



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De ex-werknemer

Gerlach, V.

Publication date
2023

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Gerlach, V. (2023). *De ex-werknemer*. [, Universiteit van Amsterdam].

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

De arbeidsovereenkomst en de rechtsverhouding na beëindiging

1.1 Inleiding

“De wet stelt regels omtrent de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en omtrent hun bescherming daarbij, alsmede omtrent medezeggenschap”, aldus artikel 19 lid 2 Grondwet. Daaruit blijkt duidelijk de grondslag van het arbeidsrecht. Dat roept de vraag op in hoeverre de wet ook voorziet of dient te voorzien in de rechtspositie van diegene die door het eindigen van de arbeidsovereenkomst geen arbeid meer verricht: de ex-werknemer. De toegang tot de rechtsbescherming van Titel 7.10 BW lijkt voor de ex-werknemer geblokkeerd door artikel 7:610 BW: er moet sprake zijn van een werknemer die arbeid *verricht*. Hetzelfde lijkt nu nog te gelden voor de toegang tot de Pw; ook de pensioenovereenkomst is volgens artikel 1 Pw gesloten met (enkel) de werknemer die op grond van de arbeidsovereenkomst arbeid *verricht*. Tekenend voor het langdurige gebrek aan aandacht van de wetgever voor de rechtspositie van de ex-werknemer, is dat pas voor 2023 wordt voorgesteld om de definitie van de pensioenovereenkomst uit te breiden tot afspraken met de ex-werknemer. Dit echter zonder dat door de wetgever fundamenteel wordt nagedacht over wat dit betekent voor de nawerking van het pensioenrecht na het einde van de arbeidsovereenkomst.¹

Dit gebrek aan aandacht voor de ex-werknemer is opvallend. Iedere werknemer wordt immers per definitie op enig moment ex-werknemer. Allereerst kan dat komen door pensionering; de werknemer bereikt de pensioenleeftijd en stopt met werken. Door de vergrijzing van de Nederlandse bevolking is de omvang van de niet meer werkzame beroepsbevolking de afgelopen jaren sterk gestegen en deze stijging zal zich de komende decennia voortzetten. Het aandeel 65-plussers in de bevolking stijgt van 20% eind 2021 naar 25% rond 2040.² De stijging van de pensioengerechtigde leeftijd leidt slechts tot een beperkt uitstel van het worden van ex-werknemer. Sterker nog, ondanks het stijgen van de pensioengerechtigde leeftijd bereiken steeds meer mensen deze leeftijd, waardoor in 2019 nog 5,5% van de werknemers van 55 jaar en ouder met pensioen ging en in 2021 maar liefst 7,1%. In 2021 waren er daardoor in Nederland in totaal 3,3 miljoen gepensioneerd.³

1 Artikel 2 lid 12 Pw (nieuw), *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 3, p. 358-359.

2 Centraal Bureau voor de Statistiek 16 december 2021, 'Prognose: bevolkingsgroei trekt weer aan', <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2021/50/prognose-bevolkingsgroei-trekt-weer-aan>.

3 Centraal Bureau voor de Statistiek 21 april 2022, 'Pensioenleeftijd in 2021 ruim 4 jaar hoger dan in 2006', <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2022/16/pensioenleeftijd-in-2021-ruim-4-jaar-hoger-dan-in-2006>.

Een werknemer kan ook ex-werknemer worden door uitdienststreding gedurende zijn loopbaan. Zo verandert bijna 40% van de werknemers in de leeftijd 16-24-jarigen ieder jaar van werkgever en wordt daarmee ex-werknemer ten opzichte van zijn vorige werkgever.⁴ Arbeidsmobiliteit is zelfs actief overheidsbeleid; met Wwz trachtte de wetgever immers een 'mobiliteit bevorderend' ontslagrecht te creëren.⁵ Een werknemer kan verschillende redenen hebben om van baan te wisselen, zoals aantrekkelijke aspecten van ander werk of privéomstandigheden. Ook ontslag kan een reden zijn, al speelt dat maar in een minderheid van de gevallen; in 2018 was gedwongen zoeken naar ander werk vanwege ontslag voor 6% van de werknemers die naar een andere baan zochten de belangrijkste reden.⁶

Met andere woorden, ex-werknemer wordt iemand door het einde van de arbeidsovereenkomst, wat zowel kan gebeuren tijdens als aan het einde van iemands loopbaan. Een ex-werknemer is dus niet per definitie oud en gepensioneerd, maar kan net zo goed een jong iemand zijn die van baan wisselt. Ex-werknemers zijn daardoor een divers gezelschap, met uiteenlopende belangen. Wat zij gemeen hebben is dat zij zich allen in de postcontractuele fase bevinden ten opzichte van hun ex-werkgever. Hiermee doel ik niet op de mogelijkheden voor de ex-werknemer vorderingen in te stellen tegen zijn ex-werkgever die zien op de contractuele fase, bijvoorbeeld een (schade)vergoeding wegens beëindiging van de arbeidsovereenkomst of wegens onbetaald loon. Ik doel op de voortdurende rechtsverhouding tussen de ex-werknemer en ex-werkgever, waarbij direct de vraag opkomt: wordt die rechtsverhouding beheerst door het arbeids- en pensioenrecht? Het arbeidsrecht zoals wij dat sinds 1907 kennen, concentreert zich op de contractuele fase, dat wil zeggen op de arbeidsovereenkomst van het moment van totstandkoming tot en met de beëindiging daarvan. Gaandeweg is ook de precontractuele fase – de fase voor totstandkoming van de arbeidsovereenkomst – gereguleerd, variërend van een discriminatieverbod ten opzichte van sollicitanten (Algemene Wet Gelijke Behandeling, 1994) tot vergaande beperkingen aan aanstellingskeuringen (Wet op de medische keuringen, 1997). De postcontractuele fase, de fase na beëindiging van de arbeidsovereenkomst, lijkt daarbij onderbedeeld gebleven. De aandacht van de wetgever lijkt vooral uitgegaan naar het concurrentiebeding (het huidige artikel 7:653 BW, 1907) en pensioen (de voormalige PSW, 1954). Daarbij valt direct op dat het concurrentiebeding zijn grondslag vindt in een ander lid van artikel 19 Grondwet (namelijk lid 3) en bij pensioen verplicht een derde is betrokken (de pensioenuitvoerder). Voor het overige zwijgt de wet. Er is in zijn algemeenheid betrekkelijk weinig aandacht geweest voor de juridisch dogmatische aspecten van de positie van de ex-werknemer. Dit onderzoek beoogt die aandacht te geven.

4 P. van Echtelt e.a., *Aanbod van arbeid* 2016, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2016, p. 33. Bij 55-64-jarigen neemt dit af tot nog geen 5%.

5 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 3: 'De arbeidsmarkt van de 21e eeuw kenmerkt zich door een sterke dynamiek en een door de vergrijzing naar achter schuivende pensioendatum. Mensen zullen langer doorwerken en daarbij vaker wisselen van baan'. Op dit moment geldt dat mobiliteit afneemt met de leeftijd, aldus *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 6.

6 J.G.F. Merens, 'Zoeken meer werknemers een andere baan?', in: *Arbeidsmarkt in kaart: Wel – en niet-werkenden – editie 2*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2020, p. 37. Uitdienststreding kan uiteraard ook gebeuren als gevolg van overlijden.

1.2 De postcontractuele fase

De postcontractuele fase ontstaat dus na het einde van de arbeidsovereenkomst. Zoals hierboven al genoemd, is de fundamentele vraag hierbij welk deel van het recht deze fase beheerst, als de wet de rechtspositie van de ex-werkgever en ex-werknemer niet expliciet bepaalt. Met andere woorden, als de wet zwijgt, wordt de postcontractuele rechtsverhouding tussen de ex-werknemer en ex-werkgever dan beheerst door het arbeidsrecht (onder meer Titel 7.10 BW) en het pensioenrecht of door het vermogensrecht (Boek 3 en Boek 6 BW)? Het antwoord op deze vraag is van groot praktisch belang. Als immers de eerste visie juist is – ik zal hierna spreken van de arbeidsrechtelijke visie – betekent dit immers dat allerlei bepalingen die zich richten op werknemers en die tot stand zijn gekomen vanuit het oogpunt van ongelijkheidscompensatie, nawerken na het einde van de arbeidsovereenkomst. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de nawerking van het normenkader van artikel 7:611 BW en artikel 7:613 BW. Denk ook aan het al dan niet toepasselijk blijven van de voorschriften omtrent het boetebeding (artikel 7:650 BW en artikel 7:651 BW, zie verder hoofdstuk 3) of medezeggenschap (zie verder hoofdstuk 6). In feite zetten werkgever en werknemer dan na het einde van de arbeidsovereenkomst hun rechtsverhouding voort met gewijzigde hoedanigheid van partijen. Dit is hoe de Hoge Raad het voor de pensioenovereenkomst formuleert in het in de volgende hoofdstukken te behandelen ECN-arrest.⁷ Bij de tweede visie – de vermogensrechtelijke visie – moet worden teruggevallen op de algemene bepalingen van Boek 3 en Boek 6 BW, waarin ongelijkheidscompensatie grotendeels ontbreekt; je moet dan de postcontractuele rechtsverhouding behandelen als iedere andere ‘willekeurige’ civiele overeenkomst.

Een fraai voorbeeld van het verschil in visies is een arrest van het hof Amsterdam⁸ over een bijdrage in de ziektekosten voor ex-werknemers, waarin het hof overweegt dat de ‘voortgezette rechtsverhouding’ tussen partijen op twee manieren kan worden gezien. Enerzijds in lijn met het ECN-arrest als een rechtsverhouding waarin partijen ex-werkgever en ex-werknemer zijn geworden en een arbeidsvoorwaarde tussen hen is voortgezet, anderzijds als een (zelfstandige) verbintenis scheppende overeenkomst waarbij partijen zich tegenover elkaar verbinden tot respectievelijk een recht en een plicht (artikel 6:213 lid 1 BW en artikel 6:216 BW). Het hof houdt het antwoord op deze kwalificatievraag enigszins in het midden, maar lijkt de voorkeur te geven aan de arbeidsrechtelijke visie omdat – in de woorden van het hof – ‘dit het meest recht doet aan de rechtsbescherming van de gepensioneerden’. Overigens schetst het hof de vermogensrechtelijke visie hier heel extreem, door een verbintenis die duidelijk bedoeld was de arbeidsovereenkomst te overleven aan te merken als een mogelijk (zelfstandige) verbintenis scheppende overeenkomst. Ook een auteur als Ruizeveld lijkt hiervan voorstander te zijn, waar zij een ziektekostenbijdrage voor ex-werknemers door een ex-werkgever kwalificeert als een overeenkomst *sui generis*.⁹ Het lijkt mij zuiverder te stellen dat het hier gaat om een

7 HR 6 september 2013, JAR 2013/249, m.nt. M. Heemskerk, JOR 2013/310, m.nt. A.G. van Marwijk Kooy, PJ 2013/161, m.nt. E. Lutjens en H.P. Breuker, TRA 2013/103, m.nt. J.J.M. de Laat, NJ 2014/67, m.nt. E. Lutjens (*Energieonderzoek Centrum Nederland/Vereniging van Oud-Medewerkers ECN & NRC*).

8 Hof Amsterdam 23 september 2014, PJ 2014/164, m.nt. H.P. Breuker (*ex-werknemers/ASR Nederland*).

9 HR 30 januari 2015, TRA 2015/40, m.nt. M.D. Ruizeveld (*ex-werknemers/ABN AMRO*).

postcontractuele verbintenis die voortvloeit uit de beëindigde arbeidsovereenkomst, waarbij het daarop van toepassing zijnde normenkader afhangt van welke visie je aanhangt. Ik behandel het concept van de postcontractuele verbintenis en de duiding en aard van de postcontractuele rechtsverhouding nader in hoofdstuk 2.

Het verschil tussen de twee visies hangt samen met de doorwerking van het vermogensrecht uit Boek 3 en Boek 6 BW in Titel 7.10 BW gedurende de tijd dat de arbeidsovereenkomst bestaat, gelet op de gelaagde structuur van het BW. Kort gezegd, kan doorwerking aan de orde zijn als het arbeidsrecht ten aanzien van een onderwerp zelf niets regelt en toepassing van het vermogensrecht niet op bezwaren stuit, of zelfs juist wenselijk is.¹⁰ Als het arbeidsrecht een eigen regeling kent die het algemene leerstuk uit het vermogensrecht opzijzet, dient het arbeidsrecht voorrang te krijgen. Als uitgangspunt hanteert de Hoge Raad de samenloop van het vermogensrecht uit Boek 3 BW en Boek 6 BW en Titel 7.10 BW.¹¹ Daarmee is het arbeidsrecht dus onderdeel van het algemeen vermogensrecht. Het probleem met onverkorte toepassing van het vermogensrecht – ik noemde het hierboven al voor de situatie na het einde van de arbeidsovereenkomst – is echter dat in het vermogensrecht ongelijkheidscompensatie voor de werknemer ontbreekt. De grondgedachte van het BW is de gelijkheid van contractspartijen, terwijl het arbeidsrecht beoogt door wettelijke waarborgen ongelijke partijen gelijk te maken.¹² Dat wil niet zeggen dat het vermogensrecht geen enkele bescherming van zwakke partijen kent. Hartkamp spreekt over een tendens om ook in het algemeen deel van het nieuwe BW beschermingsregels voor de zwakkere partij op te nemen, zoals in 1992 de invoering van misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 lid 4 BW) en de verbeterde positie van ondergeschikten (onder meer artikel 6:257 BW).¹³ De rechtspraak laat ook wel zien dat normen die doorwerken vanuit het vermogensrecht in Titel 7.10 BW dikwijls enigszins arbeidsrechtelijk worden ‘ingekleurd’ door rekening te houden met het feit dat het nu eenmaal geen gelijkwaardige relatie betreft.¹⁴ Dat neemt niet weg dat het arbeidsrecht al vanaf 1907 bij uitstek is bedoeld als op maat gesneden

10 Onder meer: Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?, Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Bju 1999, p. 58-70; T. van Peijpe, ‘Hoe bijzonder is de arbeidsovereenkomst?’, in: P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 48; W.A. Zondag, *De grenzen van het arbeidsrecht*, Den Haag: Bju 2004, p. 23-28.

11 Bijvoorbeeld HR 3 december 1999, *JAR* 2000/18 (*Pratt & Whitney/Franssen c.s.*).

12 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, eerste deel*, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1907, p. 114.

13 A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Monografieën Nieuw BW*, Deventer: Kluwer 2010, p. 37-40.

14 Voor een overzicht en analyse van rechtspraak onder meer: Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?, Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Bju 1999, p. 18; R.M. Beltzer, ‘De symbiose van het arbeidsrecht en het privaatrecht volgens de rechtspraak in 2003’, *SR* 2004/2; Y. Konijn, ‘Doorwerking van het privaatrecht; over samenloop, kleuring en exclusiviteit’, *SR* 2008/68; G.C. Boot, ‘Privatisering van het arbeidsrecht?’, *TRA* 2020/89.

middel om de arbeidsverhouding te reguleren en de zwakkere werknemer te beschermen.¹⁵ De toegevoegde waarde van het arbeidsrecht ten opzichte van het vermogensrecht is daarmee vandaag de dag nog steeds evident.¹⁶

Als je met dit in het achterhoofd redeneert dat in de vermogensrechtelijke visie de toepasselijkheid van onder meer Titel 7.10 BW vervalt door het einde van de arbeidsovereenkomst, en er dus alleen nog sprake is van toepasselijkheid van Boek 3 en Boek 6 BW (met uitzondering van, kort gezegd, artikel 7:653 BW en diverse bepalingen uit de Pw) valt te betwijfelen of dit recht doet aan de aard van een postcontractuele verbintenis die haar oorsprong vindt in een arbeidsovereenkomst. Toen de verbintenis immers tot stand kwam, was de werknemer de zwakkere partij. Het feit dat de arbeidsovereenkomst op enig moment eindigt, trekt die ongelijkheid niet met terugwerkende kracht recht. Ter vergelijking, de discussie of het arbeidsrecht niet van toepassing zou moeten zijn op hoger betaald personeel, is altijd een academische discussie gebleven,¹⁷ op de statutair bestuurder van de beursvennootschap na. Daarmee is het nogal wat om het hele arbeidsrecht overboord te zetten zodra de arbeidsovereenkomst eindigt, terwijl er verbintenissen uit die arbeidsovereenkomst doorlopen. Dat geldt ook voor het pensioenrecht, dat net als het arbeidsrecht is gefundeerd op ongelijkheidscompensatie.¹⁸ Ook de Pw is doordrongen met bescherming van de (ex-) werknemer en dwingend recht. De pensioenovereenkomst en de betekenis daarvan na het einde van de arbeidsovereenkomst komen aan de orde in, onder meer, hoofdstuk 4.

Het is verleidelijk om daarom snel te concluderen dat een arbeidsrechtelijke visie de meest logische is. Ik moet daar direct een belangrijke nuancering bij plaatsen: zijn werknemers en ex-werknemers gelijk en als dat niet zo is, wat moet daarvan dan het gevolg zijn, bijvoorbeeld als het aankomt op onderlinge solidariteit. Het feit dat een ex-werknemer veelal geen loon meer ontvangt van zijn ex-werkgever, in dienst kan zijn getreden bij de concurrent, er geen gezagsverhouding meer bestaat en andere belangen kan hebben dan een werknemer, kan niet zonder betekenis zijn. Bijvoorbeeld als het gaat om de zorgvuldigheid die partijen

15 Onder meer: E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1924, p. 5 e.v.; A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, eerste deel*, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1907, p. 5-7. R.A.A. Duk, 'Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht: 40 jaar in vogelvlucht', in: G.M.J. Veldkamp e.a. (red.), *Sociaal-rechtelijk en sociaal-politiek denken sedert de Tweede Wereldoorlog*, Alphen aan den Rijn: Samson Uitgeverij 1986, p. 171, spreekt dan ook over ongelijkheidscompensatie als bestaansreden van het arbeidsrecht. Door de wetgever bijvoorbeeld weer erkend in: *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 3, p. 103 en *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 7, p. 56.

16 C.J. Loonstra 'De arbeidsovereenkomst', in: P.G.J. van den Berg en W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht. Specieszaak, status aparte of synergie?*, Rotterdam: EUR 2003, p. 41; A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even en E. van Vliet, *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Bju 2015, p. 1089; R. Houweling en C. Loonstra, 'Doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het arbeidsrecht: het is wat het is, en zo is het', in: F.G. Laagland (red.), *Verburg. Geciteerd en besproken. Liber Amicorum prof. mr. L.G. Verburg*, Deventer: Kluwer 2021, p. 145-146.

17 Onder meer: A.T.J.M. Jacobs, 'De arbeidsovereenkomst in het NBW', *NJB* 1994, p. 1042; Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?, Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Bju 1999, p. 32-33; R.A.A. Duk, "'All employees are unequal but..." Enkele losse gedachten over ongelijkheidscompensatie in rechtspraak en wetgeving', in: G. Heerma van Voss en E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht, Liber amicorum voor prof. mr. Paul F. van der Heijden*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2013, p. 16.

18 *Kamerstukken II 1990/91*, 22167, nr. 2, p. 21; *Kamerstukken II 2021/22*, 36067, nr. 7, p. 59.

naar elkaar moeten betrachten na het einde van de arbeidsovereenkomst (paragraaf 2.4 en hoofdstuk 3), of bij een wijziging van arbeidsvoorwaarden (hoofdstuk 5). Pleit dat voor een vermogensrechtelijke visie of juist voor een genuanceerde arbeidsrechtelijke visie?

De te hanteren visie op de postcontractuele fase heeft dus zowel juridische als maatschappelijke implicaties. Juridisch, omdat het fundament van het arbeids- en pensioenrecht ongelijkheidscompensatie is en dit deel van het recht zijn werk niet (meer) kan doen als het ophoudt bij het einde van de arbeidsovereenkomst. Maatschappelijk, omdat dit wellicht nog nodig is voor iemand die ex-werknemer wordt; en dat wordt uiteindelijk iedere werknemer. Schiet de beschermende werking van het recht in de postcontractuele fase tekort dan hebben we een belangrijk probleem en zullen daar oplossingen voor moeten worden gevonden.

1.3 Onderzoeksvragen

De rode draad in dit onderzoek is hoe in wetgeving en rechtspraak wordt omgegaan met de postcontractuele rechtsverhouding. In dat kader wordt onderzocht wat de postcontractuele rechtsverhouding tussen de ex-werknemer en de ex-werkgever inhoudt, in hoeverre deze rechtsverhouding door het arbeids- en pensioenrecht wordt beheerst en of daaraan behoefte is (de wenselijke visie). De onderliggende vraag is welke bijzondere problemen ontstaan in de postcontractuele rechtsverhouding en hoe die problemen kunnen worden opgelost. De onderwerpen van de postcontractuele rechtsverhouding die in dit onderzoek centraal staan, zijn zorgvuldigheidsverbintenissen, zorg- en beloningsverbintenissen, het wijzigingsvraagstuk en medezeggenschap. Terugkerend thema daarbij is waar de door de wetgever gemaakte keuzes vandaan komen in de verscheidenheid aan wetten die deze onderwerpen bestrijken, hoe de rechter daarmee in de praktijk omgaat en of er een rode lijn in valt te ontdekken.

Op deze basis kom ik tot de volgende drie onderzoeksvragen.

Eerste vraag: wat is na het einde van de arbeidsovereenkomst de betekenis van het feit dat de arbeidsovereenkomst heeft bestaan voor de rechten en plichten van de ex-werknemer en ex-werkgever?

Tweede vraag: dienen werknemers en ex-werknemers gelijk te worden behandeld en dienen zij onderling solidair te zijn bij wijziging van of (mede)zeggenschap over postcontractuele arbeidsvoorwaarden?

Derde vraag: beschermt het arbeids- en pensioenrecht de belangen van de ex-werknemer en de ex-werkgever voldoende in de postcontractuele fase?

1.4 Plan van aanpak

Het onderzoek begint in hoofdstuk 2 met een verkenning hoe de postcontractuele rechtsverhouding moet worden geïdentificeerd en wat de aard daarvan is. Als kan worden geconstateerd dat de ex-werkgever en de ex-werknemer rechten en verplichtingen tegenover elkaar

hebben, roept dat fundamentele vragen op over hoe dit past binnen het systeem van het arbeids- en pensioenrecht. Kan je hier eigenlijk nog spreken van een rechtsverhouding? Is hier een grond voor ongelijkheidscompensatie? Waarom zouden of moeten werkgevers en werknemers ook na het einde van de arbeidsovereenkomst via allerlei verbintenissen aan elkaar gebonden willen zijn?

Ik onderscheid in hoofdstuk 2 een tweetal hoofdtypen postcontractuele verbintenissen die ik in hoofdstuk 3 en hoofdstuk 4 uitwerk: zorgvuldigheidsverbintenissen en zorg- en beloningsverbintenissen. Hoofdstuk 3 gaat nader in op de beperkte wettelijke normering van het eerste type: de postcontractuele zorgvuldigheid die partijen over en weer moeten betrachten en de betekenis van contractuele afspraken in dat verband, meer in het bijzonder voor de onderwerpen postcontractuele bedingen (een contractuele afspraak) en uitlatingen tegenover derden (wat soms wel en soms niet een contractuele afspraak is). Een geheel ander type postcontractuele verbintenis is een arbeidsvoorwaarde die voortduurt tot na – of juist pas in werking treedt bij – het einde van de arbeidsovereenkomst. Denk aan pensioen, maar ook aan uitgestelde variabele beloning of suppletiereregelingen op socialezekerheidsuitkeringen, zoals de WW. Dit soort arbeidsvoorwaarden zijn postcontractuele arbeidsvoorwaarden, bestaande uit zorg- en beloningsverbintenissen. Het gaat hier om uitzonderingen op de regel, want loon eindigt doorgaans samen met de arbeidsovereenkomst. Hoofdstuk 4 gaat in op deze bijzondere arbeidsvoorwaarden, die soms een verbintenis zijn en soms een doorlopende overeenkomst. Hier sta ik ook stil bij eigenrisicodragerschap; geen arbeidsvoorwaarde, maar een zorgverbintenis waarbij na het einde van de arbeidsovereenkomst allerlei rechten over en weer doorlopen, welke zich soms moeizaam verhouden tot het arbeidsrecht.

De discussie in hoeverre arbeidsvoorwaarden van de werknemer ‘bevroren’ of ‘uitgewerkt’ zijn op het moment van uitdiensttreding – en dus niet meer postcontractueel kunnen worden gewijzigd – is grotendeels beslecht door het al genoemde ECN-arrest van de Hoge Raad uit 2013. De pensioenovereenkomst wordt na beëindiging van de arbeidsovereenkomst voortgezet met ‘wijziging van de hoedanigheid van partijen’. Er blijven desondanks nog veel vragen over. Neem de vraag hoe ex-werknemers aan wijzigingen gebonden kunnen worden en in hoeverre vakbonden en verenigingen van gepensioneerden kunnen optreden als vertegenwoordigers van ex-werknemers, bijvoorbeeld bij het aanstaande invaren als gevolg van de Wtp. De discussie over de (on)mogelijkheden tot wijziging en de verschillende visies in rechtspraak en literatuur komen aan de orde in hoofdstuk 5.

Het (mede)zeggenschapsrecht behandel ik in hoofdstuk 6. Het lidmaatschap van de OR eindigt met de arbeidsovereenkomst en de advies- en instemmingsrechten zien op de gevolgen voor – kort gezegd – de werknemers. De vraag of dit een medezeggenschapstekort betekent voor ex-werknemers verdient een kritische beschouwing. Aan de orde komt daarom de vraag in hoeverre er een rol is, of dient te zijn, voor de OR ten aanzien van de (wijziging van) postcontractuele arbeidsvoorwaarden van ex-werknemers. Daarbij kijk ik ook naar de rol die de vereniging van gepensioneerden heeft gekregen in de medezeggenschap. De medezeggenschap van ex-werknemers en de inperking van de positie van de OR kan tot slot niet los worden gezien van de (mede)zeggenschap van ex-werknemers

bij pensioenfondsen. Ook dit aspect komt daarom aan de orde. In hoofdstuk 7 staan mijn conclusies en in hoofdstuk 8 sluit ik af met een samenvatting.

1.5 Omvang van het onderzoek

De reikwijdte van het onderzoek is afgebakend en dwingt tot het maken van keuzes. Het is onmogelijk om elk praktisch en theoretisch aspect van de postcontractuele rechtsverhouding te behandelen. Buiten de reikwijdte van dit onderzoek vallen daarom bijvoorbeeld de rechten van de ex-werknemer ten opzichte van een nieuwe werkgever die verband houden met de contractuele fase met zijn vorige werkgever, zoals bij overgang van onderneming of opvolgend werkgeverschap. Verder is het niet de opzet om alle in de komende hoofdstukken te bespreken onderwerpen uitputtend te behandelen; de focus zal liggen op de bijzondere aspecten van de rechtsverhouding tussen de ex-werkgever en de ex-werknemer.

Dit onderzoek is niet empirisch omdat 'de' ex-werknemer niet bestaat. Iedere ex-werknemer verschilt, iedere (beëindigde) arbeids- of pensioenovereenkomst is anders. Wellicht kan van grotere ex-werkgevers meer worden verwacht, of hebben ruimhartig bezoldigde ex-werknemers minder bescherming nodig. Desondanks wordt de rechtsverhouding van alle soorten ex-werknemers door hetzelfde recht beheerst. Empirisch onderzoek zou interessant zijn, maar valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek.

Meerdere onderwerpen die in de volgende hoofdstukken aan de orde komen zouden een mooi doel voor rechtsvergelijking met het buitenland kunnen zijn. Ik koos er desondanks voor dit niet te doen, omdat ik van mening ben dat rechtsvergelijking met losse onderwerpen niet veel toegevoegde waarde heeft. Een rechtsvergelijking over de volle breedte van de postcontractuele rechtsverhouding zou die toegevoegde waarde wel kunnen hebben, maar dit zou een dermate grote omvang hebben dat naar mijn mening hier beter zelfstandig onderzoek naar kan worden gedaan. Een enkele keer maak ik op het voorgaande een korte uitzondering, zoals bij overgang van onderneming.

In plaats van externe rechtsvergelijking heb ik getracht zoveel mogelijk intern te kijken naar andere rechtsgebieden en naar relevant EU-recht. Zo zal op nationaal gebied het socialezekerheidsrecht aan de orde komen voor de onderwerpen suppletie en eigenrisicodragerschap, het ondernemingsrecht voor bijvoorbeeld fusie en besluitvorming en het algemeen vermogensrecht bij een veelheid aan onderwerpen. Wat betreft EU-recht zal ik onder meer het privacyrecht voor de verwerking van persoonsgegevens behandelen en regelgeving in de financiële sector voor beloningen.

Een aantal subonderdelen verscheen gedurende het schrijven van dit proefschrift al in bewerkte vorm in tijdschriftartikelen.¹⁹

19 V. Gerlach, 'De herziening van artikel 27 WOR en het vergeten belang van de ex-werknemer', *TPV* 2014/48; V. Gerlach, 'De bedingen van een ex-werknemer bij overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2017/10; V. Gerlach, 'Verlies van indexatieperspectief van ex-werknemers na het Euronext-arrest', *ArbeidsRecht* 2023/2.