

## Hoe exclusief is exclusief? Over de juridische status van de 685-procedure en de contractuele vergoeding

**HR 2 april 2004, JAR 2004/112 (Drankcentrale Waterland B.V./Blakborn) en HR 10 december 2004, JAR 2005/12 (Vermeulen/Koninklijke Douwe Egberts B.V.)**

*'Exclusiviteit' ontbindingsbeschikking; contractuele afvloeiingsregeling; redelijkheid en billijkheid; Baijings; Staten Bank/Fiet*

### **1 De casus**

In deze annotatie, die eerder het karakter draagt van een korte notitie naar aanleiding van de reeks arresten van de Hoge Raad die met Baijings (JAR 1997/248) is gestart en de inmiddels vele stukken die daarover in de literatuur zijn verschenen, staan twee arresten centraal. De feiten en de rechterlijke oordelen in deze uitspraken zijn de volgende.

#### **1.1 Drankcentrale/Blakborn**

Blakborn, sinds 1971 in dienst van (een rechtsvoorganger van) Drankcentrale, is vanaf 2 januari 1995 aangesteld als procuratiehouder met de persoonlijke titel van directeur. Statutair directeur en enig aandeelhouder is een vennootschap behorende tot het Heineken-concern, die alle aandelen van Drankcentrale bezit. Blakborn geeft financiële en operationele leiding aan Drankcentrale. In artikel 2 van de arbeidsovereenkomst zijn partijen het volgende overeengekomen:

'Indien het dienstverband door de werkgever wordt opgezegd of indien het dienstverband tengevolge van een rechterlijke uitspraak wordt ontbonden zonder dat er sprake is van omstandigheden, die een dringende reden als bedoeld in art. 7A:1639o BW zouden hebben opgeleverd, dan is de werkgever een niet voor rechterlijke matiging of inperking vatbare schadevergoeding verschuldigd ter grootte van twee keer het jaarsalaris (inclusief alle daarbij behorende emolumenten).'

Op 15 februari 2000, bevestigd bij brief van 17 februari 2000, wordt Blakborn op staande voet ontslagen, omdat hij zich stelselmatig heeft schuldig gemaakt aan (het initiëren van en meewerken aan) belastingfraude (mede) om zichzelf ten koste van Drankcentrale te verrijken. Bij beschikking van

13 juni 2000 ontbindt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen Drankencentrale en Blakborn voorwaardelijk met ingang van 1 juli 2000, op grond van verandering in de omstandigheden. De door Blakborn verzochte vergoeding wordt door de kantonrechter afgewezen op de grond dat de ontdekking van de aan Blakborn verweten feiten een verlies van vertrouwen heeft opgeleverd dat aan hem toerekenbaar is. Door beide partijen bij de arbeidsovereenkomst wordt niet betwist dat zij de contractuele vergoeding bij de kantonrechter onbesproken hebben gelaten. In de loonprocedure oordeelt de rechtbank in hoger beroep dat het gegeven ontslag op staande voet nietig is; de loonvordering wordt dientengevolge toegewezen. Ook de vordering tot betaling door Drankencentrale van de contractueel overeengekomen ontslagvergoeding ex artikel 2 van de arbeidsovereenkomst kent de rechtbank toe. Het op dit punt gevoerde verweer dat die afspraak nietig zou zijn, omdat daarmee de ex artikel 7:685 lid 8 BW aan de kantonrechter toegekende discretionaire bevoegdheid tot toekenning van een vergoeding zou zijn aangetast, wijst de rechtbank van de hand. Ook het verweer dat de kantonrechter zich reeds in de ontbindingsprocedure over de vergoeding heeft gebogen en dat Blakborn dientengevolge niet-ontvankelijk in zijn vordering is, wordt door de rechtbank verworpen. Als argument voor haar oordeel voert de rechtbank aan dat zich in deze zaak niet het geval voordoet van cumulatie van procedures tot vaststelling van (wettelijke) schadevergoeding waarbij (nogmaals) een toetsing van het handelen of nalaten van de werkgever aan artikel 6:248 en 7:611 BW dient plaats te vinden. Het door Drankencentrale ingestelde cassatieberoep, enkel met betrekking tot de contractueel overeengekomen ontslagvergoeding, verwerpt de Hoge Raad. Eén klacht betreft het oordeel van de rechtbank dat artikel 2 van de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is, omdat zijn inhoud de discretionaire bevoegdheid van de rechter ex artikel 7:685 BW niet beperkt. Het middel faalt, aldus de Hoge Raad:

‘Indien in de ontbindingsprocedure een beroep wordt gedaan op een tussen hen op voorhand overeengekomen afvloeiingsregeling, dient de rechter die regeling bij zijn oordeel omtrent de toekenning van een billijkheidsvergoeding mede in zijn beschouwingen te betrekken [...]. Dit betekent niet – anders dan de klacht betoogt – dat aan de vrijheid van de rechter om bij de ontbinding op de voet van art. 7:685 BW een vergoeding naar billijkheid toe te kennen, afbreuk wordt gedaan.’

De andere klacht richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat Blakborn ontvankelijk in zijn vordering is. De ‘exclusieve werking’ van de ontbindingsbeschikking zou eraan in de weg staan dat een contractuele afvloeiingsregeling in een afzonderlijke procedure geldend kan worden gemaakt.

Ook deze klacht faalt, aldus de Hoge Raad. Hij vangt zijn oordeel aan met erop te wijzen dat het bij de door de klacht bedoelde exclusieve werking van de ontbindingsvergoeding blijktens de in de rechtspraak van de Hoge Raad aan de orde gestelde gevallen veelal gaat om aanspraken die zijn gegrond op hetgeen de redelijkheid en billijkheid of de eisen van goed werkgeverschap meebrengen in verband met de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Ten aanzien van dergelijke aanspraken heeft te gelden dat alle relevante factoren tot uitdrukking behoren te komen in de op de redelijkheid en billijkheid gegronde ontbindingsvergoeding, zodat daarnaast voor een nieuwe toets op grond van de redelijkheid en billijkheid (c.q. goed werkgeverschap) geen ruimte is. Onder expliciete verwijzing naar het arrest-Guérand/PTT Post (JAR 2002/67) wordt daaropvolgend geoordeeld dat een uitzondering op dit uitgangspunt geldt ten aanzien van aanspraken van de werknemer die tijdens de dienstbetrekking zijn ontstaan. In het onderhavige geval gaat het echter niet, aldus het arrest, om een aanspraak die is gegrond op hetgeen de redelijkheid en billijkheid of de eisen van het goed werkgeverschap meebrengen, maar om een vordering tot nakoming van een contractuele afvloeiingsvergoeding. Een dergelijke vordering kan in een afzonderlijke procedure worden geldend gemaakt. De klacht tegen de hoogte van de toegekende geldsom treft om twee redenen geen doel: ten eerste omdat in de ontbindingsprocedure geen vergoeding is toegekend en ten tweede omdat de contractuele afvloeiingsregeling niet in de ontbindingsprocedure aan de orde is geweest. Ten slotte formuleert de Hoge Raad in een soort overweging ten overvloede enkele vuistregels, die gebaseerd zijn op het onderscheid dat de kantonrechter in de ontbindingsprocedure wel en niet met een tussen partijen overeengekomen afvloeiingsregeling bekend is.

*De kantonrechter is niet bekend met de contractueel overeengekomen ontslagvergoeding.* In deze situatie dient de rechter die in de latere procedure heeft te oordelen over de vordering tot nakoming van de overeengekomen vergoeding de toegekende ontbindingsvergoeding in zijn beschouwingen te betrekken, indien het debat van partijen daartoe aanleiding geeft. Uitgangspunt is dat de contractueel overeengekomen ontslagvergoeding moet worden nagekomen. De werkgever heeft in deze situatie een kleine kans te ontsnappen aan de plicht én een ontbindingsvergoeding én een tussen partijen overeengekomen vergoeding te betalen. De werkgever zal zich dan op het standpunt moeten stellen dat nakoming van de contractuele afspraak in verband met de toegekende ontbindingsvergoeding ex artikel 6:248 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De rechter zal dan op grond van zijn uitleg van de overeenkomst moeten vaststellen of partijen rekening hebben gehouden met de mogelijkheid dat naast de afvloeiingsvergoeding door de rechter een vergoeding ex artikel 7:685 BW wordt vastgesteld. Indien het antwoord bevesti-

gend luidt, zal er in het algemeen geen strijd met artikel 6:248 BW zijn. Bij een ontkenkend antwoord kan van strijd met artikel 6:248 BW sprake zijn, doch slechts bij hoge uitzondering. Een ontsnapping doet zich in deze situatie dus in feite voor bij een dubbel nee: de kantonrechter was in de ontbindingsprocedure niet bekend met de contractuele afspraak en partijen hebben geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat er tweemaal door de werkgever moet worden betaald.

*De kantonrechter is wel bekend met de tussen partijen overeengekomen ontslagvergoeding.* In deze situatie zal hij bij het vaststellen van de hoogte van de ontbindingsvergoeding ervan moeten uitgaan dat de contractuele regeling zal worden nagekomen, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat zulks in het betrokken geval niet mag worden verwacht.

## 1.2 Vermeulen/Douwe Egberts (DE)

Vermeulen is sedert medio 1967 bij DE werkzaam, laatstelijk als landelijk chauffeur. Op grond van een reorganisatie wilde DE een einde aan deze arbeidsovereenkomst maken. Op 10 augustus 1999 hebben partijen daartoe een overeenkomst gesloten. In deze overeenkomst wordt het sociaal plan 1995 dat bij DE van kracht is, van toepassing verklaard. De rechten van de werknemer op basis van dit sociaal plan zijn op het bruto jaarinkomen van de betreffende werknemer gebaseerd. Voorts is een hardheidsclausule in het plan opgenomen, op grond waarvan de concernleiding een beslissing op een bezwaar neemt nadat de Centrale Begeleidingscommissie heeft geadviseerd. DE heeft een formele ontbindingsprocedure bij de kantonrechter ahangig gemaakt, met bereidverklaring een vergoeding aan Vermeulen te betalen conform het van kracht zijnde sociaal plan. Tussen partijen rijst onenigheid over het antwoord op de vraag wat met betrekking tot Vermeulen wel en niet tot het bruto jaarinkomen moet worden gerekend. Vermeulen stelt zich op het standpunt dat structureel door hem gerealiseerde overuren daarbij dienen te worden betrokken, DE vindt van niet. De ontbindingsrechter wordt van deze onenigheid niet op de hoogte gesteld. De (formele) ontbindingsprocedure wordt afgewikkeld uitgaande van het jaarinkomen exclusief de overuren. Buiten de 685-procedure om beroept Vermeulen zich op de hardheidsclausule. In de Centrale Begeleidingscommissie staken de stemmen. De concernleiding heeft daarop besloten dat de hardheidsclausule niet op Vermeulen van toepassing is. Vermeulen start daarop (derhalve ook nadat de beschikking ex art. 7:685 BW is gewezen) een nieuwe procedure en vordert (onder meer) aanvulling op grond van de vergoeding krachtens het sociaal plan, vanwege de structureel gemaakte uren overwerk. De kantonrechter verklaart Vermeulen niet-ontvankelijk, omdat partijen hun geschil over de toepasselijkheid van de hardheidsclausule welbewust niet

aan de kantonrechter hebben voorgelegd, hoewel dat geschil toen al tussen hen bestond. De rechtbank in hoger beroep heeft dit vonnis bekrachtigd. Enkele passages uit haar vonnis luiden als volgt:

‘De kantonrechter Rotterdam heeft in zijn beschikking van 20 augustus 1999 de arbeidsovereenkomst ontbonden en de door Douwe Egberts aangeboden en door Vermeulen redelijk genoemde vergoeding gelet op de omstandigheden redelijk geacht en een vergoeding overeenkomstig het gedane aanbod aan Vermeulen toegekend. Geschillen die thuishoren in een procedure op de voet van artikel 7:685 BW [...] kunnen vanwege dit uitgangspunt niet andermaal aan de rechter worden voorgelegd. [...] Een andere opvatting hieromtrent zou ertoe leiden dat partijen bij overeenkomst hun eigen ontvankelijkheid kunnen creëren ter zake van aspecten die in de reeds gevoerde ontbindingsprocedure aan de orde hadden moeten komen, hetgeen indruist tegen eerder genoemd uitgangspunt. [...] Het sociaal plan kan daarom geen (zelfstandige) grondslag bieden voor de onderhavige vordering.’

Dit oordeel wordt krachtig door de Hoge Raad onderuitgehaald:

‘Hoewel het onderhavige geschil in de ontbindingsprocedure moet worden beslist, staat de hiervoor in 3.4 vermelde regel [het Baijings-criterium, CJL & LGV] niet eraan in de weg een vordering als de onderhavige in een afzonderlijk geding aan de rechter voor te leggen. De gestelde vordering berust immers op de beëindigingsovereenkomst in samenhang met het sociaal plan, die tussen partijen onafhankelijk van de ontbinding geldt en blijft gelden.’

Hoewel het middel op zichzelf gegrond is, kan het naar het oordeel van de Hoge Raad niet tot cassatie leiden, omdat Vermeulen daarbij geen belang heeft. Het beroep op de hardheidsclausule van het sociaal plan heeft immers voor hem geen succes gehad. Omdat deze procedure niet tot een voor eiser gunstig resultaat heeft geleid, had de rechtbank Vermeulen weliswaar in zijn vordering moeten ontvangen, maar deze vervolgens moeten afwijzen.

## **2 Annotatie**

### **2.1 Baijings en wat daarmee samenhangt**

De rechtspraktijk heeft het hoofd over het Baijings-arrest gebroken en doet dat nog steeds, getuige het meest recente, hiervoor kort besproken arrest Vermeulen/DE. De rechtsgeleerde schrijvers hebben een stevige duit in het

zakje gedaan en daarmee de verwarring vaak alleen maar vergroot. Dat blijkt al regelmatig uit de titel die aan de bijdragen wordt meegegeven. Men spreekt van 'verfijning' van de Baijings-leer, waarbij J.J.M. de Laat in SR 2002-5, p. 162 e.v. de kroon spant door te spreken van 'de nog verdere verfijning van de Baijings-leer' met een 'moeras van scholastieke onderscheidingen en verfijningen', of men wijst eenvoudiger op de Baijings-evolutie (laatstelijk K.W.M. Bodewes, *ArbeidsRecht* 2004/65). Dergelijke uiteenzettingen zijn gebaseerd op de gedachte dat de Hoge Raad in Baijings zou hebben geoordeeld dat een 685-beschikking met ontbinding wegens verandering in de omstandigheden en een oordeel over toekenning van een vergoeding, een soort eindafrekening behelst: de hele financiële afwikkeling van het dienstverband zou met het oordeel over de vergoeding zijn afgerond, behoudens de door de Hoge Raad als ongewenst geduide situatie dat de kantonrechter over een bepaalde post expliciet naar een nieuwe procedure verwijst. Naar aanleiding van het arrest Visser/Van Lee (*JAR* 2003/295) schrijft D.J. Buijs dan ook vanuit dit perspectief: 'Intussen raken we steeds meer verwijderd van hetgeen in 1997 met het Baijings-arrest door de Hoge Raad werd beoogd: het zo mogelijk in één procedure beslechten van alle geschillen tussen partijen.' (SR 2004-1, p. 21 e.v.) Met deze uitspraak geeft ook Buijs aan dat er een ontwikkeling te bespeuren valt die steeds vaker tot uitzonderingen heeft geleid op de beslissing uit 1997. Eigenlijk wordt gezegd dat de Hoge Raad steeds meer op zijn schreden is teruggekeerd. Is dit standpunt juist? Grapperhaus geeft met zijn verzuchting in zijn annotatie in *Ondernemingsrecht* 2004-13, p. 513 e.v. van de arresten *Drankencentrale en Zonnehof* (*JAR* 2004/169) dat het maar eens afgelopen moet zijn met 'het almaar doornummeren van arresten, die verder niet veel meer toevoegen dan voortgezet ijdel gebruik van de naam Baijings' aan dat hij die vraag ontkennend wenst te beantwoorden. Zijn uitroep 'Het moet niet gekker worden!' naar aanleiding van het arrest *Tjemkes/ABN AMRO* (HR 2 april 2004, *JAR* 2004/114) benadrukt de juistheid van dit standpunt. Wij onderschrijven Grapperhaus' zienswijze ten volle. Er is geen sprake van een (verdergaande) verfijning of evolutie van de Baijings-leer; de Hoge Raad heeft nooit gezegd dat in de ontbindingsprocedure alle geschillen over wederzijdse vorderingen in de hoogte van de vergoeding tot uitdrukking moeten komen. De Hoge Raad heeft ons inziens slechts één regel helder in beeld gebracht (en terecht, gelet op de door de wetgever gemaakte keuzes): op geen enkele wijze mag verkapt hoger beroep van de beschikking ex artikel 7:685 BW worden toegestaan, ook niet met betrekking tot het oordeel over de vergoeding. In al die gevallen dat dit niet het geval is, kan er opnieuw worden geprocedeerd in die zin dat eiser niet tegen een niet-ontvankelijkheid zal oplopen. Vanuit deze gedachte kunnen vier categorieën worden onderscheiden (zie ook reeds C.J. Loonstra in *ArA* 2002/1, p. 21 e.v., i.h.b. p. 28):

- a) De aanspraak in de nieuwe procedure is op de redelijkheid en billijkheid dan wel het goed werkgeverschap gebaseerd (dezelfde grondslag als die waarop de 685-procedure is gebaseerd), terwijl dezelfde feiten worden vermeld als in de ontbindingsprocedure.
- b) De aanspraak in de nieuwe procedure is op de redelijkheid en billijkheid dan wel het goed werkgeverschap gebaseerd, maar er worden andere feiten dan die welke in de 685-procedure een rol hebben gespeeld, in die nieuwe procedure aan de vordering ten grondslag gelegd.
- c) De aanspraak in de nieuwe procedure is op een andere grondslag gebaseerd dan de redelijkheid en billijkheid dan wel het goed werkgeverschap, maar de aan deze aanspraak ten grondslag gelegde feiten zijn dezelfde als die welke in de 685-procedure een rol hebben gespeeld of de aanspraak gegrond op de redelijkheid of goed werkgeverschap heeft niet betrekking op het einde van de arbeidsovereenkomst.
- d) De aanspraak in de nieuwe procedure is op een andere grondslag gebaseerd dan de redelijkheid en billijkheid dan wel het goed werkgeverschap, terwijl eveneens de aan deze aanspraak ten grondslag gelegde feiten niet in de 685-beschikking aan de orde zijn geweest.

Onze stelling luidt dat alleen categorie a tot niet-ontvankelijkheid moet leiden, anders dan de overige drie categorieën. Die niet-ontvankelijkheid van het beroep is gebaseerd op de gedachte dat de nieuwe procedure een kopie is van de ontbindingsprocedure, een haarzuivere 1-op-1-situatie, omdat er sprake is van dezelfde grondslag (namelijk de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW) dan wel de op de redelijkheid gebaseerde normen van het goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW en bovendien op gelijklopende feiten. Zodra echter deze situatie wordt doorbroken (hetzij door nieuwe feiten, hetzij door een nieuwe grondslag, hetzij beide), kan er per definitie geen sprake zijn van verkapt hoger beroep en zal derhalve altijd ten minste tot ontvankelijkheid moeten worden geconcludeerd. Let wel, ontvankelijkheid betekent uiteraard niet dat de vordering ook moet worden toegewezen. Ontvankelijkheid betekent wel dat de ingestelde vordering inhoudelijk dient te worden beoordeeld.

Voorafgaande synopsis zullen wij verduidelijken aan de hand van de arresten die sedert het Baijings-arrest tot en met einde 2004 door de Hoge Raad zijn geweest.

*Tulkens/FNV* (JAR 1999/73) is stellig geen herhaling van Baijings. *Tulkens/FNV* geeft precies aan in welke context Baijings moet worden geplaatst. In de nieuwe procedure na de ontbindingsbeschikking vorderde *Tulkens* schadevergoeding ex artikel 7:611 BW a) vanwege de door zijn werkgever geschreven brief tijdens zijn ziekte en b) omdat *FNV* niets zou hebben

gedaan aan de werkdruk die ook op Tulkens rustte, terwijl diens specialist hem had gezegd dat hij het vanwege hartklachten rustiger aan moest doen, hetgeen FNV wist. Tot in cassatie strandde de vordering wat betreft punt a: dit feit noemde de kantonrechter als argument voor de hoogte van de door hem vastgestelde vergoeding (strikt genomen zou dit tot niet-ontvankelijkheid moeten leiden; dit aspect komt eerst in het hierna behandelde arrest *Elverding/Wienholts* tot uitdrukking). Dus: noch een nieuw feit noch een nieuwe grondslag (zie het arrest van de Hoge Raad r.o. 3.4.2). Ten aanzien van b had de kantonrechter Tulkens echter een bewijsopdracht gegeven; FNV had namelijk betwist dat zij niets aan de werkdruk van Tulkens had gedaan. Deze beslissing heeft tot in cassatie (zie r.o. 3.6 en 3.7) standgehouden. Dat betekent concreet: indien Tulkens in zijn bewijsopdracht slaagt, is de vordering, los van een discussie over de hoogte daarvan, toewijsbaar. De juistheid van deze beslissing kan worden teruggevoerd op het gegeven dat in de nieuwe procedure feiten zijn opgevoerd die in de ontbindingsbeschikking geen (relevante) rol hebben gespeeld: die rondom de hartklachten van Tulkens. Van verkapt hoger beroep is geen sprake, juist omdat andere feiten in het geding zijn. Voornoemde categorie b is hier van toepassing.

In *Intramco/Grotenhuis* (JAR 2001/14) wordt het Baijings-criterium wel genoemd, maar speelt niet het in deze annotatie centraal staande uitgangspunt dat de werknemer na de 685-beschikking een nieuwe (bodem)procedure start. Het betrof appel en cassatie na de door de kantonrechter gewezen ontbindingsbeschikking, mede met het oog op de betekenis van de term 'vergoeding' (valt daar het gebruikmaken van een overeengekomen optieregeling onder?).

Het arrest *Elverding/Wienholts* (JAR 2001/255) toont dat het instellen van een vordering op dezelfde grondslag (redelijkheid/bilijkheid; goed werkgeverschap) en dezelfde feiten als de ontbindingsprocedure, dus in feite een 1-op-1 in vergelijking met de 685-situatie, tot een niet-ontvankelijkheid dient te leiden. Deze casus valt dus in categorie a. De Hoge Raad wijst erop dat Wienholts na kennisneming van de beschikking van de kantonrechter gebruik had kunnen maken van haar bevoegdheid tot intrekking van het verzoek, waarna zij op andere wijze de arbeidsovereenkomst had kunnen beëindigen en tevens (in een afzonderlijke procedure) schadevergoeding had kunnen vorderen. Hoewel niet met zoveel woorden door de Hoge Raad betoogd (maar daartoe bestond ook geen reden), had Wienholts ook schadevergoeding in een afzonderlijke procedure kunnen vorderen door een andere grondslag dan de redelijkheid en billijkheid aan dezelfde feiten ten grondslag te leggen (categorie c). Zij zou dan in ieder geval niet met een niet-ontvankelijkheid zijn geconfronteerd en zou dan recht hebben gehad op een inhoudelijke beoordeling van haar eis.

De arresten *TNO/Vermeulen* en *Guérand/PTT Post* (JAR 2002/66 en 2002/67) lijken wellicht op het eerste gezicht een ‘verfijning’ van de Baijings-leer, maar zijn dat geenszins. Aanspraken die zijn ontstaan tijdens de dienstbetrekking, zoals die welke betrekking hebben op het loon, hebben veelal een andere grondslag dan de redelijkheid en billijkheid. Voorbeelden van zo’n andere grondslag (rechtsgrond) zijn een van toepassing zijnde CAO-bepaling of een wettelijke bepaling in titel 7.10 BW betrekking hebbend op het loon. Dergelijke vorderingen en andere op de redelijkheid gebaseerde vorderingen die in geen verband staan met de (wijze van) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen daarvan, vallen in categorie b en zullen derhalve tot ontvankelijkheid leiden en dus tot een inhoudelijke beoordeling van de ingestelde vordering. Terecht wijst de Hoge Raad erop dat niet is uitgesloten dat de hoogte van de ontbindingsvergoeding mede geënt kan zijn op feiten die niet (uitsluitend) op het einde van de arbeidsovereenkomst zien, maar (ook) op de aanvang of op de periode voorafgaande aan die beëindiging. Is dat het geval, dan zal de rechter, aldus de Hoge Raad onder verwijzing naar *Schreuder* (NJ 1990, 499), moeten verrekenen.

*Van Ravenswade/ING* (JAR 2003/39) is op dezelfde melodie geënt, hoewel A-G Huydecoper de materie onnodig compliceert. Eerst de melodie: de rechtsvordering van Van Ravenswade kan op gelijke wijze worden beoordeeld als die van Wienholts: geen nieuwe rechtsgrond, geen nieuwe feiten. Het aardige van het onderhavige arrest is wel dat de eiser in de procedure na de 685-beschikking ‘enige feiten en bewijsmiddelen’ had genoemd waarop hij zich naar zijn zeggen nog niet in de 685-procedure had beroepen. De Hoge Raad doet het beroep af met de overweging: ‘Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft de Rechtbank hierin geen stellingen gezien die een in de ontbindingsprocedure niet in de overweging betrokken grondslag van schadevergoeding konden vormen.’ (zie r.o. 3.6)

Men zou deze overweging ook aldus kunnen lezen dat de nieuwe feiten wel iets substantieels moeten behelzen en dus daadwerkelijk op ‘iets anders’ betrekking moeten hebben.

De complicatie van de A-G bestaat eruit dat hij een normatief element aan de discussie wenst toe te voegen. Hij maakt een onderscheid tussen een vijftal categorieën tekortkomingen van de kant van de werkgever jegens de werknemer en vraagt zich af of deze tekortkomingen in de ontbindingsprocedure aan de orde worden gesteld dan wel aan de orde *zouden moeten worden gesteld*. Huydecoper behandelt de vraag of een werknemer in een nieuwe procedure ontvankelijk moet worden verklaard als hij een bepaalde tekortkoming van de werkgever niet in de ontbindingsprocedure aan de orde heeft gesteld, maar dat wel had moeten doen. Het arrest van de Hoge Raad geeft geen enkel aanknopingspunt voor de juistheid van de opvatting

dat dit normatieve aspect van invloed is op het antwoord op de ontvankelijkheidsvraag. In tegendeel. Kort wordt overwogen: 'De klacht faalt. De Rechtbank heeft geoordeeld dat Van Ravenswade in de onderhavige procedure geen stellingen heeft aangevoerd die niet reeds in de ontbindingsprocedure zijn aangevoerd en door de kantonrechter zijn meegewogen.' Feitelijker kan het niet, zouden wij willen stellen. Ook in het Vermeulen/DE-arrest maakt de Hoge Raad opnieuw duidelijk dat dit 'had behoren'-denken niet in het Baijings-leerstuk thuishoort.

Het arrest *Visser/Van Lee* (JAR 2003/295) valt binnen categorie b, althans voor het deel van het vonnis van de rechtbank dat door de Hoge Raad is gecasseerd. Het betrof een vordering (ingesteld na 685-beschikking met hoge vergoeding) die in eerste instantie op twee perioden betrekking had, namelijk de periode 25 april 1997 tot 1 april 1999 en de periode per 1 april 1999, de datum waarop de arbeidsovereenkomst tussen partijen door de kantonrechter is ontbonden. De rechtbank had deze vordering afgewezen, omdat zij op dezelfde feiten was gebaseerd als waarop de ontbindingsvergoeding was geënt. Deze beslissing was uiteraard onjuist met betrekking tot de periode 25 april 1997 tot 1 april 1999, én omdat strijd met het goed werkgeverschap door eiser was gesteld gedurende de arbeidsovereenkomst, én omdat een andere grondslag was genoemd (niet nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst). In cassatie werd terecht tegen deze (deel)beslissing opgekomen. Visser formuleerde in cassatie geen klacht tegen afwijzing van de vordering met ingang van 1 april 1999, vermoedelijk omdat die vordering betrekking had op het einde van het dienstverband, waarop de ontbindingsvergoeding betrekking had. Toch zou ons inziens ook dit oordeel van de rechtbank in cassatie zijn gesneuveld. De rechtsgrond voor deze (deel)vordering was namelijk niet de redelijkheid, maar – althans in hoger beroep – toerekenbare tekortkoming van de nakoming van de arbeidsovereenkomst (wanprestatie) ex artikel 6:74 BW (zie r.o. 5.5 van het vonnis van de rechtbank). Deze nieuwe rechtsgrond zou dus niet op een niet-ontvankelijkheid stuiten (categorie c). Natuurlijk had Visser dan wel te stellen en te bewijzen gehad dat Van Lee zich aan wanprestatie schuldig heeft gemaakt en dat de kantonrechter bij het vaststellen van de hoogte van de ontbindingsvergoeding met de uit de wanprestatie voortvloeiende schade al niet reeds rekening heeft gehouden (gelet op r.o. 5.6 van het vonnis van de rechtbank een voor Visser ongetwijfeld lastige zaak).

Het volgende arrest in de Baijings-lijn is *Drankencentrale/Blakborn*, het eerste van de twee arresten waarmee deze annotatie is aangevangen. Opnieuw kan worden betoogd dat dit arrest in het licht van de vraag welke schadevergoedingsprocedures voor de werknemer na een 685-beschikking (met

ontbinding wegens verandering in de omstandigheden en met een oordeel over de vergoedingsvraag) nog openstaan, weinig nieuws biedt (of beter: kan bieden). Het interessante van het arrest is wel dat de Hoge Raad de koppeling tussen de op redelijkheid en billijkheid gebaseerde vergoeding en de nieuwe procedure waarin opnieuw deze rechtsgrond centraal staat, helderder maakt. In het arrest wordt er immers eerst op gewezen dat de bij de door de klacht bedoelde exclusieve werking van de ontbindingsvergoeding blijkens de in de rechtspraak van de Hoge Raad aan de orde gestelde gevallen veelal gaat om afspraken die zijn gegrond op artikel 6:248 BW of artikel 7:611 BW. Daaropvolgend oordeelt hij dat *te dien aanzien* heeft te gelden dat alle relevante factoren tot uitdrukking behoren te komen in de op de redelijkheid en billijkheid gegronde ontbindingsvergoeding, zodat daarnaast voor een nieuwe toets op grond van redelijkheid en billijkheid (c.q. de eisen van het goed werkgeverschap) geen ruimte is. Aangezien in casu onmiskenbaar een andere rechtsgrond aan de vordering in de nieuwe procedure ten grondslag is gelegd (namelijk nakoming van art. 2 van de gesloten arbeidsovereenkomst), terwijl ook de daarop gebaseerde feiten niet in de ontbindingsprocedure aan de orde zijn geweest, is categorie d van toepassing en heeft de rechtbank de vordering terecht inhoudelijk beoordeeld (en toegewezen). Dat in deze context een bijzondere situatie in het leven wordt geroepen, omdat de in het kader van het *sluiten* van de arbeidsovereenkomst gemaakte afspraken over een afvloeiingsvergoeding beogen te werken bij het *einde* van de arbeidsovereenkomst, is op zichzelf evident. Hierna zullen we bij deze situatie afzonderlijk stilstaan.

Tussen de periode dat Drankencentrale/Blakborn en het tweede in deze annotatie besproken arrest Vermeulen/DE zijn geweest, hebben nog twee arresten in de reeks die met Baijings begon, het licht gezien: het al genoemde *Tjemkes/ABN AMRO* (JAR 2004/114) en *De Zonnehof* (JAR 2004/169). In *Tjemkes/ABN AMRO* (cassatieberoep werd verworpen met toepassing van art. 81 RO) betrof het een op artikel 6:248 BW c.q. artikel 7:611 BW gegronde vordering die betrekking had op een 685-ontbinding met vergoeding. Daarmee betrof het een casus die onder categorie a valt te scharen; dientengevolge hebben kantonrechter en rechtbank terecht geoordeeld dat er geen ruimte was voor een hernieuwde toetsing (eiser werd dus in feite niet-ontvankelijk verklaard). Interessant is nog dat uit de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense blijkt dat de cassatieadvocaat heeft getracht het standpunt ingang te doen vinden dat de vordering in de feitelijke instantie op artikel 6:162 BW was gegrond en er dus wel degelijk ruimte was voor een hernieuwde toetsing:

‘In dat verband betoogt het middel dat Tjemkes aan haar onderhavige vordering onrechtmatig handelen van de Bank ten grondslag heeft

gelegd. Uit het middel zelf en ook uit de inleidende dagvaarding waarnaar het middel verwijst blijkt evenwel dat aan de Bank in feite handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid wordt verweten; de rechtbank heeft de vordering ook op die grondslag beoordeeld zodat aanstonds kan worden geconcludeerd dat middelonderdeel 1.9 faalt.’

In het arrest De Zonnehof stelde de werkneemster na een 685-beschikking (met vergoeding) een vordering in tot nakoming van de wachtgeldregeling, zoals neergelegd in de toepasselijke CAO. Dat is dus een nieuwe rechtsgrond, zodat betrokkene terecht niet niet-ontvankelijk werd verklaard. Nu de wachtgeldaanspraak niet in de ontbindingsvergoeding was verdisconteerd (zie het Schreuder-arrest), moest de vordering in haar geheel worden toegewezen.

Ten slotte dan Vermeulen/DE. Ten onrechte wordt Vermeulen door de kantonrechter en de rechtbank in de procedure na afloop van de 685-uitspraak niet-ontvankelijk verklaard. Nakoming van de inhoud van een op de werknemer toepasselijk sociaal plan behelst immers een nieuwe rechtsgrond (anders dan de redelijkheid en billijkheid of goed werkgeverschap) en moet dus opnieuw tot een inhoudelijke beoordeling leiden. Niet relevant is dan dat het sociaal plan regels bevat die op het einde van de overeenkomst betrekking hebben. De tijdsfase waarop de vordering is gericht zou eerst van belang zijn, zodra artikel 6:248 BW of artikel 7:611 BW in stelling was gebracht, hetgeen dus niet het geval was. Zoals eerder opgemerkt, betekent ontvankelijk uiteraard niet dat de vordering moet worden toegewezen. Nu de concernleiding van DE had beslist dat de hardheidsclausule niet op Vermeulen van toepassing was, had de feitelijke rechter de vordering moeten afwijzen. Interessant is daarbij de zin uit r.o. 3.5 waarin de Hoge Raad als volgt overweegt: ‘Hoewel het onderhavige geschil in beginsel in de ontbindingsprocedure moet worden beslist, staat de hiervoor in 3.4 vermelde regel [de Baijings-regels, CJL & LGV] niet eraan in de weg een vordering als de onderhavige in een afzonderlijk geding aan de rechter voor te leggen.’ Met deze overweging wordt ons inziens nog eens duidelijk dat de Hoge Raad in de context van Baijings wars is van de vraag of bepaalde vorderingen dan wel feiten wel c.q. niet in de 685-procedure aan de orde moeten worden gesteld. Niet de normatieve, maar de feitelijke situatie is doorslaggevend (zie de eerder gemaakte opmerking bij Van Ravenswade/ING).

Hoe exclusief is exclusief? De titel die aan deze annotatie is meegegeven, vraagt om een beantwoording. Wat betreft de reeks uitspraken die met Baijings startte, luidt ons antwoord: niet exclusiever dan iedere andere rechtsvordering. Heeft een rechter een rechtsvordering niet toegewezen, dan zal eiser niet-ontvankelijk worden verklaard als hij dezelfde rechtsvor-

dering opnieuw instelt op basis van exact dezelfde feiten. Dat is ook de strekking van Baijings. Gegeven het feit dat de hoogte van de ontbindingsvergoeding alle relevante omstandigheden tot uitdrukking brengt die gezamenlijk de uitkomst moeten zijn van de op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde financiële afwikkeling van een dienstverband, kan vanzelfsprekend daarna niet nog eens op dezelfde feiten en op dezelfde redelijkheid en billijkheid (dan wel goed werkgeverschap) met succes worden geprocedeerd. Maar alle afwijkingen daarvan leiden tot ontvankelijkheid en dus tot een hernieuwde beoordeling. In die zin is er ruimte voor een werknemer om na afloop van zijn arbeidsovereenkomst ten gevolge van ontbinding ex artikel 7:685 BW, te procederen over een contractuele (collectieve) vergoeding waarop hij meent recht te hebben. De afloop daarvan is natuurlijk even ongewis als de afloop van ongeacht welke rechtsvordering die wordt ingesteld. De barrière 'niet-ontvankelijk' mag echter niet door de rechter worden opgeworpen.

## 2.2 Staten Bank/Fiet en wat daarmee samenhangt

Wij betreden nu het terrein van de verhouding tussen de contractuele afspraak omtrent de vergoeding bij het einde van de arbeidsovereenkomst en het resultaat van een nadien inhoudelijk gevoerde 681- of 685-procedure. De praktijk kent dergelijke contractuele afspraken in vele soorten en maten. De beide hier geannoteerde arresten geven voorbeelden van de beide kanten van het spectrum. In Drankencentrale/Blakborn speelde een vooraf, ten tijde van het aangaan van de arbeidsovereenkomst, afgesproken vertrekregeling. In Vermeulen/DE ging het om een achteraf, aan het einde van de relatie, gemaakte afspraak over de modaliteiten van het uiteengaan. In beide gevallen is sprake van een overeenkomst tussen werkgever en werknemer omtrent de afvloeiing van de werknemer. De aan de start van de arbeidsovereenkomst gemaakte afspraak zal veelal slechts betrekking hebben op de financiële implicaties van een afscheid, de vergoeding zelf. Deze regeling ziet op een *'what if'*-scenario, waarbij de voorwaarden voor het te zijner tijd al of niet van toepassing zijn van de regeling (bij voorkeur zo goed mogelijk) omschreven zijn. De aan het einde van de rit getroffen afvloeiingsregeling ziet normaal gesproken meer omvattend op de vormgeving van het einde van de arbeidsovereenkomst en zal dus zoveel mogelijk alle aspecten van het einde van de relatie regelen (niet alleen de vergoeding, maar ook zaken als de einddatum, de communicatie rondom het vertrek, et cetera, er bestaan checklisten). De op voorhand getroffen regeling heet in de terminologie van de Hoge Raad in de arresten Staten Bank/Fiet (HR 7 april 1995, NJ 1995, 681) en Drankencentrale/Blakborn een contractuele afvloeiingsregeling. De achteraf getroffen regeling heet in de terminologie van de Hoge Raad in het arrest Vermeulen/DE een beëindigingsovereen-

komst. Die terminologie sluit goed aan bij het spraakgebruik omtrent individuele regelingen (het arrest De Zonnehof toont een voorbeeld van een collectieve op voorhand getroffen regeling in de vorm van een wachtgeldregeling). Wij plaatsen twee kanttekeningen. (1) In de praktijk worden contractuele vertrekregelingen niet alleen vooraf of aan het einde van de arbeidsovereenkomst gemaakt. Men ziet allerlei afspraken over afvloeiingsregelingen tijdens de rit, ook afspraken die als beëindigingsovereenkomst zijn bedoeld, hoewel als onderdeel van die beëindigingsovereenkomst soms nog gedurende een langere vast afgesproken periode arbeid wordt verricht. De praktijkvoorbeelden tonen dat er meestal minder dan een jaar ligt tussen het aangaan van de beëindigingsovereenkomst en het einde van de arbeidsovereenkomst (een tweejaarsperiode speelt in Ktr. Amsterdam 11 september 1997, JAR 1997/253, besproken door G.C. Boot in *ArbeidsRecht* 1998/4, 22). Het is een kwestie van uitleg van de overeenkomst of sprake is van een op voorhand getroffen regeling of een beëindigingsovereenkomst. (2) Het etiket 'contractuele afvloeiingsregeling' zegt alleen waar het over gaat. Er is geen standaard, de praktijk toont een breed scala aan soorten op voorhand getroffen regelingen (zowel qua aard van de regeling, als qua bereik dan wel niveau van de geboden dekkingsgraad). Er zijn in Nederland dus geen min of meer geaccepteerde modellen van regelingen in omloop, wel voorbeelden (zowel van het aanvaardbare type als van het type 'zo moet het niet').

Het onderscheid tussen de op voorhand getroffen regeling en de regeling achteraf, tussen contractuele afvloeiingsregeling en beëindigingsovereenkomst, is relevant voor het nadenken over de relatie tussen een dergelijke vertrekregeling en het resultaat van een inhoudelijke 681- of 685-procedure. Levenbach heeft dat in 1954 treffend in het kader van een bespreking van de toen net wet geworden 681-procedure verwoord: 'Juist omdat de wet een toetsing in concreto achteraf heeft ingevoerd, kan deze principieel niet in abstracto vooraf gedeeltelijk (voor een bepaalde wijze van beëindigen) uitgesloten worden, zomin als hij in zijn algemeenheid vooraf kan worden uitgesloten.' (Levenbach 1954, p. 73) Artikel 7:900 BW stelt dat partijen bij een vaststellingsovereenkomst *ter beëindiging* of *ter voorkoming* van onzekerheid of geschil zich jegens elkaar kunnen binden aan een bepaalde vaststelling van wat rechtens tussen hen zal gelden. Uit het bepaalde in artikel 7:902 BW blijkt dat partijen bij een vaststellingsovereenkomst *ter beëindiging* van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldige afspraken kunnen maken die strijdig zijn met dwingend recht (tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komen met de goede zeden of de openbare orde). Een vaststellingsovereenkomst bij voorbaat ziet niet op het beëindigen van een onzekerheid of geschil, maar op het voorkomen daarvan. Een op voorhand getroffen regeling kan dus, los van de vraag of de rege-

ling het karakter van een vaststellingsovereenkomst heeft, geen dwingend recht opzij zetten, de beëindigingsovereenkomst kan dat wel.

De meeste in de praktijk voorkomende op voorhand getroffen regelingen zullen niet kwalificeren als vaststellingsovereenkomst *ter voorkoming* van onzekerheid of geschil. Of dat toch het geval is, betreft een kwestie van uitleg van de regeling (Staten Bank/Fiet r.o. 3.4.1). Wordt evenwel een op voorhand getroffen regeling uitgelegd als een vaststellingsovereenkomst *ter voorkoming* van onzekerheid of geschil, dan vloeit uit de wettelijke regeling van de vaststellingsovereenkomst voort dat strijd met dwingend recht – indien en voorzover sprake is van (i) strijd en (ii) dwingend recht – tot nietigheid of vernietigbaarheid leidt (art. 3:40 lid 2 BW). De beëindigingsovereenkomst zal wel steeds zijn te duiden als vaststellingsovereenkomst *ter beëindiging* van onzekerheid of geschil (zo ook bijvoorbeeld G.C. Boot, ArbeidsRecht 1998/4, 22, D. Rutgers, SR 2003, p. 9 en Y.H. Dissel, ArbeidsRecht 2004/4, 22).

Drie van de in 2004 gewezen arresten in de Baijings-lijn bevatten relevante uitspraken omtrent de materie van de mate van zelfbeschikkingsrecht van partijen op het punt van een regeling van het einde van de arbeidsovereenkomst ten opzichte van de bevoegdheden van de rechter als later toch blijkt van een dispuut over die regeling: Drankcentrale/Blakborn, De Zonnehof en Vermeulen/DE. Deze arresten komen hierna, evenals het in de aanhef genoemde arrest Staten Bank/Fiet, aan de orde. Wij doen dat aan de hand van een onderscheid naar regeling op voorhand of achteraf in relatie tot de 681-procedure dan wel 685-procedure. Vanuit deze gedachte kunnen vier categorieën van situaties worden onderscheiden:

- a) De regeling op voorhand in relatie tot de later in een 681-procedure ingestelde vordering wegens kennelijk onredelijk ontslag (voorbeeld: Staten Bank/Fiet).
- b) De regeling op voorhand in relatie tot de later in een 685-procedure verzochte ontbindingsvergoeding (voorbeelden: de individuele regeling op voorhand in Drankcentrale/Blakborn en de wachtgeldregeling op voorhand in De Zonnehof).
- c) De regeling achteraf in relatie tot een nadien in een 681-procedure ingestelde vordering wegens kennelijk onredelijk ontslag (voorbeeld van een Hoge Raad arrest niet voorhanden).
- d) De regeling achteraf in relatie tot een nadien in een 685-procedure verzochte ontbindingsvergoeding (voorbeeld: Vermeulen/DE).

*Ad a) De regeling op voorhand en de 681-procedure*

In Staten Bank/Fiet heeft de Hoge Raad overwogen dat de strekking van de wettelijke regeling van het kennelijk onredelijk ontslag meebrengt dat een

afvloeiingsregeling als in die kwestie aan de orde (een regeling op voorhand, niet als vaststellingsovereenkomst gekenschetst) niet eraan in de weg staat dat de rechter, in geval de werknemer een beroep doet op de kennelijke onredelijkheid van het ongevraagd gegeven ontslag, deze stelling in volle omvang onderzoekt en daarbij rekening houdt met alle omstandigheden van het gegeven geval (r.o. 3.4.2). De Hoge Raad voegt daaraan toe dat daarbij niet uitgesloten is dat de rechter in de 681-procedure mede betekenis toekent aan hetgeen partijen bij het aangaan van de op voorhand overeengekomen afvloeiingsregeling daarin mogelijk reeds hebben verdisconteerd. In Drankencentrale/Blakborn overweegt de Hoge Raad op soortgelijke wijze dat de omstandigheid dat partijen op voorhand een afvloeiingsregeling zijn overeengekomen, niet wegneemt dat de rechter, wanneer in een ontbindingsprocedure op de voet van artikel 7:685 BW een verzoek wordt gedaan tot toekenning van een vergoeding naar billijkheid, dient te onderzoeken of het hem met het oog op alle omstandigheden van het geval billijk voorkomt een vergoeding toe te kennen ten laste van de wederpartij van degene die het verzoek heeft gedaan. Wordt in de ontbindingsprocedure een beroep gedaan op de op voorhand overeengekomen afvloeiingsregeling, dan dient de rechter zijn oordeel omtrent de toekenning van een billijkheidsvergoeding mede in zijn beschouwingen te betrekken (r.o. 4.1.1). Het valt op dat de beide passages vrijwel gelijkkluidend zijn. Dat is geen toeval, mede niet vanwege het feit dat de A-G in de conclusie bij Drankencentrale/Blakborn expliciet verwijzend naar de passage uit Staten Bank/Fiet reeds de parallel toont tussen het effect van een op voorhand getroffen afvloeiingsregeling op de 681-procedure en de 685-procedure.

Die parallel kan worden doorgetrokken naar wat de Hoge Raad in Drankencentrale/Blakborn overigens overweegt. Aan de vrijheid van de rechter om bij ontbinding een vergoeding naar billijkheid toe te kennen, wordt door een op voorhand getroffen regeling geen afbreuk gedaan en een regeling vooraf is dus niet nietig (slot r.o. 4.1.1). Dat geldt evenzeer in de verhouding tot de 681-procedure: aan de vrijheid van de rechter om in het kader van een 681-procedure een vergoeding naar billijkheid toe te kennen, wordt door een op voorhand getroffen regeling geen afbreuk gedaan en zo'n regeling is dus niet nietig. Dat zou in onze visie slechts anders liggen, indien en voorzover een op voorhand getroffen regeling tot doel heeft om die vrijheid van de rechter in te perken of weg te nemen. Even relevant is wat de Hoge Raad in Drankencentrale/Blakborn aan het slot overweegt. Is de rechter in de ontbindingsprocedure bekend met de contractuele afvloeiingsregeling, dan dient hij bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding ervan uit te gaan dat die regeling zal worden nagekomen, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat zulks in het betrokken geval niet mag worden verwacht. In de

681-procedure zal de rechter (vrijwel) altijd bekend zijn met de contractuele afvloeiingsregeling. De 681-rechter zal dan bij het bepalen van de vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag ervan uit (moeten) gaan dat de op voorhand getroffen regeling zal worden nagekomen.

Zou een op voorhand getroffen regeling niet geldig zijn (geoordeeld), dan valt niet alleen een mogelijk (in onze visie overigens dus niet bestaand) beletsel weg voor een vordering bij de 681-rechter, maar valt ook de bodem weg die wordt verschaft door een juist als gunstig voor de werknemer ervaren regeling. Het belang van een geldige, voor nakoming vatbare, op voorhand getroffen regeling blijkt voorts bij het door de werknemer laten verstrijken van de verjaringstermijn voor het starten van een 681-procedure. De werknemer kan nog altijd nakoming vorderen van de op voorhand getroffen regeling.

Praktisch gesproken zal het debat in de 681-procedure met name betrekking hebben op de vraag in hoeverre de 681-rechter gelet op de omstandigheden van het geval tot een hogere vergoeding dient te komen dan overeenstemt met de contractuele afvloeiingsregeling. Vanuit theoretisch oogpunt is er echter geen reden om de beslissing in *Staten Bank/Fiet* voor de 681-procedure op een andere manier te beschouwen dan *Drankcentrale/Blakborn* aangeeft voor het verband tussen de 685-procedure en de op voorhand overeengekomen afvloeiingsregeling.

Het zojuist gezegde betekent dat het onderwerp van de verhouding tussen de op voorhand overeengekomen regeling en het bereik van de 681-procedure niet (noodzakelijkerwijs) staat in de sleutel van de nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst wegens strijd met het dwingendrechtelijk karakter van artikel 7:681 BW. De op voorhand getroffen regeling is geldig, maar bindt partijen en niet de 681-rechter (en evenmin de 685-rechter). Van Heusden heeft dat in 2001 reeds uitvoerig gemotiveerd beschreven (R.L. van Heusden, SMA 2001, p. 210-224, op p. 220). De 681-rechter maakt van die vrijheid ook gebruik (Hof 's-Gravenhage 8 april 1999, JAR 1999/161 vormt een goed voorbeeld). Vrijwel alle op voorhand getroffen in de praktijk bekende regelingen proberen ook niet meer dan een bodem te leggen in het niveau van de bij einde dienstverband te verkrijgen vergoeding (hetgeen overigens niet wil zeggen dat die bodem ook daadwerkelijk steeds als minimum is bedoeld).

*Staten Bank/Fiet* maakt duidelijk dat de 681-rechter zijn eigen weg mag gaan en daarbij niet gehinderd wordt door een op voorhand getroffen regeling. Wat nog overblijft, is de vraag of partijen op voorhand rechtsgeldig kunnen afspreken dat hun contractuele regeling prevaleert boven een late-

re beslissing van de 681-rechter. Van Heusden heeft tot twee maal toe voor dit onderwerp aandacht gevraagd (in zijn zojuist vermelde bijdrage uit 2001 en in SR 2004-6, p. 222-233). Het gaat om de vraag naar de rechtsgeldigheid van de clause die, de diverse in de praktijk voorkomende varianten daar gelaten, stelt dat partijen afstand doen van de in de toekomst te verkrijgen aanspraak op een door de 681-rechter (en/of 685-rechter) te bepalen vergoeding, indien en voorzover die vergoeding hoger of lager ligt dan de op voorhand overeengekomen vergoeding. Men refereert aan de meer-minder-clausule. Wij beperken ons in deze paragraaf tot een dergelijke clause als onderdeel van een op voorhand getroffen regeling. Hieronder keert de clause nog terug als deel van de beëindigingsovereenkomst (in die zin wordt de clause besproken door F.B.J. Grapperhaus in *Afvloeiingsregelingen in het arbeidsrecht*, derde druk, 2004, p. 176-177; Grapperhaus bespreekt dus niet die clause als deel van een op voorhand overeengekomen regeling, ook Van Heusden bespreekt de rechtsgeldigheid van de meer-minder-clausule in SR 2004-6, p. 222 e.v. met name als onderdeel van de beëindigingsovereenkomst).

De gedachte dat artikel 7:681 BW dwingendrechtelijk van aard is, is in de rechtspraak en literatuur vrijwel onomstreden (zie Van Heusden 2001 en Van Heusden 2004 voor verwijzingen). Levenbach heeft het in 1954 reeds uitvoerig gemotiveerd weergegeven: 'Niet rechtsgeldig evenwel is het beding, waarbij ieder of een der partijen van tevoren afstand doet van de bevoegdheid om zich eventueel later op het kennelijk onredelijke van een toekomstige beëindiging te beroepen.' (p. 71) Aan het slot van zijn betoog over de dwingendheid van de toen net mede onder zijn leiding totstandgekomen regeling van het kennelijk onredelijk ontslag vat Levenbach kernachtig samen: 'Dat partijen de bescherming, welke de bepalingen omtrent kennelijk onredelijk ontslag beogen te geven, conventioneel niet kunnen uitsluiten of beperken, maar dat zij wel een bescherming tegen elkaars gedrag bij het doen eindigen kunnen overeenkomen, die verder gaat dan de rechten welke de wet toekent.' (p. 74) Meer afspreken kan dus wel, minder niet. In 1980 overwoog de Hoge Raad dat partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst kunnen bepalen dat een ontslag door de werkgever kennelijk onredelijk zal zijn, tenzij alsdan voor de werknemer een bepaalde afvloeiingsregeling geldt (HR 23 mei 1980, NJ 1980, 502 inzake *Nebig/Nolen*). In diens conclusie bij *Staten Bank/Fiet* heeft A-G Koopmans de lijn van Levenbach doorgetrokken. Hij wees ook op de gedachte dat de partijen de vrijheid hebben om in de arbeidsovereenkomst een verdergaande bescherming overeen te komen dan de wet de werknemer verschaft. De Hoge Raad heeft in dit arrest niet expliciet het dwingendrechtelijk karakter aanvaard, maar ook niet het tegendeel gesuggereerd. De Hoge Raad liet ove-

rigens niet zelf in het midden of sprake was van dwingend recht, maar beperkte zich tot de overweging dat het de vraag was of het hof de wettelijke regeling inzake het kennelijk onredelijk ontslag had aangemerkt als dwingend recht.

Men kan het dwingendrechtelijk karakter van artikel 7:681 BW nog ondersteunen via het zijpad van de onbestreden dwingendrechtelijke regeling van het herstel van de arbeidsovereenkomst krachtens artikel 7:682 BW. Wij doelen op de gedachte dat een aan de werknemer onwelgevallige meer-minder-clausule zou kunnen worden omzeild door na ontslag aan te sturen op een herstel van de arbeidsovereenkomst met de achterliggende gedachte dat dit herstel valt af te kopen door een door de rechter naar billijkheid te bepalen discretionaire afkoopsom. Ervan uitgaande dat de werkgever inderdaad de werknemer niet meer terug wil hebben en dus verzoekt om zo'n afkoopsom vast te stellen om af te komen van het herstel van de arbeidsovereenkomst en aannemende dat de rechter in het aangegeven geval met de werknemer van mening is dat het niet behoort dat de meer-minder-clausule een in de 681-procedure bepaalde vergoeding 'onderuit haalt', levert dit omslachtige scenario een oplossing. De afkoopsom wordt niet door de meer-minder-clausule geraakt (anticumulatieoverwegingen buiten beschouwing gelaten). Omslachtig is het inderdaad en wij noemen deze alternatieve route dan ook slechts als onderbouwing van de juistheid van het standpunt dat de regeling van het kennelijk onredelijk ontslag dwingendrechtelijk van aard is in die zin dat, zoals Levenbach al stelde in 1954, minder afspreken niet kan, maar meer wel.

Daarbij past de kanttekening dat zowel krachtens Staten Bank/Fiet (de rechter mag de regeling in zijn oordeel verdisconteren) als in de dagelijkse praktijk blijkt dat een op voorhand getroffen regeling afhankelijk van de inhoud toch een zeker normerend effect heeft op de uitslag van een 681-procedure. Het ligt voor de hand dat die invloed toeneemt naarmate partijen korter geleden afspraken hebben gemaakt en ook afspraken hebben gemaakt die vallen te plaatsen binnen wat de bandbreedte van de redelijkheid in de gegeven omstandigheden aanreikt.

Het resultaat van het zojuist gezegde is dat de meer-minder-clausule in een op voorhand getroffen regeling op grond van het bepaalde in artikel 3:40 lid 2 BW vernietigbaar is, althans voorzover de clausule beoogt om de werknemer het betere resultaat in de 681-procedure te ontnemen. In onze visie is er geen sprake van nietigheid, maar gaat het om vernietigbaarheid, in te roepen door de betrokken werknemer (HR 24 september 1999, NJ 1999, 737 inzake Welgelegen c.s.). Het gaat immers bij artikel 7:681 BW om een bepaling die

(praktisch gezien) strekt ter bescherming van de werknemer, terwijl de clause een meerzijdige rechtshandeling betreft. De vernietigbaarheid richt zich in onze visie alleen op de meer-minder-clausule en niet op de overigens vooraf getroffen regeling. Voor wat betreft dat laatste geldt gewoon de nakomingsvordering in zoverre als althans in de 681-procedure een aanvullende vergoeding is toegekend en niet een vergoeding waarin de vooraf getroffen regeling al is verdisconteerd.

Los van een beroep op de vernietigbaarheid ex artikel 3:40 lid 2 BW kan zowel werknemer als werkgever een beroep doen op het bepaalde in artikel 6:248 lid 2 BW/artikel 6:258 BW. Dat beroep ziet niet slechts op de meer-minder-clausule, maar op het geheel van de vooraf overeengekomen regeling. De relatief beperkte speelruimte van deze wettelijke bepalingen zal geen aanleiding geven tot veel jurisprudentie. Voor wat betreft de redelijkheid en billijkheid komt in dat kader betekenis toe aan de overweging van de Hoge Raad in Baijings dat de 681-procedure een uitputtende regeling behelst voor het geval één der partijen de dienstbetrekking kennelijk onredelijk doet eindigen in de zin dat naast deze regeling voor een toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid geen plaats is (r.o. 5.1, met verwijzing naar HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441) en aannemelijk is dat in de praktijk het dispuut over de 681-vergoeding wordt beslecht in dezelfde procedure als het dispuut over een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW/artikel 6:258 BW. Met andere woorden: de zaak wordt in een keer door de rechter afgedaan.

Niet valt uit te sluiten dat in de toekomst procedures over dit onderwerp ook van de zijde van de werkgever worden begonnen. Dat is geen boude uitspraak. Wij citeren uit r.o. 3.38 van de beschikking van de OK van 2 september 2004, JAR 2004/235 inzake het enquêteverzoek betreffende Getronics:

‘Dat betoog ziet immers over het hoofd dat het in strijd met beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur kan zijn aan zodanige eerder gemaakte afspraken [een contractuele afvloeiingsregeling, CJL & LGV] uitvoering te geven, indien de beëindiging van de relatie met een bestuurder van een vennootschap (en het daardoor naar de letter genomen toepasselijk worden van een afvloeiingsregeling) haar grond vindt in gevoerd beleid dat de toets der kritiek niet kan doorstaan, althans daaraan uitvoering te geven zonder gedegen onderzoek – daaronder onder omstandigheden begrepen het uitvoeren van een rechtsgeding – naar de vraag of en zo ja in hoeverre sprake is van rechtens afdwingbare gehoudenheid tot uitvoering ervan. Daarbij komt – mede – gewicht toe aan de inhoud van de getroffen regeling, zulks in samenhang met de omstandigheden waaronder en het tijdstip waarop de afspraken zijn gemaakt.’

*Ad b) De regeling op voorhand en de 685-procedure*

Over de verhouding tussen de (vooraf overeengekomen) contractuele afvloeiingsregeling en een latere ontbindingsprocedure kunnen wij relatief kort zijn. De Hoge Raad heeft in Drankcentrale/Blakborn duidelijkheid verschaft. Een vooraf overeengekomen regeling doet geen afbreuk aan de vrijheid van de ontbindingsrechter om een vergoeding naar billijkheid toe te kennen. Een dergelijke afvloeiingsregeling is dus ook niet nietig. Integendeel, zowel in de situatie waarin de ontbindingsrechter van de regeling weet als in de situatie waarin de ontbindingsrechter niet van de regeling weet, is uitgangspunt dat de op voorhand getroffen regeling wordt (moet worden) nagekomen.

Wij zijn het derhalve niet geheel eens met de te algemene stelling van Buijs in zijn commentaar op het arrest (D.J. Buijs in SR 2004-6, p. 236-240, op p. 240 sub 11) dat partijen aan een vooraf overeengekomen afvloeiingsregeling niet zijn gebonden. Dat zijn zij wel, met dien verstande dat het bestaan van de regeling onverlet laat dat, (te) kort gezegd, de werknemer bij de ontbindingsrechter meer kan proberen te krijgen. Wij zijn het evenmin eens met de opmerking van Fruytier in zijn commentaar op het arrest (C.G.M. Fruytier in ArbeidsRecht 2004/11, 57, op p. 7 l.k.) dat het de bedoeling van de Hoge Raad in Drankcentrale/Blakborn zou zijn dat de ontbindingsrechter geen vergoeding toekent als de contractuele afvloeiingsregeling naar het oordeel van de ontbindingsrechter recht doet aan de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad heeft niet meer of minder gezegd dan dat de ontbindingsrechter ervan moet uitgaan dat wordt nagekomen. De werknemer heeft behoefte aan een executoriale titel en van die kant zal er dus de wens bestaan om in de ontbindingsprocedure in ieder geval de vergoeding toegewezen te krijgen die voortvloeit uit de op voorhand getroffen contractuele afvloeiingsregeling. Verstandig is wel dat in dat geval de ontbindingsrechter tot uitdrukking brengt dat de toegewezen vergoeding niet cumuleert. Evenzeer is het verstandig aan werkgeverszijde de rechter in de ontbindingsprocedure de suggestie aan de hand te doen om daar expliciet over te zijn. Het ligt ook voor de hand dat tijdens de mondelinge behandeling van de ontbindingsprocedure, eventueel op initiatief van de ontbindingsrechter, aan de orde komt wat partijen als krachtens de contractuele afvloeiingsregeling verschuldigd bedrag erkennen en wat dus 'in ieder geval' zal worden betaald. Dat kan dan met een anticumulatie-overweging worden toegewezen. Dit alles laat natuurlijk onverlet dat de ontbindingsrechter alle vrijheid heeft om zelf de hoogte van de vergoeding naar billijkheid toe te kennen (slot r.o. 4.1.1 Drankcentrale/Blakborn).

De zaak ligt wat anders als geen vergoeding ineens tussen partijen is afgesproken, maar een wachtgeldregeling of soortgelijke regeling van toepassing is, zoals speelde in De Zonnehof (JAR 2004/169) en in het arrest betreffende de Stichting Zorg/Deurenberg (JAR 1997/89). In dat geval ligt wel voor de hand dat de ontbindingsrechter uitgaat van nakoming van die wachtgeldregeling en de door hem naar billijkheid te bepalen vergoeding aanpast. Dat kan onder omstandigheden betekenen dat de vergoeding op nihil komt (vergelijk Ktr. Nijmegen 23 mei 1997, JAR 1997/145, Ktr. Rotterdam 18 juli 1997, JAR 1997/171 en Ktr. Amsterdam 2 oktober 1997, JAR 1997/286). Ook is denkbaar dat een vergoeding wordt toegekend onder voorbehoud dat de werknemer van wachtgeld afziet (vergelijk Ktr. Utrecht 29 augustus 1997, JAR 1997/205 en Ktr. Utrecht 23 april 1999, JAR 1999/134).

Een onbedoelde cumulatie van de ontbindingsvergoeding met een vooraf overeengekomen vertrekregeling kan, zo blijkt wel uit Dranken-centrale/Blakborn, toch vrij eenvoudig gebeuren. Het blijft dus van belang om zo'n op voorhand te treffen regeling scherp te verwoorden. De praktijk bedient zich – overigens al vele jaren, want de vrees voor onbedoelde cumulatie is niet pas kort geleden ontdekt – bijvoorbeeld van de formulering dat de werknemer een bepaalde vergoeding krijgt bij opzegging door de werkgever. Wordt niet opgezegd, maar ontbinding verzocht, dan komt er dus ook geen vertrekregeling ter beschikking van de werknemer (er is immers niet opgezegd). Dat is dan ook uitdrukkelijk zo bedoeld, niet om de afgesproken vergoeding te ontgaan (er zal normaal gesproken geen bezwaar zijn tegen toekenning van een gelijkwaardige vergoeding door de ontbindingsrechter), maar om het risico van cumulatie een halt toe te roepen. Wat dat betreft stemt het eerder genoemde arrest inzake De Zonnehof (JAR 2004/169) tot nadenken. Het ging om een ontslagverlening en het was van belang dat dit etiket paste, omdat bij ontslagverlening een wachtgeldregeling van toepassing was. Wat onder ontslagverlening moet worden verstaan, is inderdaad niet (helemaal) duidelijk. De rechtbank oordeelde dat ook een ontbinding op initiatief van de werkgever binnen de definitie viel. De Hoge Raad achtte dat oordeel juist en overwoog daarbij dat de werkgever een wachtgeldregeling niet zou mogen ontgaan door te kiezen voor ontbinding in plaats van opzegging. De Hoge Raad toont hier dus de ene kant van de medaille (gebruik de 685-procedure niet om een regeling te ontgaan) en niet de andere kant (vrees voor onbedoelde cumulatie). De door de Hoge Raad gekozen kant is in dit geval de goede kant, nu de betrokken werknemster geen ontbindingsvergoeding had gekregen en anders ook verstoken zou zijn gebleven van de wachtgeldregeling. In veel gevallen zal eerder de vrees van de werkgever voor dubbel betalen parten spelen.

Een oplossing die men in de praktijk ook aantreft, is dat in een op voorhand getroffen regeling met zoveel woorden wordt vastgelegd dat de door de rechter te bepalen ontbindingsvergoeding niet cumuleert met de afgesproken schadeloosstelling. Het ligt, als voorbeeld vermeld, in de bedoeling dat dit tot uitdrukking zal worden gebracht in de in de loop van 2005 te verwachten nieuwe versie van de door het Nederlands Centrum van Directeuren en Commissarissen (NCD) aangereikte aanwijzingen voor een directiecontract.

De meer-minder-clausule in de op voorhand overeengekomen regeling treft ook in de relatie tot de 685-procedure het lot dat hierboven al is aangegeven in de verhouding tot de 681-procedure. Terzijde merken wij op dat denkbaar is dat een dergelijke clausule op grond van de omstandigheden van het geval geldig blijft, indien de clausule niet is overeengekomen in het kader van de arbeidsovereenkomst, dus in het kader van de relatie tussen werkgever en werknemer, maar bijvoorbeeld deel uitmaakt van een overnamecontract tussen de eigenaar van een bedrijf (die nadien bij zijn verkochte bedrijf als werknemer verder gaat) en de koper van dat bedrijf. Een wat atypische variant op dat thema speelde in Rb. Amsterdam 16 december 1998, JAR 1999/9 (van commentaar voorzien door R. Olde in *ArbeidsRecht* 1999/10, 54). Met atypisch doelen wij op de omstandigheid dat in die zaak de contractuele uitsluiting van de ontbindingsvergoeding erg ver in het verleden was gemaakt en was aangegaan onder omstandigheden die veel werknemerschap en weinig werkelijk eigenaarschap toonden.

#### *Ad c) De regeling achteraf en de 681-procedure*

Bij het aangaan van een beëindigingsovereenkomst tussen werkgever en werknemer wordt in de praktijk steevast met het oog op het zo zeker mogelijk stellen van de rechten van de werknemer uit hoofde van de socialeverzekeringswetgeving gekozen voor een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Men laat dus de route via het CWI gevolgd door opzegging links liggen. De ontbindingsroute is snel, zeker en transparant. Met 'zeker' wordt mede bedoeld op het feit dat in de praktijk een overeengekomen ontbindingsdatum eigenlijk altijd wordt 'gehaald'. Het Landelijk Overleg van Kantonssectorvoorzitters heeft in juli 2004 het besluit gepubliceerd om de wijze van afhandeling van de zogenoemde 'geregelde' ontbindingen landelijk te uniformeren. Iets dergelijks speelt bij het CWI niet. Men dient bij het CWI rekening te houden met de mogelijkheid dat ondanks de gemaakte afspraken toestemming door het CWI wordt onthouden of toestemming wordt verkregen op een datum die te laat is om keurig aan te sluiten bij de door partijen afgesproken einddatum. Denkbaar is wel dat partijen na een inhoudelijk gevoerde CWI-procedure alsnog een beëindigingsovereenkomst

aangaan. Kan vervolgens de werknemer toch, zich bedacht hebbende, met kans op succes een 681-procedure starten? Het antwoord wordt welbeschouwd al gegeven door het ontbreken van jurisprudentie over dit onderwerp. Het antwoord is, ervan uitgaande dat de beëindigingsovereenkomst niet wegens dwaling of iets dergelijks wordt opengebroken, negatief. Dat veronderstelt althans dat een finale regeling is getroffen. Een meer-minderclausule is niet nodig, die finalekwijtingsclausule impliceert dat er niets meer te vorderen valt. De beëindigingsovereenkomst heeft de rugdekking van artikel 7:902 BW (wij komen hieronder daarop nog terug).

Een met de vakorganisaties overeengekomen sociaal plan is zonder akkoord van de individuele betrokken werknemer niet gelijk te stellen met een vaststellingsovereenkomst *ter beëindiging* van onzekerheid of geschil (vergelijk C.J. Loonstra in: *Afvloeiingsregelingen in het arbeidsrecht*, derde druk, 2004, p. 290). Welke precieze speelruimte de 681-rechter in zo'n situatie nog neemt, betreft een onderwerp dat de reikwijdte van deze annotatie overstijgt. Veel kans op succes heeft de werknemer evenwel niet. Wij volstaan met het noemen van een recenter voorbeeld van een wel door de 681-rechter toegekende aanvullende vergoeding: Hof 's-Hertogenbosch 9 december 2003, JAR 2004/32. Het hof kende in aanvulling op een sociaal plan een vergoeding toe van € 45.000 bruto, daarbij overwegende dat sprake was van een eenzijdig ontwikkeld carrièreverloop, een sociaal plan dat geen rekening hield met de hoogte van het salaris (!) en de omstandigheid dat de betrokken werknemer de enige was van drie hogere functionarissen die in de onderhavige situatie was terechtgekomen (hetgeen precedentwerking tegenhield).

#### *Ad d) De regeling achteraf en de 685-procedure*

Het gaat in deze categorie om wat zojuist werd aangeduid met de 'geregelde' ontbinding. Partijen zijn een beëindigingsovereenkomst aangegaan. In het kader van die overeenkomst is afgesproken dat de arbeidsovereenkomst per een bepaalde datum ex artikel 7:685 BW wordt ontbonden. Die ontbindingsprocedure wordt, zo is afgesproken, slechts formeel gevoerd. Partijen voeren deze exercitie uit ten behoeve van de positie van de werknemer ten opzichte van de WW-uitkering. Het speelt, zo blijkt uit de statistieken, tienduizenden keren per jaar en het gaat vrijwel altijd goed. Dat beeld wordt bevestigd door de geringe hoeveelheid jurisprudentie over de relatie tussen de binding van partijen aan de beëindigingsovereenkomst en het niet daaraan gebonden zijn van de ontbindingsrechter. Want op zich geldt ook ten aanzien van de beëindigingsovereenkomst het oordeel van de Hoge Raad in *Drankencentrale/Blakborn* dat de ontbindingsrechter de vrijheid behoudt om een vergoeding naar billijkheid toe te kennen. Wordt de ontbindingsprocedure formeel afgewikkeld (zoals in *Vermeulen/DE*) zonder dat sprake is

van een mondelinge behandeling, dan zal de ontbindingsrechter normaal gesproken niet op de gedachte komen om iets anders te beslissen dan wat partijen verzoeken. Bedenkt één van beide partijen zich na het aangaan van de beëindigingsovereenkomst, dan is denkbaar dat de ontbindingsprocedure alsnog inhoudelijk wordt. Vermeulen/DE maakt voor die situatie duidelijk dat rechter en partijen zich dienen te realiseren dat de beëindigingsovereenkomst 'onafhankelijk van de ontbinding geldt en blijft gelden' (slot r.o. 3.5). Deze overweging van de Hoge Raad toont dat de ontbindingsrechter, ervan uitgaande dat hij bekend is met de beëindigingsovereenkomst, terughoudend moet zijn met afwijken van de gemaakte afspraken. Brengt een juiste uitleg van de beëindigingsovereenkomst mee dat partijen jegens elkaar tot niet meer zijn gehouden dan hetgeen is afgesproken, dan voert een ruimhartiger of minder ruimhartige hand van de ontbindingsrechter op het punt van de vergoeding in principe alleen maar tot verdere (nodeloze) procedures van partijen omtrent nakoming van de beëindigingsovereenkomst. Er is, zeker na Vermeulen/DE, slechts aanleiding voor een afwijkende beslissing van de ontbindingsrechter als aannemelijk is dat ten aanzien van de beëindigingsovereenkomst een beroep op een wilsgebrek of een beroep op het bepaalde in artikel 6:248 lid 2 BW kans van slagen heeft.

De praktijk heeft uiteraard wegen gezocht om het traject zo rimpelloos mogelijk te laten verlopen. Vaak zal de werknemer ten tijde van het aangaan van de beëindigingsovereenkomst de gelegenheid hebben gekregen om zich juridisch te laten voorlichten. Voorzover dat nog niet het geval was, zal de werknemer met het oog op het voeren van de formele ontbindingsprocedure meestal een gemachtigde worden toegevoegd. Menige beëindigingsovereenkomst wordt voorzien van de eerder besproken meer-minderclausule. Een dergelijke clausule wordt in het algemeen ervaren als in het belang van beide partijen, dus niet slechts in het belang van de werkgever. Ook gemachtigden van werknemers sturen aan op opneming van dit beding. De vrees voor een zich nadien bedenkende werkgever is kennelijk niet veel anders dan de vrees voor een zich nadien bedenkende werknemer.

Veel beëindigingsovereenkomsten kennen voorts een zekere gelaagdheid in denken ten aanzien van het einde van de relatie. De beëindigingsovereenkomst zal aangeven dat de arbeidsovereenkomst per een bepaalde datum een einde neemt en vervolgen met een passage waarin staat dat partijen medewerking verlenen aan een formele ontbindingsprocedure per diezelfde datum. Werkt de werknemer na het aangaan van zo'n beëindigingsovereenkomst niet mee aan de afgesproken formele ontbindingsprocedure, dan komt de arbeidsovereenkomst toch tot een einde. Heeft de werkgever al een formeel ontbindingsverzoek ingediend, dan kan dat verzoek bij indiening

van een inhoudelijk verweerschrift worden ingetrokken. Zet de werkgever toch door en volgt er een mondelinge behandeling waar blijkt dat de kwestie inderdaad inhoudelijk is geworden, dan kan ook dan nog worden ingetrokken. Door tijdsverloop is soms, bij een dichtbij gekozen einddatum van de arbeidsovereenkomst, ontbinding al niet meer mogelijk in verband met het feit dat de arbeidsovereenkomst al tot een einde kwam. Deze dubbele wijze van het tot een einde laten komen van de arbeidsovereenkomst oogt wellicht creatief, maar is in feite precies in lijn met de werkelijkheid. Die werkelijkheid is dat partijen omtrent de einddatum van de arbeidsovereenkomst tot overeenstemming kwamen (wederzijds goedvinden is een wat 'kromme' aanduiding in situaties waarin het initiatief duidelijk bij de werkgever lag) en in dat kader de aanvullende afspraak hebben gemaakt om dat einde ook nog via de ontbindingsrechter te leiden. Dat laatste geschiedt met het oog op de socialeverzekeringsrechtelijke positie van de werknemer en om geen enkele andere reden. Dat is de realiteit van alle dag en aan alle betrokken partijen (werkgevers, werknemers, rechters en uitvoeringsinstanties WW) bekend.

Van Heusden verdedigt de opvatting dat de meer-minder-clausule in de beëindigingsovereenkomst geldigheid ontbeert (R.L. van Heusden in SR 2004, p. 222 e.v.). Hij spreekt (zelfs) over een tijdbom die onder de praktijk tikt. Van Heusden meent dat het dwingendrechtelijk karakter van artikel 7:681 BW en artikel 7:685 BW aan de meer-minder-clausule in de weg staat. Partijen zouden de tussenkomst van de rechter niet contractueel kunnen uitsluiten. Dat laatste is op zich juist en door de Hoge Raad ten aanzien van artikel 7:685 BW ook in verschillende arresten beslist (het Inhopro-arrest van 25 februari 1994, NJ 1994, 377 en het arrest-Grady/Stogon van 20 maart 1998, NJ 1998, 815). De meer-minder-clausule in de beëindigingsovereenkomst doet echter geen afbreuk aan de bevoegdheid van partijen om zich tot de ontbindingsrechter te wenden. De clausule beoogt slechts de correcte nakoming van de beëindigingsovereenkomst zeker te stellen. De ontbindingsrechter is niet aan de beëindigingsovereenkomst gebonden, de partijen zijn dat wel (Vermeulen/DE). De meer-minder-clausule maakt dus niet dat de 681- en 685-rechters niet hun eigen gang kunnen gaan (dat kunnen zij), wel wordt op indirecte wijze het nuttig effect van beslissingen van de 681- en 685-rechters die afwijken van de beëindigingsovereenkomst zoveel mogelijk tenietgedaan. De beëindigingsovereenkomst is een vaststellingsovereenkomst en een *vaststelling ter beëindiging* van onzekerheid of geschil is ook geldig als er strijd blijkt te bestaan met dwingend recht. Men ziet hier het grote verschil met de op voorhand getroffen regeling (art. 7:902 BW is dan niet van toepassing). Van Heusden verdedigt dat het bepaalde in artikel 7:902 BW niet van stal mag worden gehaald. Die bepaling staat, zo begrijpen

wij hem, niet toe dat er bewust in weerwil van dwingend recht afspraken worden gemaakt. Hier glijdt Van Heusden uit. Hij beroept zich op het Schmitz/Caspers-arrest van de Hoge Raad van 21 april 1995, NJ 1997, 570. In dat arrest speelde een vaststellingsovereenkomst met een strekking om in strijd met dwingend recht te handelen. Dat geeft niet slechts strijd met dwingend recht, maar ook strijd met de openbare orde. Voor een dergelijke vaststellingsovereenkomst verleent artikel 7:902 BW geen rugdekking (vergelijk de dissertatie van M. van Zijst, *De vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht*, 2001, met name p. 123-131). De beëindigingsovereenkomst heeft niet de strekking om in strijd met dwingend recht te handelen, maar de bedoeling om, in de bewoordingen van de Hoge Raad in Schmitz/Caspers (zie r.o. 3.4), de onzekerheid weg te nemen omtrent het resultaat waartoe een door een dwingendrechtelijke regel beheerste verhouding van partijen in het gegeven geval leidt. In Schmitz/Caspers maakt de Hoge Raad duidelijk dat artikel 7:902 BW juist voor een dergelijke situatie in het leven is geroepen. Er is ook geen aanleiding om over de geldigheid anders te denken dan gebeurde in de kwestie rond de beëindigingsovereenkomst met de clause omtrent het afstand doen van vakantiedagen (HR 14 januari 2000, JAR 2000/44). Ook in die zaak was in de visie van de Hoge Raad sprake van een geldige vaststellingsovereenkomst. Het gaat er slechts om dat partijen omtrent de einddatum van de arbeidsovereenkomst en de te betalen billijkheidsvergoeding overeenstemming hebben bereikt en dat zij over en weer vervolgens zeker willen stellen dat correct wordt nagekomen. Het zeker willen stellen dat correct wordt nagekomen geeft (natuurlijk) geen strekking in strijd met dwingend recht.

Daarbij moet worden bedacht dat partijen in het kader van een beëindigingsovereenkomst niet alleen de strijdbijl begraven, maar ook over en weer processuele posities prijsgeven. Beide partijen zullen geen verdere moeite doen om feitelijke ammunities bijeen te garen voor het verder onderbouwen van eerder ingenomen standpunten. Die standpunten zullen dus aan kracht inboeten. Dat is niet erg zolang de in de beëindigingsovereenkomst vastgestelde situatie in rechte maar houdt. De norm van de billijke vergoeding van het achtste lid van artikel 7:685 BW is bovendien veel te open om niet toe te staan dat partijen ter beëindiging van onzekerheid over de uitkomst van een procedure bij overeenkomst zelf het bedrag bepalen. Van Heusden erkent ook zelf dat hier geen strijd is met de beschermingsgedachte van het ontslagrecht. Staat men niet toe dat werkgever en werknemer aan het einde van de rit zelf afspreken hoe de vergoeding eruit moet zien, dan denken wij

eerder aan ongepaste bevoogding dan aan gepaste bescherming. Dat laat natuurlijk onverlet dat een beëindigingsovereenkomst aantastbaar kan zijn op de gronden die het vermogensrecht biedt. Van Heusden laat overigens zien dat onze opvatting omtrent de rechtsgeldigheid van de meer-minder-clausule in een beëindigingsovereenkomst alom wordt onderschreven (SR 2004, p. 227, r.k.). Hoe dat ook zij, de door Van Heusden gedachte tijdbom bestaat niet, is althans onschadelijk (gemaakt).

Zou de ontbindingsrechter de geregelde ontbinding de rug toekeren en afwijkende einddata of andere vergoedingen toekennen, dan komt het systeem niet volledig op losse schroeven te staan. Het ontslagrecht zou alleen (weer) iets duurder worden, omdat werkgevers en werknemers dan de geregelde ontbinding via arbitrage zouden moeten laten afwickelen. Die route is zonder meer begaanbaar (HR 14 december 1973, NJ 1974, 92), een bindendadviesclausule is ook mogelijk (HR 22 november 1985, NJ 1986, 275). Het traject van de geregelde ontbinding wordt slechts iets duurder, nu aannemelijk is dat de kosten van arbitrage iets hoger (iets, maar niet veel: het kan efficiënt zoals ook de ontbindingsrechters laten zien) zullen liggen dan de voor de ontbindingsprocedure te betalen griffierechten. Die aannemelijkheid vloeit voort uit het feit dat een dergelijk (gespecialiseerd) arbitrage-instituut anders allang van de grond zou zijn gekomen.

*C.J. Loonstra en L.G. Verburg*