

Woord vooraf

Ontslag is in veel gevallen een ingrijpend gebeuren. De werknemer moet bij een (dreigend) ontslag op zoek naar een nieuwe werkkring en kan geconfronteerd worden met een al dan niet langdurige periode van werkloosheid. Dit kan onzekerheid, statusverlies en inkomensachteruitgang met zich brengen. Er moet dus ook niet al te lichtzinnig over ontslag worden gesproken. Er wordt wel eens een vergelijking gemaakt met een rouwproces om aan te geven wat het effect is van het (moeten) verwerken van een gedwongen ontslag, zeker als een werknemer tientallen jaren bij dezelfde werkgever werkzaam is geweest.

Ook voor de werkgever is een ontslag geen eenvoudige opgave. Hij zet in de meeste gevallen de eerste stap om de arbeidsrelatie te beëindigen. Daarbij spelen uiteenlopende motieven een rol, bedrijfseconomische en bedrijfsorganisatorische motieven, in de werknemer zelf gelegen redenen en een verstoorde arbeidsrelatie. Bij bedrijfseconomische motieven moet de werkgever een keuze maken; welke werknemers blijven en wie wordt ontslagen? Welke procedure moet worden gevolgd? Als de werkgever niet oplet, kan het effectueren van het ontslag worden vertraagd en kan hij schadevergoeding moeten betalen. Ontslag heeft dus gevolgen voor zijn bedrijfsvoering en ondernemingsbeleid.

Dit boek is bedoeld als een praktische gids voor hen die beroepshalve bij ontslag zijn of kunnen worden betrokken, zoals P&O- en HRM-functionarissen, rechtshulpverleners en juridisch adviseurs. Ook kan dit boek worden gebruikt voor het onderwijs, zowel op het niveau van het hoger beroepsonderwijs als van het wetenschappelijk onderwijs. Dit boek – de titel zegt het al – is geen theoretische beschouwing over het ontslagrecht. De doelstelling van het boek is zo nauw mogelijk te vertrekken vanuit en aan te sluiten bij situaties in de ontslagpraktijk. Om deze reden bevat het Handboek veel (op de praktijk en op onderzoek gebaseerde) voorbeelden en schema's.

Dit boek is een vervolg op het boek *Handboek Ontslagpraktijk* van de hand van Ronald Beltzer, Steven Jellinghaus en André van Rijs bij Sdu Uitgevers te 's-Gravenhage, waarvan de laatste druk in 2006 is verschenen. Wij zijn de uitgever en de auteurs buitengewoon erkentelijk voor het feit dat wij hun boek als basis hebben kunnen gebruiken voor ons boek dat is bijgewerkt tot 1 januari 2013.

Bij de derde druk

Na het verschijnen van de tweede druk in 2013 is het ontslagrecht ingrijpend gewijzigd met de invoering van de Wet werk en zekerheid. Dat heeft tot gevolg dat de opzet van het boek geheel is veranderd. Harry van Drongelen heeft de hoofdstukken 1 t/m 12 geschreven. Saskia Klingeman heeft hoofdstuk 13 voor haar rekening genomen. André van Rijs heeft de redactie van deze druk op zich genomen.

De uitgever en de auteurs staan graag open voor suggesties en aan- of opmerkingen van de gebruikers van dit boek.

Zoetermeer, Drunnen, Amsterdam
1 januari 2017

Harry van Drongelen, Saskia Klingeman en André van Rijs

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Inleiding

Het overgrote deel van de onzelfstandige beroepsbevolking die in het private bedrijfsleven werkzaam is, verricht arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst (zie artikel 7:610 lid 1 BW). De arbeidsovereenkomst omschreven als een overeenkomst waarbij de werknemer in dienst van de werkgever tegen loon, gedurende zekere tijd arbeid verricht.

Artikel 7:610 Burgerlijk Wetboek

1. De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.
[...].

De arbeidsovereenkomst is wat wordt genoemd een duurovereenkomst. Andere voorbeelden daarvan zijn de huur- en de pachtovereenkomst. Een duurovereenkomst heeft als belangrijk kenmerk dat een dergelijke overeenkomst is gericht op continuïteit. Dat houdt in dat wanneer partijen met elkaar in zee willen gaan, zij de bedoeling hebben om dit voor een bepaalde periode te doen. Die periode kunnen zij zelf aangeven. Zo kan de periode bijvoorbeeld een jaar zijn. In dat geval weten de partijen precies wanneer de overeenkomst afloopt zonder dat er nadere afspraken hoeven te worden gemaakt over de beëindiging. De overeenkomst kan evengoed voor een onbepaalde tijd worden aangegaan. In dat geval weten de betrokken partijen niet wanneer de overeenkomst eindigt. Degene die de overeenkomst wil beëindigen zal daartoe dan zijn wil aan de wederpartij kenbaar moeten maken; een wil die niet kenbaar wordt gemaakt is juridisch zonder betekenis (zie artikel 3:33 BW).

Artikel 3:33 Burgerlijk Wetboek

Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.

Het beëindigen van een duurovereenkomst heeft voor beide partijen verstrekken gevolgen. Als de huurder bijvoorbeeld de overeenkomst wil beëindigen, dan moet de verhuurder op zoek gaan naar een gepaste opvolger van de vertrekkende. Andersom zal een beëindiging door de verhuurder voor de huurder betekenen dat hij op zoek moet naar een nieuw pand. Vanwege deze consequenties voor alle partijen is het niet meer dan normaal dat de beëindiging van een duurovereenkomst zal moeten gebeuren via de opzegging ervan. Dit laatste impliceert overigens al dat de beëindiging van de overeenkomst gebeurt door de ene contractpartij tegen de wil van

de andere. Het opzeggen van de duurovereenkomst brengt met zich, dat daarvoor een (opzeg)termijn in acht moet worden genomen.

1.2 De bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst

Op duurovereenkomsten zijn de algemene regels van het vermogens- en verbintenissenrecht (zie Boek 3 en 6 BW) van toepassing. Deze regels zijn eigenlijk ook gericht op overeenkomsten die vaak na het sluiten ervan weer tenietgaan, omdat aan de uit die overeenkomst voortvloeiende verplichtingen is voldaan. Denk bijvoorbeeld aan het kopen van een bepaald product. De koper betaalt het vereiste aankoopbedrag en de verkoper overhandigt het product aan de koper en daarmee gaat de tussen partijen gesloten koopovereenkomst teniet. Een dergelijk gevolg kan niet aan de orde zijn als de arbeidsovereenkomst in het geding is. Dat is dan ook de reden waarom de wetgever een groot aantal specifieke voorschriften heeft gegeven over het beëindigen van de arbeidsovereenkomst (zie artikel 7:667-7:686a BW). Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen arbeidsovereenkomsten aangegaan voor bepaalde en voor onbepaalde tijd. De voorschriften over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst hebben met name betrekking op de laatste soort en zijn vooral gericht tot de werkgever. Dat heeft alles te maken met de relatie tussen de werkgever en de werknemer. De werkgever beschikt namelijk niet alleen over de arbeidskracht van de werknemer, maar ook over de persoon van de werknemer zelf (zie artikel 7:659 lid 1 BW) en daarmee dus ook over een deel van zijn leven. De werknemer is daarmee dus geplaatst in een ondergeschikte positie jegens zijn werkgever. De werknemer is afhankelijk van zijn werkgever, niet alleen in juridische maar ook in economische en maatschappelijke zin. De werknemer is voor zijn levensonderhoud afhankelijk van de werkgever, terwijl het verrichten van betaalde arbeid een zekere maatschappelijke status geeft. Door de bijzondere wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst wordt de feitelijke ongelijkheid tussen de partijen juridisch gecompenseerd. De bijzondere wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst heeft dus alles te maken met wat wordt genoemd de ongelijkheidscompensatie. De Hoge Raad¹ heeft het in dat kader niet voor niets over de bijzondere aard van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst.

Artikel 7:659 Burgerlijk Wetboek

1. De werknemer is verplicht de arbeid zelf te verrichten; hij kan zich daarin niet dan met toestemming van de werkgever door een derde doen vervangen.
[...].

1.3 Het ontslagrecht in een notendop

Het is dan ook niet verwonderlijk dat de werknemer een groot belang heeft bij het continueren van de arbeidsovereenkomst. Er wordt wel eens een vergelijking gemaakt met een rouwproces om aan te geven wat het effect is van het (moeten) verwerken van een gedwongen ontslag. De wetgever biedt (of zou dat behoren te doen) in het verlengde daarvan, in het kader van de ongelijkheidscompensatie, de

1. Zie HR 10 oktober 1997, JAR 1997, 248.

werknemer zo veel mogelijk bescherming tegen het door de werkgever beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Maar een dergelijke bescherming heeft natuurlijk wel grenzen. Er zal ook met de belangen van de werkgever rekening moeten worden gehouden; hij zal zo veel mogelijk zijn bedrijfsvoering efficiënt willen voeren. De wettelijke regeling van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst probeert zo veel mogelijk een evenwicht te zoeken tussen de met elkaar strijdende belangen van de werkgever en de werknemer.

Een arbeidsovereenkomst kan op verschillende manieren worden beëindigd, namelijk:

1. met wederzijds goedvinden tussen de werkgever en de werknemer;
2. door een beëindiging van rechtswege;
3. door opzegging door hetzij de werkgever, hetzij de werknemer op termijn;
4. door opzegging door hetzij de werkgever, hetzij de werknemer onverwijld – ontslag op staande voet –; en
5. door ontbinding door de rechter.

Alle wijzen waarop de arbeidsovereenkomst kan eindigen worden samengevat met de term ‘ontslagrecht’.

Als wordt gesproken van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met *wederzijds goedvinden*, dan wordt daarmee niets anders bedoeld dan dat de werkgever en de werknemer overeenkomen dat die arbeidsovereenkomst gaat eindigen. Het gaat hier in feite om een eenvoudige manier om een arbeidsovereenkomst te beëindigen. Een arbeidsovereenkomst kan ook *van rechtswege* eindigen. In dat geval is er geen handeling van de werkgever of de werknemer nodig: de beëindiging van de arbeidsovereenkomst gaat vanzelf. Een arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege als gevolg van een bepaalde gebeurtenis of door het verstrijken van een bepaalde periode of een andere objectief bepaalbare duur of door de dood van de werknemer. Bij de laatste twee ontslagvormen, de *ontbinding* en de *opzegging* van de arbeidsovereenkomst, is er steeds sprake van één partij – de werkgever of de werknemer – die tegen de zin van de andere partij een einde aan de arbeidsovereenkomst kan (laten) maken. Opzeggen van de arbeidsovereenkomst acht de wetgever de belangrijkste beëindiginggrond. Bij de opzegging kan een onderscheid worden gemaakt tussen de opzegging op termijn en de onverwijld opzegging ofwel het ontslag op staande voet. Voor de opzegging op grond van bedrijfseconomische gronden of langdurige arbeidsongeschiktheid is toestemming nodig van het UWV en bij bedrijfseconomische gronden kan de toestemming ook worden gevraagd van een bij cao ingestelde zogenoemde ‘ontslag’-commissie. Bij de zogenoemde ‘persoonsgebonden gronden’ zoals frequent verzuim door ziekte, verstoorde arbeidsverhouding en verwijtbaar handelen of nalaten van werknemerskant kan de arbeidsovereenkomst alleen eindigen als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever ontbindt. De kantonrechter kan de arbeidsovereenkomst ook op verzoek van de werknemer ontbinden, maar daarvoor gelden de hiervoor bedoelde gronden niet; voldoende is dat er sprake is van omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst behoort te eindigen. Bij de ontbinding en de opzegging spelen de zogenoemde ‘opzegverboden’, maar hierop is een aantal uitzonderingen gegeven.

In het kader van het opzeggen van de arbeidsovereenkomst kunnen door de werknemer verschillende acties worden ondernomen, zoals het verzoeken om de opzegging te vernietigen of het vragen om herstel van de arbeidsovereenkomst. In plaats daarvan kan de werknemer om een vergoeding vragen. Er kunnen in het kader van het ontslagrecht verschillende vergoedingen worden toegekend, zoals een zogenoemde ‘gefixeerde schadevergoeding’ als gevolg van het onregelmatig opzeggen van de arbeidsovereenkomst, een billijke vergoeding als er sprake is van een ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever en een zogenoemde (forfaitaire) transitievergoeding. Om voor deze laatste vergoeding in aanmerking te komen moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan, maar er is ook een aantal uitzonderingen gegeven. De procedure bij de rechter wordt ingeleid door een verzoekschrift en tegen de beschikking van de kantonrechter hoger beroep en cassatie mogelijk is, zij het met een aantal beperkingen.

De regeling van het ontslagrecht is niet alleen te vinden in artikel 7:667-7:686a BW, maar ook in daarop gebaseerde nadere regelgeving. Het gaat dan om:

1. Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding;²
2. Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding;³
3. Besluit overgangsrecht transitievergoeding;⁴
4. Ontslagregeling;⁵
5. Regeling UWV Ontslagprocedure;⁶
6. Regeling looncomponenten en arbeidsduur;⁷
7. Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter.⁸

Het UWV heeft in het kader van de hem opgedragen taak twee uitvoeringsregels vastgesteld, namelijk de uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen⁹ en de uitvoeringsregels wegens langdurige arbeidsongeschiktheid.^{10, 11}

2. Zie besluit van 11 december 2014 tot vaststelling van regels over de inhoud van het begrip loon in het kader van de berekening van de hoogte van de vergoedingen, bedoeld in de artikelen 668, derde lid, en 673 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 2014, 538.
3. Zie besluit van 23 april 2015, houdende regels met betrekking tot de voorwaarden waaronder kosten in mindering gebracht mogen worden op de transitievergoeding, *Stb.* 2015, 171.
4. Zie besluit van 23 april 2015, houdende voorwaarden waaronder de transitievergoeding niet verschuldigd is, *Stb.* 2015, 172.
5. Zie regeling van 23 april 2015, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding, *Stcrt.* 2015, 12685.
6. Zie regeling van 23 april 2015 tot vaststelling van regels met betrekking tot toestemming van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen tot opzegging van de arbeidsovereenkomst, *Stcrt.* 2015, 12688.
7. Zie regeling van 12 december 2014, tot vaststelling van regels over de berekening van de arbeidsduur en aanwijzing van vaste en variabele looncomponenten op grond van het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding, *Stcrt.* 2014, 36823.
8. Zie regeling van 24 juni 2015, tot aanwijzing van functies waarvoor de ketenbepaling buiten toepassing kan worden verklaard en functies waarbij door de kantonrechter een hogere vergoeding kan worden toegekend indien sprake is van tussentijdse opzegging of ontbinding van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds opzegbaar is, *Stcrt.* 2015, 17972.
9. Zie besluit van 3 november 2015 met bijlage, *Stcrt.* 2015, 42142.
10. Zie besluit van 3 november 2015 met bijlage, *Stcrt.* 2015, 42141.
11. In januari 2016 is een nieuwe versie van deze uitvoeringsregels gepubliceerd. Zie *Stcrt.* 2016, 5031; *Stcrt.* 2016, 5036. Deze (nieuwe) versie van de uitvoeringsregels is inmiddels al weer gewijzigd met ingang van 1 juli 2016. Zie *Stcrt.* 2016, 34178; *Stcrt.* 2016, 34180.

Het ontslagrecht is met ingang van 1 juli 2015 met de inwerkingtreding¹² van de Wet werk en zekerheid¹³ ingrijpend gewijzigd. De wetgever¹⁴ stelt dat het nieuwe ontslagrecht *eenvoudiger, sneller en eerlijker* is en ook *minder kostbaar* is voor werkgevers. Even verder stelt de wetgever¹⁵ dat een *eenduidig en eenvoudiger* ontslagrecht bijdraagt tot *rechtsgelijkheid* en *rechtszekerheid*.¹⁶ Of de wetgever in zijn doelstelling(en) is geslaagd is aan u, de lezer van de boek, ter beoordeling.

12. Zie besluit van 10 juli 2014 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid, *Stb.* 2014, 274.

13. Zie wet van 14 juni 2014 tot wijziging van verschillende wetten in verband met de hervorming van het ontslagrecht, wijziging van de rechtspositie van flexwerkers en wijziging van verschillende wetten in verband met het aanpassen van de Werkloosheidswet, het verruimen van de openstelling van de Wet inkomensvoorziening oudere werklozen en de beperking van de toegang tot de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers, *Stb.* 2014, 216.

14. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 5.

15. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 24.

16. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 24.

Hoofdstuk 2

Beëindigingsovereenkomst

2.1 Inleiding

De werkgever en de werknemer kunnen in overleg overeenstemming bereiken over het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Dit beëindigen in overleg is zelf ook weer een overeenkomst. Deze overeenkomst wordt vaak, en dat zal niemand verwonderen, een ‘beëindigingsovereenkomst’ genoemd. Eigenlijk is dit ook de meest voor de hand liggende manier om de arbeidsovereenkomst te beëindigen: net zoals twee partijen kunnen overeenkomen dat zij een arbeidsovereenkomst aangaan, kunnen zij overeenkomen dat die arbeidsovereenkomst eindigt. Dit principe geldt voor elke overeenkomst, bijvoorbeeld ook voor een koopovereenkomst of een huurovereenkomst. Voor deze beëindigingswijze van de arbeidsovereenkomst is er dus in beginsel geen verschil met andere overeenkomsten. Op de beëindigingsovereenkomst zijn gewoon de algemene regels van het contractenrecht en vermogensrecht van toepassing. Deze (algemene) regels zijn opgenomen in Boek 3 (vermogensrecht in het algemeen) en Boek 6 (algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht) BW. De arbeidsovereenkomst is een overeenkomst met een bijzonder karakter. De wetgever heeft om die reden gemeend dat niet volstaan kan worden met deze algemene regels en dat een verbetering van de rechtspositie van de werknemer gewenst is,¹⁷ hoewel uit de rechtspraktijk niet een beeld naar voren is gekomen dat er een tekort aan rechtsbescherming van de werknemer is die aangevuld moet worden. De aanvulling die de wetgever heeft gegeven in het kader van de arbeidsovereenkomst is een aanvulling op de hiervoor al aangeduide algemene regels voor overeenkomsten.

2.2 De beëindigingsovereenkomst

2.2.1 Inleiding

Om te weten aan welke voorwaarden een beëindigingsovereenkomst moet voldoen, moet gekeken worden naar de algemene regels van overeenkomsten in Boek 6 (algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht) BW. Hierbij is lid 1 van artikel 6:217 BW van belang.

Artikel 6:217 Burgerlijk Wetboek

1. Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan.
2. [...].

17. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 27.

Dit brengt met zich dat technisch gezien het aangaan van een arbeidsovereenkomst en het beëindigen daarvan via een beëindigingsovereenkomst hetzelfde is. In beide gevallen gaat het om het sluiten van een overeenkomst. De ene partij zal aangeven dat hij de arbeidsovereenkomst wil beëindigen – het doen van een aanbod – en de andere partij kan daarmee instemmen – het aanvaarden van een aanbod. Dat brengt met zich dat de vraag kan opkomen of er sprake is van aanvaarding of niet en op welk moment dat is gebeurd. De rechters stellen in dat kader hoge eisen aan de duidelijkheid waarmee het aanbod en de aanvaarding door de beide partijen wordt gecommuniceerd. De wetgever heeft gemeend de algemene regels over aanbod en aanvaarding te moeten aanvullen door voor te schrijven in artikel 7:671b lid 1 BW dat een beëindigingsovereenkomst alleen geldig is als deze schriftelijk wordt aangegaan. De wetgever heeft gekozen voor een wat omslachtige constructie met een verwijzing naar de schriftelijkheidseis voor de geldigheid van de overeenkomst. Er had naar onze mening volstaan kunnen worden met de eenvoudige constructie dat een overeenkomst waarbij de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd alleen schriftelijk kan zijn aangegaan.

Artikel 7:670b lid 1 Burgerlijk Wetboek

1. Een overeenkomst waarmee een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, is slechts geldig indien deze schriftelijk wordt aangegaan.
2. [...].
- [...].

Het gaat hier dus uitdrukkelijk om een beëindigingsovereenkomst. Wat de wetgever zich onvoldoende heeft gerealiseerd is dat in een beëindigingsovereenkomst vaak ook de gevolgen worden geregeld van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Denk dan aan de aan de werknemer te betalen transitievergoeding (zie 11.4), de uitbetaling van het loon, het vervallen of handhaven van het (non-)concurrentiebeding, de afkoop van de nog openstaande vakantieaanspraken en dergelijke. Als deze aangelegenheden niet in de beëindigingsovereenkomst worden geregeld, maar in een andere overeenkomst, dan geldt voor die overeenkomst het gewone overeenkomstenrecht en dus niet de extra waarborgen die de wetgever aan de beëindigingsovereenkomst heeft verbonden. De hiervoor aangehaalde aangelegenheden worden door de wetgever in het kader van de beëindigingsovereenkomst ‘de losse eindjes’ genoemd.¹⁸ Maar dat moet berusten op een misverstand, op dergelijke ‘losse eindjes’ is de andere regeling van de beëindigingsovereenkomst niet van toepassing omdat ‘die losse eindjes’ geen betrekking hebben op ‘een overeenkomst waarbij de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd’. Die tekortkoming had eenvoudig kunnen worden opgevangen door in de omschrijving van de beëindigingsovereenkomst niet alleen te vermelden dat het gaat om een overeenkomst waarmee een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, maar te spreken van een overeenkomst waarbij de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd en de gevolgen daarvan worden geregeld.

18. Zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 103.

2.2.2 Het schriftelijkheidsvereiste

Wanneer is nu voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:670b lid 1 BW? De wetgever verwijst in dat verband naar het schriftelijkheidsvereiste bij het (non-)concurrentiebeding van artikel 7:653 BW.

Artikel 7:653 lid 1 Burgerlijk Wetboek

1. Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, is slechts geldig indien:

a. [...];
b. de werkgever dit beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer.

2. [...].
[...].

De Hoge Raad heeft in dat verband in 2008¹⁹ geoordeeld dat als in een door de werknemer getekende arbeidsovereenkomst of brief is verwezen naar een regeling waarin het (non-)concurrentiebeding staat, aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan. Dat brengt met zich dat in de arbeidsovereenkomst of de brief niet uitdrukkelijk naar het (non-)concurrentiebeding zelf is verwezen. Wel is van belang dat het document waarnaar is verwezen is bijgevoegd. Als dat niet het geval is, is niet voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste. Als dit wordt doorgetrokken naar het schriftelijkheidsvereiste van de beëindigingsovereenkomst dan is aan het schriftelijkheidsvereiste voldaan als de afspraak dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd is (1) vastgelegd in een overeenkomst, (2) brief of (3) als in deze documenten is verwezen naar een bijgevoegd document waarin de beëindiging is geregeld. Dit zal sneller het geval zijn dan in eerste instantie wordt gedacht. Zo is ook aan het schriftelijkheidsvereiste voldaan als de werkgever en de werknemer per e-mail akkoord gaan met een bij die e-mail gevoegde beëindigingsovereenkomst. Hetzelfde geldt als de gemachtigden van de werkgever en de werknemer per e-mail akkoord gaan met de beëindigingsovereenkomst. Het belang hiervan zit in het feit dat op het moment dat de beëindigingsovereenkomst een feit is de zogenoemde bedenkttermijn ingaat.

2.2.3 De bedenkttermijn

De werknemer die een beëindigingsovereenkomst heeft gesloten heeft op grond van artikel 7:670b lid 2 BW het recht om deze beëindigingsovereenkomst binnen veertien dagen nadat deze overeenkomst tot stand is gekomen te ontbinden. De term 'ontbinden' is hier gebruikt omdat het hier gaat om een (beëindigings)overeenkomst, wat een tweezijdige rechtshandeling is. Dit in tegenstelling tot de herroepingsmogelijkheid bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever (zie 5.2.3.4); in dat geval is sprake van een eenzijdige rechtshandeling.

19. Zie HR 29 maart 2008, JAR 2008, 113.

De ontbinding moet gebeuren door een schriftelijke verklaring aan de werkgever waarbij de werknemer niet hoeft te motiveren waarom hij de beëindigingsovereenkomst ontbindt. Bij de schriftelijke verklaring zijn geen nadere eisen gesteld en dat betekent dat een en ander per e-mail of zelf via whatsapp²⁰ kan gebeuren. De werknemer moet kunnen aantonen dat hij tijdig gebruik heeft gemaakt²¹ van de bedenkttermijn en dat betekent dat hij er verstandig aan doet om dit kenbaar te maken via aangetekende post of per koerier.

Artikel 7:670b lid 2 Burgerlijk Wetboek

[...].

2. Indien de arbeidsovereenkomst door middel van een schriftelijke overeenkomst wordt beëindigd, heeft de werknemer het recht om deze overeenkomst zonder opgaaf van redenen, binnen veertien dagen na de datum waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, door een schriftelijke, aan de werkgever gerichte, verklaring te ontbinden.

3. [...].

De wetgever²² geeft als reden voor deze bedenkttermijn van veertien dagen dat de werknemer dan de mogelijkheid heeft om juridische bijstand in te roepen, wat overigens een weinig overtuigend argument is. De werkgever is op grond van artikel 7:670b lid 3 BW verplicht om de mogelijkheid van de werknemer om zich te bedenken in de beëindigingsovereenkomst op te nemen. Doet hij dit niet dan wordt de bedenkttermijn verlengd van veertien dagen naar drie weken. Dit is overigens een tamelijk slordige aanduiding; het moet zijn of veertien dagen en eenentwintig dagen, of twee of drie weken. De mogelijkheid om de beëindigingsovereenkomst te ontbinden kan op grond van lid 4 van artikel 7:670b BW maar een keer in de zes maanden worden gedaan.

Artikel 7:670b Burgerlijk Wetboek

1. [...].

[...].

3. De werkgever vermeldt in de overeenkomst, bedoeld in lid 1, het recht, bedoeld in lid 2, bij gebreke waarvan de termijn, bedoeld in lid 2, drie weken bedraagt.

4. De leden 2 en 3 zijn niet van toepassing, indien partijen binnen zes maanden na een ontbinding als bedoeld in lid 2 of een herroeping als bedoeld in artikel 671, lid 2, opnieuw een overeenkomst als bedoeld in lid 1 aangaan.

[...].

Als de werkgever in de beëindigingsovereenkomst de bedenkttermijn aangeeft en de werknemer die bedenkttermijn laat verstrijken, is daarmee dan de kous af? Nee, dat is niet het geval. De bedenkttermijn is te vergelijken met een 'consumentenrecht' van de werknemer; een recht dat hij ongemotiveerd of om welke reden dan ook

20. Zie Ktr. Amsterdam 10 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3968.

21. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 10.

22. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 67.

kan invoeren. Dit recht heeft hij *nadat* de beëindigingsovereenkomst tot stand is gekomen. Maar het kan ook gebeuren dat er bij het tot stand komen van de beëindigingsovereenkomst iets mis is gegaan. Dan gaat het om iets dat *voor of op* het moment van het tot stand komen van de beëindigingsovereenkomst speelt, bijvoorbeeld een *wilsgebrek*, zoals *dwaling*. Het schriftelijkheidsvereiste maakt echter wel dat de werknemer in kwestie zich minder snel op een dergelijke dwaling kan beroepen, dus dat zijn wil niet met de inhoud van de overeenkomst overeenstemt.

De mogelijkheid om de beëindigingsovereenkomst te ontbinden is op grond van artikel 7:670a lid 5 BW niet weggelegd voor de bestuurder van een rechtspersoon als bedoeld in Boek 2 BW of voor een bestuurder van een vergelijkbare rechtspersoon. Dat hangt samen met het feit dat een bestuurder niet de mogelijkheid heeft om de arbeidsovereenkomst die is beëindigd te herstellen.²³

Artikel 7:670b Burgerlijk Wetboek

1. [...].

[...].

5. De leden 2 tot en met 4 zijn niet van toepassing op de bestuurder van een rechtspersoon, indien herstel van de arbeidsovereenkomst op grond van Boek 2 van het BW niet mogelijk is, noch op een bestuurder van een vergelijkbare buitenlandse rechtspersoon.

[...].

2.2.4 De gevolgen van de bedenking

Als de werknemer gebruikmaakt van de ontbindingsmogelijkheid van de beëindigingsovereenkomst, dan heeft dit tot gevolg dat de beëindigingsovereenkomst eindigt op het moment dat de schriftelijke verklaring van werknemerskant de werkgever bereikt. Dat betekent dat de ontbinding dus geen terugwerkende kracht heeft. Daarvoor doet de wetgever²⁴ een beroep op het algemeen verbintennisrecht alwaar artikel 6:269 BW een regeling geeft over de terugwerkende kracht en waar artikel 6:671 BW iets regelt over de rechtsgevolgen van de ontbinding. Dit laatste artikel geeft aan dat de ontbinding van de overeenkomst de partijen ontslaat van de verplichtingen die uit de overeenkomst voortvloeien. Mocht(en) een of meer van deze verplichtingen al zijn nagekomen dan blijft de rechtsgrond voor deze nakoming in stand maar ontstaat er voor de partijen de mogelijkheid tot het ongedaan maken van de al geleverde prestaties.

Artikel 6:269 Burgerlijk Wetboek

De ontbinding heeft geen terugwerkende kracht, behoudens dat een aanbod tot nakoming, gedaan nadat de ontbinding is gevorderd, geen werking heeft, indien de ontbinding wordt uitgesproken.

23. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 10.

24. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 103.

Artikel 6:271 Burgerlijk Wetboek

Een ontbinding bevrijdt de partijen van de daardoor getroffen verbintenissen. Voor zover deze reeds zijn nagekomen, blijft de rechtsgrond voor deze nakoming in stand, maar ontstaat voor partijen een verbintenis tot ongedaanmaking van de reeds door hen ontvangen prestaties.

Een van die prestaties die uit de beëindigingsovereenkomst voortvloeit kan zijn de betaling van loon zonder dat daar de vereiste arbeidsprestatie van werknemerskant tegenover staat omdat hij op grond van die beëindigingsovereenkomst kan zijn vrijgesteld van deze arbeidsprestatie. In dat geval komt de vraag op of na de ontbinding van de beëindigingsovereenkomst door de werknemer hij dit loon moet terugbetalen. Waarschijnlijk niet. Op grond van artikel 7:628 lid 1 BW heeft de werknemer recht op loon als het door hem niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. De wettelijke regeling van de ontbinding van de beëindigingsovereenkomst brengt voor de werkgever met zich dat hij rekening moet houden met het recht van de werknemer om ontbinding ervan in te roepen. Vanzelfsprekend moet de met de beëindigingsovereenkomst samenhangende beëindigingsvergoeding wel worden terugbetaald. Het ongedaan maken betreft uiteraard de beëindigingsovereenkomst zelf. Dit brengt met zich dat de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld en natuurlijk ook de daarmee samenhangende arbeidsvoorwaarden zoals een pensioenovereenkomst, (lopende) verzekeringen en dergelijke.

Artikel 7:628 Burgerlijk Wetboek

1. De werknemer behoudt het recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen.

2. [...].

[...].

2.2.5 Dwingend recht

De mogelijkheid om de beëindigingsovereenkomst te kunnen herroepen kan niet worden uitgesloten of beperkt. Iedere afspraak waarbij een dergelijke uitsluiting of beperking is geregeld is op grond van lid 6 van artikel 7:670b BW nietig, met andere woorden: bestaat (juridisch) niet en heeft dus geen rechtskracht.

Artikel 7:670b Burgerlijk Wetboek

1. [...].

[...].

6. Elk beding waarbij het recht, bedoeld in lid 2, wordt uitgesloten of beperkt, is nietig.