

HOOFDARTIKEL

Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra

1 Inleiding: rechtsvorming?

Over hoe de rechter zich verhoudt en behoort te verhouden tot de wetgever, is veel geschreven. Het traditionele beeld van deze verhouding laat zich met behulp van drie artikelen uit de wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk (Wet AB), van 1829 eenvoudig schetsen: de rechter is verplicht recht te spreken (artikel 13) in concrete geschillen (artikel 12) op grond van de wet (artikel 11). Een dergelijke taakverdeling tussen de rechter en de wetgever paste bij de gedurende lange tijd in Nederland heersende ideeën over de ideale rechtsstaat en de ideale leer van de *trias politica*. De burger was gebonden aan de door het democratisch gelegitimeerde gezag opgestelde en behoorlijk afgekondigde wet. Het was de taak van de rechter die wet uit te leggen of toe te passen. Het was overigens niet de bedoeling van de wetgever van 1829 om de rechter op grond van artikel 11 Wet AB tot slaaf van de wet te maken. Hij wenste slechts tot uitdrukking te brengen dat de rechter zich niet meer tot het Romeinse recht mocht wenden.¹ Materieel gold namelijk onverkort het Romeinsrechtelijke uitgangspunt dat het kennen van de wet niet betekende de woorden ervan machtig te zijn, maar hun kracht en strekking.²

Voor de moderne visie op de verhouding tussen wetgever en rechter is de opvatting van Vranken exemplarisch. Hij geloofde volgens zijn *Algemeen deel* uit 1995 niet dat er nog een academicus of praktijkjurist was die serieus betwistte dat de rechter een rechtsvormende taak had. Dit gold in het bijzonder de Hoge Raad. Typerend waren dan ook de benamingen waarmee de positie van dit college werd aangeduid: wetgever-plaatsvervanger en mede-rechtsvormer naast de wetgever.³ Tien jaar later was Vranken in zijn *Algemeen deel. Een vervolg* nog stilliger: 'Sterker nog, rechterlijke rechtsvorming móét. De bijdrage van de rechter aan de rechtsontwikkeling wordt onmisbaar geacht in een moderne samenleving. (...) Wetgeving en rechtspraak zijn "partners in the business of law" en dienen dat ook te zijn.' Hij wees op (privaatrechtelijke) leerstukken, die hoofdzakelijk uit *case law* bestonden, omdat de wet een leemte vertoonde of de wetgever het voortouw van

1 Zie over de achtergrond van deze artikelen: C.J.H. Jansen, Over de plaats en de functie van de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk (1829), *Ars Aequi* 2008/1, p. 22 e.v. (p. 26).

2 Zie D. (Digesten) 1, 3, 17.

3 J.B.M. Vranken, *Algemeen deel***, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 120 (nr. 184).

de rechtsvorming expliciet aan de rechter had overgelaten.⁴ De *communis opinio* over de rechtsvormende taak van de rechter (Hoge Raad) sluit aan bij het doel van de cassatie in artikel 81 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO): het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. Ten aanzien van de rechtsvormende bezigheid van de Hoge Raad op het gebied van het arbeidsovereenkomstenrecht heeft Duk aangegeven dat die belangrijker is dan men op basis van zijn beperkte taak bij de voor dat rechtsgebied zo belangrijke gemengde (dat wil zeggen uit recht en feit opgebouwde) beslissingen zou kunnen vrezen. Bij de rechtsvorming keerden volgens hem vergelijkbare thema's terug, zoals de botsing tussen het eigene van het arbeidsrecht en het feit dat het arbeidsovereenkomstenrecht deel uitmaakt en invloed ondergaat van het algemene verbintenissenrecht.⁵

Dat de rechter een rechtsvormende taak heeft, ontmoet vooral van staatsrechtelijke zijde kritiek. Zo is het niet duidelijk op welke (grond)wettelijke grondslag de rechtsvormende taak van de rechter, in het bijzonder die van de Hoge Raad, berust. Nergens in de Grondwet (Gw) of een wet in formele zin staat dat de rechter een rechtsvormende of rechtsscheppende taak heeft. Hij mag zich dan die bevoegdheid ook niet aanmeten, evenmin als het bijvoorbeeld een bestuursorgaan is toegestaan zich eigenmachtig bevoegdheden te verschaffen. Dit vloeit voort uit het legaliteitsbeginsel.⁶ Deze staatsrechtelijke onduidelijkheid over de grondslag van de bevoegdheid tot zelfstandige rechtsschepping door de rechter heeft de Hoge Raad zelf er niet van weerhouden openlijk te spreken over een rechtsvormende taak voor de rechter.⁷ Ook lijkt hij uit te gaan van een mild precedentenstelsel met betrekking tot de eigen rechtspraak. Het college volgt in beginsel een eigen eerdere uitspraak.⁸ In officiële publicatiemedia van de overheid (zoals Rechtspraak.nl) spreekt men vaak van een jurisprudentielijn. Die lijn maakt de Hoge Raad zichtbaar door naar eigen eerdere uitspraken te verwijzen. Zo verwees hij bijvoorbeeld met betrekking tot het antwoord op de vraag of er sprake was van gevaarstelling, expliciet naar het Kelderluik-arrest uit 1965 in het Jetblast-arrest uit 2004 en in het arrest Bayar/Wijnen Groothandel uit 2005.⁹

4 J.B.M. Vranken, Algemeen deel***. Een vervolg, Deventer: Kluwer 2005, p. 9-10 (nr. 9). Zie ook P.C. Kop, Rechtsvorming door de burgerlijke rechter?, NJB 2011, p. 1040 e.v.

5 R.A.A. Duk, De Hoge Raad en rechtsvorming in het arbeidsrecht, ArA 2002/3, p. 4 e.v. (p. 18).

6 C.A.J.M. Kortmann, De rechtsvormende taak van de Hoge Raad, Trema 2005/6, p. 250 e.v., opgenomen in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), Raad & Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, Nijmegen: Ars Aequi 2008, p. 31 e.v.; zie eveneens P.P.T. Bovend'Eert, Wetgever, rechter en rechtsvorming – 'Partners in the business of law?', RM Themis 2009/4, p. 145 e.v.

7 HR 12 oktober 1984, NJ 1985, 230.

8 Vgl. E.H. Hondius, General Report, en O.A. Haazen, Precedent in the Netherlands, in: E. Hondius (Ed.), Precedent and the Law. Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht 2006, Brussel: Bruylant 2007, p. 12-14, p. 237-239, p. 246 e.v.

9 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (Kelderluik); HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 (Jetblast); HR 11 november 2005, JAR 2005/287 (Bayar/Wijnen Groothandel). Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 58, p. 60-61; J.P. Quist, De werkgever en het kelderluik. Over toepassing van de Kelderluik-criteria bij artikel 6:162 en artikel 7:658 BW, ArA 2010/1, p. 3 e.v.

De erkenning van de rechtsvormende taak van de rechter betekent niet dat de rechterlijke vrijheid grenzeloos is. De rechter functioneert binnen een staatsbestel. Vranken, onder anderen, ontwaart een terughoudende opstelling met betrekking tot bijvoorbeeld maatschappelijk of politiek omstreden kwesties die de wetgever ongeregeld heeft gelaten. Naar zijn mening mag de rechter een voortrekkersrol vervullen, maar hij dient wel zijn grenzen steeds opnieuw te bezien en bij overschrijding de partijen naar de wetgever te verwijzen. De rechter moet voorkomen dat hij in het zwaard van zijn eigen dynamiek valt. Hij mag bovendien de wetgever niet voor de voeten lopen.¹⁰ Daarnaast, zo betoogt Vranken, zijn sommigen wel eens te ver doorgeschoten door de rechter openlijk boven de wet te plaatsen.¹¹ Voor O. de Savornin Lohman, zoals eerder al voor S.K. Martens, is daarom de conclusie onvermijdelijk dat het primaat van de rechtsvorming volgens de Grondwet – gelet op de zeer centrale positie van de wet in (hoofdstuk 5 van) de Grondwet en gelet op de historische achtergrond van deze bepalingen – bij de wetgever berust en niet bij de rechter.¹²

In deze bijdrage onderzoeken wij allereerst de beperkingen die de Hoge Raad in de afgelopen decennia zelf heeft aangebracht op de eigen rechtsvormende taak op privaatrechtelijk gebied. Tevens proberen wij te achterhalen waarom het college zichzelf die grenzen heeft gesteld. Wij bespreken vervolgens (kort) een aantal arbeidsrechtelijke leerstukken van de Hoge Raad in het licht van deze bevindingen: wanneer en met welke argumentatie heeft hij geoordeeld dat niet hij, maar de wetgever aan zet is? Ten slotte besluiten wij met enkele afrondende opmerkingen over de grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter.

2 Grenzen aan de privaatrechtelijke rechtsvorming door de rechter

De (Grond)wet kent nauwelijks formele grenzen aan de taak of de bevoegdheid van de rechter. De belangrijkste beperking staat in artikel 120 Gw: de rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen (het verbod van constitutionele toetsing).¹³ Toch acht de rechter (in het bijzonder de Hoge Raad) zich soms beperkt in zijn rechtsprekende taak, en dit vooral ten opzichte van wat hij kennelijk als de taak van de wetgever beschouwt. Uit de

10 Vranken 1995, p. 120 (nr. 184) en p. 146 (nr. 223). Zie de noot van C.J.H. Brunner onder HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (IZA/Vrerink). Kop 2011, p. 1044.

11 Vranken 1995, p. 75 (nr. 115).

12 O. de Savornin Lohman, Annotatie bij HR 30 december 1994, NJ 1995, 449 m.nt. Stein, in: S.F. Sagel (red.), Vrienden door Duk en dun, Liber Amicorum Mr. R.A.A. Duk, Deventer: Kluwer 2011, p. 119 e.v.; S.K. Martens, De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, NJB 2000, p. 751.

13 Naar verwachting zal dit verbod op constitutionele toetsing op termijn voor een aantal grondwettelijke bepalingen niet meer gelden. Zie wetsvoorstel 28 331, Voorstel van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, Stb. 2009, 120 en daaropvolgend het ingediende wetsvoorstel 32 334, laatstelijk nr. 5 (Verslag Tweede Kamer) van 20 oktober 2010.

rechtspraak van de Hoge Raad vallen twee lijnen van redeneren af te leiden aan de hand waarvan hij zijn taak afbakt ten opzichte van die van de wetgever.

De *eerste lijn van redeneren* loopt langs het gebruik van termen als rechtszekerheid of de zekerheid van het rechtsverkeer. De Hoge Raad weigert dan een bepaalde oplossing als rechtens te aanvaarden, omdat die op gespannen voet staat met dit fundamentele uitgangspunt in het recht. Wij geven drie voorbeelden uit de privaatrechtelijke rechtspraak van het afgelopen decennium.

Ten eerste wijzen wij op de overwegingen in twee zaken uit de boeiende rechtspraak van ons 'hoogste' rechtscollege inzake de reikwijdte van artikel 1:88 lid 1 BW. Deze bepaling regelt de toestemming van de ene echtgenoot voor het aangaan van bepaalde rechtshandelingen door de andere echtgenoot, zoals de vervreemding van het door de beide echtgenoten of door de andere echtgenoot alleen bewoonde huis en de zekerheidstelling ten behoeve van een derde. De ratio van het artikel is de bescherming van de niet handelende echtgenoot tegen de ontwrichting of de ernstige financiële benadeling van het gezamenlijk gevoerde huishouden door de andere echtgenoot. Volgens de Hoge Raad had de echtgenoot geen toestemming van zijn echtgenote nodig met betrekking tot het aangaan van een geldlening, omdat de opsomming in artikel 1:88 lid 1 BW niet de overeenkomst van geldlening bevat. Het strookte niet met de vereiste zekerheid van het rechtsverkeer indien de eis van toestemming van de echtgenote ook zou gelden in een alsdan moeilijk af te grenzen groep van andere gevallen dan die waarvoor de wet dit bepaalde.¹⁴ In een andere uitspraak over artikel 1:88 lid 1 BW wees de Hoge Raad een uitbreiding van de reikwijdte van dit artikel tot rechtshandelingen verricht vóór het huwelijk af, omdat daardoor de rechtszekerheid onaanvaardbaar in de knel zou komen. Tegen de uitbreiding verzette zich ook de behoefte van de wederpartij van de handelende echtgenoot aan zekerheid, dit in samenhang met het belang van een vlot en ongestoord verlopend handelsverkeer.¹⁵

Het argument van de rechtszekerheid dook, ons laatste en derde voorbeeld van de eerste lijn van redeneren, ook op in een uitspraak van de Hoge Raad uit 2004 over de uitleg van artikel 2:207c lid 1 BW. Deze bepaling bevat in het belang van de instandhouding van het kapitaal van een besloten vennootschap (bv) een verbod van financiële steunverlening. De Hoge Raad koos voor een strikte interpretatie van het artikel, zodat het geen bron meer was voor onduidelijkheden, die uit het oogpunt van rechtszekerheid onaanvaardbaar waren. Het gevolg was dat het verbod van artikel 2:207c lid 1 BW een bepaalde doorleenconstructie niet trof.¹⁶

De Hoge Raad lijkt, zo is onze eerste tussenconclusie, het argument van de rechtszekerheid vooral te gebruiken om te komen tot een oplossing die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen (de formule, ontleend aan Quint/te Poel¹⁷). Daar komt bij dat de kwesties uit de arresten meestal niet politiek gevoelig zijn en wetgeving niet aanhangig is gemaakt en evenmin te verwachten is. Zij betreffen vaak 'normale', maar moeilijke gevallen

14 HR 29 november 2002, JOR 2003/1.

15 HR 13 juni 2003, JOR 2003/192.

16 HR 7 mei 2004, JOR 2004/161.

17 HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548.

van wetsuitleg. De Hoge Raad had tot een andere oplossing kunnen komen zonder het stelsel van de wet geweld aan te doen, maar hij achtte dat vanuit het oogpunt van rechtszekerheid niet gewenst.

De *tweede lijn van redeneren* van de Hoge Raad verloopt langs de lijn van de fameuze zinsnede dat hij over een bepaalde kwestie geen uitspraak kan doen omdat die de rechtsvormende taak van het college te boven (of te buiten) gaat. Kortmann heeft scherpe kritiek op deze redenering. Volgens hem heeft de Hoge Raad zich de rechtsvormende taak of bevoegdheid zelf toegekend en vervolgens gaat hij op deze zelf verzonnen taak of bevoegdheid beperkingen aanbrengen, die ook weer op rechtsvorming berusten. 'Het wordt zo een soort *probatio diabolica* of een baron Von Münchhausen-constructie.'¹⁸ Wij zullen enkele typen van voorbeelden van deze lijn van redeneren geven.

De eerste gevallen waarin de Hoge Raad gebruik heeft gemaakt van de zinsnede dat een bepaald oordeel de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te boven gaat, betroffen vooral kwesties van toetsing aan verdragsrecht. In een zaak uit 1985 wilden twee gescheiden ouders gezamenlijk de voogdij uitoefenen over hun minderjarige kinderen. Het toenmalige artikel 1:161 lid 1 BW eiste dat de rechter bij het echtscheidingsvonnis een van de ouders tot voogd benoemde. De ouders deden een beroep op artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM; recht op gezinsleven). De Hoge Raad oordeelde dat hij de bevoegdheid miste om een niet bij de wet voorziene en niet in het wettelijk systeem passende voogdijregeling te maken. Het opstellen van een dergelijke, het bestaande rechtssysteem overstijgende regeling lag op het terrein van de *wetgever*. In een dergelijke maatschappelijk en politiek gevoelige kwestie ontstond een onverbindendverklaring van artikel 1:161 lid 1 BW wegens strijd met artikel 8 EVRM de rechtsvormende taak van de rechter.¹⁹

Strijdigheid van een nationale regeling met het EVRM (artikel 14) speelde eveneens in het bekende arbeidskostenforfaitarrest. De Hoge Raad overwoog in zijn uitspraak dat de rechter 'aanstonds' zelf in het rechtstekort kan voorzien indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden. In gevallen echter waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of waarin belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter de keuzes vooralsnog aan de wetgever overlaat, zulks in verband met de staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied. Ook eventuele andere oplossingen lagen volgens de Hoge Raad buiten de rechtsvormende taak van de rechter. Hij ging ervan uit dat de regering met de

18 Kortmann 2005, p. 31 e.v., p. 35-37.

19 HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510. Zie verder bijvoorbeeld HR 12 oktober 1984, NJ 1985, 230; HR 23 september 1988, NJ 1989, 740; HR 4 november 1994, NJ 1995, 249. Vgl. Martens 2000, p. 749-750.

nodige spoed een wetsontwerp zou indienen dat recht deed aan de op de Nederlandse Staat drukkende verdragsverplichtingen.²⁰

Uit de besproken arresten volgt dat de Hoge Raad weigert zelf een oplossing te bieden indien naar zijn opvatting de wetgever (of het bestuur) aan zet is. Hiermee verwijst hij, zo luidt onze tweede tussenconclusie, naar de taakverdeling tussen wetgever en rechter binnen de *trias politica*. De rechter dient zich te onthouden van inmenging in aangelegenheden waarvoor wetgevend (of bestuurlijk) ingrijpen noodzakelijk is, omdat zij politiek of maatschappelijk gecompliceerd liggen of vanuit politiek perspectief meer oplossingen mogelijk zijn. Treedt de rechter toch op, dan loopt hij het risico in politiek vaarwater terecht te komen en daarmee dreigt hij zijn onafhankelijkheid te grabbel te gooien. Ter onderbouwing van deze constatering verwijzen wij naar het Waterpakt-arrest uit 2003, waarbij de Hoge Raad overwoog dat hij de bevoegdheid miste de staat te bevelen een wet in formele zin te maken. ‘Wetten in formele zin worden ingevolge art. 81 Grw vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal, waarbij de vraag of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de erbij betrokken belangen. De evenzeer op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermag in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming. (...)’.²¹

De overweging dat een bepaalde beslissing de rechtsvormende taak van de rechter te buiten of te boven gaat, is ook aan te treffen in privaatrechtelijke uitspraken waarbij het verdragsrecht geen rol speelt. Een eerste voorbeeld betreft het arrest Gemeente Groningen/Raatgever uit 1999 over de taak- en rolverdeling tussen de burgerlijke en de bestuurlijke rechter in het kader van de overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten. De Hoge Raad overwoog ter zake dat de wetgever in artikel 8:73 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) tot uitdrukking heeft gebracht dat een partij bij de gegrondverklaring van haar beroep de keuze heeft om in een bestuursrechtelijke procedure schadevergoeding te zoeken dan wel zich tot de burgerlijke rechter te wenden. Vervolgens gaf de Hoge Raad aan dat ‘zo de ontwikkeling van de rechtspraak op het stuk van het zuiver schadebesluit zou nopen tot aanpassing van de regeling inzake afbakening van de bevoegdheden van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, dan (...) daar niet een taak [ligt] voor de rechter – een dergelijke aanpassing gaat immers zijn taak te buiten – maar voor de wetgever.’²² Hartlief signaleerde in zijn noot in *Ars Aequi* onder dit arrest vier typen van gevallen waarin de Hoge Raad het argument dat een bepaalde beslissing zijn rechtsvormende taak te buiten gaat, had gebruikt:

- a. gevallen op het terrein van het personen- en familierecht, vooral in verband met de betekenis van het EVRM;

20 HR 12 mei 1999, BNB 1999/271.

21 HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691, ontleend aan De Savornin Lohman 1995, 449, m.nt. Stein, p. 121.

22 HR 17 december 1999, NJ 2000, 87.

- b. gevallen waarin voor een bepaalde kwestie nogal uiteenlopende oplossingen mogelijk zijn en zwaarwegende belangen in het geding zijn;
- c. gevallen waarin de Hoge Raad de consequenties van zijn beslissing niet kan overzien;
- d. gevallen waarin de Hoge Raad met een beslissing eventuele wetgeving in de maak doorkruist.

Hartlief was overigens van mening dat de overweging ‘dat het de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten ging’ in het arrest Gemeente Groningen/Raadgever enigszins een gelegenheidsargument was. De Hoge Raad had zijns inziens gewoon geen zin in het nemen van een verdergaande beslissing. De parlementaire geschiedenis bood namelijk wel degelijk aanknopingspunten voor een uitspraak waarin de Hoge Raad een eventueel terugtreden van de burgerlijke rechter wenselijk had kunnen oordelen, omdat de bestuursrechter in staat was een adequate rechtsbescherming te verschaffen.²³

Een schoolvoorbeeld van het door Hartlief onderscheiden geval d. kwam voor in een arrest van de Hoge Raad uit 1993 (waarin overigens ook artikel 8 EVRM een rol speelde). Deze uitspraak betrof de vraag of de man als toezienend voogd het recht had van de school informatie over zijn kind te krijgen. De toekomst van het aanhangige wetsontwerp over dit onderwerp was op het moment dat de Hoge Raad uitspraak moest doen ongewis. Het college wenste de discussie over het wetsvoorstel, dat politiek gevoelig lag, niet te doorkruisen met een beslissing die bij dat wetsontwerp aansluiting zocht. De Hoge Raad overwoog kort en goed dat een honorering van het verzoek van de man de rechtsvormende taak van het college te buiten ging.²⁴

Wij wijzen tot slot van dit overzicht op het Taxibus-arrest uit 2002. Uit artikel 6:106 BW vloeit voort dat een benadeelde recht heeft op vergoeding van ideële schade (‘smartengeld’) indien hij lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is aangetast of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. Onder de aantasting van de persoon op andere wijze rekent de rechtspraak eveneens het toebrengen van voldoende ernstig geestelijk letsel. De Hoge Raad stond in het Taxibus-arrest voor de vraag of zogeheten affectieschade onder geestelijk letsel viel. Affectieschade is de immateriële schade die iemand lijdt ten gevolge van het feit dat een naaste is verwond of gedood. Zij dient goed te worden onderscheiden van ‘shockschade’, de schade die iemand lijdt door de directe confrontatie met de verwonding of het overlijden van een naaste. De Hoge Raad overwoog in het Taxibus-arrest dat een moeder die haar kind op de plaats van het ongeval dood en ernstig verminkt aantrof doordat een taxibus het had overreden, recht had op vergoeding van haar geestelijk letsel als gevolg van de confrontatie met de gruwelijke, schokkende gevolgen van de gebeurtenis. Onder geestelijk letsel viel dus wel shockschade, echter niet affectieschade, zoals de Hoge Raad expliciet overwoog:

23 Noot T. Hartlief, *Ars Aequi* 2000, p. 181 e.v.

24 HR 17 december 1993, NJ 1994, 332. Vgl. Vranken 1995, p. 108 (nr. 165). Zie overigens ook HR 3 april 1992, NJ 1993, 286.

‘Niet uitgesloten is dat het wettelijk stelsel onvoldoende tegemoet komt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om aan degenen die in hun leven de ernstige gevolgen moeten ondervinden van het overlijden van een persoon tot wie zij – zoals hier – in een affectieve relatie hebben gestaan, enige vorm van genoegdoening te verschaffen. Het gaat echter de rechtsvormende taak van de rechter te buiten te dezer zake in afwijking van het wettelijk stelsel zonder meer een vergoeding toe te kennen. In de eerste plaats zou immers opnieuw een, aan de wetgever voorbehouden, afweging moeten worden gemaakt van de voor- en nadelen die aan het huidige stelsel verbonden zijn. Voorts vergt een herziening van het bestaande stelsel een afbakening van de gevallen waarin een vergoeding passend wordt gevonden en een concrete aanwijzing van de personen aan wie een dergelijke vergoeding toekomt. Ten slotte is het ook aan de wetgever te beoordelen of, en zo ja, in hoeverre, aan de toekenning van een dergelijke vergoeding financiële grenzen gesteld moeten worden in verband met de consequenties die daaraan kunnen zijn verbonden.’²⁵

Ook in dit geval oordeelde de Hoge Raad dat hij geen oplossing kon geven. Daarvoor was een stelselherziening nodig. De wetgever is in dit soort gevallen de aangewezen rechtsvormer, mede omdat de rechter de (financiële) consequenties van een dergelijke herziening niet kan overzien en de afweging van de voor- en nadelen van het bestaande stelsel van schadevergoeding aan zwaarwegende maatschappelijke belangen raakt.

3 Grenzen aan de arbeidsrechtelijke rechtsvorming door de rechter

3.1 *Eerst: een schier grenzeloze rechtsvorming en enkele verklaringen hiervoor*

Zoals uit de voorafgaande paragraaf is gebleken, zijn er weliswaar enkele typen van gevallen te onderscheiden waarin de Hoge Raad het argument gebruikt dat een bepaalde beslissing zijn rechtsvormende taak te buiten gaat, maar is het lastig, zo niet onmogelijk, aan te geven wanneer zo'n geval zich naar het oordeel van de Hoge Raad nu wel of niet voordoet. Ook al zijn bijvoorbeeld uiteenlopende oplossingen in een geschil mogelijk en zijn daarbij zwaarwegende belangen in het geding, dan nog is het goed denkbaar dat het college met een beroep op het systeem van de wet en de daarin wel geregelde gevallen een inhoudelijk oordeel velt. Kennelijk is er voor de Hoge Raad dan geen of onvoldoende aanleiding te wijzen op de grenzen van zijn taak als rechtsvormer. Hoewel men niet altijd zal beseffen (en het ook niet nodig is dit te beseffen) dat ieder ‘normaal’ inhoudelijk oordeel van het college tevens impliceert dat hij van mening is dat dit oordeel zijn rechts-

25 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2009 (6-II**), nr. 144. In het Tweede shockschade-arrest van 9 oktober 2009 overwoog de Hoge Raad dat de afzwakking van het confrontatievereiste niet mogelijk was, omdat een afwijking van het restrictieve wettelijke stelsel de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat. Zie verder R.J.P. Kottenhagen, Shockschade en het vereiste van de directe confrontatie, enkele rechtsvergelijkende kanttekeningen, NTBR 2010/9, p. 341 e.v.

vormende taak niet te buiten gaat, is het naar onze mening toch goed dit in zijn algemeenheid te realiseren, met name als het om arbeidsrechtelijke geschillen gaat. Het arbeidsrecht is namelijk veelal een sociaal-politiek gevoelig rechtsgebied waar doorgaans zwaarwegende belangen in het geding zijn, niet alleen voor partijen in concreto maar ook voor alle betrokkenen op de werkvloer. We hebben het dan over vele miljoenen personen voor wie de arbeidsovereenkomst dé basis vormt voor het levensonderhoud. Zo beschouwd mocht worden verwacht dat de Hoge Raad op het terrein van het arbeidsrecht regelmatig tot het oordeel was gekomen dat een bepaalde hem voorgelegde vraag zijn rechtsvormende taak te buiten ging. Desalniettemin heeft hij een dergelijk oordeel, althans tot voor kort, nauwelijks gegeven. We geven een aantal voorbeelden waaruit dit blijkt en waaruit dus overduidelijk een optreden van de Hoge Raad als wetgever-plaatsvervanger naar voren komt.²⁶

In de eerste plaats wijzen wij op het stakingsrecht. Zoals bekend heeft de wetgever aan het einde van de jaren zestig van de vorige eeuw pogingen ondernomen een wet in te voeren die het stakingsrecht regelde met onder meer aandacht voor de rechtspositionele gevolgen voor werknemers die aan collectieve acties deelnemen. Deze pogingen zijn op niets uitgelopen.²⁷ Het onderwerp was te politiek en te maatschappelijk gevoelig voor wettelijke regulering, terwijl de kortgeding-rechtspraak in stakingszaken 'verder' evolueerde. Desondanks heeft de Hoge Raad in zijn fameuze NS-arrest uit 1986 de criteria geformuleerd voor de beoordeling van de rechtmatigheid van door vakbonden uitgeroepen vormen van collectieve acties (en de gevolgen daarvan voor de individuele werknemer) die een vergelijking met de invloed van de invoering van een wet niet misstaan.²⁸ Weliswaar had Nederland inmiddels (in 1980) het merendeel van de bepalingen in het Europees Sociaal Handvest (waaronder artikel 6 lid 4) geratificeerd, en waren deze in werking getreden, en leunde de Hoge Raad zwaar op de Conclusions van de European Committee of Social Rights (ECSR), dit neemt niet weg dat het college in zijn arrest knopen doorhakte die zonder enige twijfel tot de categorie rechtsvorming behoren. Nu zal niemand twijfelen aan de noodzaak van de door de Hoge Raad gedane uitspraak en zou de verontwaardiging groot zijn geweest als hij had geoordeeld dat de kwestie zijn rechtsvormende taak te buiten ging, maar

26 De gegeven voorbeelden zijn stellig niet uitputtend. We noemen nog: het criterium van het aanmerkelijk zwaarder drukken in Brabant/Van Uffelen en de AVM-arresten (HR 9 maart 1979, NJ 1979, 467 en HR 5 januari 2007, JAR 2007/57 en 58); de Ragetlie-regel (HR 4 april 1986, NJ 1987, 678); de psychische schade die onder artikel 7:658 BW wordt geschaard (HR 11 maart 2004, JAR 2005/84); de ontwikkeling van de cao-norm (met name in HR 20 februari 2004, JAR 2004/83) en de mogelijkheid van het wijzigingsontslag (HR 24 december 2010, JAR 2011/20). Wij wijzen erop dat de grens tussen rechtsvorming (het ontwikkelen van een nieuwe regel) en uitleg (het verduidelijken of nader verklaren van een bestaande regel) een bij uitstek vloeiende is.

27 Vgl. M.G. Rood, *Naar een stakingsrecht?*, Deventer: Kluwer 1978. De laatste monografie over dit onderwerp verscheen van A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, Deventer: Kluwer 2004.

28 HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 m.nt. PAS.

het blijft opmerkelijk dat die noodzaak op gelijke wijze werd gevoeld bij een onderwerp als affectieschade, terwijl de Hoge Raad zich op dat vlak afzijdig hield.²⁹ Een tweede voorbeeld betreft de bevoegdheid van de rechter inzake de matiging van de loonvordering, voor het eerst door de Hoge Raad 'in het leven geroepen' in het Swaen/Van Hees-arrest uit 1979³⁰ en sedertdien vele malen in arresten aan de orde gekomen. In een *obiter dictum* overwoog de Hoge Raad met een analoge toepassing van artikel 1639r lid 5 BW (thans artikel 7:680 lid 5 BW) dat de rechter onder (bijzondere) omstandigheden een aan de werknemer toegekende loonvordering kan matigen. Een naar onze mening verrijkend rechtsvormend oordeel, waartoe op zichzelf genomen geen enkele aanleiding bestond, behalve dan dat de Hoge Raad zich genoodzaakt zag daartoe over te gaan. Hij heeft de grenzen aan zijn rechtsvormende taak met de invoering van dit leerstuk uit het oog verloren, ondanks de grote maatschappelijke consequenties van de genomen beslissing en de zwaarwegende belangen die daarbij betrokken zijn. Het wel in de wet geregelde geval van artikel 1639r BW/artikel 7:680 lid 5 BW betrof een onderwerp dat geen relevantie had met de loonvordering, namelijk de matigingsbevoegdheid van de rechter bij onregelmatige opzegging en de daarop gebaseerde vordering tot schadeloosstelling dan wel gefixeerde schadevergoeding. Pas in 1999 heeft de wetgever met de invoering van de Flexwet het door de Hoge Raad geïntroduceerde leerstuk gecodificeerd, in artikel 7:680a BW. Kortom, ook met betrekking tot dit onderwerp is de Hoge Raad als wetgever-plaatsvervanger opgetreden, zonder schroom en dus zonder zijn beperkte rechtsvormende taak in acht te nemen. De aansprakelijkheid van de werkgever ex artikel 7:611 BW voor ongevallen van een werknemer in het gemotoriseerde verkeer is een derde voorbeeld waar de Hoge Raad zich in alle opzichten als rechtsvormer heeft gemanifesteerd. De start van zijn optreden lag bij het in 1992 gewezen arrest Bruinsma/Schuitmaker³¹ en vond zijn hoogtepunt (behoudens de twee hierna te bespreken arresten uit 2011) in het arrest Maatzorg De Werven/Van der Graaf.³² Niettegenstaande de ferme kritiek in de literatuur³³ heeft de Hoge Raad een alsmar uitdijende aansprakelijkheid van de werkgever ex artikel 7:611 BW aangenomen en heeft het college de rol van wetgever-plaatsvervanger met verve ter hand genomen. Hij deed dit in weerwil van de grote maatschappelijke belangen die op het spel staan en de sociaal-politieke gevoeligheid van het onderwerp. Daarnaast sloot hij bepaald niet aan bij het stelsel van de wet (artikel 7:658 BW) en vergrootte hij de rechtsonzekerheid in sterke mate door in het midden te laten wat onder een 'behoorlijke verze-

29 In het verlengde van de regeling van de al dan niet rechtmatigheid van een collectieve actie heeft de Hoge Raad eveneens duidelijk rechtsvormend geoordeeld met betrekking tot een ander maatschappelijk en politiek gevoelig onderwerp, namelijk de rechtspositie van de werkwillige werknemer. Zie HR 7 mei 1976, NJ 1977, 55.

30 HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207 m.nt. PAS.

31 HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264 m.nt. PAS.

32 HR 17 december 2008, JAR 2009/15 en JIN 2009/80 m.nt. Houweling.

33 Zie de noot van Hartlief onder HR 20 februari 2009, NJ 2009, 335 (ook JAR 2009/76); T. Hartlief, Vonk/Van der Hoeven, Het einde van art. 7:658 BW en een terugkeer naar de Ongevallenwet, AV&S 2003/1, p. 12 e.v.; A.R. Houweling, Het verzekeringsaspect in de jurisprudentie met betrekking tot werkgeversaansprakelijkheid voor verkeersongevallen, SMA 2007/7-8, p. 255 e.v.

kering' viel. Opmerkelijk is al met al dat de Hoge Raad zich niet voortijdig heeft beroepen op het argument dat de onderhavige kwestie zijn rechtsvormende taak te boven gaat omdat hier primair een taak voor de wetgever ligt.

Een laatste voorbeeld betreft de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De mogelijkheid een arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden, bijvoorbeeld indien onzeker is of een gegeven ontslag op staande voet in rechte stand houdt, heeft de Hoge Raad in 1983 aanvaard, na een periode van tegenstrijdige uitspraken in de lagere rechtspraak.³⁴ De mogelijkheid kan worden (en is) gerechtvaardigd met een beroep op het stelsel van de wet, maar op gelijke wijze kan worden verdedigd dat de juridische erkenning van de voorwaardelijke ontbinding het systeem van ons ontslagrecht zodanig overhoop gooit, dat alleen de wetgever deze 'Fremdkörper' wettelijk kan verankeren, indien gewenst.³⁵ De Hoge Raad heeft voor de eerste optie gekozen en heeft daarmee zijn rechtsvormende taak (zeer) ruim opgevat.³⁶

Zoals reeds gezegd, het zijn slechts voorbeelden die we hebben gegeven, maar ze laten wel zien dat de Hoge Raad op het terrein van het arbeidsrecht niet snel met zijn rechtsvormende activiteit op de rem zal trappen. Slechts een enkele keer zien we aarzeling, zoals bij de vraag naar de juridische status van het sociaal plan in het kader van een 681-vordering of een 685-verzoek. Op dit terrein, met eveneens maatschappelijk grote gevolgen, heeft de Hoge Raad mondjesmaat enkele regels geformuleerd,³⁷ terwijl er opmerkelijk genoeg gemakkelijk had kunnen worden aangesloten bij het stelsel van de wet en bij wel geregelde gevallen, namelijk de Wet cao.³⁸

De vraag rijst hoe deze ruime opvatting van de Hoge Raad over zijn rechtsvormende taak in het arbeidsrecht valt te begrijpen. Een verklaring schuilt wellicht in de aard en opzet van de wet waaruit titel 7.10 BW is ontstaan, de Wet op de arbeidsovereenkomst. Deze wet kent de rechter een grote vrijheid van uitleg, onder meer door het gebruik van evaluatieve en open normen, en belangrijke matigingsbevoegdheden toe.³⁹ Dit betekent dat traditioneel gezien in het arbeidsrecht een belangrijke rol is weggelegd voor rechterlijke rechtsvorming. Het lag in de bedoeling van de wetgever dat de wet, gewoon opgenomen in het BW, strekte

34 HR 21 oktober 1983, NJ 1984, 296 m.nt. PAS. Zie S.W. Kuip, Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende redenen, Deventer: Kluwer 1993, p. 143.

35 Zie C.J. Loonstra, Snijden in het ontslagrecht, NJB 2005, p. 290 e.v.

36 Vgl. C.J. Loonstra/W.A. Zondag, Arbeidsrechtelijke themata, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 464: 'Naar onze mening is de Hoge Raad met dit oordeel te veel en onnodig buiten zijn (rechterlijke) boekje gegaan.'

37 Zie o.m. HR 13 april 2001, JAR 2001/82 en HR 14 juni 2002, JAR 2002/165.

38 Zie voor een kritiek op deze benadering van de Hoge Raad: C.J. Loonstra, Het sociaal plan: de mist is nog lang niet opgetrokken, ArA 2002/3, p. 41-56. De wetgever heeft hier naar onze mening een steek laten vallen. Zie C.J. Loonstra, Naar een wet op het sociaal plan (SP), NJB 1998, p. 359/360. Vgl. J.M. van Slooten, Sociaal plan en kennelijk onredelijk ontslag: zet Rutten/Breed Bulut/Troost opzij?, in: S.F. Sagel (red.), Vrienden door Duk en dun, Liber Amicorum Mr. R.A.A. Duk, Deventer: Kluwer 2011, p. 183-190.

39 Zie S.G. Canes, Critische Systematische Commentaar op de Wet op het Arbeidscontract, Groningen: P. Noordhoff 1908, p. 21 e.v. en E.M. Meijers, De arbeidsovereenkomst, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1924, p. 5 e.v.; Loonstra/Zondag 2010, p. 65.

tot bescherming en tot zekerheid van (toen) de arbeider. De dwingendrechtelijke regeling van de arbeidsovereenkomst stond met andere woorden in de sleutel van de ongelijkheidscompensatie. Het was (en is) mede de taak van de rechter dat uitgangspunt te verwezenlijken in de arbeidspraktijk van alledag. De open normen leiden soms tot een beperking van de toegang tot de cassatierechter. De appèlrechter geeft bij de toepassing van dergelijke normen namelijk een zogeheten gemengde beslissing, in de juistheid waarvan de cassatierechter niet altijd kan treden.⁴⁰ Interessant vanuit rechtsvormend perspectief zijn de wetsartikelen waarin de wetgever naar de omstandigheden van het geval heeft verwezen (zoals artikel 7:621 lid 2 BW, artikel 7:661 lid 1 BW en artikel 7:685 lid 8 BW). Zij stellen de rechter (in het bijzonder de Hoge Raad) in staat een gezichtspuntencatalogus te formuleren. Daarnaast heeft het college een dergelijke catalogus ook ontwikkeld bij open normen, zoals ontslag op staande voet ex artikel 7:678 BW en het goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW.⁴¹ Zoals Duk al heeft aangegeven, is het niet mogelijk de teneur van de cassatierechtspraak bij uitsluiting te duiden als 'werknemersvriendelijk'. Dat komt mede omdat in regelgeving⁴² en rechtspraak⁴³ eveneens de belangen van de werkgever en zijn noodzaak een arbeidsorganisatie in stand te houden een (terecht) centrale(re) rol hebben gekregen. Wel is een constante in de arbeidsrechtelijke rechtspraak, zoals wij al eerder in de inleiding van dit stuk onder verwijzing naar en met citering van de woorden van Duk schreven, de botsing tussen 'het eigene van het arbeidsrecht' en 'het feit dat het arbeidsovereenkomstenrecht onderdeel uitmaakt en daarmee invloed ondergaat van het algemene verbintenissenrecht, met name van de daarin gehanteerde centrale leerstukken'.⁴⁴ Of er sprake is van een tendens naar een steeds meer privaatrechtelijke benadering van het arbeidsrecht door de Hoge Raad, laten wij in deze bijdrage rusten.⁴⁵ Wij merken slechts op dat er uiteraard altijd een zekere behoedzaamheid is geboden bij het duiden van ontwikkelingen in de rechtspraak van de Hoge Raad. Hij neemt eerst en vooral een beslissing in een concreet geschil. Toch zijn algemene lijnen niet afwezig, zoals ook naar voren komt uit het in deze bijdrage behandelde voorbeeld van de door de Hoge Raad gestelde grenzen aan zijn rechtsvormende taak. De Hoge Raad maakt overigens de vooronderstellingen die aan een bepaalde uitspraak ten grondslag liggen, vaak niet duidelijk. Het is aan de wetenschapper die vooronderstellingen en de daaruit voortvloeiende grenzen op te sporen.⁴⁶

40 Duk 2002, p. 5.

41 C.J. Loonstra & J.P. Quist, Gezichtspuntencatalogi in het arbeidsrecht: de omstandigheden van het geval geïnventariseerd, ArA 2008/3, p. 4 e.v.

42 Bijvoorbeeld het in 1998 ingevoerde artikel 7:613 BW inzake het eenzijdig wijzigingsbeding.

43 Bijvoorbeeld de bekende arresten Van der Lely/Taxi Hofman, HR 26 juni 1998, JAR 1998/199 en Stoof/Mammoet, HR 11 juli 2008, JAR 2008/204.

44 Duk 2002, p. 4-5, p. 11-12, p. 18.

45 Zie A.R. Houweling & C.J. Loonstra, Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?, TAP 2011/5, p. 172 e.v. (met bevestigende beantwoording van de vraag) en E. Verhulp, De 'eigenaardigheid' van het arbeidsrecht DCW/Blakborn, in: S.F. Sagel (red.), Vrienden door Duk en dun, Liber Amicorum Mr. R.A.A. Duk, Deventer: Kluwer 2011, p. 223 e.v. (met ontkennende beantwoording van de vraag).

46 Vranken 2005, p. 44 e.v. (nr. 36).

3.2 En toch: grenzen aan de rechtsvorming in het arbeidsrecht

Gelet op de grote rol van de rechter bij de vorming van het arbeidsrecht en gelet op het feit dat de rechter ook in de arbeidsrechtelijke rechtsvorming zijn taak heeft af te bakenen ten opzichte van die van de wetgever, is het interessant een drietal recente arbeidsrechtelijke uitspraken van de Hoge Raad onder de loep te nemen, waarin hij aangeeft een gevraagde inhoudelijke uitspraak (toch) niet te kunnen doen. In het arbeidsrecht zijn rechtsvormende grenzen van de Hoge Raad dus eveneens te trekken.⁴⁷ Wij volgen de twee lijnen van redeneren die wij hiervoor hebben onderscheiden ten aanzien van de grens aan de rechtsvormende taak van de rechter in het burgerlijke recht, te weten het beroep op de rechtszekerheid door de Hoge Raad en de door dit college gebezigde overweging dat een bepaalde beslissing zijn rechtsvormende taak te buiten gaat.

De eerste lijn van redeneren: rechtszekerheid. Op 11 november 2011 heeft de Hoge Raad twee uitspraken gedaan waarin hij uitdrukkelijk de rechtszekerheid als grens aan zijn rechtsvormende taak in stelling brengt. Zij betreffen beide de aansprakelijkheid van een werkgever voor door een werknemer geleden schade. Wij laten de overwegingen van de Hoge Raad ter zake van artikel 7:658 BW rusten. Het gaat ons om wat de Hoge Raad stelt ten aanzien van de aansprakelijkheid van de werkgever ex artikel 7:611 BW ingeval de werknemer schade lijdt ten gevolge van een verkeersongeval, geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden.

In de eerste zaak (De Rooyse Wissel) had een patiënt een sociotherapeut in loondienst, werkzaam bij de tbs-instelling De Rooyse Wissel, tijdens de uitvoering van diens werkzaamheden vastgepakt en meermalen met kracht geslagen, onder meer op het hoofd. Het hof verwierp in hoger beroep de grieven van de sociotherapeut tegen de afwijzing van zijn beroep op artikel 7:658 BW. Daarnaast overwoog het echter dat De Rooyse Wissel uit hoofde van haar verplichting tot goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) wel verplicht was geweest zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering. De Hoge Raad verwierp in cassatie deze verplichting.⁴⁸ Het geval van de sociotherapeut viel naar zijn oordeel niet onder de in eerdere arresten omschreven, afgebakende categorie van gevallen waarbij een verzekeringsplicht was aangenomen. Zij hadden namelijk allemaal betrekking op werknemers die schade hebben geleden door in de uitoefening van hun werkzaamheden overkomen verkeersongevallen. Het arbeidsongeval van de sociotherapeut was daarentegen gebeurd op de arbeidsplaats zelf. De aanvaarding van een uit goed werkgeverschap voortvloeiende verzekeringsplicht zou in die situatie het wettelijke stelsel van werkgeversaansprakelijkheid te vergaand aantasten, omdat dit was gebaseerd op het tekortschieten in de zorgplicht om schade te voorkomen. 'Bovendien zou zulks een grote mate van rechtsonzekerheid in het leven

47 Gaat het om enkele incidenten of is de Hoge Raad zich meer bewust geworden van zijn ruime benadering van zijn rechtsvormende taak op het terrein van het arbeidsrecht en wil hij deze indammen? Die vraag is thans nog niet te beantwoorden.

48 Desondanks 'redt' hij de sociotherapeut door te oordelen dat de werkgever zijn zorgverplichting ex artikel 7:658 BW heeft geschonden.

roepen, omdat geen duidelijke grens getrokken kan worden met (andere) arbeidsongevallen waarvoor geen verzekeringsplicht van de werkgever zou gelden.⁴⁹

In de tweede zaak (TNT-postbezorger) was een werknemster van de TNT bij het bezorgen van post uitgeleden over ijs of bevroren sneeuw. Zij vorderde een verklaring voor recht dat de TNT op grond van artikel 7:658 BW dan wel artikel 7:611 BW aansprakelijk was voor de geleden schade. Daarnaast vorderde zij schadevergoeding. De kantonrechter wees de vordering ex artikel 7:658 BW af, maar die op grond van artikel 7:611 BW toe. De TNT stelde tegen deze uitspraak sprongcassatie in. Blijkens eerdere rechtspraak van de Hoge Raad betrof de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verzekeringsverplichting tijdens de werkzaamheden overkomen ongevallen, waarbij motorvoertuigen waren betrokken of waarbij sprake was van een eenzijdig fietsongeval. De Hoge Raad beantwoordde de vraag of deze rechtspraak van overeenkomstige toepassing was op gevallen waarin een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden zich als voetganger op de weg bevond en daarbij als gevolg van een eenzijdig ongeval schade leed, ontkennend. Het was volgens de Hoge Raad aan de wetgever om een regeling voor dit soort situaties te maken of aan de werkgevers en werknemers om specifieke voorzieningen te treffen. 'Bij de huidige stand van de wetgeving dient echter, mede met het oog op de vereiste rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht, de in de rechtspraak aanvaarde en uit goed werkgeverschap voortvloeiende verzekeringsverplichting van de werkgever beperkt te blijven tot de bepaalde, afgebakende categorie van gevallen zoals hiervoor omschreven.'⁵⁰

De Hoge Raad lijkt thans – zoals ook in zijn algemene privaatrechtelijke rechtspraak – het argument van de rechtszekerheid te gebruiken om kennelijk tot een oplossing te komen die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen. Hij had tot een andere oplossing kunnen komen zonder dat zijns inziens het stelsel van de wet al te veel geweld zou zijn aangedaan. Niet voor niets noemt het college iedere afbakening van de gevallen tot op zekere hoogte arbitrair. Maar de Hoge Raad achtte een uitbreiding van de nauwkeurig afgebakende categorie van gevallen vanuit het oogpunt van rechtszekerheid thans niet gewenst. Het wettelijke stelsel van werkgeversaansprakelijkheid moet, zo luidt zijn gedachte, wel hanteerbaar blijven. De Hoge Raad verwijst in de tweede zaak daarom naar de wetgever dan wel naar de werkgevers en werknemers om verandering in dit systeem aan te brengen. De rechtszekerheid vormt, evenals bij

49 HR 11 november 2011, JAR 2011/315. A-G Spier sprak in zijn conclusie voor dit arrest over de ondermijning van het wettelijke stelsel (3.54) en een reeks noodsprongen vooruit in het ravijn van de rechtsontwikkeling (3.59.2), indien de Hoge Raad wel een verzekeringsplicht zou willen aannemen. Voor het heden leek hem een rem dus een voldoende, maar helaas ook noodzakelijk stuurmiddel (3.66).

50 HR 11 november 2011, JAR 2011/316. Zie ook Loonstra/Zondag 2010, p. 575-576 en F.G. Laagland & C.W.G. Rayer, Passende arbeid na 104 weken, TRA 2010/3, nr. 24. De Hoge Raad heeft rechtszekerheid en hanteerbaarheid al eerder in één adem genoemd: HR 11 juni 1993, NJ 1993, 563, waarin hij overwoog dat de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht het wenselijk maken dat de inroeping van de *actio pauliana* tot alle partijen wordt gericht. Dit was in overeenstemming met artikel 3:50 BW.

de rechtsvinding in het algemene burgerlijk recht, een door de rechter zelf opgelegde begrenzing van zijn rechtsvormende taak.

Opmerkelijk is naar onze mening dat de Hoge Raad in het kader van de 611-aansprakelijkheid inzake het tijdens de werkzaamheden overkomen eenzijdige voetgangersongeval eerst nu het argument van de rechtszekerheid hanteert, om tot het oordeel te komen dat deze categorie (net) niet meer via rechtsvorming door de rechter onder de paraplu van het goed werkgeverschap en de daarop gebaseerde plicht tot het sluiten van een behoorlijke verzekering kan worden gebracht. Niettegenstaande waarschuwingen en protesten in de literatuur⁵¹ heeft hij een weg ingeslagen die het uiteindelijk onaanvaardbaar maakt die laatste stap nu juist niet te zetten. Het roepen van 'halt' op het moment dat het einddoel ('voor alle verkeersongevallen van werknemers tijdens werktijd dient de werkgever een behoorlijke verzekering te sluiten') nagenoeg in zicht is, lijkt ons inconsequent en juridisch niet aanvaardbaar, hoe juist op zichzelf het argument ook is dat iedere afbakening (dus ook geen afbakening) arbitrair is.

De tweede lijn van redeneren: de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten gaan. Een derde, vanuit het perspectief van de arbeidsrechtelijke rechtsvorming interessant arrest vormt een uitspraak van de Hoge Raad van 30 september 2011 betreffende het opleggen van een eventuele nieuwe loondoorbetalingsverplichting na (een tweede) ziekte op grond van artikel 7:629 BW. Het wettelijke stelsel houdt in dat de werkgever in geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer enerzijds gehouden is gedurende 104 weken het naar tijdsruimte vastgestelde loon binnen de grenzen zoals bepaald in artikel 7:629 lid 1 BW te betalen en anderzijds gedurende die periode de reïntegratie van zijn werknemer binnen het eigen bedrijf dan wel binnen het bedrijf van een ander te bevorderen. *In casu* was een werknemer op 22 juni 1998 wegens ziekte arbeidsongeschikt geworden om zijn eigen werk (slopers- en timmermanswerk) te verrichten. In maart 1999 bood de werkgeefster aan de werknemer passend werk aan (geen sloperswerk meer en het timmermanswerk mocht in eigen tempo worden verricht). In juni 1999 werd de werknemer gedeeltelijk arbeidsongeschikt verklaard. Vanaf 2002 werkte hij door de verergering van zijn klachten nog maar halve dagen als timmerman. Sinds 22 juni 2008 heeft de werknemer helemaal geen werkzaamheden meer verricht, waarop de werkgeefster de loonbetaling heeft gestaakt. De werknemer vorderde doorbetaling van zijn loon. De Hoge Raad verwierp een nieuwe verplichting tot loondoorbetaling door de werkgeefster. Het wettelijke stelsel brengt namelijk, aldus het college, mee dat, indien de werknemer als gevolg van zijn reïntegratie andere (passende) werkzaamheden is gaan verrichten, zonder dat de passende arbeid de bedongen arbeid is geworden en hij na afloop van

51 Naast de al genoemde publicaties kan nog worden gewezen op C.J. Loonstra, De (spannings)relatie tussen art. 7:658 en art. 7:611 BW, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Deventer: Kluwer 2003, p. 91-112. Voorts Y.R.K. Waterman, De directe verzekering van arbeidsgerelateerde verkeersongevallen, TAP 2011/2, p. 64-71. Zie ook de conclusie van A-G Spier bij het arrest De Rooyse Wissel, nr. 3.52.1: 'In het arrest Bruinsma Tapijt is Uw Raad een weg ingeslagen die, hoe nobel en zegenrijk deze in een aantal gevallen ook moge hebben uitgepakt, ons terugkijkend op een hellend vlak heeft doen belanden.'

de periode van 104 weken opnieuw door ziekte uitvalt, de werkgever niet gehouden is wederom diens loon door te betalen. Ook artikel 6:248 lid 1 BW legt deze plicht niet op, omdat dan de samenhang en het evenwicht tussen de bedoelde verplichtingen van de werkgever verstoord zouden worden. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft onderkend dat dit stelsel voor de werknemer ongunstig kan uitpakken, maar een maatregel die in een oplossing van het probleem voorziet, heeft hij niet getroffen.⁵² De Hoge Raad zei het niet met zoveel woorden, maar hij had de zinsnede zo kunnen gebruiken: het opleggen van een nieuwe loondoorbetalingsverplichting ging zijn rechtsvormende taak te buiten. De wetgever had het probleem onderkend, maar heeft er niets aan gedaan. Bovendien, zoals A-G Spier in zijn conclusie (3.11.2) voor dit arrest opmerkte: 'Het gaat hier om een politieke keuze, die, voor zover deze blijft binnen de grenzen van internationale verdragen, door de rechter moet worden gerespecteerd.' Uit de conclusie van Spier komt verder naar voren dat de Centrale Raad van Beroep het probleem eveneens heeft onderkend en heeft aangegeven dat het aan de wetgever is om iets aan de mogelijke lacune te doen.⁵³ De slotsom is dus onontkoombaar: niet de rechter, maar de wetgever behoort ten aanzien van dit onderwerp de rechtsvormer te zijn. Een correcte beslissing, naar onze mening. Zeker als de wetgever de kwestie nog niet zo heel lang geleden heeft laten rusten, is er nauwelijks of geen ruimte voor de rechter om in actie te komen, hoe onbillijk het resultaat in concreto ook mag zijn.

Deze lijn van redeneren van de Hoge Raad in arbeidszaken is niet geheel nieuw. In het arrest Op 't Land/Employment Service Search uit 2002 stelde een werkneemster dat haar ontslag louter op grond van het feit dat zij de leeftijd van 65 jaar had bereikt, een ontoelaatbare ongelijke behandeling vormde, namelijk discriminatie naar leeftijd. A-G Keus verwierp haar standpunt. Hij stelde dat de rechter zich terughoudend moest opstellen indien de maatschappelijke discussie – zoals die volgde uit de literatuur en de jurisprudentie – nog niet was uitgekristalliseerd (2.8 van zijn conclusie). Daarnaast had de wetgever juist allerlei wetsvoorstellen op het gebied van leeftijdsdiscriminatie bij ontslag ingetrokken. De Hoge Raad overwoog dan ook dat deze ontwikkelingen geen aanleiding gaven tot een minder terughoudende opstelling dan het college eerder had ingenomen.⁵⁴

4 Ten slotte

Paul Scholten heeft in zijn *Algemeen deel* al geschreven 'dat we de tegenstelling tussen wetgever en rechter niet moeten beschouwen als scherp tegenover elkaar: "de eerste schept recht, de tweede handhaaft recht, de eerste is vrij, de tweede gebonden", maar het is wel zo, dat bij de eerste de vrijheid primair is, bij de tweede de gebondenheid (...).' De rechter voegt in de handhaving toch altijd weer iets nieuws toe aan het bestaande. Hij kan echter niet willekeurig nieuwe dingen in het leven roepen, maar hij moet aansluiten bij het bestaande, het stelsel van de

52 HR 30 september 2011, JAR 2011/277.

53 JAR 2011/277, p. 1773, noot 2.

54 HR 1 november 2002, JAR 2002/279.

wet en de wel in de wet geregelde gevallen.⁵⁵ De uitspraken van de rechter genieten gezag, maar geen onvoorwaardelijk gezag. Van gebondenheid is bovendien geen sprake. Zoals Scholten schrijft: 'Het gezag van de rechter is van andere aard en van lagere rang dan dat van de wetgever. Het bestaat niettemin.'⁵⁶ Waarom heeft de uitspraak van de rechter, in het bijzonder van de Hoge Raad, gezag? Dit heeft alles te maken met de rechtszekerheid en de berekenbaarheid van het recht. 'Dit belang van de rechtszekerheid geeft aan *ieder* arrest van de Hoge Raad waarde voor de rechtsvinding.'⁵⁷ Ook rechtspraak brengt ordening aan in het maatschappelijk leven. Het hoeft daarom niet te verbazen dat de Hoge Raad met een beroep op de rechtszekerheid of de zekerheid van het rechtsverkeer de oplossing van bepaalde problemen niet in het wettelijk systeem wil onderbrengen. Hij vindt dan aansluiting bij de wel geregelde gevallen problematisch, hoewel die onderbrenging niet onmogelijk is. Een eventuele verandering van het wettelijk systeem is in de uitspraken waarin de Hoge Raad de rechtszekerheid als argument bezigt, niet aan de orde. Volgens Vranken zijn overwegingen van rechtszekerheid, doelmatigheid, hanteerbaarheid en 'praktikabiliteit' [een woordvondst van Vranken; CJ en CL] in het burgerlijk recht vaak even belangrijk, zo niet belangrijker dan rechtvaardigheidspostulaten.⁵⁸

Soms gaat de Hoge Raad een stap verder. Dan overweegt hij dat een bepaalde beslissing zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. Uiteraard is de overgang tussen dit argument en dat van de rechtszekerheid een vloeiende. Het lijkt er echter op dat de Hoge Raad de overweging dat iets zijn rechtsvormende taak te buiten gaat, vooral bezigt wanneer het systeem zelf ter discussie staat of wijziging behoeft. Het probleem is omvangrijker dan gedacht en de Hoge Raad dreigt terecht te komen in politiek vaarwater. Hij moet voor- en nadelen van een bepaald stelsel afwegen, hij kan de eventuele consequenties van een uitspraak niet overzien, hij komt te staan voor politieke of beleidskeuzes, of het probleem is onderwerp van debat in het parlement of staat op de politieke agenda. De rechter overschrijdt dan een grens, die hij blijkbaar terugvindt in de op de Grondwet en de *trias politica* berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen. De Hoge Raad is geen politiek orgaan.⁵⁹ Zoals De Savornin Lohman schrijft: 'Als bij het vormen van nieuwe regels rechtspolitieke keuzes moeten worden gemaakt waarover binnen het wetgevende apparaat onenigheid bestaat, zal de rechter deze beker echter aan zich voorbij moeten laten gaan.'⁶⁰ Kop voegt hieraan toe dat de Hoge Raad uiterst behoedzaam is wanneer hij zich beweegt op

55 P. Scholten, Algemeen deel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 77.

56 Scholten 1974, p. 89.

57 Scholten 1974, p. 91.

58 Vranken 1995, p. 69 (nr. 103).

59 Een standpunt van de Hoge Raad dat een lange voorgeschiedenis kent: Corjo Jansen, De Hoge Raad en de Tweede Wereldoorlog. Recht en rechtsbeoefening in de jaren 1930-1950, met medewerking van Derk Venema, Amsterdam: Boom 2011, p. 39 e.v., p. 326. Zie eveneens N.C.M.A. van den Dries, De Hoge Raad der Nederlanden tijdens de bezetting, Leiden: E.J. Brill 1945, p. 59 en p. 70.

60 De Savornin Lohman, Annotatie bij HR 30 december 1994, NJ 1995, 449 m.nt. Stein, p. 123. Zie eveneens Kop 2011, p. 1044. Beide auteurs zijn oud-raadsheren in de Hoge Raad en zij maken zich ook als zodanig kenbaar. Vgl. ook Vranken 1995, p. 146 (nr. 223).

het snijvlak van recht en politiek en dat een beroep op de traditionele plaats van de rechter in het staatsbestel geen loze kreet is. 'Dat beroep is het teken dat de Hoge Raad de ideeën, die ten grondslag liggen aan de trias politica, bij uitstek respecteert.'⁶¹

Op het terrein van het arbeidsrecht, zo is gebleken, heeft de Hoge Raad, hoewel een sociaal-politiek gevoelig rechtsgebied, ruimschoots van zijn rechtsvormende bevoegdheid gebruikgemaakt. De open normen in titel 7.10 BW, tezamen met de noties van ongelijkheidscompensatie en institutionalisering, hebben daaraan voeding gegeven. Hij heeft met die rechtsvormende activiteit naar onze mening soms op het scherp van de snede gebalanceerd. Met betrekking tot de hiervoor gegeven voorbeelden kunnen vragen worden gesteld bij zijn oordelen over de bevoegdheid van de rechter tot matiging van een terecht door de werknemer ingestelde loonvordering, de werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:611 BW en de mogelijkheid tot het indienen van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ex artikel 7:685 BW. Tegelijk plaatsen wij daarbij de kanttekening dat er uiteraard argumenten zijn aan te voeren die in het voordeel van de Hoge Raad pleiten met betrekking tot deze onderwerpen om als wetgever-plaatsvervanger een norm te stellen. Bezwaar hebben wij daarentegen wel bij de door de Hoge Raad ingeslagen weg inzake de werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:611 BW. Doordat, op grond van het gezegde 'beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald', de weg van de uitdijende aansprakelijkheid voor schade geleden door werknemers ten gevolge van een verkeersongeval reeds bijna geheel was afgelegd en er een situatie was ontstaan die geduid kon worden als 'twee voor twaalf', was het naar onze mening juridisch onaanvaardbaar die rechtsvormende weg vlak voor het einde te barricaderen door het eenzijdige voetgangersongeval niet onder de regel van de plicht tot het sluiten van een behoorlijke verzekering (indien dit voor de werkgever gelet op de omstandigheden mogelijk zou zijn) te scharen.

De twee arresten van 11 november 2011 en het arrest van 30 september 2011 roepen wel de vraag op of de Hoge Raad zich meer bewust is geworden van de zichzelf tot dan toe op het terrein van het arbeidsrecht ruimschoots toebedeelde bevoegdheid rechtsvormende oordelen te vellen met gevolgen die min of meer als van wetgevende aard zijn te beschouwen. De tijd zal het leren. In het algemeen gesproken aarzelt de Hoge Raad echter niet de justitiabelen op de momenten waarop hem dat noodzakelijk voorkomt, voor te houden dat hij niet de primaire rechtsvormer is, zeker niet wanneer zijn uitspraak politieke of sterke maatschap-

61 Kop 2011, p. 1044. Kortmann betwijfelt of dit type argumenten voldoende dragend is. Blijkens de toelichting op de grondwetsherziening van 1983, zo schrijft hij, heeft de grondwetgever bewust de voorheen in de Grondwet voorkomende functionele trias daarin niet meer willen opnemen. Zie Kortmann 2005, p. 35.

pelijke implicaties kent of de wetgever een onderwerp aan zich heeft getrokken.⁶² De wetgever zit nog altijd op de troon, de rechter op een stevige kruk ernaast. Soms gaat het doen van een uitspraak zijn rechtsvormende taak te buiten, zoals artikel 11 en 12 Wet AB (enigszins verzwakte echo's uit een ver verleden met blijvende actualiteit) ook verkondigen.

62 Vgl. onder meer HR 29 juni 2007, JAR 2007/215, waarin wordt geoordeeld dat, gezien ook de parlementaire geschiedenis van de Flexwet, als uitgangspunt geldt dat van een ongeoorloofde ontduiking of uitholling van artikel 7:668a BW niet reeds sprake is door het enkele feit dat werkgever en werknemer overeenkomen dat de werknemer na het verstrijken van een tussenpoos van meer dan drie maanden als bedoeld in dat wetsartikel weer in dienst van de werkgever zal treden. Zie ook r.o. 4.5.2 van het arrest De Rooyse Wissel, waarin de Hoge Raad met een beroep op de schuldaansprakelijkheid van artikel 7:658 BW niet aanvaardt dat op de werkgever waar op de werkplek structureel gevaarlijk werk wordt verricht, een risicoaansprakelijkheid ex artikel 7:611 BW rust als de werknemer in die situatie schade lijdt. 'Daarmee zou immers een vorm van risicoaansprakelijkheid in het leven worden geroepen, die niet verenigbaar is met de wettelijke regeling.'