

**Wwz en Wab**

**Herstel de Trias Politica**

**Anders herstelt de rechter het verstoord evenwicht zelf wel <sup>1</sup>**

*Mr. W.M.U. van der Blom*

Bijdrage Internetconsultatie Wet arbeid in balans, mei 2018

---

<sup>1</sup> uitvoering gevend aan de opdracht neergelegd in artikel 13 Wet AB gebruikmakend van de bevoegdheid neergelegd in de artikelen 6:2 en 6:248 BW – zie de noten 7 en 8.

## Stelling

De Wet werk en zekerheid heeft de Trias Politica, meer in het bijzonder de verhouding tussen wetgever en rechter, ernstig verstoord.

De wetgever is namelijk op de stoel van de rechter gaan zitten door de rechter te ontnemen de – diens functioneren bij uitstek typerende – vrijheid de individuele zaak in het licht van alle omstandigheden van het geval te toetsen aan de zorgvuldigheid die in die individuele casus betaamt <sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Door de rechtsvinding afrondend, het voorlopig resultaat te toetsen aan het instrument van de aanvullende tevens beperkende werking van de zorgvuldigheid.

Die toets van de zorgvuldigheid is In het Nieuw BW voor elke vorm van recht (dus ook voor het bestuursrecht, ook voor het belastingrecht etc.) neergelegd

- in artikel 6:2 BW (recht in het algemeen)
- van daaruit verder het burgerlijk recht in, verbijzonderd via
- artikel 6:162 BW (buitencontractueel)
  - artikel 6:248 BW (contractueel algemeen) en
  - de artikelen 7:611 BW, 7:681 BW (oud) en 7:685 BW (oud) – het arbeidsrecht in, als voorbeeld voor de doorwerking in de bijzondere overeenkomsten.

Die toets van de zorgvuldigheid is al eerder in het Oud BW pars pro toto, voor de overeenkomst neergelegd in artikel 1374 lid 3 BW (oud), via de opdracht de overeenkomst te goeder trouw ten uitvoer te brengen.

De aanvullende en de beperkende werking van de zorgvuldigheid vormen immers de basis voor het optimaliseren van de rechtsvinding, in individuele situaties. Met die tools rond je de rechtsvinding af op zo'n wijze dat de uitkomst aan de billijkheid beantwoordt.

Hoe werkt dat?

Door de wisselwerking tussen de aanvullende en de beperkende werking van de zorgvuldigheid.

Die wisselwerking leidt ertoe enerzijds dat de aanvullende werking van de zorgvuldigheid in het licht van de van toepassing zijnde open norm de verbintenisrechtelijke aanspraak tot haar optimale omvang uitbreidt, te weten tot daar waar de beperkende werking van de zorgvuldigheid aangeeft dat het zo wel genoeg is, dat het optimum is bereikt, anderzijds dat de beperkende werking van de zorgvuldigheid in het licht van de van toepassing zijnde open norm de verbintenisrechtelijke aanspraak tot haar optimale omvang inperkt, te weten tot daar waar de aanvullende werking van de zorgvuldigheid aangeeft dat het zo wel genoeg is, dat het optimum is bereikt.

Aanvullende werking en beperkende werking van de zorgvuldigheid kunnen dus niet zonder elkaar.

[Doordenkertje:

juist omdat er sprake is van wisselwerking past het niet de beperkende werking aan verzwarende criteria te onderwerpen.

Exit dus:

het 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar'.]

Toegegeven, de rechters hadden het er dan ook wel naar gemaakt.  
Zij zijn ermee begonnen  
met het verstoren van het evenwicht  
door in de Kantonrechtersformule via de correctiefactor C, in feite iedereen een vergoeding toe te kennen <sup>3</sup>.

Die correctiefactor C  
heeft de Hoge Raad mateloos geïrriteerd – lees de kennelijk onredelijk ontslag arresten <sup>4</sup>.  
Maar de Hoge Raad bood in die arresten geen oplossing  
vloog immers zelf uit de bocht  
door op het ‘kennelijk onredelijk ontslag’ de regels van het vergoeden van schade toe te passen.  
Daarmee heeft de Hoge Raad ten onrechte miskend  
dat het bij kennelijk ontslag (het gevolgcriterium) evenals bij de ontbinding gewichtige redenen  
(wijziging van omstandigheden) enkel gaat om de aanvullende werking van de zorgvuldigheid <sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> De kantonrechtersformule luidt als volgt:  $V = A * B * C$

Waarbij:

A = het aantal gewogen dienstjaren

B = de beloning

C = de correctiefactor

V = de uiteindelijke vergoeding

Omdat de correctiefactor standaard groter is dan nul  
(in de wandeling spreekt men over één maand per dienstjaar, maar het ligt genuanceerder)  
leverde de vermenigvuldiging van dienstjaren x beloning x correctiefactor een niet in de wet opgenomen extra  
vergoeding op, die strijk en zet placht te worden opgelegd.

En in dat ‘strijk en zet’ zit ‘m nu juist de fout.

Artikel 7:685 lid 8 BW (oud) bepaalt immers dat een vergoeding enkel mag worden opgelegd in bijzondere  
situaties

of in de woorden van de wet

*‘....., zo hem (de rechter) dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt ...’*

Het opleggen van de billijke vergoeding behoort dus uitzondering te zijn.

Normaal gesproken heb je het dus te doen met enkel de opzegtermijn – zo ook de Hoge Raad in de kennelijk  
onredelijk ontslagarresten (voor de vindplaatsen zie de volgende noot).

<sup>4</sup> De arresten Van de Grijp/Stam (ECLI:NL:HR:2009:BJ6596) en Rutten/Breed (ECLI:NL:HR:2010:BK4472)

<sup>5</sup> Het novum waarmee de Hoge Raad in deze arresten is gekomen bestaat dus daaruit  
dat op het kennelijk onredelijk ontslag van toepassing is verklaard Afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 BW  
(de artikelen 95 t/m 110 BW)  
terwijl onderkend had moeten worden dat het gaat om de aanvullende werking van de zorgvuldigheid  
ex artikel 1374 lid 3 BW (oud) juncto artikel 6:248 lid 1 BW.

Die correctiefactor C

heeft ook de wetgever mateloos geïrriteerd – terecht.

Door het introduceren van die buitenwettelijke vergoeding is de rechter immers op de stoel van de wetgever gaan zitten.

Maar al corrigerend is ook de wetgever uit de bocht gevlogen door in de Wwz de rechterlijke bevoegdheid in te perken, de rechter aan haar – ook nog eens bestuursrechtelijk georiënteerde – leiband te leggen.

Hoezo leiband?

De rechter is toch la bouche de la loi?

Vergeet die onzin.

Wetgever en rechter werken samen aan en bij het vinden van het recht.

De wetgever stelt het algemeen kader, de rechter zorgt ervoor dat die regelgeving in concrete gevallen aan de billijkheid beantwoordt.

Er is geen hiërarchie – er is enkel een gemeenschappelijk doel / een gemeenschappelijke taak: het bewerkstelligen dat de uitkomst van de rechtsvinding aan de billijkheid beantwoordt.

Juist om de rechter bij die opdracht tegemoet te komen

opdat ook bij de arbeidsovereenkomst de uitkomst van elke zaak aan de billijkheid beantwoordt heeft de wetgever al in 1954 de rechterlijke bevoegdheid rond het beëindigen van de arbeidsovereenkomst verruimd

o.m. door het invoeren van een onevenwichtigheden compenserende vergoeding  
generaal, zowel bij de ontbinding gewichtige redenen als bij kennelijk onredelijk ontslag.

Generaal

dus zowel voorafgaand aan de beëindiging

door de rechter de bevoegdheid te geven bij de ontbinding gewichtige redenen een vergoeding op te leggen, uiteraard enkel als de billijkheid dat eist;

als na (aanzegging) ontslag

als onderdeel van het kennelijk onredelijk ontslag ook hier een vergoeding, uiteraard enkel als het ontslag niet spoort met de zorgvuldigheid die een goed werkgever jegens een goed werknemer heeft te betrachten <sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Via die artikelen 7:681 BW (oud) en 7:685 BW (oud)

in aansluiting op het voor de arbeidsovereenkomst op zich al generaal werkend artikel 7:611 BW

de rechter nog eens extra inscherpend

ook bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst gebruik te maken

van de aanvullende werking van de zorgvuldigheid, zo hem (de rechter) dat billijk voorkomt.

Respecteer daarom in de te concipiëren wetgeving ten volle, en dus opnieuw die eerder (in 1954) door de wetgever aan de rechter toegekende en aan deze te laten vrijheid om bij elke beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder enige inperking, recht te doen aan de zorgvuldigheid die de individuele zaak eist.

Vergeet de inperking via ontslaggronden.

Laat het oordeel over het beoogd dan wel reeds verleend ontslag aan de rechter.

En biedt de rechter expliciet de mogelijkheid onvolkomenheden bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst via een vergoeding te compenseren <sup>7 8</sup>.

---

<sup>7</sup> Niet ten overvloede

zeker als de wetgever blijft bij de huidige en voorgestelde wet- en regelgeving realiseer u dat het terzijde stellen van de artikelen 7:681 BW (oud) en 7:685 BW (oud) bij de invoering van de Wwz de rechter niet verhindert aanvullend een vergoeding op te leggen, zo hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt.

De bevoegdheid het voorlopig resultaat van de rechtsvinding aan te vullen of te beperken ex artikel 6:2 BW is immers een essentiale van de rechterlijke rechtsvinding als de rechtsvinding funderend aan het begin van het verbintenissenrecht neergelegd en daarmee op zich voldoende voor het in voorkomend geval opleggen van een billijke vergoeding.

Bovendien is het bereik van die bevoegdheid ex artikel 6:2 BW richting de arbeidsovereenkomst in de wet verzekerd via de cumulatief uit te leggen reeks van de artikelen

- 6:2 BW (recht algemeen)
- 6:162 BW (buitencontractueel)
- 6:248 BW (contractueel) en
- 7:611 BW (de arbeidsovereenkomst).

En dat temeer nu artikel 7:611 BW

door zijn plaatsing aan het begin, meteen achter de definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW integraal tevens uitputtend

de normering van de arbeidsovereenkomst verwoordt

en dus ook de zorgvuldigheid in acht te nemen bij het eindigen van die overeenkomst.

Deze constatering laat onverlet dat het aanbeveling verdient

het bestaan van de rechterlijke bevoegdheid bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst een vergoeding op te leggen, (opnieuw) helder in de wet vast te leggen.

<sup>8</sup> Let wel:

Dit is geen schofferen van de wetgever

dit passeren van het in de Wwz neergelegd verlangen van de wetgever de rechter tot terughoudendheid te nopen

maar het voldoen aan de in artikel 13 Wet AB juncto de artikelen 6:2 en 6:248, telkens lid 2 BW

aan de rechter gegeven opdracht

recht te spreken, ook bij het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid van de wet, en daarbij in voorkomend geval de wet terzijde te stellen.

Het zo omgaan met het recht is de rechter nu eenmaal in artikel 13 Wet AB uitdrukkelijk opgedragen, opdat te allen tijde recht wordt gevonden dat aan de billijkheid beantwoordt.

En het daarvoor onder omstandigheden vereist instrumentarium heeft de wetgever in telkens lid 2 van de artikelen 6:2 en 6:248 BW aan de rechter aangeboden:

de bevoegdheid de wet buiten werking te stellen, als de billijkheid dat met zich brengt.

## **Aanbevelingen**

1. Overweeg de transitievergoeding af te schaffen.

De Hoge Raad leert niet voor niets dat je het bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst in normale gevallen met de opzegtermijn moet doen (de kennelijk onredelijk ontslagarresten). Bovendien is het onpraktisch om transitievergoeding en billijke vergoeding naast elkaar te hebben.

2. Verbeter het wetsvoorstel zo

dat de rechter volledig terugkrijgt de hem in 1954 al verleende vrijheid om bij elk ontslag - in alle rechterlijke vrijheid, en dus zonder enige inperking –

te beoordelen

of het ontslag terecht is

of de aanvullende werking van de zorgvuldigheid met zich brengt, dat een vergoeding behoort te worden opgelegd.

3. Verbied – anders dan de Hoge Raad in de kennelijk onredelijk ontslagarresten – de rechter niet

via een nieuwe kantonrechttersformule piketpaaltjes voor rechtsvinding te formuleren

met enkel deze inperking dat daarbij niet wordt gekomen op het terrein van de aan de wetgever voorbehouden (algemene) regelgeving.

## **Verantwoording**

U kunt de onderbouwing van deze notitie vinden op de website <http://metrechtanders.nl/>, onder het kopje 'het artikel' – <http://metrechtanders.nl/het-artikel/>

In dat artikel worden de kennelijk onredelijke ontslagarresten van de Hoge Raad op hun consistentie en hun inconsistentie geanalyseerd.

Tezelfdertijd wordt de voor een deel terecht maar te ver doorgeschoten kritiek van de Hoge Raad op de Kantonrechttersformule, tot de voor rechtsvinding noodzakelijke proporties teruggebracht.

Inderdaad, het is een stoer stuk (2010).

Maar dat mag ook wel, want dat stuk legt meteen de basis voor de naderhand geformuleerde notities over

- de inrichting van het wettelijk stelsel (2014)
- het vinden van het recht in twee fasen (2017) en
- dit artikel over het herstel van de Trias Politica (2018)

te vinden via de link <http://metrechtanders.nl/het-wettelijk-stelsel/>

Veel leesplezier.

Ik kom het overigens graag toelichten.

Ubbo van der Blom.

[wmu@vanderblomadvoaat.nl](mailto:wmu@vanderblomadvoaat.nl)