

De ex-werknemer

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Universiteit van Amsterdam
op gezag van de Rector Magnificus
prof. dr. ir. P.P.C.C. Verbeek
ten overstaan van een door het College voor Promoties ingestelde
commissie,
in het openbaar te verdedigen in de Agnietenkapel
op woensdag 22 maart 2023, te 16.00 uur

door Vincent Gerlach

geboren te Rotterdam

VOORWOORD

Omnia mutantur, nihil interit – Alles verandert, niets vergaat

Publius Ovidius Naso, Metamorfosen (15, 165)

Weinig zaken in het leven zijn zo vergankelijk als een arbeidsrelatie; werknemers komen en gaan, werkgevers worden opgericht en verdwijnen weer. Als je een ding met zekerheid kan zeggen over de arbeidsovereenkomst, zelfs die voor onbepaalde tijd, is dat deze altijd eindig is.

In het overeenkomstenrecht geldt als uitgangspunt dat wanneer een overeenkomst is geëindigd, het 'over en uit' is voor de contractspartijen. De handen zijn geschud, wat is overeengekomen is uitgevoerd en beide partijen gaan hun eigen weg: gelukkig hebben we de foto's nog. Bij arbeidsovereenkomsten gaat dit vaak niet op. De ex-werkgever en ex-werknemer hebben na afloop van de arbeid doorgaans nog tal van verplichtingen over en weer. Die verplichtingen lijken door de toenemende complexiteit van de maatschappij en het recht de afgelopen decennia alleen maar groter te zijn geworden. Het einde van de arbeidsovereenkomst is daarmee vaak slechts het einde van het begin van de rechtsverhouding. De manier waarop de praktijk hier tegen de grenzen van het arbeids- en pensioenrecht aanloopt heeft mij gefascineerd sinds ik in 2006 begon met werken als advocaat. Het postcontractuele arbeidsrecht vormt het onderwerp van dit onderzoek.

Ik dank allereerst mijn promotor Jaap van Slooten en copromotor Erik Lutjens. Hun vertrouwen en enthousiasme waren onmisbaar bij de totstandkoming van dit proefschrift. Zij hebben het onderzoek op het rechte spoor gehouden en mij steeds weer van een nieuwe lading energie en inspiratie voorzien. De leden van de promotiecommissie dank ik voor hun waardevolle beoordeling van dit boek. Veel dank ben ik eveneens verschuldigd aan mijn vrouw Helene Maks voor haar liefdevolle en geduldige steun gedurende de jaren dat het mij kostte om dit boek te schrijven.

Tijdens mijn promotieonderzoek bleef ik verbonden aan advocatenkantoor Linklaters. Voor het schrijven van een proefschrift naast een drukke baan en een gezin is een lange adem en doorzettingsvermogen nodig. Ik begon aan dit boek in 2014 en soms gingen er lange perioden voorbij waar ik er niet aan toekwam. Het werken in de praktijk is desondanks van grote toegevoegde waarde gebleken vanwege de nieuwe inzichten die het werken in complexe zaken steeds weer biedt en het voorkomt dat in een academisch proefschrift de concrete toepasbaarheid op enig moment uit het oog wordt verloren. Ook mijn collega's en cliënten moet ik daarom bedanken, zonder hen had dit boek er heel anders uitgezien.

De tekst is, enkele uitzonderingen daargelaten, afgesloten op 15 oktober 2022.

Vincent Gerlach

Amsterdam, 12 januari 2023

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van afkortingen / XIII

HOOFDSTUK 1

De arbeidsovereenkomst en de rechtsverhouding na beëindiging / 1

- 1.1 Inleiding / 1
- 1.2 De postcontractuele fase / 3
- 1.3 Onderzoeksvragen / 6
- 1.4 Plan van aanpak / 6
- 1.5 Omvang van het onderzoek / 8

HOOFDSTUK 2

De postcontractuele rechtsverhouding; begrip, duiding en doel / 9

- 2.1 Inleiding / 9
- 2.2 De postcontractuele fase: begrip / 9
 - 2.2.1 Het einde van de arbeidsovereenkomst als natuurlijk einde van de rechtsverhouding tussen werknemer en werkgever? / 9
 - 2.2.2 De postcontractuele verbintenis / 10
 - 2.2.3 De accessoire postcontractuele verbintenis als bijzonder uitlegprobleem / 14
 - 2.2.4 Tussenconclusie / 17
- 2.3 De duiding en de aard van de rechtsverhouding tussen ex-werknemer en ex-werkgever / 18
 - 2.3.1 Het begrip / 18
 - 2.3.2 De rechtsverhouding / 20
 - 2.3.3 Vergelijking met de AVG / 22
 - 2.3.4 Vergelijking met andere postcontractuele rechtsverhoudingen / 25
 - 2.3.5 Tussenconclusie / 27
- 2.4 De postcontractuele rechtsverhouding: doel / 27
 - 2.4.1 Inleiding / 27
 - 2.4.2 De ratio van zorgvuldigheidsverbintenissen / 28
 - 2.4.3 De toepasselijke zorgvuldigheidsnorm / 31
 - 2.4.4 De omstreden postcontractuele werking van artikel 7:611 BW / 37
 - 2.4.5 De precontractuele werking van artikel 7:611 BW / 45
 - 2.4.6 Pensioen als postcontractuele zorgplicht / 47

- 2.4.7 De reikwijdte van de postcontractuele zorgplicht / 55
- 2.4.8 Postcontractuele arbeidsvoorwaarden als verzorging of uitgesteld loon / 58
- 2.4.9 Tussenconclusie / 60
- 2.5 Conclusies / 61

HOOFDSTUK 3

Postcontractuele zorgvuldigheidsverbintenissen: bedingen en uitlatingen jegens derden / 63

- 3.1 Inleiding / 63
- 3.2 Onrechtmatige daad als vangnet / 64
 - 3.2.1 Algemeen / 64
 - 3.2.2 De rechtspraak / 64
 - 3.2.3 Tussenconclusie / 69
- 3.3 Beperkende bedingen: soorten en normering / 70
 - 3.3.1 Algemeen / 70
 - 3.3.2 Het relatiebeding / 72
 - 3.3.3 Het geheimhoudingsbeding / 73
 - 3.3.4 Het intellectueel eigendomsbeding / 77
 - 3.3.5 Het vervalbeding / 81
 - 3.3.6 Het belangenbeding / 82
 - 3.3.7 Tussenconclusie / 83
- 3.4 Beperkende bedingen: overdraagbaarheid en verval na uitdiensttreding / 84
 - 3.4.1 Algemeen / 84
 - 3.4.2 Overgang van onderneming / 84
 - 3.4.3 Fusie en splitsing / 91
 - 3.4.4 Tussenconclusie / 93
- 3.5 Beperkende bedingen: sancties na uitdiensttreding / 93
 - 3.5.1 Algemeen / 93
 - 3.5.2 Het boetebeding / 95
 - 3.5.3 Tussenconclusie / 98
- 3.6 Uitlatingen van de ex-werkgever jegens derden / 98
 - 3.6.1 Algemeen / 98
 - 3.6.2 De beperkte reikwijdte van het getuigschrift / 99
 - 3.6.3 Inlichtingen buiten het getuigschrift om / 100
 - 3.6.4 De AVG en het antecedentenregister / 105
 - 3.6.5 De AVG en directe mededelingen / 107
 - 3.6.6 Tussenconclusie / 112
- 3.7 Conclusies / 112

HOOFDSTUK 4

Postcontractuele zorg- en beloningsverbintenissen / 115

- 4.1 Inleiding / 115
- 4.2 Postcontractuele arbeidsvoorwaarden en verval / 116
 - 4.2.1 Algemeen: verval, tenzij / 116

4.2.2	Pensioen: geen verval mogelijk / 118
4.2.3	Tussenconclusie / 121
4.3	De doorlopende pensioenovereenkomst / 122
4.3.1	Algemeen / 122
4.3.2	Kwalificatie van de pensioenovereenkomst / 124
4.3.3	Het einde van de pensioenovereenkomst / 128
4.3.4	Betekenis van de pensioenovereenkomst na einde arbeidsovereenkomst / 130
4.3.5	De externe onderbrengingsplicht / 131
4.3.6	Waardeoverdracht / 133
4.3.7	Overgang van onderneming bij de ex-werkgever / 138
4.3.8	Toeslagen / 140
4.3.9	Kortingen / 145
4.3.10	Voortgezette deelneming / 147
4.3.11	Tussenconclusie / 151
4.4	Uitkeringssuppleties / 151
4.4.1	Algemeen / 151
4.4.2	De suppletie als alternatief voor de transitievergoeding / 153
4.4.3	Tussenconclusie / 155
4.5	Eigenrisicodragerschap / 155
4.5.1	Algemeen / 155
4.5.2	Verhouding tot Titel 7.10 BW / 157
4.5.3	Doorlopende reïntegratieverplichtingen / 159
4.5.4	Duur en aanvraag / 163
4.5.5	Overgang van onderneming / 163
4.5.6	De ERD-driehoek / 166
4.5.7	Sancties en rechtsbescherming / 167
4.5.8	Tussenconclusie / 171
4.6	Variabele beloning / 171
4.6.1	Algemeen / 171
4.6.2	Terugvorderen, uitstel en vasthouden / 172
4.6.3	Tussenconclusie / 176
4.7	Conclusies / 177

HOOFDSTUK 5

Wijziging van arbeidsvoorwaarden van de ex-werknemer / 179

5.1	Inleiding / 179
5.2	De juridische grondslag voor wijziging na het einde van de arbeidsovereenkomst / 179
5.2.1	De al dan niet bevroren rechtsverhouding / 179
5.2.2	Worstelingen van de wetgever / 182
5.2.3	De bijzondere bescherming van artikel 20 Pw / 184
5.2.4	Instemming van de ex-werknemer / 187
5.2.5	Tussenconclusie / 189
5.3	De cao-route / 189
5.3.1	De binding van ex-werknemers aan cao's / 189

5.3.2	Terugwerkende kracht van cao's / 197
5.3.3	De vereniging van gepensioneerden als cao-partij? / 201
5.3.4	Het ledencontract als alternatieve grondslag / 204
5.3.5	Tussenconclusie / 207
5.4	Redelijkheid en billijkheid, eenzijdig wijzigen / 207
5.4.1	Goed ex-werknemerschap, redelijkheid en billijkheid / 207
5.4.2	Eenzijdig wijzigingsbeding / 211
5.4.3	Tussenconclusie / 216
5.5	De pensioenfondsroute / 216
5.5.1	Algemeen / 216
5.5.2	Toepasselijke normenkader / 218
5.5.3	Verhouding tot de Pw en de Wet Bpf 2000 / 221
5.5.4	De pensioenfondsroute breder toepasbaar? / 225
5.5.5	Tussenconclusie / 226
5.6	Wijziging en opzegging van de uitvoeringsovereenkomst / 227
5.6.1	Wijziging / 227
5.6.2	Opzegging / 233
5.6.3	Tussenconclusie / 238
5.7	Invaren na de Wtp / 238
5.7.1	Algemeen / 238
5.7.2	Afschaffing van het bezwaarrecht / 239
5.7.3	Rol van ex-werknemers / 241
5.7.4	Tussenconclusie / 244
5.8	Conclusies / 244

HOOFDSTUK 6

De ex-werknemer en zijn (mede)zeggenschap / 247

6.1	Inleiding / 247
6.2	Grondslag voor (mede)zeggenschap van ex-werknemers / 247
6.2.1	Algemeen / 247
6.2.2	Grondslag voor medezeggenschap van werknemers / 248
6.2.3	Grondslag voor (mede)zeggenschap van ex-werknemers / 250
6.2.4	Voordelen en nadelen van (mede)zeggenschap van ex-werknemers / 258
6.2.5	Tussenconclusie / 261
6.3	De OR als orgaan voor werknemers / 262
6.3.1	Algemeen / 262
6.3.2	Problematiek als gevolg van uitsluiting van de ex-werknemer / 265
6.3.3	Regelingen 'betrekking hebbende' op in de onderneming werkzame personen / 269
6.3.4	Tussenconclusie / 270
6.4	De ex-werknemer als derde in de WOR / 271
6.4.1	Algemeen / 271
6.4.2	Wijziging op grond van instemming OR / 271
6.4.3	Wijziging op grond van ondernemingsovereenkomst / 273
6.4.4	Tussenconclusie / 276

6.5	Reikwijdte en grenzen rechten OR bij pensioenregelingen / 276
6.5.1	Inleiding / 276
6.5.2	Het instemmingsrecht van artikel 27 WOR / 276
6.5.3	Verbod op instemmingsrecht OR bij besluiten pensioenfonds / 281
6.5.4	Het pensioenfonds als instelling van de onderneming / 284
6.5.5	De vereniging van gepensioneerden als instelling van de onderneming / 286
6.5.6	Tussenconclusie / 288
6.6	De (mede)zeggenschap van de ex-werknemer bij pensioenfondsen / 289
6.6.1	De opkomst van de gepensioneerde / 289
6.6.2	Het beperkte succes van de deelnemersraad / 293
6.6.3	Opmaat naar de nieuwe Pw / 296
6.6.4	Het sluitstuk van de (mede)zeggenschapsrechten van gepensioneerden / 301
6.6.5	Tussenconclusie / 312
6.7	De medezeggenschap van de ex-werknemer bij verzekerde pensioenregelingen / 313
6.7.1	Algemeen / 313
6.7.2	Zelfregulering en de pogingen van de wetgever / 313
6.7.3	Het hoorrecht van gepensioneerden / 316
6.7.4	De mislukking van het hoorrecht / 318
6.7.5	Huidige status / 322
6.7.6	Tussenconclusie / 322
6.8	(Mede)zeggenschap van de ex-werknemer, nietigheid en vernietigbaarheid / 323
6.8.1	Algemeen / 323
6.8.2	Oordeelsrecht / 323
6.8.3	Evenwichtige belangenbehartiging / 324
6.8.4	Adviesrecht / 327
6.8.5	Tussenconclusie / 328
6.9	Belangrijkste tekortkomingen / 328
6.9.1	De slapers / 328
6.9.2	De ex-werknemer en de OR / 330
6.9.3	Tussenconclusie / 333
6.10	Conclusies / 333

HOOFDSTUK 7

Conclusies / 335

7.1	Inleiding / 335
7.2	Beantwoording onderzoeksvragen / 335
7.2.1	De eerste vraag / 335
7.2.2	De tweede vraag / 338
7.2.3	De derde vraag / 340
7.3	Slotoverwegingen / 343

HOOFDSTUK 8

Samenvatting / 345

- 8.1 De postcontractuele rechtsverhouding / 345
- 8.2 Postcontractuele zorgvuldigheidsverbintenissen / 347
- 8.3 Postcontractuele zorg- en beloningsverbintenissen / 350
- 8.4 Wijziging van arbeidsvoorwaarden / 353
- 8.5 (Mede)zeggenschap / 355

Summary / 359

Lijst van aangehaalde literatuur / 371

Jurisprudentieregister / 405

Trefwoordenregister / 433

Curriculum vitae / 441

HOOFDSTUK 1

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 uitdiensttreding 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. Uitdiensttreding 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 & NRG*).

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 thema's*, 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 geduid 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 suppletieregelingen 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.

HOOFDSTUK 2

De postcontractuele rechtsverhouding; begrip, duiding en doel

2.1 Inleiding

De meest fundamentele vraag ten aanzien van de postcontractuele fase van de arbeidsovereenkomst – het bestaan en het verklaren van dat bestaan – behandel ik als eerste. In paragraaf 2.2 sta ik daarom stil bij het begrip van de postcontractuele verbintenis en hoe deze het einde van de arbeidsovereenkomst kan overleven. Centraal staat daarbij de uitlegproblematiek die gepaard gaat met dit type verbintenissen. Paragraaf 2.3 gaat vervolgens in op de vraag hoe de postcontractuele fase moet worden geduid binnen het BW en of er een eenduidige definitie bestaat van wat onder ex-werkgever en ex-werknemer moet worden verstaan. Het onderwerp van paragraaf 2.4 is het doel van de rechten en verplichtingen van enerzijds de ex-werkgever en anderzijds de ex-werknemer. Vanuit de ex-werkgever bezien is er een zeker belang postcontractuele bedingen overeen te komen ten aanzien van bijvoorbeeld concurrentie of geheimhouding, maar is het niet zo dat hij vogelvrij is verklaard indien dergelijke bedingen er niet zijn. In dat verband komen zowel de onrechtmatige daad als de (omstreden) postcontractuele werking van artikel 7:611 BW en artikel 6:248 BW aan de orde. Ter afsluiting zal vanuit de ex-werknemer worden bezien waarom een ex-werkgever hem postcontractueel zou willen belonen en hoe ver de contractsvrijheid in dat verband strekt.

2.2 De postcontractuele fase: begrip

2.2.1 *Het einde van de arbeidsovereenkomst als natuurlijk einde van de rechtsverhouding tussen werknemer en werkgever?*

Wanneer je spreekt over een postcontractuele fase, ligt het voor de hand dat deze begint bij het einde van de contractuele fase: het einde van de arbeidsovereenkomst. Op dat moment eindigen, in beginsel, alle rechten en verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst. Een ontbinding van een wederkerige overeenkomst, zoals de arbeidsovereenkomst, bevrijdt partijen van niet nagekomen verbintenissen en staakt de rechtsverhouding tussen partijen.¹ Opzegging beoogt hetzelfde,² evenals een beëindigingsovereenkomst met

¹ C.H. Sieburgh en A.S. Hartkamp, *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014, nr. 699.

² F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten, Monografieën BW*, Deventer: Kluwer 2011, p. 16.

wederzijds goedvinden, waarbij partijen finale kwijting overeenkomen. Een dergelijke beëindigingsovereenkomst is immers een vaststellingsovereenkomst ex artikel 7:900 BW, waarbij partijen door middel van finale kwijting vaststellen dat er wederzijds (na betaling van loon en dergelijke) geen verplichtingen meer over en weer zijn. Het gevolg van dat einde van de arbeidsovereenkomst is ingrijpend: de werknemer verliest het recht op loon tegenover de werkgever, de werkgever verliest de arbeid van de werknemer. Het is niet voor niets dat het ontslagrecht een centrale plek inneemt binnen het arbeidsrecht. Als de hobbels van het ontslagrecht echter eenmaal is genomen en vaststaat dat de arbeidsovereenkomst gaat eindigen, faciliteert de wet dat partijen financieel met elkaar afrekenen. Schulden van de werknemer kunnen worden verrekend met het loon (artikel 7:632 BW), vakantiedagen worden uitbetaald (artikel 7:641 BW) en er moet – in bepaalde gevallen – een transitievergoeding worden betaald (artikel 7:673 BW). Het systeem van de wet is er daarmee op gericht dat het einde van de arbeidsovereenkomst het einde van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer bewerkstelligt.

2.2.2 De postcontractuele verbintenis

Desondanks zijn er rechten en verplichtingen die hun gelding behouden ná het einde van de arbeidsovereenkomst. Aan de ene kant zijn dat verbintenissen die ik zou willen scharen onder de noemer *restverbintenissen* die enkel dienen om de contractuele fase van de arbeidsovereenkomst af te wikkelen. Ik doel daarmee op verbintenissen uit overeenkomst of de wet die ontstaan op een moment dat de arbeidsovereenkomst nog bestond, die op zichzelf niet beogen te blijven bestaan na het einde daarvan, en daarom na het einde dienen te worden afgewikkeld. Zo zal (behoudens finale kwijting) een ten onrechte niet ingehouden werknemersbijdrage voor een verzekering van de werkgever alsnog door de ex-werknemer moeten worden betaald, en kan een ex-werkgever nog steeds aansprakelijk worden gehouden voor een arbeidsongeval dat zich voordeed vóór het einde van de arbeidsovereenkomst. Ook een overeengekomen ontslagvergoeding of wettelijke transitievergoeding zal doorgaans na het einde van de arbeidsovereenkomst worden uitbetaald, maar dient ter afsluiting van de contractuele fase. Aan de andere kant zijn er *postcontractuele* verbintenissen. Daarmee doel ik enerzijds op rechten en verplichtingen die pas in werking treden op het moment dat de arbeidsovereenkomst eindigt en daarna voortduren (denk aan een concurrentiebeding), en anderzijds op rechten en verplichtingen die al zijn ontstaan tijdens de contractuele fase en die beogen door te lopen na het einde van de arbeidsovereenkomst (denk aan een geheimhoudingsbeding). Heerma van Voss schaarde zowel de hiervoor omschreven restverbintenissen als postcontractuele verbintenissen onder de postcontractuele fase; ik beperk mij in dit onderzoek tot de laatste.³

3 G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 34. Ook O. van der Kind, 'Het eigenbelang van de goede werkgever', *AR Updates annotaties* 2017-0393, ziet dit soort verbintenissen niet als postcontractueel, maar als verplichting eerder gemaakte afspraken na te komen; zij het na het dienstverband.