

Dwaling bij totstandkoming van de beëindigingsovereenkomst: het speelveld

TRA 2023/38

Deze bijdrage behandelt de vernietigingsmogelijkheid van de beëindigingsovereenkomst op grond van dwaling. Op basis van de rechtspraak wordt onder meer ingegaan op de vraag welke omstandigheden maken dat zo'n beroep wel of niet slaagt. Deze bijdrage beoogt het speelveld weer te geven en handvatten te bieden voor de praktijk.

1. De totstandkoming van de beëindigingsovereenkomst

De beëindigingsovereenkomst is sinds 1 juli 2015 wettelijk geregeld (art. 7:670b BW). De beëindigingsovereenkomst is alleen geldig als deze schriftelijk wordt aangegaan. Net als bij de eenzijdige opzeggingshandeling van de werknemer² dient de instemming van een werknemer met een beëindigingsovereenkomst duidelijk en ondubbelzinnig gericht te zijn op beëindiging van de arbeidsovereenkomst.³ Met invoering van het vereiste van schriftelijkheid heeft in dit geval de voorwaarde van duidelijke en ondubbelzinnige instemming mijns inziens grotendeels aan betekenis verloren: als de werknemer zijn handtekening onder een beëindigingsovereenkomst plaatst, geldt dit immers in de meeste gevallen als verklaring die duidelijk en ondubbelzinnig gericht is op een einde van de arbeidsovereenkomst.⁴

Is sprake van een wilsdefect, dan geldt de overeenkomst alsnog als tot stand gekomen als de werkgever er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de (duidelijke en ondubbelzinnige) verklaring van de werknemer overeenstemde met zijn wil. Onder omstandigheden rust op de werkgever een onderzoeksplicht: hij moet zich ervan vergewissen dat de wil van de werknemer werkelijk gericht was op beëindiging van de arbeidsovereenkomst.⁵

Hierna ga ik uit van de situatie dat de beëindigingsovereenkomst tot stand is gekomen.

¹ Noor Cuppen is advocaat bij Palthe Oberman Advocaten te Amsterdam.

² HR 28 mei 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4391.

³ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2041 en HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1324.

⁴ Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2340, waarin het hof in twijfel trekt of de onder de payrollovereenkomst geplaatste handtekening een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring gericht op het eindigen van de arbeidsovereenkomst is.

⁵ Zie HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4523 en concl. A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2011:BP2311 bij ECLI:NL:HR:2011:BP2311 (over de onderzoeksplicht en wanneer die geldt).

2. Formele punten die in de weg kunnen staan aan een succesvol beroep op dwaling

Voordat ik nader inga op de vereisten voor een geslaagd beroep op vernietiging van de beëindigingsovereenkomst wegens dwaling, wordt eerst een aantal formele punten besproken die betrekking hebben op de aard van de overeenkomst (art. 6:228 lid 2 BW).

2.1 Kwalificatie beëindigingsovereenkomst als vaststellingsovereenkomst

Een beëindigingsovereenkomst zal bijna altijd⁶ als vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 BW zijn aan te merken. Gevolg is dat afspraken kunnen worden gemaakt die afwijken van dwingend recht (art. 7:902 BW). Ook dient vernietiging op grond van dwaling met meer terughoudendheid te worden toegepast dan bij een 'normale' overeenkomst. Dit omdat partijen met het sluiten van een vaststellingsovereenkomst juist beoogd hebben een einde te maken aan een onzekerheid of geschil omtrent hetgeen rechtens tussen hen geldt (art. 7:900 BW). Zij maken daarover een afspraak (vaststelling) die bestemd is om ook te gelden voor zover toch blijkt dat het anders zit.

Een beroep op dwaling ten aanzien van een vaststellingsovereenkomst heeft daarom in beginsel geen kans van slagen als de dwaling ziet op hetgeen waarover juist werd getwist of waarover onzekerheid bestond.⁷ Een beroep op dwaling heeft wel kans van slagen als de dwaling betrekking heeft op feiten die bij het sluiten van de overeenkomst ten onrechte als vaststaand werden beschouwd.

Ook als de dwaling wel betrekking heeft op feiten waarover partijen hebben getwist of waarover zij in onzekerheid verkeerden, is vernietiging op grond van dwaling niet uitgesloten. Dit geldt volgens de Hoge Raad in het bijzonder als de dwaling het gevolg is van een onjuiste of uitgebleven mededeling van de wederpartij (art. 6:228 lid 1 sub a en b BW).⁸

Een beroep op dwaling wordt dus terughoudender getoetst als de beëindigingsovereenkomst als vaststellingsovereenkomst aangemerkt moet worden, maar is niet uitgesloten.

⁶ Zie hierover D.J. Buijs & E.B. Wits, 'De vaststellingsovereenkomst in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2019/26.

⁷ HR 15 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC4400.

⁸ HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3129.

2.2 Uitsluitingsbeding

In beëindigingsovereenkomsten wordt regelmatig opgenomen dat partijen afstand doen van het recht om de overeenkomst te vernietigen (een uitsluitingsbeding). Voor de vraag of de dwalende partij daaraan gebonden is, hanteren rechters een wisselende toets.

Uit de rechtspraak valt wel af te leiden dat een uitsluitingsbeding eerder wordt tegengeworpen aan de zich op dwaling beroepende werkgever dan aan de zich op dwaling beroepende werknemer. Aangezien de werkgever doorgaans degene is die het uitsluitingsbeding opneemt, is dit niet verrassend. Hof 's-Hertogenbosch oordeelde dat een werkgever die als professionele partij een uitsluitingsbeding opneemt in de beëindigingsovereenkomst, een eventueel later beroep op dwaling had prijsgegeven.⁹ Rechtbank Noord-Holland overwoog dat eventuele dwaling van de werkgever door het uitsluitingsbeding voor diens rekening behoorde te blijven (art. 6:228 lid 2 BW).¹⁰

Uit rechtspraak valt wel af te leiden dat de werknemer die het echt bont maakt, geen beroep op een uitsluitingsbeding toekomt. Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde bijvoorbeeld dat een frauderende werknemer redelijkerwijs niet mocht verwachten dat het uitsluitingsbeding ook van toepassing zou zijn als door hem gepleegde fraude later aan het licht zou komen (uitleg van het uitsluitingsbeding).¹¹ Onder meer Hof Arnhem en Hof Amsterdam oordeelden dat de werkgever niet werd gehouden aan het uitsluitingsbeding, omdat dit in de gegeven omstandigheden ten opzichte van de werknemer die zich daarop beriep, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.¹² In die twee zaken ging het om respectievelijk een later gebleken dringende reden en een werknemer die een vertrekregeling afdwong onder valse voorwendselen.

Is de werknemer de dwalende partij, dan kan de werkgever zich niet gemakkelijk succesvol op het uitsluitingsbeding beroepen. Rechtbank Rotterdam oordeelde bijvoorbeeld dat de werkgever niet aan de vernietigbaarheid van de beëindigingsovereenkomst kon ontkomen door daarin een uitsluitingsbeding op te nemen.¹³ Als de werknemer heeft gedwaald bij het aangaan van de beëindigingsovereenkomst, geldt dit ook voor het uitsluitingsbeding, aldus de rechtbank. Hof Amsterdam oordeelde in een andere zaak in gelijke zin ten voordele van de werknemer.¹⁴

Concluderend wordt een zich op dwaling beroepende werkgever eerder aan een uitsluitingsbeding gehouden dan een zich op dwaling beroepende werknemer. Tegelijkertijd zal het uitsluitingsbeding in de meeste gevallen alleen de zich tegen dwaling verwerende werknemer ten goede komen. Voor de werkgever is het daarom raadzaam om ofwel (i) een eenzijdig geformuleerd uitsluitingsbeding op te nemen in de beëindigingsovereenkomst (werknemer doet afstand van het recht), ofwel (ii) in het geheel geen uitsluitingsbeding op te nemen.

2.3 Finaal kwijtingsbeding

Vraag is daarnaast welke invloed een overeengekomen finaal kwijtingsbeding heeft voor een beroep op vernietiging van de beëindigingsovereenkomst op grond van dwaling.

In de eerste plaats zal het aankomen op de uitleg van het finale kwijtingsbeding. De *Haviltex*-maatstaf moet worden toegepast.¹⁵ Welke zin mochten partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan het beding toekennen en wat mochten zij redelijkerwijs van elkaar verwachten? Rechtspraak hierover is casuïstisch van aard en de gehanteerde toets is wisselend. Relevant is onder meer of de zich op dwaling beroepende partij reeds bekend was met het punt in kwestie dan wel daarvan reeds een vermoeden had. Is dat het geval, dan mocht de andere partij verwachten dat dit ook onder de finale kwijting viel.¹⁶ Was de partij hiermee niet bekend of bestond er nog geen vermoeden daaromtrent, dan valt het buiten de finale kwijting nu de andere partij niet redelijkerwijs mocht verwachten dat het punt in kwestie eronder viel.¹⁷ Ook wordt wel als relevant gezichtspunt gehanteerd of het punt in kwestie ter sprake is geweest tijdens de onderhandelingen. Hof Amsterdam oordeelde – in stand gehouden door de Hoge Raad – dat de werknemer wiens (vervallen van) optierechten niet ter sprake (was) waren geweest tijdens de beëindigingsonderhandelingen, niet hoefde te verwachten dat (dit) deze onder de finale kwijting (viel) vielen.¹⁸ Meegewogen werd dat de werknemer zich niet realiseerde dat de optierechten zouden vervallen en dat hij door akkoord te gaan met de finale kwijting afstand deed van de mogelijkheid hierover te onderhandelen.

Valt de dwaling veroorzakende omstandigheid onder de finale kwijting, dan zou de dwalende partij nog kunnen

⁹ Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1744.

¹⁰ Rb. Noord-Holland 19 april 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:3984.

¹¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 14 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7327. In gelijke zin Rb. Rotterdam 1 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6553 en Rb. Rotterdam 23 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4487.

¹² Hof Arnhem 15 mei 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW6429 en Hof Amsterdam 29 september 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BN2387.

¹³ Rb. Rotterdam 27 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3125.

¹⁴ Hof Amsterdam 30 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1832.

¹⁵ HR 2 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1948.

¹⁶ Zie onder meer Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4751 (in stand gelaten door de Hoge Raad: HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:399).

¹⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ9816. In soortgelijke zin Hof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7327; Hof Amsterdam 8 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1641 en Rb. Amsterdam 17 juli 2013, *AR-updates* 2013-0618.

¹⁸ Hof Amsterdam 23 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BW7110 (in stand gelaten door de Hoge Raad, zie HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7588).

aanvoeren dat ook dat beding onder dwaling is overeengekomen en dus vernietigbaar is.¹⁹

2.4 Tussenconclusie

Concluderend hoeven de kwalificatie als vaststellingsovereenkomst, een uitsluitingsbeding en een finaal kwijtingsbeding niet in de weg te staan aan een succesvol beroep op vernietiging van de beëindigingsovereenkomst op grond van dwaling.

3. Vereisten voor een succesvol beroep op dwaling

Beroept een partij zich op dwaling, dan is in de eerste plaats vereist dat zij een onjuiste voorstelling van zaken had ten tijde van het aangaan van de overeenkomst. Eveneens vereist is dat zij de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou hebben gesloten (althans: niet onder dezelfde voorwaarden)²⁰ en dat dit voor de ander kenbaar was. Verder dient één van de dwalingsgronden aan de orde te zijn zoals opgenomen in art. 6:228 lid 1 sub a t/m c BW. Is dat het geval, dan kan het beroep op vernietiging nog falen omdat de dwaling (i) een uitsluitend toekomstige omstandigheid betreft, of (ii) voor rekening van de dwalende behoort te blijven (art. 6:228 lid 2 BW). Hierna worden deze vereisten en de omstandigheden die in dat verband blijkens de rechtspraak een rol spelen, toegelicht.

3.1 Onjuiste mededeling

In de eerste plaats kan sprake zijn van dwaling bij een onjuiste inlichting van de kant van de wederpartij. Uit rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat degene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, gehouden is om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij dit onder invloed van onjuiste veronderstellingen doet, maar dit gaat niet zo ver dat hij niet mag uitgaan van de juistheid van de mededelingen van de wederpartij.²¹ De onjuistheid rechtvaardigt een beroep op dwaling, tenzij de dwaling voor rekening van de dwalende partij behoort te blijven (art. 6:228 lid 2 BW).²²

Ook moet daadwerkelijk sprake zijn van een mededeling die onjuist is. De enkele omstandigheid dat een mededeling duidelijker had kunnen zijn, maakt nog niet dat sprake is van een onjuiste mededeling.²³ Tot slot is voor een geslaagd beroep op deze dwalingsgrond niet vereist dat de onjuiste mededeling opzettelijk is gedaan.

¹⁹ Zie onder meer Rb. Amsterdam 12 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6491.

²⁰ Zie onder meer HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2250.

²¹ Zie onder meer HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 en HR 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0829.

²² HR 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0829.

²³ Zie in deze zin Hof Den Haag 9 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:701.

3.2 Schending mededelingsplicht

De in de rechtspraak meest voorkomende dwalingsgrond is schending van de mededelingsplicht. Of voor de werkgever in een specifiek geval een mededelingsplicht bestaat, wordt mede bepaald aan de hand van de zorgvuldigheid die hij als goed werkgever in de specifieke omstandigheden van het geval in acht moet nemen jegens zijn werknemer.²⁴ Omstandigheden die kunnen maken dat op de werkgever een mededelingsplicht rust, zijn een lang dienstverband,²⁵ de oudere leeftijd van de werknemer²⁶ en het feit dat het initiatief voor beëindiging is uitgegaan van de werkgever.²⁷

Bij de onderhandelingen over een beëindigingsovereenkomst zal op de werkgever een mededelingsplicht rusten als bij hem kenbaar is (of behoorde te zijn) dat een werknemer zich (mogelijk) niet realiseert dat hij bepaalde rechten prijsgeeft. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de opzegtermijn niet in acht wordt genomen waardoor de werknemer niet direct aansluitend een WW-uitkering ontvangt, maar ook aan de werknemer die ten tijde van overeenstemming arbeidsongeschikt is en daardoor (hoogstwaarschijnlijk) geen uitkering krijgt als hij instemt met de beëindigingsovereenkomst.²⁸ Volgens Rechtbank Overijssel hoeft de werkgever bij het sluiten van een beëindigingsovereenkomst niet te wijzen op de transitievergoeding, omdat bij een dergelijke wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst geen wettelijke aanspraak op de transitievergoeding bestaat.²⁹ De werknemer geeft dan dus geen rechten prijs.

Uit rechtspraak valt verder af te leiden dat de werkgever ten opzichte van de arbeidsongeschikte werknemer extra zorgvuldigheid dient te betrachten.³⁰ Neemt een arbeidsongeschikte werknemer echter zelf het initiatief om de arbeidsovereenkomst te beëindigen en wijst de werkgever voldoende duidelijk op de uitkeringsrisico's, dan kan dit geen grond vormen voor dwaling.³¹

Het is lastig precies vast te stellen hoe ver de mededelingsplicht van de werkgever reikt. In ieder geval geldt dat als een werkgever de werknemer bepaalde informatie

²⁴ Zie onder meer HR 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0829; Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2019:236 bij ECLI:NL:HR:2019:569 en Hof Amsterdam 29 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2561.

²⁵ HR 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0829; Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1186; Hof Amsterdam 29 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2561 en Hof 's-Hertogenbosch 3 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1641.

²⁶ Zie onder meer HR 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0829; Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1186 en Hof Amsterdam 29 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2561.

²⁷ Zie onder meer HR 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0829 en Hof 's-Hertogenbosch 3 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1641.

²⁸ Zie onder meer Rb. Overijssel 23 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5771.

²⁹ Rb. Overijssel 3 april 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1336.

³⁰ Zie in deze zin Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1186.

³¹ Zie onder meer Rb. Limburg 22 december 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:10478.

verstrekt en het belang daarvan kenbaar maakt, van de werknemer vaak verwacht mag worden hiernaar zelf ook nader onderzoek te doen. Doet de werknemer dit niet, dan komt de dwaling voor zijn risico (zie paragraaf 3.5).

Van belang is dat ook sprake kan zijn van een mededelingsplicht als de partij niet daadwerkelijk op de hoogte was van de juiste voorstelling van zaken, maar dit wel behoorde te zijn. Zo oordeelde Rechtbank Rotterdam dat de werkgever behoorde te weten dat de contractuele opzegtermijn vernietigbaar was en dat hij de werknemer hierover had behoren in te lichten.³² Rechtbank Almelo oordeelde dat de werkgever de werknemer had moeten informeren dat hij bij een juiste toepassing van het afspiegelingsbeginsel niet voor ontslag in aanmerking zou komen.³³ De werkgever had het afspiegelingsbeginsel onjuist toegepast en ik begrijp het oordeel van de rechtbank zo dat de werkgever had behoren te weten dat werknemer niet degene was die boventallig werd en hem hierover had moeten informeren. Overigens hadden de werknemers in beide zaken naar verwachting ook succesvol een beroep kunnen doen op wederzijdse dwaling (zie onder paragraaf 3.3).³⁴

Veel zaken waarin wordt geoordeeld dat werknemers hun mededelingsplicht hebben geschonden, zien op door werknemer gepleegde fraude die later aan het licht komt.³⁵ De werkgever kan dan in de meeste gevallen succesvol de beëindigingsovereenkomst vernietigen op grond van dwaling. Ook een regelmatig terugkomende vraag is of werknemer een mededelingsplicht heeft bij een concreet vooruitzicht op een nieuwe baan.³⁶ In dat kader rijst de vraag op welk moment precies een mededelingsplicht ontstaat.

Hof Amsterdam heeft over het ontstaansmoment van de mededelingsplicht in 2020 een uitspraak gedaan die kritisch is ontvangen.³⁷ De werkgever had met een onvoldoende functionerende werknemer die geen verbetertraject wilde volgen, een beëindigingsovereenkomst gesloten. De werknemer werd een aantal maanden vrijgesteld van werk maar kreeg geen vergoeding. Het hof oordeelde dat de werkgever een mededelingsplicht had jegens deze werknemer omdat op het moment van overeenstemming bekend was dat de afdeling van de werknemer (hoogstwaarschijnlijk) zou worden afgestoten en de werknemers zouden worden ontslagen (met ontslagvergoeding). In dat geval zou de werknemer zijn meegenomen in de reorgani-

satie en had hij ongeveer een ton aan vergoeding ontvangen. Bijzonder in deze zaak was dat de werkgever op het moment van overeenstemming nog geen reorganisatiebesluit had genomen: de ondernemingsraad was zelfs nog niet om advies gevraagd. Werkgever stelde zich dan ook op het standpunt dat hij de werknemer nog niet kon informeren. Omdat behoud van de afdeling echter al geen reële optie meer was (alle scenario's leidden tot sluiting van de afdeling), kwam het hof tot het oordeel dat de werkgever de werknemer op zijn minst in overweging had moeten geven om in verband met toekomstige ontwikkelingen waarover hij thans nog geen mededelingen kon doen, af te zien van het sluiten van de beëindigingsovereenkomst. Buijs vindt deze laatste overweging getuigen van weinig werkelijkheidszin.³⁸ Hij voelt meer voor de benadering van Hof Den Haag, dat in dezelfde zaak eerder uitspraak deed.³⁹ Hof Den Haag overwoog onder meer dat zolang de reorganisatieplannen nog niet concreet waren uitgewerkt en de ondernemingsraad nog niet om advies was gevraagd, van werkgever redelijkerwijs nog niet kon worden verlangd dat zij werknemer hierover informeerde. Het is feit van algemene bekendheid dat reorganisaties tot veel onrust leiden, waardoor van een werkgever niet kan worden gevergd in een te vroeg stadium werknemers al te informeren over de voorgenomen reorganisatie, aldus het hof. Ook mij spreekt deze benadering meer aan dan die van Hof Amsterdam: het is immers inderdaad de vraag of in deze omstandigheden redelijkerwijs van de werkgever gevergd kon worden de werknemer te informeren. Het bestaan van een mededelingsplicht in zo'n geval is in de praktijk moeilijk werkbaar voor de werkgever. De uitkomst van de zaak zoals die door Hof Amsterdam is beslist vind ik overigens wel redelijk. De werkgever wist immers op het moment van overeenstemming dat werknemer de organisatie (hoogstwaarschijnlijk) binnenkort zou kunnen verlaten met een hoge vergoeding. Zoals De Graaf en Zondag terecht opmerken, zou een beroep op de redelijkheid en billijkheid conform het *Dumeco*-arrest van de Hoge Raad in deze zaak wellicht passender zijn geweest (zie paragraaf 4).⁴⁰ Op die manier had dezelfde uitkomst kunnen worden bewerkstelligd – werknemer ontvangt de ontslagvergoeding – zonder dat een mededelingsplicht van de werkgever had hoeven te worden aangenomen.

Volgens Hof Amsterdam bestaat dus een mededelingsplicht als de omstandigheid 'hoogstwaarschijnlijk' zal plaatsvinden. Behoud van de afdeling van werknemer was, ondanks dat de ondernemingsraad nog niet om advies was gevraagd, geen reële optie meer. Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2022 dat een werkgever ten aanzien van zijn werknemers die kozen voor vroegpen-

32 Rb. Rotterdam 3 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10811.

33 Rb. Almelo 10 december 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK7681.

34 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 9 oktober 2019, waarin zowel werkgever als werknemer zich bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst over de medische en financiële gevolgen niet had gerealiseerd dat werknemer niet in aanmerking zou komen voor een WAO-uitkering.

35 Zie voetnoot 10 en 11.

36 Zie hierover I.J. de Laat, 'Concreet uitzicht op een nieuwe baan?', *Arbeids-Recht* 2022/18.

37 Hof Amsterdam 29 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2561, zie annotatie van D.J. Buijs in *TRA* 2021/6.

38 Annotatie van D.J. Buijs in *TRA* 2021/6.

39 Hof Den Haag 12 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3600, gecasseerd door de Hoge Raad om processuele redenen (ECLI:NL:HR:2019:236).

40 L.B. de Graaf & W.A. Zondag, in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Art. 228 – Burgerlijk Wetboek Boek 6 / Art. 44 – Burgerlijk Wetboek Boek 3 / Art. 902, 670b, 671 – Burgerlijk Wetboek Boek 7 (online in OpMaat).

sioen, geen mededelingsplicht had met betrekking tot de enkele maanden daarna beschikbaar gekomen vrijwillige vertrekregeling (met vergoeding).⁴¹ Het hof overwoog dat de zaak niet vergelijkbaar was met de hiervoor besproken zaak bij Hof Amsterdam, omdat werkgever ten tijde van de aanvragen van de vroegpensioenen nog 'geen concrete plannen' had die zouden leiden tot vertrek van de werknemers met een vergoeding. Rechtbank Utrecht achtte voor het ontstaansmoment van de mededelingsplicht bepalend of sprake was van 'een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid'.⁴² Geconcludeerd kan worden dat een mededelingsplicht pas ontstaat als voldoende zeker is dat de omstandigheid zich zal voordoen. Ook kan het zo zijn dat de omstandigheid wel al zeker genoeg is, maar dat van de partij in de gegeven omstandigheden alsnog niet in redelijkheid kan worden verlangd de wederpartij in te lichten.

3.3 *Wederzijdse dwaling*

Bij wederzijdse dwaling zijn beide partijen van dezelfde onjuiste voorstelling van zaken uitgegaan. Verschil met dwaling vanwege een onjuiste mededeling en schending van de mededelingsplicht is dat de wederpartij geen aandeel had in het ontstaan van de dwaling. Dat zal in het algemeen betekenen dat vrij snel voldaan is aan de dwalingsgrond zelf, maar dat meer gewicht toekomt aan de vraag voor wiens rekening de dwaling behoort te komen (zie paragraaf 3.5).

Verschillende rechters hebben zich uitgelaten over de situatie waarin werknemer, naar achteraf bleek, ernstig ziek was ten tijde van het sluiten van de beëindigingsovereenkomst. Zo oordeelde Hof Amsterdam dat een werknemer die achteraf gezien reeds ten tijde van het sluiten van de beëindigingsovereenkomst aan de ziekte van Parkinson leed, deze kon vernietigen met een beroep op wederzijdse dwaling.⁴³ Volgens het hof maakten de omstandigheden van het geval, waaronder de wederzijds niet kenbare ziekte waaraan werknemer bleek te lijden, dat de dwaling niet voor rekening van de werknemer behoorde te blijven. Deze motivering overtuigt mij niet. Het is immers de vraag waarom de ziekte in de risicosfeer van de werkgever zou moeten vallen. Bovendien werd de werknemer in deze zaak twee jaar vrijgesteld van werkzaamheden en werd de ziekte pas meer dan een jaar nadat de beëindigingsovereenkomst was gesloten, ontdekt. Rechtbank Noord-Nederland kwam in een vergelijkbare zaak overigens tot een tegenovergestelde uitspraak.⁴⁴ De werknemer bleek

achteraf een hersentumor te hebben en stelde zich op het standpunt dat de beëindigingsovereenkomst niet tot stand was gekomen als hij dit op het moment van overeenstemming had geweten. De rechtbank oordeelde dat een beroep op dwaling niet slaagde. De werknemer was op het moment van overeenstemming niet arbeidsongeschikt (de hersentumor had zich nog niet geopenbaard) en als de werkgever via de kantonrechter of het UWV een ontslag had bewerkstelligd, had deze beslissing ook niet door de werknemer kunnen worden aangetast, aldus de rechtbank. Het lijkt erop dat de rechtbank hier van oordeel was dat vrijwel zeker was dat de werkgever – ook zonder dat de werknemer instemde met de beëindigingsovereenkomst – had kunnen overgaan tot eenzijdig ontslag en het beroep op dwaling daarom niet slaagt.⁴⁵ Opgemerkt dient te worden dat als vrijwel zeker is dat een eenzijdig ontslag ook mogelijk was geweest, ook kan worden betoogd dat geen dwalingsgrond aanwezig is omdat aannemelijk is dat de werknemer de beëindigingsovereenkomst ook in dat geval – dus ondanks dat hij wist dat hij de hersentumor had of zelfs al arbeidsongeschikt was – had gesloten. Als de ontslagreden (in casu: gedrag en houding werknemer) immers geen verband houdt met de arbeidsongeschiktheid had de werkgever de arbeidsovereenkomst ook eenzijdig kunnen beëindigen. Wellicht dat de rechtbank anders had geoordeeld als niet aannemelijk was geweest dat een eenzijdig ontslag zou slagen en de instemming van de werknemer dus bepalend was. De rechtbank overweegt echter bij het beoordelen van het subsidiaire beroep van de werknemer op schending van goed werkgeverschap ook nog (mijns inziens terecht) dat de ziekte van de werknemer buiten de risicosfeer van werkgever ligt. Ook als de rechtbank wel een dwalingsgrond had aangenomen is dus waarschijnlijk dat de dwaling alsnog voor rekening van de werknemer diende te blijven (zie hierover verder paragraaf 3.5). Dit is dus een tegenovergestelde benadering dan die van Hof Amsterdam in de hiervoor aangehaalde uitspraak.

3.4 *Uitsluitend toekomstige omstandigheid*

Is voldaan aan één van de drie dwalingsgronden, dan komt men toe aan art. 6:228 lid 2 BW. Vernietiging van de beëindigingsovereenkomst op grond van dwaling is niet mogelijk als de dwaling ziet op een ten tijde van het bereiken van overeenstemming uitsluitend toekomstige omstandigheid. Had een partij een bepaalde (zuivere) toekomstverwachting die niet uitkomt, dan is vernietiging op grond van dwaling niet mogelijk. Gaat het echter om een tot het moment van overeenstemming herleidbare dwaling, dan is geen sprake van een *uitsluitend* toekomstige omstandigheid en is vernietiging dus wel mogelijk. Zo is bijvoorbeeld geen sprake van een uitsluitend toekomstige omstandigheid als de werknemer achteraf gezien ten tijde

41 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 augustus 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6967.

42 Rb. Utrecht 21 september 2011, *JAR* 2012/5.

43 Hof Amsterdam 30 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1832.

44 Rb. Noord-Nederland 29 juli 2013, *AR-updates* 2013-0658. Zie verder ook Hof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3420, waarin het beroep van de werknemer eveneens faalde. In deze zaak was overigens niet geheel duidelijk of de werknemer ten tijde van het sluiten van de overeenkomst al leed aan hartfalen. De werkgever behoeft volgens het hof niet te begrijpen dat de werknemer bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet was aangegaan (werknemer wilde niet re-integreren en wilde zorgen voor zijn zieke echtgenote).

45 Omdat deze uitspraak niet is gepubliceerd valt dit niet met zekerheid te zeggen.

van overeenstemming al ernstig ziek was, maar die ziekte zich nog niet had geopenbaard (zie paragraaf 3.3).

Bij de Hoge Raad diende in 1993 een zaak waarbij werkgever en werknemer een hogere ontslagvergoeding waren overeengekomen dan was opgenomen in het sociaal plan.⁴⁶ Dit omdat de werknemer een baan had aanvaard in Suriname, hetgeen kosten met zich meebracht, en de werknemer zijn recht op een WW-uitkering zou verliezen. Vervolgens bleek dat de werknemer toch een baan in Nederland had aanvaard. De werkgever verzocht om vernietiging van de beëindigingsovereenkomst omdat de werknemer hem onjuist had ingelicht. De Hoge Raad oordeelde dat de rechtbank ten onrechte niet was ingegaan op de stelling van de werknemer dat de nieuwe werkgever in Suriname, nadat partijen overeenstemming hadden bereikt, zijn instemming om hem in dienst te nemen had ingetrokken. Als die stelling juist is, betreft de dwaling een uitsluitend toekomstige omstandigheid en is vernietiging van de beëindigingsovereenkomst dus niet mogelijk, aldus de Hoge Raad.

Van belang is verder om een onderscheid te maken tussen de situatie waarin (i) bepaalde omstandigheden nog te onzeker zijn om mededeling van te doen en (ii) dwaling die ziet op een uitsluitend toekomstige omstandigheid. In een zaak die diende bij Hof Arnhem-Leeuwarden (reeds besproken onder paragraaf 3.2) oordeelde het hof dat nog geen sprake was van 'concrete plannen' voor een vrijwillige vertrekregeling ten tijde van de aanvragen voor het vroegpensioen en dat het dus om een uitsluitend toekomstige omstandigheid ging.⁴⁷ Zuiverder lijkt het om in zo'n geval te oordelen dat geen sprake is van een mededelingsplicht omdat van de werkgever nog niet verwacht kan worden dat hij de werknemer hierover informeert (er zijn immers nog geen concrete plannen), waardoor geen dwalingsgrond aanwezig is. Het enkele feit dat een bepaalde gebeurtenis nog onvoldoende zeker is om de werknemer te informeren, maakt het immers niet direct een uitsluitend toekomstige gebeurtenis.

3.5 *Dwaling behoort voor rekening van dwalende te blijven*

Tot slot kan een beroep op vernietiging van de beëindigingsovereenkomst op grond van dwaling nog falen doordat de dwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven. In de eerste plaats kan de aard van de overeenkomst daartoe leiden (zie paragraaf 2). Daarnaast kunnen de in het verkeer geldende opvattingen of omstandigheden van het geval maken dat de dwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven.

Een dwaling die gestoeld is op een onjuiste mededeling, zal niet snel voor rekening van de dwalende blijven van-

wege het onvoldoende verrichten van onderzoek. Er mag immers in beginsel worden uitgegaan van de juistheid van de door de wederpartij gedane mededelingen.⁴⁸

Is de mededeling juist maar wellicht niet volledig duidelijk voor de werknemer, dan kan onvoldoende onderzoek van de kant van de werknemer zelf maken dat de eventuele dwaling voor zijn rekening komt. De onderzoeksplicht van de werknemer prevaleert dan boven de mededelingsplicht van de werkgever (de werkgever hoefde de werknemer niet nog uitgebreider te informeren). Zo oordeelde Hof Den Haag dat de werkgever de werknemer had ingelicht over het bestaan van de loongarantieregeling.⁴⁹ Als de loongarantieregeling voor de werknemer niet duidelijk was, had hij daarover tijdens de personeelsvergadering vragen kunnen stellen of nadien bij een jurist advies kunnen inwinnen. Omdat de werknemer dat niet heeft gedaan, komt een eventuele dwaling ten aanzien van de inhoud van de loongarantieregeling op dat punt voor zijn rekening. Hetzelfde geldt voor de situatie dat een werkgever de werknemer wijst op het feit dat hij hoogstwaarschijnlijk geen WW-uitkering zal krijgen. Indien de werknemer vervolgens geen juridisch advies inwint, komt een eventuele dwaling voor zijn rekening,⁵⁰ ook als de werkgever de werknemer dit niet heeft geadviseerd.⁵¹ Ook het laten verstrijken van de wettelijke bedenkttermijn zonder die aan te wenden om juridisch advies in te winnen, kan een reden vormen dat de dwaling voor rekening van de werknemer behoort te blijven.⁵²

Van belang is overigens dat als de werkgever de werknemer wel adviseert om juridisch advies in te winnen, dit hem niet ontslaat van zijn mededelingsplicht. Een werkgever zal de werknemer er bijvoorbeeld nog steeds op moeten wijzen als waarschijnlijk is dat hij geen uitkering zal krijgen. Uit rechtspraak valt wel op te maken dat een werkgever sterker staat als hij de werknemer adviseert juridisch advies in te winnen. Bovendien wordt een beroep op dwaling van de werknemer eerder afgewezen als hij juridisch advies had.⁵³ Ik adviseer werkgevers vaak een budget aan te bieden voor juridische bijstand. Is de werkgever overigens de dwalende partij en had de dwaling kunnen worden voorkomen door het inwinnen van juridisch advies, dan komt de eventuele dwaling voor zijn risico.⁵⁴

⁴⁸ HR 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0829.

⁴⁹ Hof Den Haag 24 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW3995. Zie in soortgelijke zin Rb. Noord-Holland 20 november 2015,

ECLI:NL:RBNHO:2015:12004 (met betrekking tot het niet in aanmerking komen voor een WW-uitkering vanwege verhuizing naar het buitenland).

⁵⁰ Hof Leeuwarden 8 maart 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AV4127; Rb. Midden-Nederland 22 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6654 en Rb. Noord-Holland 20 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:12004.

⁵¹ Hof Leeuwarden 8 maart 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AV4127.

⁵² Zie onder meer Rb. Limburg 22 december 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:10478; Rb. Rotterdam 3 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10811 en Rb. Midden-Nederland 22 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6654.

⁵³ Zie onder meer Hof Den Haag 19 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:701.

⁵⁴ Rb. Rotterdam 23 augustus 2002, JAR 2002/218.

⁴⁶ HR 4 juni 1993, JAR 1993/157.

⁴⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 9 augustus 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6968.

Zoals toegelicht in paragraaf 3.3 geldt bij wederzijdse dwaling dat bepalend zal zijn voor wiens risico de dwaling komt. Rechtbank Utrecht oordeelde dat een wederzijdse dwaling over tijdens het dienstverband door werknemer te veel afgedragen pensioenpremie voor rekening van de werknemer behoorde te blijven.⁵⁵ Volgens de rechtbank was de werknemer, tevens statutair directeur, eindverantwoordelijk voor de gang van zaken binnen de onderneming. Omdat de oorzaak van de dwaling onder zijn verantwoordelijkheid had plaatsgevonden, behoorde de dwaling voor zijn rekening te blijven. Hoewel mijns inziens ook had kunnen worden beredeneerd dat de dwaling voor rekening van de werkgever behoorde te komen, biedt deze uitspraak voor werkgevers wel een argument om een beroep op dwaling door hooggeplaatste werknemers van de hand te wijzen. Wil dit argument kans van slagen hebben dan is wel nodig dat het onderwerp van de dwaling onder de eindverantwoordelijkheid van die werknemer viel.

Ook de Rechtbank Maastricht liet het opleidings- en functieniveau van de zich op dwaling beroepende werknemer meewegen bij het oordeel dat de dwaling voor diens risico behoorde te blijven.⁵⁶ Partijen waren een beëindigingsovereenkomst overeengekomen en onderdeel daarvan was dat werknemer met vroegpensioen zou gaan. De werknemer stelde zich achteraf op het standpunt dat de werkgever hem had moeten informeren over dat hem hierdoor een lager (eind)pensioen toekwam. De rechtbank oordeelde dat deze werknemer, mede omdat hij was bijgestaan door een jurist, werd geacht de gevolgen van de beëindigingsovereenkomst te overzien. Ik merk op dat de mededelingsplicht van de werkgever wel erg ver reikt als hij al verplicht is een werknemer te informeren over het feit dat hij door het ontslag niet langer pensioen opbouwt. Dat lijkt immers een vanzelfsprekend gevolg van ontslag (vergelijkbaar met een verlies aan inkomen). Gaat het echter om een laagopgeleide werknemer of een werknemer die zich door een andere omstandigheid in een zwakke(-re) positie bevindt, dan dient dus wel rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat de werkgever de werknemer (ook) hierover dient te informeren.⁵⁷

4. Alternatieven voor dwaling

Slaagt een beroep op een wilsdefect of wilsgebrek niet, dan resteert mogelijk nog de volgende noemenswaardige optie.

Onder omstandigheden kan het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn om de andere partij aan de beëindigingsovereenkomst te houden (art.

6:248 lid 2 BW). In de *Dumeco*-zaak⁵⁸ hadden werkgever en werknemer afgesproken de arbeidsovereenkomst te beëindigen en verzochten zij de kantonrechter om (pro-forma) te ontbinden. Reden voor beëindiging was dat zou worden overgegaan op een tweeploegendienst. Nog voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst bleek echter dat de werknemer bij de werkgever in dienst had kunnen blijven omdat toch werd afgezien van de tweeploegendienst. Volgens het oordeel van het hof – in stand gehouden door de Hoge Raad – had de werkgever bereid moeten zijn te overleggen over voortzetting van het dienstverband of een passende vergoeding. Ik merk wel op dat relevant is dat de werkgever in deze zaak invloed had op de gebeurtenis die maakte dat de werknemer achteraf gezien toch zijn baan had kunnen behouden. Het lijkt mij dat een dergelijk beroep van een werknemer minder snel slaagt als de werkgever in het geheel geen invloed heeft op de gebeurtenis. Heeft de werkgever echter wel invloed op de gebeurtenis of kan deze aan hem worden toegerekend (bijvoorbeeld bij een besluit van de moedermaatschappij), dan zou een werknemer een beroep op het *Dumeco*-arrest kunnen doen.

De Graaf en Zondag wijzen op de mogelijkheid dat een werknemer zich met een beroep op het *Dumeco*-arrest succesvol op het standpunt kan stellen dat hij een passende functie aangeboden dient te krijgen (of dat de werkgever daarover in ieder geval met hem in gesprek dient te gaan) als die na het sluiten van de beëindigingsovereenkomst maar binnen het verstrijken van de redelijke termijn onverwachts vrijkomt (en dwaling dus niet aan de orde is).⁵⁹ In het bijzonder in grote ondernemingen zou dit onwenselijk zijn voor de werkgever, nu daar regelmatig vacatures zijn. Ik verwacht dan ook dat een dergelijk beroep van een werknemer meestal zal afketsen op het feit dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is om uitvoering te geven aan de beëindigingsovereenkomst. In de *Dumeco*-zaak had de werkgever immers invloed op de gebeurtenis die maakte dat de werknemer achteraf gezien toch had kunnen blijven. Als een vacature vrijkomt doordat een werknemer vertrekt gaat dit geheel buiten de werkgever om. De (grote) werkgever die het zekere voor het onzekere wil nemen kan overwegen in de beëindigingsovereenkomst op te nemen dat het eventueel beschikbaar komen van een passende functie binnen een redelijke termijn geen verandering brengt in de gemaakte afspraken.

5. Conclusie

Of een beroep op vernietiging van de beëindigingsovereenkomst op grond van dwaling slaagt is sterk afhankelijk

55 Rb. Utrecht 3 juni 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ1445.

56 Rb. Maastricht 4 februari 2009, ECLI:NL:RBMMA:2009:BH2483.

57 Zie in deze zin ook Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1186.

58 HR 15 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2205.

59 L.B. de Graaf & W.A. Zondag, in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Art. 228 – Burgerlijk Wetboek Boek 6 / Art. 44 – Burgerlijk Wetboek Boek 3 / Art. 902, 670b, 671 – Burgerlijk Wetboek Boek 7 (online in OpMaat).

van de specifieke omstandigheden van het geval. Uit rechtspraak blijkt wel dat bepaalde omstandigheden al gauw maken dat een dergelijk beroep wel of niet slaagt. Zo is het voor een werkgever risicovol om een werknemer niet te wijzen op het (hoogstwaarschijnlijke) verlies van een uitkering als hij instemt met de beëindigingsovereenkomst en kan de frauderende werknemer de werkgever vaak niet aan de beëindigingsovereenkomst houden als die fraude later aan het licht komt. In de minder duidelijke gevallen kan de aan- of afwezigheid van de in deze bijdrage aan bod gekomen omstandigheden worden gebruikt om de slagingskans van een beroep op dwaling in te schatten. De uitkomst van een zaak blijft echter sterk afhankelijk van de specifieke casuïstiek.