

ANNOTATIE

# Ook als de arbeidsovereenkomst niet ‘inhoudsloos’ is geworden kan – in uitzonderlijke situaties – sprake zijn van een geldige ontbindende voorwaarde

*mr. dr. G.W. van der Voet*

## **Feiten, procesverloop en cassatiemiddel**

Werkneemster is op 1 juni 2000 bij HTM in dienst getreden op basis van de ‘Regeling in- en doorstroombanen voor langdurig werklozen’ (hierna: ID-regeling). Dat is een loonkostensubsidieregeling die werkgevers dient te verleiden bepaalde groepen langdurig werklozen een kans te geven weer deel te nemen aan het reguliere arbeidsproces. In de door werkneemster ondertekende aanstellingsbrief had HTM voor de zekerheid de volgende ontbindende voorwaarde opgenomen:

‘De arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege in het geval en op het moment dat de loonkostensubsidie ten behoeve van u eindigt of vermindert door wijziging of intrekking van de Regeling extra werkgelegenheid voor langdurig werklozen 1996 en 1997 of van latere regelingen ter vervanging van genoemde regeling.’

Bij brief van 27 september 2004 heeft HTM aan werkneemster meegedeeld dat de overheid besloten had om de ID-regeling per 1 januari 2009 te beëindigen en dat daardoor de arbeidsovereenkomst met haar per die datum zou worden beëindigd. Tevens heeft HTM haar in die brief gewezen op de faciliteiten die HTM haar kon bieden bij het zoeken naar ander werk. Toen het bijna zover was, heeft HTM – die kennelijk niet overtuigd was van de geldigheid van de ontbindende voorwaarde – bij brief van 24 juli 2008 aan (toen nog) het CWI (thans: UWV WERKbedrijf) verzocht om haar ‘voor zover vereist’ toestemming te verlenen voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst met werkneemster. Het CWI heeft die toestemming toen – opmerkelijk genoeg – geweigerd, omdat HTM naar het oordeel van het CWI onvoldoende herplaatsingsinspanningen had verricht. Op 30 oktober 2008 heeft de gemeente bekendgemaakt dat zij een aantal maatregelen had genomen om te voorkomen dat ID-werknemers die niet hadden kunnen doorstromen naar een reguliere baan, per 1 januari 2009 werkloos zouden worden. Een van die maatregelen was de maatregel

‘Contractsovername restgroep ID-werknemers’, die inhield dat ID-werknemers die aan de daarvoor gestelde criteria voldeden, in dienst zouden kunnen komen van een tweetal daartoe door de gemeente ingeschakelde re-integratiebedrijven. Werkneemster behoorde tot de groep ID-werknemers die van deze maatregel gebruik kon maken. Op basis daarvan had zij per 1 januari 2009 in dienst kunnen treden bij het re-integratiebedrijf HR-Solutions.

Met ingang van 1 januari 2009 werd de ID-regeling daadwerkelijk door de gemeente beëindigd. Op grond daarvan heeft HTM per die datum de salarisbetaling aan werkneemster en nog enkele andere ID-werknemers gestaakt, zich op het standpunt stellend dat de arbeidsovereenkomst met deze werknemers van rechtswege was geëindigd door het in vervulling gaan van de hierboven geciteerde ontbindende voorwaarde.

Werkneemster riep de (ver)nietig(baar)heid van de ontbindende voorwaarde in en vorderde doorbetaling van haar loon. De kantonrechter wees de vordering af, maar in hoger beroep werd de vordering door het Hof Den Haag alsnog toegewezen. De arbeidsovereenkomst was volgens het hof door het wegvallen van de loonsubsidie namelijk niet ‘inhoudsloos’ geworden. Dat HTM de betreffende (ID-)functie(s) had opgeheven, betrof een door haar gemaakte keuze, die naar het oordeel van het hof geen einde van rechtswege rechtvaardigde. Het hof overwoog daarbij als volgt:

‘Indien de ontbindende voorwaarde hier rechtsgeldig zou zijn, mist “appellante” een (preventieve) toets voorafgaande aan het einde van het dienstverband, hetzij omdat toestemming tot opzegging wordt gevraagd aan – toen nog – de CWI hetzij omdat een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:685 BW wordt gedaan, terwijl door het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst door het zich voordoen van de ontbindende voorwaarde voor “appellante” de mogelijkheid om een (schade)vergoeding te vorderen/verzoeken, in verband met het einde van het dienstverband, vervalt.’

HTM had in dit geval tijdig toestemming voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst kunnen vragen (wat zij ook had gedaan, zij het dat deze toestemming was geweigerd). Ook had HTM tijdig ontbinding van de arbeidsovereenkomst kunnen verzoeken. Dat HTM dit pas na 1 januari 2009 had gedaan, zodat dit verzoek pas per 12 maart 2009 werd gehonoreerd, kwam volgens het hof voor haar eigen risico.

Tegen dit oordeel keert HTM zich in cassatie. Van belang is met name cassatieonderdeel 2.4, waarin wordt geklaagd over het feit dat het hof heeft miskend dat op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad voor de geldigheid van een ontbindende voorwaarde niet in algemene zin vereist is dat een arbeidsovereenkomst inhoudsloos is geworden.

### **Oordeel Hoge Raad ten aanzien van de geldigheid van de ontbindende voorwaarde**

De Hoge Raad oordeelt als volgt. 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. (Vgl. HR 6 maart 1992, LJN ZCo535, NJ 1992, 509 (Mungra/Van Meir); HR 24 mei 1996, LJN ZC2082, NJ 1996, 685 (Van Zijl/Van Koppen); HR 13 februari 1998, LJN AD3324, NJ 1998, 708 (Port de Plaisance) en HR 1 februari 2002, LJN AD6100, NJ 2002, 607 (Monte/Bank van de Nederlandse Antillen).)

Naar het oordeel van de Hoge Raad is de onderhavige ontbindende voorwaarde niet in strijd met dit wettelijk stelsel. De door werkneemster vervulde arbeidsplaats is immers uitsluitend geschapen en in stand gehouden in het kader van (de voortzetting van) de ID-regeling en de in verband daarmee van overheidswege verleende subsidie. Het betreft geen reguliere arbeidsplaats en de ID-regeling bevat de nodige waarborgen dat ID-werknemers bij aanvang van de arbeidsovereenkomst of naderhand niet toch op een dergelijke arbeidsplaats worden ingezet, zonder wijziging van aanstelling. Indien een werkgever, daartoe in staat gesteld door de daaraan verbonden subsidie, meewerkt aan een regeling als deze – die als gezegd ten doel heeft langdurig werklozen (weer) te laten deelnemen aan het arbeidsproces door het scheppen van bijzondere, niet reguliere arbeidsplaatsen –, is het volgens de Hoge Raad met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht verenigbaar dat die werkgever zich op voorhand ervan verzekert dat de beëindiging van de regeling en van de daarmee verband houdende subsidieverlening voor hem geen nadelige gevolgen heeft. Het is dan immers op voorhand al redelijk dat in de verhouding tot de betrokken werknemer die omstandigheid niet voor rekening van de werkgever komt.

### **De arbeidsovereenkomst hoeft niet inhoudsloos te zijn geworden**

Het oordeel van de Hoge Raad lijkt erop neer te komen dat voor de geldigheid van een ontbindende voorwaarde op zich niet is vereist dat de arbeidsovereenkomst door het intreden van die voorwaarde inhoudsloos is geworden (zie tevens Willems in haar annotatie bij dit arrest in *JIN* 2012/195). De Hoge Raad volgt daarmee de conclusie van A-G Timmerman, waarin een zeer lezenswaardig categorisch overzicht wordt gegeven van de jurisprudentie over de geldigheid van de ontbindende voorwaarde tot nu toe. Volgens de A-G vormt 'het inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst' niet meer dan een omstandigheid die met zich kan brengen dat de ontbindende voorwaarde geldig is, maar vormt dit daarvoor geen constitutief vereiste. De enige eis die de Hoge Raad daaraan volgens de A-G stelde in het standaardarrest over de ontbindende voorwaarde – het arrest Mungra/Van Meir (HR 6 maart 1992, LJN ZCo535, NJ 1992, 509) –, is dat deze niet in strijd mag zijn met het gesloten ontslagstelsel. Wanneer wij de betreffende rechtsoverweging uit dit arrest er nog eens op naslaan, dan lijkt de A-G daarin gelijk te hebben. De Hoge Raad gaf in r.o. 3.3 van het arrest Mungra/Van Meir namelijk slechts de volgende algemene regel:

‘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; toevoeging GWvdV”, waarin slechts de geldigheid van de daar bedoelde ontbindende voorwaarden wordt uitgesloten.’

Vervolgens paste de Hoge Raad die regel toe op de concrete situatie in de zaak Mungra/Van Meir en kwam tot de volgende conclusie:

‘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.’

Daarmee heeft de Hoge Raad dus inderdaad ruimte gelaten voor het aannemen van een geldige ontbindende voorwaarde in andere situaties, mits zich maar geen strijd voordoet met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht. Van dit laatste is onder meer sprake wanneer een van beide partijen het intreden van de ontbindende voorwaarde kan beïnvloeden, omdat dan in feite sprake is van een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, in welke situatie juist de bescherming van ons ontslagrecht dient te gelden. Uit dit ‘causaliteitsverbod’ vloeit ook voort dat de ontbindende voorwaarde duidelijk moet zijn geformuleerd, aangezien (te veel) interpretatieruimte kan leiden tot een eenzijdige invulling van de ontbindende voorwaarde. De ontbindende voorwaarde mag voorts evenmin de door opzegverboden geboden bescherming omzeilen. Zo zal de ziekte van een werknemer geen geldige ontbindende voorwaarde kunnen vormen. (Zie voor meer voorbeelden uit de jurisprudentie over ongeldige ontbindende voorwaarden waarbij sprake was van omzeiling van opzegverboden, het commentaar van Beltzer bij uitspraak van het hof in deze zaak: AR 2011-0162, m.nt. R.M. Beltzer.) Waar het vervolgens om gaat – dus nadat is vastgesteld dat de ontbindende voorwaarde niet dient ter omzeiling van het wettelijk ontslagstelsel – is de vraag voor wiens risico het intreden van de ontbindende voorwaarde dient te komen. Zo zal het wegvallen van de inkomsten uit een belangrijke order of subsidie in het algemeen tot het bedrijfsrisico van de werkgever behoren. Ten aanzien van het wegvallen van de onderhavige ID-subsidie oordeelde de Hoge Raad echter anders. Het speciale doel van deze subsidie rechtvaardigde het ontbreken van een preventieve ontslagtoets en de mogelijkheid om een ontslagvergoeding te verkrijgen. Reden genoeg om daar in een korte, afzonderlijke paragraaf nog even wat dieper op in te gaan.

### **Rechtvaardigt het doel van de ID-regeling een ontbindende voorwaarde?**

Zoals we zagen, beoogde de onderhavige ID-regeling langdurig werklozen zoals werknemers

een kans te geven om weer toe te treden tot de arbeidsmarkt (zie de toelichting op het Besluit in- en doorstromen, *Stb.* 1999, 591, p. 11). De ID-regeling was niet bedoeld om werknemers permanent te plaatsen in een ID-baan. Die baan dient namelijk slechts als ‘opstap’ naar een normale arbeidsplaats bij de ID-werkgever of elders. Werkgevers worden dus door middel van een loonkostensubsidie verleid tot het in dienst nemen van werknemers die zij anders geen baan zouden hebben aangeboden. In casu diende HTM daarvoor additionele banen te creëren, want de ID-werknemers mochten de gewone werknemers niet verdringen. Zo moest ook werkneemster worden ingezet op een positie waar HTM anders (zonder de ID-regeling) geen werknemer zou inzetten. Onder deze voorwaarden kon het niet anders dan dat sprake was van een arbeidsplaats die – zonder de loonkostensubsidie – per definitie kosteninefficiënt was.

De A-G meent om die reden dat het oordeel van het hof – dat de arbeidsovereenkomst met werkneemster door het wegvallen van de ID-regeling niet inhoudsloos was geworden – aanvechtbaar was. Met het vervallen van de subsidieregeling was volgens de A-G namelijk ook het doel van de arbeidsovereenkomst – het creëren van een gesubsidieerde opstap naar regulier werk – komen te vervallen. Van HTM kon daarom naar de mening van de A-G niet zonder meer gevergd worden dat zij werkneemster werkzaamheden in een reguliere functie zou aanbieden. Los daarvan vreesde de A-G, dat werkgevers mogelijk minder (snel) geneigd zullen zijn dit soort werknemers (die zij normaal gesproken geen contract zouden aanbieden) op basis van een loonkostensubsidieregeling in dienst te nemen, als de kans bestaat dat zij na intrekking of verlaging van die subsidie aan de werknemers vastzitten, althans zich daarvan alleen na betaling van een (ontslag)vergoeding kunnen ontdoen. Dat die kans niet denkbeeldig is, zou blijken uit het feit dat de CWI in casu toestemming voor het ontslag had geweigerd, omdat HTM te weinig herplaatsingsinspanningen zou hebben verricht (althans onvoldoende had gemotiveerd waarom plaatsing in een reguliere functie niet was gelukt), terwijl de kantonrechter slechts tot (voorwaardelijke) ontbinding overging onder toekenning van een ontbindingsvergoeding. De A-G vindt dit onterecht en verdedigt het standpunt, dat de omstandigheid dat een werknemer een ID-functie vervult, een rol speelt bij de inkleuring van de rechten van deze werknemer respectievelijk van de verplichtingen van zijn werkgever. Hij ziet in deze bijzondere arbeidsverhouding kortom een rechtvaardiging voor de geldigheid van de ontbindende voorwaarde en wordt daarin gevolgd door de Hoge Raad.

Op zich is het oordeel van de Hoge Raad begrijpelijk wanneer men zich bedenkt dat het gebruik van loonkostensubsidieregelingen niet dusdanig onaantrekkelijk moet worden, dat werkgevers daar in de toekomst voor zullen gaan terugschrikken. De ID-werknemers zijn daarmee immers niet gediend. Anderzijds zou het toch niet te veel van een werkgever gevraagd moeten zijn om duidelijk te motiveren waarom het niet is gelukt de betreffende ID-werknemer binnen zijn onderneming te laten doorstromen naar een reguliere functie. Uiteraard kan men van mening verschillen over de zwaarte van de eisen die men aan zo’n motiveringsplicht zou mogen stellen (daar zou mijns inziens wel enigszins soepel mee mogen worden omgegaan), maar het volledig laten vervallen van de preventieve ontslagtoets door het aannemen van een geldige ontbindende voorwaarde, gaat mij toch wat ver. Het gevaar bestaat

namelijk dat daarmee iedere prikkel voor werkgevers zich serieus voor de doorstroom van ID-werknemers in te spannen, komt te vervallen. Ook in dat geval lijkt de loonkostensubsidieregeling zijn doel deels voorbij te schieten. Los daarvan hebben ID-werknemers er bovendien een gerechtvaardigd belang bij dat zij, in het geval van een vermindering of beëindiging van de loonkostensubsidie, tijdig van het eindigen van hun arbeidsovereenkomst op de hoogte worden gesteld. In casu had HTM daar ruimschoots aan voldaan, maar in gevallen waarin de werkgever daar laks in is en de ID-werknemer met het eindigen van zijn arbeidsovereenkomst overvalt, zou ik toch willen bepleiten dat de werkgever in dat geval op grond artikel 7:611 BW is gehouden tot het betalen van een schadevergoeding aan de werknemer over een redelijk te achten 'aanzegperiode' (vergelijkbaar met de duur van de wettelijke opzegtermijn). In de situatie waarin de werkgever het niet behouden van de loonkostensubsidie tot slot zelf in de hand heeft gewerkt, zou een beroep op de ontbindende voorwaarde naar mijn mening voorts onaanvaardbaar dienen te worden geacht. (Zie hierover tevens AR 2011-0162, m.nt. R.M. Beltzer. Zie voor meer informatie over de arbeidsverhouding van de gesubsidieerde werknemers voorts: S. Klosse, 'De door de overheid gesubsidieerde werknemer. Gelijke monniken, gelijke kappen?', in A.R. Houweling & G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 591-599.)

## Conclusie

Hoewel de Hoge Raad zich daar niet expliciet over heeft uitgelaten, kan uit het onderhavige arrest worden geconcludeerd dat voor de geldigheid van de ontbindende voorwaarde niet per se is vereist, dat de arbeidsovereenkomst door het intreden daarvan inhoudsloos wordt. Als regel geeft de Hoge Raad slechts dat de ontbindende voorwaarde niet in strijd mag zijn met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht en dat 'de geldigheid van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst slechts bij uitzondering kan worden aanvaard', namelijk slechts in die situaties waarin het ontbreken van een preventieve ontslagtoets en de mogelijkheid een ontslagvergoeding te verkrijgen in redelijkheid gerechtvaardigd kan worden geacht. Bij de beoordeling daarvan dient steeds te worden gekeken naar de aard, inhoud en context van de ontbindende voorwaarde. In de zaak Mungra/Van Meir was bijvoorbeeld sprake van een geldige ontbindende voorwaarde, omdat voor beide partijen van begin af aan duidelijk was dat de arbeidsovereenkomst door het intreden van de ontbindende voorwaarde 'inhoudsloos' zou worden, terwijl in de onderhavige zaak sprake was van een geldige ontbindende voorwaarde omdat het intreden daarvan met het oog op de ratio van de aan de arbeidsovereenkomst ten grondslag liggende loonkostensubsidieregeling in redelijkheid niet voor rekening van de werkgever mocht komen. Over dit laatste had men naar mijn mening ook anders over kunnen denken, maar hoe dit ook zij, geconcludeerd kan in ieder geval worden dat het aannemen van een geldige ontbindende voorwaarde (hoogst) uitzonderlijk zal blijven en in ieder geval een bijzondere motivering vereist.