

Nieuwe kantonrechtersformule en maximering ontslagvergoeding: bezorgt de *golden parachute* de werknemer een zachte landing?

Mr. J.J. Splinter*

Inleiding

De wijze waarop de ontslagvergoeding wordt berekend, is per 1 januari 2009 veranderd en verdere veranderingen staan op stapel. Per 1 januari 2009 is de gewijzigde kantonrechtersformule van kracht, waartoe de Kring van Kantonrechters op 30 oktober 2008 heeft besloten. Eerder die maand kwam de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in samenwerking met de minister van Justitie met het wetsvoorstel 'Maximering vergoeding voor hogere inkomens' (hierna: het Wetsvoorstel). De Kring van Kantonrechters heeft het Wetsvoorstel echter niet gezien als een reden om de aanpassing van de kantonrechtersformule op te schorten.

Is deze wijziging van de kantonrechtersformule goed nieuws voor de werkgevers in deze economisch moeilijke tijden? Wordt de financiële bescherming van de werknemer hiermee niet ontrokken, juist nu de angst om werkloos te raken er bij veel werknemers al goed in zit? Zijn er 'voorzorgsmaatregelen' te nemen? In deze bijdrage zal ik kort ingaan op de uitwerking en de achtergronden van de nieuwe kantonrechtersformule, de tot dusver bekend zijnde uitgangspunten van het Wetsvoorstel, en of voor de werknemers met een hoger inkomen het overeenkomen van een *golden parachute* uitkomst biedt. Een *golden parachute* is een overeenkomst tussen de werkgever en de (veelal hooggeplaatste) werknemer waarbij partijen overeenkomen dat de werknemer een bepaalde vergoeding meekrijgt bij het einde van de arbeidsovereenkomst, al dan niet afhankelijk van de wijze van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst.

Kantonrechtersformule 2009

De kantonrechtersformule stamt uit 1996. Eind oktober 2008 heeft de Kring van Kantonrechters besloten om per 1 januari 2009 deze formule en de bijbehorende toelichting te wijzigen. Het doel van de kantonrechtersformule is en blijft het brengen van meer eenheid in de manier waarop kantonrechters een bij de ontbinding toe te kennen vergoeding berekenen. De kantonrechtersformule is niet bindend, ze is gebaseerd op aanbeve-

lingen. De formule zelf verandert niet en luidt onverkort: het aantal gewogen dienstjaren (hierna: Factor A) \times het bruto maandsalaris (hierna: Factor B) \times de correctiefactor (hierna: Factor C). Wijzigingen zijn voornamelijk doorgevoerd in de berekening van Factor A (aanbeveling 3.2) en Factor C (aanbeveling 3.4). Gezien de geringheid van de wijzigingen in Factor B en de relevantie voor deze bijdrage laat ik die factor hier verder buiten beschouwing.

Factor A

Factor A gaat uit van het beginsel dat trouwe dienst van invloed is op de hoogte van de ontbindingsvergoeding, waarbij tevens rekening wordt gehouden met het feit dat de oudere werknemer een slechtere positie op de arbeidsmarkt heeft. In de oude formule werden de dienstjaren als volgt gewogen:

- tot de leeftijd van 40 jaar: 1 per dienstjaar;
- van 40 tot 50 jaar: 1,5 per dienstjaar;
- vanaf 50 jaar: 2 per dienstjaar.

In de nieuwe formule is deze opbouw naar leeftijd verder gedifferentieerd met het doel een betere aansluiting te zoeken bij de verbeterde arbeidsmarkt voor jonge mensen, zonder hierbij de bescherming van oudere werknemers te verslechteren. De Kring van Kantonrechters is van mening dat (a) de demografische ontwikkelingen (bijvoorbeeld vergrijzing) en (b) het feit dat jongeren met enige werkervaring relatief gemakkelijk een nieuwe dienstbetrekking vinden, de aanpassing in Factor A rechtvaardigen. In de nieuwe formule worden de dienstjaren als volgt gewogen:

- tot de leeftijd van 35 jaar: 0,5 per dienstjaar;
- van 35 tot 45 jaar: 1 per dienstjaar;
- van 45 tot 55 jaar: 1,5 per dienstjaar;
- vanaf 55 jaar: 2 per dienstjaar.

Overigens is de wijze van tellen en afronden van de dienstjaren en de leeftijd er niet inzichtelijker op geworden en roept ze nog de nodige vragen op. Deze afrondingsproblematiek zal in deze bijdrage verder niet aan de orde komen, omdat hier eerst meer duidelijkheid over moet komen.

* Mr. J.J. Splinter is advocaat bij Loyens & Loeff.

Factor C

Voor de correctiefactor gold en geldt dat deze in beginsel 1 is als de reden voor de beëindiging van het dienstverband niet aan een van beide partijen te verwijten valt, niet in de risicosfeer van de werknemer valt, en zich verder geen bijzondere omstandigheden voordoen. De Kring van Kantonrechters wil in de aangepaste formule echter meer aandacht geven aan de bijzondere omstandigheden. De Kring van Kantonrechters is van mening dat dergelijke bijzondere omstandigheden nu soms onderbelicht blijven. Vooral de opstelling van de werkgever, de arbeidsmarktpositie van de werknemer en de financiële positie van de werkgever zullen een belangrijkere rol spelen.

De opstelling van de werkgever zal een direct effect hebben op de hoogte van Factor C. Een werkgever die zijn werknemers veel mogelijkheden tot opleiding en ontwikkeling aanbiedt en zo de positie van zijn werknemers op de arbeidsmarkt verbetert, kan bij het vaststellen van Factor C hiervoor worden 'beloond', in die zin dat deze factor lager dan 1 kan worden. Verder zal de arbeidsmarktpositie van de werknemer een meer prominente rol gaan spelen. Een werknemer die werkzaam is in een branche waarin een groot gebrek aan personeel heerst, heeft minder bescherming nodig dan een werknemer die in een branche werkt waarin juist weinig behoefte is aan personeel.

Ook de financiële positie van de werkgever zal meer van belang worden. In de nieuwe tekst wordt speciaal aandacht besteed aan de *habe-nichts-* en *habe-wenig-*excepties, oftewel het beroep van de werkgever op een slechte financiële positie. De Kring van Kantonrechters stelt dat van de werkgever die zich op een slechte financiële positie beroept, redelijkerwijs verwacht mag worden dat hij dit goed onderbouwt. Zo zal de werkgever onder andere zijn balans en winst-en-verliesrekening van de afgelopen drie jaren moeten overleggen, voorzien van een toelichting en een degelijke *forecast*. Indien daaruit blijkt dat de financiële positie van de werkgever slecht is, willen de kantonrechters daar meer dan nu rekening mee houden.

Oudere werknemers en korte dienstverbanden

In de nieuwe kantonrechtersformule wordt aanvullend aandacht geschonken aan de oudere werknemer en aan de werknemer met een kort dienstverband. De werknemer van wie pensioen nadert, kan een hogere vergoeding krijgen dan het inkomensverlies tot aan zijn pensionering. Tot nu toe was het zo dat de ontslagvergoeding werd gemaximeerd tot het inkomensverlies tot de 65-jarige leeftijd.

De werknemer wiens arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt opgezegd, kan een hogere vergoeding krijgen als hij is 'losgeweekt' van zijn vorige werkgever en door zijn vertrek bij de vorige werkgever veel zekerheden of gunstige arbeidsvoorwaarden heeft prijsgegeven.

Ook hier wordt dus meer gekeken naar de verwijtbaarheid, risicosfeer en de overige bijzondere omstandigheden van het geval (zoals de omstandigheden die ook bij de vaststelling van Factor C

meewegen). Kortom, meer maatwerk. Het Wetsvoorstel zal, zoals het zich nu laat aanzien, een *cap* op dit maatwerk zetten.

Wetsvoorstel 'Maximering vergoeding voor hogere inkomens'

Het Wetsvoorstel is ten tijde van het schrijven van deze bijdrage nog niet bekendgemaakt. Het Wetsvoorstel is voor advies naar de Raad van State gezonden en de precieze tekst, alsmede het advies van de Raad van State wordt pas bekend bij indiening bij de Tweede Kamer.

Het Wetsvoorstel strekt ertoe de door de kantonrechter toe te kennen vergoeding bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:685 BW te maximeren op één jaarsalaris van de werknemer, indien dit jaarsalaris EUR 75.000 bruto of meer bedraagt. Uit de memorie van toelichting zou blijken dat de achterliggende doelen van deze wet zijn (a) het voorkomen van onnodig hoge kosten van ontslag, (b) het bevorderen van de arbeidsparticipatie, en (c) het versterken van de economische uitgangspositie.

De grens van EUR 75.000 is gekozen omdat de wetgever ervan uitgaat dat werknemers met een dergelijk inkomen in de regel een goede positie op de arbeidsmarkt hebben. De ontbindingsvergoeding wordt met dit wetsvoorstel echter niet gemaximeerd op EUR 75.000. Een werknemer die bijvoorbeeld een brutojaarsalaris verdient van EUR 150.000, kan volgens het wetsvoorstel maximaal één jaarsalaris meekrijgen omdat hij meer dan EUR 75.000 verdient; zijn vergoeding zal dus maximaal EUR 150.000 bedragen.

Op voorhand zijn er vooral nog veel vraagtekens te plaatsen bij het Wetsvoorstel. Is de positie van de betreffende categorie werknemers door de recente, onvoorziene verslechtering van het economische klimaat – en daarmee de arbeidsmarkt – nog wel zó goed te noemen? Hoe redelijk is het om een oudere werknemer met een lang dienstverband en een salaris van EUR 76.000 maximaal een vergoeding van EUR 76.000 toe te kennen, terwijl zijn collega met hetzelfde aantal dienstjaren en een salaris van EUR 74.000 in dezelfde situatie een (veel) hogere vergoeding toegewezen krijgt? Bij die tweede werknemer wordt de vergoeding immers niet gemaximeerd, omdat hij minder dan EUR 75.000 verdient. Gaat de kantonrechter gebruikmaken van de mogelijkheid om af te wijken van de maximering als dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is? Hoe verhoudt de maximering zich tot de nieuwe kantonrechtersformule? Is het bedingen van een *golden parachute* een mogelijke *escape* voor de werknemer? Over dat laatste hierna meer.

Golden parachute

Deze laatste vraag is naar mijn mening een interessante, daar hiermee het doel van het Wetsvoorstel in veel gevallen niet tot zijn recht zal komen. De Raad voor de rechtspraak¹ acht de mogelijkheden voor het overeenkomen van contractuele afwijkingen eveneens niet geheel duidelijk. De Raad voor de recht-

spraak acht het wenselijk dat tekst en/of toelichting bij het Wetsvoorstel op dit punt worden aangevuld. Duidelijk moet worden of de kantonrechter ook bij een geregelde ontbinding geacht wordt de daarbij tussen partijen overeengekomen *golden parachute* ambtshalve aan het criterium van het Wetsvoorstel te toetsen. Voor de huidige stand van zaken op het punt van de *golden parachute* verwijs ik naar het DCW/Blakborn-arrest van de Hoge Raad.² Hierin herhaalt de Hoge Raad in de eerste plaats wat in eerdere rechtspraak reeds was bepaald. Dat was dat (a) het overeenkomen van een afvloeiingsvergoeding, dat wil zeggen een *golden parachute*, is toegestaan, (b) bepalingen waarbij de mogelijkheid van partijen om zich tot een rechter te wenden om ontbinding te verzoeken, worden beperkt of uitgesloten nietig zijn, en (c) bepalingen waarbij de bevoegdheid van de rechter om bij ontbinding een vergoeding toe te kennen, worden beperkt of uitgesloten nietig zijn.

De *golden parachute* is geen aanspraak die is gegrond op redelijkheid en billijkheid of op de eisen van goed werkgeverschap. Het betreft een vordering tot nakoming van een contractuele afvloeiingsregeling. Deze vordering kan in een aparte procedure geldend worden gemaakt. Volgens de Hoge Raad is het niet de bedoeling dat de werknemer een ontbindingsvergoeding door de kantonrechter krijgt toegewezen en daarnaast in een aparte procedure zijn gehele *golden parachute* nog kan 'opentrekken' en kan incasseren. De Hoge Raad geeft aan dat zowel de kantonrechter in de ontbindingsprocedure als de rechter in een aparte procedure (voor de *golden parachute*) rekening moet houden met beide elementen, mits deze bekend zijn. De Hoge Raad is van mening dat indien de kantonrechter in een ontbindingsprocedure op de hoogte is van de aanwezigheid van een *golden parachute*, hij er bij het bepalen van de vergoeding van uit moet gaan dat de regeling wordt nagekomen en de werknemer de *golden parachute* te gelde kan maken, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat dit niet mag worden verwacht.

In het kader van het Wetsvoorstel zou dit mijns inziens impliceren dat de kantonrechter in gevallen waarin een werknemer meer dan EUR 75.000 per jaar verdient en er een *golden parachute* van meer dan een jaarsalaris is overeengekomen, er in principe geen ontbindingsvergoeding toegekend moet worden. De werknemer doet er verstandig aan de aanwezigheid van een *golden parachute* dan ook niet in de ontbindingsprocedure te betrekken. De kantonrechter hoeft hier dan geen rekening mee te houden. De werkgever moet in de latere procedure over de *golden parachute* aantonen dat bij het overeenkomen van de *golden parachute* geen rekening is gehouden met de mogelijkheid dat ook een ontslagvergoeding toegekend zou worden. Daarnaast moet de werkgever aantonen dat (volledige) nakoming van deze afspraak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid

onredelijk zou zijn. Gezien de strenge toetsing op dit punt zal de werkgever eerder dan de werknemer aan het kortste eind trekken en zal óók de *golden parachute* uitbetaald moeten worden aan de werknemer. De werknemer ontvangt in dat geval dus wel degelijk de *golden parachute* naast de (afgetopte) ontbindingsvergoeding.

Conclusie

De nieuwe kantonrechtformule zal sec genomen voor jonge werknemers of werknemers met lange dienstverbanden die wel op jonge leeftijd bij de werkgever zijn begonnen, niet gunstig uitpakken. Deze laatste categorie zal immers bij de berekening volgens de nieuwe kantonrechtformule ook met de nieuwe categorie tot 35 jaar te maken krijgen, waarbij slechts 0,5 jaar per dienstjaar wordt vergoed, terwijl volgens de oude formule minimaal 1 jaar per dienstjaar werd vergoed. Toch ben ik van mening dat de nieuwe formulering van de overwegingen ook anders belicht kan worden. De kring van kantonrecht geeft duidelijk aan dat hij onder andere de positie op de arbeidsmarkt duidelijk naar voren wil laten komen. Oftewel de toepassing van de kantonrechtformule juist meer flexibel te maken, zodat deze goed toepasbaar blijft in zich wijzigende (economische) omstandigheden. Juist de economische omstandigheden zijn de afgelopen maanden in sneltreinvaart verslechterd en de impact van de financiële ontwikkelingen lijkt veelal sterk te zijn onderschat. De arbeidsmarkt volgt deze tendens en óók (juist) de positie voor de *young professionals* ziet er momenteel niet altijd even rooskleurig uit. In ieder geval ligt het in de lijn der verwachting dat de kantonrechter minder vaak met droge ogen zal kunnen concluderen dat de positie op de arbeidsmarkt voor jonge mensen zo gunstig is. Ik ben van mening dat dit zijn weerslag zou kunnen hebben in de vaststelling van de vergoedingen. De werkgever aan de andere kant krijgt meer ruimte om zijn slechte financiële positie aan te tonen, waarbij de kantonrechter slechte resultaten aan deze kant ook niet zal kunnen negeren. Kortom: de motivering voor het wel of niet recht hebben op een vergoeding en de hoogte daarvan wordt met de nieuwe kantonrechtformule extra belangrijk. Meer maatwerk, hetgeen een positieve ontwikkeling kan zijn.

Saillant detail met betrekking tot de nieuwe kantonrechtformule is nog dat bij veel recent opgestelde sociaal plannen de oude kantonrechtformule als uitgangspunt wordt gehanteerd. Verschillende vakbonden hebben reeds – in niet mis te verstane bewoordingen – te kennen gegeven dat zij er alles aan zullen doen de oude formule te blijven hanteren, en zeer ongelukkig zijn met de nieuwe formule. Hoe dit verder zijn weg vindt, zal moeten blijken.

Ook het Wetsvoorstel zal geen directe grote veranderingen met zich meebrengen naar mijn mening. Voor zover momenteel bekend blijft de mogelijkheid bestaan om van de in het Wetsvoorstel genoemde maximumvergoeding bij overeenkomst af te wijken. Bovendien is een verplichting tot ambtshalve toetsing door de kantonrechter niet aanwezig. Het praktische belang van het Wetsvoorstel is naar mijn mening ver te zoeken. Ervan uit-

1. De Raad voor de rechtspraak behoort tot de rechterlijke macht zonder rechtsprekende taken. Naast een wettelijke adviestaak (o.a. op wetgeving) ziet de Raad voor de rechtspraak onder andere op (a) het financieel beleid, (b) de bedrijfsvoering, en (c) rechtseenheid en juridische kwaliteit van de gerechten.

2. HR 2 april 2004, JAR 2004/112.

gaande dat meer werknemers nu een *golden parachute* zullen bedingen, en op basis van de nu bekend zijnde gegevens kan niet anders worden geconcludeerd dan dat het Wetsvoorstel alleen werknemers zal treffen die een dergelijke *golden parachute* niet zijn overeengekomen en EUR 75.000 of meer verdienen. Ik denk hierbij aan goed verdienende oudere werknemers met een lang dienstverband bij de werkgever of in situaties waarbij een hoge Factor C de verwijtbaarheid bij de werkgever fors dient te corrigeren. Zijn dit nu juist de gevallen waarvoor een dergelijke wet in het leven geroepen moest worden? Ik denk persoonlijk van niet. Zoals eerder genoemd waren de doelen van het Wetsvoorstel (a) het voorkomen van onnodig hoge kosten van ontslag, (b) het bevorderen van de arbeidsparticipatie, en (c) het versterken van de economische uitgangspositie. Welnu: de hoge kosten van ontslag worden niet voorkomen en zullen zelfs bij het overeenkomen van een *golden parachute* hoger kunnen uitpakken dan in de huidige situatie. De arbeidsparticipatie zie ik niet bevorderd worden, maar eerder beperkt. Juist de goed verdienende, trouwe, oudere werknemer die reeds een minder goede positie heeft op de arbeidsmarkt, zal door het Wetsvoorstel worden getroffen. Deze werknemer zal immers een lagere vergoeding meekrijgen, daar waar zijn schade veelal groter is; denk hierbij bijvoorbeeld aan een lange periode van verlies van inkomen en een extra pensioengat. Dit is opmerkelijk, daar ik juist begrepen heb dat de overheid graag de arbeidsparticipatie van deze groep wil bevorderen en verlengen. Al met al kan men concluderen dat onduidelijk is welke partijen van de doorgevoerde wijzigingen en de komende wijzigingen kunnen profiteren en wie de dupe zullen worden.