

viesregeling overigens meer dan in situaties waarin het EHRM concludeert dat de overheidsrechter het fout heeft gedaan. Dat leidt niet tot daadwerkelijk herstel tussen betrokkenen. Maar dit terzijde. Of de inhoud van het bindend advies meer of minder lijkt op rechtspraak, doet er voor de aansprakelijkheid mijns inziens niet toe. Evenmin of sprake is van een ad hoc of van een geïnstitutionaliseerd bindend advies. De aansluiting voor de aansprakelijkheid van een bindend adviseur bij rechtspraak of arbitrage legt daarom volgens mij het accent helemaal verkeerd. Dit geldt ook voor de overweging van de Hoge Raad in r.o. 3.3 slot dat bindend adviseurs net als rechters en arbiters in vrijheid en onbevangenheid moeten kunnen oordelen. Ik heb mij hiertegen al gekeerd in mijn noot onder HR 4 december 2009, NJ 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (*Greenwold/Arbiters*). Wel mogelijk en eigenlijk onvermijdelijk is een exoneratieclausule voor bindend adviseurs. Die moet aan dezelfde eisen worden getoetst als bij andere beroepsbeoefenaren. Zie over deze relatie van gewone beroepsaansprakelijkheid voor bindend adviseurs en exoneratie, recent Van Schaick, t.a.p. 2013, met verdere verwijzingen ook naar de discussie over de meest wenselijke maatstaf voor de aansprakelijkheid van bindend adviseurs.

18. Daarnaast zou van ad hoc bindend adviseurs verlangd mogen worden dat zij zich tevoren meer rekenschap geven waar zij aan beginnen, ook wat betreft de procedurele aspecten van het werk, en dat zij daarom hetzij aansluiting zoeken bij een bestaand reglement hetzij duidelijker afspreken wat partijen van hen mogen verwachten, inhoudelijk en procedureel. Een jurist als (mede) bindend adviseur zou al veel kunnen opvangen. Men mag dit betreuren, omdat het kan leiden tot juridisering, maar ik betwijfel of het in de huidige tijd nog anders kan.

J.B.M. Vranken

NJ 2015/156

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

9 januari 2015, nr. 13/05569

(Mrs. E.J. Numann, A.M.J. van Buchem-Spapens, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. de Groot; A-G mr. G.R.B. van Peursem)
m.nt. G.J.J. Heerma van Voss

Art. 7:668a, 7:900, 7:902 BW

JAR 2015/36

JWB 2015/21

RAR 2015/42

TRA 2015/39

ar 2015/55

NJB 2015/155

RvdW 2015/139

Prg. 2015/55

ECLI:NL:PHR:2014:1869

ECLI:NL:HR:2015:39

Arbeidsovereenkomst; art. 7:668a BW; vierde, opvolgende arbeidsovereenkomst gesloten voor bepaalde of onbepaalde tijd?; uitleg; oogmerk partijen; alle omstandigheden van het geval; betekenis samenhangende vaststellingsovereenkomst waarin beëindiging arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Vaststellingsovereenkomst; art. 7:902 BW; vaststelling (beslissing) geldig ondanks strijd dwingend recht?

Bij de beantwoording van de vraag of partijen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dan wel onbepaalde tijd zijn overeengekomen, dient niet alleen acht te worden geslagen op de tekst van de schriftelijke arbeidsovereenkomst. Voor de beantwoording van de vraag wat partijen zijn overeengekomen gaat het immers mede erom wat zij met de overeenkomst hebben beoogd en daarbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang. In het onderhavige geval is in het bijzonder van belang dat partijen in samenhang met de schriftelijke arbeidsovereenkomst een 'vaststellingsovereenkomst' hebben gesloten, waarin beëindiging van de 'arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd' per een bepaalde datum is overeengekomen. Het hof heeft dit miskend waar het heeft geoordeeld dat de vaststellingsovereenkomst aan de onbepaalde duur van de arbeidsovereenkomst niet kan afdoen.

Weliswaar kan rechtsgeldig een vaststellingsovereenkomst worden gesloten ter voorkoming van een (toekomstig) geschil (art. 7:900 lid 1 BW), maar art. 7:902 BW brengt mee dat de vaststelling alleen dan in strijd mag komen met dwingend recht indien deze strekt ter beëindiging van een – reeds bestaand – geschil (en dus niet strekt ter voorkoming daarvan). Een andere opvatting zou het mogelijk maken bij een zodanige overeenkomst de werking van (semi-)dwingend recht op voorhand uit te sluiten en daarmee het (semi-)dwingende karakter daarvan op ontoelaatbare wijze te ondermijnen.

Werkgever en werknemer hebben achtereenvolgens drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gesloten. Daarna is tussen partijen een vierde arbeidsovereenkomst gesloten en daarbij zijn in een vaststellingsovereenkomst afspraken gemaakt over de duur van deze arbeidsovereenkomst. De vaststellingsovereenkomst houdt onder meer in dat partijen zijn overeengekomen dat de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst op 18 februari 2011 op gelijke arbeidsvoorwaarden wordt verlengd en dat partijen vaststellen dat zij deze arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met wederzijds goedvinden beëindigen met ingang van 1 januari 2012, en voorts dat zij tot vaststelling van deze afspraken zijn gekomen ter voorkoming van onzekerheid en ter vermindering van een procedure daarover. De werknemer stelt zich in de onderhavige procedure op het standpunt dat de vaststellingsovereenkomst nietig is wegens strijd met art. 7:668a BW en dat zijn instemming met de vaststellingsovereenkomst tegen zijn wil is afgedwongen.

Hij vordert een verklaring voor recht dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst tegen 1 januari 2012 nietig is en hij stelt een loonvordering vanaf 1 januari 2012 met nevenvorderingen in. De werkgever vordert in reconventie een verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen per 1 januari 2012 is geëindigd. De kantonrechter heeft in conventie de gevorderde verklaring voor recht afgewezen, maar hij heeft de loonvordering toegewezen over het tijdvak vanaf 1 januari 2012 totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd. De kantonrechter heeft de vordering in reconventie afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter vernietigd, de vorderingen van de werknemer alsnog afgewezen en overeenkomstig de vordering van de werkgever voor recht verklaard dat de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst met ingang van 1 januari 2012 is beëindigd. In cassatie klaagt de werknemer dat het hof ten onrechte bij de uitleg van de overeenkomsten uitsluitend acht heeft geslagen op de bewoordingen van de overeenkomsten en voorts dat een vaststelling ter voorkoming van een (toekomstig) geschil niet in strijd mag komen met bepalingen van dwingend recht.

Bij de beantwoording van de vraag of partijen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dan wel onbepaalde tijd zijn overeengekomen, dient niet alleen acht te worden geslagen op de tekst van de schriftelijke arbeidsovereenkomst. Voor de beantwoording van de vraag wat partijen zijn overeengekomen gaat het immers mede erom wat zij met de overeenkomst hebben beoogd en daarbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang. In het onderhavige geval is in het bijzonder van belang dat partijen in samenhang met de schriftelijke arbeidsovereenkomst de 'vaststellingsovereenkomst' hebben gesloten, waarin beëindiging van de 'arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd' per 1 januari 2012 is overeengekomen. Het hof heeft dit miskend waar het heeft geoordeeld dat tussen partijen vaststaat dat zij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben gesloten en daaraan heeft toegevoegd dat de vaststellingsovereenkomst aan de onbepaalde duur van de arbeidsovereenkomst niet kan afdoen.

Weliswaar kan rechtsgeldig een vaststellingsovereenkomst worden gesloten ter voorkoming van een (toekomstig) geschil (art. 7:900 lid 1 BW), maar art. 7:902 BW brengt mee dat de vaststelling alleen dan in strijd mag komen met dwingend recht indien deze strekt ter beëindiging van een — reeds bestaand — geschil (en dus niet strekt ter voorkoming daarvan). Een andere opvatting zou het mogelijk maken bij een zodanige overeenkomst de werking van (semi-)dwingend recht op voorhand uit te sluiten en daarmee het (semi-)dwingende karakter daarvan op ontoelaatbare wijze te ondermijnen (vgl. Kamerstukken II 1991/92, 17 779, nr. 8, p. 16 en Kamerstukken I 1992/93, 17 779, nr. 95b, p. 3-4).

C., te H., eiser tot cassatie, adv.: mr. S.F. Sagel, tegen
Heesen Yachts Builders B.V., te Oss, verweerster in cassatie, adv.: mr. R.A.A. Duk.

Hof:

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 C. 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 C. 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, C. (De advocaat van) C. heeft weliswaar buitengerechtelijk de nietigheid van de vaststellingsovereenkomst ingeroepen (prod. 6 inl. dg.), doch deze is betwist door Heesen. C. 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 C. heeft gesteld dat Heesen 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 C. 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 C. hebben gelegen om zijn stellingen te bewijzen. De door C. gestelde feiten, mits bewezen, zouden onder omstandigheden kunnen leiden tot de conclusie dat sprake is van misbruik van omstandigheden door Heesen. Het hof komt echter niet aan een bewijsopdracht toe en verwerpt het bewijsaanbod van C. 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). C. heeft daar echter geen rechtsgevolg aan verbonden, namelijk in rechte geen vernietiging, dan wel een verklaring voor recht dat de vaststellingsovereenkomst terecht door hem buitengerechtigd is vernietigd, gevorderd. Daarbij wordt volledigheidshalve opgemerkt dat C. — overigens terecht — geen grief heeft gericht tegen de afwijzing van de door hem gevorderde verklaring voor recht dat de opzegging door Heesen 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 C. in het licht van de gedetailleerde informatie van de zijde van Heesen 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 C. 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 Heesen en de door haar overgelegde verklaringen van N. van Putten en M. de Haas, assistent to manager shipbuilding production bij Heesen, (prod. 1 en 2 mvg) veel meer consistent te noemen. De verklaring die Heesen 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 vorenoverwogene dient het vonnis waarvan beroep te worden vernietigd en dienen de vorderingen van C. in conventie alsnog afgewezen te worden. De vordering van Heesen in reconventie, te weten een verklaring voor recht dat de tussen C. en Heesen bestaande arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd, wordt toegewezen.

C. 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 C. in conventie alsnog af;

wijst de vordering van Heesen in reconventie toe en verklaart voor recht dat de tussen C. en Heesen bestaande arbeidsovereenkomst met ingang van 1 januari 2012 is beëindigd;

Cassatiemiddel:

Onderdeel 1

7. In rov. 7.3 van het bestreden arrest heeft het Hof overwogen en beslist als volgt:

“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.’

C. 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 C. 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.”

8. Deze beslissing van het Hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, althans is onbegrijpelijk gemotiveerd, in het licht van het navolgende.

9. Bij de beantwoording van de vraag of tussen partijen per 18 februari 2011 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan, dan wel een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, heeft het Hof, naar volgt uit in het bijzonder de voorlaatste volzin van rov. 7.3, uitsluitend acht geslagen op de bewoordingen van de vierde arbeidsovereenkomst en de daarmee samenhangende beëindigings-/vaststellingsovereenkomst. Aldus heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting nu het bij de (kwalificatie)vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde- of voor onbepaalde tijd, niet slechts aankomt op de schriftelijke stukken die aan die arbeidsovereenkomst ten grondslag liggen, maar dat daarbij eveneens de feitelijke uitvoering die aan die schriftelijke afspraken is gegeven, alsmede alle overige omstandigheden van het geval, gewicht in de schaal leggen. Ook bij deze kwalificatievraag – te weten: is sprake van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde tijd? – komt het, evenzeer als bij de beantwoording van de vraag of partijen überhaupt een arbeidsovereenkomst zijn aangegaan, aan op hetgeen partijen bij het aangaan van het contract beoogden, mede in aanmerking genomen de feitelijke uitvoering die vervolgens aan hun afspraken is gegeven (zie in dit verband in het bijzonder HR 8 april 1994, *JAR* 1994/94, rov. 3.3). Dat betekent, anders gezegd, dat ook wanneer partijen ‘op papier’ een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zijn overeengekomen, die overeenkomst toch als (opvolgende) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de zin van art. 7:668a BW moet worden aangemerkt, wanneer de feitelijke uitvoering van de afspraken – bezien in samenhang met alle overige omstandigheden van het geval – meebrengt dat het gesloten contract als arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd moet worden aangemerkt. Ook bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een vierde aaneensluitende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de zin van art. 7:668a lid 1 sub b BW, die het in de laatste zinsnede van die bepaling genoemde rechtsgevolg teweeg brengt, behoort – andere gezegd – ‘wezen voor schijn’ te gaan. Dat geldt des te sterker nu deze bepaling, naar blijkt uit de wetsgeschiedenis, beoogt om de rechtspositie van de flexwerker die reeds op grond van drie achtereenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd heeft gewerkt, dwingendrechtelijk te beschermen door hem van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te doen toekomen (zie o.a. Parl. Gesch. Flexwet, p. 500/501).

10. In navolging van het onder 9. gestelde, is de overweging van het Hof in rov. 7.3 dat ‘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 (...) aan de onbepaaldheid van de (vierde) arbeidsovereenkomst niet (kan, toevoeging SFS) afdoen’ evenzeer rechtens onjuist. Die overweging miskent immers dat zo een afspraak – die behelst dat reeds voorafgaand aan het aangaan van de vierde arbeidsovereenkomst, althans bij het aangaan daarvan, een einddatum wordt afgesproken – als feitelijk gegeven wel degelijk kan bijdragen aan het oordeel dat partijen op zodanige wijze uitvoering hebben gegeven aan een door hen gesloten arbeidsovereenkomst dat die overeenkomst (van begin af aan) als arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd moet worden aangemerkt, die dan dus onverkort meetelt in de keten van art. 7:668a lid 1 BW.

11. Op grond van het hiervoor onder 8. tot en met 10. gerelateerde getuigt ook de beslissing als vervat in de laatste volzin van rov. 7.3 dat art. 7:668a BW in dit geval (‘directe’) toepassing mist, van een onjuiste rechtsopvatting. Die beslissing bouwt immers voort op de onjuiste beslissing van het Hof dat de vierde arbeidsovereenkomst die partijen overeen zijn gekomen, geen arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is. Zou die vierde overeenkomst wel een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zijn, dan is immers evident dat art. 7:668a BW wel direct van toepassing is.

12. Voor zover het Hof zijn beslissing in rov. 7.3 heeft gebaseerd op de overweging dat tussen partijen ‘niet in geschil’ is dat boven de vierde arbeidsovereenkomst *ten onrechte* is vermeld ‘arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd’, is die beslissing overigens onbegrijpelijk, nu C. zich – blijkens het bij Memorie van antwoord (‘MvA’) onder 2.15 en 2.16 gestelde, alsmede blijkens het bij MvA onder 4.4.3 gestelde – juist veeleer ter onderbouwing van zijn stelling dat de vierde tussen partijen overeengekomen arbeidsovereenkomst feitelijk wel als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is vormgegeven, heeft beroepen op de titel ‘arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd’ die Heesen boven de vierde arbeidsovereenkomst had gezet. Onbegrijpelijk is hoe het Hof uit die stelling van C. heeft afgeleid dat tussen partijen in confesso is dat de aanduiding ‘arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd’ onjuist is. De stellingen van C. beheldden immers juist dat de titel van de overeenkomst correct reflecteerde wat Heesen beoogde aan te bieden, te weten een vierde arbeidsovereenkomst voor een vooraf bepaalde tijd (in een geval waarin de wet dat niet toestond).

Onderdeel 2

13. In rov. 7.3.2 heeft het Hof overwogen en beslist als volgt:

“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 C. 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 C. 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, C. (De advocaat van) C. heeft weliswaar buitengerechtelijk de nietigheid van de vaststellingsovereenkomst ingeroepen (prod. 6 inl. dgv.), doch deze is betwist door Heesen. C. 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."

Subonderdeel 2a — primair

14. Blijkens de derde alinea van rov. 7.3.2 heeft het Hof bij zijn beoordeling voorop gesteld dat de tussen partijen gesloten beëindigingsovereenkomst moet worden aangemerkt als een vaststellingsover-

eenkomst in de zin van art. 7:900 BW die 'kennelijk' is gesloten 'ter voorkoming' (arcering SFS) van een (toekomstige) onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen partijen rechtens geldt. Partijen wensten immers vooraf zekerheid omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, mede gezien de achtergrond van het aanbod aan C. Dat het Hof de vaststellingsovereenkomst inderdaad heeft aangemerkt als een overeenkomst ter voorkoming van onzekerheid (in de zin van art. 7:900 BW) vindt ook bevestiging in zijn verwijzing, in de laatste volzin van alinea 3 van rov. 3.7.2., naar art. 11 van die overeenkomst (als door het Hof geciteerd in rov. 7.1). In dat art. 11 hebben partijen Immers vastgelegd de overeenkomst te zijn aangegaan op grond van art. 7:900 BW 'ter voorkoming van onzekerheid en ter vermindering van een contentieuze procedure daarover' (arceringen SFS). Partijen hebben dus niet vastgelegd dat sprake is van een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van een reeds bestaand geschil in de zin van art. 7:902 BW.

15. In de vierde alinea van rov. 7.3.2 heeft het Hof vervolgens overwogen en beslist dat uit art. 7:902 BW volgt dat een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij naar inhoud of strekking in strijd komt met de openbare orde of de goede zeden.

16. Daaruit heeft het Hof vervolgens in de laatste volzin van die vierde alinea van rov. 7.3.2. de conclusie getrokken dat dat meebrengt dat 'voor zover in dit geval al sprake zou zijn van strijd met dwingend recht, te weten indirecte strijd met artikel 7:668a BW, (...) de overeenkomst (dan, toevoeging SFS) dus toch geldig is.'

17. De hiervoor onder 16. weergegeven beslissing getuigt van een onjuiste rechtsopvatting omdat het Hof daarmee heeft miskend dat een vaststellingsovereenkomst die wordt gesloten *ter voorkoming van toekomstige* (mogelijke) onzekerheid of geschil — en in die categorie valt de tussen C. en Heesen gesloten vaststellingsovereenkomst, naar het Hof in de derde alinea van rov. 3.7.2 zelf voorop heeft gesteld, 'kennelijk' — niet in strijd mag komen met bepalingen van dwingend recht zoals art. 7:668a BW. Slechts een vaststelling *ter beëindiging* van een reeds bestaande onzekerheid of een reeds bestaand geschil op vermogensrechtelijk gebied is ook geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht (tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde). Bij vaststellingen ter voorkoming van toekomstige onzekerheid of geschil, in welke categorie de tussen Heesen en C. gesloten overeenkomst moet worden geplaatst, bestaat de door art. 7:902 BW geboden mogelijkheid tot afwijking van dwingend recht, anders dan het Hof kennelijk maar ten onrechte heeft gemeend, niet.

Subonderdeel 2b — subsidiair

18. Indien en voor zover de beslissing van het Hof in de vierde alinea van *rov. 7.3.2.* aldus begrepen zou moeten worden dat het Hof daar is *teruggekomen* op zijn oordeel als vervat in de *derde* alinea van *rov. 7.3.2.* en alsnog heeft beslist dat de tussen partijen gesloten beëindigingsovereenkomst (bij nader inzien) moet worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:902 BW die dient *ter beëindiging* van *bestaande* onzekerheid of geschil, is die beslissing onvoldoende, althans onbegrijpelijk, gemotiveerd. Die beslissing is in de eerste plaats onbegrijpelijk in het licht van de — door het Hof in *rov. 7.1* geciteerde — tekst van art. 11 van de tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst, aangezien dat artikel nu juist rept van het aangaan van de overeenkomst *ter 'voorkoming'* van onzekerheid. Die beslissing is daarenboven eens te meer onbegrijpelijk, dan wel onvoldoende gemotiveerd, nu het Hof bij dat oordeel zonder nadere motivering voorbij is gegaan aan het door C. in appel, in navolging van het vonnis van de Kantonrechter, ontwikkelde betoog dat niet valt in te zien welke onzekerheid of welk geschil ten tijde van het aangaan van de beëindigingsovereenkomst bestond met betrekking tot de contractuele relatie tussen partijen. De ten tijde van het aangaan van de beëindigings-/vaststellingsovereenkomst tussen partijen geldende derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zou ingevolge het bepaalde in art. 7:668a lid 1 sub b BW van rechtswege eindigen. Indien daarop aansluitend een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zou worden gesloten, zou die overeenkomst op grond van het bepaalde in art. 7:668a BW van rechtswege automatisch converteren in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Partijen zouden dus, wanneer zij aansluitend aan het derde contract een nieuwe arbeidsovereenkomst zouden aangaan, hoe dan ook gebonden zijn aan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd; zowel wanneer zij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zouden sluiten, als wanneer zij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zouden aangaan. Dat daaromtrent tussen partijen geen misverstand bestond, ligt ook vast in de door het Hof in *rov. 7.1* geciteerde considerans van de vaststellingsovereenkomst sub c. Van enige bestaande onzekerheid of geschil omtrent de rechtspositie van partijen was dus ten tijde van het aangaan van de vaststellingsovereenkomst geen sprake. Die onzekerheid ontstond pas *door het aangaan* van de vaststellingsovereenkomst, in combinatie met een nieuwe arbeidsovereenkomst en wel omdat door die contractuele regeling de onzekerheid opkwam of die regeling toelaatbaar was in het licht van art. 7:668a BW. De Kantonrechter heeft een en ander in *rov. 9* van zijn vonnis duidelijk onder woorden gebracht en daaruit de conclusie getrokken dat op grond van een en ander geen sprake was van een vaststellingsovereenkomst *ter beëindiging* van onzekerheid. C. heeft die beslissing en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen van de Kantonrechter in hoger beroep — zie MvA

onder 4.4.2 — uitdrukkelijk tot zijn eigen stellingen gemaakt met de opmerking dat hij het 'niet beter kan verwoorden' dan de Kantonrechter dat heeft gedaan. Het Hof had op die stellingen dan ook moeten responderen en heeft zijn beslissing dat sprake is van een vaststellingsovereenkomst *ter beëindiging* van een bestaand geschil of onzekerheid, door dat niet te doen onvoldoende gemotiveerd.

Onderdeel 3

19. In *rov. 3.7.2.* heeft het Hof, als gezegd, beslist dat voor zover ervan moet worden uitgegaan dat de tussen partijen gemaakte afspraken wel in strijd zijn met dwingend recht, te weten met art. 7:668a BW, die afspraken gelet op het bepaalde in art. 7:902 BW geldig zijn.

20. Daaraan heeft het Hof vervolgens toegevoegd dat C. zijn stelling dat die afspraken ook strijdig zijn met de openbare orde of de goede zeden, niet heeft onderbouwd anders dan door te stellen dat 'bewust is afgeweken van een driekwart-dwingende wetsbepaling'. Dat is — zo vervolgt het Hof — zonder nadere toelichting onvoldoende om te concluderen tot strijd met de openbare orde of de goede zeden. Het Hof heeft daaraan nog toegevoegd dat hij 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) daarom eveneens rechtens onjuist acht.

21. De onder 20. weergegeven beslissing van het Hof is rechtens onjuist in verband met het navolgende.

22. Anders dan het Hof kennelijk, maar ten onrechte, meent, is het feit dat in een vaststellingsovereenkomst tussen een werknemer en een werkgever *bewust* wordt afgeweken van de dwingendrechtelijke wettelijke regeling van art. 7:668a BW, wel degelijk steeds, althans in beginsel, *in zichzelf* voldoende om te concluderen dat die afwijking in strijd komt met de openbare orde of de goede zeden. Hebben partijen bij een vaststellingsovereenkomst het oogmerk om afspraken te maken waarvan zij *weten/zich bewust* zijn dat deze strijdig zijn met dwingend recht, stellen zij — anders gezegd — dwingend recht terzijde *in de wetenschap* dat er in redelijkheid geen twijfel over kan zijn dat de desbetreffende regeling van dwingend recht een andere uitkomst eist, dan zal dat enkele feit die afspraak steeds, maar in elk geval in beginsel, in strijd doen zijn met de openbare orde of de goede zeden. Dat zal in elk geval hebben te gelden op een terrein als het ontslagrecht als verankerd in afdeling 7:10.9 BW, waar de wetgever, door middel van bepalingen zoals art. 7:668a BW, een fijnmazig en uitgebalanceerd dwingendrechtelijk systeem heeft ontwikkeld dat is gericht op het in het arbeidsrecht fundamentele beginsel van ongelijkheidscompensatie en dat de werknemer nu juist naar zijn aard en strekking beoogt te voorzien van bescherming tegen beëindiging van zijn dienst-

verband, waarmee voor hem niet alleen belangrijke financiële, maar ook zwaarwegende sociale en emotionele belangen gemoeid zijn. Dat betekent wederom dat een vaststellingsovereenkomst, zoals tussen Heesen en C. overeengekomen, die is gericht op het *bewust* omzeilen/afwijken van de rechtsevolgen van art. 7:668a BW in een geval waarin evident is dat die regeling de werknemer bescherming beoogt te bieden, wel degelijk reeds op die enkele grond in strijd is met de openbare orde of de goede zeden, althans daarmee in beginsel strijdig zal zijn. Het Hof heeft dat alles met zijn onder 20. weergegeven beslissing, die uitgaat van een tegenovergesteld uitgangspunt, miskend en aldus is het Hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting.

23. Voorts heeft het Hof in *rov. 3.7.2.* blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te beslissen dat het oordeel van de kantonrechter dat een overeenkomst gericht op het bewust 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) rechtens onjuist is. Met die beslissing heeft het Hof immers miskend dat een vaststelling die naar inhoud of strekking in strijd komt met de openbare orde of goede zeden nietig is (art. 3:40 lid 1 BW) en dat de rechter regels van openbare orde zelfs ambtshalve dient toe te passen (zie HR 14 november 2003, NJ 2004/138).

24. Het Hof heeft in *rov. 3.7.2.* verder nog beslist dat ten aanzien van de tussen C. en Heesen gemaakte afspraak, mits in strijd met art. 7:668a BW, 'hooguit sprake (zou, toevoeging SFS) kunnen zijn van vernietigbaarheid, nu de bepaling van artikel 7:668a BW strekt tot bescherming van de werknemer, C.' Ook deze beslissing is rechtens onjuist. Zulks zowel omdat het Hof aldus heeft miskend dat, in het licht van het hiervoor onder 23. gerelateerde, sprake is van een door art. 3:40 lid 1 BW bestreken geval waarin sprake is van nietigheid en niet van vernietigbaarheid als omdat het Hof aldus heeft miskend dat afspraken in strijd met driekwart dwingend recht — zoals art. 7:668a BW —, waarvan in casu sprake is, leiden tot nietigheid van de gemaakte afspraak, en niet slechts tot vernietigbaarheid daarvan (zie *Kamerstukken II 1993/94*, 23 438, nr. 3 p. 9).

Onderdeel 4

25. Voor zover de beslissing van het Hof in de vierde alinea van *rov. 7.3.3* dat de vaststellingsovereenkomst 'hoe dan ook in stand' blijft, (hetgeen betekent dat de arbeidsovereenkomst op 1 januari 2012 is geëindigd), voortbouwt op de door de voorgaande onderdelen bestreden beslissingen, kan die beslissing bij gegrond bevinding van één of meer van de voorgaande klachten evenmin in stand blijven. Gegrondbevinding van één of meer van die klachten vitiëert dan ook de beslissing als vervat in de vierde alinea van *rov. 7.3.3*.

Onderdeel 5

26. In *rov. 7.5* heeft het Hof beslist dat het in prima gewezen vonnis vernietigd dient te worden, dat de vorderingen van C. alsnog integraal afgewezen moeten worden, terwijl de door Heesen gevorderde verklaring voor recht moet worden toegevoegd, onder veroordeling van C. in de kosten van beide instanties. Deze beslissingen bouwen voort op de door de (klachten van de) *onderdelen 1 tot en met 4* bestreden beslissingen en getuigen derhalve eveneens op de in die onderdelen weergegeven gronden van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn zij op grond van het in die onderdelen gestelde onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.

Op grond van dit middel:

Vordert C. dat het arrest waartegen het cassatieberoep is gericht door de Hoge Raad zal worden vernietigd, met zodanige verdere beslissing als de Hoge Raad passend zal achten, kosten rechtens.

Conclusie A-G mr. G.R.B. van Peursem:

Konden partijen in deze zaak na drie aansluitende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en een daar weer op aansluitende vierde arbeidsovereenkomst meteen bij het aangaan van deze vierde overeenkomst een vaststellingsovereenkomst sluiten ter beëindiging van die laatste arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden na verloop van ongeveer één jaar om zo art. 7:668a lid 1 sub b BW uit de ketenregeling te omzeilen? Volgens de kantonrechter kan dat niet, maar het hof ziet dat anders. Het daartegen gerichte cassatiemiddel van C. slaagt mijns inziens (Heesen heeft zich gerefereerd in cassatie).

1. Feiten¹ en procesverloop

1.1 C., geboren in 1950, is in dienst (geweest) van Heesen als projectleider shipbuilding production op de betreffende afdeling. Tussen Heesen en C. zijn achtereenvolgens drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gesloten, te weten:

1. van 18 augustus 2008 tot 18 augustus 2009,
2. van 18 augustus 2009 tot 18 februari 2010 en
3. van 18 februari 2010 tot 18 februari 2011.²

Op deze arbeidsovereenkomsten en de na te noemen arbeidsovereenkomst is de cao Metalekro van toepassing.

Daarna is tussen hen een vierde arbeidsovereenkomst³ gesloten met ingang van 18 februari 2011. In

1 *Rov. 7.1* van het arrest van 30 juli 2013 van Gerechtshof 's-Hertogenbosch. Zie ook het vonnis van de kantonrechter te 's-Hertogenbosch van 31 mei 2012, *rov. 4.1-4.3*.

2 Resp. overgelegd als prods. 1, 3 en 4 bij inleidende dagvaarding.

3 Of de vierde arbeidsovereenkomst (vgl. prod. 5 bij inleidende dagvaarding) voor bepaalde of onbepaalde tijd heeft te gelden, is nu juist (ook in cassatie) in geschil, zodat ik de tijds-kwalificatie 'voor onbepaalde tijd' uit de feitenvaststelling door het hof in *rov. 7.1* op p. 2 van het bestreden arrest hier heb weggelaten.

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,⁴ 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."

1.2 Bij brief van 13 december 2011⁵ is namens C. de nietigheid van de vaststellingsovereenkomst ingeroepen.

1.3 Heesen heeft met ingang van 1 januari 2012 de salarisbetalingen aan C. gestaakt, zich daartoe beroepend op de omstandigheid dat ingevolge de beëindigingsovereenkomst de arbeidsrelatie met ingang van die dag was geëindigd.

1.4 Bij beschikking van 31 mei 2012 heeft de kantonrechter de hiervoor genoemde vierde arbeidsovereenkomst tussen Heesen en C. voorwaardelijk ontbonden per 1 juli 2012 onder toekenning van een schadevergoeding aan C. van € 49.000.

1.5 C. stelt in eerste aanleg dat de vaststellingsovereenkomst nietig is wegens strijd met het (driekwart) dwingend karakter van art. 7:668a BW en dat zijn instemming met de vaststellingsovereenkomst tegen zijn wil is afgedwongen. Hij vordert in conventie onder meer een verklaring voor recht dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst tegen 1 januari 2012 nietig is en stelt een loonvordering in vanaf 1 januari 2012 met nevenvorderingen. Heesen vordert in reconventie een verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen per 1 januari 2012 is geëindigd.

1.6 De kantonrechter gelast een comparitie van partijen op 14 mei 2012, waarvan geen proces-verbaal aanwezig is in de gefourneerde procesdossiers.

1.7 Bij vonnis van 31 mei 2012 wijst de kantonrechter de door C. gevorderde verklaring voor recht af (omdat geen sprake is van een opzegging), maar de loonvordering toe vanaf 1 januari 2012 totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal worden beëindigd (met rente, onder gedeeltelijke matiging van de gevorderde verhoging en afwijzing van de buitengerechtelijke kosten). De in reconventie gevorderde verklaring voor recht door Heesen (dat de arbeidsverhouding is geëindigd per 1 januari 2012) wijst de kantonrechter af (rov. 12.1). Daartoe wordt overwogen dat Heesen in de preambule van de vaststellingsovereenkomst erkent dat de vierde arbeidsovereenkomst krachtens art. 7:668a lid 1 sub b BW een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is geworden en daarmee ook bekend zal zijn met lid 5 van dat artikel (rov. 5). Het staat partijen niet vrij om bij overeenkomst af te wijken van art. 7:668a lid 1 sub b BW (rov. 7). Die afwijking is de enige reden voor het sluiten van de vaststellingsovereenkomst, nu uit de preambule blijkt dat de werkelijke wil van C. niet was gericht op beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar op behoud van inkomen na 18 februari 2011. Aanvaarding van een dergelijke contractuele afwijkmogelijkheid zou de bescherming van de zwakke positie van een werknemer met een aflopend tijdelijk contract uit de ketenregeling 'in één klap volstrekt zinloos' maken (rov. 8). De vaststellingsovereenkomst kan niet kwalificeren als een overeenkomst bedoeld in art. 7:902 BW nu deze geen vaststelling van rechtsposities bevat die duidelijkheid moet bieden ter beëindiging van onzekerheid of een geschil op vermogensrechtelijk gebied. De tussen partijen feitelijk en juridisch bestaande situatie per 18 februari 2011 was volstrekt helder en duidelijk. En als de bedoeling voorzat om op voorhand een onzekere situatie per 1 januari 2012 te

4 Ook als prod. 5 bij inleidende dagvaarding overgelegd.

5 Zie prod. 6 bij de inleidende dagvaarding.

beëindigen, dan heeft te gelden dat een dergelijke onzekerheid niet bestond, omdat ook Heesen in de overeenkomst zelf al erkent dat verlenging van de relatie na 18 februari 2011 zou leiden tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

“De overeenkomst beoogt dus niet een einde te maken aan onzekerheid, maar beoogt om in afwijking van een zekere situatie een andere rechtspositie in het leven te roepen, waarvan de wetgever nu juist heeft bepaald dat dat niet ter vrije dispositie van de contractspartijen staat. Evenmin kan worden geoordeeld dat de beëindigingsovereenkomst dient ter beëindiging van een geschil tussen partijen.” (rov. 9).

Zelfs wanneer dit anders zou zijn, heeft te gelden dat een overeenkomst die bewust wordt aangegaan om een door de wetgever aan werknemers geboden dwingendrechtelijke bescherming te omzeilen, nietig is wegens strijd met de openbare orde en/of goede zeden ‘die bepaaldelijk vergen dat werkgevers deze mogelijkheid moet worden onthouden’ (rov. 10). Dat C. niet de vernietiging van de beëindigingsovereenkomst heeft ingeroepen, is niet relevant, omdat een beroep op vernietiging niet nodig was, nu de overeenkomst nietig is. Het beroep op dwaling van Heesen wordt gepasseerd, omdat C. daar geen vernietigingsvordering aan koppelt en deze ook overigens niet zou kunnen opgaan, omdat uit de preambule van de vaststellingsovereenkomst de bedoeling van partijen duidelijk blijkt (rov. 11).

1.8 Heesen komt op 13 augustus 2012 in hoger beroep van het vonnis. C. voert verweer.

1.9 Het hof gelast bij tussenarrest van 6 november 2012 een comparitie van partijen, waarvan proces-verbaal is opgemaakt dat bij de stukken zit. Bij eindarrest van 30 juli 2013 vernietigt het hof het vonnis van de kantonrechter, wijst de vorderingen van C. alsnog af en die van Heesen toe en verklaart voor recht dat de tussen C. en Heesen bestaande arbeidsovereenkomst met ingang van 1 januari 2012 is beëindigd. Daartoe overweegt het hof met name in de centrale rov. 7.3, 7.3.2 en 7.3.3, die hierna bij de beoordeling van de cassatieklachten geciteerd worden.

1.10 C. heeft — tijdig — beroep in cassatie ingesteld van het arrest van 30 juli 2013. Heesen concludeert in cassatie tot referte, maar ‘tekent daarbij wel aan dat naar haar oordeel een beslissing als die van het hof op andere gronden dan door het hof daarvoor aangevoerd, wel degelijk mogelijk is. Na vernietiging zal moeten worden onderzocht of die gronden inderdaad aanwezig zijn’ (zij licht dit nader toe bij s.t.). Partijen hebben vervolgens hun standpunten schriftelijk doen toelichten en afgezien van re- en dupliek.

2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel bestaat uit een inleiding en vijf onderdelen, waarvan onderdelen 4 en 5 louter voortbouwend zijn. Volgens mij zijn ze allemaal gegrond, voor zover daar belang bij bestaat in cassatie.

2.2 *Onderdeel 1* richt zich met een rechts- en een subsidiaire motiveringsklacht tegen de beslissing van het hof in rov. 7.3 over de kwalificatievraag of bij de laatste arbeidsovereenkomst sprake is van bepaalde of onbepaalde tijd:

“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.’

C. 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 C. van⁶ 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.”

2.3 De rechtsklacht is drieledig. In de eerste plaats houdt deze in dat het hof bij deze kwalificatievraag ten onrechte alleen op de tekst van de vierde arbeidsovereenkomst en de daarmee samenhangende beëindigings-/vaststellingsovereenkomst heeft gelet, zoals met name volgt uit de voorlaatste zin van rov. 7.3. Dat is volgens deze klacht niet juist, omdat het bij deze vraag niet alleen aankomt op de schriftelijke stukken die aan de arbeidsovereenkomst ten grondslag liggen maar ook op de feitelijke uitvoering die aan die schriftelijke afspraken is gegeven en alle overige omstandigheden van het geval, zo volgt uit HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322,

⁶ Typo staat zo in het arrest.

JAR 1994/94, rov. 3.3.⁷ Het onderdeel betoogt dat dit in de tweede plaats betekent dat het oordeel van het hof dat art. 7:668a BW directe toepassing mist getuigt van een onjuiste rechtsopvatting nu heeft te gelden dat tussen partijen een vierde overeenkomst voor *bepaalde* tijd tot stand is gekomen. Het laatste deel van de rechtsklacht van onderdeel 1 ziet op de passage in rov. 7.3 dat de beëindigingsovereenkomst niet afdoet aan het onbepaalde tijds karakter van de vierde arbeidsovereenkomst. Daarnaast klaagt het onderdeel dat rov. 7.3 onbegrijpelijk is gemotiveerd nu tussen partijen wel geschil bestaat over de vraag of de arbeidsovereenkomst van 18 februari 2011 voor bepaalde of onbepaalde tijd is aangegaan.

2.4 De *rechtsklacht van onderdeel 1* acht ik in ieder geval gegrond voor de derde loot daarvan (dat het er voor het onbepaalde tijds karakter in de omstandigheden van dit geval niet toe zou doen dat tegelijk met de vierde arbeidsovereenkomst een beëindigingsovereenkomst is gesloten). Dat impliceert ook gegrondheid van het tweede deel van de rechtsklacht van onderdeel 1 (gericht tegen het oordeel dat art. 7:668a BW directe toepassing zou missen). Heesen heeft gelijk dat niet elke omzeiling van de ketenregeling ongeoorloofd is, zoals bijvoorbeeld blijkt uit het *Greenpeace*-arrest,⁸ maar dit gaat mijns inziens te ver; een dergelijke *beëindigingsovereenkomst bij voorbaat* maakt de bescherming uit de ketenregeling van de zwakke positie van een werknemer na drie tijdelijke contracten domweg illusoir, zoals ook de kantonrechter al vond. Het holt daarmee zoiets fundamenteels als ontslagbescherming in het arbeidsrecht gedeeltelijk uit. Dat die beschermingsgedachte⁹ nog springlevend is, blijkt onder meer uit de komende aanpassing op dit punt in de Wet werk en zekerheid van 14 juni 2014 (*Stb.* 2014, 216), die op 1 juli 2015 in werking zal treden, waarbij de periode uit art. 7:668a lid onder b wordt teruggebracht van 36 naar 24 maanden – en dus wordt aangescherpt. Op grond van de ‘wezen gaat voor schijn’-doctrine in het arbeidsrecht¹⁰ waar het onderdeel terecht op wijst, moet je – rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, waar-

onder de feitelijke uitwerking van de schriftelijk gemaakte afspraken¹¹ – kijken wat er zich hier feitelijk heeft afgespeeld en naar de bedoeling van partijen. Ik kan het samenstel van afspraken uit de vierde overeenkomst en de vaststellingsovereenkomst en de daaraan gegeven uitvoering niet anders zien dan als een afspraak die inhoudt dat *al bij het sluiten van het contract een einddatum wordt vastgesteld* en dat is volgens mij – hoe je dat ook formeel probeert in te kleden – op de keper beschouwd niets anders dan een overeenkomst voor *bepaalde* tijd (en dat staat ook nog eens als kopje boven de vierde overeenkomst). In zoverre slagen volgens mij (in ieder geval) de rechtsklachten tegen de passages uit rov. 7.3 dat voor de kwalificatie bepaalde tijd/onbepaalde tijd de beëindigingsovereenkomst geen afbreuk zou doen aan het onbepaalde tijds karakter van de vierde arbeidsovereenkomst en dat art. 7:668a BW niet direct toepasselijk zou zijn. Of het hof alleen op de contractsteksten zou hebben gelet (de eerste loot van de rechtsklacht van onderdeel 1) kan dan in het midden blijven.

2.5 Voor zover ik dit niet goed zou zien, nog kort de *subsidiäre motiveringsklacht van onderdeel 1*. Die slaagt ook. Al bij een marginale toets in casu is de aangevallen (feitelijke)¹² uitleg van het hof onbegrijpelijk dat tussen partijen vast zou staan dat een vierde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan, omdat niet in geschil zou zijn dat de kop ‘bepaalde tijd’ boven de vierde overeenkomst op een vergissing berust. Dan geldt in de slipstream daarvan dat ook onbegrijpelijk is dat art. 7:668a lid 1 BW directe toepassing zou missen. De in de klacht genoemde passages uit de stukken zijn mva 2.15, 2.16 en 4.4.3, die voor zover van belang als volgt luiden:

“2.15 De arbeidsovereenkomst van 18 februari (...) draagt als titel ‘arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd’. Verder wijst artikel 2 van de overeenkomst voor de duur en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst naar de vaststellingsovereenkomst (...)

2.16 Volgens Heesen¹³ is de arbeidsovereenkomst van 18 februari 2011 daardoor ook feitelijk een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geworden.

4.4.3 De overeenkomst, die door Heesen de vaststellingsovereenkomst wordt genoemd, maakt blijkens artikel 2 van de arbeidsovereenkomst van 18 februari 2011 deel uit van deze arbeidsovereenkomst. Heesen heeft de vaststellingsovereenkomst opgesteld met als doel om van de arbeidsovereenkomst van 18 februari 2011 een vierde arbeidsovereenkomst voor be-

7 Bij s.t. sub 22 wordt zijdens C. ook gewezen op HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444, NJ 2007/446, JAR 2003/263 rov. 3.4. In deze s.t. onder 23 wordt de rechtsklacht aldus aan de hand van genoemd arrest aangevuld, dat onder de in aanmerking te nemen ‘alle omstandigheden van het geval’ ook is begrepen de bedoelingen die pp. t.t.v. het aangaan van de overeenkomst hadden. Als ik het wel heb, is dit als een geoorloofde nadere toelichting op de in het onderdeel genoemde ‘overige omstandigheden van het geval’ te beschouwen, zodat dit bij beoordeling van de rechtsklacht kan worden meegenomen.

8 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2504, NJ 2007/355.

9 Vgl. Parl. Gesch. Flexwet, p. 500-501.

10 Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/26, die er volgens hem toe strekt om ontwijkingen van de voor werknemers beschermende bepalingen van het arbeidsrecht tegen te gaan. Zie ook de NJ Noot van Verhulp sub 4 onder HR 13 juli 2007, NJ 2007/449, aangehaald in de s.t. zijdens C. op p. 12: ‘de aard van de overeenkomst wordt dus (...) bepaald (...) door hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, dus hoe ze denken aan die overeenkomst uitvoering te gaan geven, en ze dat feitelijk ook doen.’

11 HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, JAR 1994/94 (Afga-Schoolderman), rov. 3.3.

12 Zie Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 103.

13 Dit is wel een ‘kennelijke vergissing’, hier is naar mij voorkomt C. bedoeld.

paalde tijd te maken, hetgeen blijkt uit de titel van genoemde arbeidsovereenkomst.”

Ik merk op dat na memoriewisseling is gepleit bij het hof. In de pleitnota zijdens Heesen onder 20 en 21 wordt het standpunt van Heesen nog eens benadrukt (dat was eerder al bij grieven gedaan): geen vierde opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, maar één voor onbepaalde tijd, die met wederzijds goedvinden is beëindigd. En ook: er staat abusievelijk boven dat dit voor bepaalde tijd was. Dat deze kwestie tussen partijen in confesso was, lijkt hier niet bepaald uit te volgen. Dan is niet te begrijpen hoe je vervolgens zonder inhoudelijk op de geciteerde passages in te gaan en zonder nadere motivering kunt overwegen dat vast zou staan dat een vierde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan, omdat in confesso zou zijn dat de kop ‘bepaalde tijd’ boven de vierde overeenkomst onjuist is. C. heeft juist het tegendeel bepleit, namelijk dat de kop van dit door Heesen opgestelde contract aangaf wat Heesen in feite aan C. had aangeboden, een vierde overeenkomst voor bepaalde tijd.

2.6 *Onderdeel 2* komt met zowel een primaire rechtsklacht als een subsidiaire motiveringsklacht op tegen rov. 7.3.2, waarin het hof overweegt dat de beëindigingsovereenkomst een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 BW is, die voor zover in dit geval al strijdig met art. 7:668a lid 1 sub b BW, rechtsgeldig is op grond van art. 7:902 BW. Ik geef eerst rov. 7.3.2 weer:

“7.3.2. Het hof oordeelt als volgt.

Grief 4¹⁴ 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 C. 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 C. 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, C. (De advocaat van) C. heeft weliswaar buitengerechtelijk de nietigheid van de vaststellingsovereenkomst ingeroepen (prod. 6 inl. dgv.), doch deze is betwist door Heesen. C. 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 in 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 C. heeft gesteld dat Heesen heeft gehandeld in strijd met art. 7:667 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.”

De *primaire rechtsklacht* voert aan dat het hof heeft miskend dat alleen een vaststelling *ter beëindiging* van een al *bestaande onzekerheid of geschil* op vermogensrechtelijk gebied eventueel in strijd met dwingend recht mag komen, maar dat dat niet geldt voor een vaststelling *ter voorkoming van een toekomstig geschil*. De klacht voert aan dat het hof in de derde alinea van rov. 7.3.2 voorop stelt dat de vaststellingsovereenkomst is gesloten *ter voorkoming van een toekomstige onzekerheid of geschil* op vermogensrechtelijk gebied en vervolgens art. 7:902 BW wordt toegepast, maar dat dat niet kan voor die categorie. Dus: alleen een vaststelling *ter beëindiging* van een bestaand geschil/bestaande onzekerheid (categorie 1) kan onder voorwaarden bij strijd met dwingend recht door de beugel, maar een vaststelling *ter voorkoming* van een toekomstig geschil of onzekerheid (categorie 2) niet en het hof stelt eerst vast dat sprake is van categorie 2 en past vervolgens

14 Deze grief luidde: ‘Ten onrechte overweegt de kantonrechter al hetgeen in rechtsoverweging 9 en 10 staat vermeld.’ In rov. 9 past de kantonrechter zoals we bij de beoordeling van onderdeel 2 nog zullen zien, op juiste wijze art. 7:902 BW toe. In rov. 10 van het kanongerechtsvonnis staat dat zelfs als art. 7:902 BW wel zou opgaan (de ktr. meende terecht van niet), dat dan de overeenkomst nietig is wegens strijd met de openbare orde of goede zeden (zodat alsdan de uitzondering van art. 7:902 BW niet op zou gaan, zo is de onuitgesproken nadere gevolgtrekking uit rov. 10 van het kantonvonnis).

de uitzondering toe die hoort bij categorie 1 en dat kan niet. De *subsidiäre motiveringsklacht* behelst dat voor zover het oordeel van het hof in de vierde alinea van rov. 7.3.2 zo moet worden begrepen dat het hof op het uitgangspunt van de derde alinea van die rechtsoverweging terugkomt dat het hier toch om de categorie vaststelling ter beëindiging gaat in plaats van vaststelling ter voorkoming, er sprake is van onbegrijpelijkheid of ontoereikende motivering.

2.7 De in *subonderdeel 2a* voorgestelde *primaire rechtsklacht* is gegrond. Art. 7:902 BW ziet op de hiervoor bedoelde categorie 1 gevallen: vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil is ook geldig als zij in strijd zou blijken te komen met dwingend recht (tenzij tevens sprake is van strijd met openbare orde of goede zeden). De uitzondering in art. 7:902 BW geldt niet voor categorie 2 situaties, vaststelling ter voorkoming van toekomstige onzekerheid of geschil en het hof plaatst de vaststelling in laatstgenoemde categorie.¹⁵ Voor een andersluidend standpunt heb ik geen steun gevonden in wetsgeschiedenis, rechtspraak of literatuur. De overeenkomst kan dus niet rechtsgeldig in strijd komen met de driekwart-dwingendrechtelijke keutenregeling in dit geval, zoals het middel volgens mij terecht aandraagt.

15 Zie bijv. Broekema-Engelen, T&C Burgerlijk Wetboek, art. 7:902, aant. 1 sub b, Asser/Van Schaik 7-VIII* 2012 [153, 156], Groene Serie Bijzondere Overeenkomsten, Van den Heuvel & Maclean, art. 7:902, aant. 3, zie ook HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1711, NJ 1997/570 m.nt. CHJB (*Fysiotherapeuten*), HR 5 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0194, NJ 1992/244 m.nt. PvS en HR 14 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0503, NJ 1992/245 m.nt. PvS, de kritische noot onder het in de onderhavige zaak bestreden arrest van het Bossche hof van R.L. van Heusden (JAR 2013/231) en A.C. van Schaik, De overeenkomst ter voorkoming van onzekerheid, NTBR 2014/34, afl. 8. Van Heusden wijst er in zijn JAR noot op dat (zo art. 7:902 BW al van toepassing zou zijn hier, wat niet het geval is) dit artikel o.g.v. PG, genoemd *Fysiotherapeuten-arrest* en literatuur (M. van Zijst, De vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht (diss.) Amsterdam, 2001, p. 59 (die overigens voor afschaffing van art. 7:902 BW pleit), de NJ noot van Van Schilfgaarde onder genoemd HR NJ 1992/244 arrest en A. Stege, De vaststellingsovereenkomst in de cao, SMA 2002, p. 515) niet is bedoeld om pp. de mogelijkheid te bieden van dwingend recht af te wijken, indien op voorhand duidelijk is dat hetgeen pp. voor ogen hebben daarmee strijdig is. Dat lijkt mij precies wat in onze casus aan de hand is. Zie ook voor een toelichting op dit onderscheid tussen de twee categorieën MvA, TK 1992/1993, 17 779 nr. 95b, pp. 3 en 4. en dezelfde Van Heusden, De vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend arbeidsrecht; een panacee tegen knellende kaders?, TAP 2014/2, p. 118 e.v. gaat na zijn annotatie in dit artikel nog eens uitvoerig in op het Bossche arrest in onze zaak en geeft op pp. 122-124 drie redenen waarom hier geen sprake kan zijn van een in weerwil van dwingend arbeidsrecht geldende vaststellingsovereenkomst: a) het is volgens deze auteur geen vaststellingsovereenkomst, maar voor zover al kan worden gezegd dat dat wel zo zou zijn, dan is deze hooguit gericht op voorkoming van een eventuele beëindigingsdiscussie en art. 7:902 BW is alleen gericht op beëindiging van onzekerheid of geschil in weerwil van dwingend recht, b) een vaststellingsovereenkomst mag niet gericht zijn op doorkruising van dwingend recht en c) de strekking van het arbeidsrecht verzet zich hier ook tegen toepassing van art. 7:902 BW.

2.8 De *subsidiäre motiveringsklacht* uit *subonderdeel 2b* mist volgens mij feitelijke grondslag, omdat helemaal niet blijkt dat het hof één alinea verder op zijn één alinea daarvoor geponeerde uitgangspunt dat we hier te maken hebben met een categorie 2 vaststelling (voorkoming van toekomstig geschil of onzekerheid) terugkomt en toch meent dat er sprake is van een categorie 1 geval. Deze *subsidiäre noodgreep* faalt (maar was ook niet nodig).

2.9 *Onderdeel 3* richt zich met een drietal rechtsklachten tegen het oordeel van het hof, in rov. 7.3.2,¹⁶ dat C. niet heeft onderbouwd waarom sprake zou zijn van strijd met de openbare orde of goede zeden, anders dan door te stellen dat de vaststellingsovereenkomst tussen partijen bewust tot doel had af te wijken van een driekwart-dwingende wetsebepaling, en dat dit onvoldoende is om te concluderen tot strijd met de openbare orde of de goede zeden. Het onderdeel stelt in dit verband in de eerste plaats dat wanneer een werkgever en werknemer door middel van een vaststellingsovereenkomst en ook met dit oogmerk bewust en wilens en wetens afwijken van de dwingendrechtelijke wettelijke regeling in art. 7:668a BW, dit in beginsel en op zichzelf al voldoende is om te concluderen dat er sprake is van strijd met de openbare orde en goede zeden. Het onderdeel betoogt dat dit met name geldt wanneer partijen een dwingendrechtelijke regel proberen te omzeilen op het terrein van het ontslagrecht gericht op het in het arbeidsrecht fundamentele beginsel van ongelijkheidscompensatie die bedoeld is de werknemer te beschermen tegen beëindiging van zijn dienstverband. Daarmee zijn volgens dit deel van onderdeel 3 niet alleen belangrijke financiële, maar ook zwaarwegende sociale en emotionele belangen gemoeid. Het richt zich in de tweede plaats en in het verlengde daarvan tegen het oordeel van het hof dat de kantonrechter blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting door in zo'n geval ipso facto strijd met de openbare orde of goede zeden aan te nemen en in de derde plaats tegen het hier gegeven oordeel dat hooguit sprake zou kunnen zijn van vernietigbaarheid, omdat art. 7:668a BW alleen strekt ter bescherming van de werknemer. Geklaagd wordt dat het hof heeft miskend dat deze situatie valt onder de reikwijdte van art. 3:40 lid 1 BW en niet slechts onder de reikwijdte van art. 3:40 lid 2 BW.

Ik citeer het betreffende gedeelte uit de lange rov. 7.3.2. nog even voor de leesbaarheid:

"(...) Dat en waarom sprake zou zijn van strijd met de openbare orde of de goede zeden heeft C. niet onderbouwd, anders dan door te stellen dat bewust is afgeweken van een driekwart-dwingende wetsebepaling. 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

16 Het onderdeel rept steeds van rov. 3.7.2, maar dat komt in het bestreden arrest niet voor; duidelijk is bedoeld op rov. 7.3.2.

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, C.”

2.10 Ik stel voorop dat ik denk dat belang ontbreekt bij deze klacht, indien, zoals ik hiervoor heb bepleit, onderdeel 2a slaagt en art. 7:902 BW zodoende hier helemaal niet van toepassing kan zijn, aangezien geen sprake is van een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil (zodat niet wordt toegekomen aan de tenzij-clausule uit art. 7:902 BW). Als ik het goed zie, is namelijk alleen in dat kader in het debat in feitelijke instanties de vraag opgekomen of het stelsel van de vierde arbeidsovereenkomst in combinatie met de beëindigingsovereenkomst in strijd komt met de openbare orde of goede zeden. Ik recapiteuleer dat de door onderdeel 3 aangevallen rov. 7.3.2 van het hofarrest ziet op grief 4 die op zijn beurt rov. 9 en 10 van de kantonrechter attaqueerde. In rov. 9 had de kantonrechter — m.i. juist — het verweer van Heesen op grond van art. 7:902 BW gepasseerd. Maar, zo vervolgt het kantonvonnis dan in rov. 10, zelfs als wel moet worden aangenomen dat dit artikel in beginsel van toepassing zou zijn, dan gaat dat nog mank, omdat dan de clausulering uit art. 7:902 BW uit de hoed komt dat een met dwingend recht strijdige vaststelling niet tevens in strijd mag komen met de openbare orde en goede zeden. In die zin was dat in de overwegingen van de kantonrechter ten overvloede. Omdat het hof — m.i. ten onrechte — meent dat art. 7:902 BW wel van toepassing is (en dat onderdeel wordt terecht aangevallen door onderdeel 2 in cassatie, zo heb ik hiervoor bepleit), kwam het hof ook toe aan (het verwerpen van) de uitzondering uit art. 7:902 BW: tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Vervolgens overweegt het hof in rov. 7.3.2 dat die tenzij-clausule hier geen opgeld doet en daartegen richt zich de klachten van onderdeel 3 in cassatie. Maar bij het slagen van de rechtsklacht uit onderdeel 2 is dat dan weer ten overvloede, zou ik menen: geen belang bij cassatie op dit punt dus. Ik besloot in 2.7 al dat het middel volgens mij terecht aanvoert dat de overeenkomst niet rechtsgeldig in strijd kan komen met de driekwart-dwingendrechtelijke ketenregeling in dit geval. Het wettelijk systeem biedt daar geen ruimte voor in geval van een vaststelling ter voorkoming van geschil als hier aan de orde (in plaats van beëindiging). Zo'n overeenkomst is denk ik nietig in de zin van art. 3:40 lid 1 BW, omdat dit naar inhoud van het contract (art. 3:33-35 BW) in strijd komt de goede zeden of de openbare orde, namelijk ontduiing van zoiets fundamenteels als ontslagbescherming voor flexwer-

kers, zoals het onderdeel overigens inhoudelijk lijkt aan te kaarten. Daar behoeft als gezegd evenwel niet aan toegekomen te worden.

2.11 Voor het geval dat niettemin anders moet worden gezien (en ook met een half oog op een eventuele procedure na verwijzing), merk ik kort het navolgende op. Systematisch maakt art. 3:40 BW¹⁷ bij strijd met een dwingende wetsbepaling, voor zover hier van belang, een onderscheid tussen twee groepen rechtshandelingen: die *naar inhoud* in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde enerzijds en anderzijds die waarvan het aangaan, *de sluiting* van het contract zelf dat is. Uit deze systematiek lijkt te volgen dat wanneer sprake is van een *naar inhoud* met dwingend recht strijdige bepaling, de *sanctie automatisch nietigheid* is, maar dat is niet (langer) zo. Inmiddels is daarover in vaste rechtspraak het volgende uitgemaakt:¹⁸

“4.3 De onderdelen 1.2.1 en 1.2.2 van het hiertegen gerichte middel bevatten de klacht, zakelijk weergegeven, dat het hof ten onrechte op grond van de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een bij de wet verboden prestatie verplicht, waarvan beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren, heeft geoordeeld dat de overeenkomst een verboden strekking heeft en dus nietig is.

4.4 Deze klacht treft doel. Weliswaar is art. 3:40 BW in de T.M. nog aldus toegelicht dat indien een prestatie waartoe de overeenkomst volgens haar inhoud of strekking een der partijen verplicht, door de wet is verboden, de overeenkomst volgens het eerste lid nietig is (Parl. Gesch. Boek 3, blz. 191). Maar zoals in de verdere wetsgeschiedenis ligt besloten (zie de citaten in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.13.3 en 3.13.4), en ook in de rechtspraak is aanvaard (zie HR 7 april 2000, *IJN* AA5401, *NJ* 2000/652¹⁹ en HR 11 mei 2001, *IJN* AB1555,

¹⁷ Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 313.

¹⁸ HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Voor een overzicht van de ontwikkeling in het denken over art. 3:40 BW zie de conclusie van A-G Wissink voor dit arrest.

¹⁹ HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5401, *NJ* 2000/652 m.nt. J. Hijma (Parkeerexploitatie/Amsterdam) betrof een casus waarbij de gemeente zich contractueel had verplicht tot een bij de Wegenwet verboden prestatie. De rechtbank had geoordeeld dat de voor de gemeente kenmerkende prestatie dwingt tot een met de wet strijdige beperking in het gebruik van de weg, nu het geen beperking betreft die krachtens de artikelen 6 en 14 van de Wegenwet is toegestaan. De rechtbank oordeelde dat, gelet op de aard en strekking van deze dwingende wetsbepalingen, die tot doel hebben de onbeperkte toegankelijkheid van openbare wegen zoveel mogelijk te waarborgen, dit strijd oplevert met de openbare orde en leidt tot de nietigheid van de overeenkomst op grond van art. 3:40 lid 1 BW. De Hoge Raad heeft de tegen dit oordeel gericht motiveringsklacht afgewezen.

NJ 2002/364)²⁰, kan niet langer worden geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, meebrengt dat zij een verboden strekking heeft en dus nietig is, ook niet als beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren van dat wettelijk verbod. Zoals door de regeringscommissaris is opgemerkt is er namelijk een groot aantal wettelijke verboden, in het algemeen van publiekrechtelijke aard, bij het opstellen waarvan de wetgever niet de privaatrechtelijke gevolgen voor ogen had (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1138). Een overeenkomst die in strijd komt met een zodanig verbod hoeft niet strijdig te zijn met de openbare orde. Daarom dient de rechter, indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie, in zijn beoordeling of de overeenkomst op die grond in strijd is met de openbare orde *in elk geval te betrekken welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en of de regel in een sanctie voorziet, en daarvan in de motivering van zijn oordeel rekenschap af te leggen.*" (cursivering toegevoegd, A-G)

2.12 Het arrest ademt de wenselijkheid om de (feiten)rechter meer ruimte te geven bij de bepaling wat het rechtsgevolg is van een rechtshandeling die in strijd is met de wet (nietigheid of vernietigbaarheid). Een verruiming van de rechterlijke beleidsvrijheid, die zijn balans vindt in de daaraan te stellen motiveringseisen. 'In elk geval' moet uit de motivering ter zake blijken:

- a) welke belangen worden beschermd door de geschonden regel
- b) of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden
- c) of partijen zich van inbreuk op de regel bewust waren en
- d) of de regel in een sanctie voorziet.

2.13 Voor zover daar aan toegekomen zou worden, lijken mij de rechtsklachten van onderdeel 3 met enige welwillende uitleg wel op te gaan. Dat wil zeggen als men bereid is in te lezen dat daarmee betoogd wordt dat de elementen a) t/m d) hiervoor genoemd in 2.12 door het hof hadden moeten worden meegewogen (zwaarwegende werknemers/

flexwerkers-belangen geschonden, die fundamentele beginselen (ongelijkheidscompensatie, ontslagbescherming) schenden, waar partijen desbewust in mee zijn gegaan (met zoveel woorden uiteengezet in de vaststellingsovereenkomst), zodat nietigheid²¹ (plaatsing in categorie art. 3:40 lid 1 BW) is geïndiceerd), wat niet is gebeurd, zodat een onjuiste maatstaf is aangelegd. En in deze aldus meebegrepen omstandigheden was het wellicht wat apodictische 'ipso facto'-oordeel van de kantonrechter ook niet rechtens onjuist, zoals het hof overweegt, terwijl anderzijds de aangevallen toepassing van art. 3:40 lid 2 BW in het laatst hiervoor geciteerde deel van rov. 7.3.2 in dat licht bezien evenmin steek kan houden.²² Een gezichtspunt daarbij is nog dat de s.t. zijdens C. onder 51 mijns inziens terecht erop wijst dat anders dan in het in 2.11 geciteerde arrest en de in dat arrest genoemde zaken het in de onderhavige zaak *niet* gaat om een afspraak die strijdig is met een wettelijk verbod van *publiekrechtelijke aard*, bij het opstellen waarvan de wetgever niet de *privaatrechtelijke gevolgen* voor ogen had en dus geen parallel optreedt met die eerdere rechtspraak dat in de daár bedoelde gevallen van strijd met de wet niet automatisch sprake hoeft te zijn van strijd met de openbare orde. Hier beogen partijen een dwingendrechtelijke ontslagregeling buiten werking te stellen die bij uitstek is gericht op doorwerking in hun privaatrechtelijke relatie. Daar hebben de in de s.t. onder 52 genoemde auteurs²³ ook op gewezen. Ik onderschrijf (vgl. s.t. zijdens C. onder 54) dat niet mogelijk moet om zijn via een vaststellingsovereenkomst dwingendrechtelijke ontslagbescherming weg te contracteren, omdat dat de bijl legt aan de wortel van de vigerende ontslagbescherming — door C. aangeduid als de principiële kern van deze zaak.

2.14 De *onderdelen 4 en 5* zijn louter voortbouwend van karakter. Onderdeel 4 klaagt dat geconcludeerd wordt van één of meer klachten in de onderdelen 1 t/m 3 ook de beslissing van het hof in rov. 7.3.3 aantast dat de vaststellingsovereenkomst 'hoe dan ook in stand blijft'. Onderdeel 5 klaagt ten slotte alleen maar dat de uit de slotsom blijkende beslissingen van het hof in rov. 7.5 voortbouwen op de in de onderdelen 1 t/m 4 bestreden beslissingen en hun lot dienen te delen. Ik geef eerst de integrale rov. 7.3.3 en 7.5 weer:

"7.3.3. Resteert de stelling van C. dat bij de vaststellingsovereenkomst onder protest heeft getekend, dat hij zich gedwongen voelde de vaststellingsovereenkomst te tekenen en dat zijn

²⁰ HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1555, NJ 2002/364 m. nt. J. Hijma (Wet tarieven gezondheidszorg) betrof de vraag of een behandelovereenkomst tot het verrichten van implantatie in strijd was met bepalingen in de Wet tarieven gezondheidszorg en om die reden nietig was. Geoordeeld wordt dat WTG niet het aangaan van de behandelovereenkomst verbodt, alleen het in rekening brengen van een niet-rechtsgeldig tarief. Vervolgens kwam de vraag aan de orde of de overeenkomst nietig was wegens strijd met de openbare orde. Hoewel de overeenkomst niet strookte met het budgetstelsel zoals neergelegd in de WTG, kan volgens Uw Raad niet gezegd worden dat de overeenkomst strijd opleverde op zo fundamentele beginselen van de rechtsorde, dat sprake is van strijd met de openbare orde.

²¹ TRA annotator C.J. Frikkee meent in haar noot onder het ten cassatie staande arrest onder 3 ook dat dit in strijd komt met de openbare orde of goede zeden, zie TRA 2013/94.

²² De s.t. zijdens C. wijst in 56 daarvoor nog op T&C, art. 7:610 BW, aant. 7, wat er op neerkomt dat bij strijd met driekwartdwingend recht volgens de wetgever sprake is van nietigheid, zulks op advies van de SER.

²³ Van Heusden, a.w., TAP 2014/2 onder 4.2, Frikkee's annotatie in TRA 2013/94 onder 7 en A.R. Houweling, VAAN AR update, 5 september 2013, sub 3, 2e alinea.

wil niet gericht was op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar op het behoud van werk en inkomen. Deze stellingen van 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.,²⁴ zou het ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv op de weg van C. hebben gelegen om zijn stellingen te bewijzen. De door C. gestelde feiten, mits bewezen, zouden onder omstandigheden kunnen leiden tot de conclusie dat sprake is van misbruik van omstandigheden door Heesen. Het hof komt echter niet aan een bewijsopdracht toe en verwerpt het bewijsaanbod van C. als niet ter zake dienend gelet op het volgende.

Een rechtshandeling is vernietigbaar wanneer zij door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen (art. 3:44 lid 1 BW). C. 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 C. — overigens terecht — geen grief heeft gericht tegen de afwijzing van de door hem gevorderde verklaring voor recht dat de opzegging door Heesen 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 C. in het licht van de gedetailleerde informatie van de zijde van Heesen 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 C. 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 de stel-

lingen van Heesen en de door haar overgelegde verklaringen van N. van der Putten en M. de Haas, assistent to manager shipbuilding productions bij Heesen (prod. 1 en 2 mvg) veeleer consistent te noemen. De verklaring die Heesen heeft gegeven voor het opnemen van punt d. in de preambule van de vaststellingsovereenkomst is daarbij alleszins voorstelbaar.

7.5 Slotsom

Gelet op het vorenoverwogen²⁵ dient het vonnis waarvan beroep te worden vernietigd en dienen de vorderingen van C. in conventie alsnog afgewezen te worden. De vordering van Heesen in reconventie, te weten een verklaring voor recht dat de tussen C. en Heesen bestaande arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd, wordt toegewezen.

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

Nu volgens mij de klachten uit onderdelen 1 t/m 3 (althans voor zover daarbij belang bestaat) opgaan, zijn de onderdelen 4 en 5 ook terecht aangevoerd. Op grond daarvan zijn de beslissingen uit de slotsom in rov 7.5 en de passage uit rov. 7.3.3 dat de vaststellingsovereenkomst hoe dan ook in stand blijft, evenmin houdbaar.

3 Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- het vonnis in de zaak 816979/141 CV EXPL 2605/12 van de kantonrechter te 's-Hertogenbosch van 31 mei 2012;
- het arrest in de zaak 200.112.938/01 van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 6 november 2012 en 30 juli 2013.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 30 juli 2013 heeft C. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Heesen heeft geconcludeerd tot referte.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor C. mede door mr. L.E.H. van de Wouw-Scholz.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peursem strekt tot vernietiging en verwijzing.

²⁴ Kort samengevat overweegt het hof daar dat Heesen stelt dat C. altijd op zijn 61e met vroegpensioen wilde en toen hij niet daarvoor in aanmerking bleek te komen Heesen hem ter wille is geweest om hem nog een tijd in dienst te houden, maar dan wel meteen een einddatum wilde overeenkomen. Punt d. uit de preambule is alleen opgenomen op C. WW-aanspraken zo veel mogelijk te sauveren. C. stelt volgens het hof nooit zelf over vroegpensioen te zijn begonnen, al in november 2010 de vaststellingsovereenkomst zou hebben getekend en pas veel later de arbeidsovereenkomst, welk onbepaalde tijdscontract hem op initiatief van Heesen is voorgelegd en dat hij geen keus had bij ondertekening, omdat hij anders per 18 februari 2011 werkloos zou worden. In de s.t. zijdens Heesen wordt bepleit dat na verwijzing aan deze aspecten aandacht behoort te worden besteed, hetgeen in de daar bepleite visie zou kunnen uitmonden in een qua resultaat vergelijkbare beslissing als gegeven door het Bossche hof.

²⁵ Typo staat zo in het arrest.

3 *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) C., geboren op (...) 1950, is in dienst (gewest) van Heesen als 'projectleader shipbuilding production'.

(ii) Tussen Heesen en C. zijn achtereenvolgens de volgende drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gesloten:

- 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 hierna te noemen arbeidsovereenkomst is de cao Metalekro van toepassing.

(iii) Tussen Heesen en C. is een vierde arbeidsovereenkomst 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 (vaststellings-overeenkomst)"

(iv) De hiervoor in (iii) vermelde 'vaststellings-overeenkomst', hierna ook wel aangeduid als beëindigingsovereenkomst, luidt onder meer als volgt:

"(...)

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 over-

eenkomst. 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 vermindering van een contentieuze procedure daarover. Deze overeenkomst heeft derhalve te gelden als een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW."

3.2 In het onderhavige geding heeft C. zich op het standpunt gesteld dat de vaststellingsovereenkomst nietig is wegens strijd met art. 7:668a BW en dat zijn instemming met de vaststellingsovereenkomst tegen zijn wil is afgedwongen. Hij heeft een verklaring voor recht gevorderd dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst tegen 1 januari 2012 nietig is en heeft een loonvordering vanaf 1 januari 2012 met nevenvorderingen ingesteld. Heesen heeft in reconventie een verklaring voor recht gevorderd dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen per 1 januari 2012 is geëindigd.

De kantonrechter heeft de door C. gevorderde verklaring voor recht afgewezen, maar heeft de loonvordering toegewezen over het tijdvak vanaf 1 januari 2012 tot dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd. De kantonrechter heeft de vordering in reconventie afgewezen.

3.3 Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter vernietigd, de vorderingen van C. alsnog afgewezen en overeenkomstig de vordering van Heesen voor recht verklaard dat de tussen C. en Heesen bestaande arbeidsovereenkomst met ingang van 1 januari 2012 is beëindigd. Samengevat en voor zover in cassatie van belang heeft het hof daartoe als volgt overwogen.

Vast staat dat partijen een vierde arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen, doch nu voor onbepaalde tijd. 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 onbepaalde duur 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. Art. 7:668a lid 1 sub b BW mist in zoverre (directe) toepassing. (rov. 7.3)

De tussen partijen gesloten beëindigingsovereenkomst moet worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 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 C. om nogmaals een arbeidsovereenkomst aan

te gaan elk conflict daarover kennelijk wilden uitsluiten. 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, te weten — indirecte — strijd met art. 7:668a BW, dan is de overeenkomst dus toch geldig. C. heeft niet onderbouwd dat en waarom sprake zou zijn van strijd met de openbare orde of de goede zeden, anders dan door te stellen dat bewust is afgeweken van een driekwart-dwingende wetsbepaling. Dat is echter onvoldoende om te concluderen tot strijd met de openbare orde of de goede zeden. (rov. 7.3.2)

3.4.1 Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen rov. 7.3. Het klaagt dat het hof uitsluitend acht heeft geslagen op de bewoordingen van de overeenkomsten. Kort samengevat komt het volgens het onderdeel bij de vraag of sprake is van een arbeids-overeenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde tijd aan op hetgeen partijen hebben beoogd, mede in aanmerking genomen de feitelijke uitvoering die zij vervolgens aan hun afspraken hebben gegeven. Het hof heeft ten onrechte uitsluitend acht geslagen op de bewoordingen van de vierde arbeidsovereenkomst en de beëindigingsovereenkomst. Volgens het onderdeel getuigt rov. 7.3 van een onjuiste rechtsopvatting, althans is dat oordeel onbegrijpelijk.

3.4.2 De rechtsklacht van het onderdeel slaagt. Bij de beantwoording van de vraag of partijen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dan wel onbepaalde tijd zijn overeengekomen, dient niet alleen acht te worden geslagen op de tekst van de schriftelijke arbeidsovereenkomst. Voor de beantwoording van de vraag wat partijen zijn overeengekomen gaat het immers mede erom wat zij met de overeenkomst hebben beoogd en daarbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang. In het onderhavige geval is in het bijzonder van belang dat partijen in samenhang met de schriftelijke arbeidsovereenkomst de hiervoor in 3.1 onder (iv) genoemde 'vaststellingsovereenkomst' hebben gesloten, waarin beëindiging van de 'arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd' per 1 januari 2012 is overeengekomen. Het hof heeft dit miskend waar het heeft geoordeeld dat tussen partijen vaststaat dat zij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben gesloten en daaraan heeft toegevoegd dat de vaststellingsovereenkomst aan de onbepaalde duur van de arbeidsovereenkomst niet kan afdoen.

3.5 Onderdeel 2 komt op tegen rov. 7.3.2, onder meer met de klacht dat in het oordeel van het hof de onjuiste rechtsopvatting besloten ligt dat een vaststelling ter voorkoming van een (toekomstig) geschil in strijd mag komen met bepalingen van dwingend recht.

Ook deze klacht is gegrond. Weliswaar kan rechtsgeldig een vaststellingsovereenkomst worden gesloten ter voorkoming van een (toekomstig)

geschil (art. 7:900 lid 1 BW), maar art. 7:902 BW brengt mee dat de vaststelling alleen dan in strijd mag komen met dwingend recht indien deze strekt ter beëindiging van een — reeds bestaand — geschil (en dus niet strekt ter voorkoming daarvan). Een andere opvatting zou het mogelijk maken bij een zodanige overeenkomst de werking van (semi-) dwingend recht op voorhand uit te sluiten en daarmee het (semi-)dwingende karakter daarvan op ontoelaatbare wijze te ondermijnen (vgl. *Kamerstukken II* 1991/92, 17 779, nr. 8, p. 16 en *Kamerstukken I* 1992/93, 17 779, nr. 95b, p. 3-4).

3.6 Voor zover de overige klachten van het middel voortbouwen op de hiervoor gegrond bevonden klachten, slagen zij eveneens. Voor het overige behoeven zij geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 juli 2013;

verwijst het geding naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Heesen in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van C. begroot op € 924,02 aan verschotten en € 2600 voor salaris.

Noot

1. Eén van de belangrijkste vormen van bescherming tegen arbeidsrechtelijke afhankelijkheid van de werknemer vormt de zogeheten 'ketenregeling' (art. 7:668a BW). Deze sluit onder meer uit dat meer dan drie elkaar opvolgende contracten voor bepaalde tijd worden gesloten. Het betreft een regeling van drie kwart dwingend recht: afwijking is alleen mogelijk bij cao en vanaf 1 juli 2015 kan dat ook nog slechts binnen bepaalde grenzen.

2. In casu had werknemer C. drie van zulke contracten voor bepaalde tijd doorlopen en kon werkgever Heesen hem dus alleen in dienst houden op een contract voor onbepaalde tijd. Aldus geschiedde, maar partijen sloten daarnaast tegelijkertijd een beëindigingsovereenkomst. Daarin werd overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met wederzijds goedvinden tegen een datum een klein jaar later zou worden beëindigd. Volgens de overeenkomst waren partijen hiertoe gekomen ter voorkoming van onzekerheid en ter vermijding van een contentieuze procedure daarover. Derhalve zou deze overeenkomst hebben te gelden als een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 BW, zo vermeldde de overeenkomst.

3. C. stelde zich tegen de overeengekomen beëindigingsdatum op het standpunt dat de beëindigingsovereenkomst nietig was wegens strijd met art. 7:668a BW. De kantonrechter stelde hem in zoverre in het gelijk dat de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig was geëindigd en wees een loon-

vordering voor de periode na de overeengekomen beëindigingsdatum toe. In hoger beroep oordeelde het Hof Den Bosch echter anders. Het hof verklaarde voor recht dat de arbeidsovereenkomst met ingang van de overeengekomen beëindigingsdatum was beëindigd (Hof Den Bosch 30 juli 2013, *JAR* 2013/231, m.nt. Van Heusden; *RAR* 2013/150; *TRA* 2013/94, m.nt. Frikkee).

4. In de redenering van het hof zitten twee elementen die de Hoge Raad van elkaar onderscheidt. In de eerste plaats de vraag naar het karakter van de vierde arbeidsovereenkomst. C. stelde dat de vierde arbeidsovereenkomst in combinatie met de beëindigingsovereenkomst maakte dat feitelijk sprake is van een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die volgens art. 7:668a BW geldt als voor onbepaalde tijd aangegaan. Het hof verwierp dit standpunt. Het hof keek naar de letter van de overeenkomst, waardoor er werd uitgegaan van een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Art. 7:668a lid 1 sub b BW mist in die redenering (directe) toepassing. De Hoge Raad overweegt echter dat voor de beantwoording van de vraag of partijen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dan wel onbepaalde tijd zijn overeengekomen, niet alleen acht dient te worden geslagen op de tekst van de schriftelijke arbeidsovereenkomst, maar mede op wat de partijen met de overeenkomst hebben beoogd, waarbij alle omstandigheden van het geval van belang zijn. Daarmee sluit de Hoge Raad aan bij de maatstaven voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, zoals die onder meer zijn neergelegd in de arresten *Agfa/Schoolderman* (HR 8 april 1994, *NJ* 1994/704, m.nt. P.A. Stein; *JAR* 1994/94) en *Groen/Schoevers* (HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149; *JAR* 1997/263). In dit geval kon de overeenkomst niet los worden gezien van de in samenhang ermee gesloten 'vaststellingsovereenkomst' waarin een beëindigingsdatum was voorzien. Het hof had dit miskend door te oordelen dat de vaststellingsovereenkomst aan de onbepaalde duur van de arbeidsovereenkomst niet kan afdoen.

5. Het tweede element in de redenering van het hof was de beoordeling van de 'vaststellingsovereenkomst'. Volgens het hof moest de beëindigingsovereenkomst worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst, die kennelijk is gesloten ter voorkoming van een (toekomstige) onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen partijen rechtens geldt. Het hof constateert verder dat ingevolge art. 7:902 BW een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig is 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, dan is de overeenkomst dus toch geldig, aldus het hof. De Hoge Raad wijst er simpel op dat art. 7:902 BW meebrengt dat de vaststelling alleen dan in strijd mag komen met dwingend recht indien deze strekt ter beëindiging van een — reeds bestaand — geschil (en dus niet

strekt ter voorkoming van dit geschil). En hij voegt daaraan toe dat een andere opvatting het mogelijk zou maken bij een zodanige overeenkomst de werking van (semi-)dwingend recht op voorhand uit te sluiten en daarmee het (semi-)dwingende karakter daarvan op ontoelaatbare wijze te ondermijnen.

6. De lezing door het hof van art. 7:902 BW is ook arbeidsrechtelijk bedenkelijk. In haar consequenties zou deze immers meebrengen dat alle dwingendrechtelijke bescherming van werknemers met behulp van vaststellingsovereenkomsten opzij zou kunnen worden gezet. Kennelijk heeft het hof zich laten meeslepen door het betoog van de werkgever dat de vierde aanstelling aan de werknemer werd gegund om een periode tot het vervroegd ouderdomspensioen te overbruggen. En voelde het hof mee dat de werkgever zich in zijn vertrouwen beschaamd achtte, toen de werknemer bij nader inzien de arbeidsovereenkomst op het moment suprême bleek te willen voortzetten. Wat er ook zij van de juistheid van dit verhaal — de werkgever was toch niet zo vol vertrouwen dat deze het niet nodig vond om er een overeenkomst van twijfelachtig juridisch gehalte over te sluiten —, het hof heeft zich er kennelijk toe laten verleiden om tijdens de zitting in discussie te treden over de vraag welke partij in deze discussie het morele gelijk aan haar zijde had en heeft zijn conclusie dat dit de werkgever was in de uitspraak tot uitdrukking willen brengen, wellicht door 'genade voor recht' te laten gaan. Hierdoor maakte het hof echter ten onrechte de bedoeling van partijen doorslaggevend voor de rechtsgeldigheid van de beëindigingsovereenkomst. Het zou betekenen dat dwingend recht wel kan worden doorbroken indien dit gebeurt met de juiste intentie. Vervolgens zou dan de rechter in staat moeten zijn om in dergelijke kwesties de al dan niet goede bedoelingen van partijen objectief te beoordelen. Daarbij gaat deze redenering er aan voorbij dat indien de mogelijkheid zou worden geopend om — mits met oprechte bedoelingen — door middel van vaststellingsovereenkomsten het dwingende recht te ontwijken, dit in belangrijke mate afbreuk zal doen aan de bescherming die het arbeidsrecht biedt. Had het hof de vermeende kwade trouw van de werknemer willen afstraffen, dan zou de weg van de redelijkheid en billijkheid (goed werknemerschap) beter in het juridische systeem hebben gepast, maar ook deze weg dient slechts bij hoge uitzondering te worden gebruikt om dwingend recht terzijde te stellen, want anders schaft men ook dan in feite het dwingende karakter van dat recht af.

7. Er zitten nog meer opvallende elementen in het arrest van het hof, waar de Hoge Raad niet meer aan toekomt, maar die wel door A-G Van Peursem worden benoemd. Zo heeft het hof zich kennelijk niet afgevraagd of er wel van een vaststellingsovereenkomst sprake kan zijn op een moment dat deze handelt over een op hetzelfde moment vast te stellen overeenkomst. Ook de aanname dat de vierde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan, enkel omdat niet in geschil zou zijn

dat de kop 'bepaalde tijd' boven de vierde overeenkomst op een vergissing berust, gaat wel heel snel. Dan is er de ontkenning dat het terzijde stellen van dwingend recht zonder meer in strijd zou zijn met de openbare orde of de goede zeden. En ten slotte het enorme gewicht dat wordt toegekend aan het feit dat C. geen beroep heeft gedaan op vernietigbaarheid, doch slechts op nietigheid. Nog afgezien van de door de A-G gestelde vraag of art. 3:40 BW hierbij juist is toegepast, moet de vraag worden gesteld of men van een burger mag verwachten dat hij dat verschil kent. En of van de rechter hier niet mag worden verwacht de bedoeling te begrijpen.

Het ongelukkige van een arrest als dat van het hof, is dat het niet alleen de zaak zelf raakt, maar ook een uitstralend effect heeft. Het betrokken arrest trok direct de aandacht van de arbeidsrechtelijke wereld. Daarbij vielen de reacties uiteen in twee duidelijk te onderscheiden groepen. De ervaren arbeidsrechtjuristen stelden snel vast dat dit een onhoudbare uitspraak was en haalden hun schouders erover op. Maar minder in het vak geveerde lieden zagen er aanleiding in om ook eens te proberen wat een vaststellingsovereenkomst vermag. Bijgevolg werden aan werkgevers allerlei speculatieve adviezen verstrekt, in Zuid-Nederland met het bijkomende argument dat het hof het ruime gebruik van de vaststellingsovereenkomst had goedgekeurd.

8. Nu zou men ten slotte kunnen redeneren dat het arrest meebrengt dat de werkgever die bereid is om een werknemer nog een vierde tijdelijke aanstelling te geven om de periode tot zijn pensioen te overbruggen daartoe geen mogelijkheid meer zou hebben. Inderdaad zal een werkgever die geen enkel risico wil nemen, geen andere keus hebben dan geen vierde contract aan te bieden. Zoals in het voetballen elk voordeel ook zijn nadeel heeft, zo heeft in het arbeidsrecht elke bescherming ook zijn slachtoffers. Door het vierde tijdelijke contract uit te sluiten, krijgen sommige werknemers die wel een vierde *tijdelijk* contract hadden kunnen krijgen, geen vierde overeenkomst omdat de werkgever hen onder geen beding in vaste dienst wil nemen. Dat is de prijs die deze werknemers betalen voor het feit dat het recht verbiedt om werknemers jarenlang in tijdelijke dienst te houden met alle onzekerheid van dien. Daarbij dient te worden bedacht dat altijd ergens een grens moet worden gesteld. En werkgevers kunnen in plaats van de creativiteit te zoeken in de formulering van beëindigingsovereenkomsten, zich ook in positieve zin richten op het maken van duidelijke afspraken over pensionering met de werknemer en deze daaraan op gezette tijden te herinneren, hetgeen ook meer uitnodigt tot redelijkheid bij de werknemer.

9. De les van dit arrest is in de eerste plaats, dat de rechter niet alleen recht doet in afzonderlijke gevallen, maar dat hij zich steeds ook voldoende rekenschap moet geven van de weerslag van zijn uit-

spraken op andere situaties. Zie over het arrest ook Van Zanten-Baris in JAR 2015/36.

G.J.J. Heerma van Voss

NJ 2015/157

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

13 maart 2015, nr. 14/05576

(Mrs. F.B. Bakels, A.M.J. van Buchem-Spapens, C.E. Drion, G. Snijders, G. de Groot; A-G mr. L. Timmerman)

m.nt. F.M.J. Verstijlen

Art. 15b, 138, 284, 285, 287 Fw; art. 392 Rv

JWB 2015/107

NJB 2015/604

RvdW 2015/408

ECLI:NL:HR:2015:589

ECLI:NL:PHR:2015:47

Prejudiciële beslissing op voet art. 392 Rv. Verzoek omzetting faillissement in schuldsaneringsregeling op voet art. 15b Fw; aan verzoek te stellen eisen; verklaring als bedoeld in art. 285 lid 1, onder f, Fw vereist?; redelijke wetstoepassing; verklaring curator; rechtsgevolgen ontbreken verklaring; door rechtbank te stellen termijn.

Prejudiciële beslissing op voet art. 392 Rv. Verzoek omzetting faillissement in schuldsaneringsregeling op voet art. 15b Fw; aan verzoek te stellen eisen; verklaring als bedoeld in art. 285 lid 1, onder f, Fw vereist?; redelijke wetstoepassing; verklaring curator; rechtsgevolgen ontbreken verklaring; door rechtbank te stellen termijn.

Een verzoek tot omzetting van een faillissement in een schuldsaneringsregeling op de voet van art. 15b Fw dient te voldoen aan de eis van art. 285 lid 1, aanhef en onder f, Fw. Een redelijke wetstoepassing brengt mee dat aan deze eis kan worden voldaan door bij het omzettingsverzoek een verklaring van de curator te voegen waarin is vermeld dat de curator heeft onderzocht of de gefailleerde aan zijn gezamenlijke schuldeisers een akkoord in de zin van art. 138 Fw kan aanbieden en dat er geen mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen. De rechtbank die constateert dat bij een omzettingsverzoek niet een verklaring als bedoeld in art. 285 lid 1, aanhef en onder f, Fw is gevoegd, kan de gefailleerde een termijn van ten hoogste een maand stellen om dat alsnog te doen, en dient de gefailleerde niet-ontvankelijk te verklaren in het verzoek als de verklaring niet wordt verstrekt.

S., te E, verzoekster in tweede aanleg, niet verschenen in de prejudiciële procedure.