



Ons kenmerk AV/AR/2009/2120
Datum 12 februari 2009
Onderwerp Nader rapport inzake het voorstel van wet houdende wijziging van Boek 7, titel 10, van het Burgerlijk Wetboek in verband met het limiteren van de hoogte van de vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:685 BW

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 16 december 2008, nr.08.003643, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 26 januari 2009, nr. W12.08.0564/III, bied ik U hierbij aan.

De Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen over de betekenis van het voorstel in het kader van de economische ontwikkelingen, de werking van de arbeidsmarkt en de recente aanpassing van de zogenoemde kantonrechttersformule; de voorgestelde norm, de effectiviteit van het voorstel en de consequenties bij toepassing ervan. Hij is van oordeel dat in verband met deze opmerkingen over het voorstel in deze vorm niet positief kan worden geadviseerd.

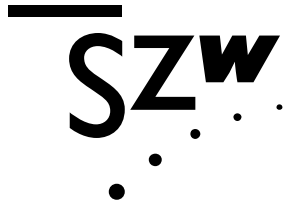
1. Algemeen

Onderdeel a Plaats van het voorstel in het beleid tot vergroting arbeidsparticipatie.

Naar aanleiding van het advies van de Raad om in de toelichting aan te geven hoe de voorgestelde maatregel past in een bredere aanpak van vergroting van de arbeidsparticipatie wordt opgemerkt dat deze doelstelling niet ten grondslag ligt aan het wetsvoorstel. Zoals uit de memorie van toelichting blijkt, is het doel voorkomen van onnodig hoge ontslagkosten en om de discussie over het ontslagrecht voorlopig af te ronden zodat noodzakelijke overeenstemming op andere terreinen om te komen tot een verhoging van de arbeidsparticipatie niet langer wordt geblokkeerd. In dat verband is in het Najaarsoverleg afgesproken dat in overleg met sociale partners afspraken zullen worden gemaakt over scholing van werknemers, het bevorderen van werk naar werk trajecten voor werknemers die met ontslag bedreigd worden of ontslagen zijn en hoe meer inzicht kan worden verkregen in vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Het spreekt voor zich dat in het licht van de financiële crisis haast geboden is bij de totstandkoming van deze afspraken.

Onderdeel b Voorstel in relatie tot nieuwe formule

Naar aanleiding van het advies van de Raad om in de toelichting te motiveren waarom de nieuwe kantonrechttersformule niet toereikend is geacht voor de door de regering wenselijke geachte kostenbeheersing wordt opgemerkt dat aanbevelingen van de Kring van kantonrechtters niet bindend zijn en rechtshandhaving hierin voorkomende gevallen van kunnen afwijken. Een wettelijke norm verplicht de rechter altijd nadrukkelijk aandacht te besteden aan de vraag of voor de categorie werknemers met een inkomen van €75.000 of



Ons kenmerk AV/AR/2009/2120

meer een vergoeding hoger dan 1 jaarsalaris noodzakelijk is en zal bovendien ook positieve effecten hebben (in termen van het voorkomen van onnodig hoge kosten) op de ontslagpraktijk als zodanig.

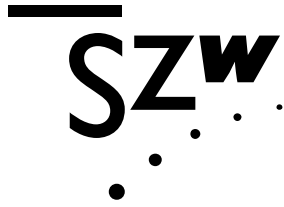
2. Het wetsvoorstel als zodanig

Onderdeel a Rechtsgrond vergoeding

Naar aanleiding van de opmerking van de Raad dat het gat tussen WW-uitkering en voormalig salaris groter wordt naarmate het salaris hoger was en de ontslagvergoeding onder meer strekt tot tegemoetkoming hiervan, wordt het volgende opgemerkt. De relatie die door de Raad wordt gelegd met een mogelijke WW-uitkering en de dekking van het inkomensverlies waar die regeling in voorziet, ontbreekt, zowel in de kantonrechttersformule als in de rechtspraktijk. Met andere woorden, de formule wordt door rechters toegepast ongeacht het inkomensniveau en ongeacht de vraag in hoeverre een deel van het inkomensverlies als gevolg van ontslag door de WW wordt gecompenseerd. Op grond daarvan moet worden geconcludeerd dat de vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst weliswaar ook zal voorzien in een beperking van het inkomensverlies na ontslag, maar niet uitsluitend om die reden wordt toegekend. Zoals uit de wet blijkt wordt bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst een vergoeding toegekend als dat de rechter met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt. Ook daaruit blijkt dat er andere redenen kunnen zijn voor het toekennen van een vergoeding dan uitsluitend als compensatie voor het geleden inkomensverlies. In de (ook nieuwe) kantonrechttersformule is hier nadere invulling aan gegeven om de uniformiteit wat betreft de toekenning van een vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst te bevorderen.

Onderdeel b Normstelling

De Raad gaat ten onrechte uit van de veronderstelling dat de toevoeging aan het voorgestelde artikel 7: 685a lid 1 BW, “tenzij dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn” beperkte betekenis heeft als het gaat om het meewegen van de arbeidsmarktkansen van een individuele werknemer bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding. In de toelichting wordt uitdrukkelijk gesteld dat de rechter kan afwijken van het voorgeschreven maximum als het volstaan met toekenning van de gemaximeerde vergoeding, in het licht van *alle* relevante omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Als voorbeeld wordt genoemd de situatie waarin de werkgever zich heeft misdragen of de beëindiging van de arbeidsrelatie hem anderszins te verwijten valt. Dat sluit niet uit dat de rechter de individuele arbeidsmarktkansen van een werknemer betreft bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding, eventueel in afwijking van het voorgestelde maximum. Gegeven de veronderstelling die aan de grens



Ons kenmerk AV/AR/2009/2120

van €75.000 ten grondslag ligt (werknemers met goede arbeidsmarktkansen) ligt dat, bij een beoordeling in een individueel geval waarbij sprake is van een werknemer met een slechte arbeidsmarktpositie, ook in de rede.

Onderdeel c Effectiviteit

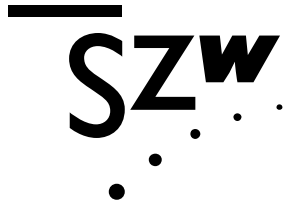
Naar aanleiding van de opmerking van de Raad dat voor werknemers met een hoog salaris het voorstel niet zal leiden tot de beoogde flexibilisering van de arbeidsmarkt of tot een vergroting van de mate van arbeidsparticipatie wordt opgemerkt, dat dat ook niet met het voorstel wordt beoogd. De populatie werknemers die het hier betreft hebben in de regel al een goede arbeidsmarktpositie wat reden is om te komen tot een maximering van de aan hen toe te kennen vergoeding teneinde onnodig hoge ontslagkosten tegen te gaan.

Het is inderdaad niet uitgesloten, zoals door de Raad gesteld, dat werknemers met een hoog salaris en een goede arbeidsmarktpositie bij aanvang van de arbeidsovereenkomst wellicht een hogere vergoeding zullen bedingen. Ook dat dergelijke vergoedingen niet ter toetsing zullen worden voorgelegd aan de rechter. De conclusie die vervolgens wordt getrokken, namelijk dat in deze gevallen het wetsvoorstel niet zal leiden tot een beperking van de vergoeding wordt echter niet zonder meer gedeeld. Die conclusie miskent de effecten die een maximering van de vergoeding zal hebben op onderhandelingen die worden gevoerd over de hoogte van een vergoeding bij beëindiging van de overeenkomst. Als duidelijk is dat bij een gang naar de rechter de vergoeding niet hoger zal zijn dan een bepaald bedrag, dan zal dat zijn weerslag hebben op de uitkomst van dergelijke onderhandelingen.

Wat betreft de constatering van de Raad dat het voorstel kan leiden tot een beperking van de aanspraken van werknemers met een slechte arbeidsmarktpositie (en een hoog salaris) wordt verwezen naar wat hiervoor bij onderdeel b is opgemerkt met betrekking tot deze werknemers in relatie tot de mogelijkheid tot afwijking van de bij dit wetsvoorstel voorgestelde maximumnorm voor werknemers met een hoog inkomen.

Onderdeel d Ongelijkheid

Naar aanleiding van de opmerking van de Raad dat de voorgestelde maximering kan leiden tot aanzienlijke verschillen qua ontslagvergoeding tussen werknemers waarvan het inkomen slechts in geringe mate verschilt, maar die overigens in gelijke omstandigheden verkeren, wordt opgemerkt dat het uiteindelijk aan de rechter is om te bepalen hoe hiermee om te gaan. Denkbaar is in dat verband dat voor werknemers met een inkomen onder de grens van €75.000 en met een goede arbeidsmarktpositie de vergoeding naar het plafond zal worden toegebogen. Dit is ook mogelijk gelet op het feit dat volgens de nieuwe kantonrechtformule bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding meer de nadruk wordt gelegd op de arbeidsmarktkansen van werknemers. Hiervoor is al



Ons kenmerk AV/AR/2009/2120

aangegeven dat als de arbeidsmarktkansen van een werknemer met een inkomen gelijk aan of hoger dan €75.000 slecht zijn, dat reden kan zijn om af te wijken van het wettelijk maximum. Langs deze weg kunnen ongerechtvaardigde verschillen worden gemitigeerd.

Er is niet voor een glijdende schaal gekozen, zoals door de Raad wordt gesuggereerd, omdat het onmogelijk is om per inkomenscategorie onderscheidend aan te geven wat het verschil in arbeidsmarktpositie is.

Ten slotte wordt opgemerkt, dat de Raad uit lijkt te gaan van de veronderstelling dat een werknemer met een jaarsalaris van €75.000 of meer, nooit meer aan vergoeding kan krijgen dan €75.000. Dit is onjuist. Bij een jaarsalaris van €75.000 of meer is het maximum gelijk aan het jaarsalaris. Dat kan dus hoger zijn dan genoemd bedrag.

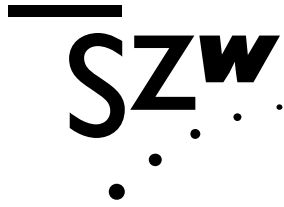
Onderdeel e Reikwijdte wetsvoorstel

De Raad veronderstelt dat het voorstel ook voor werknemers met een salaris van minder dan €75.000 ingrijpende gevolgen kan hebben omdat looncomponenten die volgens de definitie van jaarsalaris niet worden meegenomen bij de bepaling van de hoogte hiervan, wel worden meegenomen als de rechter die meeneemt bij de berekening van de vergoeding.

Zoals in de memorie van toelichting uiteengezet zal een rechter voor het bepalen van de hoogte van de vergoeding alleen dan een bepaalde looncomponent meenemen (die normaliter niet wordt meegenomen) als het niet meenemen daarvan tot oneigenlijke uitkomsten leidt. Het betreft hier dus een uitzondering. Dat is bijvoorbeeld het geval als een deel van het oorspronkelijke loon van de werknemer wordt uitgekeerd in de vorm van door de werkgever betaalde pensioenpremie. Hiermee wordt beoogd recht te doen aan de werkelijke situatie zowel wat betreft de beloning van de betreffende werknemer als wat betreft een daarvan afgeleide vergoeding. In overeenstemming daarmee is om dan ook wat betreft het vaststellen van de hoogte van het jaarsalaris recht te doen aan de werkelijke situatie.

Onderdeel f Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat de regering de conclusie van de raad niet deelt en geen aanleiding ziet het voorstel te heroverwegen, mede omdat deze wijze waarop de wettelijke begrenzing van de door de kantonrechter toe te kennen vergoeding is vorm gegeven, ruimte blijft bieden om recht te doen aan de arbeidsmarktpositie van elke werknemer, met inbegrip van werknemers met een inkomen van €75.000 of hoger die een slechte arbeidsmarktpositie hebben.



Ons kenmerk AV/AR/2009/2120

3. Redactioneel

De redactionele kanttekeningen van de Raad zijn, behoudens het vierde aandachtsstreepje, overgenomen. Aanwijzing 34 bepaalt dat in een hogere regeling niet wordt toegestaan dat deze bij lagere regeling wordt gewijzigd. In het tweede lid van dezelfde aanwijzing wordt een uitzondering gemaakt voor het volgens een vaste systematiek aanpassen van bedragen, tarieven en percentages. In het vierde lid van artikel 7:685a lid 4 BW gaat het om genoemde uitzonderingssituatie.

Ik moge U, mede namens mijn ambtgenoot de Minister van Justitie, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

(J.P.H. Donner)