

De vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend arbeidsrecht; een panacee tegen knellende kaders?

MR. DR. R.L. VAN HEUSDEN¹

In de arbeidsrechtpraktijk worden beëindigingsovereenkomsten vaak expliciet voorzien van het predicaat 'vaststellingsovereenkomst'. Betoogd wordt wel dat partijen het daarmee, via de band van art. 7:902 BW, in de hand hebben in de beëindigingsovereenkomst afspraken te maken die strijdig zijn met dwingend arbeidsrecht. De vraag is of dit juist is. In deze bijdrage ga ik in op de achtergronden van de wettelijke regeling van de vaststellingsovereenkomst en bespreek ik aan de hand van de wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur de betekenis van de vaststellingsovereenkomst voor de arbeidsrechtpraktijk, in het bijzonder daar waar het gaat om de mogelijkheid om afspraken te maken die strijdig zijn met dwingend arbeidsrecht.

1. Inleiding

Op 30 juli 2013 wees het Hof 's-Hertogenbosch een interessant arrest over de in de arbeidsrechtpraktijk veelvoorkomende figuur van de vaststellingsovereenkomst.² In de casus die aan dit arrest ten grondslag lag, hadden partijen achtereenvolgens drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gesloten, waarvan de laatste van rechtswege zou eindigen per 18 februari 2011. De werkgever gaf daarop aan het dienstverband alleen nog te willen continueren indien op voorhand duidelijkheid zou bestaan over de datum waarop het dienstverband zou eindigen. Om deze reden werd door hem als bijlage bij een door partijen voor onbepaalde tijd te sluiten arbeidsovereenkomst een als vaststellingsovereenkomst benoemde beëindigingsovereenkomst gevoegd, die voorzag in een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden per 1 januari 2012. De werknemer tekende zowel het contract voor onbepaalde tijd als de daarbij als bijlage gevoegde beëindigingsovereenkomst, maar stelde zich vervolgens op het standpunt dat de beëindigingsovereenkomst strijdig was met art. 7:668a lid 1 BW en dat de werkgever hem aan die beëindigingsovereenkomst derhalve niet mocht houden. De kantonrechter was het met de werknemer eens, doch het hof oordeelde dat voor zover al sprake zou zijn van strijd met art. 7:668a BW, de beëindigingsovereenkomst tóch geldig was, omdat deze moest

worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:902 BW. Volgens art. 7:902 BW is een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil ook geldig als zij in strijd mocht blijken te zijn met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Het enkele feit dat partijen bewust wilden afwijken van dwingend recht was volgens het hof, al aangenomen dat partijen zulk een oogmerk hadden, onvoldoende om te concluderen dat de overeenkomst strijdig was met de goede zeden of de openbare orde.

Indien de zienswijze van het hof juist is, heeft dit voor de arbeidsrechtpraktijk ingrijpende gevolgen. Niet alleen zou dit betekenen dat partijen het in de hand hebben om in weerwil van art. 7:668a BW een vierde (en eventueel vijfde, zesde, enzovoort) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op rij overeen te komen, de redenering van het hof lijkt ook in bredere zin toepasbaar op situaties waarin partijen tegen de dwingendrechtelijke kaders van het arbeidsrecht aanlopen. De vaststellingsovereenkomst zou daarmee hét wondermiddel zijn om deze dwingendrechtelijke kaders te doorkruisen.

Inzet van deze bijdrage is te onderzoeken waartoe de vaststellingsovereenkomst wel en niet kan dienen als het gaat om het maken van met dwingend arbeidsrecht strijdige afspraken. De indeling van deze bijdrage is als volgt. Ik zal allereerst ingaan op de ontstaansgeschiedenis en achtergronden van de regeling van de vaststellingsovereenkomst (paragraaf 2) en op de mogelijkheid om bij vaststellingsovereenkomst van dwingend recht af te wijken (paragraaf 3). Vervolgens zal ik uiteenzetten waarom in mijn optiek het hof in de onderhavige zaak ten onrechte heeft aangenomen dat sprake was van een in weerwil van

1 De auteur schreef dit artikel op verzoek van de redactie van TAP. Het artikel stoelt voor een belangrijk deel op hetgeen de auteur omtrent de vaststellingsovereenkomst reeds eerder schreef in zijn dissertatie (R.L. van Heusden, Beëindigingsovereenkomsten en het recht op WW-uitkering, Deventer: Kluwer 2006) en in zijn annotatie bij het hierna genoemde arrest van het Hof 's-Hertogenbosch.

2 Hof 's-Hertogenbosch 30 juli 2013, «JAR» 2013/231, m.nt. R.L. van Heusden.

dwingend arbeidsrecht geldende vaststellingsovereenkomst (paragraaf 4). Vervolgens zal ik bezien in welke gevallen de vaststellingsovereenkomst in de arbeidsrechtpraktijk mogelijk wél van betekenis kan zijn (paragraaf 5). Een conclusie sluit deze bijdrage af (paragraaf 6).

2. De ontstaansgeschiedenis en achtergronden van de regeling van de vaststellingsovereenkomst

De wettelijke regeling van de vaststellingsovereenkomst in Titel 7.15 van het BW is in 1993 in werking getreden en vormt de codificatie van in de loop der tijd ontwikkelde rechtspraak. Vóór 1993 kende de wet alleen een regeling ter zake van dading.³ Het Ontwerp-Meijers, dat gepubliceerd werd in 1972, vormde een eerste aanzet tot wettelijke regeling.⁴ In 1983 werd een gewijzigd Wetsontwerp in de Tweede Kamer ingediend, dat uiteindelijk in 1993 tot de inwerkingtreding van Titel 7.15 BW leidde.⁵

De wet maakt onderscheid tussen de vaststellingsovereenkomst, de daarop gebaseerde beslissing en de vaststelling. Met de term ‘vaststelling’ bedoelt de wetgever ‘de rechtstoestand die door de nakoming van de op de vaststelling gerichte verbintenissen wordt bewerkstelligd’.⁶ Het gaat met andere woorden om het beoogde eindresultaat, om hetgeen tussen partijen uiteindelijk zal hebben te gelden. De vaststelling komt volgens art. 7:901 lid 2 BW tot stand middels een beslissing door (één van) partijen of door een derde. Deze beslissing vindt haar basis in de vaststellingsovereenkomst. Vaststellingsovereenkomst en beslissing zullen veelal samenvallen indien de beslissing door partijen gezamenlijk wordt genomen, terwijl de vaststellingsovereenkomst in een dergelijk geval ook de vaststelling zelf bevat. Wanneer partijen de beslissing over hetgeen tussen partijen zal hebben te gelden over willen laten aan een derde of aan één van hen, zullen zij daarover in de vaststellingsovereenkomst afspraken moeten maken.⁷ Om van een vaststellingsovereenkomst te kunnen spreken, moet de overeenkomst volgens art. 7:900 BW ertoe strekken om een einde te maken aan onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen partijen geldt, ofwel ertoe strekken om onzekerheid of geschil daaromtrent te voorkomen. Als partijen hun overeenkomst niet sluiten met het oog op

(mogelijk) verschil van mening over hun rechtsverhouding, dan sluiten zij geen vaststellingsovereenkomst.⁸ Wijzigen partijen slechts hun rechtsverhouding, in de zin dat zij de tussen hen bestaande rechten en plichten wijzigen, zonder dat er geschil of onzekerheid bestaat over het bestaan of de omvang van deze rechten, dan is dit géén vaststellingsovereenkomst.⁹

Van bepaalde overeenkomsten wordt in het algemeen zonder meer aangenomen dat zij gekwalificeerd kunnen worden als een vaststellingsovereenkomst. Gedacht kan worden aan de alimentatieovereenkomst (art. 1:158 BW), de overeenkomst van grensvastlegging (art. 5:31 BW), het schadefixatiebeding (art. 6:91 BW) en het fiscaal compromis.¹⁰

Partijen kunnen vanzelfsprekend geen vaststellingsovereenkomst aangaan over een onderwerp dat niet tot hun vrije bepaling staat

Gevolg van de vaststellingsovereenkomst is dat niet alleen partijen maar ook de rechter gebonden wordt aan de vaststelling voor zover deze een beslissing dient te nemen over hetgeen rechtens tussen partijen geldt.¹¹

Partijen kunnen vanzelfsprekend geen vaststellingsovereenkomst aangaan over een onderwerp dat niet tot hun vrije bepaling staat. Zo kan men geen vaststellingsovereenkomst sluiten met betrekking tot de geldigheid van een huwelijk of de erkenning van een kind.¹² Partijen kunnen evenmin bij vaststellingsovereenkomst de arbeidsovereenkomst ex art. 7:685 BW ontbinden of een WW-uitkering aan de werknemer toekennen.

3 Art. 1888 oud BW omschreef de dading als volgt: ‘Dading is eene overeenkomst waarbij partijen, tegen overgave, belofte of terughouding eener zaak, een aanhangig geding ten einde brengen of een te voeren geding voorkomen.’ Het begrip ‘vaststellingsovereenkomst’ is aanmerkelijk ruimer dan het begrip ‘dading’. De dading, zo wordt thans aangenomen, is een species van de vaststellingsovereenkomst.

4 E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, ingevolge opdracht van de Minister van Justitie opgesteld onder leiding van Mr. F.J. de Jong. Tekst en Toelichting Vierde Gedeelte (Boek 7)*, 's-Gravenhage 1972.

5 Wet van 27 mei 1993, Stb. 1993/309.

6 *Kamerstukken II 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 37.*

7 In het laatstbedoelde geval wordt wel gesproken over een *indirecte* vaststelling, te onderscheiden van de *directe* vaststelling door partijen gezamenlijk (zie A.G. Luttik, ‘Bindende partijbeslissing en bindend advies in titel 7.15’, in: *CJHB* (Brunner Bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 261).

8 Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/142.

9 Zie bijv. HR 15 november 2013, *RvdW* 2013/1363. (Het hof: ‘De overeenkomst die partijen (...) hebben gesloten houdt echter geen vaststelling in van hetgeen tussen partijen rechtens geldt; de strekking van deze overeenkomst is onmiskenbaar om een wijziging aan te brengen in de tussen partijen bestaande rechten en plichten. Immers de vrouw gaf door deze overeenkomst haar rechten op verrekening prijs, hetgeen iets anders is dan de vaststelling dat zij die rechten niet zou hebben (gehad).’) Vgl. ook HR 25 januari 2013, *NJ* 2013/200. (Het hof: ‘Met het sluiten van het convenant wordt, zoals geldt voor elke (niet-vaststellings) overeenkomst, weliswaar mede beoogd om geschillen, onzekerheden en rechtsgedingen te voorkomen, maar dat maakt een gewone overeenkomst nog geen vaststellingsovereenkomst.’)

10 Zie A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2001, p. 1, A.K.H. Klein Sprokkelhorst, *Overeenkomsten met de fiscus* (diss.), Deventer: Kluwer 1999, p. 51 en H.B. Krans, ‘Schadefixaties, zuivere boetebedingen en exoneraties als vaststellingsovereenkomst?’, *RM Themis* 1998, p. 442.

11 Zie bijv. HR 2 februari 1944, *NJ* 1944/419 (‘dat dan de R.v.B., geroepen om naar aanleiding van een tusschen partijen gerezen geschil vast te stellen, wat tusschen partijen recht is, deze de partijen bindende en hun alzoo tot wet strekkende overeenkomst en derzelver uitvoering aan zijn uitspraak had moeten ten grondslag leggen’).

12 Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/135.

3. De vaststelling in strijd met dwingend recht

Art. 7:902 BW bepaalt dat een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht. Deze bepaling gaat, via art. 7:15.4 van het Ontwerp-Meijers, terug tot het arrest HR 27 december 1935, NJ 1936/442. In deze zaak was tussen partijen een conflict ontstaan over de vraag of de door hen gesloten overeenkomst nietig was wegens strijd met bepalingen van dwingend recht (in casu die van de Drankwet; de overeenkomst zag er onder meer op toe dat een exploitatievergunning van een derde gehuurd zou

Een vaststellingsovereenkomst die de strekking heeft bepalingen van dwingend recht te doorkruisen, is volgens de opstellers van het Ontwerp-Meijers in strijd met de openbare orde of goede zeden en op die grond nietig

worden, hetgeen de Drankwet verbood), waarop partijen besloten om bij acte van compromis (vaststellingsovereenkomst) hun vraag voor te leggen aan een scheidsrecht. Het scheidsrecht oordeelde dat van strijd met dwingend recht geen sprake was en verklaarde het contract op grond van wanprestatie ontbonden. De partij die zich in de ogen van het scheidsrecht aan wanprestatie schuldig had gemaakt, vocht daarop in rechte de beslissing van het scheidsrecht aan en voerde daarbij aan dat wel degelijk sprake was van strijd met dwingendrechtelijke bepalingen, de overeenkomst derhalve nietig was en het scheidsrecht zich onbevoegd had moeten verklaren omdat de nietigheid zich ook uitstrekte over de in het contract voorkomende arbitrageclausule. De Hoge Raad besliste dat het oordeel van het scheidsrecht partijen wel degelijk bond, zelfs al zou komen vast te staan dat de tussen hen gesloten overeenkomst strijdig was met bepalingen van dwingend recht. De Hoge Raad:

‘Wanneer partijen in ernst verschillen over de vraag of een overeenkomst nietig is en hierover redelijkerwijs verschil van gevoelen kan bestaan, zij ter oplossing van dat geschil een schikking aangaan (...), integendeel het een eisch van het verkeer is, dat partijen ook zoodanige geschilpunten in der minne vermogen op te lossen zonder genoodzaakt te zijn hun toevlucht te nemen tot een uitspraak van den Rechter.’

De Toelichting bij het Ontwerp-Meijers stelt ten aanzien van art. 7:15.4. van het Ontwerp:

‘De onderhavige bepaling bouwt voort op dit arrest. Evenals de Hoge Raad gaat zij uit van het verkeersbelang dat partijen, ook als hun rechtsproblemen met dwingend recht verweven blijken te zijn, daarvoor in der minne een oplossing kunnen bereiken.’¹³

Volgens de Toelichting kunnen partijen derhalve de vaststellingsovereenkomst benutten om een oplossing buiten de rechter om te bereiken indien hun rechtsproblemen ‘met dwingend recht verweven blijken te zijn’. Wat opvalt is dat de Toelichting niet spreekt over het ‘in ernst verschillen over de vraag of een overeenkomst nietig is en hierover redelijkerwijs verschil van gevoelen kan bestaan’, zoals de Hoge Raad wel doet, hetgeen de vraag oproept of partijen volgens de regeling van het Ontwerp-Meijers ook een vaststellingsovereenkomst kunnen sluiten, indien zij weten dat hiermee strijd ontstaat met dwingend recht. Dit blijkt niet het geval. De Toelichting vervolgt namelijk:

‘Dat in de bij dit artikel omschreven omstandigheden een vaststelling geldig is ondanks gebleken strijd met een regel van dwingend recht, betekent niet dat degenen die zulk een vaststelling opstellen, aan het dwingend recht niet gebonden zijn. Gaat een schikking of een beslissing uit van de gedachte dat een bepaalde regel van dwingend recht wel toepasselijk is, maar niettemin zonder effect kan worden gelaten, dan zal dit uitgangspunt haar steeds in strijd met openbare orde of goede zeden brengen (...).

Dat partijen in ernst van gevoelen verschillen, is niet tot een afzonderlijk criterium voor de geldigheid gemaakt. In de eerste plaats zou dit criterium aanvulling behoeven voor het geval onzekerheid moet worden beëindigd, die niet tot meningsverschil heeft geleid. Een speciale regeling is op dit punt echter niet nodig, omdat, als partijen niet of niet in ernst een te beëindigen geschil of onzekerheid aanwezig achten, aan de vereisten van dit artikel toch reeds niet voldaan kan zijn. Men heeft dan naar de werkelijke bedoeling van partijen gewoonlijk niet met een vaststellingsovereenkomst te doen, maar met een overeenkomst van andere aard, die overigens nietig zal zijn wegens strijd met dwingend recht dat zij beoogt opzij te zetten.’¹⁴

Een vaststellingsovereenkomst die de strekking heeft bepalingen van dwingend recht te doorkruisen, is volgens de opstellers van het Ontwerp-Meijers dus in strijd met de openbare orde of goede zeden en op die grond nietig.¹⁵ En wanneer partijen zich reeds bij het aangaan van de vaststellingsovereenkomst ervan bewust zijn dat hun afspraak strijdig is met dwingend recht, dan zal volgens de opstellers van het Ontwerp-Meijers een overeenkomst die desalniettemin dit dwingende recht opzij wenst te zetten bovendien niet als een vaststellingsovereenkomst kunnen worden aangemerkt, omdat onzekerheid of geschil over de vraag wat rechtens tussen hen geldt, ontbreekt. Een dergelijke overeenkomst zal derhalve niet alleen in strijd zijn met de openbare orde of goede zeden (art. 3:40 lid 1 BW), maar ook nietig c.q. vernietigbaar zijn wegens strijd met dwingend recht (art. 3:40 lid 2 BW). In de memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 1983 wordt

¹³ Meijers 1972, p. 1140.

¹⁴ Meijers 1972, p. 1141-1142.

¹⁵ Zie ook H.C.F. Schoordijk, ‘De vaststellingsovereenkomst, vooral in het licht van Titel 15 van het zevende boek van het Ontwerp Nieuw-BW’, WPNR 1974, p. 744.

hetgeen het Ontwerp-Meijers op dit punt stelt uitdrukkelijk onderschreven, zodat het voorgaande ook voor de huidige bepaling van art. 7:900 e.v. BW van toepassing is.¹⁶

De Toelichting vermeldt voorts nog dat de grotere vrijheid ten aanzien van dwingend recht vanzelfsprekend alleen geldt voor de *vaststelling*, dat wil zeggen voor die bepalingen, die betrekking hebben op het terrein van onzekerheid of geschil. Andere bepalingen in de vaststellingsovereenkomst zijn onverkort aan dwingend recht onderworpen.¹⁷

Een arrest waarin we terugvinden dat partijen niet bewust dwingend recht opzij mogen zetten, is HR 21 april 1995, *NJ* 1997/570 (Schmitz/Caspers). In deze zaak hadden partijen de afspraak gemaakt dat indien hun arbeidsrelatie zou moeten worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, de werkgever gevrijwaard zou blijven van eventuele aanslagen van de bedrijfsvereniging ter zake premiebetaling ZW/WW/WAO/ZfW. Ook hadden partijen afgesproken dat indien dergelijke aanslagen bij de werkgever zouden binnenkomen, eerst een beroepsprocedure zou worden doorlopen. Als uiteindelijk blijkt dat de werkgever inderdaad premieplichtig is, weigert de werknemer de door de werkgever verschuldigde bedragen voor zijn rekening te nemen. De werkgever beroept zich vervolgens op de partijafpraak, die in zijn optiek valt aan te merken als een vaststellingsovereenkomst.¹⁸ De Hoge Raad constateert allereerst dat de partijafpraak strijdig is met dwingend recht. Ingevolge de ZW, WAO en WW is het de werkgever namelijk niet geoorloofd de hem opgelegde premies op de werknemer te verhalen indien hij geen gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om het werknemersdeel van de premies op de loonbetaling in te houden. Dit zou op zichzelf, aangenomen dat het hier ging om een vaststelling ter zake van beëindiging van onzekerheid of geschil, aan de rechtsgeldigheid van de overeenkomst niet af hoeven te doen. De Hoge Raad hecht in casu echter veel belang aan het doel dat de wetgever bij het maken van de 'uitzondering' van art. 7:902 BW voor ogen stond. De Hoge Raad overweegt:

Aan de voormelde regel ligt de gedachte ten grondslag dat, ook indien de onzekerheid of het geschil is terug te voeren op onzekerheid omtrent de uitleg van een regel van dwingend recht of omtrent het resultaat waartoe een door een zodanige regel beheerste verhouding van partijen in het gegeven geval leidt (...), behoefte bestaat aan de mogelijkheid van een vaststellingsovereenkomst, waardoor een eventuele procedure tussen partijen kan worden voorkomen en waarbij (...) op de koop toe moet worden genomen dat, indien naderhand duidelijkheid omtrent die uitleg of dat resultaat wordt verkregen, aldus

een rechtsgeldige overeenkomst bestaat, die niettemin, naar resultaat, met dit dwingende recht strijdt.'

Een overeenkomst met een strekking als de onderhavige, erin gelegen dat in een procedure tussen één van de partijen en een derde (de toenmalige bedrijfsvereniging) eerst zekerheid zal worden verkregen omtrent de vraag of dwingendrechtelijke bepalingen met betrekking tot de premieplicht toepasselijk zijn waarna zo nodig in strijd met die dwingendrechtelijke bepalingen zal worden gehandeld, is volgens de Hoge Raad niet alleen in strijd met dat dwingend recht zelf, maar ook met de openbare orde en derhalve nietig.

De geldigheid van vaststellingsovereenkomsten, strekkende ter beëindiging van onzekerheid of geschil, in weerwil van dwingendrechtelijke bepalingen, gaat (ook) volgens de Hoge Raad dus niet zover dat partijen bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst het voornemen mogen hebben om afspraken te maken die strijdig zijn met dwingend recht.¹⁹

Wat mogen partijen wel? Zij mogen volgens de Hoge Raad afspraken maken indien de onzekerheid of het geschil is terug te voeren op onzekerheid omtrent (i) de uitleg van een regel van dwingend recht, of (ii) het resultaat waartoe een door een zodanige regel beheerste verhouding van partijen in het gegeven geval leidt.

In de rechtspraak komt men de vaststellingsovereenkomst van oudsher vaak tegen in situaties waarbij partijen in ver-

19 Zie hieromtrent ook Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/153 (die in dit verband spreekt over het relatief beperkte belang van art. 7:902 BW, Brunner in zijn annotatie bij *NJ* 1997/570 (die opmerkt dat het waarschijnlijk schaarse gevallen zijn waarin een beroep op art. 7:902 BW gedaan kan worden), B.J. Broekema-Engelen, 'Vaststellingsovereenkomst en dwingend recht', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 178, de noot van Van Schilfhaarde bij HR 5 april 1991, *NJ* 1992/244 (indemniteitsbeginsel als zodanig niet van openbare orde; vaststellingsovereenkomst gericht op ontduiking van dit beginsel niettemin nietig) en A. Stege, 'De vaststellingsovereenkomst en de CAO', *SMA* 2002, p. 515. Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/310, waarin wordt opgemerkt dat een scherpe grens tussen de categorieën 'strijd met een dwingende wetsbepaling' en 'strijd met de openbare orde/goede zeden' niet kan worden getrokken: 'Tallose wetsbepalingen hebben geen andere betekenis dan dat zij formeel vastleggen wat de goede zeden en de openbare orde voorschrijven, zodat overeenkomsten in strijd met dergelijke wetten reeds daarom in verschillende van de genoemde groeperingen vallen. Voorts kan men aannemen dat wie bewust in strijd met de wet een overeenkomst aangaat, daardoor handelt in strijd met de goede zeden, ook indien het in de wet neergelegde verbod niets met de goede zeden uitstaande heeft.' Uit HR 14 november 2003, *NJ* 2004/138 (Drie-S/Mammoet) blijkt evenwel dat 'de aan het arbeidsrecht ten grondslag liggende beschermingsgedachte, die onder meer tot uiting komt in art. 7:613, 7:678 lid 3, 7:681 lid 4 en 7:686, laatste zin, BW' weliswaar van dwingend recht, maar niet van openbare orde is, zodat de enkele omstandigheid dat in strijd is gehandeld met dat dwingend recht niet met zich brengt dat tevens sprake is van strijd met de openbare orde. Dat wordt als gezegd anders, indien partijen het oogmerk hebben met dwingend recht strijdige afspraken maken. Zie ook de annotatie van A.R. Houweling in *VAAN AR Updates* 2013-0617.

16 Zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 39.

17 Zie Meijers 1972, p. 1141.

18 In zijn annotatie bij genoemd arrest merkt Brunner op dat van een vaststelling in de zin van art. 7:902 BW geen sprake was, nu het vrijwaringsbeding geen einde maakte aan onzekerheid of geschil, doch slechts een voorwaardelijke verbintenis tot betaling schiep.

zekeringskwesties de schade definitief willen vaststellen.²⁰ Wanneer op een moment ná het sluiten van de vaststellingsovereenkomst blijkt dat de vastgestelde en uitgekeerde schade hoger is dan de in werkelijkheid geleden schade, ontstaat strijd met het verzekeringsrechtelijke indemniteitsbeginsel, zoals thans neergelegd in art. 7:960 BW, dat dwingendrechtelijk van aard is. Het indemniteitsbeginsel houdt in dat de verzekerde ten gevolge van het intreden van het onzekere voorval niet in een duidelijk voordeliger positie mag komen. De bij vaststellingsovereenkomst vastgestelde schade die uitgekeerd moet worden, wordt in een dergelijk geval in beginsel geldig geacht, ook al blijkt

Partijen hebben het niet in hun macht om te bepalen dat een overeenkomst die niet ertoe strekt om onzekerheid of geschil te voorkomen of beëindigen, een vaststellingsovereenkomst is

later de vaststelling in strijd met dit dwingendrechtelijke indemniteitsbeginsel te zijn. Welnu, over het feit dat het indemniteitsbeginsel dwingendrechtelijk van aard is, bestaat geen onduidelijkheid en evenmin bestaat onduidelijkheid over de uitleg van dit beginsel. De onder (i) genoemde situatie is in deze gevallen dus in elk geval niet aan de orde. Onder de onder (ii) genoemde situaties verstaat de Hoge Raad dus kennelijk die waarin partijen ter beëindiging van onzekerheid of geschil een bepaalde schade, schuld, vergoeding, enzovoort, vaststellen, waarvan zij niet weten of die vaststelling, zo die niet in overeenstemming blijkt met de schade die werkelijk geleden is, de schuld die werkelijk was opgebouwd, enzovoort, strijdig is met een dwingendrechtelijke bepaling. Voor een vergelijkbare situatie in het arbeidsrecht valt te denken aan die waarin werkgever en werknemer bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst van mening verschillen over de vraag hoeveel vakantiedagen nog openstaan. Blijkt naderhand dat de werknemer in werkelijkheid méér vakantiedagen had dan bij vaststellingsovereenkomst werd vastgesteld, dan blijkt die gemaakte afspraak achteraf strijdig te zijn met dwingend recht (art. 7:641 lid 1 jo. art. 7:645 BW).²¹ De afspraak is dan niettemin geldig op grond van art. 7:902 BW.

4. Drie redenen waarom de uitspraak van het hof in mijn optiek onjuist is

4.1. De tussen partijen gesloten beëindigingsovereenkomst is géén vaststellingsovereenkomst

Partijen hebben het niet in hun macht om te bepalen dat een overeenkomst die niet ertoe strekt om onzekerheid of geschil te voorkomen of beëindigen, een vaststellingsover-

eenkomst is in de zin van art. 7:900 BW.²² In veel gevallen zal een beëindigingsovereenkomst evident ertoe strekken om onzekerheid of geschil omtrent hetgeen rechtens tussen partijen geldt te beëindigen of te voorkomen. Bijvoorbeeld ingeval de beëindigingsovereenkomst wordt gesloten na een gerezen conflict over de hoogte van het loon of na een ontslag op staande voet waarvan de geldigheid door de werknemer wordt betwist. De casus die voorlag aan het in de inleiding genoemde arrest van het Hof 's-Hertogenbosch is op dit punt echter een vreemde eend in de bijt. Niet gezegd kan immers worden dat partijen op het moment dat zij de beëindigingsovereenkomst ondertekenden een geschil hadden of in onzekerheid verkeerden omtrent hetgeen op dat moment tussen hen rechtens gold of dat zij onzekerheid daaromtrent voor de toekomst vreesden, nu duidelijk was dat de bestaande arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege zou eindigen.²³ De onzekerheid, voor zover daarvan al kan worden gesproken, ontstond in casu eerst op het moment dat partijen gelijktijdig een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd én een beëindigingsovereenkomst c.q. vaststellingsovereenkomst sloten, en zag op de vraag of een dergelijke constructie wel tot een rechtsgeldig einde zou leiden met het oog op art. 7:668a BW. De conclusie van het hof, dat sprake was van een in weerwil van dwingend recht geldige vaststelling, kan aldus reeds niet standhouden omdat de tussen partijen gesloten beëindigingsovereenkomst niet kan worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 BW. En voor zover al wél gesproken zou kunnen worden van een vaststellingsovereenkomst, dan was deze eerder gericht op het voorkomen van een eventuele discussie tussen partijen dan op het beëindigen van een concreet tussen partijen gerezen geschil of bestaande onzekerheid, en had dit de werkgever derhalve evenmin soelaas kunnen bieden, nu volgens art. 7:902 BW alleen de vaststelling ter *beëindiging* van onzekerheid of geschil in weerwil van dwingend recht haar gelding kan behouden.

De situatie zou anders geweest kunnen zijn indien partijen eerst ná het sluiten van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de beëindigingsovereenkomst een vaststellingsovereenkomst gesloten zouden hebben. Een belangrijk verschil is dat de werknemer deze alsdan niet 'met het mes op de keel' had hoeven tekenen en ervoor had kunnen kiezen om de rechter om een oordeel te vragen over de vraag of de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden zou eindigen op de in de beëindigingsovereenkomst opgenomen datum. Een verschil is ook dat partijen in

20 Zie bijv. HR 11 september 1998, NJ 1998/851, HR 12 september 1997, NJ 1998/382 en HR 5 april 1991, NJ 1992/244.

21 Zie evenwel HR 14 januari 2000, «JAR» 2000/44 (het afstand doen van het recht op uitbetaling van vakantiedagen in het kader van een 'package-deal' hoeft niet in strijd te zijn met art. 7:641 lid 1 jo. art. 7:645 BW).

22 Zie Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/135. Zie ook Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/142, waar hij schrijft: 'Beëindigingsovereenkomsten worden vaak voorzien van de titel 'vaststellingsovereenkomst', maar zij zijn alleen (ook) een vaststellingsovereenkomst als zij (mede) strekken ter beëindiging of voorkoming van onzekerheid of geschil. Als partijen in volstreekte eensgezindheid aan hun rechtsverhouding een einde maken, kan hun beëindigingsovereenkomst niet als een vaststellingsovereenkomst worden gekwalificeerd.'

23 Zie in deze zin ook A.R. Houweling in zijn annotatie bij het onderhavige arrest van het hof in VAAN AR Updates 2013-0617.

een dergelijk geval de vaststellingsovereenkomst helemaal niet nodig hadden gehad om hun geschil in der minne op te lossen, nu het arbeidsrecht zich er niet tegen verzet dat een werknemer meewerkt aan het met wederzijds goedvinden beëindigen van een arbeidsovereenkomst. Het is het op voorhand – reeds bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst – afstand doen van arbeidsrechtelijke bescherming dat op problemen stuit.

4.2. Een vaststellingsovereenkomst mag niet gericht zijn op het doorkruisen van dwingend recht

In de casus die ten grondslag lag aan het arrest van het hof was van onzekerheid omtrent de uitleg van art. 7:668a BW of omtrent het resultaat waartoe art. 7:668a BW voor partijen leidde, geen sprake. Uit de arbeidsovereenkomst en de vaststellingsovereenkomst blijkt integendeel dat partijen zich er terdege van bewust waren dat de voortzetting van de arbeidsovereenkomst tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou leiden, en blijkt dat de enige reden voor de door hen gehanteerde constructie het ontlopen van de werking van art. 7:668a BW was. Zoals uiteengezet in paragraaf 3, is art. 7:902 BW niet bedoeld om partijen de mogelijkheid te bieden doelbewust van dwingend recht af te wijken en is een overeenkomst waarin dat oogmerk wel vervat zit niet alleen strijdig met het dwingende recht dat zij opzij tracht te zetten, maar ook met de openbare orde of goede zeden.²⁴ De eventuele tegenwerping dat partijen wel degelijk in onzekerheid verkeerden of art. 7:668a BW zich tegen deze constructie verzette nu in art. 7:668a BW ‘slechts’ gesproken wordt over bepaaldetijdcontracten, en niet over arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd tevens beëindigingsovereenkomsten, en aan deze onzekerheid een einde wilden maken ter voorkoming van latere procedures, is mijns inziens een weinig overtuigende omdat de inbreuk op art. 7:668a BW evident is. Toegestaan is slechts afwijking van dwingend recht over de uitleg of toepassing waarvan in redelijkheid verschil van mening kan bestaan.²⁵

4.3. De strekking van het arbeidsrecht verzet zich in een geval als dit tegen toepassing van art. 7:902 BW

Zelfs indien gezegd kan worden dat reële onzekerheid of verschil van mening bestaat over de uitleg van een regel van dwingend arbeidsrecht of omtrent het resultaat waartoe een zodanige regel voor partijen in het gegeven geval leidt, betekent dit in mijn optiek nog niet zonder meer

dat partijen met behulp van een vaststellingsovereenkomst aan deze onzekerheid of dit verschil van mening een einde kunnen maken. De strekking van het arbeidsrecht kan namelijk tot een aangepaste toepassing van leerstukken uit andere delen van het vermogensrecht nopen en aldus aanleiding zijn voor een (nog) terughoudender toepassing van een bepaling als die van art. 7:902 BW.²⁶ Het aan het arbeidsrecht ten grondslag liggende beginsel van onge-

Toegestaan is slechts afwijking van dwingend recht over de uitleg of toepassing waarvan in redelijkheid verschil van mening kan bestaan

lijkheidscompensatie verzet zich in mijn optiek tegen een constructie als de onderhavige waarbij door de werknemer feitelijk op voorhand afstand gedaan wordt van ontslagbescherming. Ik vind voor dit oordeel steun bij Heerma van Voss²⁷, waar hij schrijft:

‘Een reeds bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst aan het begin van de arbeidsrelatie gemaakte afspraak over de wijze van beëindiging (bijvoorbeeld over de hoogte van een alsdan te betalen vergoeding) valt mijns inziens niet te beschouwen als een vaststellingsovereenkomst. Hierbij gaat het immers niet om het wegnemen van onzekerheid over de rechtsverhouding of het beëindigen van een geschil. Een dergelijke overeenkomst zou ook te zeer in strijd kunnen komen met het beschermende karakter van het arbeidsrecht.’

In haar annotatie bij het onderhavige arrest wijst ook Frikkee²⁸ op het bijzondere karakter van het arbeidsrecht en concludeert zij:

‘Vertaald naar de onderhavige casus, ben ik van mening dat slechts bij uitzondering kan worden aanvaard dat nog voordat een vierde arbeidsovereenkomst is ingegaan kan worden afgesproken in een vaststellingsovereenkomst dat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden eindigt op een bepaalde datum.’

Ook Houweling²⁹ ziet voor een constructie als de onderhavige geen ruimte binnen het arbeidsrecht:

‘Een beëindiging op termijn bij het aangaan van deze arbeidsovereenkomst is – en dat durf ik stellig vast te stellen – in strijd met het fundament van het arbeidsrecht.’

24 Zie ook C.J. Frikkee in haar annotatie bij het onderhavige arrest in *TRA* 2013/94 (Frikkee: ‘Gelet hierop is het de vraag of het hof wel terecht heeft geoordeeld dat de enkele stelling dat bewust is afgeweken van driekwartdwingend recht onvoldoende is om te concluderen dat sprake is van strijd met de openbare orde of goede zeden’) en A.R. Houweling in zijn annotatie in *VAAN AR Updates* 2013-0617.

25 Aldus Broekema-Engelen 2011 (*T&C BW*), art. 7:902 BW, aant. 3b en Van Rossum 2001, p. 21. Zie ook Rb. Zutphen 20 augustus 2008, «JAR» 2008/311. Anderzijds wordt wel gesteld dat om van onzekerheid in de zin van art. 7:900 e.v. BW te kunnen spreken, voldoende is dat partijen *subjectief* onzeker zijn. Zie Van Rossum 2001, p. 7 en Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/142: ‘Daarbij doet niet ter zake dat de mening van één der partijen in objectieve zin niet of nauwelijks overtuigend is (...)’

26 Vgl. in dit verband HR 2 november 2012, «JAR» 2012/314 en eerdere rechtspraak van de Hoge Raad inzake de toelaatbaarheid van in de arbeidsovereenkomst opgenomen ontbindende voorwaarden. Zie bijv. ook Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/7, Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?* (diss.), Den Haag: BJu 1999, p. 67 en 76 en J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss.), Deventer: Kluwer 1999, p. 34-35. In dit verband kan ook worden gewezen op art. 7:610 lid 2 BW, dat bepaalt dat bij gemengde overeenkomsten de bepalingen van de arbeidsovereenkomst bij strijd voorrang hebben. Zie ook de annotatie van Heerma van Voss in *NJ* 2004/138.

27 Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/298.

28 Zie C.J. Frikkee in *TRA* 2013/94.

29 Zie A.R. Houweling in *VAAN AR Updates* 2013-0617.

Dit betekent naar ik meen ook dat een constructie zoals die in het onderhavige arrest werd gehanteerd de werkgever geen soelaas zal kunnen bieden in situaties waarin sprake is van een doorstart, ongeacht het feit dat reële onzekerheid kan bestaan of in een dergelijke situatie van opvolgend werkgeverschap in de zin van art. 7:668a lid 2 BW sprake

Het gebruik om beëindigingsovereenkomsten uitdrukkelijk te benoemen als vaststellingsovereenkomst heeft doorgaans slechts beperkte toegevoegde waarde

is.³⁰ Eerst ná het aangaan van een arbeidsovereenkomst zijn partijen vrijelijk in staat, ter beëindiging van onzekerheid en ter voorkoming van mogelijke procedures, een beëindigingsovereenkomst c.q. vaststellingsovereenkomst te sluiten.³¹

5. Betekenis van de vaststellingsovereenkomst in de arbeidsrechtpraktijk

In het licht van het voorgaande kan geconcludeerd worden dat de betekenis van de vaststellingsovereenkomst in het arbeidsrecht beperkt is als het gaat om het doorkruisen van dwingend recht. Partijen zullen, zoals geldt voor iedere (vaststellings)overeenkomst, sowieso niet het oogmerk mogen hebben dwingend recht opzij te zetten. En daar waar partijen dat oogmerk bij het aangaan van de door hen als vaststellingsovereenkomst aangemerkte overeenkomst niet hebben gehad, zal toch steeds in elk concreet geval bezien moeten worden of de strekking van het arbeidsrecht zich tegen toepassing van een bepaling als die van art. 7:902 BW verzet.

In welke gevallen kan de vaststellingsovereenkomst dan in de arbeidsrechtpraktijk betekenis hebben als het gaat om een vaststelling die ex art. 7:902 BW in weerwil van dwingend recht 'overeind' blijft? Er zullen ongetwijfeld meer voorbeelden te bedenken zijn, maar ik kom dan niet veel verder dan het reeds genoemde geval waarin partijen een geschil hebben over het aantal uit te betalen vakantiedagen en hierover tot een compromis komen, of het geval waarin partijen van mening verschillen

of de werknemer wegens ziekte afwezig is geweest, de werknemer inmiddels een deskundigenoordeel heeft aangevraagd en partijen ter beëindiging van hun geschil overeenkomen dat de werkgever 50% van het salaris over de periode van afwezigheid zal doorbetalen (vgl. art. 7:629 lid 9 BW). Ik zou mij bijvoorbeeld ook de situatie kunnen voorstellen waarin partijen van mening verschillen over de toepasselijke salaristabel uit een algemeen verbindende verklaarde cao en deze tabel bij vaststellingsovereenkomst vaststellen.

Voorbeelden van met dwingend recht verweven kwesties die partijen *niet* bij vaststellingsovereenkomst kunnen regelen, laten zich eenvoudiger indenken. Ik noem enkele.

- Partijen kunnen niet reeds bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, ongeacht of deze voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd wordt aangegaan, met behulp van een als vaststellingsovereenkomst benoemde beëindigingsovereenkomst ontslagrechtelijke bescherming voor de werknemer, zoals voortvloeiende uit onder meer art. 7:668a BW en het BBA, uitsluiten.
- Partijen kunnen derhalve ook niet bij voorbaat, via een door hen als vaststellingsovereenkomst aangemerkt beding in de arbeidsovereenkomst, vastleggen wat de (maximale) vergoeding zal zijn die de werknemer bij ontslag zal toekomen ongeacht een eventuele andersluidende uitspraak van de rechter in een art. 7:685 of 7:681 BW-procedure.³²
- Partijen kunnen, gelet op de aan het arbeidsrecht ten grondslag liggende beschermingsgedachte, evenmin rechtsgeldig bedingen dat (een orgaan van) de werkgever bevoegd is bij wege van bindende partijbeslissing (art. 7:900 lid 2 BW) arbeidsrechtelijke sancties te treffen tegen een werknemer.³³
- Partijen kunnen, gelet op de WCAO, niet bij vaststellingsovereenkomst bedingen dat de werknemer een salaris zal ontvangen dat lager ligt dan het salaris dat volgt uit de standaard-cao waaraan zij beiden gebonden zijn.³⁴
- Partijen kunnen, gelet op het in art. 65 lid 2 Pensioenwet opgenomen verbod tot afkoop van pensioen, niet bij een als vaststellingsovereenkomst aangemerkte beëindigingsovereenkomst overeenkomen dat de werknemer afstand doet van uit het dienstverband voortvloeiende pensioenaanspraken.³⁵

30 Zie HR 11 mei 2012, «JAR» 2012/150 (Van Tuinen/Taxicentrale Wolters). Onjuist derhalve is naar ik meen Ktr. Lelystad 25 november 2009, LJN BK6649.

31 Vgl. in dit verband ook W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, bewerkt door W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Deventer: Kluwer 2011, p. 345: 'Het inroepen van nietigheid is een bevoegdheid van de werknemer. Met een redelijke wetsuitleg is niet in overeenstemming dat bij voorbaat afstand kan worden gedaan van deze bevoegdheid. Bestaat echter de bevoegdheid actueel, dus is de dienstbetrekking reeds opgezegd, dan zal de werknemer vrijelijk over die bevoegdheid kunnen disponeren. Na de opzegging kan hij afstand doen van zijn bevoegdheid om de nietigheid in te roepen (...). In het huurrecht is dit uitgangspunt uitdrukkelijk in de wet opgenomen: zie art. 7:271 lid 8 BW en 7:272 lid 1 BW.

32 Zie als gezegd Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/298. Vgl. ook HR 7 april 1995, *NJ* 1995/681 (Staten Bank/Fiet) en HR 2 april 2004, «JAR» 2004/112 (DCW/Blakborn).

33 Zie HR 14 november 2003, *NJ* 2004/138, m.nt. Heerma van Voss.

34 Vgl. Hof Amsterdam 13 november 2012, «JAR» 2013/11, m.nt. Koole.

35 Vgl. Hof Arnhem 8 februari 2011, *RAR* 2011/123 en Rb. Zutphen 20 augustus 2008, «JAR» 2008/31. Geoorloofd zou mijns inziens eventueel wel zijn, indien tussen partijen onzekerheid of geschil bestaat over de vraag of de werkgever volledig heeft voldaan aan zijn pensioenverplichtingen, en partijen ter beëindiging van deze onzekerheid of dit geschil een vaststellingsovereenkomst sluiten, en daarbij aldus de kans op de koop toe nemen dat de door hen vastgestelde aanspraak uiteindelijk te laag blijkt te zijn. Zie hieromtrent ook B. Degelink, 'Afstand van pensioen in de beëindigingsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2011/3.

- Partijen bij een ondernemings-cao kunnen zonder de benodigde dispensatie van de minister van SZW (art. 2 lid 1 Wet AVV) niet aan de werking van een AVV ontlopen door de tussen hen te sluiten cao aan te merken als een vaststellingsovereenkomst.³⁶

In de arbeidsrechtpraktijk komen we de vaststellingsovereenkomst als gezegd vooral tegen bij beëindigingsovereenkomsten. Betekent het voorgaande dat het als vaststellingsovereenkomst benoemen van een dergelijke overeenkomst, met het oogmerk deze als zodanig (als vaststellingsovereenkomst) te kwalificeren, dan in feite geen enkel zinnig doel dient? Als het gaat om het doorkruisen van dwingend arbeidsrecht meen ik dat het benoemen van de beëindigingsovereenkomst als vaststellingsovereenkomst in de meeste gevallen inderdaad geen toegevoegde waarde heeft. Betoogd zou nog kunnen worden dat met het uitdrukkelijk benoemen van de beëindigingsovereenkomst als vaststellingsovereenkomst, partijen benadrukken dat zij een alomvattende en definitieve oplossing willen bereiken, en dat dit derhalve de partij die wordt geconfronteerd met een wederpartij die in weerwil van het in de vaststellingsovereenkomst opgenomen beding tot finale kwijting nog bepaalde aanspraken meent te hebben, kan ondersteunen in zijn verweer dat de finale kwijting geacht moet worden zich ook tot die aanspraken uit te strekken. Ik leid uit de rechtspraak echter af dat aan het al dan niet benoemen van de overeenkomst als vaststellingsovereenkomst in dit verband weinig betekenis pleegt te worden toegedicht, zodat de toegevoegde waarde ook op dit punt twijfelachtig is.³⁷ Het feit dat partijen de beëindigingsovereenkomst uitdrukkelijk als vaststellingsovereenkomst hebben aangeduid, kan, zo laat de rechtspraak zien, de rechter wel tot een terughoudender opstelling bewegen als het gaat om een beroep op vernietiging of ontbinding van een beëindigingsovereenkomst.³⁸

36 Vgl. R.S. van Coevorden, 'De collectieve gebondenheid aan een vaststellingsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2002/2-10.

37 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9175, Hof Leeuwarden 7 mei 2013, LJN BZ9816 en Hof Amsterdam 13 november 2012, «JAR» 2013/11, m.nt. Koole.

38 Zie bijv. Ktr. Leeuwarden 1 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:5887, Ktr. Utrecht 22 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA0825, Vzng. Rb. Noord-Nederland 27 februari 2013, *RAR* 2013/82 en Hof 's-Gravenhage 5 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ1081. Zie hieromtrent ook: Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/160, D.O. Ohmann, 'De vaststellingsovereenkomst anno 2013: niet alles staat vast', *BJB* 2013/58 en S.R. Spoelder, 'De beëindigingsovereenkomst en finale kwijting: garanties bestaan niet!', *ArbeidsRecht* 2013/51.

6. Conclusie

De conclusie kan kort zijn. De vaststellingsovereenkomst biedt de arbeidsrechtpraktijk naar ik meen geen wondermiddel om de dwingendrechtelijke kaders van het arbeidsrecht te ontlopen. Daar waar de regeling van art. 7:902 BW op zichzelf genomen al weinig ruimte biedt om in strijd met dwingend recht te contracteren, onder meer omdat de bedoeling van partijen daarop niet gericht mag zijn, vloeit uit de bijzondere aard van het arbeidsrecht voort dat die ruimte in de relatie werkgever-werknemer nog beperkter is en in de weg staat aan, onder meer, constructies waarin de werknemer feitelijk bij voorbaat, dat wil zeggen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, afstand doet van arbeidsrechtelijke bescherming. De relevantie van art. 7:902 BW als mogelijkheid om afspraken te maken die zo nodig in weerwil van dwingend arbeidsrecht 'overeind' blijven, is daarmee zeer beperkt. Te denken valt bijvoorbeeld aan situaties waarin partijen een reëel verschil van mening hebben over het aantal bij ontslag uit te betalen vakantiedagen of over het salaris dat tijdens een periode van betwiste ziekte moet worden doorbetaald, en partijen tot een minnelijke oplossing van dit verschil van mening willen komen. Het in de arbeidsrechtpraktijk wijdverbreide gebruik om beëindigingsovereenkomsten uitdrukkelijk aan te duiden als vaststellingsovereenkomst, heeft in de meeste gevallen geen grotere betekenis dan dat daarmee het in die overeenkomsten opgenomen beding tot finale kwijting wordt onderstreept en de rechter zich mogelijk terughoudender zal opstellen als het gaat om een beroep op vernietiging of ontbinding van de beëindigingsovereenkomst.



Over de auteur

Mr. dr. R.L. van Heusden is advocaat bij NautaDutilh te Rotterdam.