

DE VASTSTELLINGSOVEREENKOMST IN HET ARBEIDSRECHT

1. INLEIDING

In een tweetal recente arbeidsrechtelijke arresten¹ werd een beroep gedaan op een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 e.v. BW. Hoewel de Hoge Raad opmerkt dat voorheen – onder het oude recht – de bepalingen zoals die thans luiden ook reeds werden aanvaard,² is het denkbaar dat nu die bepalingen uitdrukkelijk in de Wet zijn opgenomen daarvan een wervende werking zal uitgaan, ook voor het Arbeidsrecht. Ik bespreek hierna eerst – kort – de vaststellingsovereenkomst en vervolgens zal ik de – mogelijke – betekenis van de vaststellingsovereenkomst voor het Arbeidsrecht nader onderzoeken.

2. DE VASTSTELLINGSOVEREENKOMST

Per 1 september 1993 zijn de bepalingen inzake de vaststellingsovereenkomst in werking getreden.³ Belangrijk is het onderscheid tussen (de bevoegdheid) een vaststelling (overeen te komen) in de (ruime) zin van artikel 7:900 BW, waarbij partijen zich jegens elkaar, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, binden aan een vaststelling daarvan én een vaststelling in de (beperkte) zin van artikel 7:902 BW, welke betrekking heeft op de beëindiging van een onzekerheid of een geschil op (alleen) vermogensrechtelijk gebied en 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 de openbare orde. Uit het verschil in formulering vloeit voort dat in het laatste geval, waarin niet wordt gesproken over het voorkomen van onzekerheid of geschil, een vaststelling bij voorbaat niet mogelijk is. Alvorens de vraag te kunnen beantwoorden of een vaststelling bij voorbaat mogelijk is, is het dus van belang om te weten of die vaststelling verband houdt met (arbeidsrechtelijke) bepalingen van dwingend recht. In het eerste geval is een vaststelling bij voorbaat wel mogelijk.

3. DE VASTSTELLINGSOVEREENKOMST TOEGEPAST

Zo kunnen een werkgever en een werknemer bij voorbaat (nader) vaststellen welke provisie geldt voor het geval (in de toekomst) er een geschil of een onzekerheid zou bestaan over de omvang van de behaalde omzet. Zij kunnen – dus – vaststellen dat als de omzetgegevens, om welke reden dan ook, ontbreken een provisie geldt die overeenkomt met de gemiddelde provisie in de 3 voorafgaande kalenderjaren. Een werkgever en een werknemer kunnen ook vaststellen dat bij een verschil in de administratie over de omvang van de behaalde omzet de administratie van de werkgever (of de werknemer) bepalend is. Daarentegen kunnen een werkgever en een werknemer niet bij voorbaat overeenkomen dat voor hen of voor één van hen een bepaalde reden als (rechtens bij voorbaat vastgestelde) reden voor een ontslag op staande voet zal gelden. Een werkgever en een

168.

* Mr. W. J. M. van Tongeren is werkzaam als advocaat bij Derks, Star Busmann.

1. Hoge Raad 7 april 1995, NJ 1995 met noot Pas en Hoge Raad 21 april 1995, RvdW 1995 – 102C.

2. Vergl. Hoge Raad 5 april 1991, NJ 1992 – 244 in een verzekeringszaak. Vergl. in dat verband ook het arbeidsrechtelijk arrest van de Hoge Raad van 23 mei 1980, NJ 1980 – 502, dat ging over een bij voorbaat getroffen afvloeiingsregeling.

3. Zie beschouwing hierover van M. van Zijst, NJB 1993 pagina 105 e.v.

werk
hier
besta
zich
voor
met
kerh
de F
Een
arbe
neve
een g
werk
wor
spro
stuk
wer
staa
maa
is kc
gega
spra
dele
gen
tijen
genc
mer
over
een
len
kun
ging
een
de v
niet
dat
heic
klaa
zou
ont
ken
vast
raki

4.
5.
1995
uitv
onts
6.
van
toesl
de g

werknemer hebben niet de vrijheid om hierover bij voorbaat – of later, tijdens het bestaan van de arbeidsovereenkomst als zich een ontslag op staande voet-situatie voordoet – vrijelijk een afspraak te maken met het oog op het voorkomen van onzekerheid of geschil.⁴ In een recent arrest van de Hoge Raad⁵ is dat nog een bevestigd. Een werknemer had in strijd met de op de arbeidsovereenkomst toepasselijke CAO nevenactiviteiten verricht. Op grond van een gemaakte afspraak zouden deze nevenwerkzaamheden binnen een bepaalde tijd worden beëindigd. Bovendien werd afgesproken dat de werknemer terzake bewijsstukken zou overleggen. Dit op straffe – zo werd overeengekomen – van een ontslag op staande voet. De werknemer kwam de gemaakte afspraken niet na. De Hoge Raad is kort: de Rechtbank is kennelijk er vanuit gegaan dat de door haar veronderstelde afspraak nietig is, nu niet rechtsgeldig ten nadele van de werknemer kan worden bedongen wat in afwijking van de Wet tussen partijen bij een arbeidsovereenkomst als dringende reden voor ontslag van de werknemer zal gelden. Dit uitgangspunt – zo overweegt de Hoge Raad – is juist. *Nadat* een ontslag op staande voet gegeven is, zullen een werkgever en een werknemer wel kunnen vaststellen dat voor hen de gedraging van de werknemer (of de werkgever) een geldige reden was, na welke vaststelling de werknemer (of de werkgever) zich later niet meer kan bedenken, onder aanvoering dat het ontslag op staande voet met zekerheid door een rechter ongeldig zou zijn verklaard, als de rechter hierover een oordeel zou hebben moeten vellen – en aldus het ontslag (achteraf) in strijd zou kunnen blijken met dwingend recht. Een dergelijke vaststelling heeft overigens – ook – het karakter van een afstand van recht,⁶ o.m. van

de bevoegdheid een beroep te doen op de – eventuele – nietigheid van het ontslag in verband met artikel 6 BBA. Het alsnog uitoefenen van het recht een beroep te doen op de ongeldigheid van het ontslag op staande voet is onverenigbaar met de overeengekomen vaststelling. Een (ander) voorbeeld. Stel dat er – achteraf – (ondanks artikel 7A:1637f BW) onzekerheid ontstaat over het tijdstip waarop de proeftijd is ingegaan. Als de werkgever en een werknemer – in dat geval – (nader) vaststellen dat een proeftijd op een bepaald tijdstip is ingegaan en achteraf blijkt dat de proeftijd op een eerder tijdstip is ingegaan, zodat de termijn van 2 maanden is overschreden, dan zal, als de arbeidsovereenkomst in de nader vastgestelde proeftijd (die intussen al langer dan 2 maanden duurt) wordt beëindigd, de beëindiging in de proeftijd zijn geschied, ondanks het feit dat de vaststelling in strijd is met de dwingendrechtelijke bepaling van artikel 7A:1639n BW, er vanuit gaande – en dat doe ik – dat die vaststelling niet in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. Nog een voorbeeld. Uit artikel 7A:1639f BW vloeit (dwingendrechtelijk) voort dat ingeval van een verlenging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die arbeidsovereenkomst moet worden opgezegd. Er ontstaat onzekerheid rondom het tijdstip van de aanvang van een (eerste) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Partijen stellen het tijdstip van aanvang nader vast. Achteraf blijkt dat partijen van een verkeerd tijdstip zijn uitgegaan in de zin dat uitgaande van dat tijdstip reeds een verlenging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zou zijn ingetreden. Aangenomen moet worden dat toch geldt wat partijen nader hebben vastgesteld en dat een verlenging – desgewenst – niet intreedt.

4. Kluwer Arbeidsovereenkomstenrecht aantekening 26 bij artikel 7A:1639p BW.

5. Hoge Raad 24 februari 1995, NJ 1995 – 450 met noot PAS. In het arrest van de Hoge Raad van 28 april 1995, RvdW 1995 – 105, waarin een werkgever tegen een werknemer die dreigde een opdracht – enkele dagen later – niet te willen uitvoeren, zei: Jan, dan weet jij de gevolgen, was er niet sprake van een vaststelling bij voorbaat van een reden voor een ontslag op staande voet, ook al behoeft de werkgever de werknemer niet alsnog ontslag op staande voet te verlenen.

6. Vergl. overigens wel Hoge Raad 19 december 1986, NJ 1987-320 waarin wordt beslist dat nietig is het voor het einde van de arbeidsovereenkomst afstand doen van aanspraken op grond van de Wet Minimumloon en Minimumvakantie-toeslag, hetgeen geen uitzondering lijdt als het afstand doen van aanspraken geschiedt in het kader van een regeling van de gevolgen van een voorgenomen beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

4. EEN VASTSTELLING IN STRIJD
MET DE GOEDE ZEDEN OF DE
OPENBARE ORDE

Een vaststelling is – als gezegd – ook geldig als zij – achteraf – in strijd mocht blijken met dwingend recht. Maar niet steeds. Een vaststelling is niet geldig als zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Stel dat partijen een overeenkomst van opdracht zijn overeengekomen omdat zij geen arbeidsovereenkomst wilden sluiten, in de overtuiging overigens dat zij werkelijk een overeenkomst van opdracht hebben gesloten. Na verloop van tijd gaan zij twijfelen omdat een adviseur denkt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst – er is dus onzekerheid (ontstaan). Is het mogelijk dat partijen vaststellen – om aldus de onzekerheid te beëindigen – dat het hoe dan ook gaat om een overeenkomst van opdracht? Aangenomen moet worden dat partijen die vrijheid niet hebben. Niet omdat een vaststelling – achteraf – niet in strijd mag zijn met dwingend recht, maar omdat deze vaststelling naar inhoud of strekking in strijd komt met de openbare orde. Artikel 7A:1637a BW is als basis van het arbeidsrecht van groot maatschappelijk belang. Een arbeidsovereenkomst valt onder de werking van het BBA in verband waarmee voor het beëindigen van een arbeidsovereenkomst/arbeidsverhouding toestemming is vereist van de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening - artikel 6 jo. artikel 9 BBA – met het oog op de regeling van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland en in het bijzonder de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt. De arbeidsovereenkomst is ook beginpunt van een aantal fiscaal- en sociaal-verzekeringsrechtelijke regels.⁷ In zijn arrest van 21 april 1995⁸ oordeelde de Hoge Raad in strijd met de openbare orde – en derhalve nietig – de afspraak tussen een praktijkhouder en een medewerker dat laatstgenoemde de werknemerspremies voor zijn rekening zou nemen als – later – door de (toenmalige)

Raad van Beroep resp. de Centrale Raad van Beroep zou worden beslist dat hun verhouding een (dwingendrechtelijke) premieplichtige verhouding zou zijn en zij bij voorbaat hadden vastgesteld desalniettemin toch in strijd met die beslissing te zullen handelen. Gezegd kan ook worden dat het in dit geval in feite gaat over een vaststelling welke verband houdt met (arbeidsrechtelijke/sociaal verzekeringsrechtelijke) bepalingen van dwingend recht én het *voorkomen* van onzekerheid of geschil en dat staat artikel 7:902 BW niet toe.

5. EEN AFVLOEIINGSREGELING BIJ
VOORBAAT

In het arrest van de Hoge Raad van 7 april 1995 was aan de orde een bij voorbaat gemaakte afspraak over een vergoeding die de werknemer zou ontvangen ingeval van een onvrijwillig ontslag. Op basis van die afspraak zou de werknemer f 82.500,— ontvangen. De werkgever was bereid om die vergoeding te betalen. De werknemer vond dat onvoldoende. Het Hof kende de werknemer een vergoeding toe van f 750.000,—. Hoe oordeelt nu de Hoge Raad over de gebondenheid van – in dit geval – de werknemer aan de afvloeiingsregeling bij voorbaat? De Hoge Raad oordeelt dat een afvloeiingsregeling als de *onderhavige* er niet aan in de weg staat dat de rechter ingeval de werknemer opwerpt dat het ongevraagd gegeven ontslag kennelijk onredelijk is deze stelling in volle omvang onderzoekt. Maar interessant is dat de Hoge Raad het daarbij niet laat. De Hoge Raad overweegt ook dat de vraag of een door partijen in hun arbeidsovereenkomst overeengekomen afvloeiingsregeling mede de strekking heeft met het oog op het bepaalde in artikel 7A:1639s BW bij voorbaat bindend vast te leggen, welke voorziening voor de werknemer aan de vereisten van deze bepaling voldoet, een vraag van uitleg is. De Hoge Raad overweegt verder dat, voor zover *meer beperkt*, zo kwalifi-

7. Artikelen 3 e.v. van de Wet op de Loonbelasting, artikelen 3 e.v. van de ZW, WW, WAO.

8. Zie noot 1.

ceert de Hoge Raad de gestelde vaststellingsovereenkomst, wordt betoogd dat de afvloeiingsregeling moet worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst hij deze kennelijk te elfder ure bedachte en voor het eerst in cassatie opgeworpen stelling niet in zijn beoordeling kan betrekken. Dat de Hoge Raad oordeelde dat de rechter, als het gaat om een afvloeiingsregeling als de *onderhavige* de stelling van de werknemer dat hij kennelijk onredelijk is ontslagen (vanwege de te geringe betekenis van de financiële regeling) volledig kan onderzoeken, verrast niet. Immers, niet stond vast dat deze bij voorbaat overeengekomen afvloeiingsregeling de strekking had met het oog op het bepaalde in artikel 7A:1639s BW bij voorbaat bindend vast te leggen een voorziening voor de werknemer die voldeed aan de vereisten van die bepaling. De Hoge Raad laat in het midden of artikel 7A:1639s BW van dwingend recht is. Uit het voorgaande blijkt dat dat punt voor het geldig zijn van een vaststelling bij voorbaat wel van belang is. Een vaststelling bij voorbaat, welke strijdig is met dwingend recht, is niet mogelijk. Rood gaat wel uit, zo lijkt het, van een dwingendheid welke partijen niet opzij kunnen zetten.⁹ De werkgever is volgens Rood gestruikeld over: steeds, nu de rechter volgens artikel 7A:1639s BW *steeds* aan de wederpartij naar billijkheid een schadevergoeding kan toekennen. Ik vraag mij af of aan het gebruik van het woord: *steeds*, zoveel gewicht moet worden toegekend. Strikt genomen zou kunnen worden gezegd dat de rechter (alleen) steeds een vergoeding kan toekennen als partijen niet zelf een vergoeding zijn overeengekomen en niet als zij wel een vergoeding zijn overeengekomen. Er is ook geen wezenlijk verschil (want alleen in de tijd) tussen het overeenkomen van een afvloeiingsregeling bij voorbaat welke voldoet aan de vereisten van artikel 7A:1639s BW en waaraan de rechter in de visie van Rood niet zou zijn gebonden en het overeenkomen van een afvloeiingsregeling in het zicht van een ontslag, in welk geval het

moeilijk is voor te stellen dat de rechter nog een schadevergoeding naar billijkheid zou kunnen toekennen, in het geval de werknemer zich – later – zou bedenken, onder aanvoering dat ondanks de afvloeiingsregeling het ontslag kennelijk onredelijk is en de rechter *steeds* een schadevergoeding kan toekennen. Ingeval van het vaststellen van een schadevergoeding na een ontslag ligt het in zoverre anders dat, als artikel 7A:1639s BW van dwingend recht is, een vaststelling van een vergoeding – achteraf – ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht. Zoals ik hiervoor heb aangegeven bij het achteraf vaststellen van het geldig zijn van een reden voor een ontslag op staande voet, nadat het is gegeven, heeft een dergelijke vaststelling ook hier het karakter van afstand doen van recht. Intussen vertoont het arrest van de Hoge Raad van 7 april 1995 opvallende gelijkenis met een eerder arrest van de Hoge Raad.¹⁰ In het arrest van 1980 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat geen rechtsregel er aan in de weg staat dat de werkgever en de werknemer bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst er vanuit gaan dat ontslag door de werkgever kennelijk onredelijk zal zijn in de zin van artikel 1639s (oud) BW, tenzij alsdan voor de werknemer een bepaalde afvloeiingsregeling geldt en dat zij deswege – bij wijze van „voorziening” in vorenbedoelde zin – een dergelijke regeling bij voorbaat overeenkomen. Opvallend is dat de Hoge Raad in het arrest van 1980 spreekt over een voorziening *in de zin* van artikel 1639s (oud) BW en in het arrest van 7 april 1995 over een voorziening *welke moet voldoen aan de vereisten* van artikel 7A:1639s BW, maar – in het laatste geval – vaststelt dat dáárvan in dát geval geen sprake is.

Waaraan moet een afvloeiingsregeling bij voorbaat voldoen, – in de woorden van de Hoge Raad – een vaststelling zijn die voldoet aan de vereisten van artikel 7A:1639s BW – om geldig te zijn? Ik denk dat partijen ten tijde van het vaststellen van een afvloeiingsregeling voor ogen moet staan dat

9. M. G. Rood, TVVS 1995 pagina 168.

10. Zie noot 2.

het gaat om een vaststelling die beoogt een voorziening te zijn die gelet ook op de voor de werknemer bestaande mogelijkheden om passend werk te vinden, billijk is. De vaststelling moet er een zijn die recht doet aan de duur van de arbeidsovereenkomst, de leeftijd van de werknemer en, gelet op de aard van ook de functie, de mogelijkheden om ander passend werk te vinden – uitgaande van een redelijke taxatie. Een afvloeiingsregeling in de zin van artikel 1639s (oud) BW (arrest van 1980) resp. voldoet aan de vereisten van artikel 7A:1639s BW (arrest van 1995) zal zodanig – elastisch – moeten zijn geredigeerd dat de genoemde factoren worden verdisconteerd in een uitkomst afhankelijk van die factoren.

Ik houd het erop dat de Hoge Raad een afvloeiingsregeling bij voorbaat mogelijk acht mits zij voldoet aan de vereisten van artikel 7A:1639s BW.

Ten overvloede merk ik nog op dat de rechter vanzelfsprekend nog wel een vergoeding kan vaststellen als de onderhandelingen tussen de werkgever en de werknemer niet hebben geleid tot een definitieve afvloeiingsregeling en zijn blijven steken bij een aanbod.¹¹

6. EEN AFVLOEIINGSREGELING BIJ VOORBAAT EN ONTBINDING

Lid 8 van artikel 7A:1639w BW bepaalt dat de rechter naar billijkheid een vergoeding kan vaststellen, in geval van een ontbinding op grond van een gewichtige reden, in de zin van veranderingen in de omstandigheden. De formulering wijst erop dat de rechter een bij voorbaat vastgestelde afvloeiingsregeling zou kunnen negeren, ook al spreekt lid 8 er niet over dat de rechter *steeds* een vergoeding kan vaststellen.¹² Ik sluit echter niet uit dat artikel 7A:1639w BW ten aanzien van het bij voorbaat vaststellen van een afvloeiingsregeling minder

dwingend is dan lijkt. Lid 1 bepaalt dat een werkgever of een werknemer te allen tijde bevoegd zijn zich tot de *kantonrechter* te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige reden te ontbinden. Elk beding waardoor deze bevoegdheid wordt uitgesloten of beperkt, is nietig. Maar ondanks lid 1 staat lid 1 er volgens de rechtspraak niet aan in de weg dat partijen bij voorbaat *arbitrage* overeenkomen met het oog op een – eventuele – toekomstige ontbinding van de arbeidsovereenkomst resp. het toekennen van een vergoeding dan wel dat op basis van een CAO het geschil moet worden voorgelegd aan een daarin aangewezen bedrijfsinstantie, bevoegd tot het geven van een *bindend advies*.¹³

Bij het vaststellen van de hoogte van een vergoeding in het kader van een procedure als bedoeld in artikel 7A:1639w BW gelden vaak dezelfde overwegingen als bij die in een artikel 7A:1639s BW-procedure.¹⁴ Er vanuit gaande dat bij het toekennen van een schadevergoeding welke voldoet aan de vereisten van artikel 7A:1639s BW dezelfde overwegingen en factoren een rol spelen als bij het vaststellen van een vergoeding in de zin van artikel 7A:1639w BW, heeft een afvloeiingsregeling bij voorbaat die voldoet aan de vereisten van artikel 7A:1639s BW – aan welke vaststelling bij voorbaat de rechter m.i. is gebonden – tegelijkertijd en tevens de betekenis dat die afvloeiingsregeling een vergoeding is die voldoet aan de vereisten van (een vergoeding in de zin van) artikel 7A:1639w BW, zodat het de rechter niet meer vrijstaat, ingeval van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst, in afwijking van de vaststelling, een vergoeding naar billijkheid vast te stellen. De situatie in dat geval is overigens niet wezenlijk anders (want alleen in de tijd) dan de situatie waarin een werkgever en een werknemer in het zicht van een aanstaande ontbinding of in het kader van een ontbindingsprocedure

11. Hoge Raad 20 juni 1975, NJ 1975 – 496 (KLM – Van Dam).

12. Vergl. Rechtbank Utrecht 16 december 1992, JAR 1995 – 26, die als vergoeding bepaalt de bij voorbaat contractueel overeengekomen vergoeding, verhoogd met een vergoeding terzake van kosten van juridische bijstand en terzake van immateriële schade.

13. Hoge Raad 14 december 1973, NJ 1974 – 92 en Hoge Raad 22 november 1985, NJ1986 – 275.

14. R. A. A. Duk, SMA 1993, pagina 224.

een afvloeiingsregeling overeenkomen, onderdeel van welke regeling steeds is dat de werknemer zich neerlegt bij de door de werkgever gewenste beëindiging van de arbeidsovereenkomst, waarna voor de kantonrechter de ontbinding én het toekennen van de vergoeding conform de vergoeding die partijen hebben vastgesteld nog slechts een formele zaak is. Overbodig lijkt dan ook dat partijen in het kader van die regeling nog overeenkomen dat als de kantonrechter een andere (hogere of lagere) vergoeding zou vaststellen de vergoeding geldt die partijen zijn overeengekomen en als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst niet zou ontbinden toch geldt dat op en vanaf een bepaald tijdstip de arbeidsovereenkomst is ontbonden.¹⁵ Dat de Hoge Raad binding van de rechter aan een bij voorbaat overeengekomen afvloeiingsregeling in de zin van een vergoeding als bedoeld in artikel 7A:1639w BW lid 8 niet uitsluit, is ook af te leiden uit een betrekkelijk recente beschikking van de Hoge Raad,¹⁶ waarin hij uitmaakt dat de kantonrechter niet buiten het toepassingsgebied van artikel 7A:1639w BW is getreden door te overwegen dat nu de werknemer geen vergoeding wenste, de rechter niet behoefde te onderzoeken of daarvoor in het onderhavig geval termen zouden hebben bestaan. Als (de discretionaire bevoegdheid van) het toekennen van een vergoeding dwingendrechtelijk van aard zou zijn dan zou het oordeel van de Hoge Raad minder voor de hand liggen. Ik moet wel zeggen dat enige reserve past nu de beschikking van de Hoge

Raad is gegeven in een procesrechtelijke context namelijk in het kader van de vraag of, ondanks artikel 7A:1639w BW lid 11, (tegen een ontbindingsbeschikking staat hoger beroep en beroep in cassatie niet open) hoger beroep desalniettemin mogelijk was.

Ik houd het erop dat een afvloeiingsregeling bij voorbaat mogelijk is mits zij voldoet aan de vereisten van (een vergoeding in de zin van) artikel 7A:1639w BW.

Ten overvloede merk ik nog op dat de rechter overigens wel een geringere vergoeding kan vaststellen dan een door de werkgever in het kader van de onderhandelingen bij gelegenheid van een door de werkgever gewenste ontbinding van de arbeidsovereenkomst gedaan – maar door de werknemer geweigerd – aanbod.¹⁷

7. CONCLUSIE.

Te verwachten valt dat de praktijk van het arbeidsrecht meer alert zal zijn op de mogelijkheid van het overeenkomen van een vaststelling, in geval van onzekerheid, ook als dwingend recht aan de orde is.

Het gebruik van een vaststellingsovereenkomst als het gaat om het bij voorbaat vaststellen van een afvloeiingsregeling die voldoet aan de vereisten van artikel 7A:1639s BW resp. 7A:1639w BW dient te worden bevorderd, teneinde bij voorbaat zekerheid te hebben over wat partijen te wachten staat als in de toekomst – eventueel – de arbeidsovereenkomst zou

15. Vergl. President Rechtbank Rotterdam 6 januari 1988, RvdW KG 1988/93, waarin de President overweegt dat de vraag of hetgeen de werkgever en de werknemer (in het kader van een formele procedure) zijn overeengekomen prevaleert boven de door de kantonrechter gegeven beslissing, het kader van een kort geding te buiten gaat. Als het gaat om een Sociaal Plan, tenzij het een CAO is, waaraan de werknemer is gebonden, of als in de arbeidsovereenkomst is bepaald dat een CAD zoals die luidt of zal luiden op de arbeidsovereenkomst van toepassing is, kan het anders liggen, omdat in een Sociaal Plan, vanwege zijn algemeen karakter, te weinig rekening kan zijn gehouden met de bijzonderheden van de individuele werknemer, zodat een afvloeiingsregeling in het Sociaal Plan in concreto niet voldoet aan de vereisten van artikel 7A:1639w BW.

16. Hoge Raad 15 oktober 1993, NJ 1994 – 64.

17. Hoge Raad 1 juli 1983, NJ 1984 – 105 (Mercedes Benz – Van Dokkum). Vergl. Hoge Raad 22 september 1995, RvdW 1995 – 179C, in welke beschikking de Hoge Raad overweegt dat de Kantonrechter niet treedt buiten de grenzen van artikel 7A:1639w BW als hij in zijn ontbindingsbeschikking geen vergoeding toekent ook al heeft de werkgever ter zitting verklaard met gehele of gedeeltelijke inwilliging van het subsidiaire verzoek van de werknemer een vergoeding toe te kennen, in te stemmen, ingeval de arbeidsovereenkomst niet zou worden ontbonden op de primair door de werkgever aangevoerde grond van een gewichtige reden in de zin van een dringende reden, maar op grond van een gewichtige reden in de zin van een wijziging in de omstandigheden.

moeten worden beëindigd. Dat is beter dan afhankelijk te zijn van de betrekkelijk onvoorspelbare uitkomst van een eventuele procedure.^{18/19} Een werkgever kan ook reserveren. Van belang

is dat een werkgever en een werknemer proberen zo goed mogelijk te formuleren bij welke vorm van ontslag de vaststellingsovereenkomst als af-

vloeingsregeling bij voorbaat geldt. Uit het arrest van de Hoge Raad van 7 april 1995 leid ik niet af dat de Hoge Raad een vaststellingsovereenkomst waarin bij voorbaat een schadevergoeding in de zin van artikel 7A:1639s BW wordt overeengekomen in de ban heeft gedaan dan wel zal doen.

18. J. M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardiging*, 1992, passim, die de geringe voorspelbaarheid van een uitkomst in arbeidszaken waaronder ontbindingszaken kritiseert. Verder J. M. Barendrecht, *NJB* 1993 pag. 369 e.v., *Ontslagbescherming zonder preventieve toetsing*.

19. Met name in de summier 7A:1639w-procedure kan niet zelden van niet meer worden uitgegaan dan van indrukken in plaats van feiten die voldoende vaststaan.