

# Schikken in het neerdalend stof van de Wwz (I); de beëindigingsovereenkomst en de bedenkttermijn

TRA 2016/86

De Wet werk en zekerheid heeft geleid tot de introductie van specifieke wettelijke voorschriften voor het aangaan van arbeidsrechtelijke beëindigingsovereenkomsten. Art. 7:670b BW bepaalt dat zulke overeenkomsten nog slechts schriftelijk mogen worden aangegaan en dat daarbij een bedenkttermijn geldt voor de werknemer. In deze bijdrage worden de eerste ervaringen met die regels beschreven.

## 1. Inleiding

Ook voor de schikkingspraktijk heeft de Wwz grote veranderingen met zich gebracht. In de eerste plaats was daar de introductie van een wettelijke regeling van de beëindigingsovereenkomst, inclusief een bedenkttermijn van twee of drie weken. Daarnaast werd met de introductie van de Wwz ook de oude vertrouwde maatstaf voor ieder schikkingsoverleg, te weten de Kantonrechttersformule, afgeschaft en ingeruild voor de veel stringentere en karigere transitievergoeding. Maar die afschaffing van de Kantonrechttersformule waarmee – door middel van de c-factor als ‘smeermiddel’ – ook kon worden voorzien in compensatie voor het feit dat de werkgever zijn dossier niet op orde had, ging gepaard met de introductie van een nogal rigide systeem van vaste ontslaggronden en het uitgangspunt dat beëindiging van het dienstverband alleen mogelijk is als minstens één van die gronden geheel vervuld is.<sup>2</sup> Is één van die gronden vervuld, dan zou in beginsel alleen de vaste transitievergoeding verschuldigd zijn en slechts in een paar spaarzame gevallen waarin het ontstaan van de ontslaggrond de werkgever ernstig te verwijten valt, zou daar nog een additionele billijke vergoeding bovenop komen, ter compensatie van dat ernstige verwijt. In deze bijdrage bezien wij (i) wat de eerste ervaringen zijn met de wettelijke regeling van de beëindigingsovereenkomst en de bedenkttermijn, als verankerd in art. 7:670b BW; en (ii) hoe de schikkingspraktijk zich een weg baant door het neerdalend stof van de invoering van de Wwz. In dit deel wordt het eerste onderwerp behandeld. In een later te publiceren tweede deel wordt aandacht besteed aan de schikkingspraktijk zoals die zich onder de Wwz heeft ontwikkeld en ontwikkelt.

## 2. Art. 7:670b BW: de bedenkttermijn en de wettelijke waarschuwingsplicht van de werkgever

Art. 7:670b BW bepaalt, zoals bekend, in lid 1 dat partijen die een arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden willen beëindigen, dat alleen nog door middel van een schriftelijke overeenkomst kunnen doen. In lid 2 is vervolgens bepaald dat de werknemer, in dat geval, het recht heeft om die overeenkomst zonder opgaaf van redenen, binnen veertien dagen na de datum waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, door middel van een schriftelijke, aan de werkgever gerichte verklaring te ontbinden.<sup>3</sup> Op het bestaan van die termijn moet de werkgever de werknemer in de beëindigingsovereenkomst wijzen. Verzuimt hij om te voldoen aan deze waarschuwingsverplichting van lid 3, dan geldt een iets langere bedenkttermijn van drie weken. Letterlijk bepaalt lid 3 in dit verband:

“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.”

Een eerste vraag die naar aanleiding hiervan opkomt, is wat de werkgever nu eigenlijk moet vermelden, om aan zijn waarschuwingsplicht van lid 3 te voldoen. In de praktijk zien wij met regelmaat vaststellingsovereenkomsten langskomen, waarin weliswaar is vermeld dat de werknemer een bedenkttermijn heeft waarbinnen hij op de overeenkomst kan terugkomen, maar vaak wordt daarbij niet ook vermeld dat de werknemer de mogelijkheid heeft om dat te doen ‘zonder opgaaf van redenen’. Nu de wet in lid 2 zo uitdrukkelijk vermeldt dat het bedenktrecht een recht is dat ‘zonder opgaaf van redenen’ kan worden uitgeoefend, lijkt het raadzaam om dat ook zo aan de werknemer mee te delen. Verdedigbaar is namelijk, juist nu lid 3 verwijst naar het recht ‘bedoeld in lid 2’ dat de werkgever *niet* aan zijn waarschuwingsverplichting heeft voldaan – en dus een termijn van drie weken geldt – als hij er niet schriftelijk op wijst dat de werknemer *zonder opgaaf van redenen* de beëindigingsovereenkomst kan ontbinden. Dat lijkt des te beter verdedigbaar nu juist het discretionaire karakter van de bevoegdheid, bepaald een relevant onderdeel van het recht vormt, zodat de werkgever ook daarop heeft te wijzen. Zonder daarop gewezen te zijn, zou de werknemer immers kunnen afzien van een beroep op de bedenkttermijn, omdat hij ten onrechte in de veronderstelling verkeert dat hij daarvoor een valide reden moet hebben (die hij meent niet te hebben). Men kan het ook zo zeggen: wie de werknemer er slechts op wijst

1 Prof. mr. S.F. Sagel is hoogleraar arbeidsrecht te Leiden, advocaat te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift, mr. O. van der Kind is advocaat te Amsterdam.

2 Zie daarover: S.F. Sagel, *Wwz: Ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), 2014.

3 De bedenkttermijn geldt ook als partijen tijdens een terechting een schikking bereiken waardoor de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden wordt beëindigd. Zie Hof Den Haag 19 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:47.

dat hij een bedenktijd van twee weken heeft, zonder hem erop te wijzen dat hij deze zonder opgave van redenen mag invoeren, informeert de werknemer niet over het gehele recht dat de wet hem toekent en dat is wel waartoe art. 7:670b BW de werkgever, op straffe van verlenging van de termijn met een week, noopt.

### 3. Herstel van waarschuwingsverzuim – redelijke wetsuitleg?

Art. 7:670b BW verplicht er, blijkens het voorgaande, toe om een beëindigingsovereenkomst schriftelijk aan te gaan en om de bedenktijd *in die overeenkomst* op te nemen. Wat geldt nu, wanneer de werkgever niet *in de overeenkomst zelf* op de bedenktijd wijst, maar kort daarna, in een separate schriftelijke bevestiging? In zo een geval duidt de letter van de wet erop dat een termijn van drie weken geldt – er is immers geen sprake van een mededeling ‘in de overeenkomst’ – zij het dat een redelijke wetsuitleg zou kunnen meebrengen dat in dat geval *maximaal* een termijn van drie weken geldt en wel in die zin dat wanneer de werkgever binnen een week na het aangaan van de overeenkomst zijn omissie herstelt, op dat moment een termijn van twee weken gaat lopen. Dat zou in elk geval een benadering zijn die de werkgever nog in enige mate stimuleert om, wanneer hij de vermelding in de overeenkomst is vergeten, daarop alsnog te wijzen (in plaats van stilletjes af te wachten of de termijn van drie weken ongebruikt verstrijkt, omdat de werknemer niet weet dat hij überhaupt een bedenktijd heeft).

### 4. De schriftelijkheidseis van art. 7:670b BW: 010 vs. 071!

Het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:670b BW heeft inmiddels tot enige interessante rechtspraak geleid. In dat verband moet in de eerste plaats worden gewezen op een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam van 10 februari 2016.<sup>4</sup> In die zaak was, kort samengevat, sprake van onderhandelingen tussen de gemachtigden van de werknemer en de werkgever over een vaststellingsovereenkomst, die resulteerden in een schriftelijke bevestiging op 21 september 2015 van de kant van de gemachtigde van de werknemer dat haar cliënt akkoord was met (de laatste versie van) de vaststellingsovereenkomst. Pas een week later, op 28 september 2015, heeft de werknemer zelf de vaststellingsovereenkomst getekend. Op 9 oktober 2015 is vervolgens door de werknemer een beroep gedaan op de bedenktijd. Indien het ervoor gehouden moet worden dat de beëindigingsovereenkomst op 21 september tot stand was gekomen, was dat beroep op de bedenktijd tardief. Indien het er daarentegen voor gehouden moet worden dat de beëindigingsovereenkomst pas door de ondertekening door de werknemer zelf tot stand kwam, was dat beroep tijdig. De kantonrechter besliste in laatstgenoemde zin en overwoog

daartoe dat in de wetsgeschiedenis is vermeld dat vanwege hun grote belang bij hun arbeidsrelatie, aan werknemers die ‘een beëindigingsovereenkomst *ondertekenen*’ een bedenktijd wordt gegund, terwijl voorts uit de wetsgeschiedenis blijkt dat voor de formulering van art. 7:670b lid 1 BW is aangesloten bij de formulering van art. 7:653 BW, inzake het concurrentiebeding.<sup>5</sup> Nu uit het arrest *Philips/Oostendorp* van de Hoge Raad blijkt dat aan het schriftelijkheidsvereiste van een concurrentiebeding in elk geval voldaan is wanneer de werknemer dat beding ondertekend heeft, terwijl bovendien de rechtszekerheid gebaat is bij een duidelijk moment waarop de bedenktijd gaat lopen, achtte de kantonrechter het moment van ondertekening van de vaststellingsovereenkomst door de werknemer hier ‘beslissend’.<sup>6</sup> Dat was, anders gezegd, het moment waarop (pas) aan de schriftelijkheidseis van art. 7:670b BW was voldaan.

De Rotterdamse uitspraak is voor werkgevers(advocaten) gevaarlijk; sterker nog: hij is zelfs veel gevaarlijker dan hij op het eerste gezicht lijkt. Indien de daarin gevolgde benadering juist is, dan heeft dat namelijk veel verderstreckende gevolgen dan slechts het feit dat de bedenktijd, zoals in dit geval, later ingaat dan op het moment waarop de gemachtigden van partijen ‘eruit zijn’. Zou de Rotterdamse leer inderdaad kloppen, dan zou dat betekenen dat een tussen de advocaten/gemachtigden van werkgever en werknemer schriftelijk overeengekomen beëindigingsovereenkomst rechtens helemaal geen effect sorteert (omdat daarvoor ondertekening door de werknemer zelf vereist is). Dat zou ingrijpende gevolgen voor de praktijk hebben omdat daarin, tot op heden, in onderhandelingstrajecten waarin partijen zich laten bijstaan door advocaten of gemachtigden, veelal beëindigingsovereenkomsten tot stand komen die alleen vastliggen in de correspondentie tussen advocaten. Het komt regelmatig voor dat wanneer tussen advocaten schriftelijke overeenstemming is bereikt op basis van een zogeheten ‘puntenbrief’, waarin alle elementen van de regeling netjes onder elkaar zijn gezet, daar dan niet ook nog eens een separate schriftelijke overeenkomst op volgt die partijen zelf ondertekenen. Maar als de Kantonrechter Rotterdam gelijk heeft, is die benadering levensgevaarlijk omdat de werknemer zich dan later op het standpunt kan stellen dat er *helemaal geen* beëindigingsovereenkomst tot stand is gekomen. Voor het innemen van dat standpunt geldt dan bovendien niet de bedenktijd en zelfs niet de vervaltermijn van art. 7:686a BW. Er is dan immers geen sprake van een opzegging die vernietigbaar is, maar van een werkgever die zonder goede grond de betaling van het loon heeft gestaakt omdat hij ten onrechte dacht dat die arbeidsovereenkomst was beëindigd door een beëindigingsovereenkomst waarmee zijn advocaat namens hem schriftelijk heeft ingestemd. Voor het instellen van zo een loonclaim heeft de werknemer dan in beginsel vijf jaar de tijd.

Ter geruststelling: wij geloven niet dat de Rotterdamse benadering juist is. De daarin gehanteerde argumenten over-

4 Ktr. Rotterdam 10 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:996, *JAR* 2016/69, *AR-Updates* 2016-0123.

5 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 56 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 8, p. 17.

6 HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384.

tuigen niet en daarenboven is de benadering praktisch niet wenselijk.

Weliswaar klopt het, dat in de wetsgeschiedenis van art. 7:670b BW is vermeld dat bij de formulering van art. 7:670b lid 1 BW is aangesloten bij de tekst van art. 7:653 BW, maar dat laat onverlet dat ook die bepaling er niet aan in de weg staat dat een werknemer zich bij het aangaan van een concurrentiebeding in de zin van die bepaling, evenals bij het verrichten van andere rechtshandelingen, rechtsgeldig kan laten vertegenwoordigen door een derde, zoals een advocaat, die *namens hem* schriftelijk akkoord gaat. Ook de verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Philips/Oostendorp* overtuigt niet, nu de Hoge Raad in dat arrest niet heeft beslist dat de hier bedoelde vertegenwoordiging bij de rechtshandeling, bestaande in het aangaan van een concurrentiebeding, niet mogelijk zou zijn – die vraag speelde in dat arrest helemaal niet – terwijl dat arrest veel eerder indiceert dat de Hoge Raad ten aanzien van het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:653 BW juist een ruimere uitleg voorstaat dan dat daaraan slechts voldaan kan zijn als de werknemer het beding zelf heeft ondertekend.<sup>7</sup> Los daarvan is de verwijzing naar de Wwz-wetsgeschiedenis waaruit (inderdaad) blijkt dat bij de formulering van art. 7:670b BW beoogd werd aan te sluiten bij de tekst van art. 7:653 BW, ook in die zin niet heel overtuigend, dat dit een tamelijk ondeugdelijke poging van de wetgever is gebleken. Daar waar art. 7:653 BW vermeldt dat een concurrentiebeding slechts geldig is wanneer ‘de werkgever dit beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer’ – wat er dan nog enigszins op kan duiden dat het echt de werknemer zelf moet zijn die tekent –, luidt art. 7:670b lid 1 BW opvallend anders, te weten aldus dat ‘een overeenkomst waarmee een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, (...) slechts geldig (is) indien deze schriftelijk is aangegaan’. In die bepaling ontbreekt dus de expliciete vermelding dat dat aangaan door de werknemer zelf moet zijn gebeurd, hetgeen nog meer ruimte voor vertegenwoordiging bij het uitvoeren van die rechtshandeling suggereert. Die ruimte past bovendien beter bij de praktijk waarbij werknemers er veelal voor kiezen om zich in het kader van het overleg over een einde van de arbeidsovereenkomst te laten bijstaan door een gemachtigde en die gemachtigde namens hen het overleg voert. Waarom zou de werknemer een eventueel akkoord dan nog eens moeten bekrachtigen met het zetten van zijn eigen handtekening? Dat lijkt ons niet zinnig. Ook het laatste argument van de Kantonrechter Rotterdam, te weten dat de rechtszekerheid zou nopen tot het ‘beslissend’ laten zijn van de dag van ondertekening door de werknemer zelf, kan ons niet overtuigen. Niet valt in te zien waarom schriftelijke aanvaarding door de advocaat/gemachtigde niet evenveel zekerheid met zich zou brengen. Los van al deze argumenten spreekt de uitkomst, als gezegd, ook praktisch niet aan. De regeling van art. 7:670b BW noopt al tot schriftelijkheid van de beëindigingsovereenkomst. Daarin is in voldoende

mate voorzien door schriftelijke vastlegging tussen gemachtigden en niet valt te begrijpen waarom daar dan ook nog eens – op straffe van het oordeel dat helemaal geen beëindigingsovereenkomst tot stand is gekomen – steeds een extra schriftelijk document, in de vorm van een door beide partijen zelf ondertekend stuk, overheen gelegd zou moeten worden.<sup>8</sup> Het was toch de bedoeling van de Wwz om het ontslagrecht eenvoudiger te maken, niet om het (nog verder) te bureaucratiseren?<sup>9</sup>

Juister dan de Rotterdamse benadering lijkt ons dan ook een uitspraak van de Kantonrechter Leiden van 1 juni 2016 waarin een geheel andere koers werd gevaren.<sup>10</sup> In die zaak was na langdurige onderhandelingen tussen de gemachtigden van werkgever en werknemer schriftelijke overeenstemming ontstaan over de essentialia van een beëindigingsovereenkomst, blijkend uit een e-mail van de werknemersgemachtigde dat partijen ‘per vandaag’, 29 januari 2016, overeenstemming hadden bereikt. Pas daarna kwam er een kink in de kabel en weigerde de werknemer de vaststellingsovereenkomst te tekenen, die reeds eerder in concept tussen partijen was uitgewisseld en waarin, ten opzichte van dat eerdere concept, nog slechts de laatste tussen de gemachtigden overeengekomen aanpassingen waren doorgevoerd. De werknemer deed vervolgens een beroep op de bedenkttermijn, maar later dan twee weken na 29 januari 2016. De kantonrechter meende dat in een geval als dit ervan moet worden uitgegaan dat aan het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:670b BW is voldaan op het moment dat tussen de gemachtigden schriftelijke overeenstemming is ontstaan, waarbij hij aantekende dat de benadering van de Kantonrechter Rotterdam – die daarvoor daadwerkelijke ondertekening door de werknemer zelf vereiste – een zo vergaande afwijking van het reguliere contractenrecht en het systeem van aanbod en aanvaarding opleverde, dat indien de wetgever dat echt bedoeld zou hebben, dit in elk geval in de wet of de wetsgeschiedenis benoemd zou zijn. Hoewel wij denken dat als deze kwestie ooit terecht komt bij de Hoge Raad, het bepaald aannemelijker is dat de Leidse leer zal worden gevolgd dan dat zal worden gekozen voor de Rotterdamse, ligt het voor de hand dat hier totdat die definitieve duidelijkheid van de cassatierechter is verkregen, voor praktijkjuristen het devies *better safe than sorry* zou moeten zijn. Gelet op het feit dat rechters er blijkbaar zo over *kunnen* denken als blijkt uit de Rotterdamse uitspraak van 10 februari 2016, lijkt het aan te bevelen om een in de correspondentie tussen advocaten/gemachtigden bereikte overeenstemming standaard te laten volgen door een door beide partijen zelf ondertekende vaststellingsovereenkomst. Doet

7 Overigens: de Hoge Raad heeft daarvoor wel kritiek moeten incasseren: zie o.a. A.R. Houweling, ‘Herijking van het schriftelijkheidsvereiste van het concurrentiebeding: afscheid van de waarborgfunctie’, *TRA* 2008/4.

8 Houweling e.a. merken over het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:670b BW op dat de wetgever lijkt uit te gaan van een los document dat door beide partijen is ondertekend, waarbij zij wel opmerken dat de wet dit vereiste niet uitdrukkelijk stelt. Zie: C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Bju 2015, p. 901.

9 Zie voor een hoewel weinig verrassend, toch nogal ontluisterend beeld ten aanzien van de vraag of de wetgever in die doelstelling van vereenvoudiging geslaagd is: A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds & P. Kruit, *VAAN-VvA Evaluatieonderzoek Wwz 2016*, Den Haag 2016, p. 12. Maar liefst 94% van rond de 1000 ondervraagde arbeidsrechtsspecialisten bleken van mening dat de wet die doelstelling niet haalt.

10 Ktr. Leiden 1 juni 2016, *AR-Updates* 2016/573.

men dat niet, dan is er een (klein) risico dat de rechter zal oordelen dat er helemaal nooit een einde aan de arbeidsovereenkomst is gekomen.

### 5. Misbruik van de bedenkt termijn?

Zoals hiervoor al is aangestipt, geeft art. 7:670b BW de werknemer de bevoegdheid om 'zonder opgaaf van redenen' een beroep te doen op de bedenkt termijn. Dat betekent dat de werknemer niet aan de werkgever hoeft uit te leggen waarom hij een beroep op de bedenkt termijn doet en dat geeft de werknemer vanzelfsprekend ruime mogelijkheden om van die bevoegdheid gebruik te maken. Maar zijn die mogelijkheden onbegrensd? Zijn zij zo ruim, dat de bevoegdheid om de bedenkt termijn in te roepen niet kan worden misbruikt?<sup>11</sup>

In art. 3:13 lid 2 BW is verankerd dat een bevoegdheid onder meer kan worden misbruikt (i) door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden; (ii) met een ander doel dan waarvoor zij is verleend; of (iii) in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Lid 3 bepaalt dat uit de aard van de bevoegdheid kan voortvloeien dat zij niet kan worden misbruikt.

Wij denken dat het niet in de rede ligt om aan te nemen dat de bevoegdheid die art. 7:670b BW geeft, in die laatste categorie (van art. 3:13 lid 3 BW) valt. Dat geldt alleen al nu de wetgever blijkens de wetsgeschiedenis, naar aanleiding van commentaar vanuit de doctrine, aanleiding heeft gezien om de wettelijke regeling van de bedenkt termijn ingrijpend aan te passen, juist omdat hij onder ogen zag dat de regeling misbruikt kon worden.<sup>12</sup> Om misbruik te voorkomen is lid 4 ingevoerd, dat bepaalt dat de werknemer niet nog eens het bedenkt recht heeft als hij in de voorafgaande zes maanden al eens een beroep op dat recht heeft gedaan. Daarin ligt besloten dat de wetgever zich realiseert dat hier geen sprake is van een bevoegdheid die *naar zijn aard* niet misbruikt kan worden.

Dan rest de vraag wat de ruimte is voor de werkgever om op grond van de door art. 3:13 lid 2 BW genoemde gevallen, een beroep te doen op misbruik van recht. De hiervoor met (ii) aangeduide categorie, te weten de uitoefening van de bevoegdheid met een ander doel dan waarvoor deze is verleend, lijkt alleen al in die zin weinig veelbelovend dat art. 7:670b BW vermeldt dat de werknemer er 'zonder opgaaf van redenen' gebruik van mag maken. Dat betekent dat aan de werknemer een ruime bandbreedte is gegeven om te kiezen met welk doel hij daarop een beroep doet; hij mag dat doen omdat hij bij nader inzien toch bij de werkgever wil blijven werken, hij mag dat ook doen omdat hij hoopt

aldus een betere 'deal' eruit te slepen. Dat laatstgenoemde 'gebruik' van de bedenkt termijn levert, zoals ook besloten lijkt te liggen in een uitspraak van de Kantonrechter Dordrecht van 11 december 2015, in zichzelf geen misbruik van het recht op.<sup>13</sup> Het met (i) aangeduide geval waarin de beëindigingsovereenkomst met een beroep op de bedenkt termijn wordt ontbonden *met geen ander doel* dan het schaden van de werkgever, is weliswaar theoretisch denkbaar, maar zal zich in de praktijk ook vrijwel nooit voordoen, alleen al omdat de werknemer die zijn werkgever wil schaden met een beroep op de bedenkt termijn, met dat beroep daarnaast vrijwel steeds ook zal beogen om zijn eigen positie te verbeteren. En dat laatste, andere, doel is in zichzelf legitiem. Bovendien zal de werkgever die wil aantonen dat het beroep op de bedenkt termijn *alleen* is gedaan om hem te schaden, zich vrijwel steeds met onoverkomelijke bewijsproblemen geconfronteerd zien. Dan rest het met (iii) aangeduide geval waarin de werknemer, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de ontbindingsbevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Hier zien wij iets meer mogelijkheden, al zullen de marges smal zijn. Voor een geslaagd beroep op deze misbruikcategorie is, om het met Stein te zeggen, vereist dat er een 'grote onevenwichtigheid geconstateerd kan worden tussen het gediende en het aangetaste belang'.<sup>14</sup> Het bestaan van een zodanige onevenwichtigheid zou, bij wijze van voorbeeld, aan de orde kunnen zijn in gevallen waarin de getroffen vertrekregeling, in de omstandigheden van het geval, objectief gezien alleszins ruimhartig is en de werknemer ook in die zin geen groot belang heeft bij terugkeer dat hij een goed, of zelfs beter betaalde baan elders heeft gevonden, terwijl anderzijds de werkgever doordat de werknemer op zijn schreden terugkomt, in financieel zeer zwaar weer belandt (bijvoorbeeld omdat hij inmiddels een vervanger heeft aangenomen), hetgeen de werknemer ook moet weten.<sup>15</sup> Voor een succesvol beroep op misbruik van bevoegdheid is namelijk vereist dat degene die van zijn bevoegdheid gebruik maakt de onevenredigheid tussen zijn belang en dat van degenen die door de uitoefening daarvan worden geschaad, op het daarvoor in aanmerking komende tijdstip kende of behoorde te kennen. Indien een beroep op art. 3:13 BW slaagt, zal een op het inroepen van de bedenkt termijn volgende vordering van de werknemer tot nakoming van de arbeidsovereenkomst niet-ontvankelijk worden verklaard. Het beroep op de bedenkt termijn heeft dan geen doel getroffen.<sup>16</sup>

11 Zie daarover ook E.M. Hoogeveen, 'De opzegging met instemming, de beëindigingsovereenkomst en de bedenkt termijn: nieuwe wegen vol valkuilen', *ArbeidsRecht* 2014/48.

12 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 56-58 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 47-48. Zie voor de misbruikgevoeligheid: S.F. Sagel, 'De bedenkelijke bedenkttermijnen in het wetsvoorstel Werk en zekerheid', *TRA* 2014/27.

13 Ktr. Dordrecht 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963, *JAR* 2016/28.

14 P.A. Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:13 BW, aant. 45, onder verwijzing naar HR 19 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0878, m.nt. H.J. Snijders.

15 HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2905.

16 P.A. Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:13 BW, aant. 28 en E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid (Mon. Nieuw BW A4)*, Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 2.13.

## 6. Inroepen bedenkttermijn als g-grond?

Een andere vraag in dit verband is of het feit dat een werknemer een beroep doet op de bedenkttermijn, kan bijdragen aan een verstoring van de arbeidsverhouding en dus aan het ontstaan van een g-grond in de zin van art. 7:669 lid 3 BW. Voorop moet staan dat het enkele beroep op de bedenkttermijn, in zichzelf, geen g-grond zou moeten kunnen opleveren en daaraan zelfs niet zou moeten kunnen bijdragen. De werknemer heeft nu eenmaal de vrijheid gekregen om zich gedurende twee of drie weken *zonder opgave van redenen* te onttrekken aan de beëindigingsovereenkomst. Met die vrijheid – en het bepaalde in art. 7:670b lid 6 BW dat verduidelijkt dat ieder beding dat die vrijheid beperkt, door nietigheid wordt getroffen – verdraagt zich volgens ons minder goed om het inroepen van het bedenkrecht wel te laten bijdragen aan het ontstaan van een ontslaggrond. Dat zou anders kunnen zijn in gevallen die als misbruik zijn te kwalificeren, maar daar zal weer geen behoefte bestaan aan het inroepen van dat misbruik ter onderbouwing van de ontslaggrond, omdat de werkgever de werknemer in dat geval gewoon kan houden aan de beëindigingsovereenkomst zelf. Het voorgaande laat onverlet dat het de werkgever in zo een geval, waarin de werknemer de bedenkttermijn inroept, wel vrijstaat om vervolgens een ontbindingsverzoek op de g-grond in te dienen en in die procedure, ter onderbouwing van het feit dat de g-grond vervuld is, een beroep te doen op het feit dat partijen een beëindigingsovereenkomst waren aangegaan. Hoewel die beëindigingsovereenkomst inmiddels is ontbonden, laat die ontbinding het feit dat de overeenkomst in het verleden is aangegaan in zichzelf natuurlijk onverlet. En *dat feit* – het aangaan van de beëindigingsovereenkomst – kan de rechter wel mede in aanmerking nemen als bewijs voor de stelling van de werkgever dat de verhouding tussen partijen verstoord is, hetgeen natuurlijk eens te meer geldt wanneer die overeenkomst in de considerans vermeldt dat deze is aangegaan vanwege het feit dat zich ‘problemen in de samenwerking voordoen’ ofwel zelfs dat deze is aangegaan wegens ‘het bestaan van een g-grond’. Het wordt natuurlijk voor de werknemer wel beduidend lastiger om in rechte geloofwaardig te betogen dat *geen* sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, als hij een paar weken eerder akkoord is gegaan met een beëindigingsovereenkomst die precies het tegenovergestelde vermeldt. Staat in de beëindigingsovereenkomst dat deze is aangegaan op een andere grond, bijvoorbeeld verval van functie (een a-grond), of disfunctioneren (de d-grond), dan zal het aangaan van de overeenkomst natuurlijk niet kunnen bijdragen aan het bewijs dat sprake is van een voldragen g-grond.

## 7. Waarschuwingsplicht transitievergoeding – art. 7:670b BW maakt meer kapot dan je lief is?

Zo bewegen wij ons gaandeweg van de meer juridisch-technische kanten van art. 7:670b BW naar de inhoud van het schikkingsoverleg onder de Wwz, dat wij in het tweede deel van deze bijdrage zullen bespreken. Een mooi bruggetje

daartoe vormt de vraag, die in de rechtspraak aan de orde is geweest, of de werkgever in het schikkingsoverleg op grond van art. 7:611 BW gehouden is om de werknemer te wijzen op het recht op de transitievergoeding dat in het algemeen bestaat wanneer de arbeidsovereenkomst door opzegging of ontbinding eindigt. Opvallend genoeg heeft namelijk juist het hiervoor behandelde art. 7:670b BW, dat de werknemer beoogt te beschermen, bij de beantwoording van die vraag roet in het eten van de werknemer gegooid.

In een zaak die leidde tot een uitspraak van de Kantonrechter Utrecht van 11 december 2015 was sprake van een op initiatief van de werkgever aangegane vaststellingsovereenkomst waarin geen vergoeding was toegekend aan de werknemer.<sup>17</sup> Deze trachtte vervolgens in rechte alsnog betaling van de transitievergoeding af te dwingen, primair met een beroep op het feit dat de vaststellingsovereenkomst op initiatief van de werkgever was aangegaan en subsidiair met een beroep op het feit dat de werkgever hem, op grond van art. 7:611 BW, op het bestaan van het recht op een transitievergoeding had moeten wijzen. Geen van beide argumenten wist de kantonrechter te bekoren. Dat lijkt ons in elk geval ten opzichte van de primaire grondslag terecht. Uit de wet en de wetsgeschiedenis volgt nu eenmaal dat het een bewuste keuze is geweest van de wetgever om de transitievergoeding niet verschuldigd te laten zijn bij een beëindigingsovereenkomst (maar wel bij een opzegging met instemming) en het ligt niet in de rede dat de rechter zo een bewuste keuze zo kort na de invoering van een wet naast zich neerlegt door de transitievergoeding wel verschuldigd te achten bij een beëindigingsovereenkomst vanwege het enkele feit dat het initiatief tot het aangaan daarvan bij de werkgever lag.

Het op art. 7:611 BW gebaseerde argument werd door de rechter verworpen met een beroep op het bepaalde in art. 7:670b BW. De kantonrechter zag geen ruimte voor het aannemen van een mededelingsplicht op grond van art. 7:611 BW, omdat de wetgever nu juist in het kader van art. 7:670b BW wel een mededelingsplicht had aangenomen ten aanzien van het bestaan van de bedenkttermijn, waaruit de kantonrechter *a contrario* afleidde dat de wetgever het dus klaarblijkelijk *niet* nodig vond dat door de werkgever ook een waarschuwing ten aanzien (van het mislopen) van de transitievergoeding moet worden gegeven (in zo een overeenkomst). Bovendien, zo overwoog de kantonrechter, heeft iedere werknemer die akkoord gaat met een beëindigingsovereenkomst sinds 1 juli 2015 ‘14 dagen dan wel 21 dagen bedenktijd en dat is voldoende tijd om als werknemer informatie in te winnen over de rechten en plichten bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de financiële voorwaarden daarbij’. Kort en goed: de bedenkttermijn *achteraf*, staat aan een waarschuwingsplicht *vooraf* in de weg. Ofwel: wie achteraf twee weekjes heeft om te onderzoeken, hoeft niet vooraf gewaarschuwd te worden. Het is de vraag hoe overtuigend dat laatste argument is, alleen al omdat de bedenkttermijn van art. 7:670b BW blijkens de wetsgeschiedenis niet beoogt in de plaats te treden van bescherming

17 Ktr. Utrecht 11 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8803, JAR 2016/25.

die de werknemer anderszins toekomt bij het aangaan van een beëindigingsovereenkomst, maar veeleer moet worden gezien als een extra bescherming.<sup>18</sup> Vanuit dat perspectief bezien, spreekt het wat minder aan om het enkele bestaan van een bedenkttermijn aan te merken als argument om de werknemer andere bescherming in dergelijke onderhandelingen te ontzeggen. Wat hier in feite gebeurt, is dat de rechter de bedenkttermijn construeert als een *onderzoeksplicht* van de werknemer die de werkgever ontslaat uit een eventuele *mededelingsplicht* op grond van art. 7:611 BW. Ook bij het eerste argument, te weten het argument dat nu in art. 7:670b BW wel met zoveel woorden een waarschuwingsplicht is verankerd ten aanzien van de bedenkttermijn, terughoudendheid is geboden bij het aannemen van additionele waarschuwingsplichten op grond van art. 7:611 BW, kan een kritische noot worden geplaatst. Want als men de wetsgeschiedenis van art. 7:670b BW napluist, dan is er van regeringszijde juist ter rechtvaardiging van het feit dat een bepaalde situatie in dat artikel niet is geregeld – het ging daarbij om de afwezigheid van een bedenkttermijn bij de werknemersopzegging – op gewezen dat dat gerechtvaardigd is nu er door de rechtspraak allerlei waarschuwingsverplichtingen op basis van art. 7:611 BW op de werkgever gelegd worden om de werknemer te informeren over zijn rechten, zodat langs die band kan worden voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van het ontbreken van een bedenkttermijn bij de werknemersopzegging.<sup>19</sup> In die passage lijkt veeleer besloten te liggen dat de wetgever een verdere jurisprudentiële bescherming van de werknemer langs de band van het goed werkgeverschap om onbillijke uitkomsten te voorkomen, met de Wwz zeker niet de pas heeft willen afsnijden. Wij sluiten dan ook zeker niet uit dat een rechter in de toekomst in een schrijnend geval, waarin evident is dat de werkgever bij eenzijdige beëindiging minimaal de transitievergoeding verschuldigd zou zijn (geweest) en bijvoorbeeld sprake is van een laagopgeleide werknemer die zich in de onderhandelingen niet heeft laten bijstaan en die akkoord is gegaan met een beëindiging met wederzijds goedvinden zonder enige vergoeding, zou kunnen oordelen dat het achterwege blijven van een waarschuwing van de werkgever dat de werknemer door akkoord te gaan met dat beëindigingsvoorstel de transitievergoeding misliep, wel degelijk als slecht werkgeverschap is te duiden. De Hoge Raad heeft in 2007 al eens uitgemaakt dat art. 7:611 BW de werkgever ertoe noopt om bij een overgang van onderneming de daarbij betrokken werknemer schriftelijk te informeren over al zijn in zo een geval geldende rechten, juist om te voorkomen dat werknemers in hun onwetendheid akkoord gaan met een regeling die van die wettelijke rechten afwijkt.<sup>20</sup> Iets vergelijkbaars lijkt ons ook in de sfeer van het recht op de transitievergoeding niet ondenkbaar, zeker in gevallen waarin de werkgever de werknemer listig op het verkeerde been zet. Hier is het laatste woord, met de uitspraak van de Utrechtse kantonrechter, dus wellicht

toch nog niet over gezegd. De schade die de werknemer dan heeft geleden, lijkt overigens relatief eenvoudig vast te stellen. Die zal namelijk in beginsel kunnen worden gesteld op het bedrag aan transitievergoeding dat de werknemer, wanneer hij wel door zijn werkgever zou zijn geweest op het wettelijk recht daarop bij een andere beëindigingsroute, zou hebben uitonderhandeld.

Een aanverwante vraag is of de werknemer zich na afloop van de bedenkttermijn nog wel kan beroepen op een wilsgebrek bij het aangaan van de overeenkomst. De Utrechtse kantonrechter lijkt die vraag bevestigend te beantwoorden. Hij heeft immers overwogen dat onvoldoende is gesteld en gebleken dat sprake was van dwang, dwaling of misbruik van omstandigheden, waarna hij het verzoek van de werknemer afwees. Ook Houweling e.a. zijn van oordeel dat het verstrijken van de bedenkttermijn niet uitsluit dat de werknemer met succes een beroep doet op het algemene vermogensrecht.<sup>21</sup> Dat oordeel delen wij, al is het maar omdat uit de wetsgeschiedenis zo duidelijk volgt dat de bedenkttermijn beoogt om de werknemer wat *extra* bescherming bij een beëindiging met wederzijds goedvinden te bieden, niet om die bedenkttermijn in de plaats te laten treden van andere bescherming die hij in dat verband al voor de inwerkingtreding van de Wwz had.<sup>22</sup>

## 8. Tot slot

Tot zover onze beschouwingen over de vorm- en procedurevoorschriften die de Wwz-wetgever met art. 7:670b BW heeft geïntroduceerd voor de arbeidsrechtelijke ‘regelpraktijk’ en de uitleg die daaraan tot op heden in de rechtspraak wordt gegeven. Heel kort samengevat lijken de praktische lessen uit het voorgaande allereerst te zijn dat de werkgever(sadvocaat) er goed aan doet (i) om in een beëindigingsovereenkomst niet alleen vast te leggen dat voor de werknemer een bedenkttermijn van twee weken geldt, maar ook dat die hem het recht geeft om *zonder opgaaf van redenen* de beëindigingsovereenkomst te ontbinden; en (ii) – in elk geval voorlopig – ook om die overeenkomst veiligheidshalve door de werknemer zelf te laten tekenen, zelfs als de overeenstemming al in correspondentie tussen advocaten/gemachtigden vastligt. Een verstandig werkgever(sadvocaat) probeert voorts in de considerans van de vaststellingsovereenkomst op te laten nemen dat partijen onder ogen zien dat zich een grond voor beëindiging, zoals bijvoorbeeld een verstoorde arbeidsverhouding, voordoet. Indien de werk-

18 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 47-49.

19 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 80-83.

20 HR 26 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:A29122.

21 Zie: C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Bju 2015, p. 905.

22 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 27: “Hoewel op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de werknemer nu al de nodige bescherming wordt geboden tegen het lichtvaardig instemmen met ontslag, meent de regering, met sociale partners, dat een aanvulling hierop wenselijk is. Een aanvulling die ertoe strekt dat de werknemer zijn schriftelijke (onvoorwaardelijke) instemming met ontslag binnen veertien dagen schriftelijk kan herroepen, zonder opgaaf van redenen. In dat geval wordt de opzegging geacht niet te hebben plaatsgevonden. Dat geldt ook voor de situatie waarin ter zake van de arbeidsovereenkomst een zogenoemde beëindigingsovereenkomst is gesloten; deze kan binnen deze termijn worden ontbonden door de werknemer.” Cursivering toegevoegd, SFS en OvdK.

nemer vervolgens een beroep doet op de bedenktijd, dan kan dat beroep op de bedenktijd in zichzelf geen ontslaggrond vormen, of daaraan bijdragen, maar het feit dat het bestaan van een ontslaggrond, bijvoorbeeld: die duurzaam verstoorde arbeidsverhouding, in de considerans van de beëindigingsovereenkomst was opgenomen, kan de werkgever in een inhoudelijke procedure wel helpen. Van misbruik door de werknemer van de bevoegdheid om een beroep op de bedenktijd te doen, zal slechts onder bijzondere omstandigheden sprake zijn. Maar: een beroep van de werkgever op het leerstuk van misbruik van bevoegdheid is in elk geval niet *naar de aard* van de door art. 7:670b BW aan de werknemer gegeven ontbindingsbevoegdheid uitgesloten. In het tweede deel van deze bijdrage zullen wij de focus verleggen van de vorm naar de inhoud: hoe wordt er, onder de vigeur van de Wwz, bepaald wat een redelijke regeling behelst? Dat is ook belangrijk om te weten – niet in de laatste plaats om te beoordelen of een beroep op de in het voorgaande besproken bedenktijd zinnig is.