



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Grenzen aan wettelijk ingrijpen in topbeloning

Vos, E.L.H. van der

Citation

Vos, E. L. H. van der. (2023, February 14). *Grenzen aan wettelijk ingrijpen in topbeloning*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3563086>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3563086>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

6. Samenloop van nationale regels als grens voor wettelijk ingrijpen in topbeloning

In dit proefschrift onderzoek ik de juridische grenzen aan wettelijk ingrijpen in topbeloning. De grenzen die ik al heb onderzocht, zijn het eigendomsrecht (hoofdstuk 3), en het recht op collectief onderhandelen (hoofdstuk 4 en 5), beide voortvloeiend uit internationale verdragen. Het onderzoek richtte zich tot nu toe voornamelijk op de vraag of de internationale verdragen van toepassing zijn en welke betekenis aan de internationale normen moet worden toegekend. Daarbij heb ik ook aandacht besteed aan de doorwerking van deze internationale verdragen; ze hebben een hogere status dan Nederlandse wetten in formele zin en kunnen – mits eenieder verbindend – door burgers in rechte worden ingeroepen om deze formele wetgeving opzij te laten zetten zoals bedoeld in art. 94 GW.

Een andere, misschien minder voor de hand liggende grens aan beloningswetgeving is de beloningswetgeving zelf. Verschillende beloningsnormen kunnen met elkaar botsen. In mijn onderzoek ben ik meerdere keren tegen deze samenloopproblematiek aangelopen. De hier centraal staande beloningsnormen zijn dan van toepassing op een en dezelfde casus, maar eisen verschillende handelingen van de normadressaten. Welke norm dan voorrang geniet, is een niet eenvoudig op te lossen probleem, en dat geldt des te meer indien de verschillende normen verankerd zijn in verschillende rechtsgebieden. Gaat een bestuursrechtelijke verplichting met als sanctie op een overtreding een bestuurlijke boete voor op een regeling in het burgerlijk recht? Of geniet het ‘pacta sunt servanda’-beginsel uit het burgerlijk recht een voorrangpositie ten opzichte van publiekrechtelijke normen? Op deze vragen blijkt geen eenduidig antwoord te bestaan. Er zijn wel kaders ontwikkeld binnen het privaatrecht en binnen het bestuursrecht voor samenlopende normen, maar deze zijn tot op heden niet met elkaar verbonden. Uit het samenloopvoorbeeld Wnt/Wwz dat ik gebruik later in dit hoofdstuk, blijkt dat verschillende auteurs met verschillende oplossingen komen. Dit is onwenselijk. Als niet zonneklaar is welke norm in zo’n geval voorgaat, “bevriest” de samenloop de effectieve werking van de beloningsnormen. In die zin vormt het bestaan van samenloop een grens aan wettelijk ingrijpen in topbeloningen. Met de toepassing van de samenloopnormen kan, zoals ik laat zien in mijn tool vanaf paragraaf 6.10, bepaald worden waar de samenloopgrenzen liggen. Ook gebruik ik deze tool om samenloopproblemen op te lossen. Een oplossing is bij voorkeur gelegen in het van toepassing laten van meerdere normen tegelijkertijd. In het uiterste geval, en als het echt niet anders kan, verdringt de ene rechtsnorm de andere en wordt er dus een grens gesteld aan beloningsingrijpen. Ook als de gebruiker een oplossing uit de tool met betrekking tot een samenloopprobleem niet deelt, geeft de tool de gebruiker alsnog inzicht in de relevante of juist minder relevante argumenten. De tool helpt om een grens te ontwaren en geeft handvatten om tot een oplossing te komen. Waar stopt de ene norm en begint de andere norm?

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt: vanaf paragraaf 6.2 beschrijf ik de huidige oplossingen van samenloop in het Nederlandse privaatrecht en de samenloopregels in het bestuursrecht. In paragraaf 6.10 introduceer ik de samenlooptool, waarmee te signaleren is wanneer er sprake is van samenloop, en pas ik deze ter illustratie toe op de Wnt/Wwz-samenloop. Daarna besteed ik in paragraaf 6.16 aandacht aan de samenloop van Wbfo/Wwz. Conclusies trek ik in paragraaf 6.17.

6.1. Samenloopproblematiek bij beloningswetgeving: huidige benadering

Voorbeeld 1, Wnt/Wwz-samenloop

Vera Brouwer werkt sinds 1 december 2003 bij een Wnt-instelling. Op 1 januari 2014 wordt zij benoemd tot lid van de Raad van Bestuur. Op 1 januari 2016 wordt zij niet herbenoemd. Zij spreekt met haar werkgever een vertrekvergoeding van € 75.000 af. Heeft Brouwer recht op een transitievergoeding (t.w.v. € 80.000) en kan deze cumuleren met de afgesproken vertrekvergoeding?⁵⁴²

Bovengenoemde casus verwijst naar een vraag die de gemoederen flink heeft beziggehouden: hebben topfunctionarissen in de publieke sector recht op een transitievergoeding en kan deze cumuleren (ook wel: stapelen) met een afgesproken vergoeding? Over deze vraag is inmiddels het nodige geschreven. De meningen zijn verdeeld. Het ene kamp stelt zich op het standpunt dat naast de transitievergoeding geen afgesproken vergoeding meer mogelijk is.⁵⁴³ Het andere kamp ziet in het stapelen van vergoedingen geen probleem.⁵⁴⁴ De meningsverschillen betreffen de samenloop van de transitievergoeding in het BW en de maximale vertrekvergoeding voor topfunctionarissen in de Wnt.

Het voorbeeld van mevrouw Brouwer laat zien hoe problematisch deze samenloop kan zijn. Zelfs over de manier waarop de vraag uit het voorbeeld beantwoord moet worden, bestaat onduidelijkheid. In het privaatrecht gebruikt de Hoge Raad samenloopregels om (privaatrechtelijke) samenloopproblematiek op te lossen.⁵⁴⁵ In het bestuursrecht ligt de nadruk op de normenhiërarchie. Maar hoe werken deze rechtsgebiedgerichte benaderingen bij regels die niet privaatrechtelijk of bestuursrechtelijk zijn? Of, hoe moeten we samenloop benaderen bij normen uit wetten die niet duidelijk bestuursrechtelijk of privaatrechtelijk zijn, zoals vaak het geval is in het arbeidsrecht en in beloningswetten?

Om het debat omtrent samenloopproblematiek te ordenen en de problematiek een zet in de richting van een oplossing te geven heb ik de privaatrechtelijke samenloopregels van de Hoge Raad gebruikt, tezamen met literatuur over samenloopproblematiek, voor het ontwerpen van een samenlooptool. Met behulp van deze tool kan samenloop worden geanalyseerd en kunnen samenloopproblemen ook worden voorkomen. De tool dient ertoe om grensconflicten met andere beloningsnormen te voorkomen.

Bij beloningswetgeving komt problematische samenloop overigens vaak voor, omdat in verschillende wetten wordt uitgegaan van een verschillende definitie van het begrip loon.⁵⁴⁶ Een looncomponent kwalificeert bijvoorbeeld in de ene wet als variabel en in de andere als vast. De grote variëteit in het wettelijk loonbegrip en de onduidelijke uitleg ervan maakt

⁵⁴² Deze casus is ontleend aan Rb. Amsterdam, 13 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3672.

⁵⁴³ Van Winden-Spaans, *TAO* 2016, p. 135-140, en o.a. Rb. Amsterdam 31 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4357.

⁵⁴⁴ Vernooij & Voermans, *TvO* 2017, p. 9-13; Wallast, *TAP* 2016, p. 20-25 en ook Rb. Midden-Nederland lijkt in het kamp cumulatie te zitten, al wordt dat niet helemaal duidelijk uit de uitspraak omdat er niet duidelijk gecumuleerd wordt: Rb. Midden-Nederland 17 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3347.

⁵⁴⁵ HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1830, *NJ* 2015/321 en HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414, *NJ* 2007/621.

⁵⁴⁶ Van Slooten 1999, hoofdstuk 3 en 4.

samenloop nog ingewikkelder, omdat een wetsgebruiker elke keer rekening moet houden met verschillende loondefinities. Ik onderzoek in dit hoofdstuk voornamelijk óf en waar die grenzen liggen, met als hoofdvraag: wanneer is sprake van samenloop? Met andere woorden: wanneer worden beloningswetten problematisch door samenloop begrensd?

Voor deze samenlooptool heb ik inspiratie opgedaan in privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke literatuur over samenloop.⁵⁴⁷ In dit hoofdstuk zal ik de werking van de tool uiteenzetten en illustreren aan de hand van de hiervoor uiteengezette Wnt/Wwz-samenloopcasus. Een andere casus die evengoed gebruikt kan worden ter illustratie is de Wbfo/Wwz-casus (zie paragraaf 6.16). Ik zal eerst het meest uitgebreid ingaan op de Wnt-casus boven de Wbfo-casus omdat de Wnt-casus – in tegenstelling tot de minder besproken Wbfo-casus – al meerdere keren onderwerp is geweest van discussie, in literatuur en uitspraken.⁵⁴⁸

De tool is allereerst bedoeld voor het signaleren van problematische samenloop, maar kan daarnaast ook dienen voor het oplossen van samenloopvraagstukken op het snijvlak van het privaatrecht en het publiekrecht. Kortom: dit hoofdstuk heeft uitdrukkelijk niet ten doel dwingend te concluderen wat hét antwoord op dit samenloopvraagstuk is, maar concentreert zich op de vraag waar samenlopende normen elkaar begrenzen.

6.2. Wat is samenloop?

Samenloop doet zich voor wanneer op hetzelfde rechtsfeit (en rechtscomplex) tussen dezelfde rechtssubjecten én in dezelfde rechtsbetrekking verschillende rechtsregels tegelijk van toepassing zijn.⁵⁴⁹

Samenloop leidt niet automatisch tot een samenloopprobleem. Het kan goed zijn dat twee samenlopende normen identieke rechtsgevolgen hebben, óf dat samenlopende normen vriendelijk overeenkomen, dat wil zeggen, tegelijkertijd van toepassing zijn zonder rechtskracht aan elkaar te ontnemen. Samenloop levert pas problemen op indien het onduidelijk is hoe de normen tegelijkertijd kunnen worden toegepast. Problematisch samenlopende normen kunnen zelfs tegenstrijdig zijn. De normen kunnen discussie opleveren in de literatuur en rechtspraak en leiden tot meer rechtszaken. Maar het belangrijkste punt is dat samenloop de rechtszekerheid niet ten goede komt. Tegenstrijdige normen geven partijen munitie om met elkaar een rechtsstrijd aan te gaan.

Voorbeeld 2: Wft en transitievergoeding

Een financiële onderneming mag ingevolge art. 1:125 lid 2 Wft geen vertrekvergoeding uitkeren die meer dan 100% bedraagt van de vaste beloning op jaarbasis, op straffe van zowel nietigheid als een boete van de toezichthouder. Aan de andere kant heeft elke werknemer ingevolge art. 7:673 BW recht op een transitievergoeding en kan dat bedrag hoger zijn dan de norm uit de Wft. Het verschil

⁵⁴⁷ Castermans & Krans 2019.

⁵⁴⁸ Zie §6.16.

⁵⁴⁹ Janssen 2007, p. 23, Zie voor een uitgebreidere beschouwing van ‘wat is samenloop’ §6.8.

kan zelfs enorm oplopen. De werkgever beroept zich noodzakelijkerwijs op de voor hem geldende toezichtsregels en de werknemer beroept zich op het wettelijk aan hem toegekende recht op transitievergoeding.

In een ideale wereld zou er nooit sprake zijn van tegenstrijdige normen, maar passen alle normen perfect in de grote juridische puzzel. Bovenstaand voorbeeld illustreert dat dit niet de realiteit hoeft te zijn. Samenloop schuurt en wringt, en dwingt om op zoek te gaan naar een oplossing. Maar eerst moet duidelijk zijn óf er wel sprake is van problematische samenloop. De samenlooptool die ik uiteenzet vanaf paragraaf 6.11, kan ook worden gebruikt om in bovenstaand voorbeeld te signaleren of er samenloop is, en kan bijdragen aan het oplossen van de problematische samenloop.

6.3. Oplossingen voor samenloop

Bij samenloop denken juristen al snel aan de drie in het Latijn geformuleerde samenloopregels die in het internationale recht gangbaar zijn.⁵⁵⁰ De regels zijn niet uitdrukkelijk vastgelegd in het Weense Verdragenverdrag, maar gelden als een ‘standard technique of legal reasoning’:⁵⁵¹

- “lex specialis”: lex specialis derogat legi generalis (specialiteitsregel);
- “lex superior”: lex superior derogat legi inferiori (hiërarchieregel);
- “lex posterior”: lex posterior derogat legi priori (anciënniteitsregel).

Deze regels vormen een kader om samenloopproblemen op te lossen. Dit samenloopkader wordt in het Nederlandse nationale recht niet (meer) als zodanig gebruikt. De gangbare nationaalrechtelijke samenloopregels zijn wel afgeleid van de bovengenoemde rechtsregels. In de volgende paragrafen zal ik op twee nationaalrechtelijke samenloopkaders ingaan: de samenloopkaders in het Nederlands publiekrecht en in het Nederlands privaatrecht.⁵⁵²

6.4. Nederlands publiekrecht

In het Nederlandse publiekrecht is kort gezegd de normenhiërarchie leidend, die ook wel met de term *lex superior* wordt aangeduid. Het Statuut en de Grondwet staan boven ‘gewone’ wetten in formele zin, daarna volgt de algemene maatregel van bestuur, de ministeriële regeling, en de hiërarchie eindigt bij de gemeentelijke verordening en andere decentrale regelgeving.⁵⁵³ Hoe hoger de regeling in deze hiërarchie zit, hoe meer leidend de norm is. Is een lagere regeling niet verenigbaar met een hogere, dan verklaart de rechter deze onverbindend of laat hij deze in een concreet geval buiten toepassing.⁵⁵⁴ Hierbij is wel het uitgangspunt dat als het even kan, de wetten verzoenend moeten worden geïnterpreteerd.

⁵⁵⁰ Vonken 2018.

⁵⁵¹ Van Kempen & Fedorova 2016, §7.4.

⁵⁵² Ik heb het samenloopleerstuk in het kader van het strafrecht bewust niet opgenomen. Dit komt omdat het ‘ne bis in idem’-beginsel maakt dat het strafrechtleerstuk onvergelijkbaar is met de andere twee en wegens zijn specialistische aard niet zou kunnen worden toegepast op algemene samenloopproblematiek. Zie hiervoor ook Bakels, *WPNR* 2009, p. 337-346.

⁵⁵³ Kortmann 2016, §3.2.5, ‘Normenhiërarchie’; Boon, Brouwer & Schilder 2005, §1.5.

⁵⁵⁴ Bovend’Eert & Kortmann 2013, §13.5.

Dit uitgangspunt van normenhiërarchie moet echter sterk genuanceerd worden. Ook een koninklijk besluit (een norm laag in rang) heeft in het verleden wel eens een formele wet opzij gezet.⁵⁵⁵ Verder is het toetsen door de rechter van een wet in formele zin aan de Grondwet nog steeds niet toegestaan. Ook gaat het uitgangspunt niet op bij normen met een gelijke status binnen de normenhiërarchie. In dat geval kan een rechter nog gebruikmaken van twee andere voorrangsregels, die hiervoor al kort werden besproken: *lex posterior* (de latere norm gaat voor de eerdere) en *lex specialis* (de bijzondere norm gaat boven de algemene).⁵⁵⁶ Deze twee voorrangsregels hebben geen onderlinge rangorde. Volgens Boon worden conflicterende normen van gelijke hiërarchie pas echt problematisch als de bijzondere norm van eerdere datum is dan de algemene norm. Dan moet volgens hem pas voorrang gegeven worden aan de latere norm als deze de eerdere nadrukkelijk intrekt.⁵⁵⁷

Om het nog interessanter te maken: binnen het bestuursrecht bezit de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een bijzondere status: deze kan niet zomaar opzij gezet worden door wetten die even hoog staan in de hiërarchie. In de literatuur wordt ook wel aangenomen dat bij gelijke hiërarchie een bijzondere wet de Awb wel opzij kan zetten, maar alleen als dit uitdrukkelijk en goed gemotiveerd wordt in de wet en/of de toelichting bij de wet.⁵⁵⁸

6.5. Privaatrecht

In het Nederlandse privaatrecht wordt van de hiervoor besproken oude voorrangsregels vrijwel alleen de samenloopregel *lex specialis* gebruikt. Deze regel wordt bij samenlopende normen nog wel eens toegepast in rechterlijke uitspraken en wordt gebruikt in specifiek rechtsgebiedsgerichte literatuur.⁵⁵⁹ Het eenvoudigweg toepassen van deze klassieke norm is echter al lang achterhaald, althans in de letterlijke interpretatie. *Lex specialis* speelt wel een rol binnen de tegenwoordig in de rechtspraak bij samenloop te hanteren beginselen. De Hoge Raad gebruikt bij samenloopproblematiek de beginselen van cumulatie, alternativiteit en exclusiviteit.⁵⁶⁰ Deze beginselen voeren ver terug, zelfs tot de 13^e-eeuwse postglossatoren.⁵⁶¹

6.6. Beginselen van cumulatie, alternativiteit en exclusiviteit

De kernvraag bij samenloopproblematiek is: welke norm gaat voor? Die vraag kan de nodige verwarring veroorzaken. Het uitgangspunt van het samenloopkader zoals gebruikt door de Hoge Raad is namelijk dat aan elk van de samenlopende normen zo veel mogelijk rechtskracht wordt toegekend door de normen te laten cumuleren. Indien aan één norm te snel voorrang wordt toegekend, blijft de andere norm buiten werking en beperkt de rechtskracht

⁵⁵⁵ Borman, *Regelmaat* 2002, p. 55-66, p. 62.

⁵⁵⁶ Boon, Brouwer & Schilder 2005, §1.7.

⁵⁵⁷ Boon, Brouwer & Schilder 2005, §1.7.

⁵⁵⁸ De Graaf e.a., *NTB* 2010, p. 181-191, §2.1.

⁵⁵⁹ Een greep uit de voorbeelden: Hof Arnhem 13 januari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH5095; Rb. Noord-Holland 22 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5791; Benbrahim, *ArbeidsRecht* 2016, p. 3-7.

⁵⁶⁰ HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1830, *NJ* 2015/321 en HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414, *NJ* 2007/621.

⁵⁶¹ Bakels, *WPNR* 2009, p. 337-346, p. 342; Bezemer 2007, p. 43-55.

zich nog maar tot één norm. Het uitgangspunt van de samenloopregels zoals die door de Hoge Raad worden gehanteerd is nu juist om zo veel mogelijk rechtskracht toe te kennen aan beide normen. Mocht dit echter niet mogelijk zijn, dan betekent dat uiteindelijk dat de ene norm voorrang geniet en de andere buitenspel wordt gezet. In dat geval komen de beginselen van alternativiteit en exclusiviteit in beeld. Ik werk die beginselen, en de volgorde waarin ze moeten worden toegepast, hieronder uit.

Het beoordelen van samenloopproblematiek met behulp van deze beginselen begint overigens met de vraag óf er samenloop is. Samenloop doet zich voor wanneer voor hetzelfde rechtsfeit (en rechtscomplex) tussen dezelfde rechtssubjecten én in dezelfde rechtsbetrekking verschillende rechtsregels tegelijk van toepassing zijn, zie hiervoor verder paragraaf 6.9. De constatering dat er samenloop is, betekent nog niet dat een rechtsregel buiten toepassing moet worden gelaten. Het uitgangspunt is namelijk cumulatie. De rechtsregels zijn dan (zoveel mogelijk) tegelijkertijd van toepassing.

Indien de situatie zich daar niet voor leent, bijvoorbeeld omdat cumulatie in strijd is met het stelsel of de strekking van de wet, of logisch of praktisch onaanvaardbare resultaten heeft, geldt het beginsel van alternativiteit. Dit betekent dat de rechthebbende moet kiezen tussen de toepasselijke rechtsregels. Alternativiteit leent zich niet goed voor gevallen waarin verplichtende normen in plaats van rechtgevende normen spelen.

Wanneer alternativiteit en cumulatie niet mogelijk zijn, komt dat doordat een van de rechtsregels een andere rechtsregel tegensprekt of verdringt.⁵⁶² Dan komt als laatste het beginsel van exclusiviteit aan bod. Exclusiviteit betekent dat een van de conflicterende rechtsregels buiten toepassing moet worden gelaten. Welke van de twee normen dat is, hangt af van een afweging van exclusiviteitsaanwijzingen in samenspel met de “nuttig effect”-doctrine.⁵⁶³ Exclusiviteit wordt gezien als het uiterste redmiddel, omdat de kerngedachte uit het samenloopleerstuk is dat iedere rechtsregel zoveel mogelijk tot ‘rechtskracht’ moet komen.⁵⁶⁴

6.7. Thuisloze normen

Bij samenloop binnen één rechtsgebied is het – zoals hierboven omschreven – min of meer duidelijk hoe de normen moeten worden uitgelegd en welke norm daarbij voorrang geniet.

Er bestaat echter nog een buitencategorie aan lastige samenloopgevallen: samenloop tussen normen in meerdere rechtsgebieden of samenloop met normen waarvan het niet duidelijk is in welk rechtsgebied zij zich bevinden. Met een verschil in rechtsgebieden doel ik bijvoorbeeld op wetten met verschillende rechtsgevolgen. Een voorbeeld daarvan is een verbodsnorm met een toezichtrechtelijke boete die samenloopt met een rechtsvorderingsnorm. Onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht is soms, al helemaal op arbeidsrechtelijk gebied, moeilijk te maken. Bijvoorbeeld de van oorsprong

⁵⁶² De Graaff & Bakker 2017.

⁵⁶³ Houben legt de nadruk op de “meer beperkende” rechtsregel in plaats van louter op de “nuttig effect”-doctrine. Ik leg liever de nadruk op de laatste. In Houben 2007, p. 31.

⁵⁶⁴ De Graaff & Bakker 2017.

publiekrechtelijke Wnt vindt zijn werking voor een deel langs privaatrechtelijke weg. Zo is een te hoge betaalde vergoeding aan een topfunctionaris van rechtswege onverschuldigd betaald. Ook de Wbfo kent privaatrechtelijke rechtsgevolgen bij het niet nakomen van de normen.⁵⁶⁵ Daarbij komt nog dat het soms onduidelijk is of een verplichtende norm meer privaatrechtelijk of publiekrechtelijk is. Deze normen noem ik ‘thuisloze’ normen, omdat ze nog geen eigen regelkader hebben.

6.8. Afbakening samenloop

In de literatuur wordt verschillend gedacht over hoe samenloop moet worden afgebakend. Samenloop wordt in de literatuur soms nauw benaderd, bijvoorbeeld door deze te beperken tot samenloop van rechtsvorderingen.⁵⁶⁶ Dan zou zich bij de thuisloze gevallen geen samenloop voordoen die opgelost zou moeten worden. Konijn pleit er juist voor om samenloop ruim te benaderen en ook samenloop van rechtsregels binnen het begrip van samenloop te vatten.⁵⁶⁷ Zij betoogt dat samenloop een feitelijk, niet-juridisch begrip is. Boukema gaat er ook van uit dat van samenloop van rechtsregels sprake is als op één rechtsfeit twee of meer regels van eenzelfde rechtsstelsel voor toepassing in aanmerking komen.⁵⁶⁸ Ik sluit mij bij hun benadering aan. Dit betekent naar mijn mening dat ook bij rechtsregels uit verschillende rechtsgebieden sprake kan zijn van samenloop. Iemand die te maken krijgt met samenlopende wetten heeft er immers niets aan om te horen dat er geen samenloopregels voorhanden zijn wegens de aanwezigheid van meerdere rechtsgebieden. Juist deze gevallen zullen gebaat zijn bij een samenlooptool die het debat ordent en de gebruiker in de richting van de ‘juiste’ oplossing duwt. In dit hoofdstuk staan dit soort complexe samenloopgevallen centraal, maar de samenlooptool die ik verderop in het hoofdstuk uiteenzet, kan ook gebruikt worden voor andere samenloopgevallen.

6.9. Samenloopregels die toepasbaar zijn op complexe samenloop

Nu ik met mijn ruime benadering van samenloop ervan uitga dat samenloop ook kan bestaan tussen rechtsgebieden in of met normen die niet duidelijk rechtsgebiedgerelateerd zijn én ik heb aangenomen dat er geen onderlinge rangorde bestaat tussen priva- en publiekrecht, komt de volgende vraag op: welke samenloopregels pas ik toe op deze complexe samenloopgevallen?

Deze complexiteit in ogenschouw genomen pleit ik voor het gebruik van de van oorsprong privaatrechtelijke samenloopregels van de Hoge Raad in plaats van de normenhiërarchie die in het bestuursrecht geldt. Daarvoor heb ik twee redenen.

De eerste is dat er bij gebrek aan een algemene voorrangregel geen samenloopkader is dat de samenloop tussen rechtsgebieden ondervangt. Er is dan veel voor te zeggen om juist het van oorsprong privaatrechtelijke samenloopkader toe te passen. Anders dan bij de voorrangregels die in het nationaal publiekrecht gelden, heeft de Hoge Raad bij

⁵⁶⁵ Bijvoorbeeld: art. 1:116 Wft, een te hoge vertrekvergoeding in het kader van art. 1:125 lid 2 Wft is nietig.

⁵⁶⁶ Brunner 1978, p. 13.

⁵⁶⁷ Konijn 1999, p. 60.

⁵⁶⁸ Met rechtsstelsel bedoelt hij het Nederlandse recht. Boukema 1992, p. 3.

privaatrechtelijke samenloop een duidelijke weg ontworpen waarlangs samenloopproblemen dienen te worden opgelost. Normenhiërarchie is, net als de drie klassieke regels, te ongenueanceerd en biedt ook geen oplossing bij regels van gelijke rangorde.

Ten tweede is naar mijn mening het hoofdbeginsel van de privaatrechtelijke samenloop zeer nastrevenswaardig. Het uitgangspunt dat aan de samenlopende normen zo veel mogelijk rechtskracht moet worden toegekend is dan een logische en redelijke oplossing voor samenloopproblematiek op het grensgebied van publiek- en privaatrecht.

Nu is het denkbaar dat er een onderlinge rangorde bestaat tussen privaatrecht en publiekrecht. Het is misschien verdedigbaar dat publiekrechtelijke normen automatisch voorrang dienen te krijgen. Publiekrechtelijke normen reguleren immers de verhouding burger-overheid. Deze normen kunnen wellicht aanvoelen als normen van een wat meer dwingende aard dan normen die 'slechts' gelden tussen burgers onderling. Dat geldt zeker als er een toezichthouder is aangewezen om die normen te handhaven. Het automatisch voorrang verlenen aan publiekrecht past ook goed bij de binnen het publiekrecht gehanteerde normenhiërarchie.

Ik heb geen steun kunnen vinden voor de op zichzelf voorstelbare gedachte dat een publiekrechtelijke norm altijd voor zou moeten gaan op een privaatrechtelijke norm. Scholten gaat in het algemene deel van Asser niet uit van een automatische rangorde tussen privaatrecht en publiekrecht.⁵⁶⁹ Scheltema en Scheltema zien deze rangorde ook niet.⁵⁷⁰ Ook zien zij geen daadwerkelijke scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht. In mijn samenlooptool zal ik ook niet uitgaan van voorrang van rechtsgebieden en/of een scheiding tussen de rechtsgebieden. Daarbij is het in het arbeidsrecht vaak onduidelijk wat het karakter is van een bepaalde norm. Arbeidsrechtelijke normen zijn vaak dwingend, maar de ene keer wordt aangeknoopt bij een privaatrechtelijke, dan weer bij een publiekrechtelijke sanctie en deze twee lopen ook vaak door elkaar heen voor één bestaande norm.

Het publiekrecht zal dankzij zijn dwingende karakter wel vaak voorrang kunnen krijgen op het privaatrecht. Of dit zo is, hangt af van de aard van het specifieke samenloopgeval. Het is in ieder geval geen automatisch gegeven.⁵⁷¹

6.10. Samenlooptool

Om de privaatrechtelijke samenloopregels van de Hoge Raad te kunnen gebruiken binnen het privaatrecht, maar ook voor de complexere 'thuisloze' categorie zoals hiervoor beschreven, heb ik een samenlooptool ontwikkeld. Deze samenlooptool is gebaseerd op de privaatrechtelijke samenloopregels van de Hoge Raad, maar voegt daaraan twee stappen toe (dat zijn de eerste twee stappen van de tool). Deze twee stappen heb ik ontworpen om te kunnen analyseren óf er sprake is van (problematische) samenloop. Daarnaast is de tool

⁵⁶⁹ Scholten 1974, §8.

⁵⁷⁰ Scheltema & Scheltema 2013, §1.2.1.

⁵⁷¹ Zie voor een voorbeeld waarbij het privaatrechtelijke 'pacta sunt servanda' voorrang kreeg op een Wbfo-norm Rb. Noord-Holland 19 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10443.

behulpzaam bij het ordenen en waarderen van argumenten die kunnen helpen bij het oplossen van problematische samenloop.

Na het uiteenzetten van de tool zal ik deze toepassen op de Wnt/Wwz-samenloopcasus.⁵⁷² In het wetenschappelijk debat over de Wnt/Wwz-samenloop, uiteengezet in de inleiding, zijn verschillende interessante argumenten genoemd. Voorstanders van het stapelen van de vergoedingen hebben zich beroepen op de letterlijke interpretatie van de wettekst. Sommigen – zowel in ‘kamp stapelen’ als ‘kamp niet stapelen’ – hebben het beginsel van *lex specialis* daarbij betrokken.⁵⁷³ Anderen hebben veel waarde gehecht aan uitlatingen in de parlementaire geschiedenis.

Voor deze argumenten is veel te zeggen, maar nog belangrijker is dat ze een eigen waardering en plaats hebben in het samenloopleerstuk. Door de stappen van de tool te doorlopen wordt duidelijk welke argumenten op welke plaats komen. Na het uitgebreid behandelen van de Wnt/Wwz-samenloopcasus zal ik dit korter herhalen voor de Wbfo/Wwz-samenloop.

De tool is een hulpmiddel om zo beredeneerd mogelijk tot een antwoord te komen dat verdedigbaar is tegenover – en begrijpelijk is voor – anderen. Het gaat dus om een instrument om te analyseren of er sprake is van samenloop. Vervolgens bevat de tool een stappenplan om tot een oplossing van de samenloop te komen. Op die manier kan vervolgens ook worden beoordeeld of een wet die ingrijpt in topbeloningen daadwerkelijk aanbotst tegen door andere beloningswetgeving getrokken grenzen. Met behulp van de tool kom ik op een verdedigbare oplossing – en naar mijn bescheiden mening ook de enige juiste – van de Wnt/Wwz-samenloop.

Ik gebruik bij de uiteenzetting van de tool als uitgangspunt dat – voor zover mogelijk – de rechtskracht van de verschillende samenlopende rechtsnormen in stand blijft en de literatuur de vaste lijn is.⁵⁷⁴ De rechtsnormen moeten zoveel mogelijk samen kunnen gelden in plaats van elkaar uit te schakelen. Pas als dit echt niet mogelijk is, kunnen de samenlopende rechtsregels elkaar verdringen. Dan wordt de ene beloningsregel door de andere begrensd.

6.11. Opbouw samenlooptool

De samenlooptool bestaat uit vijf vragen, of stappen, die nadat zij zijn nagelopen uiteindelijk moeten leiden tot een oplossing van het samenloopprobleem aan de hand van steekhoudende argumenten. De eerste twee stappen dienen ter kwalificatie van het samenloopprobleem, de overige stappen dienen ter oplossing van het probleem, en tegelijkertijd om te kunnen concluderen óf en waardoor wetten worden begrensd.

⁵⁷² Ik kies voor de Wnt-casus en niet voor een Wbfo-casus omdat deze Wnt-casus al vaker is gebruikt in de literatuur en rechtspraak, waardoor er meer argumenten zijn om te analyseren.

⁵⁷³ Van Winden-Spaans, *TAO* 2016, p. 135-140, p. 139 en Benbrahim, *ArbeidsRecht* 2016, p. 3-7.

⁵⁷⁴ Net zoals de Hoge Raad in samenloopuitspraken doet. HR 16 december 1932, *NJ* 1933, p. 458; Konijn 1999, p. 63; Brunner 1978, p. 18; Boukema 1992, p. 11.

- A. Is er sprake van samenloop?
- B. Zijn er absolute voorrangsregels?
- C. Is cumulatie mogelijk?
- D. Is alternativiteit mogelijk?
- E. Exclusiviteit: welke rechtsregel gaat voor?

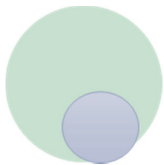
6.12. Stap A: kwalificatie samenloop en normadressaat bepalen

Stap A is de stap waarbij samenloop gekwalificeerd wordt. Zijn op dezelfde rechtssubjecten dezelfde rechtsregels tegelijkertijd van toepassing? Zo ja, dan is er sprake van samenloop.

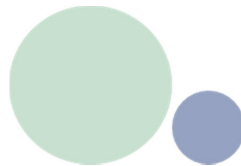
De ruime definitie van samenloop die ik hier conform de lijn in de literatuur hanteer, houdt rekening met mogelijke samenloop van bijvoorbeeld ongeschreven regels, rechtsbeginselen of algemeen verbindend verklaarde cao's.⁵⁷⁵

Om vast te stellen wie de normadressaat is, moet gekeken worden naar de groep op wie zowel de ene als de andere regel van toepassing is. Ook kunnen anderen, bijvoorbeeld een werkgever of een toezichthouder, te maken krijgen met de tegenstrijdige regels bij samenloop.

Samenloop kan verschillende vormen aannemen. Ik maak onderscheid tussen onproblematische en problematische samenloop.



Afbeelding I: problematische samenloop



Afbeelding II: vriendelijke samenloop

Van problematische samenloop is sprake als rechtsregel A en rechtsregel B tegelijkertijd van toepassing zijn en resultaten hebben die onderling niet logisch aanvaardbaar zijn of in strijd komen met de bewoordingen of de strekking van de wet.⁵⁷⁶ Dit wordt weergegeven in afbeelding I. Niet logisch aanvaardbaar staat voor een beoordeling vanuit een praktische blik.

⁵⁷⁵ Castermans & Krans 2019, p. 1.

⁵⁷⁶ Volgens Boukema 1992, p. 6.

Of samenloop niet logisch aanvaardbaar is, is geen zuiver grammaticale kwestie. Ook de geest, de achterliggende bedoeling van de normen, kan ervoor zorgen dat twee normen wel of niet kunnen cumuleren.

Van problematische samenloop dient vriendelijke samenloop te worden onderscheiden, deze is te zien in afbeelding II. In het geval van vriendelijke samenloop kan zowel grammaticaal, teleologisch of anderszins geen probleem ontstaan door de normen tegelijkertijd toe te passen. Deze samenloop is dusdanig dat de tool verder niet hoeft te worden gebruikt.

Binnen de samenloopsituatie zoals geschetst in afbeelding II kan nog hoe om te gaan met samenloop die tussen twee rechtsgebieden plaatsvindt. Ik maak bij de toepassing van het samenloopleerstuk een theoretisch onderscheid tussen grammaticale samenloop en onlogische samenloop. Grammaticale samenloop bevindt zich binnen één rechtsgebied, onlogische samenloop in twee of meer rechtsgebieden

a. ‘Grammaticale’ samenloop

De wet brengt mee dat in situatie X, Y verschuldigd is. Een andere wet brengt mee dat in dezelfde situatie X, een rechtshandeling die Y toekent, nietig is.

Of, een wet brengt mee dat in situatie X, Y verboden is, een andere wet brengt mee dat in situatie X, Y verplicht is.

Voorbeeld: Volgens de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (Wml) moeten werkgevers bijhouden hoeveel hun werknemers werken. Echter, deze wet is naar letter in strijd met het recht op privacy zoals volgt uit de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Dit zou ertoe kunnen leiden dat een rechter zich genoodzaakt ziet de Nederlandse wet buiten toepassing te verklaren.

b. ‘Onlogische’ samenloop

De wet brengt mee dat in situatie X, Y verschuldigd is. De wet brengt mee dat in dezelfde situatie X, een rechtshandeling die Y toekent, kan rekenen op een bestuurlijke boete. Kortom: juridisch gezien is de samenloop geen probleem maar gekeken naar de praktijkgevolgen heeft de samenloop gevolgen die niet logisch aanvaardbaar zijn.

Voorbeeld: volgens art. 125 lid 2 Wft mogen dagelijksbeleidsbepalers niet meer dan één vast jaarsalaris als vertrekvergoeding meekrijgen. De transitievergoeding uit art. 7:673 BW is gebaseerd op vaste en variabele componenten. Juridisch gezien is de samenloop geen probleem: de dagelijksbeleidsbepalers krijgen dan geen transitievergoeding bij vertrek.

Maar dit leidt tot de gekke situatie dat alle werknemers behalve dagelijksbeleidsbepalers recht hebben op een transitievergoeding, zonder dat er een wet of uitspraak in de parlementaire geschiedenis ooit heeft laten doorschemeren dat dit de bedoeling was.⁵⁷⁷

Zowel grammaticale als onlogische samenloop leent zich voor een oplossing door middel van de samenlooptool. Dit ruime toepassingsbereik is belangrijk, omdat de tool dan op alle samenloopproblemen kan worden toegepast die in de praktijk kunnen ontstaan. Als voorbeeld dient een rechtshandeling die voor een normadressaat civielrechtelijk verplicht is, maar toezichtrechtelijk wordt beboet. De normadressaat van twee tegenstrijdige regels heeft dan te kampen met een samenloopprobleem en zal niet veel hebben aan de opvatting dat de twee regels nu eenmaal in verschillende rechtsgebieden liggen.

6.13. Stap B: kent de samenloop een regel met een absoluut voorrangskarakter?

De tweede stap in de tool is de vraag of een absolute voorrangsregel van toepassing is op de samenloop. Vooraf wil ik meegeven dat bij het toekennen van de status van absolute voorrang grote voorzichtigheid is geboden.⁵⁷⁸ Absolute voorrangsregels zijn regels die dwingend de rangorde tussen normen bepalen. Daarvan is sprake als de regel ondubbelzinnig de verhouding tussen verschillende normen vastlegt. Dat een norm absolute voorrang geniet, kan voortvloeien uit de wettekst, de parlementaire geschiedenis of nadere regelingen gebaseerd op de wet. Deze regels kunnen zowel in het algemeen iets zeggen over de verhouding tussen bepaalde soorten wetten, als heel specifiek iets zeggen over de verhouding tussen enkele wetten.

Hieronder noem ik enkele voorbeelden van voorrangsregels volgende uit de wet.

Art. 94 GW

Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Art. 7:610 lid 2 BW

Indien een overeenkomst zowel aan de omschrijving van lid 1 voldoet als aan die van een andere door de wet geregelde bijzondere soort van overeenkomst, zijn de bepalingen van deze titel en de voor de andere soort van overeenkomst gegeven bepalingen naast elkaar van toepassing. In geval van strijd zijn de bepalingen van deze titel van toepassing.

⁵⁷⁷ Dit voorbeeld werk ik verder uit vanaf § 6.16.

⁵⁷⁸ Zie in gelijke zin Y. Konijn (1999, p. 63), die betoogt dat er zware argumenten moeten zijn voor exclusieve werking van een regel.

Art. 6:245 BW

Deze afdeling is noch van toepassing op arbeidsovereenkomsten noch op collectieve arbeidsovereenkomsten.

In bovenstaande gevallen zal een potentieel samenloopprobleem verdwijnen. Het probleem lost zichzelf dan op: de oplossing wordt in de wet gegeven. Je zou kunnen zeggen dat in dit geval überhaupt geen sprake is van een samenloopprobleem. Toch is stap B relevant: er zijn namelijk wettelijke voorrangsregels die niet krachtig genoeg zijn voor het aannemen van een absolute voorrangsregel. Voor de beoordeling van absolute voorrang aan de hand van de wettekst stel ik de volgende gezichtspunten (uitdrukkelijk niet-uitputtend bedoeld) voor:

- De voorrangsnorm is grammaticaal of teleologisch dubbelzinnig.
- De voorrangsnorm heeft gevolgen voor een wet die op het moment van inwerkingtreding van de voorrangsnorm nog in werking moet treden.
- Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever niet voorzag dat de voorrangsnorm niet goed aansluit op de andere wet.
- De parlementaire toelichting op de voorrangsnorm is (innerlijk) tegenstrijdig.
- Er zijn nieuwe ontwikkelingen, zoals bijvoorbeeld een rechterlijke uitspraak, die de voorrangsnorm zouden kunnen 'achterhalen'.
- Er is sprake van onvoorziene kruising van wetten. (Deze voorzienbaarheid blijkt normaliter uit de wettekst of parlementaire geschiedenis van de wet.)
- Van een bepaald uitgezonderd of juist ingesloten recht ontstaat later een variant die niet door de wetgever was voorzien.

Indien een van de bovenstaande omstandigheden aanwezig is, betekent dat naar mijn opvatting noodzakelijkerwijs dat er geen sprake meer is van absolute voorrang. De norm die een voorrangsaanwijzing geeft, wordt dan wel een (sterke) exclusiviteitsaanwijzing die in het licht van de 'nuttig effect'-doctrine bij de laatste stap (stap E) zal worden meegewogen. Mijn voorzichtigheid komt onder meer doordat ik ervoor wil waken dat van wetsontwerpers wordt verwacht dat ze alle kruisende wetten kunnen overzien.

Absolute voorrangsregels kunnen ook hun absolute karakter ontleen aan de parlementaire geschiedenis in plaats van de tekst van de wet. Belangrijk is dan dat de voorrang een uitkomst lijkt te zijn van een gemotiveerde beslissing van de wetgever. Toch moeten we huiverig zijn om te veel waarde te hechten aan uitlatingen van de wetgever in het wetgevingsproces.

Redenen hiervoor liggen in de aard van het wetgevingsproces, een proces waarbij gedachten en bedoelingen van de wet nog worden gevormd.

De volgende aanwijzingen maken naar mijn opvatting dat er niet veel waarde kan worden gehecht aan exclusiviteitsaanduidingen in de loop van de parlementaire geschiedenis. Deze gezichtspunten zijn uitdrukkelijk niet uitputtend bedoeld:

- De exclusiviteitsuitspraak is zeer summier.
- Uitingen in parlementaire geschiedenis zijn niet te verenigen met de grammaticale uitleg van de wet.
- De parlementaire geschiedenis bevat tegenstrijdige uitlatingen over het voorrangskarakter.
- Een uiting in de parlementaire geschiedenis is weliswaar op zichzelf duidelijk, maar gezien de context multi-interpretabel.
- De parlementaire geschiedenis is wel duidelijk, maar daarin is nog geen rekening gehouden met een (destijds nog niet bestaand) juridisch probleem dat of nieuwe wetgeving die de zaak mogelijk verandert.

Ik pleit ervoor om voorzichtig te zijn met het op basis van de parlementaire geschiedenis aannemen van een absolute voorrangsregel. De wetgever kan vaak bij het ontwerpen van een wet niet alle mogelijke gevolgen voorzien en weet wellicht ook nog niet wat het standpunt zou moeten zijn over sommige (technische) uitwerkingen. Dat geldt zeker in het geval dat de voorrang van de ene regel het “nuttig effect” aan de andere geheel of gedeeltelijk ontnemt.

Als voorbeeld: de verplichting voor werkgevers om op basis van de Wml de werktijden bij te houden ontnemt wellicht het nuttig effect aan het recht op privacy uit art. 8 EVRM dat dit verbiedt, en andersom. Alvorens de Wml voorrang verkrijgt op basis van de wetsgeschiedenis of wet, zou dit uitdrukkelijk en ondubbelzinnig moeten worden gemotiveerd.

Pas bij een ondubbelzinnige, gemotiveerde uiting in de parlementaire geschiedenis van de regering dat één van de twee regels voorrang zal hebben, is het mijn inziens aanvaardbaar om een absolute voorrangsregel aan te nemen. Toch is het dan de vraag waarom deze voorrangsregel niet al duidelijk in de wet zelf zijn voorrangskarakter heeft gekregen.

Een absolute voorrangsregel gegrond op de parlementaire geschiedenis zou pas moeten worden aangenomen indien daarvoor ondubbelzinnig gemotiveerd wordt gekozen terwijl men zich bewust is van dit effect. Indien in de parlementaire geschiedenis wel uitlatingen worden gedaan die een aanwijzing kunnen vormen voor voorrang, maar deze uitlatingen niet helder genoeg zijn voor het direct aannemen daarvan, kunnen de uitlatingen worden gebruikt bij de

laatste stap van exclusiviteit (stap E) waarbij de exclusiviteit wordt afgeleid uit alle omstandigheden van het geval.

Het is onjuist om uitspraken van een minister van een later tijdstip dan de datum van inwerkingtreding van de wet te beschouwen als aanwijzingen voor (absolute) voorrangregels of mede bepalend te laten zijn voor het aannemen van voorrangregels.⁵⁷⁹ Ook uitspraken op een (voorlichtings)website van de overheid zijn niet leidend. Hier kom ik in de volgende paragraaf op terug.

6.14. Cumulatie, alternativiteit en exclusiviteit

De volgende stappen, C, D en E, behandel ik samen. Deze stappen hebben gemeen dat zij afweging van belangen vereisen. Alle (objectieve) omstandigheden van het geval moeten daarbij worden betrokken.

6.14.1. Stap C: het beginsel van cumulatie – is cumulatie mogelijk?

Stap C houdt in dat bij een gekwalificeerde samenloop zonder absolute voorrangregel wordt bekeken of er gecumuleerd kan worden. Wanneer normen naar hun aard geen probleem opleveren terwijl zij allebei van kracht zijn op dezelfde situatie, is er sprake van een onproblematische samenloop en kan er dus gecumuleerd worden.

Als de toepassing van beide regels leidt tot dubbele verrijking of dubbele benadeling van een betrokkene, of als de regels elkaar bijvoorbeeld zodanig tegenspreken dat zij niet tegelijkertijd kunnen bestaan, is er sprake van problematische samenloop. In dit geval kan geen cumulatie worden toegepast. Van problematische samenloop is zoals onder stap A besproken sprake wanneer rechtsregel A en rechtsregel B tegelijkertijd van toepassing zijn en resultaten hebben die niet logisch aanvaardbaar zijn of in strijd komen met de bewoordingen of de strekking van de wet.⁵⁸⁰

Een misvatting is dat bij een *lex specialis* en een *lex generalis* geen cumulatie kan plaatsvinden. Het uitgangspunt is ook dan dat beide normen van toepassing zijn tenzij dit een resultaat heeft dat niet logisch aanvaardbaar is of in strijd is met de bewoordingen of strekking van de wet.⁵⁸¹

Om te bepalen of cumulatie mogelijk is, kunnen weer de wetsgeschiedenis, de wetssystematiek en het doel van de wet worden gebruikt. Daarbij is het devies dat zo veel mogelijk rechtskracht aan normen het uitgangspunt is, en dat is nu eenmaal met cumulatie het gemakkelijkst te bewerkstelligen. Dit uitgangspunt is ook de vaste lijn in de literatuur en in de rechtspraak.⁵⁸²

⁵⁷⁹ HR 19 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, r.o. 3.6.3.

⁵⁸⁰ Volgens Boukema 1992, p. 6.

⁵⁸¹ Boukema 1992, p. 11.

⁵⁸² HR 16 december 1932, *NJ* 1933, p. 458; Konijn 1999, p. 63; Brunner 1978, p. 18; Boukema 1992, p. 11.

Wanneer de normen tegelijkertijd kunnen werken zonder hun nuttig effect te verliezen, is dit de juiste keuze voor de samenlopende normen. Cumulatie zal soms inhouden dat de oplossing niet in lijn is met de grammaticale interpretatie van de normen, maar wel met de teleologische interpretatie. De doelen van de normen, dus de rechtskracht, blijven dan in stand.

6.14.2. Stap D: het beginsel van alternativiteit – is alternativiteit mogelijk?

Indien cumulatie niet mogelijk is, verdient in stap D alternativiteit de voorkeur. Alternativiteit betekent dat de gerechtigde de keuze mag maken tussen de twee rechtsregels. Een goed voorbeeld waar alternativiteit past, is een rechtsvordering ingevolge wanprestatie (art. 6:74 BW) of onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Cumulatie is hier niet mogelijk omdat het niet in lijn der wet ligt dat iemand voor hetzelfde rechtsfeit twee keer wordt aangesproken. Dat zou kunnen betekenen dat schade twee keer wordt vergoed, wat leidt tot ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Alternativiteit is dan een goede oplossing voor dit probleem. De rechthebbende kiest welke wettelijke grondslag hij gebruikt, desgewenst door zich primair op de ene grondslag te beroepen, en subsidiair op de andere.

Alternativiteit is niet altijd bruikbaar in de ruime benadering van samenloop die ik hanteer. Wanneer normen een verplichtende strekking hebben in plaats van een rechtgevende, ligt alternativiteit niet voor de hand. Dat de normadressaat zelf mag bepalen welke verplichting hij volgt en welke niet, is niet gewenst. Ook kan het zijn dat de ene norm een recht schept terwijl de andere norm dit recht juist uitsluit. Ook hier is alternativiteit geen goede oplossing.

Wanneer zowel cumulatie als alternativiteit resultaten opleveren die niet logisch aanvaardbaar zijn of in strijd komen met de bewoordingen of de strekking van de wet, kan alleen nog het uiterste redmiddel worden toegepast: exclusiviteit.

6.14.3. Stap E: Het beginsel van exclusiviteit – welke rechtsregel gaat voor?

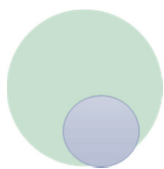
Het beginsel van exclusiviteit moet niet verward worden met de absolute voorrangsregels van stap B. De absolute voorrangsregels hebben niet zoveel met het beginsel exclusiviteit te maken, maar zeggen iets over de voorrang van wetten onderling. Deze regels laten, in tegenstelling tot exclusiviteitsaanwijzingen, geen ruimte voor een belangenafweging.

Het beginsel van exclusiviteit is een interpretatiemethode. Daarbij moet aan de hand van exclusiviteitsaanwijzingen worden bepaald welke wet voorgaat. Deze aanwijzingen tezamen met de “nuttig effect”-doctrine zijn bepalend voor de uitkomst van de samenlooptool. Daarmee wordt ook antwoord gegeven op de vraag of een beloningsnorm tegen de door een andere norm getrokken grenzen opbotst. Bij deze stap aangekomen, is het essentieel dat alle aanwijzingen worden gerangschikt en meegewogen.

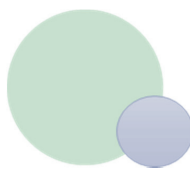
De uitkomst van de exclusiviteitsafweging betekent voorrang geven aan norm 1 of aan norm 2, voor het gedeelte van de samenloop dat problematisch is. Voorrang geven aan beide normen of aan geen van beide normen is dan niet mogelijk. Het is belangrijk dat de

gebruikers van de exclusiviteitsaanwijzingen inzicht geven in de afweging die zij hebben gemaakt om te komen tot hun uiteindelijke conclusie. Zo kunnen anderen dit proces reconstrueren.

Wanneer volgt onvermijdelijk uit de wet dat de ene rechtsregel dwingend voorgaat op de andere? Dit kan op meerdere manieren worden bepaald. Houben legt de nadruk op het leerstuk van de meest beperkende regel. Die regel zou volgens haar normaliter moeten voorgaan.⁵⁸³ Ik leg meer de nadruk op de “nuttig effect”-doctrine. Zodra de toepassing van één regel meebrengt dat de andere regel geen nuttig effect meer sorteert, en er geen sprake is van een absolute voorrangsregel, moet exclusiviteit worden gegeven aan de regel die anders dreigt op te houden effect te hebben. Schematisch ziet dit er zo uit.



Voorbeeld I. Exclusiviteit moet worden gegeven aan kleine rondje



Voorbeeld II: Cumulatie voor zover dat mogelijk is.

Wat het nuttig effect van een rechtsregel is, kan worden afgeleid uit het doel van de wet. Is dit niet duidelijk, dan kan de parlementaire geschiedenis een belangrijke rol spelen. Relevante vragen hierbij kunnen zijn:

- Doel: Wat heeft de wet beoogd?
- Plaatsing: Wat is de positie van deze regel binnen het wettelijke systeem?
- Normadressaat: Aan wie is de wet geadresseerd?
- Gevolgen: Wat zijn de consequenties van het niet naleven van de wet?
- Aanleiding: Naar aanleiding van welk incident is de wet ingevoerd?
- Wetsgeschiedenis: Wat verandert deze wet ten opzichte van de eerdere wetten?

De exclusiviteitsaanwijzingen die gevonden worden in de wetsgeschiedenis kunnen doorslaggevend zijn. Vereist is wel om deze aanwijzingen, nu ze niet de kracht hebben van een absolute voorrangsregel, af te wegen tegen alle andere omstandigheden van het geval. Daarbij moeten de individuele persoonlijke omstandigheden in een voorliggende zaak buiten beschouwing worden gelaten. Het mag niet zo zijn dat de tool aanleiding geeft om in het ene

⁵⁸³ Houben 2007, p. 31.

geval voor de voorrang van regel 1 te kiezen, en in het andere geval met dezelfde omstandigheden maar zwaardere persoonlijke omstandigheden voor regel 2 te kiezen. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede en dat ondergraaft het doel van de tool. Ik pleit er kortom voor juist niet de subjectieve omstandigheden mee te rekenen. Dat betekent evenwel niet dat het uitgesloten is dat op objectieve gronden verschillende uitkomsten kunnen ontstaan bij verschillende gevallen.

Zoals eerder genoemd bij stap B is het juridisch onjuist om uitslatingen van een minister na inwerkingtreding van een wet of informatie van een overheidswebsite als omstandigheden te gebruiken om exclusiviteit aan te nemen.⁵⁸⁴ Rechteren zijn analoog al helemaal niet gebonden aan een overheidsinformatiewebsite voor de uitleg van de wet.

6.15. Samenlooptool geïllustreerd aan de hand van het Wwz/Wnt-samenloopprobleem

In de volgende paragrafen zal ik de tool toepassen op een door mij gekozen samenloop van beloningsnormen. Mijn doel is ten eerste de samenloop van deze beloningsnormen te signaleren en te laten zien hoezeer de beloningsnormen door elkaar worden begrepen. Vervolgens probeer ik de gebruiker van de tool in de richting van mogelijke oplossingen te duwen. Daarbij ligt de nadruk op de waardering van argumenten.

Ik heb gekozen voor de Wnt/Wwz-samenloop, die ik in voorbeeld 1 heb genoemd. Deze samenloop is interessant voor de tool omdat de Wnt en de Wwz niet goed op elkaar aansluiten. Uit de toelichting bij de Evaluatiewet Wnt blijkt dat dit ook bekend is bij het ministerie.⁵⁸⁵ Daarbij betrek ik dat de Wnt/Wwz-kwestie de wetenschappelijke gemoederen heeft beziggehouden, wat er ook op duidt dat er geen consensus bestaat over de uitleg van deze wetten. Overigens, ook binnen de Wbfo en de Wwz bestaat er zo'n casus, zoals ik heb geschetst in voorbeeld 2 eerder in dit hoofdstuk. Deze casus behandel ik vanaf paragraaf 6.16.

6.15.1. Stap A: Is er samenloop in de Wnt/Wwz-casus?

Wie is de normadressaat?

In de Wnt zijn topfunctionarissen gebonden aan een maximale afgesproken vertrekvergoeding van € 75.000. In het BW is aan alle werknemers in het geval van – kort

⁵⁸⁴ HR 19 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, r.o. 3.6.3.

⁵⁸⁵ “In het kabinetsstandpunt bij de wetsevaluatie is aangegeven dat het daarnaast wenselijk is voorstellen voor te bereiden om in een later stadium tot aanpassing te komen van het stelsel van normering van ontslagvergoedingen op grond van de WNT om samenloop met de regeling van de transitievergoeding in het BW zoals deze per 1 juli 2015 van kracht is geworden, te reguleren. Aangezien voor een zorgvuldige voorbereiding van de voorstellen meer tijd nodig is dan voor de overige maatregelen die voortvloeien uit de verbeteragenda, is dit onderwerp niet in het onderhavige wetsvoorstel meegenomen”, *Kamerstukken II 2016/17*, 34654, nr. 3, p. 6.

gezegd – onvrijwillig ontslag een (wegtekenbaar) recht op een transitievergoeding gegeven. Indien iemand kwalificeert als een werknemer in de zin van het BW en als een topfunctionaris in de zin van de Wnt, gelden beide normen over de vertrekvergoeding voor hem of haar.

Wat is de samenloop?

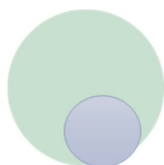
Grammaticaal lijkt er op het eerste gezicht geen probleem te zijn: de maximale vertrekvergoeding gaat over een *overeengekomen* vergoeding en de transitievergoeding wordt aangemerkt als een wettelijke vergoeding die van rechtswege verschuldigd is bij ontslag. Volgens sommigen is het dus geen probleem om deze vergoedingen te stapelen. Schematisch ziet de samenloop er volgens hen er zo uit:



Afbeelding I: Grote cirkel is de transitievergoeding, kleine cirkel is de Wnt-norm.

De samenlooptool gaat er echter van uit dat een louter grammaticale interpretatie van een wet niet altijd volstaat. Ook het doel van de wetten kan problematische strijdigheid opleveren. De bedoeling van de Wnt-wetgever (gouden handdrukken in de publieke sector normeren⁵⁸⁶) en de bedoeling van de Wwz-wetgever (met de transitievergoeding het ontslag eenvoudiger, sneller, eerlijker en voor de werkgever minder kostbaar maken⁵⁸⁷) komen niet overeen met het stapelen van vergoedingen. Door het stapelen van vergoedingen als gevolg van deze samenloop toe te laten wordt het ontslagrecht niet minder kostbaar én krijgen gouden handdrukken meer ruimte in de hoogte. Daarbij komt nog dat de wetten, ook blijkens de toelichting, niet op elkaar zijn toegeschreven: de Wnt (2013) bestond eerder dan de Wwz (medio 2015).

Door het doel van de wet mee te wegen, ziet de wet er schematisch zo uit:



Afbeelding II: Grote cirkel is de transitievergoeding, kleine cirkel is de Wnt-norm.

Dit betekent overigens niet dat de conclusie uiteindelijk is dat men de vergoedingen niet zou kunnen stapelen. Wel moet worden geconstateerd dat de wetgever zich niet goed van de samenloop bewust was: dit is genoeg reden om te spreken van samenloopproblematiek. Dit

⁵⁸⁶ Van Winden-Spaans, *TAO* 2016, p. 135-140.

⁵⁸⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 5.

blijkt ook uit uitspraken in de parlementaire geschiedenis van latere wijzigingen van de Wnt: de regering geeft daarin aan dat van te voren niet was voorzien hoe samenloop of cumulatie van de transitievergoeding en de Wnt-ontslagvergoeding uitwerkt.⁵⁸⁸

6.15.2. Stap B: Zijn er absolute voorrangsregels in de Wnt/Wwz-samenloop?

In de Wnt lijkt op het eerste gezicht sprake te zijn van een absolute wettelijke voorrangsregel. Vertrekvergoedingen voortvloeiend uit een wettelijk voorschrift zijn uitgesloten van de maximering van de vertrekvergoeding (art. 1.1 onder i Wnt). Indien deze uitzondering wordt beschouwd als een absolute voorrangsregel, kan een topfunctionaris naast een wettelijke transitievergoeding nog een vertrekvergoeding tot € 75.000 afspreken. Omdat het recht op transitievergoeding alleen bestaat bij – kort gezegd – onvrijwillig ontslag, betekent dit dat onvrijwillig ontslagen topfunctionarissen recht hebben op transitievergoeding plus de afgesproken vertrekvergoeding, en de vrijwillig vertrekkende op alleen de afgesproken vertrekvergoeding. In de praktijk krijgt een topfunctionaris toch makkelijk beide vergoedingen door middel van een opzegging gecombineerd met een beëindigingsovereenkomst op initiatief van de werkgever.⁵⁸⁹

Indien in deze casus absolute voorrang wordt aangenomen, betekent dit dat door middel van de absolute werking van art. 1.1 onder I Wnt, de transitievergoeding uit art. 7:673 BW voorgaat. Dit zou betekenen dat het stapelen van beide vergoedingen mogelijk is, zoals ook wel is betoogd in de literatuur.⁵⁹⁰

Als argument voor het stapelen wordt wel aangevoerd dat de wet (art. 1.1 onder i Wnt) helder is. Daar ben ik het niet mee eens. De tekst van de wet is misschien wel helder, maar de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de samenloop van Wnt en Wwz roept twijfel op. In december 2014 wordt juist aangekondigd dat, in het licht van het recht op de transitievergoeding voor topfunctionarissen, er nog een gedetailleerde regeling nodig is:

“(…) voortsnog niet voor gekozen in deze regeling gedetailleerde regels op te nemen over hetgeen tot de uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband in de zin van de WNT wordt begrepen. Gekozen is voor een globale opsomming van enkele vormen van ontslaguitkeringen (...).

De belangrijkste reden dat afgezien is van een gedetailleerde regeling is dat met ingang van 1 juli 2015 de herziening van het ontslagrecht ingevolge de Wet werk en zekerheid in werking treedt en werknemers, waaronder ook topfunctionarissen, bij ontslag onder voorwaarden aanspraak kunnen maken op een transitievergoeding. Het

⁵⁸⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 34366, nr. 1, p. 4.

⁵⁸⁹ Zie anders over het recht op transitievergoeding bij wederzijds goedvinden: Vernooij & Voermans 2017, p. 9-13, p. 10.

⁵⁴⁹ Vernooij & Voermans, *TvO* 2017, p. 9-13; Van den Brekel 2016, p. 577-585.

is gewenst dat een gedetailleerde regeling van de ontslaguitkering op grond van de WNT, hierop afgestemd wordt.”⁵⁹¹

Deze oproep in de toelichting van de Uitvoeringsregeling van de Wnt toont aan dat art. 1.1 Wnt onder I *niet* helder genoeg is, anders zou er geen gedetailleerde regeling meer nodig zijn, dunkt mij. Daarbij is mijn opvatting dat een multi-interpretabele voorrangsregel, zoals ik in paragraaf 6.14 uitgebreid heb beschreven, zich niet leent voor het aannemen van absolute voorrang.

De latere (overigens ook niet heel heldere) parlementaire geschiedenis waar auteurs naar verwijzen,⁵⁹² bevat uitspraken van de regering van na de inwerkingtreding van art. 1.1 onder i Wnt. Pas als de parlementaire geschiedenis betrekking heeft op een daadwerkelijke wijziging van de desbetreffende wet, zouden uitlatingen als deze een rol mogen spelen.⁵⁹³ Deze uitlatingen hebben ongeveer dezelfde strekking als de zojuist aangehaalde passage uit december 2014.

De uitlatingen in de parlementaire geschiedenis zijn te vaag om te concluderen dat art. 1.1 Wnt zo geïnterpreteerd moet worden dat het absoluut de voorrang verleent aan de Wwz ten opzichte van de Wnt. Deze constatering betekent overigens niet dat er uiteindelijk geen stapeling van beide vergoedingen kan plaatsvinden. Art. 1.1 onder i Wnt is zeker van belang, maar de norm is geen absolute voorrangsregel. Het is eerder een exclusiviteitsaanwijzing. Deze aanwijzing komt terug bij stap C en zal daar worden beoordeeld in het licht van de “nuttig effect”-doctrine.

Verschillende auteurs baseren zich ook op de voorlichtingswebsite www.topinkomens.nl van het ministerie van Binnenlandse Zaken. In de vorm van een Q&A wordt op de website het standpunt verkondigd dat cumulatie van de transitievergoeding en een afgesproken vergoeding is toegestaan.⁵⁹⁴ Verschillende auteurs verwijzen hiernaar, opmerkend dat dit de website van het ministerie is en daarom ook van belang is. Sommige auteurs zien zelf ook in dat aan deze website geen rechten kunnen worden ontleend.⁵⁹⁵ Ook in de Beleidsregels Wnt is bepaald dat aan de website www.topinkomens.nl geen rechten kunnen worden ontleend.⁵⁹⁶

De Hoge Raad heeft in 2011 bepaald dat geen bijzondere betekenis toekomt aan uitlatingen van een minister die geen onderdeel uitmaken van de totstandkomingsgeschiedenis van een wet.⁵⁹⁷ Analooq zou het onjuist zijn om informatie van een overheidswebsite als gezaghebbend of zelfs doorslaggevend argument te gebruiken om exclusiviteit aan te nemen. Rechters zijn bovenal niet gebonden aan een overheidsinformatiewebsite voor de uitleg van de wet.⁵⁹⁸ Toch heeft een aantal auteurs hier een beroep op gedaan om cumulatie van de

⁵⁹¹ Uitvoeringsregeling WNT, *Stcrt.* 2014/36379.

⁵⁹² *Kamerstukken II* 2015/16, 34366, nr. 1, p. 4.

⁵⁹³ Zie wederom HR 19 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, r.o. 3.6.3.

⁵⁹⁴ www.topinkomens.nl.

⁵⁹⁵ Van den Brekel, *TAR* 2016, p. 577-585.

⁵⁹⁶ Art. 16 Beleidsregels Wnt 2018.

⁵⁹⁷ HR 19 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, r.o. 3.6.3.

⁵⁹⁸ De website geeft zelf ook aan niet aansprakelijk te zijn voor eventuele fouten.

gemaximeerde Wnt-vergoeding én transitievergoeding mogelijk te achten.⁵⁹⁹ Het is juridisch onjuist om dat rechtsgevolg uitsluitend aan die uitlatingen te verbinden, al voelt het wel logisch en is het in de praktijk ook zeker aan te raden om de visie van de toezichthouder te volgen.⁶⁰⁰ De uitlatingen op de website moeten echter worden gezien als uitlatingen van juristen uit het kamp “stapelen”, verder hebben ze geen rechtskracht.⁶⁰¹ De opvattingen van het ministerie kunnen wel een rol spelen in de afweging van argumenten onder stap C-E.

6.15.3. Stap C: is cumulatie mogelijk in de Wnt/Wwz-samenloopvraag?

Cumulatie van de twee rechtsregels – de transitievergoeding in het BW enerzijds en de maximale vertrekvergoeding in de Wnt anderzijds – betekent dat de rechtsregels zo moeten worden geïnterpreteerd dat rechtsregels beide hun rechtskracht behouden. Een grammaticale benadering betekent dat de uiteindelijke vergoedingen (transitievergoeding en afgesproken vergoeding) gestapeld mogen worden, alhoewel in de literatuur wordt betoogd dat dit juist tegen het doel van de Wnt ingaat.⁶⁰² Ook neemt deze stapeling voor ten minste een deel het nuttig effect weg van de maximale vertrekvergoeding zoals gehanteerd in de Wnt. Deze optie past daarom niet in het samenloopleerstuk zoals gehanteerd door de Hoge Raad. Dit betekent wederom niet dat stapelen van de vergoedingen uitgesloten is.

Een ander argument voor grammaticale benadering van de samenloop met als gevolg dat men de vergoedingen mag stapelen, is te vinden in het ambtenarenrecht. Ook daar speelde het probleem van het al dan niet stapelen van vergoedingen. Net vóór de inwerkingtreding van de Wwz op 1 juli 2015 heeft de Centrale Raad van Beroep uitspraak gedaan over de componenten van het Wnt-vertrekvergoedingsmaximum.⁶⁰³ De CRvB oordeelde op 29 juni 2015 dat een redelijk bedrag ter afkoop van uitkeringsrechten voortvloeit uit een wettelijk voorschrift zoals bedoeld in art. 1.1 Wnt en daarom geen onderdeel is van het maximumbedrag van € 75.000. Dit in tegenstelling tot de overeengekomen compensatie van gemiste pensioenopbouw en betaling van de bezoldiging over een re-integratiefase van 8 maanden.⁶⁰⁴

Analoge toepassing van deze uitspraak zou kunnen meebrengen dat de transitievergoeding evengoed als de afkoop van een uitkering niet onder het Wnt-maximum valt. Er zijn echter twee belangrijke verschillen: ten eerste gaat het hier om de afkoop van een werkloosheidsuitkering. Doel en strekking daarvan zijn anders dan die van de transitievergoeding. Nog belangrijker is echter dat de Wnt 2,5 jaar eerder in werking is getreden dan de Wwz. In deze tijd was er nog helemaal geen sprake van een wettelijk

⁵⁹⁹ Vernooij & Voermans, *TVO* 2017, p. 9-13; Van den Brekel, *TAR* 2016, p. 577-585.

⁶⁰⁰ Barentsen & Van der Vos, *TAO* 2017, p. 164.

⁶⁰¹ Dit staat ook in: Beleidsregels Wnt 2018 lid 2: “De informatie die is opgenomen op de website www.topinkomens.nl heeft voor de in het eerste lid, onderdelen a tot en met c, bedoelde groepen het karakter van algemene voorlichting. Deze wordt met zorg samengesteld, maar beslissingen die zij op basis daarvan nemen, zijn voor eigen rekening en risico.”

⁶⁰² Zie Van Winden-Spaans, *TAO* 2016, p. 135-140 en Rb. Amsterdam, 13 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3672, r.o. 21 & 22.

⁶⁰³ CRvB 29 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1924, *NJB* 2015/1436.

⁶⁰⁴ Dit is in lijn met Verburg 2013, p. 3-29.

vastgelegde ontslagvergoeding voor iedere werknemer bij – kort gezegd – onvrijwillig ontslag.

Een teleologische cumulatie, die in mijn tool niet het onderspit hoeft te delven ten opzichte van een grammaticale interpretatie, betekent dat het recht⁶⁰⁵ op transitievergoeding gewaarborgd blijft, net zoals de maximumvertrekvergoeding in de Wnt.

De kantonrechter Amsterdam heeft gepoogd zo veel mogelijk rechtskracht aan beide normen toe te kennen. Dit heeft hij gedaan door de transitievergoeding veilig te stellen, maar toch de geest van de Wnt te laten voortbestaan door de beperking van de afgesproken vergoeding gedeeltelijk in stand te laten. Praktisch gezien komt dat erop neer dat mevrouw Brouwer uit de inleiding recht had op een transitievergoeding van € 80.000 (meer dan het Wnt-maximum) en verder niets kan afspreken. De oplossing van de kantonrechter Amsterdam is erg creatief, en is toe te juichen, alleen al omdat deze zoveel mogelijk recht poogt te doen aan beide wetten.⁶⁰⁶

6.15.4. Stap D: is alternativiteit mogelijk in de Wnt/Wwz-samenloopcasus?

Alterniviteit werkt doorgaans alleen goed indien er sprake is van twee strijdige normen die een recht toekennen aan een normadressaat. Er is dan sprake van een keuze die een rechthebbende mag maken, bijvoorbeeld tussen wanprestatie of onrechtmatige daad. Daarbij kan de claimer niet beide tegelijk claimen, maar mag hij de grond van zijn rechtsvordering kiezen. In het arbeidsrecht kan gedacht worden aan het recht van een onterecht op staande voet ontslagene om vernietiging van de opzegging of een billijke vergoeding te vorderen (art. 7:681 BW). In de Wwz/Wnt-casus ligt het niet voor de hand om de normadressaat, de topfunctionaris, zelf te laten bepalen welk maximum voor hem geldt: dat van de Wnt of dat van de Wwz. Aangenomen dat veel topfunctionarissen het meest gunstige maximum zouden kiezen, zou dit maximum gedeeltelijk het nuttig effect aan de Wnt kunnen ontnemen. Dat kan meevallen als het maximum van de transitievergoeding dicht bij het maximum uit de Wnt ligt. In het geval dat de transitievergoeding een jaarsalaris is, is dat mogelijkwerwijs veel meer dan het maximum uit de Wnt. De keuze voor alternativiteit kan het nuttig effect aan de Wnt ontnemen, daarom lijkt deze niet voor de hand te liggen.

6.15.5. Stap E: het beginsel van exclusiviteit toegepast op de Wwz/Wnt-casus

Exclusiviteit betekent, zoals besproken in paragraaf 6.14.3, dat de ene rechtsnorm de andere verdringt. Voor de doorredenerende jurist levert exclusiviteit hier geen vruchtbare oplossing op. Er zijn dan namelijk twee scenario's. Scenario 1: de Wnt-norm verdringt de Wwz-norm. Dit leidt ertoe dat topfunctionarissen géén recht hebben op een transitievergoeding, slechts op een afgesproken vergoeding tot € 75.000. Dit zou betekenen dat de topfunctionarissen uitgezonderd zijn van het (burgerlijk) recht op transitievergoeding en op basis van hun functie inherent ongelijk worden behandeld aan andere werknemers. Voor deze benadering is

⁶⁰⁵ Volgens kantonrechter Amsterdam een burgerlijk recht. Rb. Amsterdam, 13 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3672, r.o. 21 & 22.

⁶⁰⁶ Konijn 1999, p. 60.

geen uitdrukkelijke steun te vinden in de parlementaire geschiedenis. Scenario 2: de Wwz-norm verdringt de Wnt-norm. Dit betekent dat de topfunctionarissen recht hebben op een transitievergoeding en daarnaast een onbeperkte afgesproken vergoeding. Beide oplossingen zijn niet in de geest van de Wnt (het tegengaan van bovenmatige gouden handdrukken op kosten van de staat) maar ook niet in de geest van de Wwz (ontslagrecht moet eenvoudiger, sneller en goedkoper).

6.16. De samenlooptool toegepast op de Wbfo/Wwz samenloop

Er is naast de Wwz/Wnt-samenloop nog een voorbeeld in de beloningspraktijk dat tot problematische samenloop leidt. Deze samenloop is tot nu toe nog beperkt aan bod gekomen in de literatuur.⁶⁰⁷

Een financiële onderneming mag ingevolge art. 1:125 lid 2 Wft geen vertrekvergoeding uitkeren die meer dan 100% bedraagt van de vaste beloning op jaarbasis, op straffe van zowel nietigheid als een boete van de toezichthouder. Aan de andere kant heeft elke werknemer ingevolge art. 7:673 BW recht op een transitievergoeding gebaseerd op variabele en vaste looncomponenten.⁶⁰⁸ Het is vooral onduidelijk of een dagelijksbeleidsbepaler náást de afgesproken vergoeding nog recht heeft op een transitievergoeding. De werkgever zal zich moeten beroepen op de voor hem geldende toezichtsregels; de werknemer beroept zich op het wettelijk aan hem toegekende recht op transitievergoeding.

Voorbeeld 2: Wft en transitievergoeding

Topmanager E. Visser werkt reeds 15 jaar bij NationaleBank N.V. Zij verdient op jaarbasis zo'n € 300.000, bestaande uit vaste (80%) en variabele (20%) looncomponenten. Door een reorganisatie wordt besloten dat bijna de gehele topmanagementlaag moet verdwijnen. Haar transitievergoeding wordt berekend op basis van een maandsalaris van de vaste en variabele looncomponenten van € 25.000 per maand. Haar transitievergoeding bedraagt ingevolge art. 7:673 lid 2 BW € 125.000.

Visser kwalificeert als dagelijksbeleidsbepaler in de zin van de Wft. Volgens art. 1:125 Wft mag een financiële onderneming geen vertrekvergoeding uitkeren die meer dan 100% van de vaste beloning op jaarbasis bedraagt. Voor Visser zou dat maximaal € 240.000 zijn. Een rechtshandeling in strijd met deze bepaling is nietig ingevolge art. 1:116 lid 3 Wft. Het is tot op heden niet duidelijk wat het maximum moet zijn waar de manager recht op heeft. Een te hoge ontslagvergoeding wordt ook nog publiekrechtelijk bestraft, door middel van een bestuurlijke boete voor de financiële onderneming die de ontslagvergoeding heeft afgesproken.

⁶⁰⁷ Er staan wel verwijzingen in: Helstone, *ArbeidsRecht* 2016/19, p. 15-19, en nog uitgebreider Benbrahim *ArbeidsRecht* 2016, p. 3-7.

⁶⁰⁸ *Stcr.* 2014, 36823.

Hoe moet dit probleem nu worden opgelost? Er zijn vooraf meerdere verdedigbare oplossingen in beeld.

- De $Wbfo \geq$ het BW. Visser heeft geen recht op een transitievergoeding, aangezien deze wordt berekend op basis van vaste en variabele looncomponenten, en het maximum is één vast jaarsalaris.
- De $Wbfo \neq$ het BW. Visser kan een maximale vergoeding afspreken van een vast jaarsalaris ingevolge de Wbfo, en heeft daarnaast recht op een transitievergoeding.⁶⁰⁹ Door de problematische samenloop van rechtsregels verliezen beide normen nuttig effect.
- De $Wbfo \leq$ het BW. Visser krijgt een transitievergoeding zonder maximum. De beloningsregels van de Wbfo gelden niet voor de transitievergoeding. Visser kan naast de transitievergoeding van € 150.000 ook nog een vertrekvergoeding van € 240.000 afspreken.
- De Wbfo in samenhang met het BW. Visser heeft recht op een transitievergoeding en op een afgesproken vergoeding, bij elkaar opgeteld tot het Wbfo-maximum van € 240.000.

De verleiding is om gelijk te denken dat de ene norm voor de andere dient te gaan, en de andere norm buiten toepassing moet worden gelaten. Het uitgangspunt bij samenlopende normen is juist dat er zo veel mogelijk rechtskracht moet worden toegekend aan beide normen. Indien een van de beide normen buiten toepassing wordt gelaten, ondermijnt dat de rechtskracht van die norm.

Met behulp van de tool zal ik deze samenloop ontleden en komen tot een oplossing van de onduidelijkheid die deze samenloop meebrengt.

6.16.1. Stap A: kwalificatie samenloop en normadressaat bepalen

Op dagelijksbeidsbepalers onder de Wbfo is zowel de Wbfo-vertrekvergoedingsbepaling als de transitievergoedingsbepaling van het BW van toepassing. Hierbij gaat het dus om eenzelfde groep, die met tegenstrijdige regels te kampen heeft. Naast een groep – de werknemers – die aanspraak maakt op de vertrekvergoeding, is er ook sprake van een groep – de werkgevers – waarop beide regels van toepassing zijn. De regels zijn kort en goed:

-> Aan dagelijksbeidsbepalers mag niet meer dan een vast jaarsalaris uitgekeerd worden.

⁶⁰⁹ Dit is verdedigd door Benbrahim, *ArbeidsRecht* 2016, p. 3-7.

-> Werknemers hebben recht op een transitievergoeding (gebaseerd op vaste en variabele looncomponenten) bij onvrijwillig ontslag.

Indien iemand zowel een dagelijksbeleidsbepaler is als een werknemer, komen deze regels met elkaar in botsing. Deze samenloop is zowel grammaticaal als onlogisch.⁶¹⁰ Het gevaar is, zoals eerder genoemd, om gelijk te denken dat de ene norm voor de andere dient te gaan, en de andere buiten toepassing moet worden gelaten. Dit is een denkfout en doet dan geen recht aan ten minste één van de twee normen.

Er dient nader onderzoek te worden gedaan in de volgende stappen van de tool om te weten hoe deze normen nu moeten werken.

6.16.2. Stap B. Zijn er absolute voorrangsregels?

In de consultatieversie van de Wbfo stond een directe verwijzing naar de transitievergoeding in art. 1:125 Wft. De bedoeling was dat aan een dagelijksbeleidsbepaler niet meer dan de transitievergoeding kon worden uitgekeerd. De Raad van State heeft hierop kritiek gegeven, omdat zo zelfstandige dagelijksbeleidsbepalers ineens te maken kregen met een transitievergoeding waarop zij in principe geen recht hadden als niet-werknemers.⁶¹¹ Daarop is het voorstel aangepast.

In de parlementaire geschiedenis van de Wbfo is kort gesproken over de kruising van de Wft en de Wwz. De regering reageert op de consultatiereacties waarin vragen waren gesteld over de relatie met de Wwz:

“In verschillende consultatiereacties is aandacht gevraagd voor de relatie met het onlangs bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakte Wetsvoorstel werk en zekerheid. Tussen het onderhavige wetsvoorstel en de voorgenomen Wet werk en zekerheid zit een relatie met betrekking tot vertrekvergoedingen. Het onderhavige wetsvoorstel gaat verder dan het Wetsvoorstel werk en zekerheid voor personen die het dagelijks beleid van de onderneming bepalen. Op grond van het Wetsvoorstel werk en zekerheid kunnen een werkgever en werknemer een hogere vertrekvergoeding afspreken dan het minimale bedrag van de transitievergoeding dat de werkgever wettelijk verschuldigd is. Het onderhavige wetsvoorstel sluit deze afwijkingsmogelijkheid uit, een gunstigere regeling dan het wettelijk maximum van 1 jaarsalaris kan niet worden overeengekomen. Omdat sprake is van strengere regels over hetzelfde onderwerp in een bijzondere wet, heeft artikel 1:125 voorrang boven de algemene regeling.”⁶¹²

De regering lijkt in het bovenstaande stuk van verschillende premissen uit te gaan. Ten eerste lijkt de regering te denken dat de Wwz en de Wbfo op elkaar aansluiten, in die zin dat de Wbfo alleen iets zegt over de afwijkingsmogelijkheid in de Wwz. Dat lijkt te suggereren dat stapelen van vergoedingen niet mogelijk is volgens de regering. De regering bespreekt niet de mogelijkheid dat de transitievergoeding an sich al hoger kan zijn dan een afgesproken vast jaarsalaris. Daarnaast lijkt de regering zich niet te realiseren dat de transitievergoeding ook op

⁶¹⁰ In § 6.12 leg ik uit wat grammaticale en onlogische samenloop is.

⁶¹¹ Kamerstukken II 1013/14, 33964, nr. 4, p. 21.

⁶¹² Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 3, p. 23.

variabele looncomponenten gestoeld is (overigens ingevolge een *lex specialis*): de Regeling looncomponenten en arbeidsduur.⁶¹³

Verder lijkt de regering ervan uit te gaan dat de Wbfo als *lex specialis* voorgaat op de Wwz. Los van het feit dat dit een te simplistische manier is om deze problematiek te benaderen, is het lastig om hier goed te ontwarren welke norm eigenlijk de *lex specialis* is. De Wbfo heeft immers een smaller, maar ook een breder toepassingsbereik dan de Wwz. Smaller omdat het gaat om dagelijksbeleidsbepalers in de financiële sector en niet alle werkenden. Breder omdat de Wbfo niet beperkt is tot dagelijksbeleidsbepalers die werken als werknemer. Een *lex specialis* aannemen zoals de regering dat bedoelt, is zonde indien dit betekent dat een wet buiten toepassing moet worden gelaten. Het uitgangspunt is nog steeds om zo veel mogelijk rechtskracht aan beide normen te geven, en met een simpele toepassing van de *lex specialis* wordt dit doel niet gehaald. De regering lijkt in deze te suggereren dat naast de transitievergoeding niet meer vergoeding kan worden afgesproken, maar bedoelde de regering dit ook in het geval dat de transitievergoeding veel lager is dan een vast jaarsalaris zou zijn? Wat mij vooral duidelijk wordt als ik de parlementaire geschiedenis bestudeer, is dat de regering niet had voorzien dat de kruising van deze wetten problematisch zou kunnen zijn.

Benbrahim heeft betoogd dat zolang de wetgever niet voorziet in de exclusieve regel van maximumregel, cumulatie van de vergoedingen het uitgangspunt zal zijn, met als gevolg dat de Wnt en de Wft aan betekenis verliezen.⁶¹⁴ Ook zij vindt de uiting in de parlementaire geschiedenis over de Wbfo als ‘*lex specialis*’ te vraag.

Concluderend: de verwijzing naar de *lex specialis* in de parlementaire geschiedenis is te vaag om aan te nemen als een bedoelde absolute voorrangsregel. Dit betekent echter niet dat de overwegingen van de regering over de *lex specialis* geen rol kunnen spelen als exclusiviteitsaanwijzing in de afweging onder de stappen C, D en E.

6.16.3. Stap C, D en E: cumulatie, alternativiteit of exclusiviteit in het Wbfo/Wwz-vraagstuk

Bij de stappen C, D en E zal ik onderzoeken of er ruimte is om de wetten zoveel mogelijk te laten cumuleren. Een van de door mij gesignaleerde problemen in deze samenloop is dat de Wbfo een maximum hanteert van een *vast* jaarsalaris, en dat de transitievergoeding gebaseerd is op vaste en variabele looncomponenten. De reden dat in art. 125 lid 2 wordt uitgegaan van een vast jaarsalaris is dat deze bepaling gedeeltelijk is overgenomen uit eerder geldende beloningscodes.⁶¹⁵ Dit probleem wordt in de Wbfo-wetsgeschiedenis gedeeltelijk verholpen:

“Wanneer een vaste formule of berekeningsmaatstaf wordt toegepast, zoals de in het Wetsvoorstel werk en zekerheid opgenomen transitievergoeding, kwalificeert het kabinet de uitkomst als een vaste beloning.

⁶¹³ *Stcrt.* 2014, 36823.

⁶¹⁴ Benbrahim, *ArbeidsRecht* 2016, p. 3-7.

⁶¹⁵ Zie bijvoorbeeld Code Banken 9 september 2010, Nederlandse Vereniging van Banken, hoofdstuk 6.3.

Wanneer een formule of berekeningsmaatstaf wordt toegepast die niet in lijn is met de vaste formules die in de praktijk worden gehanteerd, is geen sprake van een vaste beloning.”⁶¹⁶

In ieder geval het gedeelte van de maximale vergoeding onder de Wbfo dat de transitievergoeding betreft, is vast. Voor het overige mogen juist geen variabele componenten worden meegenomen. De berekening voor het Wbfo-maximum is dan: maximaal 1 vast jaarsalaris – transitievergoeding = overgebleven maximale vergoeding.

In de literatuur is door Benbrahim het standpunt ingenomen dat zolang er geen sprake is van een absolute voorrangsregel, het stapelen (zij noemt het cumulatie) van de vergoedingen het uitgangspunt blijft. Dit is m.i. een begrijpelijke maar onjuiste benadering van het samenloopleerstuk. De cumulatie van *rechtsregels* is het uitgangspunt, niet de cumulatie van verschillende vergoedingen. Bij de cumulatie van de wetten moeten de bedoelingen van beide wetten in ogenschouw worden genomen om de normen zoveel mogelijk tot rechtskracht te laten komen.⁶¹⁷ Het doel van de maximale vertrekvergoeding uit de Wbfo is excessieve vertrekvergoedingen beperken voor de personen die het dagelijks beleid bepalen van een financiële onderneming en ook voorkomen dat de lagere variabele beloningen worden gecompenseerd met een hogere vertrekvergoeding. Het doel van de Wwz is simpel gezegd het ontslagrecht sneller, goedkoper en eerlijker maken. Over de keuze om een maximum op te nemen in de transitievergoeding zegt de Wwz- wetsgeschiedenis het volgende:

“De transitievergoeding wordt gemaximeerd op een bedrag van € 75.000, of op een bedrag gelijk aan ten hoogste het jaarsalaris van de werknemer als dat hoger is dan € 75.000. De belangrijkste reden voor het op deze wijze maximeren van de transitievergoeding is dat te hoge ontslagkosten voor werkgevers worden voorkomen en dat werknemers met een hoger inkomen over het algemeen beschikken over een betere arbeidsmarktpositie. Een transitievergoeding van maximaal een jaarsalaris wordt voor hen afdoende geacht omdat zij vaak sneller werk vinden en eerder de inkomensderving als gevolg van ontslag kunnen opvangen. Voor werknemers met lagere inkomens is een jaarsalaris wellicht niet toereikend. Voor hen kan de transitievergoeding daarom oplopen tot maximaal € 75.000 als hun jaarsalaris lager is dan dat bedrag. Overigens laat deze wettelijke regeling vanzelfsprekend onverlet dat bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst een ruimere vergoeding wordt afgesproken.”⁶¹⁸

Nadere bestudering van de doelen van beide wetten geeft een goede indicatie van hoe het verder kan gaan. De doelen staan elkaar niet in de weg. Dit betekent dat er goede kansen zijn voor cumulatie van de rechtsregels. Cumulatie van de rechtsregels toegepast op deze casus betekent dat de dagelijksbeleidsbepaler recht houdt op de transitievergoeding en nog onderhandelingsruimte heeft tot en met het maximum uit de Wbfo. Zo cumuleren beide

⁶¹⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33964, nr. 3, p. 27.

⁶¹⁷ Benbrahim, ArbeidsRecht 2016, p. 3-7.

⁶¹⁸ Kamerstukken II, 2013/14, 33818, nr. 3, p. 39.

normen en gaat er geen rechtskracht verloren. De berekening voor de vertrekvergoedingsruimte van een dagelijksbeleidsbepaler tevens kwalificerend als werknemer die onvrijwillig vertrekt is dan:

$$\underline{\text{Maximaal 1 vast jaarsalaris} - \text{transitievergoeding}} = \text{Overgebleven maximale vergoeding}$$

Visser uit voorbeeld 2 zou dan uitkomen op een maximaal bedrag van € 240.000.

Het samenloopprobleem is helaas nog niet helemaal opgelost: zolang de transitievergoeding onder het Wbfo-maximum blijft, is het nu duidelijk hoe de regels werken. Maar indien de transitievergoeding hoger is dan het Wbfo-maximum, wordt het lastiger. Tot 1 januari 2020 kwam het geregeld voor dat iemands transitievergoeding al hoger was dan de maximale vertrekvergoeding toegestaan onder de Wbfo.⁶¹⁹ Nu is die kans kleiner, of iemand moet wel héél lang hebben gewerkt voor een werkgever, en/of een hogere variabele beloning hebben dan 20%. Een hogere variabele beloning dan 20% is ingevolge de Wbfo bij uitzondering ook mogelijk (art. 1:121 lid 2 Wft). Dat kan de casus over topmanager Visser net anders maken.

Topmanager E. Visser werkt reeds 20 jaar bij NationaleBank N.V. Zij verdient op jaarbasis zo'n € 300.000, bestaande uit vaste (50%) en variabele (50%) looncomponenten. Haar loon is ingevolge art. 1:121 lid 2 Wft uitgezonderd van de 20% maximale vertrekvergoeding. Door een reorganisatie wordt besloten dat bijna de gehele topmanagementlaag moet verdwijnen. Haar transitievergoeding wordt berekend op basis van een maandsalaris van de vaste en variabele looncomponenten van € 25.000 per maand. Haar transitievergoeding bedraagt ingevolge art. 7:673 lid 2 BW € 166.667. Haar maximale vergoeding onder de Wbfo betreft € 150.000.

In bovenstaand geval is het niet meer mogelijk om met cumulatie van rechtsregels het probleem te verhelpen. Immers, er kunnen niet twee berekeningswijzen tegelijk worden gebruikt om tot een maximumbedrag te komen. Nu cumulatie niet mogelijk is, komt alternativiteit en daarna exclusiviteit in beeld. Alternativiteit betekent in dit geval dat dagelijksbeleidsbepalers mogen kiezen of zij aanspraak willen maken op een transitievergoeding (mèt de vrijheid om ook meer af te spreken) of dat ze gaan voor een vast jaarsalaris. Dit is in strijd met de bedoeling van de Wbfo, zo worden excessieve ontslagvergoedingen niet beperkt. De “nuttig effect”-doctrine brengt mee dat juist de Wbfo voor moet gaan. Zo krijgt de meest beperkende regel voorrang, zonder dat de norm over de transitievergoeding zijn nuttig effect verliest. De maximale vergoeding van Visser uit het voorbeeld zou dan € 150.000 zijn.

Mijn conclusie is dus dat cumulatie van beide rechtsnormen hier de juiste benadering is. In dit geval blijven de beide normen zoveel mogelijk tegelijkertijd werken. Dat is voornamelijk geen probleem indien de transitievergoeding lager blijft dan het Wbfo-maximum. Voor het geval de transitievergoeding hoger is, is cumulatie niet meer mogelijk, valt alternativiteit af

⁶¹⁹ Dit kwam door de inmiddels uitgewerkte bepaling art. 7:673a BW (geldig t/m 1 januari 2020).

en is exclusiviteit van de Wbfo-norm nodig. Met deze exclusiviteit wordt het nuttig effect van beide normen niet beperkt.

6.17. Conclusie: de grenzen aan beloningswetgeving door samenloop

Samenloop van wetten, specifiek beloningswetten, leidt tot juridische vraagstukken die niet altijd eenvoudig te beantwoorden zijn. Wordt de werking van de ene wet door de andere beperkt? Of kunnen de wetten tegelijkertijd hun rechtskracht behouden en komen we aan voorrang niet toe? Ik heb in dit hoofdstuk deze vragen proberen te beantwoorden met als uitgangspunt zo veel mogelijk de rechtskracht van de samenlopende normen te behouden.

Met mijn samenlooptool heb ik, zoals in de inleiding al genoemd, inzichtelijk willen maken wanneer er sprake is van (problematische) samenloop, en wanneer deze het wettelijk ingrijpen in beloning begrenst. Verder heb ik onderzocht welke argumenten relevant zijn voor het signaleren en oplossen van samenloop en welke argumenten buiten beschouwing moeten worden gelaten. Als uitgangspunt neem ik dat als er sprake is van samenloop, in eerste instantie gepoogd moet worden zo veel mogelijk rechtskracht van beide normen te handhaven om pas later, indien het echt niet anders mogelijk is, de ene norm voor de andere te plaatsen. Om de tool te illustreren, heb ik de twee samenloopcasussen Wnt/Wwz en Wbfo/Wwz gebruikt om tot een oplossing te komen van het samenloopprobleem.

Er zijn bij de Wnt/Wwz-samenloop goede argumenten om toch te stapelen met vergoedingen. De vergelijkingen met het ambtenarenrecht en met de grammaticale uitleg van de wet maken het verleidelijk om voorrang aan de Wwz te verlenen. Om eerlijk te zijn: het aannemen van een absolute voorrangregel vind ik ook best verdedigbaar, in die zin hebben de voorstanders van het stapelen gelijk, art. 1.1 onder i Wnt is op zich helder. De parlementaire geschiedenis deed mij echter toch te veel twijfelen.

Vandaar dat ik pleit voor een oplossing in de geest van de kantonrechter Amsterdam. Die heeft de rechtskracht van beide wetten zoveel mogelijk in stand gelaten door de transitievergoeding aan te houden. Het is een goed voorbeeld van cumulatie van rechtsregels, in lijn met de samenloopregels zoals de Hoge Raad en de literatuur deze in privaatrechtelijke samenloopgevallen hebben aangehouden.

Bij de Wbfo/Wwz-samenloop hou ik zoveel mogelijk vast aan een oplossing in lijn met het leerstuk van de Hoge Raad. Cumulatie van rechtsregels (en dus niet van vergoedingen!) leidt in de meeste gevallen niet tot een problematische uitkomst en doet recht aan beide samenlopende wetten. In een enkel, nu niet veel voorkomend geval, namelijk wanneer de transitievergoeding hoger is dan het maximum uit de Wbfo, zijn de wetten niet te cumuleren. Voor deze situaties zal de exclusieve werking van de meest beperkende regel, zijnde de Wbfo, voorrang genieten. In dit geval brengt deze exclusiviteit nog steeds niet mee dat het nuttig effect van beide wetten tekort wordt gedaan. Kortom: cumulatie waar het kan, exclusiviteit waar het nodig is.

Dat betekent overigens niet dat we niet dringend behoefte hebben aan verduidelijkende wetgeving op het samenloopterrein van Wnt, Wwz en Wft. Mevrouw Brouwer uit het voorbeeld in de inleiding heeft nu volgens sommigen recht op € 155.000, volgens anderen op € 75.000. Er valt niet te ontkennen dat onzekerheid over het bedrag problematisch is, al was het maar omdat partijen bij verschil van mening genoodzaakt zijn juridische bijstand in te roepen en zonodig hun geschil aan de rechter voor te leggen.