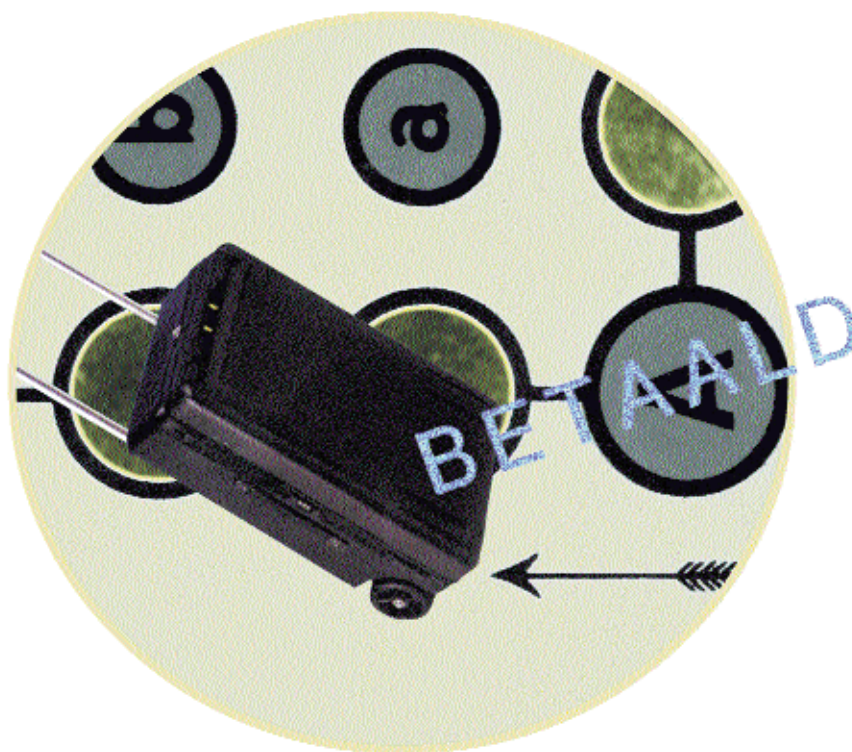


Recht

Pleidooi voor een andere Kantonrechttersformule

Met de Kantonrechttersformule proberen kantonrechtters de ontbindingen van arbeidscontracten te uniformeren. Omdat 'jobhoppen' leidt tot steeds kortere dienstverbanden en omdat stockopties steeds vaker deel uitmaken van het salaris, moet de formule worden herzien.

mr. Karin Bodewes
advocaat te Amsterdam



De ene kantonrechter zet de formule buitenspel, een ander probeert er door het opschroeven van de correctiefactor een rechtvaardige draai aan te geven

De Kantonrechttersformule dient om de uniformiteit in arbeidsrechtelijke ontbindingsuitspraken te bevorderen. Ze is ontwikkeld door de Kring van Kantonrechtters en wordt sinds 1 januari 1997 toegepast. De formule bevat aanbevelingen voor kantonrechtters inzake art.7:685 BW-verzoeken. De aanbevelingen zien vooral op de financiële aspecten van een ontbindingsprocedure. Aan de hand van het aantal gewogen dienstjaren (A) en het beloningspakket (B) komt de kantonrechter uiteindelijk via de billijkheidsfactor (C) tot een afgewogen oordeel. Althans... dat is de bedoeling.

De aanbevelingen zijn tot nu toe slechts één keer aangepast. In oktober 1999 heeft de Kring van Kantonrechtters de formule aangescherpt, vooral voor ontbindingsverzoeken die door werknemers worden ingediend. Voor het overige werden de aanbevelingen als hanteerbaar instrument gezien om een wild-

groeit te voorkomen in de beschikkingen op de almaar toenemende stroom van ontbindingsverzoeken.

Voorlaatste dienstverband

De arbeidsrechtpraktijk staat niet stil. Een opvallend verschijnsel is de toename van ontbindingen na een – soms extreem – kort dienstverband. Dit verschijnsel is een duidelijk gevolg van de krapte op de arbeidsmarkt. Vanwege die krapte worden werknemers zonder (grondige) screening op posities geplaatst waarvoor zij al na korte tijd niet geschikt blijken te zijn. Een proeftijd is vaak niet overeengekomen. Oorzaak: dezelfde krapte, die de kandidaat alle ruimte laat om eisen te stellen. De werkgever kan niet anders dan aan die eisen gehoor geven, anders blijft de post vacant.

Welke waarde wordt in zo'n geval gehecht aan de Kantonrechttersformule? Geen, althans

**Stockopties zijn
onbekend en
onzeker zodat de
claim van de
werknemer door de
kantonrechter
meestal niet wordt
gehonoreerd**

wenig nu factor A – het aantal gewogen dienstjaren – vaak neerkomt op nihil, soms 1, hooguit 2 (indien de werknemer ouder is dan vijftig jaar). De ene kantonrechter zet de formule helemaal buitenspel, de ander probeert er, door het opschroeven van correctiefactor C, een rechtvaardige draai aan te geven, weer een ander neemt de dienstjaren bij de vorige werkgever mee in zijn oordeelsvorming. Dit leidt tot wisselende uitspraken, waarvan die van de kantonrechter te Rotterdam (25 april 2000, *JAR* 2000-217) een uitschieter is. Hoewel de werknemer hier al kon terugkijken op een dienstverband van vijf jaar bij zijn laatste werkgever, nam de kantonrechter zijn volledige dienstverband bij zijn vorige werkgever – dit waren maar liefst achttien dienstjaren – mee in de berekening van de Kantonrechtformule.

Factor A valt op die manier wel erg hoog uit en men kan zich afvragen of dit een redelijke uitkomst is. Toch valt er een tendens waar te nemen waarbij de kantonrechter vooral bij korte dienstverbanden het arbeidsverleden bij de vorige werkgever mee in overweging neemt. Op deze wijze wordt mijns inziens een uitleg gegeven aan factor A die door de aanbevelingen niet wordt gedragen. Omdat de ontslagen na enkele maanden dienstverband schrikbarend toenemen, zou het de moeite waard zijn aan dit fenomeen in de aanbevelingen aandacht te besteden.

Stockopties

Een ander – naar mijn mening veel ingrijpend – aspect is het standpunt van de Hoge Raad dat in een ontbindingsprocedure alle aanspraken van een werknemer aan de orde moeten komen.¹ De Hoge Raad bepaalde dat de rechter in een ontbindingsprocedure alle aanspraken van een werknemer in zijn billijkheidsoverwegingen moet betrekken, zodanig dat er naast de ontbindingsprocedure geen plaats is voor een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.

In de casus-Baijings had de kantonrechter de aanspraak van de werknemer op schade uit hoofde van verval van opties uitdrukkelijk buiten beschouwing gelaten. De Hoge Raad aanvaardde deze afwijking op de hoofdregel slechts bij hoge uitzondering, omdat de werknemer anders een rechtsgang zou worden onthouden.

De hoofdregel is bevestigd door de Rechtbank Amsterdam (16 december 1999, *JAR* 2000-9 [Walvisch/Star Reachers]). De heer Walvisch had zijn aanspraak op schade wegens het niet doorgaan van een in het vooruitzicht gestelde aandelenparticipatie zelf buiten de ontbindingsprocedure gehouden. Die aanspraak – zo liet hij de kantonrechter weten – zou hij in een afzonderlijke procedure aanhangig maken. De rechtbank (in appèl) overwoog dat het niet aan de procespartijen is om een aanspraak buiten de ontbindingsprocedure te houden, hoe complex die materie ook is. De rechter dient bij het vaststellen van een door hem toe te kennen vergoeding alle voor zijn billijkheidsoordeel relevante factoren mee te wegen.

Deze uitspraken hebben tot de nodige publicaties geleid, maar niet tot een standpunt van de kantonrechters. Hoe verhoudt zich nu deze jurisprudentie tot de Landelijke Aanbevelingen? Volgens de aanbevelingen behoren tot factor B alleen de vaste en overeengekomen looncomponenten. Pensioen, welke schade voor de introductie van de Kantonrechtformule veelvuldig werd gevorderd (en ook toegewezen), maakt van de formule geen deel uit. Ook stockopties zijn onbekend – en dus onbemand? – zodat ook de aanspraak op schade, die de werknemer lijdt als gevolg van het verval van de uit de toegekende opties voortvloeiende voordelen, door de kantonrechter meestal niet wordt gehonoreerd.

Kan de kantonrechter een aanspraak van een werknemer louter afdoen onder verwijzing naar de formule? Mijns inziens niet, zeker niet gezien de stelligheid waarmee de Hoge Raad de hoofdregel heeft geformuleerd. Omdat alle aanspraken – ongeacht de complexiteit van de materie – door de kantonrechter moeten worden meegewogen, zijn de aanbevelingen in de huidige vorm naar mijn mening niet meer toereikend. Ten aanzien van stockopties valt inmiddels dan ook een willekeur aan uitspraken waar te nemen.² Kortom: er is weinig eenduidigheid.

In een tijdperk van toenemende internationalisering, waar toekenning van stockopties aan de orde van de dag zijn, bestaat in de praktijk een behoefte aan een standpunt. Mijns inziens zou dat standpunt als volgt

1 HR 24 oktober 1997, *JAR* 1997-248 en *NJ* 1998, 257 (Baijings); HR 5 maart 1999, *JAR* 1999-73 (Tulkens/FNV).

2 De kantonrechter te Utrecht, 28 april 1999, *JAR* 1999-121 neemt de aanspraak niet mee; die te Maastricht, 24 april 1998, *JAR* 1998-130 en Amsterdam, 15 februari 1999, *JAR* 1999-106 nemen de schade mee in de billijkheidsfactor C; de kantonrechter te Utrecht, 16 maart 2000, *JAR* 2000-146 laat de aanspraak uitdrukkelijk buiten beschouwing opdat de werknemer een afzonderlijke procedure kan aanspannen.

3 Voor een interessante beschouwing over de verschillende karakters van opties verwijs ik naar de conclusie van de A-G bij HR 12 juni 1998, *JAR* 1998-1983 (Cicurel/Alcatel).

De ontbindingsvergoeding is niet bedoeld als vergoeding waarmee de declaratie van de advocaat kan worden voldaan

moeten luiden: is de stockoptie toegekend als een *incidenteel extraatje*, of heeft de werknemer de opties moeten kopen, dan is er geen sprake van een structurele looncomponent. In dat geval zou de aanspraak in ieder geval niet in factor B moeten worden meegenomen, maar onder omstandigheden wel in factor C. Immers, het verval van stockopties als gevolg van ontbinding kan in specifieke gevallen onbillijk zijn. Indien de stockoptie is toegekend als *beloning op termijn* voor in de tussentijdse periode verrichte arbeid, dan is er sprake van een structurele looncomponent. Dat loon dient te worden betrokken in factor B, ook al is dat loon nog niet uitbetaald en zal het mogelijk ook nooit zover komen. Dat laatste aspect kan dan weer in factor C worden meegewogen of de kantonrechter kan overwegen om die aanspraak – als ware het een aanspraak uit hoofde van een eindafrekening dienstverband – buiten beschouwing te laten op zodanige wijze dat de werknemer een aparte procedure kan entameren. Het structurele loonkarakter van de optie dient echter ook in factor B te worden meegewogen, zeker wanneer voor de stockoptieconstructie is gekozen om de werknemer voor een bepaalde periode aan de onderneming te binden.³

Praktische oplossing

Als de opties jaarlijks tot uitkering zouden komen, zou de kantonrechter die uitkering – althans een gemiddelde daarvan – zonder aarzeling bij factor B betrekken. Het is de onzekerheid of de opties ooit tot winst zullen leiden, die de kantonrechter tegenhoudt. Die onzekerheid kan echter niet op de werknemer worden afgewenteld als de optie hem niet alleen als ‘in te verdienen’ salaris is toegekend maar hem bovendien door de werkgever niet de gelegenheid wordt geboden de aan die optie gekoppelde termijn vol te maken. In zo'n geval dient de werkgever het risico te dragen, zowel ten aanzien van factor B (de beloning wordt verhoogd met de gemiddelde waarde van de optie) als ten aanzien van factor C (het verval van de optie als gevolg van de ontbinding wordt in de billijkheidsoverweging meegenomen).

De kantonrechter te Lelystad koos bij beschikking van 22 oktober 1999 voor een praktische oplossing: naast een ‘normale’ ontbindingsvergoeding kende hij de werknemer het recht toe om conform hetgeen partijen daaromtrent waren overeengekomen gebruik te maken van de optieregeling zoals deze in de optieovereenkomst was vervat. Dit recht werd toegekend ‘bij wege van vergoeding’ ex art. 7:685BW. Voor deze praktische benadering is zeker iets te zeggen: de kantonrechter hoeft geen koffiedik te kijken en de werknemer krijgt ook werkelijk wat hem volgens de optieovereenkomst toekomt. Deze praktische oplossing is door de Hoge Raad gehonoreerd in zijn beschikking van 15 december 2000 (*RvdW* 2001-2). Volgens de Hoge Raad treedt de rechter daarmee niet buiten het toepassingsgebied van art. 7:685BW. Deze – geheel in lijn met het hiervoor genoemde Baijings-arrest liggende – uitspraak geeft de Kring van Kantonrechters een grote speelruimte om een veel praktischer invulling te geven aan hun eigen formule. Ik spoor ze daartoe van harte aan.

Juridische bijstand

Ten slotte nog een suggestie voor de Kring van Kantonrechters: de kosten van rechtsbijstand. De advocaatkosten komen volgens de formule niet voor toewijzing in aanmerking. Ook een proceskostenveroordeling kom je in ontbindingsbeschikkingen amper tegen. In veel gevallen is het echter – zeker vanuit werknemersperspectief gezien – niet billijk dat deze zelf voor de kosten van zijn advocaat moet opdraaien als hem ter zake van de ontbinding niet of nauwelijks een verwijt treft. De advocaat van de werknemer is in de regel net zo duur als die van de werkgever, met dat verschil dat de werknemer de kosten direct in zijn portemonnee voelt. Met de invoering van het nieuwe belastingstelsel 2001 wordt dit nog eens versterkt: de fiscale aftrekbaarheid van de kosten van juridische bijstand in geval van ontslag komt dan te vervallen. Aanbeveling 3.7.4 verliest daarmee zijn waarde. De kosten van een advocaat wegen – vooral bij jonge werknemers met korte dienstverbanden – bijna niet (meer) op tegen de mogelijke vergoeding die in de ontbindingsprocedure wordt toegekend. Het is onwaarschijnlijk dat de Kring van Kantonrechters de ontbindingsvergoeding heeft bedoeld als vergoeding waarmee de declaratie van de advocaat kan worden voldaan. Deze aanbeveling vraagt derhalve om een herziening, waarbij een vergoeding voor de kosten rechtsbijstand eerder regel zou moeten worden dan uitzondering.

Sterkte en wijsheid

Een aanpassing van de Kantonrechtersformule aan de actualiteit is mijns inziens nodig om het oorspronkelijke karakter ervan – het bevorderen van de uniformiteit van de ontbindingsbeschikkingen, althans het voorkomen van wildgroei – te kunnen handhaven. Daarbij wens ik de Kring van Kantonrechters, net als haar leden doen op het moment dat ze procespartijen naar de gang verwijzen voor schikkingsonderhandelingen, veel sterkte en wijsheid toe.