

Bedrog bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst

TRA 2022/58

In dit artikel bespreken de auteurs de ‘bedrog-beschikking’ van de Hoge Raad. Zij gaan aan de hand van deze beschikking in op de vraag welke ontslagbescherming een werknemer toekomt wiens arbeidsovereenkomst met een beroep op bedrog wordt vernietigd. Daartoe onderzoeken zij hoe (buitengerechtigde) vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog zich verhoudt tot de bescherming van het ontslagrecht. Ze onderzoeken vervolgens of, en zo ja, in hoeverre, de discrepanties met behulp van het algemene vermogens- en verbintenissenrecht ongedaan gemaakt kunnen worden.

1. Inleiding

Van verschillende leerstukken uit het algemene vermogens- en verbintenissenrecht is inmiddels duidelijk dat deze doorwerken in het arbeidsrecht. Gedacht kan worden aan de wilsvertrouwensleer of de ontbindende voorwaarde. Over de vraag of de arbeidsovereenkomst door de werkgever kan worden beëindigd met een beroep op bedrog, had de Hoge Raad zich vóór 2020 nog niet uitgelaten. Bij de beantwoording van die vraag speelt de verenigbaarheid van (buitengerechtigde) vernietiging van de arbeidsovereenkomst met de beschermingsgedachte van het bijzondere stelsel van het ontslagrecht een belangrijke rol.

In dit artikel staat de ‘bedrog-beschikking’ van de Hoge Raad uit 2020 centraal. In deze beschikking oordeelde de Hoge Raad (samengevat) dat de werkgever de arbeidsovereenkomst (buitengerechtigd) kan vernietigen indien een werknemer bedrog heeft gepleegd bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. In dit artikel bespreken wij de ontslagbescherming die een werknemer toekomt indien hij bedrog pleegt bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Hiertoe zullen wij eerst de kaders van ‘bedrog’ en het ‘ontslagrecht’ schetsen, waarna we de leerstukken aan elkaar spiegelen. Op die manier kunnen de verschillen tussen de twee stelsel worden geduid, en kan worden gezien hoe eventuele discrepanties met behulp van het algemene vermogens- en verbintenissenrecht ongedaan gemaakt kunnen worden.

2. Bedrog

Bij het sluiten van een overeenkomst moet er sprake zijn van een wil en een verklaring die met elkaar overeenstem-

men, zo bepaalt art. 3:33 BW. De term ‘wilsgebrek’ geeft aan dat iemand een rechtshandeling verricht, terwijl zijn wil daartoe op onregelmatige wijze tot stand is gekomen. In de wet zijn vier wilsgebreken erkend: dwaling (art. 6:228 BW), bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW).

Van bedrog is sprake indien iemand een ander opzettelijk aanzet tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling door enige opzettelijk daartoe gedane onjuiste mededeling, door het opzettelijk daartoe verzwijgen van een bepaald feit dat de verzwijger verplicht was mede te delen, of door een andere kunstgreep (art. 3:44 lid 3 BW). Voor bedrog is vereist dat de bedrieger de ander opzettelijk (*willens en wetens*) misleidt. Een mededeling waarvan men meent dat deze juist is, levert geen bedrog op, zelfs niet als is gebleken dat de mededeling onjuist was. Dit subjectieve opzetvereiste maakt een geslaagd beroep op bedrog in de praktijk lastig.²

Indien een overeenkomst tot stand komt onder invloed van bedrog, is zij vernietigbaar. Daarvoor is niet vereist dat de betrokkene is benadeeld.³ De overeenkomst kan worden vernietigd door een buitengerechtigde verklaring of door een rechterlijke uitspraak. Bij vernietiging van de overeenkomst geldt het uitgangspunt dat deze terugwerkt tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht (art. 3:53 lid 1 BW). Oftewel: achteraf beschouwd wordt de overeenkomst geacht nooit tot stand te zijn gekomen. Dit brengt met zich dat eventueel reeds verrichte prestaties achteraf gezien onverschuldigd verricht zijn en deze ongedaan moeten worden gemaakt (art. 6:203 e.v. BW). Hierin schuilt een moeilijkheid: niet elke prestatie is immers zomaar ongedaan te maken. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan reeds verrichte arbeid. Als de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling slechts *be-zwaarlijk* ongedaan gemaakt kunnen worden, dan biedt art. 3:53 lid 2 BW de rechter de mogelijkheid om desgevraagd aan een vernietiging geheel of ten dele haar werking te ontzeggen. Zo kan de rechter bepalen dat er geen verplichting tot restitutie bestaat, of slechts een gedeeltelijke. Als de aard van de prestatie uitsluit dat deze ongedaan kan worden gemaakt – zoals bij het verrichten van arbeid het geval is –, dan bepaalt art. 6:210 lid 2 BW dat vergoeding van de waarde van de prestatie daarvoor in de plaats treedt, voor zover dit redelijk is.

¹ Mr. Y.L. (Yillis) Smit en mr. C.M. (Margriet) van der Velden-Rijnsburger zijn beiden advocaat bij Boontje Advocaten & Mediators te Amsterdam. De auteurs bedanken prof. mr. C.L. (Cees) Loonstra voor zijn commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

² J. Hijma, Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, Bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden bij: Burgerlijk Wetboek Boek 3, Art. 44, Deventer: Kluwer 2019.

³ HR 19 januari 2001, NJ 2001, 159 (*Clemens/Schüring*) en HR 4 september 2009, LjN BH7854, NJ 2009, 398 (*Van Eendenburg/De Alternatieve*).

3. Het bijzondere stelsel van het ontslagrecht

De bijzondere balans tussen ongelijkheidscompensatie en het institutionele aspect kenmerken het arbeidsrecht en rechtvaardigen een afzonderlijke behandeling van de arbeidsovereenkomst in Boek 7 BW. Relevante wettelijke bepalingen uit de Boeken 3 en 6 BW werken door in Titel 7.10 BW 'voor zover de aard van de rechtshandeling of de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet', zo volgt uit de schakelbepalingen. Omdat in veruit de meeste arbeidsrechtelijke artikelen niets staat vermeld over de mogelijkheid van doorwerking, rijst regelmatig de vraag in welke mate de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst verenigbaar is met doorwerking van de betreffende algemene privaatrechtelijke bepaling.⁴

Uit de regels van samenloop volgt dat vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens een algemeen privaatrechtelijk wilsgebrek mogelijk is, tenzij dit strijdig is met het bijzondere stelsel van het ontslagrecht. In de literatuur bestond er voor de 'bedrog-beschikking' in grote lijnen overeenstemming dat vernietiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever wegens een wilsgebrek zoals bedrog in beginsel mogelijk is, en dat dit op zichzelf geen strijd met het systeem of de strekking van het ontslagrecht oplevert. Wel wordt door diverse auteurs steeds benadrukt dat de rechter aan wie de vernietiging van de arbeidsovereenkomst wordt voorgelegd, rekening moet houden met de arbeidsrechtelijke context van het geschil en de daarin besloten werknemersbescherming.⁵

Ook in de feitenrechtspraak lijkt ervan uit te worden gegaan dat vernietiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever wegens een wilsgebrek in beginsel mogelijk is. Zo is een aantal uitspraken geweest waarin de rechter impliciet of expliciet aanneemt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst op grond van wilsgebreken kan vernietigen.⁶ Er werd ook wel als extra eis gesteld dat (buitengerechtigde) vernietiging van de arbeidsovereenkomst alleen mogelijk zou zijn indien de arbeidsovereenkomst 'vrijwel geheel nutteloos is gebleken'.⁷ Die 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.⁸

4. De bedrog-beschikking

In deze zaak oordeelde de Hoge Raad voor het eerst over de situatie waarin een werkgever de arbeidsovereenkomst buitengerechtigd had vernietigd wegens bedrog.⁹

De werkneemster in kwestie, die werkte als Directeur Zorg en ook benoemd was als statutair directeur, had bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst gelogen over haar CV. Anders dan vermeld in haar CV, had zij geen specialisatieopleidingen genoten en was zij evenmin lid van drie specialisatieverenigingen. Ook bleek zij te hebben gelogen over haar arbeidsverleden. Dit alles maakte dat de werkgever de arbeidsovereenkomst met de werkneemster buitengerechtigd vernietigde wegens bedrog.

De kantonrechter oordeelde dat vernietiging van een arbeidsovereenkomst wegens bedrog alleen mogelijk zou zijn als de arbeidsovereenkomst na ontdekking van het bedrog *geheel nutteloos blijkt te zijn geworden*. Daarvan was volgens de kantonrechter geen sprake.¹⁰ Het hof bekrachtigde dit oordeel en overwoog daartoe dat deze extra eis voor vernietiging gelegen was in de bescherming van de werknemer als zwakkere partij in het arbeidsrecht. Het hof concludeerde dat sprake was van bedrog aan de zijde van de werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, maar dat de feiten er niet (zonder meer) toe leidden dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos was.¹¹

Naar aanleiding van het ingestelde cassatieberoep gaat A-G De Bock in een lezenswaardige conclusie uitgebreid in op de vraag of, en zo ja, in hoeverre het ontslagrecht zich in haar optiek verzet tegen de (buiten)gerechtelijke vernietiging van een arbeidsovereenkomst door de werkgever op grond van een wilsgebrek. De Bock bepleit dat in aansluiting op de jurisprudentie over de toelaatbaarheid van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst moet worden onderzocht of in *het concrete geval* toepassing van het leerstuk van vernietiging wegens bedrog in strijd komt met het systeem of de strekking van het ontslagrecht. Met andere woorden: vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog is volgens De Bock mogelijk, indien het de ontslagbescherming van de

4 Zie uitgebreid over doorwerking van het algemene vermogensrecht in het arbeidsrecht: G.C. Boot, 'Privatisering van het arbeidsrecht?', *TRA* 2020/89.

5 Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2019:1067, en de in voetnoot 26 aangehaalde literatuur.

6 Zie o.a. Rb. Noord-Holland 29 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4968, Vzr. Rb. Rotterdam 15 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4196; Hof Amsterdam 7 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ8985; Rb. Arnhem 7 oktober 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ954; Ktr. Amersfoort 29 oktober 2008, *JAR* 2008/298; Hof Amsterdam 21 juni 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BD4020; Ktr. Deventer 11 december 2003, *JAR* 2004/5, m.nt. E. Verhulp en *JOR* 2004/117, m.nt. E. Loesberg; Ktr. Tilburg 8 februari 2001, *JAR* 2001/74.

7 Zie bijvoorbeeld Ktr. Alphen aan den Rijn 27 januari 2009, *JAR* 2009/59, r.o. 6.3 en Ktr. Leeuwarden 7 juni 2011, ECLI:NL:RBLLE:2011:BQ7567, *JAR* 2011/199, m.nt. R.L. van Heusden.

8 Zie uitgebreid: M. van Eck, 'De invloed van wilsgebreken in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2001/16.

9 In het arrest *Van Smeden/VCOZ* (HR 3 november 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB6776) was er sprake van buitengerechtigde vernietiging van de arbeidsovereenkomst vanwege dwaling door de werknemer. Dit wordt minder problematisch geacht, omdat vernietiging door de werknemer geen strijd oplevert met de beschermingsgedachte van het ontslagrecht.

10 Rb. Zeeland-West-Brabant 12 januari 2018. De uitspraak is niet gepubliceerd.

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

werknemer niet aantast of ondermijnt. Dat zal van geval tot geval moeten worden getoetst.¹²

De Bock noemt in haar conclusie vervolgens vijf elementen die van belang zijn bij die toets, te weten: (i) buitengerechtelijke vernietiging; (ii) de omstandigheid dat de dringende reden van art. 7:677 BW niet precies dezelfde toetsingsmaatstaf oplevert als die van een wilsgebrek; (iii) het vereiste dat een ontslag op staande voet onverwijld moet plaatsvinden, en dit niet vereist is bij vernietiging vanwege een wilsgebrek; (iv) de terugwerkende kracht van de vernietiging; en (v) de toepasselijkheid van eventuele opzeggverboden. De Bock concludeert dat de werkgever in principe een arbeidsovereenkomst wegens bedrog moet kunnen vernietigen, maar dat aan de hand van vernoemde vijf elementen in elk concreet geval bezien moet worden of de vernietiging leidt tot strijd met het systeem of de strekking van het ontslagrecht. De Bock overweegt voorts, onder verwijzing naar jurisprudentie en het wettelijk systeem van vernietiging, 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'.¹³

Anders dan De Bock, overweegt de Hoge Raad dat (i) buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever mogelijk is, (ii) het wettelijk stelsel van het ontslagrecht daaraan niet in de weg staat omdat dat niet strekt tot bescherming van een werknemer die bedrog pleegt bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst, en (iii) het slagen van een beroep op vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog niet afhankelijk mag worden gesteld van de voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst (vrijwel) geheel nutteloos is gebleken.

De Hoge Raad wijst daarbij wel op een drietal mogelijkheden om in een concreet geval maatwerk te leveren met betrekking tot de gevolgen van die vernietiging. Allereerst wijst hij op art. 3:52 lid 2 BW, waarmee de rechter desgevraagd de vernietiging geheel of ten dele aan haar werking kan ontzeggen indien de reeds ingetreden gevolgen van de arbeidsovereenkomst bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden. Ook verwijst de Hoge Raad expliciet naar Afdeling 2 van Titel 4 van Boek 6 BW, op grond waarvan de ongedaanmakingsverbintenissen bij onverschuldigde betaling toe kunnen worden gesneden op de feiten en omstandigheden van het voorliggende geval. Tot slot wijst de Hoge Raad erop dat een beroep van de werkgever op vernietiging van de arbeidsovereenkomst vanwege bedrog naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn (art. 6:248 lid 2 BW).¹⁴

5. Ontslagbescherming voor bedriegende werknemer

Volledige eliminatie ontslagbescherming?

Uit de bedrog-beschikking volgt dat de arbeidsovereenkomst vernietigd kan worden wegens bedrog en dat daarbij niet vereist is dat de arbeidsovereenkomst vrijwel geheel nutteloos geworden is. Het ontslagrecht strekt immers niet tot bescherming van een werknemer die bedrog pleegt bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst, aldus de Hoge Raad. De betreffende overweging doet de vraag rijzen of de bedriegende werknemer in het geheel geen recht heeft op ontslagbescherming. Een totaal gebrek aan ontslagbescherming lijkt niet het geval, gelet op de drie aangereikte handvatten om de gevolgen van de vernietiging te beperken of zelfs te blokkeren in het geval van vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog. Dit had niet voor de hand gelegen indien de bedriegende werknemer geen ontslagbescherming zou toekomen.

Volledige eliminatie van ontslagbescherming voor de bedriegende werknemer doet naar onze opvatting ook geen recht aan de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst, en dan met name aan het fundamentele karakter van werknemersbescherming in het arbeidsrecht. Wat ons betreft kan niet zonder meer worden aangenomen dat de werknemer die bedrog pleegt bij het aangaan van zijn arbeidsovereenkomst niet juridisch ondergeschikt en/of economisch afhankelijk van zijn werkgever zou zijn. De aard of kwalijkheid van het bedrog kan de ontslagbescherming in onze visie evenmin elimineren. Diverse dringende redenen die in art. 7:678 lid 2 BW genoemd staan zijn immers zonder meer kwalijk of ernstig te noemen, terwijl een werknemer bij een ontslag op staande voet in verregaande mate ontslagbescherming toekomt.

De stelling zou nog kunnen worden opgeworpen dat volledige eliminatie van de ontslagbescherming mogelijk gerechtvaardigd is in het geval van bedrog bij *het aangaan* van de arbeidsovereenkomst. Die stelling verwerpen wij, nu art. 7:678 lid 2 sub a BW de situatie beschrijft waarin de werknemer "*de werkgever bij het sluiten van de overeenkomst heeft misleid*". Niet valt in te zien waarom bedrog bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst de bescherming van het ontslagrecht zou elimineren of in verregaande mate zou beperken, terwijl bij misleiding bij het aangaan de bescherming van het ontslagrecht wel ten volste geldt.

Gelet op het voorgaande kan uit de overweging van de Hoge Raad wat ons betreft niet worden afgeleid dat de bedriegende werknemer in het geheel geen ontslagbescherming toekomt. Wij menen dat een bedriegende werknemer dus nog steeds ontslagbescherming toekomt bij vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog.

¹² Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2019:1067, par. 3.35.

¹³ Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2019:1067, par. 3.38.

¹⁴ HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:213.

Bepaling van de ontslagbescherming

Een vraag die in dat verband rijst is welke ontslagbescherming de werknemer toekomt die zich schuldig maakt aan bedrog bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst en, in het verlengde daarvan, hoe deze bescherming een werknemer toekomt.

Voor wat betreft de vraag welke ontslagbescherming de werknemer toekomt wiens arbeidsovereenkomst wegens bedrog wordt vernietigd, menen wij met De Bock dat het meest voor de hand ligt om aan te sluiten bij de bescherming die de regeling van het ontslag op staande voet biedt (art. 7:677 BW e.v.).¹⁵ Omdat een vernietigde arbeidsovereenkomst geacht wordt nooit te hebben bestaan, kan de bedriegende werknemer echter niet *direct* bescherming ontleen uit de beschermende bepalingen uit Boek 7, Titel 10. Er zal dus op een andere manier aansluiting moeten worden gezocht bij de bescherming van de regeling van het ontslag op staande voet.

Die aansluiting kan wat ons betreft worden gevonden in het drietal mogelijkheden dat de Hoge Raad aan de rechter aandraagt om de vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog (geheel) te beperken:

- Een beroep van de werkgever op vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (art. 6:248 lid 2 BW).
- De gevolgen van vernietiging kunnen geheel of ten dele worden ontzegd als de reeds ingetreden gevolgen van de arbeidsovereenkomst bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden (art. 3:53 lid 2 BW).
- De verplichtingen die beide partijen hebben om ongedaan te maken wat uit hoofde van de arbeidsovereenkomst onverschuldigd betaald is kan worden toegesneden op de feiten en omstandigheden van het geval (art. 6:203 e.v.).

Met voornoemde handvatten kan aansluiting worden gezocht bij de regeling van het ontslag op staande voet. Op die manier kan in het algemeen vermogens- en verbintenrechtelijke leerstuk van vernietiging rekening gehouden worden met de 'arbeidsrechtelijke context van het geschil', waar in de literatuur veelvuldig op werd gewezen. De vraag die vervolgens rijst is of deze drie mogelijkheden de bedriegende werknemer afdoende (ontslag)bescherming bieden.

6. Vernietiging wegens bedrog versus een ontslag op staande voet: zoek (en beperk) de verschillen

In deze paragraaf zetten wij schematisch uiteen wat er materieelrechtelijk en bewijsrechtelijk geldt bij vernietiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever wegens bedrog van de werknemer, en vergelijken we dit met

de procedure die geldt bij een ontslag op staande voet. Op die manier kan worden vergeleken of, en zo ja, in hoeverre de ontslagbescherming van een werknemer wiens arbeidsovereenkomst wordt vernietigd wegens bedrog verschilt van de ontslagbescherming van een werknemer wiens arbeidsovereenkomst wordt opgezegd door middel van ontslag op staande voet. Indien er een discrepantie is bezien we of de door de Hoge Raad aangereikte handvatten het verschil kunnen mitigeren.¹⁶

(i) Buitengerechtelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst

De eerste vraag die kan worden opgeworpen, is of buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever minder ontslagbescherming oplevert dan een opzegging wegens een ontslag op staande voet, omdat er bij buitengerechtelijke vernietiging geen sprake is van een voorafgaande rechterlijke toetsing. Die vraag kan ontkennend worden beantwoord. Ook bij ontslag op staande voet is er immers geen sprake van een voorafgaande rechterlijke toets (art. 7:671 lid 1 sub c BW). Van een (onverenigbare) discrepantie tussen de twee regimes is op dit punt dan ook geen sprake.

(ii) **Toetsingsmaatstaf: dringende redenen versus bedrog**
Voor een geslaagd beroep op bedrog 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. Dit is een tamelijk hoge lat. Op voorhand is niet in te zien dat de drempel voor bedrog (wanneer is er sprake van *bedrog*?) lager is dan de drempel die geldt voor een dringende reden (wanneer is er sprake van een *dringende reden* ex art. 7:677 BW?). De opsomming uit art. 7:678 lid 2 BW is immers niet-limitatief. Bovendien wordt het misleiden van de werkgever (een vorm van bedrog) in art. 7:678 lid 2 aanhef en onder a BW expliciet genoemd.

Aannemelijk is dat de meeste handelingen of gedragingen die een geslaagd beroep op bedrog bewerkstelligen ook een dringende reden opleveren. Dit zal niet in elk geval zo zijn. Denk aan de situatie waarin een werknemer die enkele jaren geleden een burn-out heeft gehad, bij de sollicitatie voor een nieuwe baan ontkennend antwoordt op de vraag of er nog bijzonderheden zijn. Indien de werknemer na een periode opnieuw uitvalt wegens soortgelijke klachten, kan de werkgever de arbeidsovereenkomst mogelijk vernietigen wegens bedrog bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. In zo'n situatie zal er waarschijnlijk geen sprake zijn van een dringende reden. In dat soort gevallen zou de redelijkheid en billijkheid een geslaagd beroep op bedrog kunnen beletten (art. 6:248 BW).

¹⁵ Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2019:1067, par. 3.12-3.16.

¹⁶ Vgl. concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2019:1067 die bij haar toets eenzelfde vergelijking uitvoert.

(iii) **Eis van onverwijldheid**

Voor vernietiging van de arbeidsovereenkomst op grond van bedrog is niet vereist dat de werkgever de arbeidsovereenkomst *onverwijld* vernietigt, terwijl bij ontslag op staande voet vereist is dat de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden *onverwijld* wordt opgezegd en de dringende reden *onverwijld* wordt medegedeeld. Bij vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog is de werkgever slechts gebonden aan een verjaringstermijn van drie jaar, die bovendien kan worden gestuit (art. 3:52 lid 1 sub c BW). De werknemer kan daardoor langer in onzekerheid over zijn rechtspositie verkeren.

Snijders (en in lijn met hem, De Bock) betogen dat het verlies aan mogelijke bescherming voor de werknemer in verband met de onverwijldheid desgevraagd door de rechter kan worden beperkt met een beroep op art. 3:53 lid 2 BW.¹⁷ Op grond van dat artikel kan de rechter, als in een concreet geval wordt aangenomen dat de werknemer niet dezelfde bescherming heeft genoten als bij opzegging wegens dringende reden, de werking van de vernietiging geheel of gedeeltelijk ontzeggen. Het is dan mogelijk om de werking van de vernietiging van de arbeidsovereenkomst te beperken tot de toekomst, waarmee de discrepantie met de eis van onverwijldheid van art. 7:677 lid 1 BW tot aanvaardbare proporties wordt teruggebracht, en er geen ongewenste doorkruising van de regeling van het ontslag op staande voet zou zijn, aldus De Bock en Snijders.

De vraag is of dit voldoende compensatie biedt voor het verlies aan ontslagbescherming. Het gevolg van het ontbreken van de onverwijldheid verschilt in beide procedures aanzienlijk, zelfs indien de rechter op grond van art. 3:53 lid 2 BW de vernietiging beperkt tot de toekomst. Immers, indien bij een ontslag op staande voet niet onverwijld is opgezegd en/of de werkgever de werknemer niet onverwijld mededeling heeft gedaan van de opzegging, dan geldt dat het ontslag op staande voet als gevolg daarvan geen stand houdt. De rechter zal gehouden zijn de opzegging te vernietigen, of kan een billijke vergoeding toekennen. Daar is bij bedrog geen sprake van; indien de onverwijldheid ontbreekt, kan de rechter de arbeidsovereenkomst alsnog vernietigen. Wij menen dat de ontslagbescherming van de werknemer in die situatie wordt ondermijnd. Dit zou mogelijk op te lossen zijn indien zou worden geoordeeld dat vernietiging van de arbeidsovereenkomst vanwege bedrog in die situaties naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW).

(iv) **Terugwerkende kracht vernietiging**

Bij vernietiging van de (arbeids)overeenkomst vanwege bedrog geldt het uitgangspunt dat deze terugwerkt tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht (art. 3:53 lid 1 BW). Achteraf beschouwd is de overeenkomst nooit tot stand gekomen. Dit brengt met zich dat eventueel reeds verrichte prestaties (zoals betaling van het loon) achteraf bezien onverschuldigd verricht zijn en deze ongedaan moeten worden gemaakt, zoals is toegelicht onder 2. Bij ontslag op staande voet geldt dit niet: de arbeidsovereenkomst bestaat tot het moment dat deze wegens een dringende reden is beëindigd en van enige onverschuldigde betaling is dan ook geen sprake.

Art. 3:52 lid 2 BW biedt de rechter de mogelijkheid om dit verschil te overbruggen. Op grond van dat artikel kan de rechter bepalen dat de werknemer de door hem ontvangen bedragen niet of slechts gedeeltelijk hoeft te restitueren. Zo kan de rechter de plicht voor de werknemer om het door hem ontvangene terug te betalen zodanig beperken dat de werknemer alleen gehouden is datgene terug te betalen wat hij heeft ontvangen na de vernietigingshandeling, waarmee de situaties van vernietiging van de arbeidsovereenkomst en ontslag op staande voet op basis van art. 3:52 lid 2 BW gelijkgetrokken worden.

Ten aanzien van het onverschuldigd betaalde loon geldt dat dit in beginsel kan worden afgestreept tegen de door de werknemer onverschuldigd geleverde arbeid, die onmogelijk ongedaan kan worden gemaakt. De werkgever zal de waarde van de onverschuldigd verrichte arbeid immers uit hoofde van art. 6:210 lid 2 BW aan de werknemer moeten vergoeden. Van Vliet merkte in dit tijdschrift eerder op dat de uitspraak van de Hoge Raad ruimte biedt voor het verwijzende hof om tot het oordeel te komen dat slechts een deel van het loon moet worden terugbetaald, waarbij bijvoorbeeld rekening gehouden wordt met de 'minderwaarde' van de arbeid vanwege het ontbreken van de opleidingen waarover de werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst gelogen had.¹⁸ Omdat deze mogelijkheid niet bestaat bij ontslag op staande voet, dient een rechter wat ons betreft terughoudend met deze mogelijkheid om te gaan.

Overigens heeft de terugwerkende kracht van vernietiging van de arbeidsovereenkomst niet alleen arbeidsrechtelijke consequenties. Dekker signaleerde eerder al problemen die zich op sociaalverzekeringsrechtelijk en op pensioenrechtelijk vlak kunnen voordoen. Omdat de werknemer, achteraf bezien, geen werknemer is geweest, is hij ook niet verzekerd geweest voor de werknemersverzekeringen en heeft hij ten onrechte deelgenomen aan de pensioenregeling. De afgedragen premies kunnen door de werknemer weliswaar worden teruggevorderd bij UWV

17 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. 14; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2019:1067.

18 E. van Vliet, annotatie bij HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:213, TRA 2020/36.

en de pensioenuitvoerder, doch de waarde daarvan is waarschijnlijk onvoldoende om het pensioengat te dichten en de gevolgen van werkloosheid te compenseren.¹⁹

(v) **De toepasselijkheid van eventuele opzegverboden**

Een vijfde mogelijke discrepantie is de toepasselijkheid van de opzegverboden. Met uitzondering van de 'tijdens'-opzegverboden geldt immers dat de opzegverboden 'gewoon' gelden in het geval van een ontslag op staande voet, terwijl opzegverboden bij vernietiging wegens bedrog geen rol spelen. Gedacht kan worden aan een werknemer die liegt over diens medische situatie, door bij het aangaan van de arbeidsrelatie (desgevraagd) te verzwijgen dat hij een chronische ziekte heeft. De Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte belyt in zo'n geval een rechtsgeldig ontslag op staande voet, terwijl de arbeidsovereenkomst wel wegens bedrog kan worden vernietigd.

In concrete gevallen, waarin een opzegverbod een rol speelt, kan vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog in onze optiek onverenigbaar zijn met de strekking van de opzegverboden, die werknemers in kwetsbare posities beschermen. In onze optiek zou de rechter daarom in elk concreet geval moeten bepalen of er sprake is van een 'wegens'-opzegverbod. Indien er een 'wegens'-opzegverbod speelt, dient wat ons betreft de conclusie te volgen dat de vernietiging van de arbeidsovereenkomst niet verenigbaar is met de strekking van het ontslagrecht: de redelijkheid en billijkheid verzetten zich dan tegen vernietiging (art. 6:248 lid 2 BW). Een andere conclusie zou ertoe leiden dat de werkgever de werking van de opzegverboden buitenspel kan zetten door te kiezen voor vernietiging van de arbeidsovereenkomst in plaats van voor ontslag op staande voet. Voor 'tijdens'-opzegverboden is deze noodzaak er in onze optiek niet, omdat deze (ook) niet gelden bij een ontslag op staande voet (art. 7:670a lid 2 aanhef en sub c BW).

(vi) **De bewijspositie van de werkgever**

Verder kan de bewijspositie van de werknemer in beide situaties worden vergeleken. Het is in beginsel aan degene die zich beroept op de vernietiging van de rechtshandeling om de feiten en omstandigheden waarop het bedrog berust, te stellen en te bewijzen. Het ligt derhalve geheel op de weg van de werkgever, als de partij die vernietiging inroept, om de feiten en omstandigheden te stellen en – bij betwisting – te bewijzen waaruit het bedrog volgt, waaronder het opzet.²⁰ Dat geldt zowel voor het geval de vernietiging 'aanvallend' plaatsvindt als voor het geval de vernietiging 'verdedigend' plaatsvindt. In dat laatste geval is immers sprake van een bevrijdend verweer, waarvan de

stelplicht en de bewijslast rusten op degene die het verweer inroept.²¹

Bij ontslag op staande voet moet de werkgever stellen en bij betwisting bewijzen dat de werknemer de werkgever een dringende reden voor ontslag op staande voet heeft gegeven. De werknemer heeft daarvoor in beginsel geen bewijslast, maar moet zijn verweer eventueel wel onderbouwen.

Nu de werkgever zowel in het geval van vernietiging van de arbeidsovereenkomst op grond van bedrog als bij ontslag op staande voet de stelplicht en bewijslast heeft, verliest de werknemer in dit geval geen bescherming indien de werkgever overgaat tot de vernietigingshandeling. Nu opzet ex art. 3:44 lid 3 BW erg lastig te bewijzen is voor de werkgever, zal het bewijsrechtelijk voor een werkgever in de meeste gevallen zelfs makkelijker zijn om de stelplicht en bewijslast in een ontslag op staande voet-procedure te dragen.

(vii) **Soort procedure en gevolgen onterecht beroep op vernietiging arbeidsovereenkomst**

Als een werknemer het ontslag op staande voet wil vernietigen, zal binnen twee maanden na het ontslag op staande voet een verzoekschriftprocedure aanhangig gemaakt moeten worden, waarna de mondelinge behandeling als uitgangspunt binnen vier weken zal plaatsvinden. Als een werknemer de buitengerechterlijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst wil aanvechten, dan zal een dagvaardingsprocedure moeten worden gestart. Deze procedure kent veel langere termijnen. Dat heeft tot gevolg dat een werknemer die zichzelf geconfronteerd ziet met een buitengerechterlijk vernietigde arbeidsovereenkomst langer in onzekerheid verkeert en het lang kan duren voordat hij eventueel onterecht niet-betaald loon krijgt. De door de Hoge Raad aangereikte handvatten kunnen dit niet ongedaan maken. Wel zou een werknemer voor het loon een kortgedingprocedure kunnen starten, waarbij wel geldt dat de rechter zich zal moeten buigen over de vraag of de zaak zich wel leent voor behandeling in kort geding (ex art. 256 Rv).

Ook geldt dat de werkgever die een onterecht ontslag op staande voet geeft, daarvoor 'bestraft' kan worden indien de werknemer, in plaats van vernietiging van de opzegging, een billijke vergoeding verzoekt (ex art. 7:681 lid 1 a BW). Een dergelijke sanctie lijkt niet onmiddellijk voorhanden indien de werkgever zonder deugdelijke grond vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens door de werknemer gepleegd bedrog inroept. Dat betekent ook op dat vlak een verschil tussen beide procedures.

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

20 Hijma, *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:44 BW, aant. 3.2.2 en 3.6.8. Eventueel is die opzet bij wijze van voorshands bewijsoordeel af te leiden uit de vaststaande feiten.

21 Ter Heide, *Stelplicht en bewijslast*, commentaar op art. 3:50 BW, aant. 50.

(viii) **Schematisch overzicht**

Het voorgaande laat zich vervatten in onderstaand schema.

Het voorgaande maakt duidelijk dat de rechter in de meeste gevallen voldoende handvatten heeft om bij vernietiging van de arbeidsovereenkomst rekening te houden met de arbeidsrechtelijke context en de bescherming die het ontslagrecht biedt. In een aantal gevallen biedt art. 3:52 BW onvoldoende soelaas om de arbeidsrechtelijke bescherming te compenseren die vernietiging wegens bedrog mist. Dit is het geval van het ontbreken van onverwijldheid en indien er een 'wegens'-opzegverbod van toepassing is. Indien daarbij sprake is van vergaande veronachtzaming van deze arbeidsrechtelijke beschermingsbepalingen biedt art. 6:248 BW mogelijkheden. Daar komt bij dat het verschil in het soort procedure (dagvaardings- of verzoekschriftprocedure) onvermijdelijk voor rekening van de werknemer komt. Tot slot geldt dat de werkgever die een onterecht ontslag op staande voet geeft, daarvoor 'bestraft' kan worden indien de werknemer, in plaats van vernietiging van de opzegging, een billijke vergoeding verzoekt (ex art. 7:681 lid 1 a BW). Een

dergelijke sanctie lijkt niet onmiddellijk voorhanden bij een ondeugdelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog.

7. **Hoe nu verder?**

Met de in dit artikel besproken bedrog-beschikking heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat het ontslagrecht zich in beginsel niet verzet tegen vernietiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever op grond van bedrog. De door de Hoge Raad gegeven duidelijkheid doet echter ook vragen rijzen, voornamelijk met betrekking tot de overweging dat het ontslagrecht niet strekt tot bescherming van een werknemer die bedrog pleegt bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Zo blijft onduidelijk in hoeverre de arbeidsrechtelijke context, en meer specifiek de daarin besloten werknemersbescherming, een rol speelt bij het eventueel mitigeren van de gevolgen van de vernietiging van de arbeidsovereenkomst door de rechter.

Wij menen dat met de arbeidsrechtelijke context rekening moet worden gehouden bij vernietiging van de arbeids-

	Bedrog ex art. 3:44 lid 3 BW	Ontslag op staande voet ex art. 7:677 BW	Verskil te mitigeren?
Buitengerechtelijke beëindiging mogelijk	Ja	Ja	N.v.t.
Toetsingsmaatstaf	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.	Zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.	Indien rechtsgevolg onaanvaardbaar is gelet op redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).
Eis van onverwijldheid	Nee	Ja	Indien rechtsgevolg onaanvaardbaar is gelet op redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).
Terugwerkende kracht vernietiging	Ja	Nee	Kan worden beperkt a.d.h.v. art. 3:52 BW.
Toepasselijkheid opzegverboden	N.v.t.	Alleen 'wegens'-opzegverboden zijn van toepassing (art. 7:670a lid 2, aanhef en sub c BW).	Indien rechtsgevolg onaanvaardbaar is gelet op redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).
Bewijspositie	Stelplicht en bewijslast bedrog ligt volledig bij werkgever.	Stelplicht en bewijslast ontslag op staande voet ligt volledig bij werkgever.	N.v.t.
Soort procedure	Dagvaardingsprocedure	Verzoekschriftprocedure	Nee
Financiële sanctie onterechte beëindiging arbeidsovereenkomst	Billijke vergoeding mogelijk in plaats van herstel arbeidsovereenkomst (ex art. 7:681 lid 1 a BW)	Nee	Nee

overeenkomst wegens bedrog, waarbij de drie door de Hoge Raad aangereikte handvatten de geijkte middelen zijn om daarmee rekening te houden. Door het ontslag op staande voet te spiegelen aan de vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrog, hebben wij de arbeidsrechtelijke context waar rekening mee gehouden kan worden nader gedefinieerd. Duidelijke kaders voor rechters om met de arbeidsrechtelijke context rekening te houden zijn er echter vooralsnog niet: wat in het kader van het ontslag op staande voet de regel is, is bij vernietiging van de arbeidsovereenkomst niet vanzelfsprekend. Daarmee staat ook vast dat vernietiging van de arbeidsovereenkomst mogelijk grotere gevolgen heeft dan ontslag op staande voet. De werknemer wiens arbeidsovereenkomst wegens bedrog is vernietigd, ziet zichzelf geconfronteerd met mogelijk verstrekkende gevolgen, zowel op arbeidsrechtelijk, sociaalzekerheidsrechtelijk als op pensioenrechtelijk gebied. In samenhang met de lange termijnen van een dagvaardingsprocedure, kan de werknemer zich zodanig onder druk gezet voelen dat hij instemt met een relatief voor hem ongunstige schikking.

Hoe de rechtspraak de handvatten gebruikt, zal nog moeten blijken. In de twee gepubliceerde zaken die na de bedrog-beschikking zijn gewezen waarin een vernietigde arbeidsovereenkomst ter beoordeling voorlag, oordeelde de rechter dat van bedrog en/of dwaling geen sprake was.²² Wellicht dat het verwijzende hof waarnaar de zaak is verwezen meer duidelijkheid kan scheppen.

²² Rb. Rotterdam 29 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4942; Rb. Midden-Nederland 14 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3609.