

Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd

mr G.J.J. Heerma van Voss

1 Het leerstuk van misbruik van bevoegdheid

Artikel 3:13 BW luidt:

1. Degene aan wie een bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen, voor zover hij haar misbruikt.
2. Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.
3. Uit de aard van de bevoegdheid kan voortvloeien dat zij niet kan worden misbruikt.

Het nieuw BW codificeerde in artikel 3:13 BW een voordien ongeschreven rechtsregel.¹ Deze drukt uit dat degene die over een privaatrechtelijke bevoegdheid beschikt bij de uitoefening daarvan andere belangen niet onevenredig mag schaden. Oorspronkelijk werd dit leerstuk vooral aangeduid als 'misbruik van recht'. Door het gebruik van de term bevoegdheid wordt een verruiming beoogd. Aanvankelijk was de rechtspraak terughoudend met de erkenning van dit leerstuk. Zo werd slechts misbruik van recht aanwezig geacht wanneer bij de uitoefening van het recht uitsluitend werd beoogd om een ander te schaden.² Het ontwerp-Meijers beoogde de toepassing uit te breiden tot gevallen waarin het gebruik van de bevoegdheid onevenredig was

1. Uitvoerig over deze materie P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer 1985.

2. HR 13 maart 1936, NJ 1936, 415 (Watertoren I) en HR 2 december 1937, NJ 1938, 353 (Lentse Schutting).

tot het te schaden belang.³ Voordat het ontwerp was ingevoerd was deze uitleg echter al bij wege van anticiperende interpretatie door de Hoge Raad ingevoerd.⁴

Uitgangspunt van de wetgever is geweest dat een rechthebbende ook bij de uitoefening van zijn burgerrechtelijke bevoegdheden het belang van zijn naasten en van de maatschappij niet geheel uit het oog moet verliezen. Het tweede lid geeft voorbeelden van misbruik van bevoegdheid. Uit de woorden 'onder meer' in het tweede lid blijkt dat de opsomming niet limitatief is. Zij laten, naar de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever, ruimte voor nieuwe ontwikkelingen.⁵

Gesteld zou kunnen worden dat het criterium 'misbruik van bevoegdheid' in het contractenrecht niet van belang is. Het oorspronkelijke begrip 'misbruik van recht' had vooral betrekking op misbruik van eigendomsrecht. Voor contracten bestaat reeds de eis van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2/248 BW)⁶, en voor het arbeidscontract die van goed werkgever- en werknemerschap (artikel 7A:1638z/1639d BW).

Daar staat tegenover dat de norm van artikel 3:13 BW concreter is geformuleerd en daarom meer houvast biedt. Daarnaast is de arbeidsovereenkomst een duurovereenkomst waarbij sprake is van uitoefening van bevoegdheden binnen de arbeidsrelatie, onder meer omdat de werkgever de inhoud nader kan bepalen.

Ook Meijers ging in de toelichting bij zijn ontwerp uit van de toepasselbaarheid bij overeenkomsten. Hij wees er met name op dat de bevoegdheid om wederkerige overeenkomsten op te zeggen in het begin

3. Aanvankelijk kwam de bepaling voor in de Inleidende titel van het Nieuw BW. Toen besloten werd deze titel achterwege te laten verhuisde de bepaling via de Invoeringswet boeken 3, 5 en 6 naar boek 3.

4. HR 17 april 1970, NJ 1971, 89 (Grensoverschrijdende garage).

5. Zie de Memorie van Antwoord: het tweede lid geeft slechts de grote lijnen aan, die ontleend zijn aan theorie en rechtspraak, maar geen rem vormen op de verdere ontwikkeling van dit leerstuk; W.H.M. Reehuis/E.E. Slob, Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe BW, Invoering boeken 3, 5 en 6, Deventer 1990, blz. 1044.

6. In deze zin Minister Korthals Altes in de vaste Commissievergadering van 1 juni 1987 in een discussie over de opzegging van een bruikleenovereenkomst. W.H.M. Reehuis/E.E. Slob, Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe BW, Invoering boeken 3, 5 en 6, Deventer 1990, blz. 1050-1051.

van de eeuw nog een axioma was, maar dat ook hier tegenwoordig de mogelijkheid van een misbruik van bevoegdheid wordt erkend.⁷

2 Mogelijke toepassing in het arbeidsrecht

In het arbeidsrecht thans zijn veel bevoegdheden die vroeger vrij waren reeds door specifieke wettelijke regels aan banden gelegd. In zulke gevallen zal men aan een beroep op artikel 3:13 BW niet snel toekomen. Voor de oorlog, toen het ontslagrecht nog niet sterk was geregeld, werd gewezen op het feit dat in Frankrijk de rechter het ontslagrecht heeft ontwikkeld op basis van het criterium 'misbruik van recht'.⁸ In Japan gebeurde hetzelfde na de oorlog.⁹ In Frankrijk speelt het leerstuk 'misbruik van recht' nog steeds een rol in onder meer het ontslagrecht en het stakingsrecht. Hierbij moet worden aangetekend dat het leerstuk van 'misbruik van recht' in het Franse privaatrecht een zelfde functie vervult als in Nederland de 'redelijkheid en billijkheid'.¹⁰

Thans is het aantal absolute bevoegdheden in het arbeidsrecht veel beperkter. Toch zijn er nog steeds gevallen waarbij wel degelijk nog van een praktisch onbegrensde vrijheid sprake is. Een zevental voorbeelden moge dit illustreren.

a) *de bevoegdheid om vakantietijdstippen vast te stellen*

De werkgever heeft binnen in de wet aangegeven grenzen de bevoegdheid de tijdstippen van aanvang en einde van de vakantie eenzijdig vast te stellen (artikel 7A:1638gg BW). In de rechtspraak is deze vrijheid wel enigszins ingeperkt in geval van godsdienstige feestdagen¹¹ en bepaalde familieomstandigheden.¹² De werkgever moet daarvoor in

7. W.H.M. Reehuis/E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe BW*, Invoering boeken 3, 5 en 6, Deventer 1990, blz. 1040.

8. S. Mok, 'Hervorming van het ontslagrecht', Inleiding NVV 18 oktober 1937, in: *Arbeidsrechtelijke opstellen*, Alphen aan den Rijn 1950, blz. 102-120, 115.

9. Guus Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer 1992, blz. 442-443.

10. Vgl. G.H. Camerlynck, Gérard Lyon-Caen/Jean Pélissier, *Droit du travail*, Treizième édition, Paris 1986, nr. 47.

11. HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350.

12. HR 3 november 1961, NJ 1962, 192.

beginsel toestemming tot het opnemen van een vakantiedag geven, tenzij door de afwezigheid de gang van zaken in het bedrijf ernstig wordt verstoord.

Van misbruik van deze bevoegdheid zou sprake kunnen zijn, wanneer de vakantie met opzet op een voor de werknemer ongunstig tijdstip wordt vastgesteld alleen om deze dwars te zitten, bijvoorbeeld omdat de werkgever van de werknemer af wil. Dit zal uiteraard niet eenvoudig zijn aan te tonen. Soms zal dan een vermoeden van misbruik kunnen worden aangetoond, dat de bewijslast omkeert. Bijvoorbeeld omdat de werkgever de betrokken werknemer als enige niet de gevraagde vakantietijdstippen toekent.

b) *de bevoegdheid om ouderschapsverlof op te nemen*

Deze bevoegdheid is binnen de wettelijke grenzen onbeperkt (artikel 7A:1638oo BW).¹³

Dit kan problemen opleveren, wanneer deze bevoegdheid wordt gebruikt zonder rekening te houden met een bijzonder moeilijke situatie bij de werkgever. Zo kunnen op een bepaald moment zoveel werknemers op dezelfde afdeling op hetzelfde moment verlof willen opnemen, dat de werkgever daardoor in ernstige moeilijkheden komt. Enige spreiding van de verschillende ouderschapsverloven zou dan redelijk zijn.

Wel is het mogelijk van de regeling af te wijken in de cao, zolang de werknemer het vereiste aantal uren behoudt. Zo bepaalt de Bankcao dat het verlof kan worden opgenomen 'rekening houdende met de organisatorische mogelijkheden en effectieve bedrijfsvoering'.¹⁴ Indien men deze bepaling aldus uitlegt dat het totale aantal uren ouderschapsverlof niet kan worden beperkt, maar wel de wijze van opnemen (zoals het tijdvak), dan lijkt mij deze bepaling juridisch correct.

In het geval dat zo'n cao-bepaling ontbreekt zou echter soms een beroep gedaan kunnen worden op misbruik van bevoegdheid. Dit kan niet in alle gevallen waarin het opnemen van ouderschapsverlof de

13. Hetzelfde geldt voor de regeling van rijksambtenaren. Art. 33g ARAR bepaalt dat buitengewoon verlof in verband met ouderschap moet worden toegekend, terwijl toekenning van buitengewoon verlof voor andere doeleinden mag worden geweigerd indien de belangen van de dienst zich daartegen verzetten (art. 33-33d).

14. Protocol emancipatie, par. 3 onder c.1, CAO voor het bankbedrijf 1991-1993, blz. 51. Op grond van artikel 16 par. 3 Bank-Cao maakt dit protocol deel uit van de CAO.

werkgever ongelegen komt. Maar wel zou dit mogelijk zijn als bijvoorbeeld de werknemer het verlof opneemt in een piekperiode, alleen omdat hem dit minder inspanning zal kosten.¹⁵

c) *het recht op gelijke behandeling*

Het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen is met strenge waarborgen omgeven. Zo kunnen voor direct onderscheid geen rechtvaardigingsgronden worden aangevoerd, anders dan die de wet met name noemt (vgl. artikel 7A:1637ij BW). Deze absolute regel kan vragen oproepen in grensgevallen.

Ten aanzien van de mogelijkheid een sollicitante te weigeren op grond van zwangerschap scherpte het EG-Hof het criterium nog enigszins aan, door te overwegen dat er ook geen ruimte is voor rechtvaardigingsgronden gebaseerd op het nationale recht, zoals de onrechtmatige daad.¹⁶

De Commissie Gelijke Behandeling stuitte al eens op een situatie waarin een zwangere sollicitante zich beriep op dit recht hoewel het ging om een zeer kortlopend contract. In dat geval kon de Commissie nog van de werkgever verlangen dat deze bezag of het mogelijk was het project later te beginnen. Maar ook toonde de Commissie zich er van bewust dat men hier raakt aan de grenzen van hetgeen met het recht op gelijke behandeling wordt beoogd.¹⁷ Zou in een dergelijk geval niet of nauwelijks kunnen worden gewerkt dan zou een beroep op het recht op gelijke behandeling kunnen worden beschouwd als een misbruik van bevoegdheid.¹⁸ Dit is niet te beschouwen als een uitsluitend op het nationale recht gebaseerde rechtvaardigingsgrond. Zij komt immers ook voor in de rechtspraak van het EG-Hof.¹⁹

15. Vgl. G.J.J. Heerma van Voss, 'Het kind in het sociaal recht of: het kind voor wiens rekening?', in: A.J.A. de Bie/C.J.C.M. Oomen (red.), *Kind van de rekening?*, Lelystad 1992, blz. 85-103, 91.

16. HvJ EG 8 november 1990, Jur. 1990, blz. 3941, NJ 1991, 224 (Dekker 1). Vgl. HR 13 september 1991, NJ 1991, 225 (Dekker 2).

17. CGB 2 oktober 1991, Oordelen CGB 1991, blz. 259 (RUL).

18. K. Wentholt, *De rechtsbescherming van de zwangere sollicitante*, SMA 1992, blz. 340-350, 347-350, Guus Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer 1992, blz. 241.

19. Ten aanzien van het vrij werknemersverkeer is bijvoorbeeld sprake van niet door het gemeenschapsrecht gedekt misbruik, wanneer aan de hand van objectieve factoren kan worden vastgesteld dat een werknemer zich naar een Lid-Staat begeeft met het enkele doel om daar, na een zeer korte periode beroepswerkzaamheid, aanspraak te kunnen

d) *processuele bevoegdheden*

Misbruik van processuele bevoegdheden is uiteraard een algemeen leerstuk, dat ook buiten het arbeidsrecht geldt.²⁰ Niettemin geldt het ook binnen het arbeidsrecht. Een voorbeeld waarin dit aan de orde was betrof het geval waarin een werknemer na een hem gegeven - nietig - ontslag en vóór het vonnis waarbij de werkgever werd veroordeeld om hem het loon door te betalen totdat de arbeidsovereenkomst regelmatig zou zijn beëindigd, enige tijd arbeidsongeschikt was geweest. De Hoge Raad oordeelde dat deze omstandigheid niet meebracht dat de werknemer door dat vonnis te executeren misbruik maakte van zijn bevoegdheid.²¹

e) *het ontwijken van dwingendrechtelijke bepalingen*

Als een misbruik van bevoegdheid zou ook kunnen worden gezien het gebruik maken van een recht in strijd met de bedoeling, maar niet met de letter van dwingendrechtelijke bepalingen.

Een bekend voorbeeld is het arrest over de draaideurconstructie, dat wil zeggen het wisselend laten werken van een werknemer als tijdelijke arbeidskacht en als uitzendkracht teneinde te vermijden dat de dienstbetrekking moet worden opgezegd om deze te beëindigen. Het gaat hier, volgens de Hoge Raad,

"om een constructie die zich naar haar aard ertoe leent om te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden, aangezien bij toepassing van die constructie deze bepalingen, indien naar de letter genomen, niet tot het daarmee beoogde doel zouden leiden.

Deze constructie komt er immers op neer dat de werkgever gedurende een langere periode ("een aantal jaren") werk in zijn onderneming doet verrichten door arbeidskrachten met wie hij daartoe een aantal malen achtereen arbeidsovereenkomsten sluit voor bepaalde tijd telkens afgewisseld door aansluitende perioden (van, naar het hof kennelijk heeft aangenomen, telkens meer dan 31 dagen met het oog op het bepaalde in

maken op steun voor studenten, HvJ EG 21 juni 1988, Jur. 1988, blz. 3161 (Lair).

20. Vgl. P. Rodenburg, Misbruik van bevoegdheid, Deventer 1985, blz. 68-75.

21. HR 30 oktober 1992, NJ 1993, 4; JAR 1992, 131.

artikel 1639f lid 4) waarin dezelfde werknemers hetzelfde werk in zijn onderneming verrichtten als uitzendkrachten.

Een redelijke, met het stelsel van de wet en de strekking van vorenbedoelde wetsbepalingen strokende toepassing daarvan brengt dan ook mee dat de te dezen gekozen constructie niet leidt tot het ontnemen aan Bootsma c.s. van hun door de wet gewaarborgde ontslagbescherming en dat daarom de relatie tussen ieder van hen en Campina, wat betreft de wettelijke regels die gelden voor beëindiging daarvan, moet worden aangemerkt als een voortgezette dienstbetrekking in de zin van artikel 1639f.²²

De Hoge Raad gebruikt hier dus niet met zoveel woorden de term 'misbruik van bevoegdheid' maar spreekt van 'redelijke wetsuitleg'. In wezen gaat het echter om dezelfde gedachte, namelijk het voorkomen van het gebruik van een bevoegdheid teneinde daarmee het beoogde doel van de dwingendrechtelijke bepaling te ontwijken. In zekere zin is dit het spiegelbeeld van het gebruik van een bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven, namelijk voor een doel dat in strijd is met een doel waarvoor wel een regeling is gegeven.

f) *het stakingsrecht*

Het stakingsrecht is op grond van artikel 6, vierde lid Europees Sociaal Handvest erkend. Dit artikel heeft rechtstreeks-horizontale werking in het Nederlandse arbeidsrecht. Bij een normaal type staking kan de werkgever ter bescherming van zijn belangen geen beroep doen op de beperkingsgronden van artikel 31 ESH. De Hoge Raad noemde in het befaamde NS-arrest als uitzondering hierop het misbruik van het stakingswapen:

"Bij een dergelijke staking kan de omstandigheid, dat de werkgever dientengevolge schade lijdt, vanzelfsprekend niet zonder meer de gevolgtrekking wettigen dat de staking onrechtmatig is: toebrengen van zulke schade is immers wezenlijk voor de hantering van het stakingswapen, wordt dan ook door het in artikel 6 lid 4 erkende recht gedekt en kan derhalve op zich zelf - *gevallen van misbruik van dat wapen nu daargelaten* - niet leiden tot een beperking van dat recht. De rechten van de werkgever vallen,

22. HR 22 november 1991, NJ 1992, 707 (Bootsma c.s./Campina), r.o. 3.4.

anders gezegd, in zo'n geval in zoverre niet onder de in artikel 31 ESH genoemde 'rechten van derden' die onder omstandigheden een beperking in de uitoefening van het stakingsrecht kunnen rechtvaardigen. Dat strookt daarmee dat in de bedoelde gevallen de werkgever bij machte is de (verdere) schade die hem dreigt, te voorkomen door de eisen van de werknemers in te willigen."²³

In de Franse rechtspraak wordt het leerstuk van het misbruik van recht ook toegepast in het stakingsrecht, onder meer om gevallen van grote disproportionaliteit tussen actiedoel en teweeggebrachte schade tegen te gaan.²⁴ Uiteraard past hierbij de nodige voorzichtigheid, gezien het - ook door de Hoge Raad erkende - uitgangspunt dat een staking nu eenmaal schade meebrengt.²⁵ Bij de toepassing van artikel 3:13 BW dient hierbij te worden bedacht dat dit de reden was waarom de regering destijds in het wetsvoorstel 10 111 inzake het stakingsrecht de rechter slechts de bevoegdheid wilde verlenen een staking onrechtmatig te verklaren in geval van *kennelijke* onevenredigheid tussen doel en middel. Een marginale toetsing derhalve, hoewel deze in beginsel al in de onevenredigheidstoets besloten ligt.

g) *de bevoegdheid om de dienstbetrekking in de proeftijd 'zonder opzegging' te doen eindigen*

Het ontslag in de proeftijd is een voorbeeld van een vrijwel onbeperkte bevoegdheid. Artikel 7A:1639n BW, tweede lid sluit zelfs de mogelijkheid van kennelijk onredelijk ontslag gedurende de proeftijd uit.

De gevallen waarin een ontslag in de proeftijd toch onrechtmatig werd bevonden betreffen vooral enkele situaties van overtreding van het discriminatieverbod (ontslag in de proeftijd omdat de werknemster zwanger bleek te zijn). Daarbij kon de rechter zich echter mede

23. HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688, r.o. 3.5 (NS). Gecursiveerd door mij, GHvV.

24. Vgl. G.H. Camerlynck/Gérard Lyon-Caen/Jean Pélissier, *Droit du travail*, Treizième édition, Paris 1986, no. 938-943; Jean-Claude Javillier, *Manuel Droit du travail*, 2e édition, Paris 1988, nr. 588-591; A.M. Luttmer-Kat, *Misbruiktoetsing van collectieve werknemersacties in de civiele sector*, SMA 1989, blz. 647.

25. A.T.J.M. Jacobs e.a., *Elementair sociaal recht*, tweede druk, Alphen aan den Rijn 1992, blz. 184-185.

baseren op het discriminatieverbod en behoefde hij niet alleen de regeling van de proeftijd toe te passen.²⁶

Slechts in één geval werd ook zonder dat van discriminatie sprake was een ontslag in de proeftijd onrechtmatig verklaard. Het ging hier om het geval dat een werkgever iemand in dienst had genomen omdat hij dacht een functie voor deze te kunnen creëren. Toen puntje bij paaltje kwam bleek de betrekking niet te bestaan. De rechter achtte dit in strijd met goed werkgeverschap.²⁷

Door Boot is meer in het algemeen gesteld dat een ontslag in de proeftijd onrechtmatig kan zijn als de werkgever daarmee tracht een onzorgvuldig personeelbeleid te corrigeren. Dit kan het geval zijn wanneer een werknemer wordt aangenomen die daarvoor een andere baan opzegt, terwijl er geen reële vacature was of terwijl er reeds een ander was aangetrokken.²⁸

Een dergelijk ontslag zou kunnen worden gezien als een vorm van misbruik van bevoegdheid.²⁹ Misbruik van bevoegdheid bij de werknemer kan ook in de proeftijd voorkomen: bijvoorbeeld indien deze na het aannemen van een baan voor een later vrijkomende nog aantrekkelijker baan kiest, terwijl de werkgever dringend iemand nodig heeft en de sollicitatieprocedure reeds is afgesloten.

Nu het ontslag in de proeftijd één van de meest omstreden onderwerpen van het arbeidsrecht betreft lijkt dit zich het meest te lenen voor een illustratie van de toepassing van het begrip 'misbruik van bevoegdheid' in het arbeidsrecht. Hiertoe zullen de toepassingscriteria van dit leerstuk worden nagegaan, te weten:

- de aard van de bevoegdheid (derde lid, par. 3a);
- het doel om te schaden (tweede lid, par. 3b)
- het gebruik voor een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is verleend (tweede lid, par. 3c)
- het onevenredigheids criterium (tweede lid, par. 3d);

26. Ktg. Nijmegen 25 juli 1986, Prg. 1987, nr 2622; Rb. Arnhem 24 december 1987, NJ 1988, 309; B.P. Vermeulen, Ontslag tijdens de proeftijd in verband met zwangerschap, Prg. 1988, blz. 425-432; Wilma Oerlemans/Diana de Wolff, Nietigheid of schadevergoeding bij discriminerend ontslag, Rechtshulp 1990/10, blz. 2-6. De bewijslast rust op de werknemer, vgl. Ktg. Harderwijk 12 september 1990, NJ 1991, 144.

27. Pres. Rb. Dordrecht 5 februari 1987, KG 1987, 108.

28. G. Boot, Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd, SR 1991, blz. 40-45.

29. Vgl. Guus Heerma van Voss, Ontslagrecht in Nederland en Japan, Deventer 1992, blz. 330.

en zal ten slotte worden ingegaan op de sanctionering (par. 4).

3 De toepassingscriteria

a) *aard van de bevoegdheid*

Artikel 3:13 BW gebruikt de term 'misbruik van bevoegdheid' in plaats van het vroeger gehanteerde 'misbruik van recht', omdat hij niet uitsluitend betrekking heeft op de uitoefening van subjectieve rechten, maar ook op andere bevoegdheden, zoals die van een bewindvoerder of voogd. Het is niet aan twijfel onderhevig dat de bevoegdheid om te ontslaan in de proeftijd onder dit ruime bevoegdheidsbegrip valt. Wel is de vraag van belang of uit de aard van deze bevoegdheid zou kunnen voortvloeien dat deze niet kan worden misbruikt (de beperking van artikel 3:13, derde lid BW).

De beperkingsmogelijkheid van het derde lid riep bij de Kamerbehandeling bezwaren op. In de Memorie van Antwoord werd hieraan met name vastgehouden met het oog op toepassing bij de bevoegdheid legaten te maken. Verder wordt deze kwestie ook hier aan de rechtspraak overgelaten.³⁰

Uit de literatuur blijkt dat niet bij voorbaat valt aan te geven welke bevoegdheden niet voor misbruik vatbaar zijn. Aanvankelijk werd in dit verband gewezen op de wilsrechten, die naar hun aard niet zouden kunnen worden misbruikt. Het blijkt evenwel dat ook deze niet onbeperkt zijn. Aan het derde lid van artikel 3:13 BW zal derhalve slechts een marginale betekenis toekomen.³¹

Daarnaast is van belang dat het tweede lid van artikel 7A:1639n BW toetsing van ontslag in de proeftijd aan het criterium van kennelijk onredelijk ontslag uitdrukkelijk uitsluit. Dit lid is ingelast bij het Gewijzigd Ontwerp van de wet tot wijziging van de bepalingen over ontslag van 1953. Het argument daarvoor was dat nu ontslag in de proeftijd reeds zonder opzegging mogelijk was, het vanzelf spreekt dat de nog verdergaande bescherming van het verbod op kennelijk onrede-

30. Bij het Mondeling overleg werd dit voorbeeld weer als enige genoemd. W.H.M. Reehuis/E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe BW, Invoering boeken 3, 5 en 6*, Deventer 1990, blz. 1046-1047.

31. Vgl. P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer 1985, nr 11-12.

lijk ontslag nog meer met het karakter van de proeftijd in strijd komt.³² Dit hoeft echter niet in de weg te staan aan een toetsing op misbruik van bevoegdheid. Het criterium van kennelijk onredelijk ontslag gaat verder dan dat van misbruik van bevoegdheid. Zo kan reeds sprake zijn van kennelijk onredelijk ontslag wanneer het ontslag geschiedt zonder opgave van redenen. Bij ontslag in de proeftijd zal dat (vooralsnog) geen misbruik van bevoegdheid opleveren. Overigens is niet uitgesloten dat geleidelijk een uitgebreidere toetsing zal plaatsvinden, waarbij ook een (aangepaste) motiveringsplicht voor ontslag in de proeftijd zal gelden. Een dergelijke motiveringsplicht is immers op zichzelf ook niet onredelijk.

b) *doel om te schaden*

Het tweede lid van artikel 3:13 BW noemt drie wijzen waarop een bevoegdheid kan worden misbruikt. De eerste daarvan luidt dat de bevoegdheid wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden.

Bij ontslag in de proeftijd ligt deze wijze niet erg voor de hand. In de meeste gevallen zal de werkgever het ontslag verlenen omdat hij daarmee een ondernemingsdoel meent te dienen. Toch zijn wel gevallen te bedenken waarop ook deze vorm van misbruik van bevoegdheid aan de orde kan zijn. Toepassing is mogelijk in het geval van een afspraak tussen twee bevriende werkgevers of binnen één onderneming dat de werknemer een 'overstap' naar een andere functie wordt aangeboden, met het uitsluitende doel om hem daarna gemakkelijk in de proeftijd te ontslaan.

In dit verband verdient de mogelijkheid vermelding die de rechtspraak van de Hoge Raad biedt om met dezelfde werknemer een tweede proeftijd overeen te komen. Dit kan indien in een nieuwe functie andere vaardigheden of verantwoordelijkheden worden geëist, waarover in de vorige functie geen inzicht kon worden verkregen.³³ In de literatuur zijn bij deze rechtspraak vraagtekens gezet, juist met het oog op een mogelijk misbruik.³⁴ Zo viel het op, dat de Hoge Raad in het

32. M.G. Levenbach, Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, Alphen aan den Rijn 1954, blz. 66, noot 1.

33. HR 14 september 1984, NJ 1985, 244; HR 6 december 1985, NJ 1986, 230; HR 13 juli 1986, NJ 1986, 715.

34. A.M.R.G.L. Nelissen-Noij, De proeftijd en de Hoge Raad: op een tweesprong of in tweestrijd?, NJB 1988, blz. 288.

arrest waarin hij de werkgever verplichtte om mee te werken aan de herplaatsing van arbeidsongeschikte werknemers, uitdrukkelijk verwees naar de rechtspraak over de tweede proeftijd.³⁵ Uiteraard dient een ontslag in een tweede proeftijd van een wegens arbeidsongeschiktheid overgeplaatste werknemer extra kritisch te worden gezien.³⁶ Terecht merkt Plessen op dat de kritische houding van de SER en de wetgever bij de behandeling van het wetsvoorstel Herziening ontslagrecht ten aanzien van de doctrine van de 'tweede proeftijd' aanknopingspunt vormt voor een meer restrictieve benadering dan die welke de Hoge Raad tot dusverre hanteert.³⁷ Dit zou aanleiding kunnen geven om zo nodig gebruik te maken van het criterium 'misbruik van bevoegdheid'.

c) *ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is verleend*

De tweede mogelijkheid van misbruik van bevoegdheid die de wet noemt is die waarbij de bevoegdheid wordt gebruikt met een ander doel dan waarvoor zij is verleend. Dit roept allereerst de vraag op met welk doel de bevoegdheid om ontslag te nemen en te geven in de proeftijd is verleend.

Twee redeneringen zijn denkbaar:

- (1) De bevoegdheid is niet gegeven voor een bepaald doel. De bedoeling was een maximale vrijheid te geven aan de partijen om gedurende een korte periode (en zelfs zonder de samenwerking te proberen) een overeenkomst weer te kunnen beëindigen.
- (2) De bevoegdheid tot ontslag in de proeftijd is verleend om de overeenkomst te kunnen beëindigen indien de proef is mislukt; dat wil zeggen als om wat voor reden dan ook de samenwerking niet bevalt.

De eerste redenering vindt steun in de gedachte dat met name de werkgever sneller geneigd zal zijn een arbeidsovereenkomst te sluiten als hij zich verzekerd weet van een grote vrijheid om desgewenst te ontslaan gedurende de proeftijd. Een inperking van de ontslagbevoegdheid zal hem kritischer maken bij de selectie van potentiële werknemers. Voor deze stelling valt ook een argument te putten uit het feit

35. HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 (Van Haaren/Cehave).

36. P.C. Vas Nunes, Zieke werknemer = ander werk = ander contract?, Prg. 1986, blz. 147-152.

37. W. Plessen, 'Aan de slag met de WAGW', in: A.T.J.M. Jacobs (red.), *Arbeid en discriminatie*, Deventer 1992, blz. 116-147, 122.

dat de wetgever in 1953 de tekst van artikel 1639n BW zodanig heeft gewijzigd dat het mogelijk werd reeds te ontslaan voordat de proeftijd is aangevangen. Tenslotte kan men wijzen op de leer van de 'ijzeren proeftijd' van de Hoge Raad, volgens welke doctrine ook geen langere proeftijd wordt toegestaan in geval van ziekte of vakantie van de werknemer tijdens de proeftijd.³⁸

Voor de tweede redenering pleit dat uiteindelijk de proeftijd bedoeld is om een proef te nemen. Ook de Hoge Raad erkent dit in zijn rechtspraak over de tweede proeftijd, welke hierboven reeds werd genoemd. De rechtspraak over de ijzeren proeftijd kan dan worden verklaard doordat deze beoogt de werknemer te beschermen tegen een nog langere periode van grote onzekerheid. Voorts kan worden opgemerkt dat de tekst van het Voorontwerp voor titel 7.10 nieuw BW van het Ministerie van Justitie uit 1989 de wijziging van 1953 weer ongedaan maakt.

De tweede redenering past beter in de tendens van de laatste decennia waarin de toetsing aan redelijkheidsmatstaven in het BW is toegenomen. Er is geen reden waarom deze ontwikkeling aan de arbeidsovereenkomst voorbij zou gaan. Dat het doel van de proeftijd een ruime vrijheid tot ontslag meebrengt behoeft niet te betekenen dat deze vrijheid absoluut is. Extreme gevallen van onredelijkheid kunnen worden geredresseerd zonder dat de werkgever reeds door die mogelijkheid bevreesd hoeft te zijn een overeenkomst niet eenvoudig in de proeftijd te kunnen beëindigen op reële gronden. Doch ook in geval men aan de eerste opvatting de voorkeur zou geven kan misbruik van bevoegdheid nog aan de orde zijn op grond van het onevenredigheids criterium.

d) *onevenredigheids criterium*

Een bevoegdheid kan ook worden misbruikt indien de rechthebbende, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.

Het onevenredigheids criterium eist geen mechanische belangenafweging. Het gaat er om dat men niet naar redelijkheid tot de uitoefening had *kunnen* komen, hetgeen marginaal wordt getoetst. In de grond

38. HR 9 april 1954, NJ 1954, 446.

der zaak stemt dit criterium overeen met wat in andere artikelen is omschreven als 'in hoge mate onbillijk'.³⁹

Wanneer de werkgever overgaat tot ontslag in de proeftijd omdat hij geen arbeidsplaats voor de betrokkene heeft als gevolg van het feit dat hij inmiddels een ander heeft aangesteld hoeft deze belangenafweging op zichzelf niet altijd onevenredig te zijn. Misbruik van bevoegdheid kan dan echter toch aanwezig zijn, omdat deze belangenafweging ertoe had moeten leiden dat de werkgever onder de omstandigheden de werknemer schadeloos stelde.

4 Sanctionering

Als sanctie op misbruik van recht kan in het algemeen gekozen worden tussen een vordering op grond van onrechtmatige daad en één op grond van tekortkoming in de nakoming. Het is overigens aan de rechter en doctrine overgelaten te beoordelen of een misbruik van bevoegdheid steeds onrechtmatig is. Aangenomen wordt dat een proeftijd onderdeel vormt van een arbeidsovereenkomst. Derhalve ligt de vordering uit tekortkoming voor de hand.

Rodenburg, die kennelijk van de vordering op grond van onrechtmatige daad uitgaat, noemt als sancties: schadevergoeding in geld of in herstel van de vorige toestand, een verbod ter voorkoming van rechtsmisbruik, een declaratoir vonnis, een dwangsom, een afwijzing van de eis en een vernietiging van de rechtshandeling.⁴⁰ De terminologie van artikel 3:13 BW ("*kan* haar niet inroepen") suggereert overigens een nietigheid. Het lijkt mij echter reëler dat het normale sanctiepakket kan worden toegepast, zodat ook voor genuanceerdere sancties kan worden gekozen, met name de schadevergoeding.

De vraag is of bij ontslag in de proeftijd tot nietigheid/vernietiging van de beëindiging wegens misbruik van bevoegdheid kan worden geconcludeerd.

Wanneer de werknemer misbruik zou maken van zijn bevoegdheid om ontslag te nemen in de proeftijd heeft de werkgever niet veel aan een vernietiging van deze beëindiging, gelet op de onmogelijkheid om

39. W.H.M. Reehuis/E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe BW*, Invoering boeken 3, 5 en 6, Deventer 1990, blz. 1039-1040.

40. P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer 1985, hoofdstuk VII.

arbeid door de werknemer af te dwingen. De werknemer zou in geval de werkgever misbruik maakt van zijn bevoegdheid om te ontslaan in de proeftijd met deze sanctie echter wèl gebaat kunnen zijn. De eerste vraag bij zo'n beroep op nietigheid is echter wat daarvan het rechtsgevolg is: geldt dan alsnog de (resterende) proeftijd gedurende welke de werkgever zonder reden kan ontslaan? Of vervalt deze en verspeelt de werkgever ook zijn recht om verder van de proeftijd gebruik te maken? In de praktijk zal de proeftijd na het voeren van deze procedure al voorbij zijn en zou de werkgever niet meer kunnen ontslaan. Maar zou dat anders zijn dan zou de werkgever vrijwel steeds om een andere reden alsnog ontslaan. De meest redelijke uitleg zou daarom waarschijnlijk de tweede zijn, waarbij niet meer alsnog in de proeftijd kan worden ontslagen.

Vervolgens zij gewezen op het arrest van de Hoge Raad, waarin werd uitgesproken dat een vernietiging van een ontslag op grond van artikel 3:40 BW slechts bij hoge uitzondering mogelijk is.⁴¹ Het ligt voor de hand dat de argumenten die de Hoge Raad tot dit oordeel brachten (met name de preciese regeling van de nietigheidssanctie in het ontslagrecht) in zijn visie ook zullen gelden ook voor ontslag met misbruik van bevoegdheid.

Gelet op het bijzondere karakter van de proeftijd, dat toch een zekere mate van vrijblijvendheid van partijen meebrengt, komt het mij ook anderszins voor dat schadevergoeding in het algemeen een meer voor de hand liggende sanctie is. Doch wellicht is onder omstandigheden herplaatsing wel mogelijk, in welk geval nietigheid niet behoeft te worden uitgesloten.

In zijn aangehaalde artikel gaat Boot uitvoerig in op de vordering van het negatief of positief contractsbelang. Uiteraard zal de ernst van het misbruik van bevoegdheid mede bepalend zijn voor de zwaarte van de sanctie.

5 Conclusie

De conclusie is dat misbruik van bevoegdheid van toepassing kan zijn in het arbeidsrecht in een beperkt aantal gevallen, waarin sprake is van vrijwel onbeperkte bevoegdheden. In het algemeen zal dit het uitvoefe-

41. HR 20 maart 1992, JAR 1992, 11 (Nedlloyd), zie uitvoerig de bijdrage van Scholtens en Ten Brink aan deze bundel en ook die van Ingelse.

nen van bevoegdheden door de werkgever betreffen, maar soms heeft ook de werknemer zulke ruime bevoegdheden dat voor beperking in geval van misbruik aanleiding bestaat. Deze mogelijkheid biedt een aanvulling op de criteria van redelijkheid en billijkheid, respectievelijk goed werkgever/werknemerschap door de nadere concretisering die artikel 3:13 BW biedt.

Misbruik van bevoegdheid kan worden toegepast bij ontslag in de proeftijd. Als sanctie lijkt dan in het algemeen de schadevergoeding het meest geschikt.