

Diezelfde overgangsbepaling bevat ook het antwoord op de door mr Stutterheim in *NJB* 1988, p 53, gestelde vraag of werkende jongeren

van 18, 19 en 20 jaar die zelfstandig wonen, ook na 1 januari 1988 onder de gezins-AVP-polis tegen wettelijke aansprakelijkheid zijn verzekerd

---

## Jurisprudentie

Onder de zorg van mr P W C Akkermans, prof mr Th M de Boer, prof mr H Cohen Jehoram, prof dr E M H Hirsch Ballin, prof mr H U Jessurun d'Oliveira, prof dr E P de Jong, prof mr D H de Jong, prof mr S C J J Kortmann, prof mr J H Nieuwenhuis, prof mr C F Ruter, prof mr P van Schilfgaarde, prof mr A H J Swart, prof mr C W A Timmermans, prof dr J W Zwemmer

---

## Conversie

Prof mr J H Nieuwenhuis

HR 8 juli 1987, *RvdW* 1987, 158 (mrs Snijders, Van den Blink, De Groot, Hermans en Roelvink, A-G Mok)

### Is een nietig proeftijdbeding vatbaar voor conversie?

Albers treedt als automonteur in dienst bij Van Hensbergen. In de arbeidsovereenkomst is voorzien in een proeftijd van drie maanden. Dit beding is nietig op grond van artikel 1639n lid 3 BW dat de proeftijd bindt aan een maximale duur van twee maanden. Albers wordt binnen twee maanden na indiensttreding met een beroep op het proeftijdbeding ontslagen. Nu rijst de vraag of bij wege van conversie de nietige proeftijd van drie maanden is omgezet in een geldige proeftijd van twee maanden, zodat het ontslag niettemin geldig is. De vraag wordt in eerste instantie bevestigend beantwoord door de kantonrechter te Tiel en in tweede instantie ontkennend door de Arnhemse rechtbank. Driemaal is geldend recht. De Hoge Raad.

Vooropgesteld moet worden dat voor conversie als door het middel hier op haar plaats geacht — naar de bewoordingen van art 3:28 nieuw BW — vereist is dat de strekking van het nietige beding in zodanige mate beantwoordt aan die van een ander, als geldig aan te merken beding dat aangenomen moet worden dat dit laatste beding zou zijn tot stand gekomen indien van het eerstgenoemde wegens zijn ongeldigheid was afgezien. Daarbij komt het evenwel — anders dan het middel tot uitgangspunt neemt — niet aan op veronderstelde, al of

niet erkende, subjectieve partijbedoelingen, maar op objectieve factoren, waaronder hier in het bijzonder van belang zijn de aard van het nietigheidsvoorschrift van art 1639n lid 3, het stelsel van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst en de in dat kader in aanmerking komende eisen van redelijkheid en billijkheid.

In het licht van de wetsgeschiedenis, waaronder de geschiedenis van de Wet van 17 dec 1953, Stb 619, waarbij het toenmalige nieuwe ontslagrecht is tot stand gekomen en art 1639n zijn huidige vorm heeft gekregen, moet ervan worden uitgegaan dat aan lid 3 daar van, voorzover hier van belang, de gedachte ten grondslag ligt dat er een waarborg behoort te zijn dat de werknemer in elk geval niet langer dan twee maanden verstoken kan blijven van de bescherming, hem geboden door de wettelijke regeling omtrent ontslag. Aan deze strekking zou worden tekort gedaan, indien een werkgever die bijv., zoals hier, een proeftijd voor een duur van drie maanden in de arbeidsovereenkomst doet opnemen, daarvan geen andere gevolgen zou hebben te vreezen dan dat een proeftijd voor de hoogst toelaatbare duur van twee maanden geldt, terwijl de werknemer die binnen de bedongen proeftijd, doch na verstrijken van de hoogst toelaatbare duur met een beroep op het beding wordt ontslagen, zich tegen dit beroep slechts afdoende zal kunnen verweren bij voldoende kennis van de wettelijke regeling welke kennis bij werknemers niet zonder meer mag worden verondersteld ( ).

In het licht van het voorafgaande is voor aanvaarding van conversie van een beding als het onderhavige in een geldig proeftijdbeding voor de duur van twee maanden geen plaats. Het middel wordt derhalve tevergeefs voorgesteld.

Het ijzeren gordijn is niet meer wat het geweest is. Hoe is het met de leer van de ijzeren proeftijd, de opvatting van de Hoge Raad uit 1930,<sup>1</sup> dat wanneer partijen een langere proeftijd overeenkomen dan de wet toelaat, tussen hen in het geheel geen proeftijd geldt, ook niet een proeftijd met een wel toelaatbare duur?

Op unanieme instemming kon dit standpunt niet langer rekenen. Fase gaf als zijn oordeel te kennen dat het meer bij het rechtsgevoel aansluit, wanneer de *wettelijke proeftijd* zou gelden, voor het geval partijen een langere termijn zouden zijn overeengekomen dan de wet toelaat.<sup>2</sup> Bakels deelt in de zevende druk van zijn 'Schets van het Nederlandse arbeidsrecht' mee dat hij de opvatting van de Hoge Raad 'niet erg redelijk vindt'.<sup>3</sup> Toch handhaaft de Hoge Raad, op voorspraak van advocaat-generaal Mok, de ijzeren standaard (nietig = nietig), een te lange proeftijd komt niet in aanmerking voor conversie.

De motivering wordt vooral geput uit de strekking van artikel 1639n, een bepaling die beoogt te waarborgen dat de werknemer niet langer dan twee maanden verstoken blijft van de wettelijke ontslagbescherming. De mogelijkheid van conversie zou een werkgever, naar het oordeel van advocaat-generaal en Hoge Raad, licht op slechte gedachten kunnen brengen. Onder het motto 'baat het niet dan schaadt het niet' zou hij een langere proeftijd kunnen bedingen om de werknemer, ook na verloop van twee maanden nog met een beroep op de overeengekomen proeftijd te kunnen ontslaan, met de gerede kans dat deze bij gebreke van voldoende rechtskennis zich daartegen niet verzet. Om nu werkgevers te helpen deze verleiding te weerstaan zocht de Hoge Raad baat bij een aloude opvoedkundig principe: wie het onderste uit de kan wil, krijgt de dekseel op zijn neus. Werkgevers die meer proeftijd willen dan de wet hun toestaat, krijgen helemaal niets, zelfs niet de proeftijd die wel binnen hun bereik lag.

Maar zijn de nadelige consequenties, die de Hoge Raad aan conversie van de te lange proeftijd verbonden acht, inderdaad te verwachten? Zouden werkgevers er dan op grote schaal toe overgaan, in strijd met de wet langere proeftijden te bedingen in de veilige wetenschap dat ze in ieder geval aanspraak kunnen maken op een proeftijd van twee maanden? En zouden er veel werknemers zijn die zich *niet* beroepen op de ongeldigheid van hun ontslag wanneer ze, hoewel reeds twee maanden verlopen zijn, worden ontslagen met verwijzing naar een (te lange) proeftijd in de arbeidsovereenkomst?

Enerzijds zal de kennis omtrent de inhoud van artikel 1639n lid 3 bij veel werkgevers niet groter zijn dan bij hun werknemers, vooral als het gaat om werkgevers die niet beschikken over een huisjurist. Anderzijds is nu juist het ontslagrecht het terrein waarop door werknemers deskundige rechtshulp vrij gemakkelijk kan worden gemobiliseerd, vaak zelfs zonder uitdrukkelijk verzoek. Wanneer de ontslagen werknemer zich wendt tot een uitkeringsorgaan zal daar een eventuele overschrijding van de maximale proeftijd, en daarmee de ongeldigheid van het ontslag, zeker aan het licht komen.

Hier tegen is door de advocaat-generaal aangevoerd dat er toch ook gevallen zijn waarin een toetsing van het ontslag door een uitkeringsorgaan achterwege blijft. Dat is zeker juist, maar is dat voldoende reden om een te lange proeftijd radicaal te verwijderen, ook in die gevallen waarin niets wijst op kwade trouw van de werkgever? Een proeftijdbeding is niet alleen een bedreiging van de wettelijke ontslagbescherming van de werknemer, het dient ook een gerechtvaardigd belang van de werkgever, het stelt hem in staat zich een beter gefundeerd oordeel te vormen over de geschiktheid van de werknemer, dan in een sollicitatieprocedure mogelijk zou zijn.

Een en ander afwegende, voel ik het meest voor het voorstel van Fase. Bepaal bij wet (art. 1639n BW, art. 7:10.5.10 NBW) dat als partijen een langere proeftijd overeenkomen dan de wet toelaat de maximale wettelijke termijn van kracht is.<sup>4</sup> Dit voorstel heeft, net als de ijzeren proeftijdtheorie van de Hoge Raad, het voordeel dat het ons de vraag bespaart, of een geldige proeftijd zou zijn overeengekomen, als van het ongeldige beding was afgezien, een vraag die artikel 3:2.8 ons voorhoudt voor het geval een der partijen zich op conversie beroept. Het belang van het thans besproken arrest is echter vooral gelegen in de exegese van deze bepaling door de Hoge Raad.

### Conversie

Wat is een conversie?

In een grammofoonplatenzaak wordt aan de verkoper gevraagd of hij 'Eine kleine Nachtmusik' van Mozart heeft. 'Ik denk van wel' zegt de verkoper, 'maar dat is niet van Mozart, dat is van Beethoven'. En, 'dat heet niet "Eine kleine Nachtmusik" maar "Für Elise"'. En 'ja, dat hebben we voor u'.

1 HR 27 februari 1930 NJ 1930 977

2 SMA 1984 p 469

3 Schets van het Nederlandse arbeidsrecht 1986 p 105

4 SMA 1984, p 469

Conversie is heel wat anders

Van conversie is sprake wanneer een nietige rechtshandeling *van rechtswege* wordt vervangen door een geldige. Uiteraard kunnen *partijen*, die de nietigheid van hun rechtshandeling constateren, opnieuw een rechtshandeling verrichten, thans een geldige. Het is niet gebruikelijk in dat geval van conversie te spreken. De vervanging van de nietige rechtshandeling wordt echter een probleem als op het moment dat de nietigheid aan het licht treedt een van de betrokkenen zich tegen de vervanging verzet. In sommige gevallen treedt dan niettemin de vervangende rechtshandeling in werking. Zie art. 328.

Beantwoordt de strekking van een nietige rechtshandeling in een zodanige mate aan die van een andere als geldig aan te merken rechtshandeling dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar de werking van die andere rechtshandeling toe ( )

Hoe moet nu worden vastgesteld of de strekking van een nietige rechtshandeling in zodanige mate beantwoordt aan de strekking van een andere, geldige rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht?

Op dit punt komt de Hoge Raad met een overweging die veel weg heeft van een recept voor hutspot.

‘Daarbij komt het evenwel — anders dan het middel tot uitgangspunt neemt — niet aan op veronderstelde, al of niet erkende, subjectieve partijbedoelingen, maar op objectieve factoren, waaronder hier in het bijzonder van belang zijn de aard van het nietigheidsvoorschrift van art. 1639n lid 3, het stelsel van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst en de in dat kader in aanmerking komende eisen van redelijkheid en billijkheid.’

‘Daarbij’ verwijst naar de vraag of aangenomen moet worden dat een geldig proeftijdbeding zou zijn tot stand gekomen. Die vraag kan men inderdaad beantwoorden aan de hand van ofwel een ‘subjectief’ criterium (wat zouden partijen hebben *gewild*), ofwel met behulp van een meer ‘objectieve’ maatstaf, zoals geschiedt in de parlementaire geschiedenis.

‘De juistheid van de veronderstelling dat de vervangende rechtshandeling zou zijn verricht, mag immers uit sluitend worden aangenomen op grond van het beantwoorden van de strekking daarvan aan die van de nietige rechtshandeling.’<sup>5</sup>

De ‘objectieve factoren’ waarvan de Hoge Raad gewag maakt, betreffen echter niet de mate waarin strekking van de nietige rechtshandeling beantwoordt aan de strekking van een geldige rechtshandeling, maar hebben vooral betrekking op de wettelijke bepaling die de door partijen verrichte rechtshandeling nietig verklaart.

De verwarring vloeit voort uit de omstandigheid dat voor een juiste hantering van de conversiefiguur niet twee, maar *drie* strekkingen moeten worden vastgesteld, niet alleen de strekking van de nietige, en de strekking van de geldige rechtshandeling waarnaar artikel 328 verwijst, maar ook, en in eerste plaats, de strekking van het nietigheidsvoorschrift in de *wet* (hier art. 1639n).

De strekking van artikel 1639n lid 3 acht de Hoge Raad gelegen in de bescherming van de werknemer, die niet langer dan twee maanden verstoken mag blijven van de waarborgen hem geboden door de wettelijke regels omtrent ontslag. Deze strekking zou, naar het oordeel van de Hoge Raad, worden ondermijnd door de mogelijkheid van conversie. Dit gezichtspunt staat echter los van de vraag die in artikel 328 aan de orde wordt gesteld, namelijk of aangenomen moet worden dat de vervangende rechtshandeling zou zijn verricht. Het arrest maakt duidelijk dat we met betrekking tot een nietig proeftijdbeding aan die vraag in het geheel niet toekomen. Want zou de rechter zich de vraag stellen of een geldig proeftijdbeding zou zijn tot stand gekomen, als Van Hensbergen en Albers van het nietige beding wegens zijn ongeldigheid hadden afgezien, dan zou het antwoord naar alle waarschijnlijkheid bevestigend moeten luiden. Eerst moet echter de strekking van het nietigheidsvoorschrift worden vastgesteld om uit te maken welke ruimte er is voor conversie. Pas wanneer vast staat dat die ruimte er is, komt het criterium van artikel 328 aan bod. Beantwoordt de strekking van de nietige rechtshandeling zozeer aan de strekking van een geldige rechtshandeling dat aangenomen moet worden dat die geldige rechtshandeling zou zijn verricht? Het zou de helderheid van de conversiefiguur ten goede komen als beide vragen onderscheiden blijven.

Een tweede bron van verwarring is gelegen in de mededeling van de Hoge Raad dat het bij toepassing van artikel 328 niet aankomt op ‘veronderstelde, al of niet erkende, subjectieve partijbedoelingen’. Hoe dient te worden uitgemaakt of aangenomen moet worden dat de andere rechtshandeling zou zijn verricht? In zijn eerste

<sup>5</sup> *Parl. Gesch. Boek 6* p. 199.

conversie-arrest koos de Hoge Raad voor een subjectief uitgangspunt wat zouden partijen hebben *gewild*.<sup>6</sup> De architecten van het NBW hebben echter ter gelegenheid van het Gewijzigd Ontwerp gezocht naar een objectievere maatstaf en hebben als zodanig de *strekking* van de rechtshandeling geïntroduceerd (de mate waarin de strekking van de nietige rechtshandeling en de strekking van de geldige rechtshandeling aan elkaar beantwoorden).<sup>7</sup> Zijn we zo verlost van de 'subjectieve partijbedoelingen'? Het probleem is dat de parlementaire geschiedenis ons in het ongewisse laat omtrent de vraag wat we in dit verband hebben te verstaan onder de 'strekking' van enerzijds de nietige, en anderzijds de geldige rechtshandeling. Aanknopingspunten zijn wellicht te vinden in de omschrijving door de Hoge Raad van de *strekking* van een overeenkomst als 'datgene wat partijen beogen door haar te bewerken'.<sup>8</sup> Voorts overwoog de Hoge Raad bij een andere gelegenheid dat de overeenkomst een *verboden strekking* kan hebben, 'indien beide partijen bij het aangaan ervan de bedoeling hebben of er zich van bewust zijn, dat de nakoming ervan zal leiden tot de overtreding van voormeld wettelijk verbod'.<sup>9</sup> Belangrijker voor de uitleg van artikel 3:28 is echter dat naar aanleiding van een naburig artikel (art. 3:27) de daarin voorkomende term 'strekking' wordt toegelicht als volgt

'De strekking ener rechtshandeling wordt bepaald door de ook voor anderen te voorziene gevolgen en kenbare motieven der rechtshandeling ( ). Bij een overeenkomst moeten de gevolgen aan beide partijen kenbaar zijn, het motief moet dat van beide partijen zijn of het motief van de ene partij moet om als strekking der overeenkomst te kunnen gelden, ten minste ook de wederpartij duidelijk kenbaar zijn'.<sup>10</sup>

Dat de partijbedoeling, althans voor zover kenbaar voor de wederpartij, wel degelijk van belang is voor de vraag of de strekking van de nietige rechtshandeling in voldoende mate beantwoordt aan de strekking van de geldige rechtshandeling, valt ook af te leiden uit een passage in de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de conversiebepaling

'Uit de nieuwe redactie vloeit voort dat de partij die zich tegen het beroep op conversie van zijn wederpartij bij de rechtshandeling wenst te verzetten, niet kan betogen dat hij, indien van de nietige rechtshandeling wgens haar ongeldigheid was afgezien, geen vervangende rechtshandeling zou hebben *gewild*, wanneer hij zich voor dit betoog zou moeten beroepen op omstandigheden die deze wederpartij bij het aangaan van de rechtshandeling kende noch behoorde te kennen'.<sup>11</sup>

Het laatste zinsdeel ('wanneer kennen') wekt de stellige indruk dat het verzet tegen conversie wel succes kan hebben als aannemelijk wordt dat de ene partij de vervangende rechtshandeling niet zou hebben *gewild* en bovendien de wederpartij dit wist althans behoorde te weten.<sup>12</sup>

Misschien is het bovenstaande precies wat de Hoge Raad tot uitdrukking heeft willen brengen, en is met de mededeling dat het niet aankomt op 'de veronderstelde, al of niet erkende, subjectieve partijbedoelingen' niet meer gezegd dan dat partijbedoelingen die zo subjectief zijn dat zelfs de wederpartij er geen weet van kon hebben, zonder bezwaar buiten beschouwing kunnen blijven. Dat deze lezing juist is, is echter geenszins zeker. Een aangename verrassing zou het wel zijn

De verschillende stappen die moeten worden gezet alvorens tot conversie te kunnen besluiten, en de rol die de partijbedoelingen daarbij spelen, worden wellicht het best geïllustreerd door de feiten van het eerste conversie-arrest thans te confronteren met artikel 3:28

Mevrouw Van Hemme en de heer Van de Water komen huwelijksvoorwaarden overeen (gemeenschap van winst en verlies). Zij bepalen dat de huwelijksvoorwaarden in werking zullen treden onder opschortende voorwaarde (overlijden van een van beide echtgenoten zonder dat nakomelingen in leven zijn). Huwelijksvoorwaarden aangegaan onder opschortende voorwaarde zijn nietig. Zie Thans art. 117 lid 2 Boek 1. Een intern werkend verrekeningsbeding dat onder opschortende voorwaarde zal gelden, is daarentegen wel geoorloofd.

Om nu te kunnen concluderen dat door middel van conversie tussen Van Hemme en Van de Water een verrekeningsbeding geldt, dienen de volgende vragen te worden beantwoord. Allereerst moet worden nagegaan of de strekking van het wettelijk nietigheidsvoorschrift (art. 117 lid 2) wel ruimte laat voor conversie. Dat is zeker het geval. Artikel 117 lid 2 is ingegeven door de wens *derden* zekerheid te bieden omtrent de inwerkingtreding van huwelijksvoorwaarden. Conversie in een voorwaardelijk regime dat slechts van kracht is tussen partijen ontmoet geen bezwaar.

Vervolgens komt aan de orde de vraag of de strekking van de nietige rechtshandeling zozeer

6 HR 21 januari 1944 NJ 1944 120

7 *Parl. Gesch. Boek 6* p. 199

8 HR 17 november 1922 NJ 1923 155

9 HR 11 mei 1951 NJ 1952 128

10 *Parl. Gesch. Boek 6* p. 190

11 *Parl. Gesch. Boek 6* p. 199

12 Zie ook Asser *Rutten Hartkamp II* nr. 497

beantwoordt aan de strekking van een voorwaardelijk verrekeningsbeding dat aangenomen moet worden dat dit laatste zou zijn tot stand gekomen. Bij de vaststelling van de strekking van de nietige rechtshandeling ontkomt men er niet aan zich te verdiepen in hetgeen partijen voor ogen heeft gestaan. Wat beoogden zij door hun afspraak te bewerken? De rechtbank die hierover een oordeel moest uitspreken, stelde als bedoeling vast dat mevrouw Van Hemme aan het vermogen van haar echtgenoot op voet van algehele gemeenschap van goederen deel zou hebben, indien, en alleen indien, bij diens overlijden kinderen uit hun huwelijk in leven zouden zijn. In alle andere gevallen zou tussen hen geen verdere gemeenschap van goederen bestaan dan die van winst en verlies.<sup>13</sup>

De strekking van de geldige, als vervangster in aanmerking komende rechtshandeling kan daarna langs objectieve lijnen worden bepaald. Welke rechtsgevolgen zijn verbonden aan een intern werkend verrekeningsbeding onder opschortende voorwaarde? Wordt hetgeen partijen voor ogen stond ook daardoor gerealiseerd?

Is dat, zoals hier, het geval, dan behoeft de rechter zich in het stelsel van artikel 3:28 niet te verdiepen in de vraag of partijen de vervangende rechtshandeling zouden hebben gewild. In zoverre zet artikel 3:28 de 'veronderstelde subjectieve partijbedoeling' inderdaad buiten spel.

#### *De eisen van redelijkheid en billijkheid*

De kous is helaas nog niet af. Tot de 'objectieve factoren' die, in plaats van de subjectieve partijbedoelingen, bepalend zijn voor de vraag of de vervangende rechtshandeling zou zijn verricht, rekent de Hoge Raad de eisen van redelijkheid en billijkheid.

Ook hier verdient het de voorkeur de verschillende ingrediënten van het conversieleerstuk in ongeklutste vorm te presenteren. Als een rechter het oordeel uitspreekt dat partijen de vervangende rechtshandeling zouden hebben verricht, om-

*dat* dit strookt met de eisen van redelijkheid en billijkheid, dan is dit niet meer dan een machtspreuk. De vraag wat er zou *zijn* gebeurd, wordt in dat geval beantwoord met de vaststelling wat er had *behoren* te geschieden.

Redelijkheid en billijkheid vervullen ook op het terrein van de conversie stellig een belangrijke rol, maar een andere dan als maatstaf ter beantwoording van de vraag of de vervangende rechtshandeling zou zijn verricht. Zelfs indien aannemelijk is dat de vervangende rechtshandeling *niet* zou zijn verricht, kan uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat conversie toch geboden is. Stel, dat mevrouw Van Hemme bij de besprekingen over het huwelijks-goederenregiem uitdrukkelijk bezwaar had gemaakt tegen een verrekeningsbeding, dan zou zij niettemin in strijd handelen met de redelijkheid en billijkheid door zich, na het overlijden van haar echtgenoot, tegen conversie te verzetten. Afrekening op voet van een verrekeningsbeding is voor haar in geen enkel opzichte nadeliger, dan een scheidingsdeling conform de nietige huwelijksvoorwaarden.

#### *Besluit*

Beantwoordt de strekking van een nietige rechtshandeling in voldoende mate aan de strekking van een geldige rechtshandeling? De spil van de conversie-leer wordt gevormd door deze vraag. Maar het is niet de enige. Eraan vooraf gaat de vraag of de strekking van het nietigheidsvoorschrift eigenlijk wel ruimte laat voor conversie, en *erna* moet worden nagegaan of conversie in het onderhavige geval strookt met de eisen van redelijkheid en billijkheid.

Zo zijn we weer thus. *Ars Aequi* kan niet worden gemist, ook niet ten aanzien van conversie. Maar zoals de lezer van dit tijdschrift weet betekent de titel wat anders dan de kunst om een omelet te bakken.

---

13 Rb s Hertogenbosch 16 april 1948 NJ 1948, 321