



**van poppel
croonen**
ADVOCATEN

Gijs van Poppel
Advocaat

Vaststellingsovereenkomst (artikel 7:900 Burgerlijk Wetboek) als instrument voor doelbewuste wetsontwijking

[Arbeidsrecht & Medezeggenschap](#)

07 januari 2015

Uitspraak Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 juli 2013 Deze uitspraak (1) is voor de praktijk zeer interessant. In de opvatting van het Hof in deze uitspraak kunnen partijen een expliciete bescherming (in casu: voor werknemers) van dwingendrechtelijke aard verankerd in de wet, ontwijken met een vaststellingsovereenkomst. An sich is het geen nieuwe rechtspraak dat met een vaststellingsovereenkomst afgeweken kan worden van dwingend recht (2), maar in casu ging het om doelbewuste omzeiling van art. 7:668a BW (3) waarbij met behulp van de vaststellingsovereenkomst op voorhand - reeds bij het sluiten van de 4e arbeidsovereenkomst - door de werknemer afstand gedaan is van zijn arbeidsrechtelijke bescherming (die van dwingendrechtelijke aard is).

Doelbewuste wetsontwijking

De constructie van de vaststellingsovereenkomst(4) is bedoeld om (rechts)zekerheid te verkrijgen. Het belang van partijen om met een vaststellingsovereenkomst in der minne tot een oplossing van een onzekerheid of geschil te komen, wordt door de wetgever zo hoog aangeslagen, dat in de wet (5) bepaald is 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 tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of openbare orde). (6)

Dan rijst de vraag: mag de mogelijkheid om via een vaststellingsovereenkomst af te wijken van dwingend recht zo ver gaan dat partijen reeds bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst het oogmerk hebben om afspraken te maken die strijdig zijn met dwingend recht?



**van poppel
croonen**
ADVOCATEN

In de wetsgeschiedenis is hiervoor geen steun te vinden.⁽⁷⁾ In de literatuur wordt (ook wel) gesteld dat de betekenis van art. 7:902 BW voor wat betreft de mogelijkheid om van dwingend recht af te wijken niet overschat mag worden, omdat een vaststellingsovereenkomst slechts ziet op een overeenkomst ter beëindiging van een onzekerheid of geschil, betreffende een uitleg of toepassing van een wetsbepaling waarover in redelijkheid verschil van mening kan bestaan.⁽⁸⁾ Kortom, niet bedoeld is partijen de mogelijkheid te bieden van dwingend recht af te wijken indien op voorhand duidelijk is dat hetgeen partijen voor ogen hebben daarmee strijdig is.

Het Hof 's-Hertogenbosch denkt daar in het onderhavige geval klaarblijkelijk anders over: bewuste afwijking van een driekwart-dwingende wetsbepaling is volgens het Hof zonder nadere toelichting (die ontbreekt) onvoldoende om te concluderen tot strijd met de openbare orde of goede zeden. ⁽⁹⁾

Deze redenering van het Hof vertoont overigens gelijkenis met de uitspraak van de Hoge Raad van 29 juni 2007, waarin het omzeilen van art. 7:668a BW ook toelaatbaar werd geacht (*“Van een ongeoorloofde ontduiking of uitholling van art. 7:668a is niet reeds sprake door het enkele feit dat werkgever en werknemer overeenkomen dat de werknemer na het verstrijken van een tussenpoos van meer dan drie maanden als bedoeld in dat artikel weer in dienst van de werkgever zal treden.”*).⁽¹⁰⁾

Verder heeft ook de kort geding rechter van de rechtbank Zwolle-Lelystad (= thans Rechtbank Midden-Nederland) in vergelijkbare zin geoordeeld dat in dat geval - ondanks de strijdigheid met dwingend recht- voorshands niet gebleken was dat de vaststellingsovereenkomst (met daarin de omzeiling van art. 7:668a BW) naar inhoud of strekking tevens in strijd komt met de goede zeden of openbare orde, zodat de gedaagde partij zich kon beroepen op de vaststellingsovereenkomst.

Ook de Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam lijkt deze visie te hebben.⁽¹¹⁾ Hij oordeelde dat een afspraak tussen aandeelhouders die in strijd is met artikel 2:244 lid 2 BW (dat een besluit tot ontslag van een bestuurder alleen met unanimitieit van stemmen kan worden genomen), niet in de statuten van een besloten vennootschap kan worden opgenomen. ⁽¹²⁾ Dit laat naar het oordeel van de voorzieningenrechter echter onverlet dat een dergelijke afspraak in de aandeelhoudersovereenkomst kan worden opgenomen. ⁽¹³⁾ Het is overigens inmiddels heersende opvatting dat aandeelhouders van hun uit de wet voortvloeiende bevoegdheden en bescherming kunnen afzien.



**van poppel
croonen**
ADVOCATEN

Ook in een fiscale zaak oordeelde de Hoge Raad dat de enkele omstandigheid dat de overeenkomst – kennelijk ter uitwerking van bepaalde vaststellingen tussen partijen – ook een bewust van de wet afwijkende afspraak omtrent het genietingsmoment bevat, onvoldoende is om te kunnen oordelen dat de overeenkomst zozeer in strijd is met hetgeen de wet – over het geheel bezien – bepaalt met betrekking tot de belastingheffing over inkomsten uit optieverlening dat partijen niet op nakoming daarvan mochten rekenen. (14)

Conclusie

Juristen hanteren nog wel eens het adagium ‘het moest niet maggen’. Dit lijkt wellicht ook de teneur in de literatuur over de vraag of een bewuste afwijking van een heldere en geldende dwingendrechtelijke wetsbepaling in een vaststellingsovereenkomst ontoelaatbaar zou moeten zijn. Op basis van voornoemde rechtspraak zie ik toch goede kansen dat de Hoge Raad ons (nogmaals) zal verrassen met zijn (waarde)oordeel dat de mogelijkheid bestaat om via een vaststellingsovereenkomst af te wijken van dwingend recht die zo ver gaat dat partijen reeds bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst het oogmerk mogen hebben om afspraken te maken die strijdig zijn met dwingend recht.

(1) JAR 2013/231

(2) Hoge Raad 21 april 1995, NJ 1997, 570

(3) Art. 7:668a BW biedt kort gezegd de mogelijkheid om een reeks arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan die allen door het verstrijken van de overeengekomen periode van rechtswege eindigen. Per 1 juli 2015 verandert deze wetgeving.

(4) Artikel 7:900 lid 2 BW luidt: “Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.”.

(5) Art. 7:902 BW

(6) De criteria ‘goede zeden’ en ‘openbare orde’ verwijzen naar de in de Nederlandse samenleving geldende fundamentele normen



**van poppel
croonen**
ADVOCATEN

van ongeschreven recht. Niet alle dwingend recht is ook van openbare orde.

(7) In de wetsgeschiedenis wordt aangegeven dat wanneer een vaststellingsovereenkomst uitgaat van de gedachte dat een bepaalde regel van dwingend recht wel toepasselijk is, maar niettemin zonder effect kan worden gelaten, dat dit uitgangspunt in strijd is met openbare orde of goede zeden, hetgeen de nietigheid van (dit onderdeel van) de vaststellingsovereenkomst meebrengt.

(8) Mogelijk zijn afwijkingen van dwingend over de uitleg of toepassing waarvan, na het ontstaan van onzekerheid of geschil, in redelijkheid verschil van mening kan bestaan, welke uitleg of toepassing pas achteraf onjuist blijkt.

(9) 'Het oordeel van de kantonrechter dat een overeenkomst gericht is 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.'

(10) JAR 2007/215 (Greenpeace)

(11) Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 16 januari 2014, JOR 2014/157, ECLI:NL:RBAMS:2014:193, betreft een geschil tussen aandeelhouders van een besloten vennootschap. Geoordeeld wordt dat een van de aandeelhouders de andere aandeelhouders mag houden aan de aandeelhoudersovereenkomst, ondanks het feit dat in de statuten van de vennootschap een andersluidende bepaling staat.

(12) Het is te betwijfelen of deze redenering juist is, zelfs in de redenering van deze Voorzieningenrechter, want dat zou betekenen dat het vastleggen van het (met de wet strijdige) ontslagverbod wel rechtsgeldig is bij vastlegging in een aandeelhoudersovereenkomst en niet bij vastlegging in statuten.

(13) Niet valt in te zien dat nakoming van een dergelijke afspraak niet zou kunnen worden gevorderd. Afspraken die zijn neergelegd in een aandeelhoudersovereenkomst werken op grond van artikel 2:8 BW (de redelijkheid en



**van poppel
croonen**
ADVOCATEN

billijkheid binnen de organisatie) immers door in de vennootschappelijke rechtsverhouding. Dat het belang van de aandeelhouders bij nakoming van de aandeelhoudersovereenkomst niet altijd parallel loopt met het vennootschappelijk belang, doet aan de gebondenheid aan een aandeelhoudersovereenkomst nog niet af.

(14) Hoge Raad 9 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU7728