

JAR 2013/231 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 30-07-2013, HD 200.112.938/01, ECLI:NL:GHSHE:2013:3442

Doorbreking ketenregeling met vaststellingsovereenkomst, Geen strijd met openbare orde of goede zeden, Geen wilsgebrek

Publicatie	JAR 2013 afl. 13
Publicatiedatum	10 september 2013
College	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Uitspraakdatum	30 juli 2013
Rolnummer	HD 200.112.938/01 LJN ECLI:NL:GHSHE:2013:3442
Rechter(s)	mr. Aarts mr. Smeenk-van der Weijden mr. Dorhout-Mees
Partijen	X. Yachts Builders BV te (vestigingsplaats), appellante, advocaat: mr. C.J. Meijer te Uden, tegen de werknemer te (woonplaats), geïntimeerde, advocaat: mr. A.H.M. van den Broek te Weert.
Noot	mr. R.L. van Heusden
Trefwoorden	Doorbreking ketenregeling met vaststellingsovereenkomst, Geen strijd met openbare orde of goede zeden, Geen wilsgebrek,
Regelgeving	BW Boek 3 - 40 BW Boek 3 - 44 BW Boek 7 - 668a BW Boek 7 - 900 BW Boek 7 - 902

» **Samenvatting**

Partijen hebben achtereenvolgens drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gesloten. Aansluitend zijn zij per 18 februari 2011 een vierde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangegaan. In deze overeenkomst is opgenomen dat in de vaststellingsovereenkomst, die als bijlage bij de arbeidsovereenkomst is gevoegd, aanvullende afspraken zijn gemaakt over de duur en beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In de vaststellingsovereenkomst is bepaald dat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden wordt beëindigd met ingang van 1 januari 2012. Bij brief van 13 december 2011 heeft de werknemer de nietigheid van de vaststellingsovereenkomst ingeroepen wegens strijd met het (driekwart) dwingende karakter van art. 7:668a BW. De kantonrechter heeft de vorderingen van de werknemer toegewezen, waarna de werkgever hoger beroep heeft ingesteld.

Het hof is van oordeel dat de tussen partijen gesloten beëindigingsovereenkomst moet worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:900 BW. Ingevolge art. 7:902 BW is een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de openbare orde of de goede zeden. Voor zover in dit geval al sprake zou zijn van strijd met dwingend recht is de overeenkomst dus toch geldig. Dat en waarom sprake zou zijn van strijd met de openbare orde of de goede zeden heeft de werknemer niet onderbouwd, anders dan door te stellen dat bewust is afgeweken van een driekwart-dwingende wetsbepaling. Dat is echter zonder nadere toelichting onvoldoende om te concluderen tot strijd met de openbare orde of de goede zeden. Het oordeel van de kantonrechter dat een overeenkomst gericht op het buiten werking stellen van een (driekwart) dwingende wetsbepaling ipso facto nietig is wegens strijd met de openbare orde of goede zeden is rechtens onjuist. Overigens zou ingevolge art. 3:40 lid 2 BW hooguit sprake kunnen zijn van vernietigbaarheid, nu de bepaling van art. 7:668a BW strekt tot bescherming van de werknemer. De werknemer heeft weliswaar buitengerechtelijk de nietigheid van de vaststellingsovereenkomst ingeroepen, doch deze is betwist door de werkgever. De werknemer heeft vervolgens niet in rechte vernietiging van de vaststellingsovereenkomst gevorderd. Aan het beroep op misbruik van omstandigheden heeft de werknemer volgens het hof geen

rechtsgevolg verbonden. De vaststellingsovereenkomst blijft daarom hoe dan ook in stand. Het hof vernietigt het vonnis van de kantonrechter en wijst de vorderingen van de werknemer af.

NB. Het hof kiest hier een wel zeer formele benadering. Een beroep op nietigheid wordt wel vaker gelezen als een beroep op vernietigbaarheid. Het arrest van het hof vertoont gelijkenis met HR, «JAR» 2007/215 (Greenpeace) waarin het omzeilen van 7:668a BW ook toelaatbaar werd geacht.

» **Uitspraak**

5. Het verloop van de procedure

(...; red.)

6. De gronden van het hoger beroep

(...; red.)

7. De beoordeling

7.1. De feiten en het geschil in eerste aanleg

Het gaat in deze zaak om het volgende:

- De werknemer, geboren in 1950, is in dienst (geweest) van Yachts Builders als projectleader shipbuilding production op de desbetreffende afdeling.
- Tussen Yachts Builders en de werknemer zijn achtereenvolgens drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gesloten, te weten
- van 18 augustus 2008 tot 18 augustus 2009,
- van 18 augustus 2009 tot 18 februari 2010 en
- van 18 februari 2010 tot 18 februari 2011.

Op deze arbeidsovereenkomsten en de na te noemen arbeidsovereenkomst is de CAO Metalektro van toepassing.

– Daarna is tussen hen een vierde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten met ingang van 18 februari 2011. In deze overeenkomst is de volgende passage opgenomen:

“2. Partijen hebben betreffende deze arbeidsovereenkomst aanvullende afspraken gemaakt over duur en beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Zie bijlage (vaststellingsovereenkomst).”

– Deze vaststellingsovereenkomst, hierna ook wel aangeduid als beëindigingsovereenkomst, luidt onder meer als volgt:

“nemen in aanmerking dat:

(...)

c. Partijen zijn overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst per 18 februari 2011 zal worden verlengd op gelijke arbeidsvoorwaarden, zodat per deze datum een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is]ontstaan. Echter heeft Werkgeefster aan Werknemer meegedeeld dat zij de arbeidsovereenkomst alleen zal verlengen indien op voorhand duidelijkheid zal ontstaan over de datum waarop de arbeidsovereenkomst alsnog zal eindigen.

d. Werknemer heeft primair bezwaar gemaakt tegen het voorstel van Werkgeefster, dit zal immers betekenen dat hij op enige termijn alsnog zijn baan zal verliezen. Echter realiseert hij zich dat Werkgeefster de arbeidsovereenkomst alleen dan zal verlengen indien hij akkoord gaat met een op voorhand vastgestelde einddatum.

(...)

Verklaren te zijn overeengekomen als volgt:

1. De tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst wordt op 18 februari 2011 op gelijke arbeidsvoorwaarden verlengd.
2. Partijen stellen vast dat zij de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met wederzijds goedvinden beëindigen met ingang van 1 januari 2012.

3. Werkgeefster verklaart uitdrukkelijk dat de reden voor de beëindiging niet is gelegen in een aan Werknemer verwijtbare omstandigheid. (...).

(...)

10. Werkgeefster heeft Werknemer geadviseerd en in de gelegenheid gesteld om juridisch advies in te winnen ter zake de inhoud van deze overeenkomst. Werknemer verklaart de inhoud van deze overeenkomst en de daaraan verbonden consequenties volledig te hebben begrepen.

11. Partijen zijn tot vaststelling van de in deze overeenkomst vastgelegde afspraken gekomen ter voorkoming van onzekerheid en ter vermijding van een contentieuze procedure daarover. Deze overeenkomst heeft derhalve te gelden als een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW.”

– Bij brief van 13 december 2011 is namens de werknemer de nietigheid van de vaststellingsovereenkomst ingeroepen.

– De werknemer heeft zich (in eerste aanleg) op het standpunt gesteld dat de vaststellingsovereenkomst nietig is wegens strijd met het (driekwart) dwingende karakter van artikel 7: 668a BW en dat zijn instemming met de vaststellingsovereenkomst tegen zijn wil is afgedwongen. De werknemer heeft in conventie een verklaring voor recht gevorderd dat een opzegging van de arbeidsovereenkomst tegen 1 januari 2012 nietig is en aanspraak gemaakt op doorbetaling van zijn salaris ad € 3.433,= bruto per maand vanaf 1 januari 2012, te vermeerderen met de vakantietoeslag, een en ander te vermeerderen met de wettelijke verhoging. Verder heeft de werknemer een bedrag aan € 450,= gevorderd ter zake van buitengerechtigde kosten en aanspraak gemaakt op de wettelijke rente over al het gevorderde. Yachts Builders heeft in reconventie een verklaring voor recht gevorderd dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen per 1 januari 2012 is geëindigd.

– De kantonrechter heeft bij vonnis waarvan beroep – samengevat – geoordeeld dat het partijen niet vrij staat om bij overeenkomst af te wijken van hetgeen is bepaald in artikel 7: 668a lid 1 aanhef en onder b BW. Uit de preambule van de vaststellingsovereenkomst blijkt dat de werkelijke wil van de werknemer niet gericht is geweest op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De enige reden die aan de vaststellingsovereenkomst ten grondslag ligt is het uitsluiten van de gevolgen van de dwingendrechtelijke bepaling van artikel 7: 668a BW. Het aanvaarden van die mogelijkheid zou die bepaling, bedoeld om werknemers te beschermen, zinloos maken. Er is geen sprake van een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in titel 15 van boek 7. Het bewust aangaan van een overeenkomst die tot oogmerk heeft om een door de wetgever aan de werknemer geboden dwingendrechtelijke bescherming te omzeilen is nietig wegens strijd met de openbare orde en/of de goede zeden. De kantonrechter heeft de vorderingen van de werknemer in conventie – met uitzondering van de gevorderde verklaring voor recht en de buitengerechtigde kosten – toegewezen, met dien verstande dat hij de wettelijke verhoging heeft gematigd tot 25%. De kantonrechter heeft de vordering van Yachts Builders in reconventie afgewezen.

– Bij beschikking van 31 mei 2012 heeft de kantonrechter de hiervoor genoemde vierde arbeidsovereenkomst tussen Yachts Builders en De werknemer voorwaardelijk ontbonden per 1 juli 2012 onder toekenning van een schadevergoeding aan de werknemer van € 49.000,=.

7.2. De grieven 1 en 2

7.2.1. Yachts Builders is het niet eens met de door de kantonrechter in 4.2. van het bestreden vonnis vastgestelde feiten, te weten dat begin 2011 overleg tussen partijen heeft plaatsgevonden over de verdere verlenging van de arbeidsrelatie, dat Yachts Builders toen te kennen heeft gegeven dat zij de werknemer niet voor onbepaalde tijd in dienst wilde nemen, maar wel gebruik wilde blijven maken van zijn diensten en dat Yachts Builders daarom heeft bedongen dat de werknemer bij ondertekening van de laatste arbeidsovereenkomst meteen een beëindigingsovereenkomst zou ondertekenen en tot slot dat de werknemer deze overeenkomst onder protest heeft getekend.

Verder is Yachts Builders het niet eens met de overweging van de kantonrechter onder 6. van het bestreden vonnis dat uit punt d. van de preambule van de beëindigingsovereenkomst volgt, dat Yachts Builders op de hoogte was van het standpunt van de werknemer dat hij niet kon instemmen met de wens van de werkgever om ook de vierde overeenkomst tijdelijk van aard te laten zijn, omdat hij dan na ommekomst van de termijn zijn baan zou verliezen.

7.2.2. Het standpunt van Yachts Builders komt er samengevat op neer, dat de werknemer altijd heeft gezegd op zijn 61ste jaar met vroegpensioen te willen gaan. Eind november 2010 is na

onderzoek door de HR manager bij Yachts Builders, en de werknemer gebleken dat de werknemer, in tegenstelling tot wat hij steeds had gedacht, in 2011 niet van de vroegpensioenregeling gebruik kon maken. Om de werknemer bij deze tegenvaller tegemoet te komen en hem tijd te gunnen om een nieuwe baan te zoeken, is Yachts Builders, na daartoe eerst juridisch advies te hebben ingewonnen, eind 2010, begin 2011 met de werknemer overeengekomen dat partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zouden aangaan, waarbij zij tevens een vaststellingsovereenkomst zouden sluiten waarin werd afgesproken dat die arbeidsovereenkomst op 1 januari 2012 zou eindigen. De werknemer was daar blij mee volgens Yachts Builders en kon instemmen met de daartoe gemaakte afspraken. Punt d. uit de preambule van de vaststellingsovereenkomst is volgens Yachts Builders opgenomen om een mogelijke WW-uitkering van de werknemer na afloop van de vierde arbeidsovereenkomst zoveel mogelijk te waarborgen. De werknemer was volgens Yachts Builders exact op de hoogte van de betekenis en de gevolgen van deze afspraken. Bovendien heeft Yachts Builders de werknemer nog geadviseerd en in de gelegenheid gesteld om juridisch advies omtrent een en ander in te winnen (artikel 10. vaststellingsovereenkomst).

7.2.3. De werknemer heeft deze stellingen van Yachts Builders betwist en de betreffende overwegingen van de kantonrechter als juist beoordeeld. De werknemer stelt nooit op eigen initiatief over vroegpensioen te hebben gerept bij Yachts Builders en hij heeft nooit zelf aangegeven in 2011 met vroegpensioen te willen gaan. Hij bevestigt wel dat hij met de HR manager over een mogelijk vroegpensioen per 18 februari 2011 heeft gesproken in november 2010 en dat toen gebleken is dat dat niet mogelijk was. De werknemer heeft ter gelegenheid van het pleidooi gesteld dat hij reeds in november 2010 de vaststellingsovereenkomst heeft getekend en eerst veel later de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is de werknemer door en op initiatief van Yachts Builders voorgelegd. Hij stelt dat hij geen keuze had en dat hij de vaststellingsovereenkomst wel moest tekenen, omdat hij anders per 18 februari 2011 werkloos zou zijn geweest.

7.2.4. Het hof komt in het navolgende op voormelde stellingen terug.

7.3. De grieven 3, 4 en 5

Artikel 7: 668a lid 1 BW luidt:

“Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen:

a. (...)

b. meer dan 3 voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan 3 maanden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.”

De werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat de (vierde) arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in combinatie met de vaststellingsovereenkomst maakt dat feitelijk sprake is van een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die ingevolge artikel 7: 668a BW – dat van driekwart dwingend recht is en waarvan bij CAO niet ten nadele van de werknemer van af is geweken – geldt als voor onbepaalde tijd aangegaan.

Het hof verwerpt dit standpunt. Vast staat dat partijen een vierde arbeidsovereenkomst doch nu voor onbepaalde tijd zijn overeengekomen. Tussen partijen is niet in geschil dat boven die overeenkomst ten onrechte is vermeld: “arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd”. Het feit dat partijen tegelijkertijd met het sluiten van de arbeidsovereenkomst een andere overeenkomst hebben gesloten, waarbij werd afgesproken dat genoemde arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden zou worden beëindigd per 1 januari 2012, kan aan de onbepaaldheid van de (vierde) arbeidsovereenkomst niet afdoen. Van een (vierde) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is gelet op de bewoordingen van beide genoemde overeenkomsten derhalve geen sprake.

Artikel 7: 668a lid 1 sub b BW mist in zoverre (directe) toepassing.

7.3.1. De werknemer heeft zich verder op het standpunt gesteld dat de vaststellingsovereenkomst nietig is omdat de bedoeling daarvan is artikel 7: 668a BW te omzeilen. De werknemer heeft ook gesteld dat zijn wil niet gericht was op het beëindigen van de vierde arbeidsovereenkomst, maar op het behoud van werk en inkomen.

De kantonrechter heeft in r.o. 8. van het bestreden vonnis overwogen dat uit de preambule van de beëindigingsovereenkomst blijkt dat de werkelijke wil van de werknemer niet gericht was op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en verder dat het uitsluiten van de gevolgen van artikel 7: 668a BW de enige reden is die aan de beëindigingsovereenkomst ten grondslag ligt.

Een dergelijke overeenkomst, die niet beheerst wordt door de bepalingen van titel 15 van boek 7 BW en die overigens in strijd is met de openbare orde en/of de goede zeden, is daarom nietig, aldus de kantonrechter.

Hiertegen zijn de grieven 3 en 4 van Yachts Builders gericht.

Yachts Builders heeft betwist dat sprake is van ontduiking van artikel 7: 668a BW. De argumenten van Yachts Builders daarvoor zijn in 7.2.2. weergegeven. Verder is volgens Yachts Builders wel sprake van een vaststellingsovereenkomst, is artikel 7: 902 BW van toepassing en is geen sprake van een overeenkomst in strijd met de goede zeden of de openbare orde.

De door de werknemer aangevoerde argumenten zijn vermeld onder 7.2.3.

7.3.2. Het hof oordeelt als volgt.

Grief 4 slaagt op grond van het volgende.

De tussen partijen gesloten beëindigingsovereenkomst moet worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7: 900 BW. Immers, die overeenkomst is kennelijk gesloten ter voorkoming van een (toekomstige) onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen partijen rechtens geldt, nu partijen zekerheid wensten omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en gezien de achtergrond van het aanbod aan de werknemer om nogmaals een arbeidsovereenkomst aan te gaan elk conflict daarover kennelijk wilden uitsluiten. Het hof verwijst daartoe naar het bepaalde in artikel 11 van de vaststellingsovereenkomst.

Ingevolge artikel 7: 902 BW is een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de openbare orde of de goede zeden. Voor zover in dit geval al sprake zou zijn van strijd met dwingend recht, te weten – indirecte – strijd met artikel 7: 668a BW, dan is de overeenkomst dus toch geldig.

Dat en waarom sprake zou zijn van strijd met de openbare orde of de goede zeden heeft de werknemer niet onderbouwd, anders dan door te stellen dat bewust is afgeweken van een driekwart-dwingende wetsbepaling. Dat is echter – als daar al sprake van zou zijn – zonder nadere toelichting, die ontbreekt, onvoldoende om te concluderen tot strijd met de openbare orde of de goede zeden. Het oordeel van de kantonrechter dat een overeenkomst gericht op het buiten werking stellen van een (driekwart) dwingende wetsbepaling ipso facto nietig is wegens strijd met de openbare orde of goede zeden (zodat in dat geval geen beroep behoeft te worden gedaan op de vernietigbaarheid ervan) is daarom rechtens onjuist.

Overigens zou ingevolge artikel 3: 40 lid 2 BW hooguit sprake kunnen zijn van vernietigbaarheid, nu de bepaling van artikel 7: 668a BW strekt tot bescherming van de werknemer. (De advocaat van) de werknemer heeft weliswaar buitengerechtelijk de nietigheid van de vaststellingsovereenkomst ingeroepen (prod. 6 inl. dgv.), doch deze is betwist door Yachts Builders. De werknemer heeft vervolgens niet in rechte vernietiging van de vaststellingsovereenkomst, dan wel een verklaring voor recht dat hij de vaststellingsovereenkomst terecht buitengerechtelijk heeft vernietigd, gevorderd. Voor zover de kantonrechter r.o. 11. van het bestreden vonnis heeft geoordeeld dat een beroep op vernietiging niet nodig is, is dat oordeel niet juist en slaagt ook grief 5.

Voor zover de werknemer heeft gesteld dat Yachts Builders heeft gehandeld in strijd met artikel 7: 677 lid 4 BW (de Ragetlie-regel) moet dat standpunt worden verworpen nu de in dat artikellid bedoelde situatie (arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd omgezet in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd) zich hier niet voordoet.

7.3.3. Resteert de stelling van de werknemer dat hij de vaststellingsovereenkomst onder protest heeft getekend, dat hij zich gedwongen voelde de vaststellingsovereenkomst te tekenen en dat zijn wil niet gericht was op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar op het behoud van werk en inkomen. Deze stellingen vat het hof op als een beroep op misbruik van omstandigheden (artikel 3: 44 lid 4 BW).

Gezien de diametraal tegenover elkaar staande stellingen van partijen met betrekking tot de feiten, zie 7.2.2. en 7.2.3., zou het ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv op de weg van de werknemer hebben gelegen om zijn stellingen te bewijzen. De door de werknemer gestelde feiten, mits bewezen, zouden onder omstandigheden kunnen leiden tot de conclusie dat sprake is van misbruik van omstandigheden door Yachts Builders. Het hof komt echter niet aan een bewijsopdracht toe en verwerpt het bewijsaanbod van de werknemer als niet ter zake dienend gelet op het volgende.

Een rechtshandeling is vernietigbaar wanneer zij door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen (artikel 3: 44 lid 1 BW). De werknemer heeft daar echter geen rechtsgevolg aan verbonden, namelijk in rechte geen vernietiging, dan wel een verklaring voor recht dat de vaststellingsovereenkomst terecht door hem buitengerechtelijk is vernietigd, gevorderd. Daarbij wordt volledigheidshalve opgemerkt dat de werknemer – overigens terecht – geen grief heeft gericht tegen de afwijzing van de door hem gevorderde verklaring voor recht dat de opzegging door Yachts Builders per 1 januari 2012 nietig is, nu immers geen opzegging heeft plaatsgevonden.

De vaststellingsovereenkomst blijft daarom hoe dan ook in stand, hetgeen betekent dat de arbeidsovereenkomst op 1 januari 2012 is geëindigd.

Overigens merkt het hof op dat de stellingen van de werknemer in het licht van de gedetailleerde informatie van de zijde van Yachts Builders vaag en zonder details, nauwelijks te plaatsen in de tijd, en daarom weinig geloofwaardig zijn. Met name de van zijn eerdere stelling afwijkende verklaring van de werknemer ter gelegenheid van het pleidooi dat hij de vaststellingsovereenkomst reeds in november 2010 zou hebben getekend en tevens dat hij nimmer uit zichzelf heeft gesproken over de mogelijkheid/wenselijkheid van vroegpensioen, komt het hof nogal vreemd voor. Daartegenover zijn stellingen van Yachts Builders en de door haar overgelegde verklaringen van de HR manager en de Assistent to manager shipbuilding production bij Yachts Builders, (prod. 1 en 2 mvg) veeleer consistent te noemen. De verklaring die Yachts Builders heeft gegeven voor het opnemen van punt d. in de preambule van de vaststellingsovereenkomst is daarbij alleszins voorstelbaar.

7.4. Nogmaals de grieven 1 en 2 en de overige grieven

Op grond van het vorenoverwogene behoeven de grieven 1 en 2 geen verdere bespreking meer. Grief 6 slaagt. De grieven 7, 8 en 9 hoeven geen bespreking meer.

7.5. Slotsom

Gelet op het vorenoverwoge dient het vonnis waarvan beroep te worden vernietigd en dienen de vorderingen van de werknemer in conventie alsnog afgewezen te worden. De vordering van Yachts Builders in reconventie, te weten een verklaring voor recht dat de tussen de werknemer en Yachts Builders bestaande arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd, wordt toegewezen.

De werknemer dient als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de eerste aanleg en het hoger beroep veroordeeld te worden.

8. De uitspraak

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen;

in zoverre opnieuw rechtdoende :

wijst de vorderingen van de werknemer in conventie alsnog af;

wijst de vordering van Yachts Builders in reconventie toe en verklaart voor recht dat de tussen de werknemer en Yachts Builders bestaande arbeidsovereenkomst met ingang van 1 januari 2012 is beëindigd;

veroordeelt de werknemer in de proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep, welke kosten tot op heden aan de zijde van Yachts Builders worden begroot op € 1.000,= aan salaris advocaat in eerste aanleg en op € 749,17 aan verschotten en op € 4.632,= aan salaris advocaat voor het hoger beroep en voor wat betreft de nakosten op € 131,= indien geen betekening plaatsvindt, dan wel op € 199,= vermeerderd met de exploitkosten indien niet binnen veertien dagen na de datum van dit arrest is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordelingen en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden;

en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

» Noot

De bovenstaande uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch is voor de praktijk een zeer interessante. De daarin neergelegde opvatting van het Hof brengt namelijk uitkomst voor werkgevers die een vierde (en eventueel vijfde, zesde, etc.) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op rij willen overeenkomen maar niet geconfronteerd willen worden met de beperkingen die te dier zake uit art. 7:668a BW voortvloeien. De vraag is of de opvatting van het Hof juist is.

De belangrijkste overweging van het Hof is te vinden in r.o. 7.3.2. Het Hof stelt hier dat voor zover al sprake zou zijn van strijd met art. 7:668a BW, de beëindigingsovereenkomst tóch geldig is omdat deze moet worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:902 BW, welke ook geldig is als zij in strijd mocht blijken te zijn met dwingend recht.

Al eerder heb ik uiteengezet dat de betekenis van art. 7:902 BW voor wat betreft de mogelijkheid om van dwingend recht af te wijken niet overschat mag worden (zie R.L. van Heusden, *Beëindigingsovereenkomsten en het recht op WW-uitkering* (diss.), Deventer: Kluwer 2006, p. 165 e.v.).

In de eerste plaats kan worden opgemerkt dat art. 7:902 BW slechts ziet op vaststellingsovereenkomsten *ter beëindiging* van onzekerheid of geschil. Dit houdt een beperking in, aangezien art. 7:900 BW ook spreekt over vaststellingsovereenkomsten *ter voorkoming* van onzekerheid of geschil (zie hieromtrent Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/156). 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. Tot genoemd moment bestond er geen onzekerheid omtrent hetgeen rechtens tussen partijen gold, nu duidelijk was dat de bestaande arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gewoon van rechtswege zou eindigen. Verdedigd kan aldus worden dat van een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:902 BW geen sprake was.

Dat zou eventueel 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. Een verschil is ook dat partijen in een dergelijk geval de vaststellingsovereenkomst van art. 7:902 BW helemaal niet nodig hadden gehad, nu het arbeidsrecht zich er niet tegen verzet dat een werknemer meewerkt aan het met wederzijds goedvinden beëindigen van een eenmaal bestaande arbeidsovereenkomst. Het is het *op voorhand* - reeds bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst - afstand doen van arbeidsrechtelijke bescherming dat op problemen stuit.

In de tweede plaats kan worden opgemerkt dat uit de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat de mogelijkheid om via een vaststellingsovereenkomst af te wijken van dwingend recht niet zo ver gaat dat partijen reeds bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst het oogmerk mogen hebben om afspraken te maken die strijdig zijn met dwingend recht. De toelichting bij het Ontwerp-Meijers, dat aan de basis van het huidige art. 7:902 BW staat, vermeldt in dit verband onder meer:

"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 (...)."

De Hoge Raad overwoog ten aanzien van art. 7:902 BW in zijn arrest van 21 april 1995 (NJ 1997/570) het volgende:

"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."

Volgens de Hoge Raad is art. 7:902 BW aldus bedoeld uitkomst te bieden voor gevallen waarin onzekerheid bestaat over (i) de uitleg van een regel van dwingend recht of (ii) omtrent het resultaat waartoe een door een zodanige regel beheerste verhouding van partijen in het gegeven leidt, maar niet bedoeld om partijen de mogelijkheid te bieden van dwingend recht af te wijken indien op voorhand duidelijk is dat hetgeen partijen voor ogen hebben daarmee strijdig is (zie onder meer ook M. van Zijst, *De vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht* (diss.), Amsterdam 2001, p. 59, de annotatie van Van Schilfgaarde bij HR 5 april 1991, *NJ* 1992/244 en A. Stege, 'De vaststellingsovereenkomst en de CAO', *SMA* 2002, p. 515).

In de casus die ten grondslag lag aan het onderhavige arrest van het Hof 's-Hertogenbosch 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 daarentegen dat partijen zich er terdege van bewust waren dat de voortzetting van de dienstbetrekking 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.

De eventuele tegenwerping dat partijen wel degelijk in onzekerheid verkeerden of 7:668a BW zich tegen deze constructie verzette nu in art. 7:668a BW 'slechts' gesproken wordt over bepaalde tijd contracten, en niet over arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd tevens beëindigingsovereenkomsten, en aan deze onzekerheid een einde wilde 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 (Broekema-Engelen 2011 (T&C BW), art. 7:902 BW, aant. 3b).

In de derde plaats kan worden opgemerkt dat het aan het arbeidsrecht ten grondslag liggende beginsel van ongelijkheidscompensatie een op de strekking van het arbeidsrecht aangepaste toepassing van leerstukken uit andere delen van het vermogensrecht mogelijk maakt, en aldus tot een (nog) terughoudender toepassing van een bepaling als die van art. 7:902 BW kan leiden (vgl. in dit verband de rechtspraak van de Hoge Raad inzake de toelaatbaarheid van in de arbeidsovereenkomst opgenomen ontbindende voorwaarden). De strekking van het arbeidsrecht verzet zich in mijn optiek tegen een constructie als de onderhavige nu daarmee door de werknemer op voorhand afstand gedaan wordt van ontslagbescherming, inclusief die welke voortvloeit uit het BBA (vgl. Van der Grinten 2011, p. 345 en Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/298).

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 is (zie Van Tuinen/Taxicentrale Wolters e.d.). 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.

mr. R.L. van Heusden,