

Tussentijds einde van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – opletten met de beëindigingsovereenkomst

D.J.B. de Wolff, datum 08-12-2021

Datum

08-12-2021

Auteur

D.J.B. de Wolff^[1]

JCDI

JCDI:ADS583576:1

Vakgebied(en)

Sociale zekerheid werkloosheid / Uitkeringsvoorwaarden

Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht

Sociale zekerheid werkloosheid / Verplichtingen en sancties

Arbeidsrecht / Einde arbeidsovereenkomst

Wetgeving

Art. 7:667 lid 3, art. 7:670b en 7:672 BW; art. 10 lid 3, 19 lid 3 en lid 4, 24 lid 5 en lid 6 WW; Beleidsregels ex art. 24 en 27 WW.

Naar aanleiding van een recente uitspraak van de Amsterdamse bestuursrechter worden het recht op een WW-uitkering bij tussentijdse beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en de merkwaardige uitsluitingsgrond van artikel 19 lid 4 WW belicht.

1. Arbeidsrechtelijk kader

1.1 Tussentijdse opzegging

Ruim een eeuw geleden aanvaardde de Hoge Raad de mogelijkheid van tussentijdse opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, mits partijen een opzeggingsbevoegdheid waren overeengekomen.^[2] In 1999 is wettelijk bepaald dat partijen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussentijds mogen opzeggen als dit schriftelijk is overeengekomen en de opzeggingsbevoegdheid voor beide partijen geldt (art. 7:667 lid 3 BW, hierna: opzegbeding). Zegt de werkgever op en stemt de werknemer niet in, dan moet de werkgever rekening houden met de opzegverboden en in voorkomende gevallen met de toetsing door het UWV of een cao-ontslagcommissie. Voor beide partijen geldt dat zij de opzegtermijn in acht moeten nemen. Bij tussentijdse werkgeversopzegging heeft de werknemer recht op de transitievergoeding, tenzij de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werknemer. Ook zal de werknemer in voorkomende gevallen een beroep kunnen doen op de wederindiensttredingsvoorwaarde (art. 7:681 lid 1 sub c BW). De wet bepaalt overigens niet wat rechtens is indien aan de voorwaarden voor wederindiensttreding pas na de oorspronkelijke looptijd van de arbeidsovereenkomst is voldaan.

Zegt een partij de arbeidsovereenkomst zonder een opzegbeding tussentijds op, dan is zij een vergoeding verschuldigd gelijk aan het loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst nog geduurd zou hebben tot de oorspronkelijke einddatum.^[3] De rechter kan deze vergoeding billijkheidshalve matigen, maar niet op minder dan het bedrag van het loon over drie maanden. Bij een werkgeversopzegging kan de werknemer de rechter verzoeken in plaats van toewijzing van de vergoeding, de opzegging te vernietigen (art. 7:677 lid 4 BW). De vorderingsrechten vervallen twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst eindigt (art. 7:686a lid 4 sub a BW).

Rechtsgeldige opzegging is bij ontbreken van een opzegbeding overigens steeds mogelijk wegens een dringende reden en tijdens de proeftijd,^[4] en bij toepasselijkheid van andere wettelijke opzeggingsmogelijkheden, zoals genoemd in artikel 40 en 239 Faillissementswet, artikel 7:684 BW (arbeidsovereenkomst voor langer dan vijf jaar of voor het leven van de werknemer) en artikel 7:675 BW (opzegging door de erfgenamen van de werkgever).

1.2 Tussentijdse ontbinding

Partijen kunnen de rechter verzoeken de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussentijds te ontbinden. Is een opzegbeding overeengekomen, dan is de rechter gebonden aan dezelfde regels over de bepaling van de einddatum en

eventuele billijke vergoeding en transitievergoeding als bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (art. 7:671b lid 9 BW en art. 7:671 c lid 3 BW). Is zo'n beding er niet, dan kan de rechter de arbeidsovereenkomst ook ontbinden, maar dan geldt een bijzondere vergoedingsregeling. Bij een werkgeversverzoek kan de rechter de werknemer dan – naast een eventuele billijke vergoeding en de transitievergoeding – een vergoeding toekennen tot ten hoogste het bedrag gelijk aan het loon over het resterende deel van de oorspronkelijke looptijd (art. 7:671b lid 10 BW). Bij een werknemersverzoek kan de rechter dan, indien haar of hem dat met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt, de werknemer een vergoeding toekennen tot ten hoogste het bedrag gelijk aan loon over het resterende deel van de oorspronkelijke looptijd, naast een eventuele billijke vergoeding en de transitievergoeding. Maar de rechter kan bij een werknemersverzoek ook, indien haar of hem dat met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt of als de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, een vergoeding aan de werkgever toekennen. Deze belooft ook ten hoogste het bedrag aan loon over het resterende deel van de oorspronkelijke looptijd.^[6]

1.3 Tussentijdse beëindiging in overleg tussen partijen

Partijen hebben verschillende mogelijkheden om in overleg een voortijdig einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te bewerkstelligen, ook als er geen beding van tussentijdse opzegging in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. De werknemer kan ten eerste schriftelijk met een onbevoegd gedane opzegging instemmen. Daarmee ziet de werknemer volgens de memorie van toelichting bij de Wwz 'vanzelfsprekend' af van het recht op de vergoeding van artikel 7:677 lid 4 BW.^[6] Mij lijkt overigens dat de werknemer instemming met de opzegging wel afhankelijk kan stellen van de bereidheid van de werkgever om een vergoeding te betalen. Ook de werkgever kan uiteraard instemmen met een onbevoegd gedane opzegging door de werknemer. Komt er in de arbeidsovereenkomst geen beding van tussentijdse opzegging voor, dan kunnen partijen dat naderhand, bijvoorbeeld in een vaststellingsovereenkomst, alsnog sluiten, waarna een van de partijen bevoegd kan opzeggen.^[7] Verder kunnen partijen steeds een beëindigingsovereenkomst sluiten (art. 7:670b BW). Ook kunnen zij in een vaststellingsovereenkomst bepalen dat de kantonrechter verzocht zal worden de arbeidsovereenkomst (pro forma) te ontbinden.

Dat een werkgever zich met succes op een beding van eenzijdige wijziging (art. 7:613 BW) kan beroepen om vervroeging van de einddatum te realiseren, ligt niet voor de hand. Dergelijke bedingen kunnen niet worden gebruikt om de regels van de ontslagbescherming te omzeilen.^[8]

2. WW-gevolgen van tussentijdse beëindiging

In het algemeen heeft een werknemer die zelf de arbeidsovereenkomst opzegt of ontbinding verzoekt, geen recht op een WW-uitkering (art. 24 lid 2 sub b WW). Ik zal hierna alleen aandacht besteden aan de WW-gevolgen van een tussentijdse beëindiging op initiatief van de werkgever.

2.1 Opzegging

Bevat de arbeidsovereenkomst een beding van tussentijdse opzegging, dan zal de werknemer na een werkgeversopzegging recht hebben op een WW-uitkering, mits de werknemer aan de overige voorwaarden voldoet. Het recht gaat pas in na de rechte geldende opzegtermijn (art. 19 lid 3 WW). Zegt een werkgever onbevoegd op, dan kan de werknemer, als gezegd, de rechter verzoeken de opzegging te vernietigen of een vergoeding te bepalen ter hoogte van het loon over de tijd tot de oorspronkelijke einddatum. Bij vernietiging is er geen sprake van arbeidsurenverlies en dus geen recht op WW. Kent de rechter de vergoeding toe, dan ontstaat wel recht op WW. De vergoeding is niet relevant voor het recht op WW, ook al compenseert deze loonverlies.^[9] In beide gevallen behoeft de werknemer geen verweer te voeren om het recht op WW veilig te stellen (art. 24 lid 6 WW). Wijst de rechter het verzoek om de vergoeding af, dan zal er meestal sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer en dan kan het UWV een maatregel opleggen op grond van artikel 24 lid 1 sub a WW en artikel 27 lid 1 WW.

2.2 Ontbinding op verzoek van de werkgever

Wordt de ontbinding uitgesproken op verzoek van de werkgever, dan bestaat in beginsel ook recht op WW, ook als de werknemer geen verweer heeft gevoerd (art. 24 lid 6 WW). Dat de werknemer eventueel op grond van artikel 7:671b lid 10 BW een vergoeding ontvangt ter hoogte van het bedrag aan loon over het resterende deel van de oorspronkelijke looptijd, doet aan het recht op WW niet af.^[10] De rechter zal doorgaans de arbeidsovereenkomst ontbinden tegen de datum waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd (art. 7:671b lid 8 sub a BW). Ontbindt de rechter tegen een eerdere datum, dan geldt de uitsluitingsgrond van artikel 10 lid 3 WW en heeft de werknemer over de rechte geldende opzegtermijn geen recht op WW.

2.3 Een afspraak tussen partijen

Meestal eindigt een arbeidsovereenkomst door een beëindigingsovereenkomst. Maar oplettendheid is geboden. Sinds 1 januari 2016 bevat artikel 19 lid 4 WW een uitsluitingsgrond voor het geval de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussentijds 'met wederzijds goedvinden eindigt en er geen beding van tussentijdse opzegging was overeengekomen'. Er bestaat dan geen recht op WW gedurende het resterende deel van de oorspronkelijke looptijd. De WW-duur van maximaal 24 maanden schuift op. Dit geldt ongeacht de vraag of de werknemer een vergoeding heeft ontvangen. Is wel een opzegbeding overeengekomen dan geldt de uitsluiting van het WW-recht voor de duur van de rechtens geldende opzegtermijn (art. 19 lid 3 WW), net als bij beëindiging van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Wanneer de resterende duur van de oorspronkelijke looptijd langer was dan de opzegtermijn, is het dus relevant of er wel of niet een opzegbeding was overeengekomen. Hier wreekt zich dat artikel 19 lid 4 WW *overnight*, bij nota van wijziging op een technische Verzamelwet, is toegevoegd, zonder nadere verduidelijking en zonder dat er tijdens de parlementaire behandeling enige aandacht voor was.^[11] We moeten de woorden 'met wederzijds goedvinden eindigen' zelf dus arbeidsrechtelijk 'vertalen'.

Een tijdelijke arbeidsovereenkomst kan tussentijds vanzelfsprekend eindigen door een beëindigingsovereenkomst (art. 7:670b BW). Mij lijkt dat dat neerkomt op eindigen met wederzijds goedvinden. Dan is het dus oppassen geblazen voor de uitsluitingsgrond. De uitsluitingsgrond geldt echter niet als partijen *ad hoc* overeenkomen dat zij bevoegd zijn tussentijds op te zeggen. Dat blijkt uit een recent oordeel van de Rechtbank Amsterdam.^[12] Het UWV paste de uitsluitingsgrond toe, omdat partijen pas op het moment van sluiten van een vaststellingsovereenkomst een opzegbeding overeenkwamen. Daarmee was volgens de rechtbank voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:667 lid 3 BW. De rechtbank overwoog dat een arbeidsovereenkomst 'gaandeweg' kan worden aangepast, ook door het later opnemen van een opzegbeding. Het UWV beriep zich dus ten onrechte op de uitsluitingsgrond. Maar wat als de werknemer schriftelijk instemt met een onbevoegde werkgeversopzegging (art. 7:671 BW) of te kennen geeft zich daarbij neer te leggen? En wat als partijen in een vaststellingsovereenkomst overeenkomen dat de werkgever een formeel ontbindingsverzoek indient en dat de werknemer daartegen geen of alleen formeel verweer voert? In dit soort gevallen kan er feitelijk sprake zijn van een tussentijds einde dat in goed overleg tussen werkgever en werknemer is gerealiseerd. Maar formeel eindigt de arbeidsovereenkomst dan door opzegging of ontbinding. Gelet op het legaliteitsbeginsel mag de werknemer dan mijns inziens niet geconfronteerd worden met de (potentieel grote) nadelige inkomensgevolgen van de uitsluitingsgrond.

2.4 Andere WW-gevolgen?

Indien de werknemer meewerkt aan of berust in tussentijdse opzegging, kan er dan sprake zijn van verwijtbare werkloosheid of een benadelingshandeling? Volgens Fluit valt 'niet uit te sluiten' dat het UWV schending zal aannemen van de verplichting nodeloze vervroeging van werkloosheid te voorkomen (art. 24 lid 5 WW) wanneer de werknemer na onbevoegde opzegging kiest voor het vorderen van de vergoeding in plaats van de opzegging te laten vernietigen.^[13] Driessen stelt zonder voorbehoud dat de werknemer in bovengenoemde zaak het Algemeen werkloosheidsfonds heeft benadeeld door in een laat stadium akkoord te gaan met een beding van tussentijdse opzegging.^[14] Zij spreekt in dat verband zelfs van een 'gemanipuleerde' situatie.

2.4.1 Verwijtbare werkloosheid

Artikel 24 lid 6 WW bepaalt dat 'het instemmen van de werknemer met een beëindiging van de dienstbetrekking door of op verzoek van de werkgever' geen verwijtbare werkloosheid oplevert. Voor de tussentijdse beëindiging, ongeacht of er een beding van tussentijdse opzegging van toepassing was, is daarbij geen uitzondering gegeven. Artikel 24 lid 6 WW is van kracht geworden per 1 januari 2006 als onderdeel van een pakket maatregelen dat tot doel had het ontslagrecht aanzienlijk te versoepelen en de maximale WW-duur te beperken van 60 naar 38 maanden. De verwijtbaarheidstoets in de WW werd beperkt om pro-formaprocedures te voorkomen.^[15] Het niet voeren van (adequaat) verweer tegen of het instemmen met een beëindiging van de dienstbetrekking door de werkgever was hierdoor niet langer een overtreding van de verplichting om verwijtbare werkloosheid te voorkomen. De werknemer hoeft dus sinds 2006 geen verweer meer te voeren tegen de beëindiging van de dienstbetrekking als zodanig, zelfs niet bij vrijwillig gebruik van een vertrekregeling of plaatsmaakregeling in een sociaal plan.^[16] Tijdens de parlementaire behandeling werd ook duidelijk dat een werknemer zich, om het recht op WW veilig te stellen, niet hoefde te beroepen op de vernietigbaarheid van een ontslag in strijd met een bijzonder opzegverbod. Dat zou evenmin leiden tot verwijtbare werkloosheid.^[17] Tijdens de parlementaire behandeling is niet gesproken over de situatie waarin de werknemer niet de vernietiging verzoekt van een (onbevoegde) tussentijdse werkgeversopzegging of op andere wijze meewerkt aan tussentijdse beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Mij lijkt dat, wanneer werknemers mogen afzien van de bescherming van de ontslagverboden, een werknemer zich ook niet hoeft te beroepen op de vernietigbaarheid van een tussentijdse opzegging. Wanneer de wetgever voor de tussentijdse opzegging een uitzondering had willen maken op de versoepelde verwijtbaarheidstoets, dan zou dat uit de tekst van de wet of ten minste uit de parlementaire behandeling moeten blijken. Dat is niet het geval.

2.4.2 Benadelingshandeling

De uitsluitingsgrond van artikel 19 lid 4 WW is volgens de toelichting opgenomen om ervoor te zorgen ‘dat de werknemer geen WW-duur verbruikt gedurende de periode dat er wel recht bestaat op uitkering, maar deze uitkering niet wordt ontvangen vanwege een benadelingshandeling.’^[18] Dat suggereert dat de werknemer die beruiste in een onbevoegde tussentijdse opzegging destijds een maatregel werd opgelegd op grond van artikel 24 lid 5 WW. Maar deze argumentatie overtuigt niet. De Beleidsregels toepassing artikel 16, derde lid, en artikel 24, vijfde lid, WW 2006 noemden de situatie van tussentijdse beëindiging destijds niet, evenmin als de Beleidsregels toepassing artikel 24 en 27 WW 2006. De Gelijkstellingsregeling Arbeidsuren voorzag er tot 1 januari 2016 in dat een eventueel ontvangen ontslagvergoeding werd toegerekend aan de opzegtermijn als bedoeld in artikel 7:672 BW. De Gelijkstellingsregeling Arbeidsuren voorzag echter niet in de situatie van onbevoegde tussentijdse opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en toerekening van een eventuele vergoeding aan de resterende looptijd. Een aanwijzing dat het UWV werknemers bij tussentijdse beëindiging in de praktijk ook geen maatregelen wegens een benadelingshandeling oplegde, vormt het feit dat op www.rechtspraak.nl over de hele periode van 2006 tot 2016 geen enkele uitspraak is te vinden die hierover gaat. Ook nu noemen de beleidsregels het instemmen met of beruiste in een onbevoegde tussentijdse opzegging niet als grondslag voor een maatregel, net zomin als het beruiste in een opzegging in strijd met een bijzonder opzegverbod of het gebruikmaken van een plaatsmaakregeling in een sociaal plan als een benadelingshandeling wordt gezien. Van de advocaat van de werknemer in de Amsterdamse kwestie heb ik trouwens begrepen dat het UWV over het resterende deel van de oorspronkelijke looptijd alsnog WW heeft toegekend, zonder zich te beroepen op een benadelingshandeling door de werknemer.

3. Valkuil voor slecht geïnformeerde werknemers

Op de pagina ‘Ik word werkloos, kan ik een WW-uitkering krijgen?’ op de UWV-website is niets te lezen over de uitsluitingsgrond van artikel 19 lid 4 WW. In het WW-aanvraagformulier wordt wel gevraagd of er sprake is van een ‘eerdere beëindiging dan de einddatum die in uw contract staat’, maar niet of een opzegbeding was overeengekomen. Het is dus de vraag of het UWV artikel 19 lid 4 WW eigenlijk wel handhaaft. Voor zover dat het geval is, dupeert de uitsluitingsgrond alleen werknemers die argeloos akkoord gaan met tussentijdse beëindiging van een arbeidsovereenkomst zonder opzegbeding. Wie wel goed is geïnformeerd kan de uitsluitingsgrond eenvoudig ontwijken. Door in te stemmen met het alsnog overeenkomen van een opzegbeding of door een pro-formaprocedure bij de kantonrechter, al dan niet onder de voorwaarde dat de werkgever de vergoeding betaalt die bij niet meewerken op grond van artikel 7:686a lid 4 sub a BW of artikel 7:671b lid 10 BW verschuldigd zou kunnen zijn. Voor slecht geïnformeerde werknemers die een beëindigingsovereenkomst tekenen, rest – afgezien van buitengerechtelijke ontbinding binnen de bedenkttermijn (die doorgaans al verstreken zal zijn op het moment van de WW-aanvraag) – hoogstens een wankel beroep op dwaling of een dito claim op de werkgever wegens schending van een zorgplicht. Artikel 19 lid 4 WW kan maar beter worden geschrapt. De uitsluitingsgrond is onduidelijk geformuleerd en met een drogreden onderbouwd. Met rechtvaardigheid heeft de bepaling niets te maken. Als er al een reden zou zijn om WW-rechten te beperken, dan zou die beperking moeten zien op werknemers die na een tussentijds einde een vergoeding van de werkgever hebben ontvangen voor het misgelopen loon over de resterende duur van de oorspronkelijke looptijd. Zij zijn degenen die ‘dubbel vangen’.

Voetnoten

[1]

Mr. D.J.B. (Diana) de Wolff is verbonden aan Stadhouders Advocaten te Utrecht.

[2]

HR 20 december 1918, NJ 1919, p. 166 (*Hellings/ENFG*). Zie voor kritiek op de ‘dubbele onzekerheid’ in deze situatie L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer: Kluwer 1983, p. 140.

[3]

Met toepassing van de Regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 24 juni 2015, *Stcrt.* 2015, 17972, kunnen bepaalde werknemers, werkzaam in de herencompetitie betaald voetbal, een hogere vergoeding opgelegd krijgen.

[4]

[Kamerstukken II 1998/99, 26257, nr. 7](#), p. 16.

[5]

Zie voor de sector betaald voetbal (herencompetitie) de Regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 24 juni 2015, *Stcrt.* 2015, 17972.

[6]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3](#), p. 115.

[7]

[Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 6](#), p. 40.

[8]

Rb. Amsterdam 16 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2018:5052; Ktr. Tilburg 26 september 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX9849. In HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (*Victoria*), noemt de Hoge Raad deze route niet in de opsomming van mogelijkheden om een arbeidsovereenkomst gedeeltelijk te beëindigen (r.o. 3.3.3).

[9]

Voor de toepassing van de werknemersverzekeringen valt deze vergoeding (loon uit vroegere dienstbetrekking) niet onder het loonbegrip, zie art. 16 Wfsv. Zie ook: D.M.A. Bij de Vaate, 'De billijke vergoeding en haar WW-consequenties', *TRA* 2018/106.

[10]

Voor de toepassing van de werknemersverzekeringen valt deze vergoeding (loon uit vroegere dienstbetrekking) niet onder het loonbegrip, zie art. 16 Wfsv. Zie ook: D.M.A. Bij de Vaate, 'De billijke vergoeding en haar WW-consequenties', *TRA* 2018/106.

[11]

[Kamerstukken II 2014/15, 34273, nr. 5](#), p. 10 (nota van wijziging d.d. 8 september 2015).

[12]

Rb. Amsterdam 11 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4295.

[13]

P.S. Fluit, 'De fictieve opzegtermijn per 1 januari 2016: uitsluiten', *ArbeidsRecht* 2016/7, p. 10-11.

[14]

Noot M.J.A.C. Driessen in *USZ* 2021/393.

[15]

[Kamerstukken II 2004/05, 30109, nr. 1](#), p. 1-3 (brief van de minister van SZW aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 29 april 2005).

[16]

Zie CRvB 11 oktober 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3477 en par. 2 Beleidsregels toepassing artikelen 24 en 27 WW 2006.

[17]

[Kamerstukken I 2005/06, 30370, E](#), p. 18.

[18]

[Kamerstukken II 2014/15, 34273, nr. 5](#), p. 10.