

**Reactie op de brief van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) inzake het wetsvoorstel tot 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 van het Burgerlijk Wetboek voor personen met een jaarsalaris van €75.000 of hoger (31 862).**

In het advies van de Adviescommissie Arbeidsrecht van de NOvA wordt een aantal opmerkingen gemaakt over wetsvoorstel 31 862 betreffende het limiteren van de hoogte van de vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:685 van het Burgerlijk Wetboek voor personen met een jaarsalaris van €75.000 of hoger. De opmerkingen zijn gegroepeerd onder A, B en C.

Onder A wordt opgemerkt dat van een evenwichtige behartiging van de wederzijdse belangen van werkgevers en werknemers geen sprake is als slechts een enkel punt (van het ontslagrecht) regeling vindt. In het algemene deel van de memorie van toelichting is ingegaan op de reikwijdte van dit wetsvoorstel en op de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen. Voor een reactie op de opmerkingen onder A wordt hiernaar verwezen.

Wat betreft de opmerkingen onder B het volgende. De NOvA merkt in de eerste plaats op dat het effect van de voorgestelde beperking zal zijn dat veel vaker dan tot nu toe, contractuele regelingen op voorhand zullen worden getroffen. In landen waarin naar Nederlandse maatstaven onevenredig hoge vergoedingen worden toegekend, zoals de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, maar ook Frankrijk, gebeurt dat nu juist op basis van dergelijke afspraken, aldus de NOvA.

Het op voorhand overeenkomen van vergoedingen bij ontslag is op zichzelf niet bezwaarlijk. Integendeel, het bevordert de duidelijkheid. De NOvA lijkt echter te suggereren dat als gevolg van het wetsvoorstel de (vooraf afgesproken) ontslagvergoedingen zullen stijgen. Die zorg wordt niet gedeeld. Voor de hoogte van een vooraf overeengekomen ontslagvergoeding (al dan niet in het kader van een beëindigingsovereenkomst) is in de Nederlandse verhoudingen veelal bepalend wat de rechter bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan vergoeding toekent. Het limiteren van de hoogte van de vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan er dan juist toe leiden, dat de hoogte van vooraf overeengekomen vergoedingen voor werknemers met een inkomen van €75.000 of hoger, lager zal zijn dan thans het geval.

In de tweede plaats merkt de NOvA op dat een effect van de voorgestelde beperking daarnaast zal kunnen zijn dat bij medewerkers met een inkomen boven de voorgestelde grens ontbinding vaker zal worden geweigerd. De vergoeding strekt er immers toe compensatie te bieden voor de mate van onbillijkheid van het ontslag. In zo'n geval ligt het in de rede dat na

weigering van de ontbinding alsnog overeenstemming over ontslag wordt bereikt, maar dan tegen een (wellicht veel) hogere vergoeding dat het wettelijk plafond, aldus de NOvA. Omgekeerd is niet uitgesloten dat (andere) kantonrechters in een wettelijke limitering aanleiding zullen vinden om, bij wijze van reflexwerking, ook bij inkomens onder de limiet de vergoeding neerwaarts bij te stellen.

Het wetsvoorstel laat onverlet dat de rechter een verzoek tot ontbinding op zijn eigen merites moet beoordelen en indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven, tot ontbinding moet overgaan. Het enkele feit, dat aan vergoeding (in beginsel) niet meer zal kunnen worden toegekend dan een bedrag gelijk aan het jaarsalaris van een werknemer (bij een jaarsalaris van €75.000 of hoger) kan op zichzelf geen reden zijn hier niet toe over te gaan. Voorts wordt voorbijgegaan aan het feit, dat op grond van het voorstel de rechter kan afwijken van het voorgeschreven maximum als 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. Dat zal bijvoorbeeld aan de orde zijn in die gevallen waar de werkgever zich heeft misdragen of de beëindiging van de arbeidsrelatie hem anderszins te verwijten is (uiteraard in die mate dat volstaan met het maximum onaanvaardbaar zou zijn). Dit kan ook het geval zijn in de situatie waar een werknemer met een jaarsalaris van €75.000 of hoger een slechtere arbeidsmarktpositie heeft dan op grond van dat inkomen verondersteld mag worden. Zoals opgemerkt in de memorie van toelichting en in het nader rapport bij het wetsvoorstel, ligt aan deze grens de veronderstelling ten grondslag dat het gaat om werknemers met een goede arbeidsmarktpositie.

Wat betreft de door de NOvA genoemde reflexwerking wordt opgemerkt dat het toekennen van een dergelijke algemene reflexwerking niet in de rede ligt en ook niet in de lijn der verwachting. Het wetsvoorstel heeft uitdrukkelijk alleen betrekking op de vergoeding aan werknemers met een jaarsalaris van €75.000 of hoger. Een beperkte reflexwerking is wel denkbaar zoals ook opgemerkt in het nader rapport bij het wetsvoorstel. Naar aanleiding van een opmerking van de Raad van State 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) is daarin gesteld, dat de rechter voor werknemers met een inkomen onder de grens van €75.000 en met een goede arbeidsmarktpositie de vergoeding naar het plafond zal kunnen toebuigen. Dit is ook mogelijk gelet op het feit dat volgens de nieuwe kantonrechtersformule bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding meer de nadruk wordt gelegd op de kansen van werknemers op de arbeidsmarkt, ongeacht de hoogte van het jaarsalaris. Hiervoor is al aangegeven dat als de arbeidsmarkt kansen 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.

Tenslotte werpt de NOvA in dit onderdeel de vraag op waarom de voorgestelde limitering slechts geldt voor de ontbindingsvergoeding en niet ook voor de vergoeding die verschuldigd kan zijn bij een kennelijk onredelijke opzegging.

In geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst bestaat – volgens de kantonrechttersformule – in beginsel aanspraak op een billijke vergoeding berekend volgens de formule  $A \times B$ , waarbij A staat voor het aantal (gewogen) dienstjaren en B voor het maandsalaris (van de betrokken werknemer). Al naar gelang de omstandigheden van het geval kan de rechter het aldus berekende bedrag naar boven of naar beneden bijstellen (C-factor). In de kennelijk onredelijk ontslagprocedure (die anders dan de ontbindingsprocedure gevoerd wordt als de arbeidsovereenkomst al is opgezegd) bestaat pas aanspraak op een vergoeding nadat vastgesteld is dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Als dat het geval is, kan de rechter een schadevergoeding vaststellen. Over de wijze waarop een dergelijke schadevergoeding moet worden berekend, loopt de rechtspraak uiteen. Sommige kantonrechtters maken daarbij gebruik van de kantonrechttersformule, anderen niet. Dat en het verschil in aard van de procedures was aanleiding de afspraak in het Najaarsoverleg over het limiteren van de hoogte van de ontslagvergoeding te beperken tot vergoedingen toegekend bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Van belang in dit verband is dat recent een aantal gerechtshoven uitspraak hebben gedaan over de toepassing van de kantonrechttersformule in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure. De NOvA wijst daar ook op. Die uitspraken gaan ervan uit dat in deze procedure de kantonrechttersformule kan worden gehanteerd, zij het met een kortingspercentage van 30% (Hof Den Haag) of met een kortingspercentage van 50% (de overige gerechtshoven). Tegen de uitspraak van het gerechtshof Den Haag is beroep in cassatie ingesteld. De advocaat-generaal heeft inmiddels geconcludeerd en de Hoge Raad geadviseerd over te gaan tot vernietiging van de uitspraak van het gerechtshof te Den Haag en de zaak te verwijzen naar een ander gerechtshof. Het arrest van de Hoge Raad wordt afgewacht. Aan de hand van dit arrest zal worden beoordeeld of wetswijziging (wat betreft de kennelijk onredelijk ontslagprocedure) aangewezen is.

In onderdeel C van het advies wordt in de eerste plaats opgemerkt, dat het merkwaardig is dat ook bij op zichzelf rechtsgeldige afspraken de rechter in de ontbindingsprocedure aan de wettelijke limiet is gebonden.

De kwalificatie “merkwaardig” wordt niet gedeeld om redenen die uitgebreid aan de orde zijn gesteld in de brief aan de Tweede Kamer van 16 juli 2009 (Kamerstukken II, 2008/09 31862, nr. 7). Hierin is aangegeven hoe het wetsvoorstel en dan in het bijzonder de zinsnede “ongeacht anders luidende afspraken tussen partijen” in artikel 7:685a, lid 1, zich verhoudt tot de

afspraken die in het Najaarsoverleg 2008 zijn gemaakt. Volstaan wordt dan ook met hiernaar te verwijzen.

Vervolgens wordt in het advies opgemerkt, dat de onaanvaardbaarheid het uitzonderingscriterium op de hoofdregel is. Het criterium is identiek aan dat van de beperkende werking van artikel 6:248 BW, aldus de NOvA, dat met zich zou brengen dat daarop slechts in uitzonderlijke gevallen een beroep op kan worden gedaan.

Volgens de NOvA suggereert de memorie van toelichting op het wetsvoorstel echter een breder toepassingsgebied. Dat is niet het geval. Van de hoofdregel kan worden afgeweken als volstaan met toekenning van de gelimiteerde vergoeding, in het licht van alle relevante omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In de memorie van toelichting is aangegeven, dat dat bijvoorbeeld aan de orde zal zijn in die gevallen waar de werkgever zich heeft misdragen of de beëindiging van de arbeidsrelatie hem anderszins te verwijten is (uiteraard in die mate dat volstaan met het maximum onaanvaardbaar zou zijn). In het nader rapport is aangegeven, dat afwijking ook aan de orde kan zijn in de situatie waar een werknemer met een jaarsalaris van €75.000 of hoger een slechtere arbeidsmarktpositie heeft dan op grond van dat inkomen verondersteld mag worden. Dat ligt ook in de rede gegeven de veronderstelling die aan de grens van €75.000 ten grondslag ligt, te weten dat werknemers met een dergelijk inkomen (of hoger) goede arbeidsmarktkansen hebben.

Tenslotte wordt in dit onderdeel de definitie van het jaarsalaris bekritiseerd, in die zin dat het loonbegrip uit de kantonrechttersformule is overgenomen, terwijl dat begrip in de Aanbevelingen van de Kring van kantonrechtters niet helder zou zijn afgebakend.

Opgemerkt wordt, dat noch de Raad voor de Rechtspraak, noch de Raad van State, kritiek heeft geuit op de definitie van het jaarsalaris. Met de definitie is aangesloten bij het loonbegrip in de kantonrechttersformule, juist ook vanwege het feit, dat die in de rechtspraktijk min of meer gemeengoed is geworden. Tegelijkertijd wordt hiermee bereikt, dat er geen verschillen ontstaan wat betreft de berekeningsgrondslag voor de vergoeding tussen werknemers met een inkomen hoger of lager dan €75.000. In de memorie van toelichting is hierop uitgebreid ingegaan (zie onder artikelsgewijs). In de memorie van toelichting is ook ingegaan op de definitie als zodanig en op de situatie dat de rechter bij de berekening van het maandloon een bepaalde looncomponent meeneemt die volgens de definitie van het jaarsalaris niet meegenomen wordt bij het bepalen van de hoogte van het jaarsalaris. In dat geval dient die component ook te worden meegenomen bij de berekening van de hoogte van het jaarsalaris. Voor een verdere toelichting wordt hiernaar verwezen.

