

Arbeidsrecht

53

Buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog

Hoge Raad

7 februari 2020, nr. 18/04977, ECLI:NL:HR:2020:213

(mr. Numann, mr. Du Perron, mr. Kroeze, mr. Sieburgh, mr. Lock)

(Concl. A-G De Bock)

Noot mr. Y. Bijloo

Arbeidsovereenkomst. Vernietiging. Bedrog. Overeenkomst. Inhoudsloos.

[BW art. 3:44, 3:50 lid 1, 3:53 lid 2, 6:248 lid 2]

Essentie: Buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog is niet in strijd met het ontslagrecht, ook als arbeidsovereenkomst niet inhoudsloos is geworden.

Samenvatting: Werknemer solliciteert in 2016 naar de functie van psychotherapeut. In het curriculum vitae vermeldt hij lidmaatschappen van diverse specialistenverenigingen en afgeronde opleidingen. Werkgever verzoekt werknemer op basis van dit curriculum vitae te solliciteren op de functie van directeur Zorg. In december 2016 wordt werknemer per januari 2017 benoemd tot statutair bestuurder en krijgt hij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In mei ontvangt werkgever bericht van de Vereniging EMDR Nederland dat werknemer niet bekend is bij haar. Kort daarna bericht werkgever dat vanwege het slechte functioneren van werknemer in zijn hoedanigheid van bestuurder en psychotherapeut, alsmede het feit dat hij heeft gelogen over lidmaatschap van en opleiding bij EMDR, er sprake is van een dusdanige vertrouwensbreuk dat tot ontslag zal worden overgegaan. Bij AVA-besluit van 2 juni 2017 wordt werknemer ontslagen. Nadien ontvangt werkgever bericht van andere verenigingen dat werknemer nimmer lid is geweest of niet langer (BIG-)geregistreerd is. In maart 2018 wordt door de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd een beroepsverbod opgelegd. Werkgever verzoekt werknemer te veroordelen tot terugbetaling van het aan werknemer uitbetaalde nettoloon over de periode van januari 2017 tot en met mei 2017, zijnde € 16.819,98. Werkgever heeft aangevoerd dat het nettoloon onverschuldigd aan werknemer is betaald nu de betaling berust op een overeenkomst die buitengerechtelijk is vernietigd omdat zij onder invloed van bedrog tot stand is gekomen. De kantonrechter en het hof oordeelden dat buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst vanwege de beschermingsgedachte enkel mogelijk is indien de arbeidsovereenkomst geheel inhoudsloos zou zijn geworden door het gepleegde bedrog. De Hoge Raad oordeelt als volgt. Buitengerechtelijke vernietiging wegens bedrog is niet in strijd met het ontslagrecht. Indien een werknemer een werkgever ertoe beweegt een arbeidsovereenkomst tot stand te doen komen door een daartoe opzettelijk gedane onjuiste mededeling, door het opzettelijk verzwijgen van enig feit dat hij verplicht was mee te delen of

door een andere kunstgreep, is bedrog aanwezig en kan de werkgever zich beroepen op de (buitengerechtelijke) vernietiging van de arbeidsovereenkomst. In een dergelijk geval beschermt art. 3:44 lid 3 in verbinding met lid 1 BW de werkgever tegen de gevolgen van de onredelijke invloed die de werknemer heeft uitgeoefend op de wil van de werkgever. Het wettelijk stelsel van het ontslagrecht staat daaraan niet in de weg omdat dat niet strekt tot bescherming van een werknemer die bedrog pleegt bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Daarbij verdient opmerking dat (a) de rechter ingevolge art. 3:53 lid 2 BW desgevraagd aan de vernietiging geheel of ten dele haar werking kan ontzeggen als de reeds ingetreden gevolgen van de arbeidsovereenkomst bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, en (b) de in geval van vernietiging toepasselijke afdeling omtrent onverschuldigde betaling in Boek 6 BW ertoe strekt de wederzijdse verplichtingen tot ongedaanmaking van hetgeen onverschuldigd is betaald, toe te snijden op de feiten en omstandigheden van het voorliggende geval. Het vorenstaande laat onverlet dat een beroep van de werkgever op vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Inhoudsloosheid van de arbeidsovereenkomst is geen vereiste voor een geslaagd beroep op vernietiging wegens bedrog. Uit art. 3:44 lid 3 BW volgt niet de eis dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken, zodat het kunnen slagen van een beroep op (buitengerechtelijke) vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog daarvan niet afhankelijk mag worden gesteld. Indien de arbeidsovereenkomst voordeel heeft opgeleverd voor de werkgever, kan daarmee rekening worden gehouden bij de toepassing van art. 3:53 lid 2 BW en van de regeling vervat in de afdeling omtrent onverschuldigde betaling in Boek 6 BW.

[verzoekster] B.V., gevestigd te [vestigingsplaats],
verzoekster tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep,
hierna: [verzoekster],
advocaat: J.H.M. van Swaaij,
tegen
[verweerder], wonende te [woonplaats],
verweerder in cassatie, verzoeker in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep,
hierna: [verweerder],
advocaat: I.M.A. Lintel.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. De Bock)

In deze zaak gaat het om de vraag of een arbeidsovereenkomst door de werkgever kan worden vernietigd op de grond dat deze onder invloed van een wilsgebrek (bedrog) is aangaan, en zo ja, of in dat verband als aanvullende voorwaarde geldt dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken.

1. Feiten

In deze zaak kan worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan rov. 3.1 (3.1.2-3.1.13) van de beschikking van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 augustus 2018.¹

¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3640, Prg. 2018/263, AR-Updates.nl 2018-1002, Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2018/7.

1.1. In november 2016 heeft [Betrokkene] (hierna: Betrokkene) gesolliciteerd naar de functie van psychotherapeut bij [verzoekster]. In het CV dat Betrokkene daarbij heeft meegezonden staat onder meer:

‘*Werkervaring:* (...)

– [jaar] - [jaar] Manager Zorg/klinisch psycholoog/psychotherapeut

GGZ [plaats] (...)

Opleidingen/cursussen: (...)

– 2013 Supervisorenopleiding EMDR

Vereniging EMDR Nederland (...)

– 2006 Basisopleiding EMDR

Vereniging EMDR Nederland (...)

Lidmaatschappen: (...)

– De Nederlandse Vereniging voor Psychotherapie (NVP) Psychotherapeut BIG

– Vereniging voor Gedragstherapie en Cognitieve Therapie (VGCT) (...)

– Vereniging EMDR Nederland’

1.2. [verzoekster] heeft vervolgens Betrokkene verzocht om ook te solliciteren op de functie van Directeur Zorg.

1.3. Bij aandeelhoudersbesluit van 1 december 2016 is Betrokkene met ingang van januari 2017 benoemd tot statutair bestuurder van [A] B.V. (hierna: [A]). [A] is bestuurder en aandeelhouder van [verzoekster].

1.4. Op 9 januari 2017 is Betrokkene als Directeur Zorg voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij [verzoekster] op basis van een op 5 december 2016 tussen [verzoekster] en Betrokkene gesloten arbeidsovereenkomst.

1.5. In een e-mail van 22 mei 2017 heeft de Vereniging EMDR Nederland aan [verzoekster] bericht dat Betrokkene geen lid is van deze vereniging.

1.6. In een e-mail van 24 mei 2017 heeft [betrokkene 1], directeur en aandeelhoudster van [A] het volgende aan Betrokkene bericht:

‘Met dit schrijven bevestigen wij het gesprek dat wij heden (...) met u gevoerd hebben. U had dit gesprek met [betrokkene 2] en onze advocaat (...). Onderwerp van het gesprek betreft uw functioneren als Directeur Zorg binnen [verzoekster]. De afgelopen tijd is ons gebleken dat de kwaliteit van het door u geleverde werk absoluut niet te verenigen is met de aard en de inhoud van uw functie. Dit betreft zowel de taken die u zijn toevertrouwd in de functie van statutair directeur van de vennootschap alsnog mede ook de kwaliteit van uw werk als psychotherapeut. Daarbij is ons opgevallen dat door u mogelijk onjuiste informatie is verstrekt ten tijde van uw sollicitatie naar uw functie van statutair directeur (...) Op uw CV heeft u vermeld de EMDR-opleiding gevolgd te hebben bij de EMDR-vereniging. Bovendien zelfs de opleiding tot Supervisor EMDR. Uit door de vereniging aan ons verstrekte informatie blijkt dat u daar niet als zodanig bekend bent of deze opleiding heeft gevolgd. Dit heeft bij ons geleid tot een ernstige vertrouwensbreuk. Dit vormt op zich een – en zeker tezamen met de andere geconstateerde gebreken – aanleiding om tot ontslag over te gaan. Ik ben dan ook voornemens u te ontslaan uit uw functie als statutair directeur waarmee dan ook uw arbeidsovereenkomst bij [verzoekster] eindigt. Het verstrekken van onjuiste informatie op uw CV is voor ons een dringende reden voor uw ontslag (...) Wij verlangen uiterlijk 1 juni aanstaande uw inhoudelijke reactie op dit standpunt en de bevindingen van [verzoekster] (...) Wij roepen u hierbij op voor de aandeelhoudersvergadering van vrijdag 2 juni aanstaande (...) om uw reactie en zienswijze op uw voorgenoemde ontslag nader toe te kunnen lichten.’

1.7. In de Algemene Vergadering van Aandeelhouders van [A] van 2 juni 2017, waarbij Betrokkene niet verschenen is, is Betrokkene ontslagen als statutair directeur van [A]. De notulen van deze vergadering zijn aan Betrokkene verstrekt.

1.8. In een e-mail van 6 juni 2017 heeft de Vereniging voor Gedrags- en Cognitieve Therapieën (VGCT) aan [verzoekster] bericht dat Betrokkene niet bekend is in het systeem van de VGCT.

1.9. In een e-mail van 4 juli 2017 heeft [betrokkene 2] van [verzoekster] aan de advocaat van [verzoekster] bericht dat een medewerker van de afdeling HR van GGZ-[plaats] hem heeft medegedeeld dat Betrokkene daar niet bekend is en er nooit heeft gewerkt.

1.10. In een e-mail van 17 juli 2017 heeft een medewerker van de NVP (de beroepsvereniging van en voor BIG-geregistreerde psychotherapeuten, hof), aan [verzoekster] bericht dat Betrokkene geen lid is (geweest) van deze vereniging.

1.11. In een (niet in deze procedure overgelegde) e-mail van 28 juli 2017 heeft [A] het aandeelhoudersbesluit van 1 december 2016 en de arbeidsovereenkomst met Betrokkene vernietigd wegens bedrog en het aan Betrokkene betaalde salaris teruggevorderd.

1.12. Bij openbaar gemaakt besluit van 20 maart 2018 heeft de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd Betrokkene een aanwijzing gegeven die inhoudt dat Betrokkene per 20 maart 2018 geen werkzaamheden meer mag verrichten als GZ-psycholoog, als psychotherapeut, of als klinisch psycholoog, zoals bedoeld in de Wet BIG, dan wel een functie in de gezondheidszorg mag vervullen waarbij hij individuele zorg aan patiënten biedt en één van deze BIG-registraties een vereiste is. In dit besluit staat onder meer het volgende vermeld:

‘De inspectie heeft op basis van diverse openbare bronnen het volgende vastgesteld:

– U bent niet ingeschreven in het BIG-register en ook nooit eerder in het BIG-register ingeschreven geweest (...)

Beoordeling van de zorgverlening

De inspectie concludeert dat u gedurende tenminste vier sollicitatieprocedures aan zorgaanbieders onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt over eerdere werkgevers, eerdere functies, genoten opleidingen, BIG-(her)registratie(s) en opgedane werkervaring als (regie)behandelaar in de specialistische GGZ.

De wijze waarop u de betrokken zorgaanbieders via brief, curriculum vitae en gesprekken heeft geïnformeerd over uw capaciteiten, opleidingen en ervaring beschouwt de inspectie als laakbaar, zeer onzorgvuldig en bewuste misleiding.

U bent op basis van door u verstrekte, onjuiste informatie aangesteld als “directeur zorg” bij een zorginstelling en heeft vervolgens de specialistische behandel functie van “klinisch psycholoog” bij een GGZ instelling vervuld. U beschikte niet over de vereiste BIG-registratie, terwijl dat wel wordt vereist om de functies te kunnen vervullen. Voor deze functies is een actuele BIG-registratie/specialistenregistratie vereist, omdat zij de rol van regiebehandelaar omvatten, met de verantwoordelijkheid voor de aansturing en/of uitvoering van individuele cliëntenzorg in de specialistische geestelijke gezondheidszorg.

De inspectie stelt verder vast dat u bij een zorginstelling tien cliënten, met indicatie voor specialistische- of basis GGZ, onzorgvuldig en niet volgens de geldende standaard en beroepscode heeft behandeld. U trad ver buiten de grenzen van uw deskundigheid en nam de beperkingen van uw ervaring niet, althans onvoldoende, in acht. De inspectie concludeert dat u onverantwoorde zorg heeft geleverd, waardoor cliënten wor-

den geschaad of het risico lopen te worden geschaad. Bovendien heeft collegiale toetsing door een regiebehandelaar niet goed kunnen plaatsvinden en heeft uw handelswijze geleid tot vertraging in de behandeling van cliënten.

2. Procesverloop

2.1. Betrokkene heeft bij inleidend verzoekschrift van 1 augustus 2017 *primair* verzocht dat de rechtbank voor recht zal verklaren dat er geen sprake is van buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst en het aandeelhoudersbesluit van 1 december 2016. Daarbij heeft Betrokkene zich *primair* op het standpunt gesteld dat de buitengerechtelijke vernietiging van 28 juli 2017 geen doel treft, omdat de arbeidsovereenkomst toen reeds was geëindigd door het ontslag op staande voet van Betrokkene op 2 juni 2017 (verzoekschrift onder 16). *Subsidiair* is aangevoerd dat er geen sprake is van dwaling of bedrog (verzoekschrift onder 17-26). Meer *subsidiair* heeft Betrokkene zich op het standpunt gesteld dat de arbeidsovereenkomst niet nutteloos is geweest (verzoekschrift onder 27-29). Nog meer *subsidiair* voert Betrokkene aan dat vernietiging van de arbeidsovereenkomst onaanvaardbaar is, gelet op de verstreckende gevolgen van vernietiging (verzoekschrift onder 30-34). Uiterst *subsidiair* is verzocht om op grond van art. 3:53 lid 2 BW de vernietiging haar terugwerkende kracht te ontzeggen (verzoekschrift onder 35).

Subsidiair heeft Betrokkene verzocht dat aan de vernietiging van de arbeidsovereenkomst en het aandeelhoudersbesluit van 1 december 2016 terugwerkende kracht zal worden ontzegd. Daarnaast zijn, *primair* en *subsidiair*, een aantal nevenverzoeken ingesteld, waaronder een billijke vergoeding en nabetaling van salaris.

2.2. [verzoekster] heeft verweer gevoerd en verzocht de verzoeken van Betrokkene af te wijzen. Bij wijze van tegenverzoek heeft [verzoekster] verzocht dat Betrokkene wordt veroordeeld tot betaling van het aan hem uitbetaalde netto-loon over de periode van januari tot en met mei 2017 ter hoogte van € 16.819,98, althans een in goede justitie te betalen bedrag. Voorwaardelijk, voor het geval de vernietiging van de arbeidsovereenkomst geen stand houdt, heeft [verzoekster] verzocht dat Betrokkene wordt veroordeeld tot betaling van de gefixeerde schadevergoeding ex art. 7:672 lid 10 BW ter hoogte van € 13.495,14 bruto.²

2.3. De advocaat van Betrokkene heeft zich aan de zaak onttrokken.³ Betrokkene is niet verschenen op de mondelinge behandeling.⁴

2.4. Bij beschikking van 12 januari 2018 heeft de rechtbank de verzoeken van Betrokkene afgewezen, met veroordeling van Betrokkene in de proceskosten van [verzoekster].⁵ Ook de tegenverzoeken van [verzoekster] zijn afgewezen. Aan deze beslissingen heeft de rechtbank, voor zover in cassatie van belang, het volgende ten grondslag gelegd.

– De stellingen van Betrokkene worden als onvoldoende onderbouwd verworpen, omdat Betrokkene niet heeft gereageerd op het verweer van [verzoekster] en dat ook niet meer kan doen, nu hij zonder procesvertegenwoordiging procedeert (rov. 4.1).

– Op de arbeidsrelatie tussen [verzoekster] en Betrokkene is het gesloten ontslagstel van Boek 7 BW van toepassing (rov. 4.4).

– Een beroep op buitengerechtelijke vernietiging op grond van een wilsgebrek is, vanwege de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst en het gesloten ontslagstelsel, slechts in zeer beperkte mate toegestaan, mede gezien de effecten van gehele of gedeeltelijk terugwerkende kracht van vernietiging in het algemeen (rov. 4.4).

– Een dergelijke buitengerechtelijke vernietiging is alleen mogelijk als de arbeidsovereenkomst na ontdekking van het bedrog geheel nutteloos blijkt te zijn geworden, omdat de bedongen arbeid niet kan worden uitgevoerd. Hiervan is in het onderhavige geval geen sprake (rov. 4.4).

– Hier is immers feitelijk sprake van een werkgever die niet tevreden was over het functioneren van een werknemer, omdat deze niet aan bepaalde kwaliteitseisen zou voldoen. Pas later is bij [verzoekster] het vermoeden gerezen dat Betrokkene niet over een universitaire titel zou beschikken. Deze enkele bewering is echter onvoldoende om te concluderen dat de arbeidsovereenkomst geheel nutteloos is geworden. De buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst is naar het oordeel van de rechtbank dan ook in strijd met het systeem van de wet en kan om die reden niet slagen (rov. 4.4).

– Voor zover [verzoekster] heeft willen betogen dat de arbeidsovereenkomst middels een ontslag op staande voet is geëindigd, houdt dit betoog geen stand. De in de brief van 24 mei 2017 opgegeven ontslagredenen zijn naar het oordeel van de rechtbank ontoereikend (rov. 4.5).

– Nu buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst niet slaagt en de arbeidsovereenkomst evenmin op grond van een ontslag op staande voet is geëindigd, is [verzoekster] gehouden tot betaling van het tussen partijen overeengekomen loon, zodat haar verzoek tot terugbetaling wegens onverschuldigde betaling dient te worden afgewezen (rov. 4.6).

2.5. [verzoekster] heeft hoger beroep ingesteld. [verzoekster] heeft verzocht dat de bestreden beschikking zal worden vernietigd en alsnog zal worden bepaald dat Betrokkene aan [verzoekster] verschuldigd is hetgeen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst onverschuldigd is betaald, zijnde het netto-loon van € 16.819,98, dan wel Betrokkene te veroordelen tot het betalen van een gefixeerde schadevergoeding van € 13.495,14, met veroordeling van Betrokkene in de proceskosten. Ter zitting in hoger beroep (waar Betrokkene niet is verschenen) heeft [verzoekster] haar *subsidiaire* vordering tot betaling van gefixeerde schadevergoeding ingetrokken.⁶

2.6. Betrokkene heeft verweer gevoerd. Daarbij heeft hij het standpunt dat buitengerechtelijke vernietiging niet mogelijk was omdat hij daarvoor al op staande voet was ontslagen, verlaten (verweerschrift onder 5.15).

2.7. Bij beschikking van 30 augustus 2018 heeft het hof de bestreden beschikking bekrachtigd en [verzoekster] veroordeeld in de kosten van het hoger beroep. Daartoe heeft het hof, samengevat, het volgende overwogen.

(i) Het in beginsel gesloten stelsel van het ontslagrecht staat niet in de weg aan buitengerechtelijke vernietiging van een arbeidsovereenkomst wegens bedrog (rov. 3.4.3).

(ii) Wel werkt de bescherming van de werknemer als zwakke partij in het arbeidsrecht door in het privaatrechtelijke leerstuk van de vernietiging, in die zin dat als extra vereiste

2 Zie het verweerschrift in eerste aanleg punt 34.

3 Zie de beschikking van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 12 januari 2018, onder 1.1 en rov. 4.1.

4 Zie de schriftelijke aantekeningen van de mondelinge behandeling op 15 december 2017.

5 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 12 januari 2018. De uitspraak is helaas niet gepubliceerd op rechtspraak.nl.

6 Proces-verbaal zitting in hoger beroep, p. 5.

geldt dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken. Het is aan de werkgever om te stellen en zonodig te bewijzen dat aan dit vereiste is voldaan (rov. 3.4.3).

(iii) Niet beslissend bij de beoordeling of de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is, acht het hof de kwaliteit van de uitgevoerde werkzaamheden; deze doet er immers niet aan af dat er arbeid is verricht (rov. 3.4.3).

(iv) Op grond van de vaststaande feiten kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat sprake is van bedrog van de zijde van Betrokkene bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst (rov. 3.4.4).

(v) Het staat evenwel niet vast dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is geweest (rov. 3.4.4-3.4.5).

2.8. Bij verzoekschrift van 30 november 2018 heeft [verzoekster] – tijdig – beroep in cassatie ingesteld tegen de beschikking van het hof. Betrokkene heeft verweer gevoerd en tevens voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. [verzoekster] heeft een verweerschrift in het incidentele cassatieberoep ingediend.

3. Juridisch kader

3.1. Zowel het principale als het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep zijn gericht tegen rov. 3.4.3, waarin het hof als volgt heeft overwogen:

‘Het hof stelt het volgende voorop. Het in beginsel gesloten stelsel van het ontslagrecht staat niet in de weg aan buitengerechtelijke vernietiging van een arbeidsovereenkomst wegens bedrog. Wel werkt de bescherming van de werknemer als zwakkere partij in het arbeidsrecht door in het privaatrechtelijke leerstuk van de vernietiging, in die zin dat het hof als extra vereiste voor vernietiging hanteert dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken. Het is aan de werkgever om te stellen en zonodig te bewijzen dat aan dit vereiste is voldaan. Niet beslissend bij de beoordeling of de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is, acht het hof de kwaliteit van de uitgevoerde werkzaamheden. Deze doet er immers niet aan af dat er arbeid is verricht.’

3.2. Het cassatiemiddel in het principale beroep bestaat uit drie onderdelen. *Onderdeel 1* bestrijdt het oordeel van het hof dat de bescherming van de werknemer als zwakkere partij in het arbeidsrecht in die zin doorwerkt in het privaatrechtelijke leerstuk van de vernietiging, dat als extra vereiste voor vernietiging geldt dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken. *Onderdeel 2* behelst een motiveringsklacht voor het geval het hof tot het oordeel zou zijn gekomen dat [verzoekster] in haar derde grief uitsluitend zou betogen dat de arbeidsovereenkomst geheel nutteloos is gebleken. *Onderdeel 3* bevat een voortbouwklacht.

3.3. Het cassatiemiddel in het voorwaardelijk incidentele beroep bestaat uit twee onderdelen. *Onderdeel 1* is ingesteld onder de voorwaarde dat de Hoge Raad rov. 3.4.3 zo uitlegt, dat het hof daarin tot uitdrukking brengt dat óók het juridisch vereiste dat de rechtbank heeft geformuleerd voor de beoordeling van de buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog in hoger beroep ter discussie stond en komt met een rechts- en een motiveringsklacht op tegen die uitleg van grief 3. *Onderdeel 2* bestrijdt de overweging dat het in beginsel gesloten stelsel van het ontslagrecht niet in de weg staat aan buitengerechtelijke vernietiging van een arbeidsovereenkomst wegens bedrog.

3.4. Hiermee stellen onderdeel 1 van het principale cassatieberoep en onderdeel 2 van het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep vragen aan de orde die nauw met elkaar samenhangen, namelijk of, en zo ja onder welke voorwaarden,

een arbeidsovereenkomst buitengerechtelijk kan worden ontbonden.

3.5. Ik merk nog het volgende op. Strikt genomen had de rechtbank niet de verzoeken in het verzoekschrift van Betrokkene mogen afwijzen op de enkele grond dat hij het verweer van [verzoekster] niet had weersproken doordat hij geen procesvertegenwoordiging meer had. In de eerste plaats is sprake van een zaak ‘betreffende een arbeidsovereenkomst’, die door de kantonrechter moet worden behandeld en beslist (art. 93, aanhef en sub c Rv). In kantonzaken is geen procesvertegenwoordiging verplicht, maar kunnen partijen in persoon procederen (art. 79 lid 1 Rv). In de tweede plaats had de rechtbank inhoudelijk moeten beoordelen of het in het verzoekschrift gestelde de verzoeken van Betrokkene kon dragen, in het licht van het daartegen door [verzoekster] gevoerde verweer. De tegenverzoeken van [verzoekster] had de rechtbank juist wél moeten toewijzen nu daartegen geen verweer was gevoerd, voor zover dit verenigbaar was met de beslissingen in conventie.

3.6. Met de afwijzing van de verzoeken van Betrokkene door de rechtbank was gegeven dat wél buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst had plaatsgevonden. Het vonnis is daardoor innerlijk tegenstrijdig, nu in reconventie is geoordeeld dat de buitengerechtelijke vernietiging geen doel heeft getroffen. Deze tegenstrijdigheid is in hoger beroep niet echt opgehelderd, nu het hof de beschikking voor zover aan zijn oordeel onderworpen (de beslissing in reconventie) heeft bekrachtigd; de beslissing in conventie heeft gezag van gewijsde gekregen. Hoe dit alles ook zij: nu geen van partijen hier in cassatie over heeft geklaagd, laat ik het verder rusten. Ik maak er melding van omdat na vernietiging en verwijzing – dat mijns inziens dient plaats te vinden – de verwijzingsrechter hier wellicht ook tegenaan loopt.

Vernietiging op grond van een wilsgebrek; algemeen

3.7. Op grond van art. 3:44 lid 1 BW is een rechtshandeling vernietigbaar, wanneer zij door bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. Een overeenkomst is verder op grond van art. 6:228 BW vernietigbaar indien deze tot stand is gekomen onder invloed van dwaling. Als zo’n wilsgebrek zich voordoet, is de voor de totstandkoming van een rechtshandeling vereiste, op rechtsgevolg gerichte, wil aanwezig, maar die wil is op gebrekkige wijze gevormd. Doordat de wil aanwezig was, is wel sprake van wilsovereenstemming en is de overeenkomst tot stand gekomen.⁷ De overeenkomst kan echter worden vernietigd, omdat sprake is van een gebrek in de wilsvorming.⁸

3.8. Art. 3:49 BW bepaalt de vernietiging van een vernietigbare rechtshandeling plaatsvindt door hetzij een buitengerechtelijke verklaring, hetzij een rechterlijke uitspraak.

3.9. Vernietiging werkt op grond van art. 3:53 lid 1 BW terug tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht (dus werking *ex tunc*). Na vernietiging wordt de rechtshandeling geacht vanaf dat tijdstip nietig te zijn. Dit gevolg brengt tot uitdrukking dat er bij de totstandkoming van de overeenkomst iets is misgegaan, waardoor de rechtshandeling ‘van tafel gaat.’⁹ Je zou dit kunnen zien als het meest wezenlijke kenmerk

7 Asser/Sieburgh 6-III 2018/208; Jac. Hijma, GS Vermogensrecht, art. 3:44 BW, aant. 1.1.3 (bijgewerkt tot februari 2017).

8 Jac. Hijma, GS Vermogensrecht, art. 3:44 BW, aant. 1.1.3 (bijgewerkt tot februari 2017).

9 M.Y. Schaub, *Wilsgebreken* (Mon. BW nr. 3B), 2015/71.

van vernietiging; achteraf beschouwd is de overeenkomst nooit tot stand gekomen omdat de werkelijke wil van (een van) partijen niet gericht was op wilsovereenstemming.

3.10. Eventueel reeds verrichte prestaties zijn achteraf bezien onverschuldigd verricht en moeten ongedaan worden gemaakt (art. 6:203 e.v. BW).¹⁰ Als de reeds ingetreden (feitelijke¹¹) gevolgen van een rechtshandeling *bezwaarlijk* ongedaan gemaakt kunnen worden, dan kan de rechter op grond van art. 3:53 lid 2 BW desgevraagd aan een vernietiging geheel of ten dele haar werking ontzeggen. Zo kan de rechter bepalen dat niet of slechts gedeeltelijk een verplichting tot restitutie bestaat.¹² Aan een partij die daardoor onbillijk wordt bevoordeeld, kan de rechter de verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die benadeeld wordt, zo is eveneens in art. 3:53 lid 2 BW bepaald.

3.11. Als de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan wordt gemaakt – dus ongedaanmaking is *onmogelijk* –, dan bepaalt art. 6:210 lid 2 BW dat vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van ontvangst daarvoor in de plaats treedt, voor zover dit redelijk is, indien (i) de ontvanger door de prestatie is verrijkt, indien (ii) het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht, of indien (iii) hij erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten. Het verrichten van arbeid is een voorbeeld van een prestatie die niet ongedaan kan worden gemaakt.¹³ Als wordt aangenomen dat de werkgever verrijkt is door de arbeid – overigens ligt in de stellingen van [verzoekster] besloten dat daarvan in het onderhavige geval geen sprake is – zou sprake zijn van het eerste gevalstype.¹⁴ Dat zou betekenen dat de werkgever de waarde van de verrichte arbeid aan de werknemer moet vergoeden. Omdat vergoeding van de waarde van de prestatie slechts in de plaats treedt ‘voor zover dit redelijk is’, kan de rechter onder omstandigheden oordelen dat de werkgever na vernietiging

van de arbeidsovereenkomst niet de gehele waarde van de arbeid hoeft te vergoeden aan de werknemer.¹⁵

Titel 7.10 BW: de arbeidsovereenkomst

3.12. Titel 7.10 BW bevat geen bijzondere bepalingen waarin is voorzien in de mogelijkheid van vernietiging van een arbeidsovereenkomst op grond van wilsgebreken.

3.13. Er zijn echter wel andere bepalingen die van toepassing zouden kunnen zijn in geval van *bedrog* bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, zoals in deze zaak aan de orde is. Het meest voor de hand ligt de regeling van het ontslag op staande voet (opzegging wegens een dringende reden), zoals neergelegd in art. 7:677 BW. Art. 7:678 lid 2, aanhef en onder a, BW bepaalt dat dringende redenen onder andere aanwezig geacht kunnen worden ‘wanneer de werknemer bij het sluiten van de overeenkomst de werkgever heeft misleid door het vertonen van valse of vervalste getuigschriften, of deze opzettelijk valse inlichtingen heeft gegeven omtrent de wijze waarop zijn vorige arbeidsovereenkomst is geëindigd.’ Mogelijk komt ook de dringende reden vermeld onder art. 7:678 lid 2, aanhef en onder b, BW in beeld: ‘wanneer hij [de werknemer] in ernstige mate de bekwaamheid of geschiktheid blijkt te missen tot de arbeid waarvoor hij zich heeft verbonden.’

3.14. Het in art. 7:678 lid 2, aanhef en onder a, BW omschreven geval heeft zich in de onderhavige zaak voorgedaan. Betrokkene heeft immers aan [verzoekster] bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst bewust onjuiste informatie verstrekt over de opleidingen die hij zou hebben gevolgd, over zijn lidmaatschap van verschillende beroepsverenigingen, over zijn inschrijving in het BIG-register en over zijn beroepsverleden. Ik ga er dan ook van uit dat het ook mogelijk zou zijn geweest dat Betrokkene, na ontdekking van deze feiten, op staande voet zou zijn ontslagen. In eerste aanleg heeft Betrokkene zelf ook het standpunt ingenomen dat hij op staande voet was ontslagen (zie hiervoor onder 2.1). Daardoor was volgens hem de arbeidsovereenkomst al eerder tot een einde gekomen en was buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst niet meer mogelijk.

3.15. Dat de feiten in de onderhavige zaak een dringende reden voor een ontslag op staande voet zouden hebben opgeleverd, is van belang omdat Betrokkene zich in het verweerschrift op cassatie op het standpunt stelt ‘dat de wetgever voor een geval zoals in deze zaak aan de orde is expliciet heeft voorzien in een route voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, namelijk via het ontslag op staande voet’ (verweerschrift onder 3.34). Volgens hem strookt een wijze van beëindiging ‘die nóg ingrijpendere gevolgen heeft voor de werknemer dan een ontslag op staande voet – zoals het geval zou zijn als de buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever wegens een wilsgebrek zou worden aanvaard (...), dan ook niet met het ontslagstelsel’ (verweerschrift onder 3.35).

3.16. Gelet op deze stellingname zal ik mij hierna richten op de vraag of buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst strijdig is met het systeem of de strekking van de wettelijke regeling van het ontslag op staande voet (zie onder 3.35-3.57).

10 Asser/Sieburgh 6-III 2018/636-640; Jac Hijma, *GS Vermogensrecht*, art. 3:44 BW, aant. 1.2.5.

11 Zie hierover P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:53 BW, aant. 6 en Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 210.

12 Asser/Sieburgh 6-III 2018/639.

13 Uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:210 BW blijkt dat de vraag of ongedaan maken mogelijk of onmogelijk is, neerkomt op de vraag of een poging tot benadering van de oude toestand met het oog op de belangen van partijen zin heeft. In het kader van prestaties die naar hun aard niet ongedaan kunnen worden gemaakt, wordt aldaar gerefereerd aan het onverschuldigd ontvangen genot van een dienst; zie *Parl. Gesch. Boek 6 BW 1981*, p. 817. In de literatuur is als voorbeeld van een prestatie die naar haar aard niet vatbaar is voor restitutie wel het verschaffen van huurgenoet genoemd; zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/437 en 447.

14 Men zou zich kunnen afvragen of een geval als het onderhavige (ook) onder het derde gevalstype van art. 6:210 lid 2 BW valt. Vgl. hierover *Parl. Gesch. BW Boek 6 BW 1981*, p. 818. Aldaar is echter opgemerkt dat bij vernietiging door de ontvanger van de prestatie onderscheid moet worden gemaakt tussen het geval waarin hij door het wilsgebrek ertoe is gekomen een *te hoge prijs* toe te zeggen (in welk geval er geen reden is waarom hij van de vergoeding van de werkelijke waarde zou moeten worden vrijgesteld) en het geval waarin hij zich erover beklaagt dat de wederpartij hem door bedreiging, bedrog of misbruik van zijn onervarenheid of lichtzinnigheid ertoe heeft gebracht, zich ‘zich genoegens te kopen die hij, bij nader inzien, zijn geld niet waard achtte’. In dat laatste geval vitieert de vernietigingsgrond ook dat aspect van zijn toestemming, waarop zijn verplichting tot waardevergoeding zou moeten worden gebaseerd.

15 Zie hierover nader R. Koolhoven, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:210, aant. 2-7 (bijgewerkt tot september 2016).

Doorwerking en samenloop van het algemene vermogensrecht in het arbeidsrecht

3.17. Bij het ontwerpen van een wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst is uitdrukkelijk gekozen voor een privaatrechtelijke regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW.¹⁶ Daardoor zijn de bepalingen van het algemene vermogensrecht in beginsel ook van toepassing op de arbeidsovereenkomst. Dat volgt uit ook uit de gelaagde structuur van het BW en de schakelbepalingen.¹⁷ Het algemene vermogensrecht werkt daarmee door in het arbeidsrecht, zodat er geen strikte scheiding is tussen het vermogensrecht (met name de Boeken 3 en 6 BW) en het arbeidsrecht (titel 7.10 BW).

3.18. Met het leerstuk van de doorwerking komt ook de vraag naar samenloop in beeld. Die vraag rijst wanneer zowel bepalingen van de boeken 3 en 6, als van titel 7.10 BW van toepassing zijn op een bepaald feitencomplex.¹⁸ Als hoofdregel van samenloop geldt dat de verschillende wettelijke regelingen naast elkaar van toepassing zijn (*cumulatie*). Als cumulatie niet mogelijk is, omdat de rechtsgevolgen niet gelijktijdig kunnen intreden, dan heeft de gerechtigde de keuze welke regeling hij wenst in te roepen (*alternativiteit*).

3.19. Het is echter ook mogelijk dat een arbeidsrechtelijke regeling exclusieve werking heeft. Dat zal zich voordoen indien cumulatieve toepassing van het algemeen vermogensrecht en het arbeidsrecht tot onaanvaardbare resultaten leidt, of dit in strijd is met het systeem of de strekking van de wet. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als het geheel van bijzondere regels als uitputtend wordt beschouwd, zodat er voor de algemene regel geen plaats is.¹⁹

Voorbeelden van exclusieve werking ontslagrecht

3.20. In de arbeidsrechtelijke jurisprudentie is verschillende keren geoordeeld dat een bepaalde regel van het algemene vermogensrecht zich niet leent voor toepassing in het arbeidsrecht, omdat toepassing daarvan in strijd is met het wettelijke stelsel van het ontslagrecht.

3.21. Zo is in de zaak *Nedlloyd/Bras* geoordeeld dat het uitgangspunt dat een ontslag 'in strijd met het nationaal en internationaal en ook tussen burgers onderling geldende discriminatieverbod bij de wet verboden is en/of strijdig is met de goede zeden en/of openbare orde' en daarom nietig is, onjuist is; dit uitgangspunt is in strijd met 'het wettelijk stelsel betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst'.²⁰

3.22. In het arrest *HAL/Van Werkhoven* oordeelde de Hoge Raad dat het niet mogelijk is om een werkgever langs de weg van de goede trouw te veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst, omdat de in het ontslagrecht gegeven regeling voor het geval een der partijen de dienstbetrekking kennelijk onredelijk doet eindigen, als uitputtend moet worden beschouwd.²¹

3.23. Verder zijn diverse arresten geweest over de toelaatbaarheid van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst. In het arrest *HTM/werknemer* is geoordeeld, kort samengevat, dat een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst slechts bij uitzondering toelaatbaar is. Van geval tot geval moet worden bezien of zo'n voorwaarde is te verenigen met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht en de daarin tot uitdrukking komende bescherming van de werknemer. Daarbij komt het mede aan op de aard, inhoud en context van de voorwaarde.²² Uit het arrest *HTM/werknemer* komt duidelijk naar voren dat steeds in *het concrete geval* moet worden beoordeeld hoe een ontbindende voorwaarde uitpakt. Dat betekent dat ook *in concreto* beoordeeld moet worden of sprake is van strijd met het stelsel van het ontslagrecht.

3.24. Op de rechtspraak over de toelaatbaarheid van een ontbindende voorwaarde zal ik hierna nog meer uitvoerig ingaan (zie onder 3.60-3.68).

Vernietiging arbeidsovereenkomst op grond van wilsgebreken?

3.25. De hiervoor uiteengezette regels van samenloop leiden tot de hoofdregel dat vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens een wilsgebrek mogelijk is, tenzij dit in strijd moet worden geacht met het systeem of de strekking van het ontslagrecht. Je zou ook kunnen zeggen dat het erom gaat of sprake is van een *onaanvaardbare doorkruising*, zij het dat de term 'onaanvaardbaar' de suggestie zou kunnen wekken dat de lat voor strijdigheid heel hoog wordt gelegd. Dat is naar mijn mening echter niet het geval.

3.26. De in enkele uitspraken van de Hoge Raad wel gebezigde terminologie dat toepassing van een regel van vermogensrecht niet mogelijk is omdat dit in een concreet geval niet te verenigen is met 'het gesloten stelsel van het ontslagrecht' (zie hierna onder 3.62-3.64), is minder wenselijk.²³ Heerma van

16 Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit? Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, par. 2.2.1.

17 Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/6; W. Sniijders, '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. 227-229; A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's I*, 2018, par. 1.7.1; R.M. Beltzer, 'De symbiose van het arbeidsrecht en het privaatrecht volgens de rechtspraak in 2003', in: *SR* 2004, 2.

18 Zie hierover o.m. A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's I*, 2018, par. 1.7.4; Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit? Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst* (diss. Utrecht). Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, h. 3, in het bijzonder par. 3.2.3 en 3.3.2, met verwijzingen naar C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, Arnhem: Gouda Quint 1984 en C.A. Boukema, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992; P. Ingelse, 'Het nieuwe vermogensrecht en de arbeidsovereenkomst', in: P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 11 e.v. Zie ook Notitie 'Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht', *Kamerstukken II* 1996/97, 25 426, nr. 1, p. 9-11.

19 N. Frenk, Doorwerking van het vermogensrecht in het arbeidsrecht, *NTBR* 1996/9, p. 227-229, met verwijzing naar W. Sniijders, 'Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe BW', in: *Speculum Lange-meijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 454 en P. Ingelse, 'Het nieuwe vermogensrecht en de arbeidsovereenkomst', in: P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 16. Vgl. ook HR 6 maart 1959, ECLI:NL:HR:1959:95, *NJ* 1959/349 m.nt. J.H. Beekhuis (*Bertha*).

20 HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0552, *NJ* 1992/495 m.nt. P.A. Stein (*Nedlloyd/Bras c.s.*).

21 HR 11 mei 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC1983, *NJ* 1979/441 m.nt. P.A. Stein (*HAL/Van Werkhoven*).

22 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348, *NJ* 2012/700 (*HTM/werknemer*), rov. 3.4.2.

23 In het in deze rij geweest arrest *HTM/werknemer* (zie de vorige noot en in de hoofdtekst onder 3.23 en nog nader onder 3.66-3.67) wordt overigens al niet meer gesproken over 'het gesloten stelsel van het ontslagrecht'.

Voss merkt terecht op dat geen sprake is van een gesloten stelsel van het ontslagrecht, in die zin dat het ontslagrecht geen werking van het algemene vermogensrecht ondergaat.²⁴ Ik zal dan ook spreken over strijd met het systeem of de strekking van het ontslagrecht. Bij die strekking zal het dan – uiteraard – gaan om het aan het ontslagrecht ten grondslag liggende beginsel van bescherming van de werknemer.

3.27. De vraag of een buitengerechtigde vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens een wilsgebrek strijdig is of kan zijn met het systeem of de strekking van het ontslagrecht, is nog niet aan de orde geweest in de rechtspraak van de Hoge Raad.

3.28. Dat geldt althans voor de vernietiging door de *werkgever*; vernietiging op grond van een wilsgebrek door de *werknemer* is (impliciet) aanvaard in het arrest *Van Smeden/VCOZ*.²⁵ In deze zaak vernietigde de werknemer de arbeidsovereenkomst wegens dwaling ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst over de toepasselijke salariering. Vernietiging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer zal in het algemeen echter geen strijd opleveren met de rechtsbeschermingsgedachte van het ontslagrecht, zodat er vanuit dat perspectief geen bezwaren bestaan tegen de toepassing van de regeling van de wilsgebreken. Ook in de literatuur bestaat er overeenstemming over dat er geen enkele reden is om de werknemer de mogelijkheid te ontzeggen de buitengerechtigde vernietiging van de arbeidsovereenkomst in te roepen op grond van een wilsgebrek.²⁶

3.29. Voor vernietiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever ligt dit anders. Zoals gezegd zou er strijd kunnen zijn met het systeem of de strekking van het ontslagrecht, en dan met name de beschermingsgedachte die daaraan ten grondslag ligt.

3.30. Een heel eenvoudige weg om te betogen dat vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens een wilsgebrek mogelijk is, zou zijn om aan te nemen dat géén sprake is van samenloop van rechtsregels. Dit omdat titel 7.10 BW zelf geen regels bevat over vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens een wilsgebrek. Nu bovendien vernietiging een veel verdergaande strekking heeft dan ontslag – vernietiging leidt ertoe dat de arbeidsovereenkomst geacht wordt nooit te hebben bestaan – zou dat betekenen dat ook geen strijd kan ontstaan met het systeem of de strekking van het ontslagrecht. Met andere woorden, vernietiging wegens een wilsgebrek heeft betrekking op de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst; bij

een geslaagde vernietiging komt men helemaal niet toe aan ontslagbescherming. Zie in deze zin Dekker:²⁷

‘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 hoofdregel 1 voor: het arbeidsrecht kent geen regel en het algemene privaatrecht wel.’²⁸ (...)

In de arbeidsrechtelijke literatuur en rechtspraak wordt soms een link gelegd met het gesloten stelsel van het ontslagrecht – wat dit ook moge betekenen.²⁹ (...) 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 bezien 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.’

3.31. Dit lijkt mij een te beperkte benadering van de vraag of de toepassing van een regel van algemeen vermogensrecht leidt tot strijd met het systeem of de strekking van het ontslagrecht. Er zal ook moeten worden gekeken naar de *feitelijke uitwerking* van de toepassing van de betreffende regel van algemeen vermogensrecht. Nu buitengerechtigde vernietiging van de arbeidsovereenkomst op grond van een wilsgebrek ertoe leidt dat de arbeidsovereenkomst door de werkgever eenzijdig, zonder instemming van de werknemer, tot een einde wordt gebracht, is feitelijk wel degelijk sprake van ontslag.³⁰ Daarmee is het onontkoombaar dat onder ogen wordt gezien of buitengerechtigde vernietiging van de arbeidsovereenkomst leidt tot strijd met het systeem of de strekking van het ontslagrecht.

3.32. In de literatuur bestaat er in grote lijnen overeenstemming over dat vernietiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever wegens een wilsgebrek in beginsel mogelijk is, en dat dit op zichzelf geen strijd met het systeem of de strekking van het ontslagrecht oplevert.³¹

24 *Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/7* en 342. Zie ook o.m. zijn noot onder HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, NJ 2002/607 ([...]/*De Bank van de Nederlandse Antillen*), punt 5.

25 HR 3 november 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB6776, NJ 1973/37 m.nt. GJS (*Van Smeden/VCOZ*).

26 Zie onder meer A.G. Castermans, ‘De bijzondere arbeidsovereenkomst’, in: *De landsadvocaat, voor deze, Opstellen voor J.L. de Wijkerslooth*, Den Haag 1999, p. 43-52, punt 2 en ‘Doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht: vernietiging van de arbeidsovereenkomst op grond van een wilsgebrek’, in: SR 2002-1, p. 6-8, punt 2; Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit? Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 144 en van dezelfde auteur ‘Doorwerking in het privaatrecht: over samenloop, kleuring en exclusiviteit’, in: SR 2008/68, punt 6, voorlaatste tekstblok, en (meer impliciet) W. Snijders, ‘Algemeen vermogensrecht en arbeidsovereenkomst, voortgezette overpeinzin-gen’, in: *NTBR* 2001/2, punt 2, p. 86, middelste kolom.

27 F.M. Dekker, ‘Dwaalt de rechtspraak bij de vernietiging van een arbeidsovereenkomst op grond van dwaling?’, in: *AR Annotaties* 2012/823, punt 4, tweede en derde tekstblok.

28 Verwezen wordt naar R.M. Beltzer, ‘De symbiose van het arbeidsrecht en het privaatrecht volgens de rechtspraak in 2003’, in: SR 2004/1, nr. 2.

29 Verwezen wordt naar 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.

30 Vgl. A.G. Castermans, ‘De bijzondere arbeidsovereenkomst’, in: *De landsadvocaat, voor deze, Opstellen voor J.L. de Wijkerslooth*, Den Haag 1999, p. 43-52, punt 2, p. 45 en van dezelfde auteur ‘Doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht: vernietiging van de arbeidsovereenkomst op grond van een wilsgebrek’, in: SR 2002-1, p. 6-8, punt 3.

31 A.G. Castermans, ‘De bijzondere arbeidsovereenkomst’, in: *De landsadvocaat, voor deze, Opstellen voor J.L. de Wijkerslooth*, Den Haag 1999, p. 43-52, punt 2 en van dezelfde auteur ‘Doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht: vernietiging

3.33. Van essentieel belang hierbij is, zo benadrukken alle auteurs, dat de rechter aan wie wordt voorgelegd of de werkgever terecht de arbeidsovereenkomst heeft vernietigd, rekening houdt met de arbeidsrechtelijke context van het geschil.³² Met name Castermans en Snijders hebben tamelijk gedetailleerd laten zien hoe de rechter dat zou kunnen doen.³³ Voor wat betreft vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens dwaling zou in voorkomende gevallen – met name als de dwaling ziet op tegenvallende kennis of vaardigheden van de werknemer – moeten worden geoordeeld dat de dwaling voor rekening van de werkgever dient te blijven (art. 6:228 lid 2 BW). Verder kan de rechter gebruik maken van de mogelijkheid die art. 3:53 lid 2 BW biedt om de vernietiging geheel of gedeeltelijk haar werking te ontzeggen. Zo kan worden bereikt dat, indien dat in een concreet geval wenselijk wordt geacht, de vernietiging van de arbeidsovereenkomst alleen voor de toekomst geldt.

3.34. Ook in de feitenrechtspraak lijkt er vaak van uit te worden gegaan dat vernietiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever wegens een wilsgebrek in beginsel mogelijk is. Zo zijn er een aantal uitspraken waarin de rechter impliciet lijkt aan te nemen, of uitdrukkelijk (maar zonder of met een summier motivering) overweegt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst op grond van wilsgebreken kan vernietigen, maar waarin niet komt vast te staan dat van een wilsgebrek sprake is.³⁴ Ook via toepassing van het criterium

dat de arbeidsovereenkomst ‘vrijwel geheel doel zou missen’ wordt vaak geoordeeld dat de buitengerechtelijke vernietiging geen doel heeft getroffen (zie nader onder 3.73-3.76).

Strijd met systeem of strekking wettelijke regeling ontslag op staande voet?

3.35. In aansluiting op de jurisprudentie over de toelaatbaarheid van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst (zie onder 3.23 en nog nader onder 3.60-3.68), moet naar mijn mening worden onderzocht of *in het concrete geval* toepassing van het leerstuk van buitengerechtelijke vernietiging wegens bedrog in strijd komt met systeem of strekking van het ontslagrecht. Dat wil zeggen: of buitengerechtelijke vernietiging wegens bedrog de bescherming van de werknemer niet aantast of ondermijnt.³⁵

3.36. Dat betekent dat niet kan worden volstaan met de algemene vaststelling dat doorwerking van de wilsgebreken in het arbeidsrecht mogelijk is.

3.37. In het onderhavige geval gaat het *niet* om een mogelijke doorkruising van de regels over ontbinding van de arbeidsovereenkomst (art. 7:671b lid 1, aanhef en onder a, jo. art. 7:699 lid 3 BW). Zoals hiervoor is opgemerkt (zie onder 3.14-3.15), moet worden aangenomen dat in het onderhavige geval de weg van het ontslag op staande voet had kunnen worden gevolgd en volgens Betrokkene ook had *moeten* worden gevolgd (zie het verweerschrift in cassatie onder 3.34-3.44). Daarmee is het de vraag of toepassing van het leerstuk van vernietiging wegens bedrog *in dit concrete geval* strijd oplevert met het systeem of de strekking van de regeling van het ontslag op staande voet.

3.38. Hierbij zijn er vijf elementen die aandacht verdienen. Dat zijn achtereenvolgens (i) de omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst *buitengerechtelijk* vernietigd wordt; (ii) de omstandigheid dat de dringende reden van art. 7:677 BW niet precies dezelfde toetsingsmaatstaf oplevert als die van bedrog; (iii) het vereiste dat een ontslag op staande voet *onverwijld* moet plaatsvinden; (iv) de *terugwerkende kracht* van de vernietiging wegens bedrog en (v) de toepasselijkheid van eventuele *opzegverboden*. De vraag is dan of buitengerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog, op een of meer van deze aspecten in strijd is met het systeem of de strekking van de regeling van het ontslag op staande voet.

Ad (i) buitengerechtelijke vernietiging

3.39. Een eerste vraag is of vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens een wilsgebrek in strijd komt met de regeling van het ontslag op staande voet, omdat het invoeren van de vernietiging zonder rechterlijke tussenkomst plaatsvindt.

3.40. Omdat bij een ontslag op staande voet geen sprake is van een voorafgaande rechterlijke toetsing, is de werknemer bij een buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst niet slechter af dan bij een ontslag op staande voet. In beide gevallen zal de werknemer *achteraf* rechterlijke tussenkomst moeten zoeken. Bij een ontslag op staande voet kan de

van de arbeidsovereenkomst op grond van een wilsgebrek’, in: SR 2002-1, p. 6-8, punt 3 e.v.; 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, punt 7 en van dezelfde auteur ‘Algemeen vermogensrecht en arbeidsovereenkomst, voortgezette overpeinzingen’, in: NTBR 2001/2, punt 2; M. van Eck, De invloed van wilsgebreken in het arbeidsrecht. In: *ArbeidsRecht* 2001/16, onder ‘vernietigbare arbeidsovereenkomst?’, A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2018, par. 3.2, p. 120. De enige uitzondering is Konijn, die van mening is dat het ontslagrecht als geheel in feite exclusieve werking zou moeten hebben en dat het verkieslijker is dat er in boek 7.10 BW een algemene bepaling wordt opgenomen dat een vernietiging slechts door de rechter kan worden uitgesproken; zie Y. Konijn, ‘Doorwerking in het privaatrecht: over samenloop, kleuring en exclusiviteit’, in: SR 2008/68, punt 6. Ik wijs in dit verband verder nog op de hiervoor onder 3.30 genoemde noot van Dekker, die van mening is dat als er een link zou moeten worden gelegd tussen het ontslagrecht en de vernietiging van een arbeidsovereenkomst, het laatste vrijwel per definitie met het eerste in strijd zou zijn. Volgens Dekker is vernietiging van een arbeidsovereenkomst strijdig met het gehele (rechts)stelsel dat is gebaseerd op het zijn van werknemer, zie punt 4-6.

32 Zie vindplaatsen in de vorige voetnoot.

33 A.G. Castermans, ‘De bijzondere arbeidsovereenkomst’, in: *De landsadvocaat, voor deze, Opstellen voor J.L. de Wijkerslooth*, Den Haag 1999, p. 43-52, punt 2 en ‘Doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht: vernietiging van de arbeidsovereenkomst op grond van een wilsgebrek’, in: SR 2002-1, p. 6-8, punt 3 e.v.; 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, punt 7 en ‘Algemeen vermogensrecht en arbeidsovereenkomst, voortgezette overpeinzingen’, in: NTBR 2001/2, punt 2.

34 Zie bijv. rechtbank Noord-Holland van 29 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4968, *AR-Updates.nl* 2017/881; Vzr. Rechtbank Rotterdam 15 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4196, *AR-Updates.nl* 2015/561; Gerechtshof Amsterdam 7 juni 2011,

ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ8985, *AR-Updates* 2011/512, rov. 3.5; Rechtbank Arnhem 7 oktober 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ9547, *RAR* 2010/7, rov. 5.289-5.291; Ktr. Amersfoort 29 oktober 2008, *JAR* 2008/298, rov. 4.2; Gerechtshof Amsterdam 21 juni 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BD4020, *RAR* 2008/6, rov 3.11; Ktr. Deventer 11 december 2003, *JAR* 2004/5 m.nt. E. Verhulp en *JOR* 2004/117 m.nt. E. Loesberg, rov. 3; Ktr. Tilburg 8 februari 2001, *JAR* 2001/74.

35 W. Snijders, ‘Algemeen vermogensrecht en arbeidsovereenkomst, voortgezette overpeinzingen’, in: NTBR 2001/2, punt 2.

werknemer op de voet van art. 7:681 lid 1 BW de rechter verzoeken de opzegging te vernietigen. Daarvoor geldt een vervaltermijn van twee maanden (art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW). De regeling van de wilsgebreken is dan in zoverre gunstiger dat de werknemer niet aan deze korte termijn is gebonden.

3.41. Op dit punt wordt de bescherming van de werknemer dan ook niet ondermijnd. In beide gevallen is er niet vooraf rechterlijke toestemming voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst nodig.

3.42. Ik maak nog even een zijstapje naar art. 7:686 BW. Daarin is bepaald dat de bepalingen van afdeling 7.10.9 (over het einde van de arbeidsovereenkomst) voor geen van beide partijen de mogelijkheid uitsluiten van ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst en van schadevergoeding, maar dat de ontbinding slechts door de rechter kan worden uitgesproken. In de parlementaire geschiedenis is over deze bepaling (althans, haar voorloper art. 1939x BW) het volgende te lezen:³⁶

‘Het artikel is aangepast aan de ontbindingsregeling van de artikelen 6.5.4.6 e.v. en de terminologie van afdeling 6.1.9. Het is evenwel niet wenselijk geacht de ontbinding door een buitengerechtigde verklaring ook voor de arbeidsovereenkomst te laten gelden. Bepaald is daarom dat de ontbinding slechts door de rechter kan worden uitgesproken; men zie artikel 6.5.4.8 lid 2. Aldus kan geen ontbinding tot stand worden gebracht zonder dat de rechter in de gelegenheid is geweest te toetsen of de wanprestatie, in het licht van de wettelijke regeling en de aard van de arbeidsovereenkomst, dit ingrijpende rechtsgevolg rechtvaardigt; men vergelijkte H.R. 12 december 1980, N.J. 1981, 202.’

3.43. Dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet buitengerechtigd kan plaatsvinden, zegt echter nog niets over de vraag of vernietiging buitengerechtigd kan worden bewerkstelligd; dit zijn immers twee verschillende rechtsfiguren. Bovendien is van belang dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst anders dan wegens wanprestatie (namelijk op een van de gronden in art. 7:669 lid 3 BW) ook steeds via de rechter moet. Met het oog daarop lag de keuze van de wetgever om in de ontbindingsregeling van art. 7:686 BW – waarvan de precieze reikwijdte trouwens niet heel duidelijk is³⁷ – te bepalen dat de ontbinding slechts door de rechter kan worden uitgesproken, ook voor de hand.

Ad (ii) dringende reden versus bedrog

3.44. Een tweede vraag is of buitengerechtigde vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog leidt tot een lagere drempel voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst dan bij een ontslag op staande voet wegens een dringende reden.

3.45. Ook in dit opzicht zie ik geen probleem. Hierbij is in de eerste plaats van belang dat de gedragingen die zijn vermeld in art. 7:678 lid 2 BW slechts een niet-limitatieve opsomming is van gedragingen die als een dringende reden zijn aan te merken.³⁸ Dat betekent dat ook als een gedraging niet precies valt binnen de omschrijving van de bepaling, toch sprake kan

zijn van een dringende reden. Hierdoor zal niet snel sprake zijn van strijd met de regeling van het ontslag op staande voet met de buitengerechtigde vernietiging wegens bedrog.

3.46. Bovendien zou men in het feit dat het misleiden van de werkgever op de in art. 7:678 lid 2, aanhef en onder a, BW omschreven wijze als een dringende reden voor ontslag op staande voet is aangemerkt, ook juist steun kunnen vinden voor de gedachte dat het hier gaat om een onaanvaardbare handelwijze van de werknemer en dat de werkgever – hoe dan ook – zo’n arbeidsovereenkomst moet kunnen beëindigen. Zie in deze zin Snijders:³⁹

‘Juist uit art. 7:678 lid 2 onder a en b BW blijkt dat in de ogen van de wetgever de werkgever zich in de hier bedoelde omstandigheden van de overeenkomst moet kunnen ontdoen. Naar mijn mening is er geen reden om de vernietigingsgronden van dwaling, bedrog en bedreiging niet onverkort toe te passen. Dat past bij de cumulatierregel en loopt in de pas met art. 7:686 BW, dat in beginsel ook ontbinding wegens wanprestatie toelaat, zoals hierna nog aan de orde zal komen.’

3.47. Ten slotte is nog te constateren dat de lat voor bedrog tamelijk hoog ligt. 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.⁴⁰ Hierdoor is er geen aanleiding voor de gedachte dat vernietiging wegens bedrog een makkelijker route voor de werkgever zou opleveren dan een ontslag op staande voet wegens een dringende reden.

Ad (iii) de eis van onverwijldheid

3.48. Een volgend argument zou kunnen zijn dat bij een ontslag op staande voet vereist is dat de werkgever de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden *onverwijld* opzegt. Bovendien moet de werkgever de werknemer onverwijld mededeling doen van de dringende reden (art. 7:677 lid 1 BW). Deze eisen zijn te zien als normen die de werknemer beschermen; bij buitengerechtigde vernietiging wegens bedrog gelden die eisen niet. Daardoor, zo zou de gedachte kunnen zijn, is sprake van een onwenselijke doorkruising van de regels van het ontslagrecht (verweerschrift in cassatie onder 3.37-3.38 en 3.43).

3.49. Inderdaad gelden bij een buitengerechtigde vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog de eisen van onverwijldheid niet. Daar staat echter tegenover dat de rechter de mogelijkheid heeft om, als gedraald is met het inroepen van de vernietiging, met gebruikmaking van art. 3:53 lid 2 BW desgevraagd de vernietiging geheel of ten dele haar werking te ontzeggen. Zo zou de rechter de werking van de vernietiging kunnen beperken tot de toekomst. Een discrepantie met de eis van onverwijldheid van art. 7:677 lid 1 BW kan op die manier tot aanvaardbare proporties worden teruggebracht, zo schrijft Snijders.⁴¹

3.50. Daarmee zie ik ook op dit punt geen ongewenste doorkruising van de regeling van het ontslag op staande voet of ondermijning van de rechtsbescherming van de werknemer.

36 Parl. Gesch. Aanpassing B.W. (Inv. 3, 5 en 6), p. 417.

37 Zie over de ontbinding wegens wanprestatie nader A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2018, par. 14.4.

38 Zie voor dit argument ook 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, punt 7, p. 14.

39 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, punt 7, p. 13.

40 M.Y. Schaub, *Wilsgebreken* (mon. BW nr. 3B), 2015/40-47.

41 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, punt 7, p. 14.

Ad (iv) de terugwerkende kracht van de vernietiging

3.51. Verder is te signaleren dat vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog ingrijpender gevolgen kan hebben dan een ontslag op staande voet, vanwege de terugwerkende kracht die vernietiging heeft (verweerschrift in cassatie onder 3.40-3.41). Doordat de prestaties zonder rechtsgrond zijn verricht ontstaan er ongedaanmakingsverbintenissen. Dit betekent dat de werknemer in beginsel het door hem ontvangen loon zal moeten terugbetalen, waartegenover de werkgever de waarde van de verrichte arbeid zal moeten vergoeden, voor zover dit redelijk is (zie hiervoor onder 3.11). Dit kan voor de werknemer nadeliger uitpakken dan een ontslag op staande voet. De vergoeding die de werknemer aan de werkgever verschuldigd is indien hij door zijn opzet of schuld aan de werknemer een dringende reden heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen, is in dat geval namelijk gefixeerd (art. 7:677 lid 2 jo. lid 3 BW).

3.52. Ook op dit punt zie ik geen strijd met systeem of strekking van het arbeidsrecht. Enerzijds is er op te wijzen dat die ingrijpender gevolgen nu juist zijn *beoogd* door het inroepen van de vernietiging. Dat is niet los te zien van de onbetamelijkheid van het gedrag van de bedrieger.⁴² Daarom levert bedrog ook tevens een onrechtmatige daad op.⁴³ Anderzijds geldt ook hier dat als in een concreet geval zou moeten worden aangenomen dat die terugwerkende kracht een té ingrijpend gevolg is, de rechter op grond van art. 3:53 lid 2 BW aan de vernietiging geheel of gedeeltelijk de werking kan onttrekken.⁴⁴

3.53. Dekker wijst er in dit verband nog op dat bij vernietiging van een arbeidsovereenkomst zich ook praktische problemen kunnen voordoen op sociaal verzekeringsrechtelijk en pensioenrechtelijk vlak. Volgens Dekker zijn het verzekerd zijn voor de werknemersverzekeringen of deelnemen aan een pensioenregeling geen reeds ingetreden gevolgen die bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt omdat het om *rechtsgevolgen* gaat, en kan het feit dat de werknemer zijn WW- en pensioenaanspraken verliest, aldus geen reden zijn om aan de vernietiging terugwerkende kracht te onttrekken.⁴⁵ Deze gedachte lijkt mij niet juist. Niet is in te zien waarom de kwesties waar Dekker op doelt, niet zijn aan te merken als de in art. 3:53 lid 2 BW bedoelde 'gevolgen waartoe de vernietiging leidt'.⁴⁶

3.54. Volledigheidshalve wijs ik nog op de hiervoor al genoemde ontbindingsregeling van art. 7:686 BW. Ontbinding heeft thans – anders dan onder het oude BW – geen terugwerkende kracht (art. 6:269 BW). Nu in art. 7:686 BW is bepaald dat ontbinding van een arbeidsovereenkomst wegens een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst slechts door de rechter kan worden uitgesproken, kan de ontbinding niet eerder ingaan dan per datum van de rechterlijke beschik-

king.⁴⁷ Onder het oude BW had de Hoge Raad al geoordeeld dat de aard van de arbeidsovereenkomst zich ertegen verzet dat deze met ingang van een eerdere dag dan die van de wanprestatie wordt ontbonden.⁴⁸

(v) opzegverboden omzeild?

3.55. Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door een buitengerechtigde vernietiging op grond van een wilsgebrek zou ertoe kunnen leiden dat een wettelijk opzegverbod (art. 7:670 BW) wordt omzeild. Zo werd in een zaak waarin de arbeidsovereenkomst buitengerechtigd was vernietigd wegens dwaling door de kantonrechter – terecht – overwogen dat het opzegverbod tijdens ziekte omzeild was en dat de buitengerechtigde vernietiging daarmee in strijd was met de strekking van het ontslagrecht.⁴⁹

3.56. In de onderhavige zaak is echter geen opzegverbod aan de orde. Los daarvan is te constateren dat de 'tijdens-opzegverboden' niet gelden bij een ontslag op staande voet (art. 7:670a lid 2, aanhef en onder c, BW), zodat in zoverre geen relevant verschil optreedt met een buitengerechtigde vernietiging van de arbeidsovereenkomst.

Tussenconclusie

3.57. De conclusie tot zover is dat het buitengerechtigd inroepen van de vernietiging van een arbeidsovereenkomst door de werkgever wegens bedrog in dit geval niet leidt tot strijd met het systeem of de strekking van het ontslagrecht, en dan met name van de regeling van het ontslag op staande voet. Buitengerechtigde vernietiging ondermijnt niet de bescherming die die regeling aan de werknemer biedt.

Voorwaarde van 'vrijwel geheel nutteloos zijn gebleken'?

3.58. Vervolgens is aan de orde of als extra voorwaarde voor de buitengerechtigde vernietiging van een arbeidsovereenkomst geldt dat die overeenkomst 'vrijwel geheel nutteloos is gebleken'. Dat die voorwaarde geldt, is in de onderhavige zaak door het hof tot uitgangspunt genomen. Ook in andere uitspraken van feitenrechters wordt daarvan wel uitgegaan.⁵⁰

3.59. De voorwaarde van het 'vrijwel geheel nutteloos zijn gebleken' is ontleend aan de rechtspraak van de Hoge Raad over de toelaatbaarheid van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst. Om die reden zal ik wat uitvoeriger ingaan op die rechtspraak.

De ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst

3.60. In de rechtspraak van de Hoge Raad is verschillende keren aan de orde geweest of het toelaatbaar is om in de arbeidsovereenkomst een ontbindende voorwaarde op te nemen. De wet voorziet niet uitdrukkelijk in de mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde als wijze van beëindiging van een arbeidsovereenkomst. De enige uitzondering hierop is art. 7:691 lid 2 BW, dat toestaat dat in de uitzendovereenkomst schriftelijk wordt bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werk-

42 M.Y. Schaub, *Wilsgebreken* (Mon. BW nr. B3), 2015/2.

43 M.Y. Schaub, *Wilsgebreken* (Mon. BW nr. B3), 2015/38.

44 Zie in deze zin ook 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, punt 7, p. 13-14; A.G. Castermans, 'Doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht: vernietiging van de arbeidsovereenkomst op grond van een wilsgebrek', in: SR 2002-1, p. 6-8, punt 7.

45 F.M. Dekker, 'Dwaalt de rechtspraak bij de vernietiging van een arbeidsovereenkomst op grond van dwaling?', in: *AR Annotaties* 2012/823, punt 5.

46 Vergelijk hierover Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 209-210.

47 Zie ook E. Verhul, *T&C Arbeidsrecht*, art. 7:686 BW, aant. 2 (bijwerkt tot september 2019).

48 HR 27 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5548, NJ 1987/987 m.nt. P.A. Stein (*Tweehuysen/Ludwig Poppe GmbH*), rov. 3.2.

49 Ktr. Helmond 21 juni 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BM8770, RAR 2010/131, rov. 14.4. Vgl. ook rechtbank Noord-Holland van 29 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4968, *AR-Updates.nl* 2017/881, rov. 5.4.

50 Zie onder meer de hierna onder 3.73-3.76 te bespreken uitspraken.

nemer door de werkgever aan de derde als bedoeld in art. 7:690 BW op verzoek van die derde ten einde komt.

3.61. Als een ontbindende voorwaarde rechtsgeldig in een arbeidsovereenkomst is bedongen, dan leidt vervulling van de voorwaarde ertoe dat het dienstverband van rechtswege eindigt, zonder ontslagbescherming voor de werknemer. Daarmee rijst de vraag of een ontbindende voorwaarde een onaanvaardbare doorkruising van het ontslagrecht oplevert.

3.62. In de beschikking *Mungra/Van Meir* ging het om een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst tussen een arts en een maatschap, waarin was bepaald dat de overeenkomst zou zijn ontbonden, indien het bestuur van het ziekenhuis de toestemming aan de arts om de gynaecologische praktijk uit te oefenen in het ziekenhuis zou intrekken. Op enig moment werd deze toestemming ingetrokken en stelde de maatschap zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst was geëindigd. De rechtbank volgde dit standpunt. In cassatie werd betoogd dat een in een arbeidsovereenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde rechtskracht ontbeert vanwege het gesloten stelsel van de regels over beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad achtte die stelling in zijn algemeenheid onjuist. Overwogen werd het volgende (mijn onderstreping):⁵¹

'De rechtskracht [kennelijk is bedoeld: rechtsklacht – A-G] van onderdeel B berust op de stelling dat een in een arbeidsovereenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde wegens het gesloten stelsel van de regels betreffende beëindiging van de arbeidsovereenkomst rechtskracht ontbeert. Deze stelling is evenwel onjuist. Een ontbindende voorwaarde kan, maar hoeft niet noodzakelijk met dit stelsel onverenigbaar te zijn, waarbij van geval tot geval moet worden bezien in hoeverre de strekking van voormelde regels tot nietigheid van de ontbindende voorwaarde leidt. Zulks strookt ook met het bepaalde in art. 7A:1639e leden 3 en 4 BW [thans art. 7:667 lid 7 en 8 BW – A-G], waarin slechts de geldigheid van de daar bedoelde ontbindende voorwaarden wordt uitgesloten.

Voor een zodanige nietigheid is — naar de rechtbank terecht heeft aangenomen — in een geval als het onderhavige geen plaats, nu het gaat om een arbeidsovereenkomst met een arts, die bij vervulling van de voorwaarde wegens het ontbreken van een mogelijkheid van praktijkuitoefening in het ziekenhuis vrijwel geheel doel zou missen, terwijl die vervulling ook niet door de als werkgever optredende maatschap kan worden tot stand gebracht en, zo zij door deze werkgever in de hand zou zijn gewerkt, niet meer door deze zou kunnen worden ingeroepen.'

3.63. De uitspraak komt er dus op neer dat een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst in strijd kan zijn met het gesloten stelsel van de regels over beëindiging van de arbeidsovereenkomst (het ontslagrecht), maar dat dit niet noodzakelijkerwijs zo hoeft te zijn. Of daarvan sprake is, hangt ervan af in hoeverre de ontbindende voorwaarde in het concrete geval in strijd komt met de strekking van het ontslagrecht. Een van de omstandigheden die daarbij in dit geval is meegewogen, is dat na vervulling van de ontbindende voorwaarde de arbeidsovereenkomst 'vrijwel geheel doel zou missen'. Daarmee wordt bedoeld, zo neem ik aan, dat na vervulling van de ontbindende voorwaarde niet meer op zinvolle wijze uitvoering gegeven kan worden aan de arbeidsovereenkomst.

3.64. In de enkele jaren later gewezen beschikking *Van Zijl/Van Koppen* stelde de Hoge Raad voorop dat niet uitgesloten is dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wegens de vervulling van een daaraan verbonden ontbindende voorwaarde.⁵² Bij de beantwoording van de vraag of daarvan sprake is, komt grote betekenis toe aan 'het gesloten stelsel van het ontslagrecht'. Een voorwaarde die met dit stelsel redelijkerwijs niet te verenigen is, zal niet tot een beëindiging van rechtswege van de arbeidsovereenkomst kunnen leiden. In de zaak *Port de Plaisance* werd, iets scherper, overwogen dat de geldigheid van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst *slechts bij uitzondering* kan worden aanvaard.⁵³ Ook in deze beschikking werd verwezen naar 'het gesloten stelsel van het ontslagrecht' en werd overwogen dat een voorwaarde die met dit stelsel redelijkerwijs niet te verenigen is, niet tot een beëindiging van rechtswege van de arbeidsovereenkomst kan leiden. In de zaak [...] *De Bank van de Nederlandse Antillen* is herhaald dat de geldigheid van een in een arbeidsovereenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde slechts bij uitzondering kan worden aanvaard, en dat van geval tot geval moet worden bezien in hoeverre de strekking van bedoelde regels tot nietigheid van de ontbindende voorwaarde leidt.⁵⁴

3.65. Op te merken is dat in geen van deze zaken het gezichtspunt dat 'de arbeidsovereenkomst vrijwel geheel zijn doel zou missen' is teruggekeerd, laat staan dat dit als een vereiste is geformuleerd voor de geldigheid van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst.⁵⁵ Het gaat er bij deze rechtspraak daarentegen om, zo luidt de analyse van A-G Timmerman, (i) dat de ontbindende voorwaarde past binnen het gesloten stelsel van ontslagrecht, en (ii) dat het intreden van de voorwaarde objectief bepaalbaar is en niet afhankelijk van de wil of subjectieve waardering van een belanghebbende partij.⁵⁶ Wat dit laatste aspect betreft, blijkt uit de hiervoor geciteerde passage uit de zaak *Mungra/Van Meir* dat de Hoge Raad bij de beoordeling van de geldigheid van de ontbindende voorwaarde van belang achtte dat de vervulling van de ontbindende voorwaarde niet door de werkgever tot stand kon worden gebracht en voor zover die vervulling door de werkgever in de hand zou zijn gewerkt, dat de ontbindende voorwaarde dan niet meer zou kunnen worden ingeroepen.

3.66. Ook in de tot nu toe laatste beschikking die gewezen is over de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst, de zaak *HTM/werknemer*, wordt niet gerept over het al dan niet nutteloos zijn van de arbeidsovereenkomst. In deze zaak was sprake van een arbeidsovereenkomst die tot stand was gekomen op basis van een loonsubsidieregeling. Aan die arbeidsovereenkomst was als ontbindende voorwaarde verbonden dat de loonkostensubsidie eindigt of vermindert. Na het eindigen van de subsidieregeling stelde de werkgever zich op

51 HR 6 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0535, NJ 1992/509 m.nt. P.A. Stein (*Mungra/Van Meir*), rov. 3.3.

52 HR 24 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2082, NJ 1996/685 m.nt. P.A. Stein (*Van Zijl/Van Koppen*), rov. 3.4.

53 HR 13 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2575, NJ 1998/708 m.nt. P.A. Stein (*Port de Plaisance*), rov. 3.3.2-3.3.3.

54 HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, NJ 2002/607 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss ([...]/*De Bank van de Nederlandse Antillen*), rov. 3.7.

55 Zie idem conclusie A-G Timmerman voor HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348, NJ 2012/700 (*HTM/werknemer*), onder 3.37.

56 Conclusie A-G Timmerman voor HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348, NJ 2012/700 (*HTM/werknemer*), onder 3.15.

het standpunt dat de arbeidsovereenkomst was geëindigd. Het hof oordeelde dat dat standpunt onjuist was, onder meer omdat het wegvallen van de subsidie van de gemeente het verrichten van de overeengekomen werkzaamheden niet (geheel) onmogelijk had gemaakt en dat de arbeidsovereenkomst dus niet inhoudsloos was geworden door het intreden van de ontbindende voorwaarde. De Hoge Raad casseerde en herhaalde het eerder gegeven beoordelingskader:⁵⁷

‘Bij de beoordeling van het onderdeel wordt vooropgesteld dat de voor de arbeidsovereenkomst kenmerkende bescherming van de werknemer, die onder meer tot uiting komt in het wettelijk stelsel van het ontslagrecht, meebrengt dat de geldigheid van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst slechts bij uitzondering kan worden aanvaard. Een voorwaarde die redelijkerwijs niet met dat wettelijk stelsel is te verenigen, zal niet tot een beëindiging van rechtswege van de arbeidsovereenkomst kunnen leiden. Van geval tot geval moet worden bezien of een voorwaarde als vorenbedoeld is te verenigen met dat wettelijk stelsel. Daarbij komt het mede aan op de aard, inhoud en context van de voorwaarde. (...)’

3.67. Dat niets wordt overwogen over het al dan niet inhoudsloos zijn van de arbeidsovereenkomst is met name veelbetekenend, omdat in het cassatiemiddel werd aangevoerd dat het hof zijn oordeel ten onrechte had gebaseerd op de ontbrekende inhoudsloosheid van de arbeidsovereenkomst en/of ten onrechte ervan was uitgegaan dat voor de geldigheid van een ontbindende voorwaarde vereist is dat de arbeidsovereenkomst door het intreden ervan (vrijwel geheel) inhoudsloos wordt.⁵⁸ De Hoge Raad gaat hier echter niet op in. Overwogen is slechts dat het gaat om ‘aard, inhoud en context van de voorwaarde’. Dit sloot aan bij de visie van A-G Timmerman die, als gezegd (zie onder 3.65), van mening was dat het al dan niet inhoudsloos zijn van de arbeidsovereenkomst (of: ‘het vrijwel geheel doel missen’) geen vereiste is voor de geldigheid van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst. Uit het feit dat het al dan niet inhoudsloos zijn door de Hoge Raad in het geheel niet meer wordt genoemd, leid ik af dat dit – in ieder geval – geen beslissend gezichtspunt is.

3.68. Uit de besproken arresten kan naar mijn mening geen andere conclusie worden getrokken dan dat de in het arrest *Mungra/Van Meir* genoemde omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst door het vervullen van de ontbindende voorwaarde ‘vrijwel geheel doel zou missen’ niet het criterium is dat moet worden toegepast bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een geldige ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst.

3.69. In de literatuur wordt daar overigens door sommigen anders over gedacht.⁵⁹

Doortrekken ‘vrijwel geheel doel missen’ naar vernietiging arbeidsovereenkomst wegens wilsgebrek?

3.70. In een publicatie in het tijdschrift *ArbeidsRecht* is door Van Eck verdedigd dat buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst op grond van een wilsgebrek, alleen mogelijk is als de arbeidsovereenkomst geheel nutteloos blijkt

na ontdekking van het wilsgebrek en indien door vernietiging geen opzegverboden worden omzeild.⁶⁰ Daarmee heeft zij aansluiting gezocht bij de rechtspraak van de Hoge Raad over de toelaatbaarheid van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst.

3.71. Van Eck noemt als voorbeeld de advocaat-stagiaire die wordt aangenomen door een advocatenkantoor op basis van een vervalste bul. Nu de stagiaire niet als advocaat beëdigd zal kunnen worden en de overeengekomen werkzaamheden niet zal kunnen verrichten, is de arbeidsovereenkomst illusoir geworden. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst volgens Van Eck dan ook buitengerechtelijk vernietigen. Als ondanks de aanwezigheid van het wilsgebrek de arbeidsovereenkomst niet illusoir geworden is, zal buitengerechtelijke vernietiging door de werkgever echter niet zijn toegestaan, zo stelt Van Eck.

3.72. De benadering van Van Eck is in verschillende uitspraken van feitenrechters overgenomen.

3.73. Zo overwoog de kantonrechter te Alphen aan den Rijn het volgende in een zaak waarin, net als in de onderhavige zaak, sprake was van een vervalst cv (mijn onderstreping):⁶¹

‘De structuur van het Burgerlijk Wetboek brengt met zich dat de algemene regels van Boek 3 ook van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomst. Vanwege de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst en het gesloten ontslagstelsel – in Titel 10 boek 7 BW en het BBA heeft de wetgever immers voorzien in de wijzen waarop een arbeidsovereenkomst beëindigd kan worden en wordt aan de werknemer ontslagbescherming geboden – wordt vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog slechts in beperkte gevallen mogelijk geacht, mede gezien de effecten van gehele of gedeeltelijke terugwerkende kracht. *Vernietiging van de arbeidsovereenkomst acht de kantonrechter daarom alleen mogelijk als de arbeidsovereenkomst na ontdekking van het bedrog geheel nutteloos blijkt te zijn geworden.* Als voorbeeld (uit de literatuur) kan worden genoemd de advocaat stagiaire, die wordt aangenomen door een advocatenkantoor op basis van een vervalste bul van de universiteit.’

Volgens de kantonrechter was in de voorliggende zaak geen sprake van het ‘geheel nutteloos zijn’ van de arbeidsovereenkomst, waarbij de kantonrechter onder meer relevant achtte dat ook bij een juiste weergave van de werkervaring de werknemer zich kan beroepen op functies op managementniveau en relevante ervaring als zelfstandig ondernemer. Om die reden werden de door de werkgever op grond van vernietiging ingestelde vorderingen afgewezen.

3.74. Een vergelijkbare redenering werd gebruikt door de kantonrechter te Leeuwarden, eveneens in een zaak met een (vermeend) onjuist opgesteld cv. De kantonrechter overwoog dat vernietiging van een arbeidsovereenkomst zich alleen laat denken ‘indien de arbeidsovereenkomst na ontdekking van het bedrog geheel nutteloos blijkt te zijn geworden, omdat de bedongen arbeid niet kan worden uitgevoerd’. Een zodanige situatie was naar het oordeel van de kantonrechter niet aan de orde: ‘Hier is sprake van een werkgever die in feite niet tevreden was over het functioneren van de werknemer.’⁶²

57 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348, NJ 2012/700 (HTM/werknemer), rov. 3.4.2.

58 Zie voor deze bewoordingen de conclusie A-G Timmerman voor HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348, NJ 2012/700 (HTM/werknemer), onder 3.49.

59 E. Verhulp, *T&C Arbeidsrecht*, art. 7:667 BW, aant. 10 (bijgewerkt tot september 2019).

60 M. van Eck, De invloed van wilsgebreken in het arbeidsrecht. In: *ArbeidsRecht* 2001/16, onder ‘vernietigbare arbeidsovereenkomst?’

61 Ktr. Alphen aan den Rijn 27 januari 2009, JAR 2009/59, rov. 6.3.

62 Ktr. Leeuwarden 7 juni 2011, ECLI:NL:RBL:2011:BQ7567, JAR 2011/199 m.nt. R.L. van Heusden. Zie over dit vonnis ook C. van Glabbeek, ‘Wilsgebreken bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst’, *Juridisch up to Date* 2011, p. 13-15.

3.75. Ten slotte is te noemen een vonnis van de kantonrechter Helmond.⁶³ In die zaak had de werkgever de arbeidsovereenkomst buitengerechtelijk vernietigd wegens dwaling, omdat werkneemster verzuimd zou hebben te vermelden dat zij voor het sluiten van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een TIA had gehad. Overwogen werd het volgende (mijn onderstreping; geursiveerd red.):

‘6. Ingevolge artikel 6:228, lid 1 BW zijn overeenkomsten vernietigbaar, wanneer zij tot stand zijn gekomen onder invloed van dwaling. Noch in Boek 6, noch in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek maakt de wetgever een uitzondering op deze regel voor de arbeidsovereenkomst. Heeft de wetgever de mogelijkheid van buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie nog uitgesloten in artikel 7:686, tweede volzin BW, voor de vernietiging kent het arbeidsrecht een dergelijke bepaling niet.

7. De kantonrechter zoekt in deze kwestie aansluiting bij een tweetal arresten van de Hoge Raad, te weten HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509 en HR 24 mei 1996, JAR 1996/141. Deze uitspraken zien weliswaar niet op een wilsgebrek, maar op de rechtsgeldigheid van in een arbeidsovereenkomst opgenomen ontbindende voorwaarden. Daarin ligt echter een parallel met de dwaling. Bij een ontbindende voorwaarde gaat het immers om een bij het aangaan van de overeenkomst voorziene situatie die, indien zij zich voordoet, moet leiden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In het geval van dwaling gaat het om een achteraf gebleken, maar ten tijde van het aangaan van de arbeidsovereenkomst niet bekende situatie, die aanleiding zou moeten geven om de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

(...)

10. De kantonrechter volgt Van Eck in diens opvatting dat uit deze arresten valt af te leiden dat een buitengerechtelijke vernietiging wegens een wilsgebrek in beginsel toelaatbaar is, mits blijkt dat aan twee voorwaarden is voldaan. *In de eerste plaats dient na ontdekking van de dwaling een situatie te zijn ontstaan waarin de arbeidsovereenkomst geheel nutteloos is, omdat de bedongen arbeid niet kan worden uitgevoerd.* In de tweede plaats mag de vernietiging er niet toe leiden dat een binnen het stelsel van het ontslagrecht bestaande bescherming tegen opzegging wordt omzeild.’

3.76. De voorzieningenrechter oordeelde vervolgens dat aan de eerste voorwaarde was voldaan, omdat verlenging van de arbeidsovereenkomst zou leiden tot een situatie waarin deze volstrekt nutteloos was. Aan de tweede voorwaarde was volgens de voorzieningenrechter echter niet voldaan, omdat met de buitengerechtelijke vernietiging het ontslagverbod wegens ziekte werd omzeild (zie ook onder 3.55). De arbeidsovereenkomst was derhalve in stand gebleven.

3.77. Naar mijn mening is het niet juist om de mogelijkheid tot buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens een wilsgebrek afhankelijk te stellen van de vraag of de arbeidsovereenkomst geheel nutteloos is (geworden).

3.78. In de *eerste plaats* volgt dit vereiste niet uit het wettelijke systeem van vernietiging wegens een wilsgebrek. Op grond van art. 3:44 BW zal getoetst moeten worden of aan de vereis-

ten voor respectievelijk bedreiging (lid 2), bedrog (lid 3) of misbruik van omstandigheden (lid 4) is voldaan. Als het gaat om dwaling moet getoetst worden of voldaan is aan de vereisten vermeld in art. 6:228 BW. Daarbij zal acht moeten worden geslagen op de *in dit kader* ontwikkelde rechtspraak van de Hoge Raad. Ik zie niet welke grondslag er zou zijn voor een extra, buitenwettelijk vereiste voor vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens een wilsgebrek.

3.79. Uit de wettelijke vereisten voor bedrog volgt dat sprake moet zijn van opzettelijk handelen van de bedrieger. Bovendien moet de opzet ook gericht zijn op het bewegen tot het verrichten van de rechtshandeling.⁶⁴ Daarmee wordt uitgesloten dat – toegespitst op zaken als de onderhavige – elke onjuistheid in een cv direct bedrog in de wettelijke zin oplevert. Voor zover het met vereiste van ‘geheel nutteloos zijn’ beoogd zou zijn dat niet elk ‘bagatel’ leidt tot vernietiging wegens een wilsgebrek, wordt dit ondervangen door dit opzet-vereiste alsmede het vereiste van causaal verband tussen bedrog en de rechtshandeling.

3.80. Hierbij is nog aan te tekenen dat, zoals gezegd (zie onder 3.47), de lat voor bedrog hoog ligt. Voor zover de gedachte zou zijn dat ‘te snel’ voldaan is aan de eisen voor vernietiging wegens bedrog zodat om die reden extra eisen moeten worden gesteld, lijkt mij dat dan ook onjuist.

3.81. In de *tweede plaats* is van belang dat volgens vaste rechtspraak een beroep op een wilsgebrek niet vereist dat sprake is van *benadeling* van betrokkene.⁶⁵ Voor zover met het vereiste van ‘geheel nutteloos zijn’ derhalve bedoeld wordt dat komt vast te staan dat de werkgever benadeeld is door het sluiten van de arbeidsovereenkomst onder invloed van het wilsgebrek, is zo’n vereiste in strijd met deze vaste rechtspraak.

3.82. In de *derde plaats* is het volgende op te merken. Als de arbeidsovereenkomst wordt vernietigd, dan leidt dat tot ongedaanmakingsverbintenissen. Voor zover met het criterium dat de arbeidsovereenkomst ‘geheel nutteloos is gebleken’ zou zijn bedoeld te voorkomen dat de werkgever door vernietiging onredelijk bevoordeeld wordt omdat de werknemer wel het loon terug moet betalen, maar de werkgever niet de arbeid kan teruggeven, geldt dat de werknemer op de voet van art. 6:210 lid 2 BW aanspraak kan maken op vergoeding van de waarde van de door hem verrichte arbeid, voor zover dit redelijk is. Op die manier kan tot een redelijke uitkomst worden gekomen.

3.83. Ten slotte, in de *vierde plaats*, is er geen aanleiding om het criterium van ‘het geheel nutteloos zijn’ van de arbeidsovereenkomst als voorwaarde te stellen voor vernietiging wegens een wilsgebrek, omdat dit berust op de onjuiste gedachte dat het criterium geldt voor de toelaatbaarheid van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst. Dat is namelijk niet het geval (zie onder 3.68).

Conclusie

3.84. Mijn conclusie is dat het onjuist is om voor de buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens een wilsgebrek als extra voorwaarde te stellen dat de arbeidsovereenkomst ‘geheel nutteloos is gebleken’.

64 M.Y. Schaub, *Wilsgebreken* (mon. BW nr. B3), 2015/41.

65 HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9559, NJ 2001/159 ([...]), rov. 3.4; HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854, NJ 2009/398 ([...]/*De Alternatieve*), rov. 3.4.2, HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:95, RvdW 2017/167 (*Delta/S’Energy*), rov. 3.3 en HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, RvdW 2019/786, rov. 3.6.3.

63 Ktr. Helmond 21 juni 2010, ECLINL:RBSHE:2010:BM8770, RAR 2010/131. In hoger beroep is geoordeeld, kort samengevat, dat inhoudelijk niet aan de eisen voor dwaling was voldaan. Zie hof’s-Hertogenbosch 28 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX7358, AR Updates 2012/823 m.nt. F.M. Dekker.

4. Bespreking van het principale cassatieberoep

4.1. *Onderdeel 1* van het middel in het principale cassatieberoep houdt in dat het oordeel van het hof dat als extra vereiste voor vernietiging geldt dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken, onjuist is. Ook onjuist is het oordeel waarop deze beslissing berust, namelijk dat de bescherming van de werknemer als zwakkere partij in het arbeidsrecht in het privaatrechtelijke leerstuk van de vernietiging 'in die zin' zou doorwerken.

4.2. Van de zijde van Betrokkene is primair als verweer gevoerd dat [verzoekster] hiermee in cassatie een nieuwe juridische stelling inneemt (zie verweerschrift onder 3.14). [verzoekster] is in hoger beroep namelijk niet opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank dat buitengerechtelijke vernietiging alleen mogelijk is als de arbeidsovereenkomst na ontdekking van het bedrog geheel nutteloos blijkt te zijn geworden. Dat betekent dat het hof niet van die rechtsopvatting van de rechtbank kon afwijken, aldus Betrokkene.

4.3. In rov. 4.4 heeft de rechtbank het volgende overwogen: 'Een beroep op buitengerechtelijke vernietiging op grond van een wilsgebrek is, vanwege de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst en het gesloten ontslagstelsel, slechts in zeer beperkte mate toegestaan, mede gezien de effecten van gehele of gedeeltelijke terugwerkende kracht van vernietiging in het algemeen. Een dergelijke buitengerechtelijke vernietiging is alleen mogelijk als de arbeidsovereenkomst na ontdekking van het bedrog geheel nutteloos blijkt te zijn geworden, omdat de bedongen arbeid niet kan worden uitgevoerd.'

4.4. Grief 3 met toelichting van [verzoekster] luidt als volgt: 'Grief 3

11. Ten onrechte komt de rechtbank tot het oordeel dat een arbeidsovereenkomst – zoals in het onderhavige geval – niet door een buitengerechtelijke vernietiging kan eindigen, omdat dit in strijd is met het systeem van de wet.'

Toelichting

'12. In de rechtsleer en jurisprudentie wordt aangenomen dat een arbeidsovereenkomst weldegelijk buitengerechtelijk kan worden vernietigd. Weliswaar is terughoudendheid geboden gelet op de gevolgen van de terugwerkende kracht en gelet op het "gesloten" systeem van het ontslagrecht.

13. Impliciet erkent de rechtbank ook dat de buitengerechtelijke vernietiging weldegelijk mogelijk is, omdat ze onderzoekt of er sprake is van een compleet nutteloze overeenkomst. De rechtbank komt op basis van louter het gestelde in het verzoekschrift tot de conclusie dat daarvan geen sprake is. Het verzoekschrift is niet behandeld en de rechtbank heeft alle vorderingen op basis van het verzoekschrift afgewezen, dus ook de verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst niet door buitengerechtelijke vernietiging is geëindigd.

14. Daarnaast betwist [verzoekster] het feit dat de arbeidsovereenkomst niet nutteloos is gebleken.

– Op de eerste plaats (...)
(...).'

4.5. Uit de algemene formulering van grief 3 blijkt dat [verzoekster] in hoger beroep wel degelijk het oordeel van de rechtbank over de mogelijkheid van buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst over de gehele linie ter discussie heeft willen stellen. Uit de toelichting op de grief blijkt dat daarvoor in feite drie argumenten worden aangevoerd:

– Onder 12: Een arbeidsovereenkomst kan wel degelijk buitengerechtelijk worden vernietigd, zij het dat terughoudendheid is geboden. Met andere woorden, er gelden geen nadere

eisen voor de buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst.

– Onder 13: de rechtbank heeft dit ook erkend, door te onderzoeken of sprake is van een compleet nutteloze overeenkomst. Daarbij wordt erop gewezen dat de rechtbank dit onderzoek niet voldoende heeft uitgevoerd, en dat met het afwijzen van de vorderingen van Betrokkene de buitengerechtelijke vernietiging in stand is gebleven. Anders gezegd: de rechtsgeldigheid van de buitengerechtelijke vernietiging was gegeven.

– Onder 14: de arbeidsovereenkomst was wél nutteloos.

4.6. Dit betekent dat grief 3 en de toelichting daarop zo moet worden begrepen, dat *primair* wordt betoogd dat er geen extra vereisten gelden voor vernietiging van de arbeidsovereenkomst, en *subsidiar* dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst niet geheel nutteloos was. Uit het verweerschrift blijkt dat Betrokkene de grief ook zo heeft begrepen. In het verweerschrift wordt namelijk eerst naar voren gebracht dat [verzoekster] ten onrechte aanneemt dat de rechtbank heeft geoordeeld dat buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst niet mogelijk is (onder 5.9). Vervolgens wordt betoogd dat de rechtbank wel het juiste juridische kader heeft geformuleerd, met haar overweging dat buitengerechtelijke vernietiging alleen mogelijk is als de arbeidsovereenkomst na ontdekking van het bedrog geheel nutteloos blijkt te zijn geworden (onder 5.10, eerste alinea). Ten slotte wordt uiteengezet dat en waarom aan dat laatste vereiste niet is voldaan, dus waarom de arbeidsovereenkomst niet nutteloos is geworden (onder 5.10, tweede alinea).

4.7. Ook het hof heeft de grief op deze manier opgevat, zo blijkt uit rov. 3.4.3. Het hof overweegt immers eerst 'dat het in beginsel gesloten stelsel van het ontslagrecht niet in de weg staan aan buitengerechtelijke vernietiging van een arbeidsovereenkomst wegens bedrog'. Vervolgens wordt overwogen dat wel het extra vereiste moet worden gehanteerd, dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken. Daarmee toetst het hof integraal – overeenkomstig de strekking van grief 3 – of de rechtbank het juiste toetsingskader heeft gehanteerd, en of er al dan niet extra vereisten gelden voor vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog.

4.8. Het voorgaande betekent dat het primaire verweer tegen de klacht niet opgaat.

4.9. Voor wat betreft de inhoudelijke merites van de klacht geldt het volgende. Hiervoor is uiteengezet dat het oordeel van het hof dat 'de bescherming van de werknemer als zwakkere partij in het arbeidsrecht door[werkt] in het privaatrechtelijke leerstuk van de vernietiging, in die zin dat het hof als extra vereiste voor vernietiging hanteert dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken', niet juist is. Dit extra vereiste geldt niet (zie onder 3.84).

4.10. Voor de vraag of in een concreet geval vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog (of een ander wilsgebrek) mogelijk is, zal de rechter moeten toetsen of *in dat concrete geval* de buitengerechtelijke vernietiging leidt tot strijd met het systeem of de strekking van het ontslagrecht. In het onderhavige geval is van zo'n strijd naar mijn mening geen sprake.

4.11. Bij de buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog zal de rechter wel rekening moeten houden met de arbeidsrechtelijke context. Dit kan meebrengen dat de rechter desgevraagd de vernietiging geheel of gedeeltelijk haar werking ontzegt (art. 3:53 lid 2 BW). Daarbij kan de rechter aan een partij die daardoor onbillijk wordt bevoordeeld, de verplichting opleggen tot een financie-

le vergoeding (art. 3:53 lid 2 BW, slotzin). In het kader van de ongedaanmakingsverbintenissen die na vernietiging ontstaan, zal de werknemer het door hem genoten loon moeten terugbetalen, waartegenover de werkgever de waarde van de verrichte arbeid zal moeten vergoeden, voor zover dit redelijk is (art. 6:210 lid 2 BW).

4.12. Onderdeel 1 slaagt daarmee. Onderdeel 2 hoeft dan geen bespreking meer. Ook de voortbouwklacht in onderdeel 3 hoeft geen bespreking.

5. Bespreking van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

5.1. *Onderdeel 1* van het incidenteel cassatieberoep is ingesteld onder de voorwaarde dat de Hoge Raad rov. 3.4.3 zo uitlegt, dat het hof daarin tot uitdrukking brengt dat óók het juridisch vereiste dat de rechtbank heeft geformuleerd voor de beoordeling van de buitengerechtigde vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog in hoger beroep ter discussie stond. Hiervoor is besproken dat die uitleg de juiste is (zie onder 4.7). Daarmee is de voorwaarde vervuld.

5.2. Het onderdeel houdt in dat het oordeel van het hof dat in hoger beroep het door de rechtbank gehanteerde juridisch kader ter discussie stond, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting over het grievensstelsel, althans onbegrijpelijk is tegen de achtergrond van de processtukken. Daaruit blijkt namelijk dat niet was gegriefd tegen de rechtsopvatting van de rechtbank, dat buitengerechtigde vernietiging van een arbeidsovereenkomst 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.

5.3. Zoals volgt uit wat hiervoor uiteen is gezet, is de uitleg die het hof aan grief 3 heeft gegeven niet in strijd met het grievensstelsel en evenmin onbegrijpelijk. Daarmee faalt de klacht van onderdeel 1.

5.4. *Onderdeel 2* van het incidenteel cassatieberoep is ingesteld onder de voorwaarde dat het primaire verweer van Betrokkene in het principale cassatieberoep niet wordt gehonoreerd. Deze voorwaarde is, gelet op hetgeen hiervoor onder 4.2-4.8 is besproken, vervuld.

5.5. Volgens onderdeel 2 is de overweging van het hof dat het in beginsel gesloten stelsel van het ontslagrecht niet in de weg staat aan buitengerechtigde vernietiging van een arbeidsovereenkomst wegens bedrog, onjuist. Volgens het onderdeel is dat wél het geval. Verwezen wordt naar de argumenten die ik hiervoor besproken heb onder 3.37 e.v.

5.6. Uit die bespreking volgt dat het hof terecht voorop heeft gesteld dat systeem en strekking van het ontslagrecht er niet aan in de weg staan dat een arbeidsovereenkomst wegens bedrog buitengerechtigd wordt vernietigd, maar dat het hof ten onrechte als extra vereiste voor vernietiging heeft gesteld dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken. Hierop stuit het onderdeel af.

5.7. Hiermee falen de klachten in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep.

6. Conclusie

Geconcludeerd wordt tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de beschikking in de zaak C/02/334055/HA RK 17-161 van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 12 januari 2018;
b. de beschikking in de zaak 200.237.215/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 augustus 2018.

[verzoekster] heeft tegen de beschikking van het hof beroep in cassatie ingesteld.

[verweerder] heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Het cassatierekest en het verweerschrift tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan deze beschikking gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging en verwijzing.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. Deze zaak gaat over de vraag of een werkgever de arbeidsovereenkomst mag vernietigen op de grond dat die overeenkomst tot stand is gekomen onder invloed van bedrog door de werknemer, en, zo ja, of voor die vernietigbaarheid moet zijn voldaan aan het extra vereiste dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is geweest.

2.2. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) In november 2016 heeft [verweerder] gesolliciteerd naar de functie van psychotherapeut bij [verzoekster]. In het curriculum vitae dat [verweerder] daarbij heeft meegezonden staat onder meer:

‘*Werkervaring: (...)*

– [jaar]-[jaar] Manager Zorg/klinisch psycholoog/psychotherapeut GGZ [plaats]

(...)

Opleidingen/cursussen: (...)

– 2013 Supervisorenopleiding EMDR

Vereniging EMDR Nederland (...)

– 2006 Basisopleiding EMDR

Vereniging EMDR Nederland (...)

Lidmaatschappen: (...)

– De Nederlandse Vereniging voor Psychotherapie (NVP)

Psychotherapeut BIG

– Vereniging voor Gedragstherapie en Cognitieve Therapie (VGCT) (...)

– Vereniging EMDR Nederland’

(ii) [verzoekster] heeft vervolgens [verweerder] verzocht om ook te solliciteren op de functie van Directeur Zorg.

(iii) Bij aandeelhoudersbesluit van 1 december 2016 is [verweerder] met ingang van januari 2017 benoemd tot statutair bestuurder van [A] B.V. (hierna: [A]). [A] is bestuurder en aandeelhouder van [verzoekster].

(iv) Op 9 januari 2017 is [verweerder] als Directeur Zorg voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij [verzoekster] op basis van een op 5 december 2016 tussen [verzoekster] en [verweerder] gesloten arbeidsovereenkomst.

(v) In een e-mail van 22 mei 2017 heeft de Vereniging EMDR Nederland aan [verzoekster] bericht dat [verweerder] geen lid is van deze vereniging.

(vi) In een e-mail van 24 mei 2017 heeft [betrokkene 1], directeur en aandeelhoudster van [A] het volgende aan [verweerder] bericht:

‘Met dit schrijven bevestigen wij het gesprek dat wij heden (...) met u gevoerd hebben. (...)

Onderwerp van het gesprek betreft uw functioneren als Directeur Zorg binnen [verzoekster]. De afgelopen tijd is ons gebleken dat de kwaliteit van het door u geleverde werk absoluut niet te verenigen is met de aard en de inhoud van uw

functie. Dit betreft zowel de taken die u zijn toevertrouwd in de functie van statutair directeur van de vennootschap alsnog mede ook de kwaliteit van uw werk als psychotherapeut.

Daarbij is ons opgevallen dat door u mogelijk onjuiste informatie is verstrekt ten tijde van uw sollicitatie naar uw functie van statutair directeur (...).

Op uw CV heeft u vermeld de EMDR-opleiding gevolgd te hebben bij de EMDR-vereniging. Bovendien zelfs de opleiding tot Supervisor EMDR. Uit door de vereniging aan ons verstrekte informatie blijkt dat u daar niet als zodanig bekend bent of deze opleiding heeft gevolgd. Dit heeft bij ons geleid tot een ernstige vertrouwensbreuk. Dit vormt op zich een – en zeker tezamen met de andere geconstateerde gebreken – aanleiding om tot ontslag over te gaan.

Ik ben dan ook voornemens u te ontslaan uit uw functie als statutair directeur waarmee dan ook uw arbeidsovereenkomst bij [verzoekster] eindigt. Het verstrekken van onjuiste informatie op uw CV is voor ons een dringende reden voor uw ontslag. (...) Wij verlangen uiterlijk 1 juni aanstaande uw inhoudelijke reactie op dit standpunt en de bevindingen van [verzoekster]. (...)

Wij roepen u hierbij op voor de aandeelhoudersvergadering van vrijdag 2 juni aanstaande (...) om uw reactie en zienswijze op uw voorgenomen ontslag nader toe te kunnen lichten.

(vii) In de algemene vergadering van aandeelhouders van [A] van 2 juni 2017, waar [verweerder] niet is verschenen, is [verweerder] ontslagen als statutair bestuurder van [A]. De notulen van deze vergadering zijn aan [verweerder] verstrekt.

(viii) In een e-mail van 6 juni 2017 heeft de Vereniging voor Gedrags- en Cognitieve Therapieën (VGCT) aan [verzoekster] bericht dat [verweerder] niet bekend is in het systeem van de VGCT.

(ix) In een e-mail van 4 juli 2017 heeft [betrokkene 2] van [verzoekster] aan de advocaat van [verzoekster] bericht dat GGZ-[plaats] hem heeft medegedeeld dat [verweerder] daar niet bekend is en er nooit heeft gewerkt.

(x) In een e-mail van 17 juli 2017 heeft de NVP, de beroepsvereniging van en voor BIG-geregistreerde psychotherapeuten, aan [verzoekster] bericht dat [verweerder] geen lid is van deze vereniging en dat evenmin in het verleden is geweest.

(xi) In een (niet in deze procedure overgelegde) e-mail van 28 juli 2017 heeft [A] het aandeelhoudersbesluit van 1 december 2016 en de arbeidsovereenkomst met [verweerder] vernietigd wegens bedrog en het aan [verweerder] betaalde salaris teruggevorderd.

(xii) Bij openbaar gemaakt besluit van 20 maart 2018 heeft de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd [verweerder] een aanwijzing gegeven die inhoudt dat [verweerder] per 20 maart 2018 geen werkzaamheden meer mag verrichten als GZ-psycholoog, als psychotherapeut, of als klinisch psycholoog, zoals bedoeld in de Wet BIG, dan wel een functie in de gezondheidszorg mag vervullen waarbij hij individuele zorg aan patiënten verleent en één van deze BIG-registraties een vereiste is. In dit besluit staat onder meer het volgende vermeld:

‘De inspectie heeft op basis van diverse openbare bronnen het volgende vastgesteld:

– U bent niet ingeschreven in het BIG-register en ook nooit eerder in het BIG-register ingeschreven geweest.

(...)

Beoordeling van de zorgverlening

De inspectie concludeert dat u gedurende tenminste vier sollicitatieprocedures aan zorgaanbieders onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt over eerdere werkgevers, eerdere functies, genoten opleidingen, BIG-(her)registratie(s) en op-

gedane werkervaring als (regie)behandelaar in de specialistische GGZ.

De wijze waarop u de betrokken zorgaanbieders via brief, curriculum vitae en gesprekken heeft geïnformeerd over uw capaciteiten, opleidingen en ervaring beschouwt de inspectie als laakbaar, zeer onzorgvuldig en bewuste misleiding.

U bent op basis van door u verstrekte, onjuiste informatie aangesteld als “directeur zorg” bij een zorginstelling en heeft vervolgens de specialistische behandel functie van “klinisch psycholoog” bij een GGZ instelling vervuld. U beschikte niet over de vereiste BIG-registratie, terwijl dat wel wordt vereist om de functies te kunnen vervullen. Voor deze functies is een actuele BIG-registratie/specialistenregistratie vereist, omdat zij de rol van regiebehandelaar omvatten, met de verantwoordelijkheid voor de aansturing en/of uitvoering van individuele cliëntenzorg in de specialistische geestelijke gezondheidszorg.

De inspectie stelt verder vast dat u bij een zorginstelling tien cliënten, met indicatie voor specialistische- of basis GGZ, onzorgvuldig en niet volgens de geldende standaard en beroepscode heeft behandeld. U trad ver buiten de grenzen van uw deskundigheid en nam de beperkingen van uw ervaring niet, althans onvoldoende, in acht. De inspectie concludeert dat u onverantwoorde zorg heeft geleverd, waardoor cliënten worden geschaad of het risico lopen te worden geschaad. Bovendien heeft collegiale toetsing door een regiebehandelaar niet goed kunnen plaatsvinden en heeft uw handelwijze geleid tot vertraging in de behandeling van cliënten.

2.3.1. Voor zover in cassatie van belang verzoekt [verzoekster] om [verweerder] te veroordelen tot terugbetaling van het aan [verweerder] uitbetaalde nettoloon over de periode van januari 2017 tot en met mei 2017, zijnde € 16.819,98. [verzoekster] heeft aangevoerd dat het nettoloon onverschuldigd aan [verweerder] is betaald nu de betaling berust op een overeenkomst die buitengerechtelijk is vernietigd omdat zij onder invloed van bedrog tot stand is gekomen.

2.3.2. De kantonrechter heeft het verzoek van [verzoekster] afgewezen. Daartoe is overwogen dat wegens de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst en het gesloten ontslagstelsel en gezien de effecten van gehele of gedeeltelijke terugwerkende kracht van een vernietiging, een beroep op buitengerechtelijke vernietiging van een arbeidsovereenkomst op grond van een wilsgebrek slechts in zeer beperkte mate is toegestaan. Een dergelijke buitengerechtelijke vernietiging is alleen mogelijk als de arbeidsovereenkomst na ontdekking van het bedrog geheel nutteloos blijkt te zijn geworden, omdat de bedongen arbeid niet kan worden uitgevoerd. Omdat daarvan in dit geval geen sprake is, heeft de kantonrechter geoordeeld dat de buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst in strijd is met het systeem van de wet en om die reden niet kan slagen. (rov. 4.4) Vervolgens heeft de kantonrechter geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst evenmin op grond van ontslag op staande voet is geëindigd. (rov. 4.5) Omdat [verzoekster] gehouden is tot betaling van het loon, wordt haar verzoek tot terugbetaling van het loon wegens onverschuldigde betaling afgewezen. (rov. 4.6)

2.3.3. Het hof heeft de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd.⁶⁶ Hiertoe heeft het hof, samengevat, als volgt overwogen.

Het in beginsel gesloten stelsel van het ontslagrecht staat niet in de weg aan buitengerechtelijke vernietiging van een ar-

⁶⁶ Hof's-Hertogenbosch 30 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3640.

beidsovereenkomst wegens bedrog. Wel werkt de bescherming van de werknemer als zwakkere partij in het arbeidsrecht door in het privaatrechtelijke leerstuk van de vernietiging, in die zin dat het hof als extra vereiste voor vernietiging hanteert dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken. (rov. 3.4.3)

Op grond van de vaststaande feiten kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat sprake is van bedrog van de zijde van [verweerder] bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. (rov. 3.4.4)

Het staat echter niet vast dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is geweest. (rov. 3.4.5)

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1. Onderdeel 1 van het middel klaagt dat het hof in rov. 3.4.3 aan de mogelijkheid om een arbeidsovereenkomst wegens bedrog buitengerechtelijk te vernietigen, ten onrechte de extra eis heeft gesteld dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken. Het betoogt dat de in art. 3:44 lid 1 BW geregelde vernietigbaarheid zonder meer ook geldt voor de arbeidsovereenkomst en geen ruimte laat om dit extra vereiste te hanteren. De door het arbeidsrecht beoogde bescherming van de werknemer als zwakkere partij mag dan ook niet op die wijze doorwerken in de vernietigbaarheid bedoeld in art. 3:44 lid 1 BW.

Indien de door bedrog tot stand gekomen en op grond daarvan vernietigde arbeidsovereenkomst niet (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken, kan daarmee rekening worden gehouden bij de terugvordering van hetgeen onverschuldigd is betaald als bedoeld in art. 6:203 BW, aldus het onderdeel.

3.2.1. Indien een werknemer een werkgever ertoe beweegt een arbeidsovereenkomst tot stand te doen komen door enige opzettelijk daartoe gedane onjuiste mededeling, door het opzettelijk daartoe verzwijgen van enig feit dat hij verplicht was mede te delen of door een andere kunstgreep, is bedrog aanwezig en kan de werkgever zich beroepen op de (buitengerechtelijke) vernietiging van de arbeidsovereenkomst. In een dergelijk geval beschermt art. 3:44 lid 3 in verbinding met lid 1 BW de werkgever tegen de gevolgen van de onredelijke invloed die de werknemer heeft uitgeoefend op de wil van de werkgever. Het wettelijk stelsel van het ontslagrecht staat daaraan niet in de weg, omdat dat niet strekt tot bescherming van een werknemer die bedrog pleegt bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst.

Daarbij verdient opmerking dat a) de rechter ingevolge art. 3:53 lid 2 BW desgevraagd aan de vernietiging geheel of ten dele haar werking kan ontzeggen als de reeds ingetreden gevolgen van de arbeidsovereenkomst bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, en b) de in geval van vernietiging toepasselijke afdeling omtrent onverschuldigde betaling in Boek 6 BW⁶⁷ ertoe strekt de wederzijdse verplichtingen tot ongedaanmaking van hetgeen onverschuldigd is betaald, toe te snijden op de feiten en omstandigheden van het voorliggende geval.

Het vorenstaande laat onverlet dat een beroep van de werkgever op vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (art. 6:248 lid 2 BW).

3.2.2. Uit art. 3:44 lid 3 BW volgt niet de eis dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken, zodat het kunnen slagen van een beroep op (buitengerechtelijke) ver-

nietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog daarvan niet afhankelijk mag worden gesteld. Indien de arbeidsovereenkomst voordeel heeft opgeleverd voor de werkgever, kan daarmee rekening worden gehouden bij de hiervoor in 3.2.1 bedoelde toepassing van art. 3:53 lid 2 BW en van de regeling vervat in de afdeling omtrent onverschuldigde betaling in Boek 6 BW.

3.2.3. Het hof heeft het hiervoor in 3.2.1 en 3.2.2 overwogene miskend. Zoals is weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.3-4.6, strekten de grieven van [verzoekster] in hoger beroep, anders dan [verweerder] betoogt, ertoe op te komen tegen het op dit punt gelijklopende oordeel van de kantonrechter. Onderdeel 1 slaagt dus.

3.3. De overige onderdelen behoeven geen behandeling.

4. Beoordeling van het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep

Nu blijkt het in 3.2.3 overwogene is voldaan aan de voorwaarden waaronder het incidentele beroep is ingesteld, moet het daarin voorgestelde middel worden onderzocht. De daarin vervatte klachten kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

5. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

– vernietigt de beschikking van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 augustus 2018;

– verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;

– veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verzoekster] begroot op € 862,07 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

in het incidentele beroep:

– verwerpt het beroep;

– veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verzoekster] begroot op € 68,07 aan verschotten en € 1.800,= voor salaris.

NOOT

De werkgever stelt in zijn principale cassatieberoep dat het hof aan de mogelijkheid om een arbeidsovereenkomst wegens bedrog te vernietigen ten onrechte de extra eis heeft gesteld dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken. De werknemer stelt in zijn incidentele cassatieberoep dat de wetgever, indien sprake is van omstandigheden die sterk lijken op bedrog, expliciet heeft voorzien in een route voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, namelijk via ontslag op staande voet.¹ Een wijze van beëindiging die nog ingrijpende gevolgen heeft dan het ontslag op staande voet – namelijk een buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever

¹ De dringende reden als bedoeld in art. 7:678 lid 2 aanhef en onder a BW – waarin omstandigheden worden benoemd die sterk op bedrog ex art. 3:44 lid 3 BW lijken – heeft zich in deze zaak voorgedaan.

⁶⁷ Afdeling 2 van titel 4 van Boek 6 BW.

wegens een wilsgebrek – strookt niet met het ontslagstelsel, aldus de werknemer.

De Hoge Raad oordeelt dat het wettelijk stelsel van het ontslagrecht niet in de weg staat aan een geslaagd beroep van de werkgever op (buitengerechtelijke) vernietiging van de arbeidsovereenkomst in geval van bedrog, nu het stelsel van het ontslagrecht niet strekt tot bescherming van een werknemer die bedrog pleegt bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst.² Dit betekent in de praktijk dat de werkgever in soortgelijke situaties de keuze heeft tussen twee routes:

(i) het onverwijld verlenen en mededelen van een ontslag op staande voet op basis van art. 7:677 BW of (ii) het buitengerechtelijk vernietigen van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog via art. 3:44 lid 1 BW en art. 3:53 lid 1 BW.

Welke route geniet – vanuit het perspectief van de werkgever die met bedrog wordt geconfronteerd – de voorkeur? En is het in de praktijk aan te bevelen om het ontslag op staande voet met buitengerechtelijke vernietiging wegens bedrog (of vice versa) te combineren?³

Juridische verschillen: bedrog versus ontslag op staande voet

Reikwijdte – Bedrog in de zin van art. 3:44 lid 3 BW is enkel aan de orde indien er een causaal verband bestaat tussen het bedrieglijke gedrag en het verrichten van een rechtshandeling.⁴ Het vereiste dat het bedrieglijke gedrag tot een rechtshandeling heeft geleid, maakt dat bedrog in arbeidsrechtelijke context – anders dan bij het ontslag op staande voet – uitsluitend betrekking heeft op (omstandigheden rondom) het aangaan, het wijzigen of het met wederzijds goedvinden beëindigen van de arbeidsovereenkomst.

Onverwijldheid en verjaring – Bij een ontslag op staande voet is vereist dat de werkgever (i) de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden *onverwijld* opzegt en (ii) de werknemer *onverwijld* mededeling doet van de dringende reden.⁵ Het is in beginsel aan werkgever om te stellen en zo nodig te bewijzen dat aan deze vereisten is voldaan.⁶ Niet voldoen aan (een van) deze twee vereisten – die de werknemer beogen te beschermen⁷ – leidt tot vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst of verschuldigheid van verschillende (schade)vergoedingen, waarover later meer.⁸

Bij bedrog heeft de agerende partij meer tijd. Daar geldt een verjaringstermijn – die vatbaar is voor stuiting en verlenging – van drie jaren nadat het bedrog is ontdekt.⁹ Bovendien gelden in dat geval als zodanig geen verdere (werknemersbeschermende) vereisten. De rechter heeft echter in algemene zin wel de ruimte om, als gedraaid is met de vernietiging, de vernietiging op de voet van art. 3:53 lid 2 BW *desgevraagd* geheel of ten dele haar werking te ontzeggen. De werknemer

dient zijn verlangen tot gebruikmaking van deze ruimte – anders dan bij rechterlijke toetsing van de onverwijldheidsvereisten bij het ontslag op staande voet – in rechte kenbaar te maken.¹⁰

Civielrechtelijk gevolgen – Gevolgen van een door de werkgever verleend ontslag op staande voet zijn (i) dat de arbeidsovereenkomst en daarmee de loondoorbetaling onmiddellijk eindigt, (ii) dat de werknemer – indien sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten – geen transitievergoeding ontvangt en (iii) dat de werknemer, die door opzet of schuld een dringende reden heeft gegeven, jegens de werkgever schadeplichtig is.¹¹

In geval van bedrog is het meest ingrijpende gevolg voor de werknemer dat de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht en buitengerechtelijk wordt vernietigd. De arbeidsovereenkomst wordt geacht nooit te hebben bestaan en de verrichte prestaties – die zonder enige rechtsgrond zijn verricht – moeten ongedaan worden gemaakt. De werknemer zal het ontvangen loon moeten terugbetalen en de werkgever moet, voor zover dit redelijk is, de waarde van de arbeid vergoeden.¹² Acht de rechter het gevolg van de terugwerkende kracht te ingrijpend, dan kan de vernietiging *desgevraagd* geheel of ten dele haar werking worden ontzegd.

Sociaalverzekeringsrechtelijke aspecten – De werknemer die op staande voet is ontslagen kan in de regel geen aanspraak maken op een WW-uitkering omdat sprake is van verwijtbaar werkloos worden in de zin van art. 24 lid 2 sub a WW. Verwijtbaar werkloos worden vereist aanwezigheid van een dringende reden als bedoeld in art. 7:678 BW én dat de werknemer ter zake een verwijt kan worden gemaakt. De werknemer die zich geconfronteerd ziet met buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst heeft juridisch gezien nooit een arbeidsovereenkomst gehad.¹³ Kan in dat geval wel aanspraak worden gemaakt op een WW-uitkering?

Voorstelbaar is dat het UWV in geval van vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog het standpunt inneemt dat geen aanspraak kan worden gemaakt op een uitkering, aangezien geen privaatrechtelijke dienstbetrekking heeft bestaan of dat niet is voldaan aan de referentie-eis.¹⁴

Verder zou het UWV het standpunt kunnen innemen dat de werknemer verwijtbaar werkloos is geworden. Dit standpunt kan worden onderbouwd met het feit dat bedrog kwalificeert als dringende reden in de zin van art. 7:678 lid 2 aanhef en onder a BW en verwijtbaarheid is gegeven met het opzettelijke karakter van het bedrog. Bovendien is voor toepassing van art. 24 lid 2 sub a WW niet vereist dat de werknemer daadwerkelijk op staande voet is ontslagen. Voldoende is dat het bedrog als dringende reden is aan te merken.¹⁵

2 HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:213, r.o. 3.2.1.

3 Een derde optie is de rechterlijke route van ontbinding als bedoeld in art. 7:671b BW.

4 Jac. Hijma, commentaar op art. 3:44 BW, in: *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, aant. 5.

5 Art. 7:677 lid 1 BW.

6 S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet*, Monografieën Sociaal Recht nr. 58, Deventer: Kluwer 2013, par. 2.8.

7 Conclusie A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2019:1067, r.o. 3.48 bij HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:213.

8 Zie recentelijk Rb. Den Haag 30 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:763.

9 Art. 3:52 lid 1 onder c BW.

10 Jac. Hijma, commentaar op art. 3:53 BW, in: *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, aant. 2.

11 Art. 7:677 lid 2 BW.

12 Conclusie A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2019:1067, r.o. 3.51 bij HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:213.

13 Een andere relevante vraag – die buiten het bestek van deze noot valt – is hoe na vernietiging van de arbeidsovereenkomst om moet worden gegaan met de reeds afgedragen premies en loonbelastingen.

14 Art. 3 lid 1 WW en art. 17 lid 1 WW.

15 G.C. Boot, commentaar op art. 24 WW, in: *Tekst en Commentaar Arbeidsrecht*, aant. 8.

Combinatie in de praktijk

Is het in de praktijk aan te bevelen om het ontslag op staande voet met buitengerechtelijke vernietiging wegens bedrog (of vice versa) te combineren?

Ontslag op staande voet voorafgaand aan de buitengerechtelijke vernietiging wegens bedrog – De werkgever die aanvangt met het verlenen van het ontslag op staande voet zal, indien de werknemer de opzegging in rechte aanvecht, moeten aantonen dat (i) aan de onverwijldheidsvereisten (verlening ontslag en mededeling reden) is voldaan, (ii) een dringende reden aanwezig is en (iii) indien hij aanspraak wenst te maken op de gefixeerde schadeloosstelling, de dringende reden door opzet of schuld is gegeven.

Verzoekt de werknemer met succes vernietiging van de opzegging,¹⁶ dan heeft dat tot gevolg dat de werknemer in dienst is gebleven en de werkgever het achterstallig loon inclusief wettelijke rente en wettelijke verhoging verschuldigd is. In plaats van vernietiging kan de werknemer verzoeken tot toekenning van een billijke vergoeding, de transitievergoeding ex art. 7:673 BW en de gefixeerde schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging ex art. 7:672 lid 11 BW.

De werkgever zou – ter voorkoming van problemen omtrent de onverwijldheid of de volledigheid van de formulering van de dringende reden – de (voorwaardelijke¹⁷) buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst ná het verlenen van het ontslag op staande voet kunnen invoeren. Dat betekent dan echter wel dat de arbeidsovereenkomst geacht wordt nooit te hebben bestaan en de werkgever – buiten het onverschuldigd betaalde loon – niets meer van werknemer uit hoofde van de arbeidsovereenkomst te vorderen heeft.¹⁸ Dat kan anders zijn indien de rechter op verzoek van een der partijen oordeelt dat de vernietiging niet slaagt of (ten dele) haar werking moet worden ontzegd.

De werknemer kan op zijn beurt, gelet op de terugwerkende kracht van de vernietiging, niets meer van de werkgever vorderen. Denkbaar is zelfs dat een verzoek ex art. 7:681 lid 1 sub a BW, ten gevolge van de buitengerechtelijke vernietiging, bij gebreke van een arbeidsovereenkomst, niet-ontvankelijk wordt verklaard indien het verzoek is ingediend en de werkgever daarvoor of kort na indiening is overgegaan tot het invoeren van de vernietiging. Om die redenen is sterk aan te bevelen dat de werknemer het ontslag op staande voet en de buitengerechtelijke vernietiging wegens bedrog gezamenlijk en gelijktijdig in rechte aanvecht.

Buitengerechtelijke vernietiging wegens bedrog voorafgaand aan het ontslag op staande voet – De werkgever die aan-

vangt met het invoeren van de buitengerechtelijke vernietiging wegens bedrog kan daarna strikt genomen geen rechtsgeldig ontslag op staande voet meer verlenen, nu de terugwerkende kracht van vernietiging met zich brengt dat de arbeidsovereenkomst geacht wordt nooit te hebben bestaan. Ook hier geldt derhalve dat werkgever en werknemer in beginsel niets uit hoofde van de arbeidsovereenkomst kunnen vorderen, maar dat de werkgever in beginsel wel het reeds onverschuldigd uitbetaalde salaris kan terugvorderen, tenzij de redelijkheid met zich brengt dat de waarde van de arbeid moet worden vergoed.¹⁹

Desalniettemin doet de werkgever er in de praktijk goed aan om de buitengerechtelijke vernietiging wegens bedrog te combineren met het onverwijld verlenen van een ontslag op staande voet, al dan niet onder de voorwaarde dat de buitengerechtelijke vernietiging wegens bedrog in rechte geen stand houdt. Daarmee wordt voorkomen dat de werkgever uiteindelijk met (bijna²⁰) lege handen komt te staan, omdat (i) het ontslag op staande voet door het verstrijken van tijd niet meer onverwijld kan worden verleend, (ii) de rechter oordeelt dat geen sprake is van bedrog ex art. 3:44 lid 3 BW en het beroep op vernietiging dus niet slaagt en/of (iii) geoordeeld wordt dat de vernietiging geheel haar werking moet worden ontzegd.

Is wel sprake van bedrog, maar is te veel tijd verstreken tussen de ontdekking van het bedrog en de actie van de werkgever, dan ligt de combinatie van buitengerechtelijke vernietiging wegens bedrog met een voorwaardelijk ontbindingsverzoek voor de hand. Daarmee voorkomt de werkgever mogelijk dat hij – ingeval in rechte vast komt te staan dat de buitengerechtelijke vernietiging geen stand houdt – na lang procederen wordt veroordeeld tot uitbetaling van het achterstallig loon plus wettelijke rente en wettelijke verhoging over een lange periode.

Afsluiting

Bedrog in de zin van art. 3:44 lid 1 BW zou naar aanleiding van dit arrest uit kunnen groeien tot een vernietigingsgrond die voor de arbeidsrechtpraktijk van betekenis kan zijn. Let wel: het feitencolplex moet zich hiervoor lenen en de vernietiging moet op zorgvuldige wijze gecombineerd worden met een andere ontslagvorm.

mr. Y. Bijloo

Windt Le Grand Leeuwenburgh Advocaten

16 Waarvoor op basis van art. 7:686a lid 4 aanhef en onder a BW een strikte vervaltermijn geldt. Het één minuut te laat (om 00:01 uur) ingediende verzoek van een werknemer werd niet-ontvankelijk verklaard. Zie Rb. Midden-Nederland 31 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1803.

17 Voorwaardelijk voor het geval (i) dat het beroep van de werknemer op vernietiging van het ontslag op staande voet in rechte slaagt of (ii) dat het verzoek van werknemer tot toekenning van schadevergoeding wegens het onterechte ontslag wordt ingediend. In de vermogensrechtelijke literatuur bestaat discussie over de vraag of voorwaardelijke vernietiging tot de mogelijkheden behoort, zie bijvoorbeeld C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling*, Onderneming en recht nr. 89, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 2.4.2.

18 Aanspraak op de wettelijke schadeloosstelling ex 7:677 lid 2 BW bestaat na vernietiging niet meer. Ook voor het in rechte afdwingen van deze schadeloosstelling geldt de vervaltermijn van twee maanden ex art. 7:686a lid 4 aanhef en onder a BW.

19 In dat geval zal het onverschuldigd betaalde loon waarschijnlijk direct met het gemeenschappelijk beloop van de waarde van de arbeid worden verrekend.

20 Indien de werknemer verwijtbaar heeft gehandeld, maar geen sprake is van bedrog, kan de werkgever een ontbindingsverzoek ex art. 7:671b BW jo. art. 7:669 lid 1 aanhef en lid 3 sub e BW indienen.