordeel moet aan hoge eisen voldoen.

Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat voor zover de 'onderdelen betogen' dat de rechter een grote mate van terughoudendheid moet betrachten bij de honorering van een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid, zij op een juist uitgangspunt berusten. In beginsel moet aan de termijn van artikel 9 lid 3 BBA strikt de hand worden gehouden. Hij beschermt het belang van de werkgever bij zekerheid over de rechtsgeldigheid van het ontslag. Het hof heeft dit niet miskend, integendeel. Het heeft uitvoerig gemotiveerd waarom in dit geval het beroep van ABN AMRO op de vervaltermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof heeft daarbij de terughoudendheid in acht genomen die past bij een beroep op een dergelijke wettelijke bepaling.

De Hoge Raad overweegt ten slotte dat het hof, 'anders dan de onderdelen veronderstellen', terecht geen overeenkomstige toepassing heeft gegeven aan de in de rechtspraak over de verjaringstermijnen van artikel 3:310 lid 1 en 2 BW aanvaarde beginselen (zie HR 28 april 2000, NJ 2000, 430, JOR 2000/162 (Van Hese/De Schelde met nt. Jansen/Loonstra)). Het ging in deze zaak om de vraag of het beroep van een werkgever die zijn werknemers gedurende een langere tijd had blootgesteld aan een voor hun gezondheid gevaarlijke stof (asbest) op de langere verjaringstermijnen van artikel 3:310 lid 2 BW naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Dit is volgens de Hoge Raad een wezenlijk andere vraag dan de vraag die bij een beroep op een vervaltermijn aan de orde is.

Bij de beantwoording van deze vraag moeten, aldus het college, andere afwegingen worden gemaakt en zijn andere gezichtspunten relevant. Met dit laatste standpunt wijkt de Hoge Raad overigens af van het oordeel van advocaat-generaal (A-G) Keus. Hij oordeelt in 2.17 van zijn conclusie dat de rechtspraak over toepassing van artikel 6:2 BW op verjaringstermijnen naar zijn mening wel degelijk van belang is voor de toepassing van die bepaling op vervaltermijnen. Hij plaatst daarbij de kanttekening dat het, mede gelet op de sterke werking van vervaltermijnen en de (naar zijn oordeel niet geheel onomstreden) mogelijkheid die termijnen te stuiten, niet voor de hand ligt toepassing van die bepaling op vervaltermijnen eerder of gemakkelijker aan te nemen dan op verjaringstermijnen en veeleer een meer terughoudende toepassing op vervaltermijnen is aangewezen. Wij komen hierop nog terug.

## 4 Commentaar

### 4.1 *De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid*

Artikel 6:248 lid 2 BW stelt de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid buiten twijfel. Het opnemen van dit tweede lid door de wetgever in het Burgerlijk Wetboek van 1992 is om praktische redenen gebeurd. De wetgever beoogde met lid 2 een einde te maken aan de soms forse discussies onder de vigeur van het Burgerlijk Wetboek van 1838, waarin de beperkende werking van de goede trouw de privaatrechtjuristen en tot op zekere hoogte de rechtspraak verdeeld hield. De expliciete erkenning door de wetgever van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid doet niets af aan het uitgangspunt dat partijen allereerst gehouden zijn aan hetgeen zij hebben afgesproken. Er kunnen zich echter omstandigheden voordoen dat – gelet op de redelijkheid en billijkheid – een beroep op de partijafsprake niet kan worden gehonoreerd.<sup>1</sup> De in zijn tijd beroemde Amsterdamse advocaat J.A. Levy (1838-1920) bracht dit laatste gevoel in het begin van de vorige eeuw al treffend onder woorden:

‘Pacta servanda derhalve, zeker, maar aan een pactum, gedacht als volslagen onsamenhangend met, als geheel los van maatschappelijke omgeving en wereldgebeuren, buiten alle aanraking met mogelijke conflicten, hetzij van ethischen, hetzij van feitelijken aard, in het kort, aan een pactum, dat plompweg, als zoodanig, zich aandient en nu uitsluitend op grond van zijn naakte bestaan, op servare, op handhaving aandringt, aan zoodanig pactum, kan het Recht zijn zegel niet hechten, op straffe van zich zelf te loochenen.’<sup>2</sup>

Daarom is, zoals Hesselink in zijn proefschrift betoogde, de redelijkheid en billijkheid ‘de spreekbuis van talloze (...) nieuwe regels die de rechter ontwikkelt wan-

1 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III\*), nr. 410. Zie over de historische ontwikkeling van de beperkende werking nr. 411-413.

2 J.A. Levy, *Interventie*, HNJV 1918-II, p. 11-12.

neer hij het recht aanvult en corrigeert'.<sup>3</sup> De redelijkheid en billijkheid maakt een genuanceerde benadering van een bepaald vraagstuk mogelijk. Het gevaar is echter dat het zoeken naar de billijkheid in het concrete geval spanning oplevert met de rechtszekerheid: de duidelijkheid die een wetsbepaling voor de deelnemers aan het rechtsverkeer beoogt te creëren. De Hoge Raad is zich van deze spanningsverhouding bewust (zoals ook in dit arrest).

De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid vindt binnen het privaatrecht brede toepassing. Zij is niet beperkt tot het algemene contractenrecht, maar zij komt bijvoorbeeld eveneens voor bij de uitvoering van bijzondere overeenkomsten, in het faillissementsrecht, het huwelijksvermogensrecht en het vennootschapsrecht. Zoals de Hoge Raad in het hier besproken arrest overwoog, valt het dwingende recht eveneens onder de werking van artikel 6:2 lid 2 BW en artikel 6:248 lid 2 BW. Dit wil zeggen dat onder specifieke omstandigheden een contractant zich niet mag beroepen op een dwingende wetsbepaling. Die bepaling hoeft niet noodzakelijk te zien op de bescherming van de belangen van een sociaaleconomisch zwakke. Ook bij de aantasting van een algemeen belang als de rechtszekerheid is beperking van een dwingende wetsbepaling mogelijk. Uiteraard gelden voor het slagen van een dergelijk beroep zware eisen.

In het verleden heeft een beroep op het buiten toepassing laten van een dwingende wetsbepaling zich eveneens in het arbeidsovereenkomstenrecht voorgedaan.<sup>4</sup> Toch is doorwerking van artikelen uit Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in het arbeidsovereenkomstenrecht niet vanzelfsprekend. Hetzelfde geldt uiteraard voor doorwerking van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. In de schakelbepalingen van Boek 6 staat bijvoorbeeld de clausulering: 'voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet'. In de rechtspraak vindt men andere voorbeelden van het feit dat het burgerlijk recht niet zonder meer doorwerkt in het arbeidsrecht. In het arrest Hal/Van Werkhoven oordeelde de Hoge Raad dat de artikelen 7:681-683 BW een uitputtende regeling bevatten van het kennelijk redelijk ontslag en dat voor een toetsing van het ontslag aan artikel 1374 lid 3 BW van 1838 (thans art. 6:248 lid 2 BW), resulterend in een herstel van de dienstbetrekking, geen plaats was.<sup>5</sup> Volgens Loonstra en Zondag ligt buiten het ontslagrecht een beroep op de bijzondere aard van het arbeidscontract minder voor de hand en wordt daar de doorwerking van het algemene vermogensrecht sneller – en naar hun opvatting ook terecht – aangenomen. Zij geven in hun handboek aan dat de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst vooral gelegen is in de duurrelatie tussen werkgever en werknemer, die gekenmerkt wordt door een juridische en economische afhankelijkheid enerzijds en collectieve verantwoordelijkheid anderzijds. Het betreft hier vooral de personenrechtelijke (en niet de vermogensrechtelijke) kant van de verhouding tussen

3 M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 435, 437-438.

4 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III\*), nr. 416, nr. 417.

5 HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441.

werkgever en werknemer.<sup>6</sup> Een voorbeeld van doorwerking buiten het ontslagrecht is te vinden in een uitspraak van het Hof Arnhem. Volgens dit college kwam aan een werkgever in dit geval geen beroep op het concurrentiebeding toe omdat hij de onaanvaardbaarheidsmaatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW had overschreden.<sup>7</sup> Een ander algemeen uitgangspunt – ook in het hier besproken arrest aangehaald – is dat de rechter zich terughoudend moet opstellen bij een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid en dat een geslaagd beroep op de beperkende werking een forse motivering moet kennen.<sup>8</sup> De Hoge Raad overwoog daarom expliciet in het onderhavige arrest dat het hof *uitvoerig* (onze cursivering) had gemotiveerd waarom het beroep van ABN AMRO op de vervaltermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Overigens is een rechterlijke vaststelling van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid niet vereist. De rechter constateert slechts dat artikel 6:248 lid 2 BW een wijziging teweegbrengt in hetgeen tussen partijen geldt. Het is namelijk het objectieve recht zelf dat aan partijen de plicht oplegt zich overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid te gedragen.<sup>9</sup>

#### 4.2 De betekenis van het arrest ABN AMRO/werknemer

De betekenis van het arrest ABN AMRO/werknemer schuilt vooral in de omstandigheid dat de Hoge Raad voor het eerst oordeelt dat een beroep van de werkgever op de vervaltermijn van zes maanden in artikel 9 lid 3 BBA naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.<sup>10</sup> De specifieke omstandigheden die de Hoge Raad in casu tot dit oordeel hebben gebracht, zijn de ernstige psychische aandoening van de werknemer ten tijde van het ontslag op staande voet en het feit dat de werkgever van deze ziekte op de hoogte was. Het was weliswaar de bank niet te verwijten dat de werknemer geen tijdig beroep op de vervaltermijn had gedaan, maar de bank wist ook dat de werknemer door zijn ziekte niet in staat was om zijn eigen belangen naar behoren te behartigen en verkeerde afwegingen maakte. De Hoge Raad stelt mede daarom het belang dat de werkgever heeft bij de zekerheid dat het ontslag na verloop van een bepaalde termijn (zes maanden) ook daadwerkelijk rechtsgeldig is ingetreden ten achter bij het belang van de werknemer die door ziekte niet in staat was zich tijdig op de vernietigingsgrond te beroepen. Gelet op de bijzondere omstandigheden waarin de werknemer

6 C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 627-628. Zie uitvoerig over dit thema: R.M. Beltzer, *De symbiose van het arbeidsrecht en het privaatrecht volgens de rechtspraak in 2003*, SR 2004, p. 6-13. Vgl. Asser/Heerma van Voss 2008 (V\*), nr. 7.

7 Hof Arnhem 4 januari 2005, JAR 2005/46. Zie Loonstra & Zondag 2010, p. 633. Zie over de vraag of de redelijkheid en billijkheid kan meebrengen dat tijdens de schorsing van een werknemer geen loon hoeft te worden betaald, de noot in AR Updates van F.M. Dekker, *Schorsing zonder behoud van loon toch mogelijk?* bij Ktr. Breda 16 januari 2013 (AR 2013-0034).

8 Onder verwijzing naar HR 27 oktober 1995, NJ 1996, 254 inzake een beroep door een ontslagen werknemer op dwingende regels van ontslagrecht. Volgens de Hoge Raad gelden voor de derogering aan een dwingende wetbepaling zware eisen.

9 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III\*), nr. 414.

10 Voor een voorbeeld van de werking van art. 6:2 BW op de redelijke vervaltermijn van art. 7:23 BW zie Rb. Arnhem 12 november 2008, NJF 2009, nr. 23.



verkeerde, is deze afweging van de Hoge Raad begrijpelijk. Bij de motivering van zijn uitspraak vermeldde hij dan ook uitdrukkelijk dat het hof het belang van de werkgever bij de zekerheid over de rechtsgeldigheid van het ontslag niet had miskend, maar juist uitvoerig had gemotiveerd waarom in dit geval het beroep van ABN AMRO op deze vervaltermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.

Toch past wel degelijk een *caveat*. De termijn van zes maanden in artikel 9 lid 3 BBA dient niet alleen de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid. Hij dient tevens het belang van de werkgever én dat van de werknemer, in die zin dat de ratio achter de bepaling tevens is de spoedige terugkeer van de werknemer in zijn functie te bevorderen (zie ook nr. 2.16 in conclusie A-G Keus). Terecht constateert Helstone in navolging van Van der Kind dan ook de vraag gedurende welke termijn een beroep van de werknemer geacht kan worden wel tijdig te zijn gedaan. Een werknemer mag niet dralen.<sup>11</sup>

A-G Keus stelt in 2.19 van zijn conclusie dat het hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom het beroep van de werknemer ongeveer een jaar na het verstrijken van de termijn in artikel 9 BBA nog toelaatbaar is. De werknemer had immers zelf in de procedure gesteld dat er tijdig een beroep op de vernietigingsgrond was gedaan. Ook als de werknemer heeft bedoeld aan te geven dat hij niet zelf een tijdig beroep had kunnen doen, maar dat dit beroep tijdig namens hem was gedaan, blijft er een tegenstrijdigheid aanwezig in de stellingen van de werknemer. Het hof had daarom volgens de A-G moeten motiveren waarom het uitgang van de onmogelijkheid van een tijdig beroep. Volgens ons heeft de A-G met zijn vaststelling een sterk punt. De Hoge Raad heeft zich hierover helaas niet uitgelaten. Het lijkt erop dat hij vanwege de medische situatie waarin de werknemer tijdens het ontslag verkeerde, naar het resultaat heeft 'toegeredeneerd'. Het is overigens opmerkelijk dat het hof de brief van de moeder van de werknemer van 25 maart 2004 buiten beschouwing heeft gelaten. Het had met een verwijzing naar dit schrijven eventueel kunnen vaststellen dat het beroep op artikel 9 BBA inderdaad binnen zes maanden was gebeurd. Dit had allerlei beschouwingen over de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid overbodig gemaakt (zie eveneens paragraaf 4.3 van deze annotatie).

Wij merken ten slotte nog op dat het zich al dan niet tijdig beroepen op de vervaltermijn in artikel 9 lid 3 BBA raakvlakken heeft met de personenrechtelijke relatie tussen werkgever en werknemer (die met name in het ontslagrecht naar voren komt). Zoals Loonstra en Zondag betogen, heeft de wetgever met het oog op deze speciale relatie en met het oog op de continuïteit van de onderneming regels uitgevaardigd die aan beide aspecten 'in de juiste balans recht doen'. Dan is naar hun opvatting doorwerking van het burgerlijk recht in het arbeidsrecht *in beginsel* niet aan de orde.<sup>12</sup> In beginsel: dat de Hoge Raad in deze casus daarop een uitzondering maakt is – nogmaals – voorstelbaar. Het college heeft met zijn uitspraak de

11 Noot A.M. Helstone bij HR 22 juni 2012, JAR 2012/189, p. 1473. De annotatie van O. van der Kind bij de uitspraak van het Hof Amsterdam verscheen in TRA 2011/5. Zie ook de noot van Even in AR Updates (AR 2012-0592).

12 Loonstra/Zondag 2010, p. 640.

deur bepaald niet opengezet voor een ruime toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in het arbeidsovereenkomstenrecht.

#### 4.3 *De door de Hoge Raad afgewezen vergelijkbaarheid van beroep op vervaltermijnen en verjaringstermijnen*

Zoals wij hiervoor aangaven, wijst de Hoge Raad de overeenkomstige toepassing van beginselen die rechters ontwikkelden in zaken waarin het ging om verjaringstermijnen, op de onderhavige zaak af. Het hof hoefde daarom niet, zoals in cassatie was betoogd, de gezichtspunten in zijn motivering te betrekken die de Hoge Raad formuleerde in het arrest Van Hese/De Schelde. In die zaak ging het om een als gevolg van een zeer lange incubatietijd langdurig verborgen schade. Toepassing van de verjaringstermijn zou in dat geval hebben betekend dat de crediteur zijn rechtsvordering kwijt was geraakt voordat hij ook maar wist dat hij schade had. Daarvan is in de zaak ABN AMRO/werknemer geen sprake: het gaat hier niet om verborgen schade. Zo bezien is het logisch dat de Hoge Raad de vergelijking met Van Hese/De Schelde afwijst. Hij merkt echter ook op dat in de zaak tussen ABN AMRO en de werknemer sprake is van een *andere* belangenafweging en wijst in het algemeen toepassing van de gezichtspunten uit de rechtspraak over artikel 3:310 BW af ('andere gezichtspunten zijn relevant').

Wij vinden dat opmerkelijk. Verval en bevrijdende verjaring moeten weliswaar van elkaar worden onderscheiden, maar er bestaat wel degelijk verwantschap tussen de beide leerstukken. Beide leerstukken dienen de rechtszekerheid door het de crediteur na een bepaald tijdsverloop onmogelijk te maken zijn recht nog uit te oefenen. Bevrijdende verjaring doet dat door de crediteur na een bepaald tijdsverloop zijn rechtsvordering te ontnemen. Het vorderingsrecht blijft bestaan. Er blijft een natuurlijke verbintenis over. De bevrijdende verjaring heeft met andere woorden zwakke werking. Wanneer een vorderingsrecht aan een vervaltermijn is onderworpen, gaat het vorderingsrecht teniet en daarmee als vanzelf ook de rechtsvordering. Verval heeft dus sterke werking. Niet alleen vorderingen zijn aan vervaltermijnen verbonden, ook bepaalde bevoegdheden kunnen dat zijn. Zo geldt bijvoorbeeld een vervaltermijn van drie maanden voor het instellen van hoger beroep (art. 339 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Daarna is dat recht vervallen.

De verwantschap tussen de beide leerstukken blijkt er bijvoorbeeld uit dat de wetgever dikwijls verjaringstermijnen vervangen heeft door vervaltermijnen en vice versa.<sup>13</sup> Juist vanwege deze verwantschap ligt het voor de hand aan te nemen dat rechtspraak over de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid op verjaringstermijnen ook bij vervaltermijnen invloed heeft. Bij beide figuren speelt onzes inziens eenzelfde soort belangenafweging: komt het meeste gewicht toe aan de rechtszekerheid of staat een billijke uitkomst in het concrete geval

13 Zie hierover H.K. Köster, Naar een betere afbakening tussen vervaltermijnen en termijnen van bevrijdende verjaring, WPNR (1971) 6701, p. 540-546, onder XI p. 544. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III\*), nr. 432.

voorop?<sup>14</sup> A-G Keus stelt dan ook dat de rechtspraak over de toepassing van artikel 6:2 BW op verjaringstermijnen van belang is voor de toepassing van artikel 6:2 BW op vervaltermijnen. Smeehuijzen pleit ervoor aan rechtspraak over de bevrijdende verjaringstermijnen 'reflexwerking' te geven voor wat betreft vervaltermijnen.<sup>15</sup>

A-G Keus merkt allereerst op dat artikel 6:2 BW een vervaltermijn slechts in uitzonderlijke gevallen buitenspel zet. Dit geldt blijkens het meermaals genoemde arrest Van Hese/De Schelde ook voor verjaringstermijnen. Wanneer doet zich zo'n uitzonderlijk geval voor? De A-G noemt verschillende uitspraken waaruit duidelijk wordt waarom een beroep op een verjaringstermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan zijn. Dat is bijvoorbeeld zo wanneer het niet geldend maken van een recht voortvloeit uit omstandigheden die aan de debiteur moeten worden toegerekend.<sup>16</sup> Dat uitgangspunt zou ook moeten gelden bij de beantwoording van de vraag of een beroep op een vervaltermijn in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Wij wijzen op een arrest van de Hoge Raad van 28 november 2003, waarin hij een uitzondering maakte op de regel dat aan beroepstermijnen strikt de hand moet worden gehouden. Een uitzondering is gerechtvaardigd als degene die hoger beroep of cassatie wil instellen tegen een rechterlijke beschikking als gevolg van een fout of een verzuim van de griffie van de rechtbank, niet weet en ook niet kon weten dat die beschikking was gegeven. De Hoge Raad verlengde de gebruikelijke beroepstermijn van veertien dagen met veertien dagen, die beginnen te lopen na de verstrekking van de beschikking.<sup>17</sup>

Een beroepstermijn, vervaltermijn of verjaringstermijn moet anders gezegd niet gelden als de crediteur als gevolg van gedrag van de debiteur niet in staat is geweest zijn recht uit te oefenen. Was daarvan in dit geval sprake? Duidelijk is dat de werknemer niet in staat was zijn ontslag aan te vechten. Hij leed aan een ernstige geestesziekte, die het hem onmogelijk maakte zijn belangen te behartigen. A-G Keus wijst er terecht op dat de geestesziekte niet aan de werkgever valt toe te rekenen. Dat is een argument om de vervaltermijn toe te passen. Een ander argument om de vervaltermijn toe te passen is dat het niet *per se* de werknemer hoeft te zijn die een beroep doet op de vernietigingsgrond van artikel 9 BBA. Voor de inroeping is geen wettelijke vertegenwoordiging vereist, zodat ook anderen (fami-

14 Zie R.P.J.L. Tjittes, Bevrijdende verjaring: van rechtszekerheid naar billijkheid, WPNR (2002) 6472, p. 53-63.

15 J.L. Smeehuijzen, Driekwart van de heersende leer over vervaltermijnen is onjuist, Tijdschrift voor civiele rechtspleging 2009-4, p. 117-126, i.h.b. p. 122.

16 HR 23 oktober 2000, NJ 2000, 15, r.o. 3.3.1. Keus noemt ook een arbeidsrechtelijk voorbeeld, zie Rb. Amsterdam 14 mei 1997, JAR 1997/119: Een werkgever had een werknemster herhaaldelijk ten onrechte gezegd dat zij geen recht had op vakantie met behoud van loon. Zij vertrouwde op de juistheid en kwam er pas achter dat ze wel recht had op vakantiedagen nadat de verjaringstermijn die geldt voor de betaling van niet-genoten vakantiedagen was verstreken. Het beroep op de verjaringstermijn door de werkgever was in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

17 HR 28 november 2003, NJ 2005, 465, r.o. 3.2 (m.nt. W.D.H. Asser). Het arrest ging over de ontkenning van het vaderschap. Over deze uitspraak in verband met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid bijvoorbeeld J.F.M. Janssen, Extinctieve verjaring, wettelijke vervaltermijn en art. 6:2 BW, Termijnen BW-krant Jaarboek, Deventer: Kluwer 2004, p. 41-86, i.h.b. p. 83.

lieden) haar kunnen verrichten. Volgens de advocaat van de werknemer heeft de moeder van de werknemer, zoals wij al eerder constateerden, zelfs tijdig, op 25 maart 2004, een beroep op de vernietigingsgrond gedaan. Het hof is aan deze bewering voorbijgegaan. Het hof en de Hoge Raad kennen minder gewicht toe aan het algemene belang van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid dat artikel 9 BBA dient. Het primaire belang dat aan artikel 9 BBA ten grondslag ligt, is dat de werkgever binnen zes maanden zekerheid heeft over de geldigheid van een ontslag (HR r.o. 4.2.3). De werkgever kan na zes maanden met een gerust hart een nieuwe werknemer aanstellen. Dit voordeel verdient de werkgever niet als hij tijdens het ontslag op staande voet wist dat de werknemer leed aan een ernstige geestesziekte, zodat het niet te verwachten viel dat hij tijdig een beroep zou doen op de vernietigingsgrond van artikel 9 BBA. Wij kunnen daarom leven met de uitkomst die de Hoge Raad heeft bereikt.

#### 4.4 *Ambtshalve toepassen van vervaltermijnen?*

Wij wijzen tot slot op een verschil tussen de uitspraken van het hof en de Hoge Raad dat mogelijk van belang is in verband met het antwoord op de vraag of de vervaltermijn van artikel 9 BBA ambtshalve dient te worden toegepast. Bevrijdende verjaring wordt niet ambtshalve toegepast. Bevrijdende verjaring heeft pas rechtsgevolg wanneer de aangesproken debiteur zich erop beroept dat de rechtsvordering die de crediteur tegen hem richt is verjaard.<sup>18</sup> Voor verval geldt dat in beginsel niet. Verval werkt van rechtswege. Zonder dat de debiteur er een beroep op hoeft te doen vervallen het vorderingsrecht en daarmee de rechtsvordering van de crediteur of vervalt diens bevoegdheid. In het zeldzame geval waarin de na een vervaltermijn aangesproken vermeende debiteur er niet op wijst dat de vervaltermijn verstreken is, dient de rechter de vervaltermijn ambtshalve toe te passen. Meestal zal de vermeende debiteur die aangesproken wordt nadat de vervaltermijn verstreken is er wel op wijzen dat dit zo is. Van belang is dat niet: het verval werkt van rechtswege, de debiteur hoeft het niet als bevrijdend verweer te voeren. Het is niet duidelijk of dit voor alle vervaltermijnen geldt. Of de vervaltermijn van artikel 9 BBA ambtshalve moet worden toegepast of dat daarvoor vereist is dat de 'crediteur' er een beroep op doet, is enigszins omstrepen. De Hoge Raad oordeelde in 1974 dat de rechter niet hoefde te onderzoeken of de werknemer tijdig zijn ontslag had aangevochten nu de werkgever zich niet had beroepen op de vervaltermijn.<sup>19</sup> In 1998 leek hij van dat oordeel terug te komen.<sup>20</sup>

De uitspraken van het hof en de Hoge Raad in deze zaak bieden wellicht aanknopingspunten om deze strijdvraag definitief te beslechten. Het hof overwoog dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was gevolgen

18 Vgl. art. 3:322 BW.

19 HR 1 november 1974, NJ 1975, 343.

20 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 766. De Hoge Raad oordeelde dat de rechtbank niet voorbij kon gaan aan overschrijding van de vervaltermijn door de werknemer toen deze zich tijdens het proces beriep op de vernietigingsgrond van art. 9 BBA. Over de verhouding tot het arrest uit 1974 A-G Strikwerda in nr. 11 van zijn conclusie. Zie verder Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III\*), nr. 434; J.L. Smeehuijzen, De bevrijdende verjaring, Deventer: Kluwer 2008, p. 342 e.v.; conclusie A-G Keus, 2.16 noot 9.

toe te kennen aan het gegeven dat de vervaltermijn was verstreken. De Hoge Raad formuleert iets anders. Hij stelt dat het beroep dat ABN AMRO deed op het verstrijken van de vervaltermijn van artikel 9 BBA in strijd was met de redelijkheid en billijkheid. Door de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid te koppelen aan het beroep dat ABN AMRO op de vervaltermijn deed, wekt de Hoge Raad althans de suggestie dat een beroep door de debiteur op de vervaltermijn van artikel 9 BBA vereist is voor zijn toepassing. Stel dat ABN AMRO zich in deze zaak er niet op had beroepen dat de vervaltermijn van artikel 9 BBA was verstreken, moet de rechter dan de termijn ambtshalve toepassen omdat de werkgever geen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar beroep deed op de termijn? Dat lijkt ons niet. De werknemer heeft zijn ontslag ook in dit hypothetische geval niet tijdig kunnen aanvechten als gevolg van een ernstige ziekte waarvan de werkgever op de hoogte was. Het ligt voor de hand aan te nemen dat de vervaltermijn ook in dit hypothetische geval niet geldt. Daarvoor zijn twee verschillende verklaringen mogelijk. Men kan de vervaltermijn buiten toepassing laten omdat (1) de werkgever er geen beroep op deed, of men kan de vervaltermijn niet toepassen omdat (2) de gevolgen van het verstrijken van de termijn in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Volgt men de eerste verklaring, dan is een beroep op de vervaltermijn van artikel 9 BBA een vereiste voor zijn toepassing. Volgt men de tweede verklaring, dan is een beroep op het artikel geen vereiste voor zijn toepassing. De formulering die de Hoge Raad kiest, komt in talloze arresten voor. Men dient er daarom wellicht geen conclusies aan te verbinden. Wij wijzen slechts op het verschil in formulering tussen de arresten van het hof en de Hoge Raad. De formulering van de Hoge Raad lijkt ons meer in lijn met de eerste verklaring, de formulering van het hof meer met de tweede.

## 5 Slotsom

Zoals wij al eerder aangaven, hebben wij, gelet op de bijzondere omstandigheden in deze casus, op zich vrede met de uitkomst in deze zaak. Dat geldt niet voor de onderbouwing van de uitspraak door de Hoge Raad. Een andere afweging was wel degelijk mogelijk geweest. De conclusie van de A-G biedt daarvoor aanknopingspunten. Het algemene uitgangspunt bij de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is dat de rechter zich zeer terughoudend moet opstellen. Anders is er sprake van een onaanvaardbare uitholling van de rechtszekerheid. De Hoge Raad begeeft zich in deze zaak in de gevarenzone.<sup>21</sup> Wij eindigen om die reden met enkele woorden van Coen E. Drion, op dit moment raadsheer in de Hoge Raad. Hij constateerde onlangs het volgende over de ontwikkeling die het burgerlijke recht doormaakt:

21 Bij de beoordeling van de loonvordering van de werknemer kan de Hoge Raad uiteraard rekening houden met het feit dat de werkgever bijvoorbeeld geen verwijt is te maken van de ziekte van de werknemer en andere omstandigheden van dit geval.

‘Het recht wordt (...) minder hoekig en ronder, zou je kunnen zeggen. Maar daarmee ook minder rechtlijnig, digitaal en voorspelbaar. En dus bepaald ook kritisch te bejegenen (...). Het belang van rechtszekerheid mag nooit uit het oog worden verloren, zomin als buiten zicht mag verdwijnen dat er grenzen zijn aan wat een rechter vermag.’<sup>22</sup>

22 C.E. Drion, Wat is ‘iets?’, NJB 2013, p. 465.