



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Hoge Raad 2003-11-14

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2004). Annotation: Hoge Raad 2003-11-14. *Nederlandse Jurisprudentie*, 1097-1110. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14914>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14914>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Nr. 138

HOGE RAAD

14 november 2003, nr. C02/109HR

(Mrs. R. Herrmann, H.A.M. Aaftink, A.M.J. van Buchem-Spapens, P.C. Kop, F.B. Bakels; A-G Timmerman; m.nt. GHvV)

RvdW 2003, 177

JOL 2003, 579

Arbeidsovereenkomst en bindende partijbeslissing. Nietigheid beding dat werkgever bevoegdheid verschafft bij wege van bindende partijbeslissing arbeidsrechtelijke sancties te treffen; dwingend recht; niet van openbare orde; grenzen rechtsstrijd in appel. Vernietigbaarheid bindende partijbeslissing; toetsingsmaatstaf. Goed werknemerschap i.g.v. voorstellen werkgever i.v.m. gewijzigde omstandigheden op werk.

De aan het arbeidsrecht ten grondslag liggende beschermingsgedachte die onder meer tot uiting komt in de art. 7:613, 7:678 lid 3, 7:681 lid 4 en 7:686 laatste zin BW brengt mee dat – in aansluiting op de voormelde in de wet geregelde gevallen – moet worden aangenomen dat een beding krachtens hetwelk (een orgaan van) de werkgever bevoegd is bij wege van bindende partijbeslissing arbeidsrechtelijke sancties te treffen tegen een werknemer, nietig is. Hetzelfde geldt voor het onderhavige beding krachtens hetwelk een voor de werknemer ongunstige vaststelling op arbeidsrechtelijk vlak onmiddellijk doorwerkt in de rechten die de door de werknemer beheerste vennootschap toekomen uit de met de (dochtervennootschap van de) werkgever gesloten koopovereenkomst. Voormelde regel is van dwingend recht doch niet van openbare orde, zodat het het Hof niet vrijstond het beroepen vonnis buiten de grieven om met ambtshalve aanvulling van rechtsgronden te vernietigen.

Ingevolge art. 7:904 lid 1 BW is een bindende partijbeslissing vernietigbaar indien gebondenheid aan die beslissing in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar

zou zijn. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, is onbegrijpelijk 'sHofs oordeel dat daarvan in casu geen sprake is.

De verplichting die op werkgever en werknemer rust zich over en weer als een goed werkgever respectievelijk een goed werknemer te gedragen, brengt wat de werknemer betreft mee dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dat hij dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding daarvan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.

X legt zich toe op innovatieve technieken op het gebied van hijsen en transporteren van zware gewichten. Hij heeft zijn activiteiten ondergebracht in een vennootschap, waarvan hij (indirect) 50% van de aandelen houdt. Vervolgens sluit hij een overeenkomst waarbij hij zijn aandelen in die vennootschap verkoopt voor een prijs van f 8 800 000, deels te voldoen in tien jaarlijkse termijnen van f 400 000. Tevens gaat hij met de (moedervenootschap van) koper een arbeidsovereenkomst aan, op grond waarvan hij voor de duur van tien jaar bij haar in dienst treedt als technisch directeur. De koopovereenkomst bevat een beding op grond waarvan de nog niet vervallen termijnen van de koopprijs niet verschuldigd zullen zijn, indien X tekortschiet in zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. De Raad van Commissarissen van de koper is bevoegd om voor partijen bindend vast te stellen of X in zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst is tekortgeschoten. Wanneer tussen X en zijn werkgeefster na enige tijd een arbeidsgeschil ontstaat, oordeelt de Raad van Commissarissen van koper dat X in de nakoming van zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst is tekortgeschoten.

Blijkens art. 7:900 lid 2 BW is een beding dat aan een van de partijen bij een rechtsverhouding het recht geeft die rechtsverhouding bindend vast te stellen, in beginsel rechtsgeldig. Dit geldt ook voor een beding waarin de raad van commissarissen van één van de partijen wordt aangewezen als het orgaan dat bevoegd is tot deze bindende vaststelling (vgl. HR 22 december 1922, NJ 1923, p. 319).

Het onderhavige beding vertoont echter als bijzonderheid dat een voor X ongunstige vaststelling van commissarissen op arbeidsrechtelijk vlak, onmiddellijk doorwerkt in de rechten van verkopers uit de koopovereenkomst, bij welke rechten de belangen van X ten nauwste zijn betrokken. Daarom moet dit beding in zoverre op één lijn worden gesteld met een beding krachtens hetwelk de raad van commissarissen het recht wordt gegeven bij wege van bindende partijbeslissing arbeidsrechtelijke sancties te treffen tegen X. De aan het arbeidsrecht ten grondslag liggende beschermingsgedachte, die onder meer tot uiting komt in art. 7:613, 7:678 lid 3, 7:681 lid 4 en 7:686, laatste zin, BW, brengt echter mee dat – in aansluiting op de voormelde, in de wet geregelde, gevallen – moet worden aangenomen dat een beding krachtens

hetwelk (een orgaan van) de werkgever bevoegd is bij wege van bindende partijbeslissing arbeidsrechtelijke sancties te treffen tegen een werknemer, nietig is.

Nu verkopers zich in de feitelijke instanties niet op deze regel hebben beroepen, diende het Hof zich te beperken tot beoordeling van de door verkopers aangevoerde grieven en had het niet de vrijheid buiten de grieven om het vonnis in kort geding, met ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, te vernietigen.

Art. 7:904 lid 1 BW bepaalt onder meer dat een bindende partijbeslissing vernietigbaar is indien gebondenheid aan die beslissing in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De klacht dat het Hof zich niet ertoe had mogen beperken te onderzoeken of de raad van commissarissen in redelijkheid tot zijn bestreden oordeel had kunnen komen, maar dit oordeel "vol" had moeten toetsen kan dan ook geen doel treffen, nu de bepleite "volle toetsing" niet met deze bepaling is te verenigen.

Het oordeel van het Hof dat het ontbreken van een "positieve grondhouding ten opzichte van de nieuwe organisatie" bij X kan worden aangemerkt als een tekortkoming in de nakoming van een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting, is onbegrijpelijk. Weliswaar brengt de verplichting die op werkgever en werknemer rust zich over en weer als een goed werkgever respectievelijk een goed werknemer te gedragen, wat de werknemer betreft mee dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd (HR 26 juni 1998, nr. 16649, C97/128HR, NJ 1998, 767). Zonder nadere motivering, die ontbreekt, valt echter niet in te zien dat X redelijkerwijs niet, op de wijze zoals hij heeft gedaan, zou mogen opkomen voor wat hij als zijn rechten zag in verband met de reorganisatievoorstellen.

(BW art. 7:613, 678, 681, 686, 900, 904)

1. Drie-S Invest B.V., te Breda,
2. Ir. Pieter Marie Stoof, te Breda, eisers tot cassatie, adv. mr. R.A.A. Duk, tegen

Mammoet International BV, te De Meern, verweerster in cassatie, adv. mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt.

Hof:

Beoordeling van het hoger beroep

1. Tegen de feiten zoals deze in het bestreden vonnis sub 1 zijn weergegeven is in hoger beroep niet opgekomen zodat ook het hof uitgaat van deze feiten. Het gaat in deze zaak om het volgende.

1.1. Stoof heeft zich toegelegd op de ontwikkeling van innovatieve technieken op het gebied van hijsen en transporteren van zware gewichten. Stoof heeft daarvoor een product ontwikkeld, de zogenaamde MSG. Hij heeft deze activiteiten ondergebracht in Stotra B.V. De aandelen van Stotra werden voor 50% gehouden door Drie-S en voor 50% door de Nedlloyd-vennootschap Mammoet Decalift International B.V., rechtsvoorgangster van Mammoet.

1.2. Per 1 januari 1998 is Stoof in dienst getreden bij Mammoet Transport B.V. (de moeder-vennootschap van Mammoet) in de functie van technisch directeur voor een periode van 10 jaar. De schriftelijke arbeidsovereenkomst dateert van 4 mei 1998.

1.3. Bij overeenkomst van 14 april 1998 heeft Drie-S haar aandelen in Stotra overgedragen aan Mammoet Decalift. Van de koopprijs ad f 8 800 000 zou een bedrag van f 4 000 000 in tien jaarlijkse termijnen worden betaald.

Ingevolge artikel 6 van deze overeenkomst zou de verplichting tot betaling van (een deel) van deze termijnen komen te vervallen indien: a. Stoof op enigerlei wijze tekort zou komen in de nakoming van de arbeidsovereenkomst of b. wanneer sprake zou zijn van een dringende reden voor de werkgever in de zin van artikel 7:677 BW., ongeacht of de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk werd beëindigd.

In een geschil tussen Stoof en Mammoet Decalift of een van deze situaties zich zou voordoen zou de Raad van Commissarissen van Mammoet Decalift beslissen.

1.4. Medio juli 2000 zijn de aandelen Mammoet Transport door Nedlloyd overgedragen aan Van Seumeren.

1.5. In de nieuwe onderneming, ontstaan na integratie van het bedrijf van Van Seumeren en Mammoet, is aan Stoof als nieuwe functie die van adviseur van een van de directeurs aangeboden. Daarover is een conflict ontstaan tussen Stoof en Mammoet. Dat conflict is voorgelegd aan de Raad van Commissarissen die bij brief van 27 december 2000 aan Stoof heeft bericht dat hij is tekortgeschoten in de nakoming van zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.

1.6. Appellanten vorderen in dit kort geding:

- a. veroordeling van Mammoet tot betaling van de per 31 december 2000 opeisbaar geworden tranche van de koopprijs van de aandelen Stotra, vermeerderd met de contractuele en de wettelijke rente;
- b. voor zover aan vorengenoemd besluit van de Raad van Commissarissen enig rechtsgevolg mocht kunnen worden verbonden, schorsing van dit besluit voor de duur van de bodemprocedure;
- c. een verbod aan Mammoet om jegens appellanten nieuwe sancties te treffen wegens het niet aanvaarden door Stoof van een adviseursfunctie, op straffe van een dwangsom;

* Zie ook NJB 2003, p. 2305; red.

d. veroordeling van Mammoet in de proceskosten.

1.7. De president heeft in het bestreden vonnis de vorderingen afgewezen.

2. De grieven hebben ten doel het geschil in volle omvang aan het hof voor te leggen.

2.1. In de eerste plaats dient te worden gezien op welke wijze het besluit van de Raad van Commissarissen in deze procedure dient te worden getoetst. Appellanten stellen zich op het standpunt dat niet is overeengekomen dat het oordeel van de raad van commissarissen bindend zou zijn en dat dus vol getoetst mag worden.

2.2. Het hof verwerpt dit standpunt van appellanten.

Uit de bewoordingen van de overeenkomst:

'Indien de Raad van commissarissen van koper (hof: Mammoet) – gehoord verkoper (hof: Drie-S) en Stoof – beslist (met gewone meerderheid) dat één van de in artikel 6.1 bedoelde gevallen zich inderdaad voordoet, zullen de in artikel 3.1 sub c bedoelde nog niet (geheel) vervallen termijnen niet langer verschuldigd zijn' kan niet anders worden afgeleid dan dat de beslissing van de Raad van Commissarissen voor partijen bindend zou zijn. Dat de overeenkomst in artikel 20 tevens bepaalt dat geschillen voortvloeiend uit de overeenkomst aan de bevoegde rechter te 's-Gravenhage zullen worden voorgelegd, kan daar niet aan afdoen. Het geschil waarover de Raad van Commissarissen diende te beslissen betrof uitsluitend één punt en de betreffende bepaling dient te worden gezien als een uitzondering op artikel 20. Aangezien het mogelijk is een geschilpunt bindend door één van de partijen te laten beslissen is de vraag of de Raad van Commissarissen voldoende onafhankelijk en onpartijdig zou zijn niet van belang.

De stelling van appellanten dat de bepaling van artikel 6 van de overeenkomst is opgenomen voor een geheel andere situatie dan de onderhavige en dat de Raad van Commissarissen artikel 6 heeft gebruikt voor een ander doel dan waarvoor het is geschreven, wordt eveneens door het hof verworpen.

De bepaling is algemeen geformuleerd en zou gelden voor een periode van tien jaar. Niet gezegd kan worden dat niet te verwachten viel dat in die tien jaar door een reorganisatie of andere oorzaak de functie van Stoof van karakter zou veranderen. Naar het oordeel van het hof is geen sprake van een zo uitzonderlijke gebeurtenis dat appellanten naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet meer aan de bepaling van artikel 6 der overeenkomst gehouden zouden mogen worden.

Het hof zal dan ook beoordelen of de Raad van Commissarissen in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen.

3.1. Het hof neemt het volgende in aanmerking.

a. Op 23 mei 2000 toen er naar verwachting op korte termijn een akkoord zou zijn over de overdracht van de aandelen van Mammoet aan Van Seumeren, heeft de toekomstige directie het

personeel schriftelijk over de plannen geïnformeerd. In dat stuk stond vermeld dat Stoof verantwoordelijk zou worden voor research en development.

b. Bij faxbericht van 31 mei 2000 van Van Seumeren aan Stoof doet Van Seumeren aan Stoof voorstellen tot wijziging van de bestaande overeenkomst, inhoudende onder meer:

– beperking van het concurrentiebeding van 15 tot 5 jaar;

– betaling in 2002 van het restant van de koopsom ineens;

– geen verplichting tot investering in een derde MSG;

Stoof werd daarbij verzocht voor 5 juni 2000 te reageren.

c. Op 13 juni 2000 bericht Stoof dat hij het voorstel aanvaardt (onder meer) onder de voorwaarde dat ter zake van de derde MSG met hem wordt afgerekend en dat hij aanneemt dat hem een aangepaste arbeidsovereenkomst wordt toegezonden.

d. Appellanten hebben vervolgens een kort geding aangespannen en gevorderd Nedlloyd en Mammoet Decalift te verbieden tot levering van de aandelen Mammoet aan een derde over te gaan, welke vordering bij vonnis van 11 juli 2000 is afgewezen.

Bij brief van 14 juli 2000 deelt Stoof aan Van Seumeren mee, dat hij het voorbehoud gemaakt in de brief van 13 juni 2000 laat vallen en dat hij ervan uitgaat dat een aangepast contract volgens de brief van 31 mei 2000 op korte termijn kan worden voorgelegd.

e. In het weekend van 19 en 20 augustus 2000 is het "key-management" (waaronder Stoof) bijeengekomen om te praten over de opzet van de geïntegreerde "Mammoet Van Seumeren". Stoof hoorde toen dat hem een functie als adviseur van de directeur was toebedacht. Hij heeft zich toen in beginsel bereid getoond verder te gaan met de nieuwe organisatie;

f. Een brief van 29 september 2000 van Stoof aan Mammoet Transport houdt onder meer het volgende in:

'(...) nu ik heb vernomen dat wordt voorgesteld dat ik ga functioneren als adviseur van Roderik van Seumeren, terwijl ik thans een geheel andere functie heb. Alvorens ik een besluit kan nemen over de aanvaarding van de aan mij toebedachte functie ben ik met de heer F. van Seumeren overeengekomen, dat mij een nieuwe arbeidsovereenkomst zal worden voorgelegd, waarbij tevens de afspraken ten aanzien van Drie-S worden herhaald zoals deze reeds schriftelijk zijn overeengekomen. (...)

g. F. van Seumeren reageert bij brief van 5 oktober 2000 als volgt:

'(...) Naar mijn oordeel zit in de huidige regelingen (met name de koppeling tussen het vervallen van de resterende termijnen van de koopsom en het behoorlijk functioneren van jou als werknemer) het conflict ingebakken: deze afspraken kunnen tot gevolg hebben dat je

doorlopend het pistool op je gericht voelt (begrijp me goed: ik zeg niet dat dit zo is of in het verleden was), terwijl je anderszins ook tegenover je partners de verplichting voelt de volle tien jaar uit te dienen, ook al heb je daar geen plezier meer in.

De meest wezenlijke vraag voor mij is of je in het concept van het nieuwe Mammoet van Seumeren een streep onder het verleden kunt zetten en wij er over een weer vertrouwen in kunnen hebben dat met de rol, die je onder leiding van Roderik bij Mammoet is toebedacht, een basis voor een goede samenwerking gevonden kan worden. Voor de management meeting in Garderen op 19/20 augustus jl. heb ik je dit op de man af gevraagd. Je hebt daar toen bevestigend op geantwoord.

Met je brief van 29 september jl. (waar je allerlei voorwaarden verbindt aan het aanvaarden van de nieuwe functie) verval je in de loopgravenoorlog, die je in het verleden ook al met Mammoet hebt gevoerd.

Voor alle duidelijkheid: in de periode dat wij in onderhandeling waren over de aankoop van Mammoet heb ik je geschreven dat ik bereid ben de afspraken op het punt van de betaling in termijnen van de koopsom te herzien. Je hebt dat niet aanvaard en inmiddels zijn we een door jou verloren kort geding tegen Nedlloyd en Mammoet verder.

Als je je alsnog con amore voor de nieuwe organisatie wilt inzetten, ben ik nog steeds bereid tot enigerlei vorm van aanpassing van de afspraken en je arbeidsovereenkomst.

Als je bij nader inzien van oordeel bent dat je niet voor Roderik in Mammoet Global wilt werken, ben ik bereid in open overleg tot een regeling te komen, waarbij je niet nog acht jaren aan de onderneming verbonden hoeft te blijven (...)

h. Op deze brief heeft Stoof gereageerd met een brief d.d. 10 oktober 2000 van zijn advocaat waarin onder meer tot uitdrukking wordt gebracht dat de aangeboden functie een totaal andere is dan die hij had, dat hij daar geen genoegen mee behoeft te nemen, dat hij nog steeds geen beeld heeft van de inhoud van de hem toegedachte functie, dat hij ook met de overige voorgenomen maatregelen geen genoegen behoeft te nemen, dat deze maatregelen de uitvoering van de in 1998 gemaakte afspraken onmogelijk maken en dat sprake is van wanprestatie/onrechtmatige daad jegens Stoof op grond waarvan Stoof gebruik wil maken van zijn opschortingsrecht ten aanzien van zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst.

3.2. Uit de punten a en b blijkt naar het oordeel van het hof dat Mammoet aan Stoof redelijke voorstellen heeft gedaan met inachtneming van zijn bijzondere positie. Het voorstel onder b houdt weliswaar een "final offer", doch van Stoof behoeft niet te worden verwacht dat hij zonder meer akkoord zou gaan met dat voorstel. Een voorstel van Stoof tot nadere onderhandelingen zou in de rede hebben gelegen. Uit de reactie van

Stoof blijkt echter dat hij op zijn beurt ervan uitgaat dat zijn voorwaarden zonder meer worden geaccepteerd, hetgeen de toon verscherpt. Pas nadat hij het kort geding heeft verloren laat Stoof zijn voorwaarde vallen en accepteert hij het voorstel van 31 mei 2000. Gelet op hetgeen sinds 31 mei 2000 tussen partijen was voorgevallen en de gestelde datum van 5 juni 2000 – al is aannemelijk geworden dat Stoof enig uitstel van die termijn heeft gekregen – mocht Stoof er niet zonder meer van uitgaan dat dat aanbod nog onverkort zou gelden. Hij doet dat in zijn sub f genoemde brief echter wel (met de daar vermelde schriftelijke afspraken is blijkens bij gelegenheid van de pleidooien verstrekte informatie het voorstel van 31 mei 2000 bedoeld) en verwacht van Mammoet een overeenkomst waarin die afspraken staan vermeld. Voorts verwacht Stoof dat hem een nieuwe arbeidsovereenkomst zal worden voorgelegd. Dat hij (ook) om informatie vraagt over de inhoud van zijn nieuwe functie blijkt naar het oordeel van het hof niet duidelijk uit deze brief. Dat Van Seumeren in zijn brief van 5 oktober 2000 gepikeerd reageert op dit standpunt van Stoof (loopgravenoorlog) acht het hof niet onbegrijpelijk. Niettemin is Van Seumeren bereid om nader met Stoof te overleggen.

Uit de sub h genoemde reactie blijkt dat Stoof daar niet toe bereid is.

3.3. Gelet op het vorenstaande kan niet gezegd worden dat de Raad van Commissarissen niet in redelijkheid tot de conclusie is kunnen komen dat sprake is geweest van redelijke voorstellen door Van Seumeren doch dat bij Stoof, blijkens zijn reactie daarop, geen sprake was van een positieve grondhouding ten opzichte van de nieuwe organisatie. Een positieve instelling van Stoof was, naar het oordeel van het hof van essentieel belang voor zijn verdere functioneren in de organisatie. Nu Stoof daar onvoldoende van heeft blijk gegeven is de conclusie van de Raad van Commissarissen dat Stoof is tekortgeschoten in de nakoming van zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting evenmin onredelijk.

3.4. De conclusie uit het vorenstaande is, dat het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd en dat Stoof als de in het ongelijk gestelde partij zal worden veroordeeld in de proceskosten.

(...)

Cassatiemiddel:

Schending van het recht dan wel verzuim van vormen waarvan het niet in acht nemen grond voor vernietiging vormt;

doordat het Hof heeft overwogen als in het beroepen arrest verwoord, met name in rov.2.2 daarvan, en (mede) op grond daarvan heeft beslist als in het dictum van dat arrest neergelegd,

ten onrechte en in strijd met het recht in verband met het navolgende.

(a) Het gaat te dezen om een besluit van Mammoet waarbij aan Drie-S het recht op een aanzienlijk bedrag (deel van een koopprijs) is

ontnomen op grond daarvan dat Ir. Stoof als werknemer van Mammoet Transport, de moedermaatschappij van Mammoet, tekort zou zijn geschoten in de nakoming van zijn arbeidsovereenkomst. De beantwoording van de vraag of die situatie zich voordeed, is ingevolge de daarover gesloten overeenkomst opgedragen aan de Raad van Commissarissen van Mammoet. In geschil tussen partijen is, met name, of het terzake door die Raad genomen besluit door de rechter al dan niet "vol getoetst mag worden", zoals het Hof in *rov. 2.1* (terecht) formuleert.

Het Hof legt de betrokken clause in *rov. 2.2* zo uit dat *niet* vol getoetst mag worden. Die uitleg staat, als feitelijk, in cassatie niet ter discussie.

Echter: ook als die uitleg juist zou zijn, dan nog had het Hof die clause als, in de gegeven omstandigheden, rechtens onjuist en derhalve niet verbindend dienen aan te merken en had het derhalve, anders dan het heeft gedaan, het besluit in kwestie "vol" dienen te toetsen en niet slechts te onderzoeken of het betrokken orgaan in redelijkheid tot zijn oordeel kon komen. In een geval als dit is het niet mogelijk een geschilpunt als waarom het hier gaat, bindend door één van de partijen te laten beslissen. In elk geval had het Hof niet ononderzocht mogen laten of de Raad van Commissarissen "voldoende onafhankelijk en onpartijdig" was. Zo reeds een door (een) derde(n) uitgebracht bindend advies partijen niet bindt als het in verband met inhoud of wijze van totstandkoming in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dan geldt dat (evenzeer en zelfs) a fortiori in gevallen waarin, zoals hier, die beslissing aan een *orgaan* van een der partijen overgelaten is. Zo dat al niet in het algemeen het geval is, dan geldt dat zeker wanneer, zoals hier, die (partij-)beslissing is opgedragen aan de Raad van Commissarissen, die immers gelet op zijn wettelijk taak (in beginsel) ongeschikt is om in zo'n rol te fungeren wanneer, zoals hier, de belangen van de vennootschap waaraan die Raad verbonden is, in het geding zijn. Het Hof had in dat verband niet ononderzocht mogen laten wat Stoof c.s., bij voorbeeld bij memorie van grieven (pp. 26 en 27), hebben aangevoerd ten betoge daarvan dat die Raad in dit geval niet onpartijdig en onafhankelijk was.

Het bovenstaande geldt in het bijzonder, althans: in elk geval, wanneer, zoals hier, in geschil is of een werknemer aan zijn verplichtingen uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst heeft voldaan, nu art. 7:613 BW moet worden gezien als uitdrukking van een meer algemene regel dat in het kader van een arbeidsovereenkomst de vraag wat de rechten en plichten van een werknemer zijn, niet ter eenzijdige (nadere) bepaling aan (een orgaan van) de werkgever kan worden opgedragen resp. overgelaten.

(b) Zou het onder (a) ontwikkelde betoog falen, dan nog is onjuist, althans niet genoegzaam gemotiveerd dat de Raad van Commissarissen van Mammoet in redelijkheid tot zijn oordeel kon

komen, nu het in *rov. 3.1 sub b* bedoelde aanbod het karakter had van een "final offer", zoals in *rov. 3.2* (terecht) is vastgesteld, en het Stoof (c.s.) niet kan worden aangerekend dat daarop niet is gereageerd met een "voorstel ... tot nadere onderhandelingen". In elk geval is het oordeel dat van de kant van Stoof (c.s.) op dat "final offer" met zo'n voorstel zou moeten zijn gereageerd, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet te begrijpen en derhalve niet naar behoren gemotiveerd. Het Hof geeft immers niet aan waarom Stoof c.s. niet (zonder meer) van het finale, dat wil zeggen: ononderhandelbare, karakter van dat aanbod mochten uitgaan, ook al werd het Stoof (c.s.) wèl als zodanig gepresenteerd.

Bovendien is onjuist, althans zonder nadere motivering onbegrijpelijk, het oordeel van het Hof dat het (door hem feitelijk aangenomen) ontbreken van een "positieve grondhouding ten opzichte van de nieuwe organisatie" bij Stoof (c.s.), hoe zeer wellicht ook van belang "voor zijn verdere motivering in de organisatie", kan worden aangemerkt als het *tekortschieten* in de nakoming van een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting. Het ontbreken van zo'n houding heeft immers als zodanig niet van doen met het niet nakomen van enigerlei op Stoof als werknemer rustende verplichting. Zo dat al niet in het algemeen geldt, geldt het in elk geval bij een conflict als het onderhavige, waarin het gaat om door de werkgever gedane voorstellen tot (ingrijpende) wijziging van de bestaande overeenkomst, met name een ingrijpende functiewijziging als blijktens *rov. 3.1 sub f* door Mammoet Transport aan Stoof voorgesteld.

Conclusie A-G mr. Timmerman:

1. Inleiding

Het gaat in deze kort geding-procedure in de eerste plaats om de vraag of de raad van commissarissen van een bepaalde vennootschap op basis van een bindend advies-clausule in een overeenkomst waarbij de vennootschap aandelen in een bepaald bedrijf van de persoonlijke b.v. van een werknemer koopt een bindende beslissing kan nemen dat de desbetreffende werknemer is tekort geschoten in de naleving van zijn arbeidsovereenkomst met de vennootschap. Ingeval deze vraag bevestigend beantwoord zou worden stelt het cassatiemiddel vervolgens aan de orde, of het hof voldoende inzichtelijk heeft geoordeeld dat de raad van commissarissen in redelijkheid de beslissing kon nemen dat de werknemer in zijn arbeidsovereenkomst is tekortgeschoten. Voor de beoordeling van vooral het eerste geschilpunt is het van belang zich te realiseren dat de aandelenovereenkomst aan de vaststelling door de raad van commissarissen dat de werknemer is tekortgeschoten in zijn arbeidsovereenkomst geen arbeidsrechtelijke gevolgen verbindt, zoals ontslag of vermindering van loon, maar de vaststelling alleen de afwikkeling van de aandelenovereenkomst beïnvloedt. De op het moment van de

vaststelling van de tekortkoming nog openstaande termijnen van de koopprijs (f 3 200 000 van een totale koopsom van f 8 800 000) komen namelijk te vervallen wanneer de raad van commissarissen tot het oordeel komt dat de werknemer in de naleving van zijn arbeidsovereenkomst is tekortgeschoten.

2. Feiten¹ en procesverloop

2.1. Eiser tot cassatie sub 2, verder te noemen Stooft, heeft zich toegelegd op de ontwikkeling van innovatieve technieken op het gebied van hijsen en transporteren van zware gewichten. Stooft heeft daarvoor een product ontwikkeld, de zogenaamde MSG. Deze activiteiten heeft Stooft in 1996 ondergebracht in werkmaatschappij Stotra B.V., verder te noemen Stotra, waarvan Stooft enig statutair directeur was. De aandelen in Stotra werden voor 50% gehouden door eiser tot cassatie sub 1, verder te noemen Drie-S, en voor 50% door verweerster in cassatie, verder te noemen Mammoet. Per 1 januari 1998 is Stooft in dienst getreden bij Mammoet Transport B.V. (de moeder-vennootschap van Mammoet) in de functie van technisch directeur voor een periode van 10 jaar.

2.2. Drie-S heeft bij overeenkomst van 14 april 1998 haar aandelen in Stotra overgedragen aan Mammoet tegen een koopprijs van f 8 800 000. Een bedrag van f 4 800 000 werd betaald op de leveringsdatum en een bedrag van f 4 000 000 zou in tien jaarlijkse termijnen worden betaald. Stotra werd vervolgens omgedoopt in Mammoet Engineering & Innovation B.V., verder te noemen MEI. Art. 6 van de overeenkomst van 14 april 1998 bepaalt hoe en in welke gevallen de verplichting tot betaling van een deel van de koopprijs zou vervallen.

Art. 6 luidt als volgt:

6.1.a indien Stooft op enige wijze toerekenbaar tekort komt in de nakoming van zijn verplichtingen, taken en/of verantwoordelijkheden onder de arbeidsovereenkomst, ongeacht of de arbeidsovereenkomst dientengevolge daadwerkelijk wordt beëindigd; en/of

b. ingeval van daden, eigenschappen of gedragingen van Stooft die als dringende redenen worden beschouwd voor de werkgever in de zin van art. 7:677 BW, ongeacht of de arbeidsovereenkomst dientengevolge daadwerkelijk wordt beëindigd.

Partijen stellen vast dat enig herhaald – na schriftelijke waarschuwing door de werkgever – tekortschieten van Stooft met betrekking tot zijn taken en verantwoordelijkheden zoals neergelegd in Job Description, Directiereglement en/of Code of Conduct zal worden beschouwd als een toerekenbare tekortkoming als bedoeld sub a.

6.2. Indien koper meent dat een van de in artikel 6.1 bedoelde gevallen zich voordoet, zal koper verkoper schriftelijk in kennis stellen van haar voornemen een beroep te doen op dit artikel 6.2. Indien verkoper binnen 3 (drie) dagen na ontvangst van de hiervoor bedoelde kennisgeving schriftelijk aan koper bevestigt dat verkoper het

daarmee niet eens is, zal de Raad van Commissarissen van koper over het gerezen geschil haar oordeel vellen.

Indien verkoper niet binnen voornoemde termijn van 3 (drie) dagen reageert of – na een tijdige reactie van verkoper – indien de Raad van Commissarissen van koper – gehoord verkoper en Stooft – beslist (met gewone meerderheid) dat een van de in artikel 6.1 bedoelde gevallen zich inderdaad voordoet, zullen de in artikel 3.1 sub c bedoelde, nog niet (geheel) vervallen termijnen niet langer verschuldigd zijn.

Bij schriftelijke arbeidsovereenkomst van 4 mei 1998 werd Stooft gedetacheerd bij Mammoet Decalift International B.V. waar hij de functie van technisch directeur van de gehele Mammoetgroep zou vervullen alsmede de functie van algemeen directeur van MEI.

2.3. De Mammoetvennootschappen zijn eigendom van Nedlloyd. In 1999 is Nedlloyd voor deze vennootschappen op zoek gegaan naar een koper. Daarbij is zij in contact gekomen met Van Seumeren Holland B.V. Bij brief van 23 mei 2000 heeft Mammoet Transport aan Stooft bericht dat de voorgenomen overdracht als zodanig geen directe gevolgen zou hebben voor zijn werkgelegenheid of arbeidsvoorwaarden. Drie-S en Stooft hebben vervolgens in een kort geding gevorderd om Nedlloyd en Mammoet Decalift te verbieden over te gaan tot levering van de aandelen in Mammoet Decalift aan buitenstaanders. De president van de rechtbank Rotterdam heeft deze vordering afgewezen bij vonnis van 11 juli 2000.

2.4. Medio juli 2000 zijn de aandelen Mammoet Transport door Nedlloyd overgedragen aan Van Seumeren, die daarmee de volledige zeggenschap over Mammoet kreeg. In de nieuwe onderneming, ontstaan na integratie van het bedrijf van Van Seumeren en Mammoet, is aan Stooft als nieuwe functie die van adviseur van een van de directeuren aangeboden. Daarover is een conflict ontstaan tussen Stooft en Mammoet. Dat conflict is aanleiding geweest om aan de raad van commissarissen de vraag voor te leggen of de wijze waarop Stooft zich heeft opgesteld in het overleg over de door hem na de integratie van de ondernemingen van Mammoet en Van Seumeren te vervullen functie, gekwalificeerd dient te worden als een toerekenbaar tekort schieten in de nakoming van zijn verplichtingen, taken en verantwoordelijkheden onder de arbeidsovereenkomst, zoals bedoeld in art. 6 van de koopovereenkomst van 14 april 1998.² Bij brief van 27

1 Zie het kort gedingvonnis van de president van de rechtbank Den Haag van 26 februari 2001, rov.1 en het bestreden arrest van het hof Den Haag van 29 januari 2002, rov. 1.1-1.5.

2 De raad van commissarissen bestond niet meer sinds de door Van Seumeren op 2 augustus 2000 gewijzigde statuten. Met het oog op het conflict tussen Stooft en Mammoet heeft Van Seumeren op 1 december 2000 de statuten van Mammoet gewijzigd waarbij een zogenaamde Facultatieve Raad van Commissarissen werd ingesteld.

december 2000 heeft de Raad van Commissarissen aan Stoof bericht dat hij is tekortgeschoten in de nakoming van zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.

2.5. Bij kort gedingdagvaarding van 25 januari 2001 hebben eisers gevorderd:

- veroordeling van Mammoet tot betaling van de per 31 december 2000 opeisbaar geworden tranche van de koopprijs van de aandelen Stotra, zijnde een bedrag van f 400 000 vermeerderd met de contractuele en wettelijke rente;
- voor zover aan het besluit van de raad van commissarissen enig rechtsgevolg mocht kunnen worden verbonden, schorsing van dit besluit voor de duur van de bodemprocedure;
- een verbod aan Mammoet om jegens eisers nieuwe sancties te treffen wegens het niet aanvaarden door Stoof van een adviseursfunctie op straffe van een dwangsom van f 100 000 voor iedere dag waarop Mammoet in strijd mocht (blijven) handelen met dit verbod;
- veroordeling van Mammoet in de proceskosten.

2.6. Bij vonnis van 26 februari 2001 heeft de president van de rechtbank te Den Haag de vorderingen afgewezen en eisers in de kosten van het geding veroordeeld. In appel hebben eisers zes grieven tegen het vonnis aangevoerd waarmee zij beoogden het geschil in volle omvang aan het hof voor te leggen. Het hof heeft het bestreden vonnis bij arrest van 29 januari 2002 bekrachtigd. Eisers hebben vervolgens tijdig beroep in cassatie ingesteld.³ Mammoet heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben hun stellingen schriftelijk toegelicht. Eisers hebben nog gerepliceerd.

3. *Het cassatiemiddel*

3.1. Het beroep in cassatie, zoals uitgewerkt in de schriftelijke toelichting, berust primair – kort samengevat – op de rechtsklacht dat het impliciete oordeel van het hof dat een partijbeslissing in een rechtsverhouding met een arbeidsrechtelijke component toegelaten is onjuist is. Subsidiair is aan de orde of het hof zijn oordeel voldoende gemotiveerd heeft dat de raad van commissarissen in redelijkheid tot zijn oordeel over het tekortschieten van de werknemer kon komen.⁴ Het cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel van het cassatiemiddel richt zich tegen rechtsoverweging 2.2 waar het hof het volgende overweegt:

'(...) Uit de bewoordingen van de overeenkomst: Indien de Raad van commissarissen van koper (hof: Mammoet) – gehoord verkoper (hof: Drie-S) en Stoof – beslist (met gewone meerderheid) dat een van de in artikel 6.1 bedoelde gevallen zich inderdaad voordoet, zullen de in artikel 3.1 sub c bedoelde nog niet (geheel) vervallen termijnen niet langer verschuldigd zijn kan niet anders worden afgeleid dan dat de beslissing van de Raad van Commissarissen bindend zou zijn. Dat de overeenkomst in artikel 20 tevens bepaalt dat

geschillen voortvloeiend uit de overeenkomst aan de bevoegde rechter te Den Haag zullen worden voorgelegd, kan daar niet aan afdoen. Het geschil waarover de Raad van Commissarissen diende te beslissen betrof uitsluitend één punt en de betreffende bepaling dient te worden gezien als een uitzondering op art.20. Aangezien het mogelijk is een geschilpunt bindend door een van de partijen te laten beslissen is de vraag of de Raad van Commissarissen voldoende onafhankelijk en onpartijdig zou zijn niet van belang (...)'

3.2. Het tweede onderdeel richt zich tegen rechtsoverwegingen 3.1, 3.2 en 3.3. van het arrest van het hof. Hierin is onder andere het volgende te lezen:

'(...) een positieve instelling van Stoof was, naar het oordeel van het hof van essentieel belang voor zijn verdere functioneren in de organisatie. Nu Stoof daar onvoldoende van heeft blijk gegeven is de conclusie van de Raad van Commissarissen dat Stoof is tekortgeschoten in de nakoming van zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting evenmin onredelijk.'

4. *Beoordeling van het eerste onderdeel van het cassatiemiddel*

4.1. Dit onderdeel van het cassatiemiddel berust op de stelling dat de in de aandelenovereenkomst opgenomen bindend adviesclausule ongeldig is, omdat de raad van commissarissen van Mammoet een beslissing neemt in een arbeidsrechtelijke aangelegenheid. Mammoet meent dat deze stelling een novum is. Dat is m.i. niet het geval omdat het probleem is besproken op een enigszins verholde wijze in de memorie van grieven⁵ en heel duidelijk in de pleitaantekeningen van Mr. Smits voor het hof.⁶ Hier komt nog bij dat zelfs, al zou er sprake zijn van een novum, het een novum van zuiver juridische aard betreft.⁷ Een dergelijk novum mag in cassatie worden opgeworpen. Het hierna aan de orde gestelde probleem is interessant. Om een goed zicht op het probleem te verkrijgen dienen m.i. drie deelvragen te worden onderscheiden:

- kan aan de raad van commissarissen in de statuten of een overeenkomst van de vennootschap met een wederpartij de bevoegdheid worden gegeven om over een bepaalde aangelegenheid een bindende beslissing te nemen? (zie hierover 4.2 van de conclusie);
- als deze vraag bevestigend beantwoord dient te worden, geldt dit bevestigende antwoord dan ook voor een beslissing in een arbeidsrechtelijke

3 Bij dagvaarding van 20 maart 2002. In kort geding bedraagt de termijn tweemaal de appeltermijn, dus acht weken. Zie hiervoor art.402 lid 2 jo. 339 lid 2 Rv.

4 Zie de schriftelijke toelichting van eisers tot cassatie onder 10.

5 Zie blz. 23-27.

6 Zie blz. 12-15.

7 Zie hiervoor Veegens, Korthals Altes, Groen, Cassatie in burgerlijke zaken, 1989, nr.127.

aangelegenheid tussen de vennootschap en een van haar werknemers? (zie hierover 4.3);

– als de raad van commissarissen in zijn algemeenheid niet over een arbeidsrechtelijke kwestie zou mogen beslissen, geldt er dan een uitzondering in het hier aan de orde zijnde geval waarin de werknemer als gevolg van de beslissing van de raad van commissarissen niet wordt getroffen door arbeidsrechtelijke sancties, maar door nadelen bij de afwikkeling van een koopovereenkomst die de werknemer met de vennootschap heeft afgesloten? (zie hierover 4.4)

4.2. Van der Grinten schrijft in het handboek:⁸

‘De bevoegdheid tot beslissing van geschillen kan statutair aan de raad van commissarissen worden toegekend, indien het geschillen betreft tussen vennootschap en haar aandeelhouders. De bevoegdheid kan voorts bij overeenkomst tussen de vennootschap en een wederpartij worden gevestigd; (...) Voorzieningen die beslissing van geschillen opdragen aan de raad van commissarissen zullen moeten worden beschouwd als bepalingen tot bindend advies (...) Of het in het algemeen wenselijk is aan commissarissen beslissing van geschillen op te dragen, is een andere vraag. Naar onze mening past op deze vraag een ontkennend antwoord. De plaats van de commissaris in de vennootschap, zijn verbondenheid met de vennootschap maken hem in het algemeen minder geschikt om als onpartijdige en onzijdige beoordelaar te fungeren, wanneer belangen van de vennootschap in het geding zijn.’⁹

Ook Uw Raad gaat, evenals Van der Grinten, in een inmiddels vrij oud arrest¹⁰ uit van de toelaatbaarheid van de aanwijzing van de raad van commissarissen als geschilbeslechter in een aangelegenheid waarbij de vennootschap is betrokken. M.i. gaat het ook nu te ver om categorisch aan te nemen dat een raad van commissarissen niet als geschilbeslechter zou mogen optreden in een aangelegenheid waarbij de vennootschap is betrokken. Op dit punt dient partijautonomie voorop te staan. Wel ben ik een voorstander van toetsing van een clause waarbij de raad van commissarissen als geschilbeslechter is aangewezen in een vennootschappelijke kwestie van geval tot geval. Ik wijs erop dat de beslissing die een raad van commissarissen als geschilbeslechter neemt aan de vennootschap toegerekend dient te worden. De bevoegdheid om een dergelijke beslissing te nemen berust immers hetzij op de statuten hetzij op een overeenkomst die de vennootschap met een wederpartij heeft afgesloten. De raad van commissarissen ontleent zijn bevoegdheid daarmee aan de vennootschap. De geschilbeslissing van de raad van commissarissen is dus een besluit van de vennootschap. Het gevolg van de toerekening is dat een geschilbeslissing van de raad van commissarissen in een aangelegenheid waarbij de vennootschap partij is als partijbeslissing gekwalificeerd dient te worden.

4.3. Kan een arbeidsrechtelijke kwestie bij wege van partijbeslissing beslecht worden? Ik meen dat dit in het algemeen niet mogelijk geacht moet worden. In de schriftelijke toelichting op het cassatiemiddel wordt op een reeks van wettelijke bepalingen gewezen die tot deze conclusie aanleiding geven. In dit verband zijn van belang art. 7:678 lid 3 BW (bedingen waarbij het aan de werkgever wordt overgelaten te beslissen, of er een dringende reden is, zijn nietig), art. 7:681 lid 4 BW (een beding waarbij het aan een van de partijen wordt overgelaten te beslissen of de beëindiging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is nietig), art. 7:685 BW (alleen de kantonrechter mag beslissen, of een arbeidsovereenkomst op grond van gewichtige redenen ontbonden mag worden, art. 7:786 BW (ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens tekortschieten in de nakoming daarvan kan slechts door de rechter uitgesproken worden) en art. 7:613 BW (eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever is niet zonder meer mogelijk, ook al heeft de werkgever de bevoegdheid hiertoe voorbehouden). Ik leid uit deze bepalingen af dat een werkgever niet eenzijdig met een vervolgens beperkte toetsing door de rechter mag beslissen dat een werknemer is tekortgeschoten in de nakoming van de arbeidsovereenkomst. Dit zou tot de conclusie kunnen leiden dat art. 6 van de aandelenovereenkomst niet rechtsgeldig is, omdat deze contractsbepaling in strijd is met de dwingende systematiek van het arbeidsrecht.

4.4. Niettemin meen ik dat deze conclusie in dit bijzondere geval niet getrokken dient te worden. De gevolgen van de partijbeslissing van de raad van commissarissen zijn in het hier aan de orde zijnde geval niet arbeidsrechtelijk, maar komen naar voren bij de afwikkeling van de aandelenovereenkomst. Als gevolg van de beslissing van de raad van commissarissen wordt Stoof bij voorbeeld immers niet ontslagen of dient hij akkoord te gaan met een wijziging van zijn functie. Het gevolg van de beslissing is dat hij met een verlaging wordt geconfronteerd van de koopsom voor de aandelen die zijn persoonlijke vennootschap aan Mammoet heeft verkocht. Nu dit op deze wijze tussen partijen is overeengekomen, mag de arbeidsrechtelijke systematiek niet in stelling worden gebracht om de rechtsgeldigheid van art. 6 lid 2 van de aandelenovereenkomst te

8 W.C.L. van der Grinten, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, 1992, nr. 279.

9 Zie ook Maeijer: “Van deze figuur moet worden onderscheiden de eventuele statutaire opdracht aan de raad van commissarissen tot het beslechten van rechts- geschillen die rijzen binnen de vennootschap of tussen de vennootschap en derden....Dergelijke statutaire bepalingen zijn, indien zij al als rechtsgeldig kunnen worden aangemerkt, zonder meer af te raden....”, Asser Maeijer, 2-III, 2000, nr. 344.

10 HR 22 december 1922, NJ 1923, blz. 319: “het beding is ook niet strijdig met de openbare orde en goede zeden, omdat tegen gebruik niet te goeder trouw door de partij of een van haar organen van de verleende macht beveiliging moet worden gevonden in het voorschrift van artikel 1374 BW...”

beoordelen. Men zou kunnen zeggen dat Stoof als gevolg van de toepassing van art. 6 lid 2 niet door arbeidsrechtelijke sancties wordt getroffen, maar door een sanctie die het gevolg van afspraken is die hij heeft gemaakt in een door hem afgesloten aandelenovereenkomst. Als er wel arbeidsrechtelijke sancties zouden gaan gelden als gevolg van de beslissing van de raad van commissarissen, zou art. 6 lid 2 m.i. wel onverbindend zijn. Ik wijs erop dat, wanneer Stoof ontslagen zou worden, omdat de werkgever van mening is dat hij is tekort geschoten in de nakoming van zijn arbeidsovereenkomst, dit ontslag volledig door de rechter getoetst kan worden. Deze kwestie valt immers buiten de reikwijdte van art. 6 lid 2 van de aandelenovereenkomst. Nog weer anders gezegd: als het arbeidsrecht in het hier aan de orde zijnde geval zou worden ingezet om Stoof tegen de beslissing van de raad van de commissarissen te beschermen, zou het gevolg hiervan zijn dat hij beschermd wordt in zijn belangen als (indirecte) verkoper van een pakket aandelen. Daarvoor is het arbeidsrecht m.i. niet bedoeld.

4.5. Ik meen dat het eerste onderdeel van het cassatiemiddel verworpen dient te worden. Ik wil daarbij – geheel ten overvloede – wel opmerken dat het hof zijn oordeel op dit punt wel zeer summier heeft gemotiveerd. Het overweegt immers niet meer dan dat de raad van commissarissen de desbetreffende geschilbeslissing mag nemen, omdat ook een partijbeslissing toegelaten is. Weliswaar gaat het hier om een zuiver rechtsoordeel, maar dit neemt echter niet weg dat het in het licht van het partijdebat en met het oog op de aanvaardbaarheid van de beslissing op z'n minst genomen beter was geweest als het hof dieper op de materie was ingegaan.

5. *Beoordeling van het tweede onderdeel van het cassatiemiddel*

5.1. Het draait in dit onderdeel om de vraag, of het hof voldoende begrijpelijk heeft geoordeeld dat de raad van commissarissen in redelijkheid tot zijn beslissing kon komen dat Stoof is tekort geschoten in de nakoming van zijn arbeidsovereenkomst. De vraag, of een bepaalde instantie in redelijkheid tot een bepaald besluit is gekomen, komt er m.i. op neer dat de rechter het desbetreffende besluit aan de normen van de redelijkheid en billijkheid toetst en daarbij vervolgens niet al te snel en op al te lichte gronden tot het oordeel mag komen dat het desbetreffende besluit niet in redelijkheid genomen is.¹¹ Het nagaan door de rechter, of een besluit in redelijkheid is genomen veronderstelt dat hij terughoudend oordeelt. Er moet met andere woorden sprake zijn van een in het oog springende onredelijkheid.

5.2. Het oordeel van het hof dat de raad van commissarissen in redelijkheid kon menen dat Stoof is tekort geschoten in de nakoming van zijn arbeidsovereenkomst berust blijkens rechtsoverweging 3.3 op twee pijlers: van de kant van

Mammoet zijn redelijke voorstellen gedaan voor een wijziging van de positie van Stoof in verband met de omstandigheid dat de zeggenschap over Mammoet in andere handen is overgegaan (eerste pijler). Op deze voorstellen heeft Stoof volgens het hof niet in voldoende mate positief gereageerd (tweede pijler).

5.3. Het cassatiemiddel voert hiertegen aan dat het hof niet aangeeft waarom de voorstellen van Mammoet redelijk zijn. Het hof heeft niet veel meer gedaan dan dat het in rechtsoverweging 3.1, sub a en b melding heeft gemaakt van de desbetreffende voorstellen en heeft deze vervolgens in rechtsoverweging 3.2 redelijk genoemd. Dat is volgens het middel te meer onaanvaardbaar, nu in de memorie van grieven een uitvoerig betoog te vinden is waarin uiteengezet wordt waarom de desbetreffende voorstellen onredelijk waren.¹² Ik meen dat het cassatiemiddel in dit opzicht doel treft. Door zonder motivering te oordelen dat de voorstellen van Mammoet redelijk waren heeft het hof onvoldoende inzicht gegeven hoe het tot het oordeel is gekomen dat de raad van commissarissen in redelijkheid tot zijn beslissing kon komen dat Stoof is tekort geschoten in de nakoming van zijn arbeidsovereenkomst. In deze kwestie is een gemotiveerd oordeel over de redelijkheid van de voorstellen van Mammoet te meer van belang, omdat alleen tegen de achtergrond hiervan uitgemaakt kan worden of Stoof al dan niet voldoende positief op de desbetreffende voorstellen heeft gereageerd.¹³ Het oordeel hierover is van belang om te kunnen uitmaken, of Stoof in de nakoming van zijn arbeidsovereenkomst is tekortgeschoten. Dit oordeel is weer nodig om te kunnen beoordelen of de raad van commissarissen in redelijkheid tot zijn beslissing kon komen. Ik meen dat in het arrest van het hof een essentiële schakel in zijn redenering niet voldoende solide is. De omstandigheid dat het hier een kort geding betreft maakt dit niet anders.¹⁴ Ook in kort geding mag van de rechter enige motivering van zijn beslissing worden verlangd.

6. *Conclusie*

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot terugverwijzing van de zaak naar het hof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing.

11 Zie Asser-Maeijer 2-II, 1997, nr.133 (blz. 141); Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, 2001, blz. 255; Sanders, Westbroek, BV en NV, 1998, blz. 162.

12 Zie blz. 7-23 van de memorie van grieven.

13 Zie hierover HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767.

14 Op grond van constante jurisprudentie van de Hoge Raad zijn aan in kort geding gewezen vonnissen en arresten minder strenge motiveringseisen te stellen dan aan ten principale gegeven uitspraken. Zie bijv. HR 17 juni 1996, NJ 1997, 481 rov.3.3.

Hoge Raad:1. *Het geding in feitelijke instanties*

Eisers tot cassatie – verder afzonderlijk te noemen: Drie-S en Stoof, dan wel tezamen Drie-S c.s. – hebben bij exploit van 25 januari 2001 verweerster in cassatie – verder te noemen: Mammoet – in kort geding gedagvaard voor de president van de rechtbank te 's-Gravenhage en gevorderd bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

a. Mammoet te veroordelen om ter zake van de per 31 december 2000 opeisbaar geworden tranche van de koopprijs van de aandelen Stotra te betalen een bedrag van f 400 000 te vermeerderen met de contractuele rente van 5,25% sinds 1 januari 1998 tot en met 31 december 2000 alsmede de wettelijke rente vanaf 1 januari 2001 tot aan de datum van betaling;

b. voorzover aan het onderhavige besluit van de Facultatieve Raad van Commissarissen enig rechtsgevolg mocht kunnen worden verbonden: dit besluit te schorsen voor de duur van de bodemprocedure;

c. Mammoet te verbieden jegens Drie-S en/of Stoof nieuwe sancties te treffen wegens het niet aanvaarden van een adviseursfunctie als de onderhavige met veroordeling van Mammoet om ten titel van dwangsom aan Stoof en Drie-S te betalen een bedrag van f 100 000 voor iedere dag, waarop Mammoet in strijd mocht (blijven) handelen met dit verbod;

d. Mammoet te veroordelen in de proceskosten. Mammoet heeft de vorderingen bestreden.

De president heeft bij vonnis van 26 februari 2001 de vorderingen afgewezen.

Tegen dit vonnis hebben Drie-S c.s. hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage.

Bij arrest van 29 januari 2002 heeft het hof het bestreden vonnis bekrachtigd.

(...)

2. *Het geding in cassatie*

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot terugwijzing van de zaak naar het hof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing.

3. *Beoordeling van het middel*

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Stoof heeft zich toegelegd op de ontwikkeling van innovatieve technieken op het gebied van hijsen en transporteren van zware gewichten. Hij heeft daartoe een hijstoestel ontwikkeld dat MSG is genaamd. Stoof heeft zijn activiteiten in 1996 ondergebracht in Stotra B.V. De aandelen van die vennootschap werden voor 50% gehouden door de door Stoof beheerste vennootschap Drie-S en voor 50% door de rechtsvoorganger van Mammoet.

(ii) Stoof is per 1 januari 1998 voor een periode van tien jaar in dienst getreden bij Mammoet

Transport B.V. (de moedervenootschap van Mammoet) in de functie van technisch directeur. De schriftelijke arbeidsovereenkomst dateert van 4 mei 1998.

(iii) Bij overeenkomst van 14 april 1998 (hierna ook: de koopovereenkomst) heeft Drie-S haar aandelen-Stotra overgedragen aan Mammoet. Deze overeenkomst, waarbij ook Stoof in persoon partij was en waarin Mammoet "koper" werd genoemd en Drie-S "verkoper", bevat onder meer de volgende bepalingen:

'Artikel 3 – Koopprijs en rente

3.1 Met inachtneming van de bepalingen van deze overeenkomst, bedraagt de maximale koopprijs voor de aandelen NGL 8 800 000 (acht miljoen achthonderd duizend gulden) ("de Koopprijs"), te onderscheiden in de volgende onderdelen:

(...)

c een bedrag van NGL 4 000 000 (vier miljoen gulden), betaalbaar in tien jaarlijkse termijnen van ieder NGL 400 000 (vier honderduizend gulden), waarvan de eerste vervalt op 31 december 1998 en de laatste vervalt op 31 december 2007;

(...)

Artikel 6 – Verplichting Betaling Deel Koopprijs Vervalt

6.1 In de navolgende gevallen wordt de regeling van artikel 6.2 van toepassing:

a. Indien Stoof op enige wijze toerekenbaar tekort komt in de nakoming van zijn verplichtingen, taken en/of verantwoordelijkheden onder de Arbeidsovereenkomst, ongeacht of de Arbeidsovereenkomst dientengevolge daadwerkelijk wordt beëindigd; en/of

b. in geval van daden, eigenschappen of gedragingen van Stoof die als dringende redenen worden beschouwd voor de werkgever in de zin van artikel 7:677 BW, ongeacht of de Arbeidsovereenkomst dientengevolge daadwerkelijk wordt beëindigd.

Partijen stellen vast dat enig herhaald – na het schriftelijke waarschuwing door de Werkgever – tekortschieten van Stoof met betrekking tot zijn taken en verantwoordelijkheden zoals neergelegd in Job Description, Directiereglement en/of Code of Conduct zal worden beschouwd als een toerekenbare tekortkoming als bedoeld sub a.

6.2 Indien Koper meent dat een van de in artikel 6.1 bedoelde gevallen zich voordoet, zal Koper Verkoper schriftelijk in kennis stellen van haar voornemen een beroep te doen op dit artikel 6.2.

Indien Verkoper binnen 3 (drie) dagen na ontvangst van die hiervoor bedoelde kennisgeving schriftelijk aan Koper bevestigt dat Verkoper het daarmee niet eens is, zal de Raad van Commissarissen van Koper over het gerezen geschil haar oordeel vellen.

Indien Verkoper niet binnen voornoemde termijn van 3 (drie) dagen reageert of – na een tijdige reactie van Verkoper – indien de

Raad van Commissarissen van Koper – gehoord Verkoper en Stoof – beslist (met gewone meerderheid) dat een van de in artikel 6.1 bedoelde gevallen zich inderdaad voordoet, zullen de in artikel 3.1 sub c bedoelde, nog niet (geheel) vervallen termijnen niet langer verschuldigd zijn.’

(iv) Medio juli 2000 zijn de aandelen Mammoet Transport B.V. door de moedermaatschappij, Nedlloyd, overgedragen aan Van Seumeren Holland B.V. (hierna: Van Seumeren), die daarmee volledige zeggenschap over Mammoet verkreeg.

(v) In de nieuwe onderneming, die is ontstaan na de integratie van het bedrijf van Mammoet in dat van Van Seumeren, is Stoof als nieuwe functie aangeboden de positie van adviseur van een van de directeuren van Van Seumeren. Over dat aanbod is een conflict ontstaan tussen Stoof en zijn werkgever. Dit conflict is met inachtneming van art. 6 van de overeenkomst voorgelegd aan de raad van commissarissen van Mammoet.

(vi) Bij brief van 27 december 2000 heeft de raad van commissarissen geoordeeld dat Stoof toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, welke verplichtingen de kern van de samenwerking tussen werkgever en werknemer raken.

3.2. Drie-S c.s. hebben aan hun hiervoor in 1 weergegeven vorderingen in eerste aanleg ten grondslag gelegd, kort gezegd, dat Stoof, die slechts is opgekomen voor wat hij als zijn rechten zag in de context van een bedrijfsoverneming, dusdoende niet is tekortgeschoten in de nakoming van zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, althans dat Mammoet in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep toekomt op dit beding en evenmin op de beslissing van de raad van commissarissen van 27 december 2000.

Mammoet heeft deze stellingen bestreden.

President en hof hebben Mammoet in het gelijk gesteld, kort samengevat omdat de raad van commissarissen in de gegeven omstandigheden in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat Stoof is tekortgeschoten in de nakoming van zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen in de zin van art. 6 van de koopovereenkomst.

3.3. Blijkens art. 7:900 lid 2 BW is een beding dat aan een van de partijen bij een rechtsverhouding het recht geeft die rechtsverhouding bindend vast te stellen, in beginsel rechtsgeldig. Dit geldt ook voor een beding waarin de raad van commissarissen van één van de partijen wordt aangewezen als het orgaan dat bevoegd is tot deze bindende vaststelling (vgl. HR 22 december 1922, NJ 1923, p. 319).

Het beding van art. 6 van de koopovereenkomst vertoont echter als bijzonderheid dat de bindende vaststelling van de raad van commissarissen van Mammoet dat Stoof toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit zijn arbeidsovereenkomst, als

gevolg heeft dat de vordering van Drie-S tot voldoening van de nog verschuldigde termijnen van de koopovereenkomst komt te vervallen. Een voor Stoof ongunstige vaststelling van commissarissen op arbeidsrechtelijk vlak, werkt dus onmiddellijk door in de rechten van Drie-S uit de koopovereenkomst, bij welke rechten de belangen van Stoof ten nauwste zijn betrokken. Daarom moet dit beding in zoverre op één lijn worden gesteld met een beding krachtens hetwelk de raad van commissarissen het recht wordt gegeven bij wege van bindende partijbeslissing arbeidsrechtelijke sancties te treffen tegen Stoof.

De aan het arbeidsrecht ten grondslag liggende beschermingsgedachte, die onder meer tot uiting komt in art. 7:613, 7:678 lid 3, 7:681 lid 4 en 7:686, laatste zin, BW, brengt mee dat – in aansluiting op de voormelde, in de wet geregelde, gevallen – moet worden aangenomen dat een beding krachtens hetwelk (een orgaan van) de werkgever bevoegd is bij wege van bindende partijbeslissing arbeidsrechtelijke sancties te treffen tegen een werknemer, nietig is. Gezien hetgeen in de vorige alinea is overwogen, geldt hetzelfde voor het onderhavige beding.

3.4. Onderdeel a van het middel bevat een op het vorenstaande gerichte klacht, die echter niet tot cassatie kan leiden. De hiervoor in 3.3 (laatste alinea) geformuleerde regel is immers weliswaar van dwingend recht, maar zij is niet van openbare orde. Nu Drie-S c.s. zich in de feitelijke instanties niet op deze regel hebben beroepen, diende het hof zich te beperken tot beoordeling van de door Drie-S c.s. aangevoerde grieven en had het niet de vrijheid buiten de grieven om het door de president gewezen vonnis, met ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, te vernietigen.

3.5. Dit betekent dat nu ook de tweede klacht van onderdeel a moet worden beoordeeld die – kort weergegeven – luidt dat het hof zich niet ertoe had mogen beperken te onderzoeken of de raad van commissarissen in redelijkheid tot zijn bestreden oordeel had kunnen komen, maar dit oordeel “vol” had moeten toetsen.

Art. 7:904 lid 1 BW bepaalt onder meer dat een bindende partijbeslissing vernietigbaar is indien gebondenheid aan die beslissing in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

In dit licht kan de onderhavige klacht geen doel treffen, nu de door het onderdeel bepleite “volle toetsing” niet met deze bepaling is te verenigen. Dit wordt niet anders op grond van het feit dat de raad van commissarissen van Mammoet een bindende partijbeslissing heeft gegeven in een geschil waarin – zij het indirect – de rechtsbescherming van de werknemer Stoof in diens verhouding tot zijn werkgever Mammoet aan de orde is, ook niet in samenhang met het feit dat Stoof in het onderhavige geval heeft aangevoerd dat de raad van commissarissen niet voldoende onafhankelijk en onpartijdig was.

Daarbij verdient opmerking dat Stoof zich in de feitelijke instanties niet alleen niet op de nietigheid van het onderhavige beding heeft beroepen, maar in hoger beroep – naar het kennelijke en niet onbegrijpelijke oordeel van het hof – zelfs niet heeft aangevoerd dat het in de specifieke omstandigheden van het gegeven geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Mammoet een beroep doet op dit beding.

3.6. Onderdeel b bevat onder meer de klacht dat onjuist, althans zonder nadere motivering onbegrijpelijk, is het oordeel van het hof dat het ontbreken van een “positieve grondhouding ten opzichte van de nieuwe organisatie” bij Stoof, hoezeer een dergelijke houding wellicht ook van belang is voor zijn verdere functioneren in de organisatie, kan worden aangemerkt als een tekortkoming in de nakoming van een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting.

3.7. Het onderhavige geval wordt gekenmerkt door de feiten en omstandigheden die door het hof zijn opgesomd in rov.3.1 onder (a)-(h) van zijn arrest. Kort samengevat komen deze neer op het volgende. Aan Stoof die, zoals hiervoor in 3.1 onder (ii) is overwogen, vóór de overname door Van Seumeren van Mammoet Transport B.V. de functie had van technisch directeur, is na de overname van dat bedrijf een staffunctie aangeboden (vgl. 3.1 onder (v)). Hiermee is Stoof, die zich beriep op met hem gemaakte afspraken en aan hem gedane toezeggingen, niet zonder meer akkoord gegaan. Nadat Stoof zich bereid had getoond tot nader overleg heeft Van Seumeren hem een final offer gedaan, dat Stoof onder opgave van redenen niet heeft geaccepteerd. Na verdere besprekingen en correspondentie alsmede een door Stoof verloren kort geding (waarin hij vorderde Nedlloyd en Mammoet Decalift te verbieden tot levering van de aandelen Mammoet aan een derde over te gaan) heeft Van Seumeren het conflict voorgelegd aan de raad van commissarissen van Mammoet, die heeft geoordeeld zoals hiervoor in 3.1 onder (vi) weergegeven.

Nadat het hof deze feiten en omstandigheden in rov.3.2 van zijn bestreden arrest had besproken, heeft het in rov.3.3 geconcludeerd:

‘Gelet op het vorenstaande kan niet worden gezegd dat de Raad van Commissarissen niet in redelijkheid tot de conclusie is kunnen komen dat sprake is geweest van redelijke voorstellen door Van Seumeren doch dat bij Stoof, blijkens zijn reactie daarop, geen sprake was van een positieve grondhouding ten opzichte van de nieuwe organisatie. Een positieve instelling van Stoof was, naar het oordeel van het hof van essentieel belang voor zijn verdere functioneren in de organisatie. Nu Stoof daar onvoldoende van heeft blijk gegeven is de conclusie van de Raad van Commissarissen dat Stoof is tekortgeschoten in de nakoming van zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting evenmin onredelijk.’

3.8. In aanmerking genomen dat, zoals hiervoor in 3.3 overwogen, de bindende vaststelling van de raad van commissarissen van Mammoet dat Stoof toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de verplichtingen uit zijn arbeidsovereenkomst, onmiddellijk doorwerkt in de rechten van Drie-S uit de koopovereenkomst, bij welke rechten de belangen van Stoof ten nauwste zijn betrokken – van al hetwelk de raad van commissarissen op de hoogte was – is deze overweging zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Zij komt immers erop neer dat naar 's hofs oordeel de wijze waarop Stoof opkwam voor wat hij als zijn rechten zag in het kader van de onderhavige bedrijfsreorganisatie, wegens het ontbreken van “een positieve grondhouding ten opzichte van de nieuwe organisatie” mocht worden gesanctioneerd met het verval van het recht van Drie-S op de nog resterende acht termijnen van f 400 000 elk van de hiervoor in 3.1 onder (iii) bedoelde koopovereenkomst. Dit oordeel is zonder nadere motivering, die echter ontbreekt, onder de door het hof vastgestelde omstandigheden onbegrijpelijk. Weliswaar brengt de verplichting die op werkgever en werknemer rust zich over en weer als een goed werkgever respectievelijk een goed werknemer te gedragen, wat de werknemer betreft mee dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd (HR 26 juli 1998, nr.16649, C97/128, NJ 1998, 767). Zonder nadere motivering, die ontbreekt, valt echter niet in te zien dat Stoof redelijkerwijs niet, op de wijze zoals hij heeft gedaan, zou mogen opkomen voor wat hij als zijn rechten zag in verband met de door Van Seumeren gedane reorganisatievoorstellen.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 29 januari 2002;

verwijst het geding naar het gerechtshof te Amsterdam;

veroordeelt Mammoet in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Drie-S c.s. begroot op €4671,25 aan verschotten en €1590 voor salaris. 4;28

NOOT:

1. Mag een arbeidsovereenkomst bepalen dat de werkgever mag beslissen of de werknemer tekort is geschoten in zijn verplichtingen? In het eerste deel van dit arrest (ook gepubliceerd in *JAR* 2003/296) ging het in wezen om deze vraag. Daarbij wordt de raad van commissarissen als aangewezen beslisser met de werkgever vereenzelvigd. Het gaat immers om een orgaan van de rechtspersoon, dat geen onafhankelijk college

vormt, nu het een geschil betreft waarbij de rechtspersoon partij is. In art. 7:900 lid 2 wordt een beding waarbij de beslissing over tekortkomingen aan een partij wordt opgedragen in beginsel toegelaten. Maar geldt dat ook voor arbeidsrechtelijke sancties tegen een werknemer? 2. Het arbeidsovereenkomstenrecht bevat geen bepaling waarin een dergelijk beding in het algemeen wordt uitgesloten. Wel is er een aantal specifieke bepalingen, waarin is geregeld dat de werkgever niet het recht mag worden toegekend om bindende beslissingen te nemen bij dringende reden, kennelijk onredelijk ontslag en ontbinding wegens tekortkoming. Daarnaast bestaat art. 7:613 BW, dat bepaalt dat de werkgever zich wel het recht mag voorbehouden eenzijdig de arbeidsvoorwaarden te wijzigen, maar het gebruik hiervan beperkt tot gevallen waarbij hij een zwaarwichtig belang heeft en dit bovendien toetsbaar maakt aan de redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad acht nu in aansluiting op deze in de wet geregelde gevallen, ook in het algemeen een beding krachtens hetwelk (een orgaan van) de werkgever bevoegd is bij wege van bindende partijbeslissing arbeidsrechtelijke sancties treffen tegen een werknemer, nietig. Dit baseert hij op de aan het arbeidsrecht ten grondslag liggende beschermingsgedachte, die onder meer in de genoemde bepalingen tot uitdrukking komt (r.o. 3.3). In r.o. 3.4 wordt nog eens bevestigd dat deze regel er één is van dwingend recht.

3. De Hoge Raad gaat hiermee nog iets verder dan zijn A-G Timmerman. Deze was weliswaar op dezelfde gronden van mening dat een dergelijk beding in het arbeidsrecht niet rechtsgeldig is, omdat dit in strijd is met de dwingende systematiek in het arbeidsrecht. Maar omdat het beding in casu onderdeel was van een koopovereenkomst en de gevolgen van de partijbeslissing niet arbeidsrechtelijk zijn, maar leiden tot een verlaging van de koopsom voor de aandelen in het door directeur Stoof verkochte bedrijf, zou de conclusie van nietigheid in dit bijzondere geval niet getrokken moeten worden. De Hoge Raad neemt deze gedachtegang niet over en dat lijkt mij gelukkig, want dan zouden we te maken krijgen met nietige bedingen die in bijzondere gevallen toch niet nietig zouden zijn. Dat zou voor de praktijk onduidelijkheid meebrengen. Daarnaast kan gewezen worden op art. 7:610 lid 2 BW, dat bepaalt dat bij gemengde overeenkomsten de bepalingen van de arbeidsovereenkomst bij strijd voorrang hebben. Wellicht kan men een koopovereenkomst waarin arbeidsrechtelijke bepalingen zijn opgenomen ook als zo'n gemengde overeenkomst zien. Het ligt in elk geval voor de hand dit artikel daarop naar analogie toe te passen.

4. In tegenstelling tot de A-G noemt de Hoge Raad niet artikel 7:685 BW in het rijtje artikelen die passen in het arbeidsrechtelijk systeem waarin bindende partijbeslissingen worden uitgesloten. De A-G doelde hiermee kennelijk op de tweede zin van lid 1 van dit artikel, die hij m.i. wat

ongelukkig samenvat met de woorden "alleen de kantonrechter mag beslissen, of een arbeidsovereenkomst op grond van gewichtige redenen ontbonden mag worden". De desbetreffende zin luidt: "Elk beding waarbij deze bevoegdheid wordt uitgesloten of beperkt, is nietig." Daarmee wordt niet bedoeld dat de bevoegdheid niet aan een ander dan de kantonrechter mag worden opgedragen, zie nader Luttmer-Kat 2003, (T&C BW), art. 7:685 BW, aant. 3. Die minder precieze samenvatting lijkt mij echter onvoldoende reden om te verklaren waarom dit artikel niet door de Hoge Raad wordt genoemd, nu het wel degelijk dezelfde strekking heeft als de overige, wel genoemde bepalingen. Niettemin mogen wij uit de algemene regel van dit arrest afleiden, dat de Hoge Raad een beding dat de bevoegdheid om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen bij (een orgaan van) de werkgever legt, evenmin rechtsgeldig acht.

5. Toch heeft Stoof op dit punt niet veel aan het oordeel van de Hoge Raad. De klacht kan niet tot cassatie leiden omdat het punt niet bij het hof als grief naar voren is gebracht. De door de Hoge Raad geformuleerde regel is niet van openbare orde (r.o. 3.4). Ook op dit punt redeneerde de A-G anders. Hij wees er op dat het probleem was besproken op een enigszins verholde wijze in de memorie van grieven en heel duidelijk in de pleitaantekeningen van de advocaat voor het hof. Daarnaast betrof het een novum van zuiver juridische aard, dat volgens de literatuur in cassatie mag worden opgeworpen. De Hoge Raad stelt zich wat dit betreft dus formalistischer op.

6. In de arbeidsrechtelijke literatuur is niet veel geschreven over de geldigheid van het toekennen van de bevoegdheid aan de werkgever om beslissingen te nemen over de tekortkomingen van de werknemer. Zelf heb ik toetsing aan goed werkgeverschap van een dergelijk beding bepleit (*Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 8). Hierbij wees ik er op dat een dergelijk beding in het consumentenrecht voorkomt op de zwarte lijst van verboden bedingen (art. 6:233 BW). Weliswaar is de regeling van de algemene voorwaarden uitdrukkelijk niet van toepassing verklaard op de arbeidsovereenkomst (art. 6:245 BW), maar het arbeidsrecht heeft met het consumentenrecht gemeen dat de zwakkere partij wordt beschermd. Om die reden zou een dergelijk beding in het arbeidsrecht als verdacht moeten worden beschouwd. De Hoge Raad gaat nu verder door het beding zonder meer nietig te achten. Dit is interessant omdat hiermee het dwingend recht wordt uitgebreid tot een niet in de wet geregeld geval. De gedachtegang past mijns inziens inderdaad in het arbeidsrechtelijke systeem.

7. Wat zijn nu de gevolgen van dit oordeel van de Hoge Raad? Aan te nemen valt dat het zich ook uitstrekt tot disciplinaire maatregelen. Zo zal de werkgever niet kunnen bedingen dat hij bij het opleggen van boetes en het schorsen van de werknemer als disciplinaire maatregel, zich het

recht voorbehoudt eenzijdig vast te stellen of de werknemer is tekortgeschoten in zijn verplichtingen. Daarmee is de regel die de wetgever alleen voor het ontslagrecht heeft geformuleerd, uitgebreid tot minder vergaande sancties van de werkgever.

8. Uiteindelijk gaat het hierbij vooral om de vraag hoe vol de rechter het oordeel van de werkgever kan toetsen. Artikel 7:904 lid 1 BW bepaalt dat een bindende partijbeslissing vernietigbaar is, indien gebondenheid daaraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat leidt dus niet tot een volle toetsing. Nu een bindende partijbeslissing niet is toegelaten, kan de rechter het oordeel van de werkgever dat de werknemer is tekort geschoten steeds volledig toetsen.

9. In het tweede deel van het arrest wordt nader ingegaan op de vermeende tekortkoming van Stoof zelf. Hij weigerde akkoord te gaan met een nieuwe, lagere functie na de overneming van zijn onderneming, op grond van de volgens hem gewekte andere verwachtingen. Het hof had getoetst of de Raad van Commissarissen van Mammoet "in redelijkheid tot de conclusie had kunnen komen" dat bij Stoof geen sprake was van een positieve grondhouding ten opzichte van de nieuwe organisatie. Nu zo'n houding essentieel was, was de conclusie dat hij was tekortgeschoten volgens het hof evenmin onredelijk. De Hoge Raad acht dit oordeel zonder nadere motivering onbegrijpelijk, omdat het feit dat Stoof opkwam voor wat hij zag als zijn rechten hierdoor mocht worden gesanctioneerd met het verval van acht termijnen van ieder f 400 000 van de koopsom. Weliswaar moet de werknemer ingaan op redelijke voorstellen van de werkgever, waarbij hij de befaamde Taxi Hofman-formule herhaalt (HR 26 juni - en niet juli zoals het arrest vermeldt - 1998, NJ 1998, 767, JAR 1998/199, Van der Lely/Taxi Hofman), maar niet valt in te zien waarom Stoof niet zou mogen opkomen voor wat hij als zijn rechten zag. Als gevolg van dit motiveringsgebrek kon ook de beperkte toetsing van de beslissing door het hof de toets der kritiek niet doorstaan.

10. Dit laatste oordeel is arbeidsrechtelijk nog verder van belang. In de eerste plaats maakt de Hoge Raad - evenals in HR 28 april 2000, JAR 2000/120, Guinoteau/Midnet Taxi - duidelijk dat de Taxi Hofman-formule niet te lichtvaardig mag worden toegepast. Dit mag er niet toe leiden dat een werknemer niet meer mag opkomen voor wat hij meent als zijn rechten te zien. Deze overweging is van belang, omdat in de praktijk werkgevers veelvuldig een beroep zijn gaan doen op de plicht van de werknemer om positief in te gaan op wijzigingsvoorstellen van de werkgever. In sommige gevallen werd dit misbruikt om de arbeidsovereenkomst tot een einde te brengen door de werknemer met voor hem onaanvaardbare voorstellen te benaderen. Daarmee dreigde artikel 7:611 BW ook een lichtere toets te worden voor wijzigingen in de arbeidsovereenkomst dan

het daarvoor uitdrukkelijk door de wetgever geformuleerde artikel 7:613 BW. R.o. 3.8 vormt hiertegen een dam. Het eenzijdig voorstellen van een "final offer" is niet voldoende. Het overleg moet open zijn. Daarbij geeft de overweging ook steun aan de gedachte dat het in het arbeidsrecht niet alleen in de uitdrukkelijk in de wet geregelde gevallen, maar in alle gevallen verboden is om de werknemer te straffen voor het feit dat hij een beroep doet op zijn rechten of wat hij in redelijkheid als zodanig meent te zien (verbod van victimisatie).

GHvV