

## ArbeidsRecht. Maandblad voor de praktijk, Loonmatiging: is er nieuws onder de zon?

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

<b>Vindplaats:</b>	ArbeidsRecht 2005, 35	<b>Bijgewerkt tot:</b>	01-06-2005
<b>Auteur:</b>	Mevr. mr. J.W. Klinckhamers <a href="#">[1]</a>		-

### Loonmatiging: is er nieuws onder de zon?

In zijn arrest van 25 juni 2004 (gepubliceerd in ) heeft het Hof 's-Gravenhage het pleit beslecht tussen Öztürk en VBS (thans: Recycling Maatschappij Steenkorrel) over een vanaf 1991 slepende procedure over loondoorbetaling na ontslag op staande voet. Na twee cassatierondes [\[2\]](#) resteerde beantwoording van de vragen van de werkgever omtrent de matiging van de loonvordering (en de wettelijke verhoging daarover die ik in dit artikel verder buiten beschouwing laat). Het hof heeft zich over die vragen gebogen en zich uitgelaten over de door de werkgever aangevoerde matigingsgronden. Biedt dit arrest nieuwe gezichtspunten over loonmatiging, bijvoorbeeld omtrent de onzekerheid wel of niet een 'voorzover vereist'-procedure te starten? Past het in de tot dusver erkende matigingsgronden? Een inventarisatie.

#### Matiging van een loonvordering

Op grond van art. 7:680a BW is de rechter bevoegd een vordering tot doorbetaling van loon ex art. 7:628 BW, die gegrond is op de vernietigbare opzegging van de arbeidsovereenkomst, te matigen - ook ambtshalve (HR 14 mei 1982, ), wanneer toewijzing in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden - maar op niet minder dan het in geld vastgestelde loon voor de duur van de opzegtermijn op grond van art. 7:672 BW, noch op minder dan het in geld vastgestelde loon voor drie maanden. Art. 7:680a BW is ingevoegd bij de op 1 januari 1999 in werking getreden Wet Flexibiliteit en zekerheid (wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300) en is de codificatie van vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. Het eerste arrest waarin de Hoge Raad de matigingsbevoegdheid aanvaardde, is het arrest van 5 januari 1979, . Dit arrest is tot 1990 gevolgd door een reeks arresten, waarin de in 1979 gegeven beslissing is bevestigd en nader vormgegeven. In het arrest van *Kasteleijn/Penrod* van 1 juni 1990, heeft de Hoge Raad - in navolging van de kritiek van A-G Koopmans - overwogen dat de matigingsbevoegdheid ertoe strekt een onaanvaardbaar resultaat te vermijden en dat de vraag of matiging in het gegeven geval op zijn plaats is, mede in het licht van die strekking moet worden beantwoord. De Hoge Raad wijst erop dat de rechter bij de uitoefening van die bevoegdheid een mate van terughoudendheid moet betrachten die met dit uitgangspunt strookt. Dit uitgangspunt is in latere arresten steeds weer bevestigd, onder andere in de arresten *Öztürk I*, *Da Silva/Heineken* (HR 13 september 2002, ) en recent in het arrest *Warmerdam/Koek* (HR 26 maart 2004, [\[3\]](#)). Bij loonmatiging dienen alle bijzonderheden van het geval in onderling verband in aanmerking te worden genomen, aldus reeds HR 28 september 1984, en later HR 19 januari 2001, .

In dit tijdschrift is eerder aandacht besteed aan het onderwerp van loonmatiging. Ik verwijs allereerst naar het artikel van M. Otter ( ) waarin zij het eerste arrest van de Hoge Raad in de zaak *Öztürk* bespreekt. Zij concentreert zich op de vraag of naar aanleiding van dit arrest het al dan niet nalaten van een 'voorzover vereist'-procedure een nieuwe matigingsgrond is, die ook de wetgever destijds bij de codificatie van art. 7:680a BW voor ogen stond, en in hoeverre die matigingsgrond wenselijk is waarbij dan nog onderscheid kan worden gemaakt naar de uitkomst van zo'n procedure.

Het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Da Silva/Heineken* vormde de aanleiding voor een nadere en uitvoerige beschouwing over loonmatiging door A.A. Post & J.H. van Rij in . De auteurs van dit artikel geven een grondige analyse van de achtergrond van het in 1999 gecodificeerde loonmatigingsartikel 7:680a BW en de diverse aspecten van loonmatiging, zoals de omvang van de rechterlijke bevoegdheid, de door de Hoge Raad erkende matigingsgronden, het verschil tussen matiging in omvang en tijd, de krachteloze arbeidsovereenkomst na matiging in tijd, alsmede de matiging van wettelijke rente en wettelijke verhoging.

Ik zal in dit artikel stilstaan bij de vraag in hoeverre het arrest van het hof een nieuw licht werpt op de tot dusver toegepaste loonmatigingsgronden. De matiging van de wettelijke verhoging (en rente) laat ik buiten

beschouwing. <sup>4</sup> Maar eerst volgt een samenvatting van de voorgeschiedenis in de zaken *Öztürk I* en *Öztürk II* om het geheugen op te frissen.

### Öztürk I en II

Öztürk treedt in 1985 in dienst van VBS als shovelmachinist. Op 18 december 1990 wordt hij op staande voet ontslagen. Reden was dat hij geen gehoor gaf aan de herhaalde instructie van zijn werkgever om de slakken, afkomstig van de vuilverbranding, van bovenaf van de afvalberg te scheppen. Bij de kantonrechter vordert hij nietigverklaring van het op staande voet gegeven ontslag en doorbetaling van loon met wettelijke verhoging en wettelijke rente daarover. De kantonrechter beslist bij eindvonnis van 4 februari 1993 dat VBS in het bewijs omtrent de toedracht van het op staande voet gegeven ontslag is geslaagd, zodat de vorderingen van Öztürk worden afgewezen. Öztürk stelt hoger beroep in. De rechtbank acht bij deelvonnissen van 31 mei 1995 de vordering tot nietigverklaring van het ontslag toewijsbaar evenals de loonvordering tot en met 1 april 1991 van ~~ƒ 6910,-~~ ƒ 10.000,-, vermeerderd met 25% wettelijke verhoging en de wettelijke rente over beide bedragen vanaf 2 april 1991. Öztürk hervat op 14 augustus 1995 zijn werkzaamheden voor VBS. Bij eindvonnis van 26 maart 1997 wijst de rechtbank de loonvordering vanaf 1 april 1991 toe ten bedrage van ~~ƒ 72675,-~~ ƒ 100.000,-, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 26 maart 1997. Aldus heeft de rechtbank de loonvordering over de periode vanaf 1 april 1991 tot 14 augustus 1995 van ~~ƒ 92654,41~~ ƒ 120.000,- gematigd tot het loon over twee jaar. Öztürk stelt tegen de loonmatiging beroep in cassatie in. Daarvan is voor dit artikel van belang dat de Hoge Raad aan de eerder erkende matigingsgronden toevoegt de omstandigheid of de werkgever aan de RDA heeft verzocht 'voorzover vereist' toestemming tot opzegging te verlenen en bij de kantonrechter een verzoek tot ontbinding 'voorzover vereist' in te dienen. Nieuw is ook dat de lange duur van de procedure, ook als die te wijten is aan de werknemer, in beginsel niet als een matigingsgrond wordt erkend. De Hoge Raad overweegt als volgt:

'Gegeven enerzijds de voor de werknemer op het spel staande belangen en anderzijds de mate waarin de wederzijdse raadslieden en de rechter invloed kunnen uitoefenen op de duur van het geding, zijn noch die duur, noch de mate waarin deze is toe te rekenen aan de werknemer, in beginsel omstandigheden die matiging als hier bedoeld kunnen rechtvaardigen. Onder uitzonderlijke omstandigheden kan dat anders zijn, met name indien de feiten geen andere conclusie toelaten dan dat de werknemer de procedure welbewust heeft trachten te rekken en daarmee succes heeft gehad.'

Na verwijzing wordt de zaak voorgelegd aan het Hof Amsterdam. Op het beroep van de werkgever (inmiddels de rechtsopvolgster Steenkorrel) op loonmatiging beslist het hof dat het geen acht meer kan slaan op de daartoe na verwijzing aangevoerde omstandigheden en dat het de zaak dient te behandelen in de stand, waarin zij zich bevond toen de vernietigde uitspraak werd gewezen. Het hof concludeert dat toewijzing van de loonvordering in de gegeven omstandigheden niet tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden en veroordeelt Steenkorrel tot betaling van loon over de periode vanaf 1 april 1991 tot 14 augustus 1995 tot een bedrag van ~~ƒ 85630,62~~ ƒ 100.000,-, vermeerderd met de wettelijke rente en de wettelijke verhoging. Van dit arrest stelt ditmaal Steenkorrel cassatieberoep in en met succes. De zaak strandt op de grenzen van de rechterlijke bevoegdheden in de procedure na cassatie en verwijzing. De Hoge Raad casseert op die gronden en verwijst het geding naar het Hof 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing.

### Arrest Hof 's-Gravenhage 25 juni 2004

Het hof moet zich dan buigen over de nog twee resterende punten: de matiging van de duur van de loonvordering en de matiging van de wettelijke verhoging. Het hof oordeelt als volgt over de door Steenkorrel na verwijzing bij het Hof Amsterdam naar voren gebrachte loonmatigingsgronden.

### De loonvordering zal, bij niet-matiging, naar de uitkeringsinstanties gaan

Volgens het hof is dit geen matigende omstandigheid. Wanneer achteraf blijkt dat, zoals hier het geval is, het gegeven ontslag op staande voet geen stand houdt en aan Öztürk loon had moeten worden uitbetaald, zal Öztürk de aan hem betaalde uitkeringen moeten terugbetalen. Het hof merkt op dat het in deze aangevoerde omstandigheid proeft dat Steenkorrel het zonde vindt dat de na te betalen bedragen via Öztürk 'verdwijnen' in de pot van de uitkeringsinstanties. Het hof wijst erop dat het erom gaat dat deze uitkeringen niet gedaan hadden behoeven te worden, wanneer de loonbetalingen niet waren stopgezet en de aan de uitkeringsinstanties ter

beschikking staande gelden niet met deze bedragen verminderd hadden behoeven te worden.

### Commentaar

Voorzover ik kan nagaan is deze matigingsgrond niet eerder in de jurisprudentie aangevoerd en wordt deze door het hof in ieder geval niet erkend. Terecht naar mijn mening. Met het aanvaarden van een dergelijke matigingsgrond zou op voorhand elke loonvordering van enig belang gespeend blijven.

### **Öztürk heeft onvoldoende inspanningen verricht om zijn schade te beperken, in het bijzonder heeft hij onvoldoende getracht ander werk te vinden**

Het hof merkt dit aan als een matigende omstandigheid. Öztürk heeft gedurende ruim 4,5 jaar niet gewerkt en ook niet naar werk gezocht. Volgens het hof kan niet van Öztürk worden verlangd dat hij direct na het gegeven ontslag op staande voet op zoek ging naar ander werk, maar wel binnen enige tijd daarna. Het hof acht in dit geval een termijn van maximaal een jaar redelijk.

### Commentaar

De plicht naar ander werk te zoeken, is een door de Hoge Raad reeds erkende matigingsgrond. <sup>[5]</sup> Volgens mij is deze matigingsgrond discutabel. De verplichting te zoeken naar ander werk staat immers haaks op de verplichting die volgt uit art. 7:628 BW om zich bereid te verklaren en beschikbaar te houden voor het verrichten van de bedongen arbeid. Een werknemer weet hierdoor niet goed, waar hij aan toe is; zie in gelijke zin A-G Koopmans onder het eerdergenoemde arrest *Kasteleijn/Penrod*. Volgens Van Slooten is dit slechts een schijnbare tegenstelling: op het moment dat de werknemer ander (soortgelijk) werk heeft gevonden, heeft hij ook geen belang meer bij de loonvordering. <sup>[6]</sup> Feitelijk bezien is dat een correcte vaststelling. Maar dat is het omdraaien van de processuele werkelijkheid. De inzet van de werknemer is immers behoud van werk en loon en als die inzet wordt gehonoreerd, ontstaat het recht op volledige loondoorbetaling (de arbeidsovereenkomst is blijven bestaan), tenzij dat tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Die gevolgen moeten komen vast te staan. Ruim vier jaar lang niet werken is een aanzienlijke periode, wat mede tot matiging zou kunnen leiden. Maar in wezen komt deze matigingsgrond erop neer dat de werknemer aan wie het loon na een vernietigd ontslag wordt toegewezen, de 'schade' (liever: het risico) van de werkgever moet beperken. Daarmee slaat de weegschaal - wat deze matigingsgrond betreft - te veel door naar de kant van de werkgever. Het ligt volgens mij juist op de weg van de werkgever zijn risico, dat ontstaat door het almaar oplopen van een inmiddels toegewezen loonvordering zonder arbeidsprestatie (tenzij tevens wedertewerkstelling is gevorderd en toegewezen), zo veel mogelijk te beperken door een 'voorzover vereist'-procedure in te stellen.

A-G Spier heeft in zijn conclusie voor het arrest *Oztürk* loek moeite met deze matigingsgrond. Hij merkt op dat het ruim vier jaar niet hoeven werken een factor voor matiging zou kunnen zijn, maar voegt daaraan direct toe dat zonder nadere motivering niet valt in te zien waarom daartoe grond zou bestaan in zo'n mate, dat de werknemer (daardoor) minder ontvangt dan wat hij aan sociale uitkering heeft genoten, die hij (immers) moet restitueren.

Nieuw is dat het hof aan de verplichting elders werk te zoeken zelf een concrete termijn verbindt van één jaar, waarbinnen van een werknemer kan worden verlangd zich aantoonbaar in te spannen voor het vinden van ander werk. Dat schept duidelijkheid. Maar de vraag rijst of de inkleuring door het hof van deze matigingsgrond zich verdraagt met de terughoudende toetsing, die immers beperkt moet blijven tot de vraag of zich daadwerkelijk onaanvaardbare gevolgen zullen voordoen. Daarover laat het hof zich in dit verband niet uit. Naar mijn mening gaat het hof hierin verder dan de toetsingsmaatstaf hem toelaat en dan ook nodig is voor het kunnen matigen op deze grond.

### **Het ontslag op staande voet was, gezien het bevestigende oordeel van de kantonrechter in de onderhavige procedure, niet evident onjuist**

Dit is geen reden voor matiging, aldus het hof. Het overweegt dat een evident onjuist ontslag op staande voet juist een reden is om niet te matigen. Het omgekeerde geval dat het ontslag niet evident onjuist is, omdat de kantonrechter het ontslag in stand heeft gelaten, legt volgens het hof geen gewicht in de schaal.

### Commentaar

Dat lijkt mij terecht, want het is een onzekere factor of hoger beroep wordt ingesteld en of de rechter dan tot de

conclusie komt dat het aanvankelijk gehandhaafde ontslag (toch) niet in stand kan blijven. Overigens acht het hof dit wel een relevante factor bij het beoordelen van de omstandigheid, dat de werkgever heeft nagelaten een 'voorzover vereist'-procedure te starten na een negatieve beslissing van de RDA; zie hierna. Verder wijs ik erop dat verschoonbare dwaling van de werkgever bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de Hoge Raad als grond voor loonmatiging wordt erkend. [\[7\]](#) Toewijzing van de loonvordering over een langere periode dan drie maanden werd onevenredig geacht aan het (verschoonbare) verzuim van de werkgever een ontslagvergunning aan te vragen en daarom onaanvaardbaar, aldus A-G Koopmans voor dit arrest, in zijn overigens kritische conclusie op de tot dan toe ontwikkelde matigingsleer.

### **Tussen de duur van het dienstverband en de hoogte van de vordering bestaat een wanverhouding**

Het gaat hier om de duur van het dienstverband tot aan het ontslag op 18 december 1990. Op dat moment was Öztürk bijna zes jaar voor VBS werkzaam. De loonvordering waarover nog moest worden beslist, liep vanaf 2 april 1991 tot 14 augustus 1995, dus 4,5 jaar (de loonvordering vanaf 18 december 1990 tot 2 april 1991 was reeds onherroepelijk toegewezen). Steenkorrel heeft erop gewezen dat zij heeft geprobeerd de loonvordering te beperken, onder meer door een ontslagvergunning 'voorzover vereist' aan te vragen. Daartegen heeft Öztürk aangevoerd dat, voorzover al van een wanverhouding kan worden gesproken, het ontstaan daarvan volledig voor rekening en risico van Steenkorrel komt en dat Steenkorrel de loonvordering had kunnen beperken door na de afwijzing door de RDA een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter te voeren. Het hof volgt het verweer van Steenkorrel. Het hof overweegt dat van Steenkorrel na de negatieve uitkomst van het ontslagverzoek bij de RDA niet kon worden verwacht alle mogelijkheden te benutten om de loonvordering, die in eerste instantie was afgewezen, te beperken voor het geval later zou blijken dat de vordering wel voor toewijzing in aanmerking kwam. Daarbij is het nog maar de vraag, zo overweegt het hof, of het verzoek tot ontbinding gehonoreerd zou zijn. Volgens het hof kan de werkgever op deze matigingsgrond ook een beroep doen, wanneer, zoals in dit geval, de werkgever na de negatieve uitkomst van het ontslagverzoek bij de RDA, niet met een ontbindingsverzoek naar de kantonrechter is gegaan.

### **Commentaar**

De Hoge Raad heeft reeds erkend dat de wanverhouding tussen de duur van het dienstverband enerzijds en de hoogte van de loonvordering anderzijds matiging van de loonvordering wegens onaanvaardbare gevolgen kan rechtvaardigen, zie HR 26 april 1985, en HR 3 januari 1986, . Uit *Öztürk I* volgt dat de Hoge Raad vindt dat ook de omstandigheid of de werkgever al dan niet een 'voorzover vereist'-procedure heeft ingesteld, moet worden meegewogen als een van de omstandigheden bij de beoordeling van een verzoek tot matiging. De Hoge Raad heeft in dit arrest echter in het midden gelaten, of het niet instellen van een 'voorzover vereist'-procedure in het nadeel van de werkgever uitvalt, als hij om loonmatiging vraagt. Het hof spreekt zich hierover nu uit en vooralsnog ten gunste van de werkgever. Twee factoren lijken daarvoor relevant. Allereerst heeft de werkgever wel een poging gedaan om zijn risico van een almaar oplopende loonvordering te beperken door een vergunning aan te vragen 'voorzover vereist', maar die aanvraag is afgewezen. Het is onzeker of een ontbindingsverzoek 'voorzover vereist' gehonoreerd zou zijn en in het beoogde voordeel zou resulteren. Daarnaast weegt mee dat de kantonrechter in eerste instantie het ontslag rechtsgeldig had bevonden en de werkgever - ook als inmiddels een hoger beroep tegen die afwijzing aanhangig is - vooralsnog daarvan mag uitgaan, zolang het tegendeel niet is komen vast te staan. Of dat ook zo is, als het oordeel van de kantonrechter nog maar voorlopig is, is niet zeker. De bodemrechter is nu eenmaal niet gebonden aan het oordeel in kort geding.

Deze matigingsgrond wakkert de discussie omtrent de noodzaak een 'voorzover vereist'-procedure te voeren weer aan. Het hof schept weliswaar enige duidelijkheid, maar tegelijkertijd blijft met dit arrest nog onzeker of het nalaten van het instellen van een 'voorzover vereist'-procedure wel in het nadeel van de werkgever uitvalt, als nog geen sprake is geweest van een al mislukte 'voorzover vereist'-poging. Otter stelt in haar artikel dat deze omstandigheid niet zou moeten worden meegewogen in de beoordeling over loonmatiging. Zij wijst erop dat deze matigingsgrond haaks staat op de bedoeling van de wetgever in het kader van het ingetrokken wetsvoorstel Herziening van het ontslagrecht (21 ~~â~~479). Daaruit komt naar voren dat het codificeren van de mogelijkheid van rechterlijke matiging van een loonvordering juist is gelegen in het voorkomen van 'voorzover vereist'-procedures vanwege de kosten en de belasting van het rechterlijk apparaat. Otter stelt - terecht - dat het voordeel van een 'voorzover vereist'-procedure alleen optreedt, wanneer een

dergelijk verzoek of aanvraag wordt toegewezen. Het voordeel van een dergelijke procedure is dus maar betrekkelijk. <sup>[8]</sup> Dat vindt het hof kennelijk ook door niet te verlangen dat een werkgever maar 'voorzover vereist' door procedeeert, als in zo'n procedure al een keer een negatief oordeel is geveld. Dat is een redelijke benadering. Inmiddels heeft het hof in een recent arrest van 14 januari 2005 ( LJV AS6275) - in een bijna identieke samenstelling - de door Otter opgeworpen vraag bevestigend beantwoord, door in dat arrest te oordelen dat het indienen van een ontbindingsverzoek ruim een jaar, nadat het voor de werkgever in kwestie kenbaar was dat het ontslag aantastbaar was, geheel voor risico van de werkgever komt en dus niet tot loonmatiging leidt.

### Overige matigingsgronden

Bovengenoemde omstandigheden, gevoegd bij de leeftijd van Öztürk ten tijde van het ontslag, 21 jaar, een dusdanige jonge leeftijd dat het verkrijgen van ander werk tot de mogelijkheden moest behoren, zijn voor het hof redenen om de loonvordering te matigen. Het hof voegt daaraan toe dat Öztürk niet in een financiële noodsituatie verkeerde, aangezien hij eerst een WW-uitkering en daarna een bijstandsuitkering heeft ontvangen en aldus, zij het bescheiden, over inkomsten heeft kunnen beschikken. Toewijzing van het loon over de gehele periode, gelet op de omvang van de betaling en wat is overwogen ten aanzien van de matigende omstandigheden, leidt volgens het hof tot onaanvaardbare gevolgen. Het hof matigt vervolgens de loonvordering tot een periode van twee jaar vanaf 1 april 1991 en komt daarmee tot dezelfde beperking in duur van de loonvordering als de rechtbank in 1997 had toegepast.

### Commentaar

Mij valt op dat het hof ambtshalve de (bescheiden) financiële positie van de werknemer over de afgelopen 4,5 jaar meeweegt als een matigende omstandigheid in plaats van die van de werkgever bij toewijzing van de gehele vordering (zie HR 14 september 1984, ). Dat is toch moeilijk te verenigen met het gegeven dat de in die periode ontvangen uitkeringen gerestitueerd zullen worden aan de uitkeringsinstanties. Is het gerechtvaardigd dat een werknemer daarom ook minder loon moet ontvangen dan hem na nietig ontslag toekomt? Naar mijn mening niet. Ik verwijs naar het eerder aangehaalde commentaar van A-G Spier voor het arrest van *Öztürk I*. Natuurlijk, de rechter is vrij te bepalen of hij matigt en, zo ja, in hoeverre. De daaraan gestelde motiveringseisen zijn summier: de rechter hoeft bij ambtshalve matiging niet te motiveren waarom hij de loonvordering niet nog meer heeft gematigd dan hij heeft gedaan (HR 25 maart 1988, ); wanneer de werkgever verzoekt om matiging moet de rechter motiveren waarom hij het verzoek afwijst en indien de werkgever niet om matiging verzoekt, hoeft de rechter niet te motiveren waarom hij de vordering niet matigt (HR 23 mei 1980, ). Ik ben bovendien van mening dat het hof ook hier met het ambtshalve meewegen van deze 'overige omstandigheden' voorbijgaat aan de door de Hoge Raad bij herhaling uitgesproken rechterlijke terughoudendheid bij loonmatiging, laatstelijk in het arrest van 26 maart 2004 ( *Warmerdam/Koek* ). Die terughoudendheid volgt uit de in art. 7:680a BW neergelegde norm 'onaanvaardbare gevolgen'. Die norm wijst op dezelfde maatstaf als die in art. 6:248 lid 2 BW: de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Het verschil zit slechts in de ondergrens van de matiging, die zowel in art. 7:680a als in art. 7:680 BW is opgenomen. <sup>[9]</sup>

### Is er nieuws onder de zon?

De door het hof besproken matigingsgronden zijn, op twee na, op zichzelf niet nieuw. Wat echter opvalt is de inkleuring die het hof daaraan geeft. In het bijzonder bij de ambtshalve toetsing van de 'overige omstandigheden', zoals leeftijd en inkomenspositie van de werknemer en het opleggen aan de werknemer van een termijn van een jaar om elders werk te gaan zoeken. Het hof gaat hierin naar mijn mening verder dan de terughoudende toetsingsmaatstaf hem toestaat en dan nodig is om een loonvordering te kunnen matigen. Daarnaast springt ook de beoordeling van het hof in het oog omtrent de vraag of het nalaten van het verzoeken van ontbinding 'voorzover vereist' na een negatieve uitkomst bij de RDA in het nadeel van de werkgever uitvalt. Het hof oordeelt van niet.

De lagere rechtspraak vertoont een wat gematigder beeld; in veel gevallen vindt loonmatiging plaats wegens elders verworven inkomsten en de wanverhouding tussen de hoogte van de vordering en de duur van het

dienstverband waardoor toewijzing van de hele loonvordering tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden, is geheel in lijn met de uitspraken van de Hoge Raad. <sup>[10]</sup>

Voor de werkgever blijft - mede gelet op het recente arrest van hetzelfde hof van 14 januari 2005 - het devies een 'voorzover vereist'-procedure in te stellen om het risico van een almaar oplopende vordering te beperken en met succes een beroep te kunnen doen op matiging, zeker zodra de werknemer een beroep heeft gedaan op de vernietigbaarheid van het gegeven ontslag.

De werknemer heeft het een stuk moeilijker. Hij moet ermee rekening houden dat de loonvordering *altijd* ambtshalve gematigd kan worden, waarbij alle omstandigheden worden meegewogen, en dat - volgens het hof na een jaar - aantoonbare inspanningen worden gevergd om elders werk te vinden. Een loonvordering in combinatie met een vordering tot wedertewerkstelling ligt dan het meest voor de hand.

### Slotopmerking

In zijn conclusie voor het al eerder genoemde arrest *Kasteleijn/Penrod* heeft A-G Koopmans de nadelen en voordelen van de matigingsbevoegdheid uiteengezet en de Hoge Raad opgeroepen het toezicht op het uitoefenen van het matigingsrecht door de feitenrechter te versterken. Wanneer de matigingsbevoegdheid inderdaad ertoe strekt om onaanvaardbare gevolgen te voorkomen, moet volgens Koopmans ook vaststaan dat het doorlopen van de loonvordering zulke gevolgen heeft: de situatie moet niet ontstaan dat de werkgever er bijna zeker van kan zijn dat de rechter wel zal beperken en wel tot drie maanden loon. Daarmee zou in zijn visie de nietigheidssanctie <sup>[11]</sup> worden gedenatureerd tot een administratieve stelpost. De Hoge Raad heeft in navolging van de A-G in het arrest *Kasteleijn/Penrod* uit 1990 de loonmatiging in de sleutel van die terughoudende toetsing geplaatst. Dat moet volgens mij de leidraad zijn en blijven voor een rechter wanneer hij - al dan niet ambtshalve - overweegt een loonvordering niet volledig toe te wijzen vanwege de onaanvaardbare gevolgen van de aldus oplopende loonvordering.

---

### Voetnoten

## Voetnoten

- [1] Mevr. mr. J.W. Klinckhamers is advocaat bij Boekel De Nerée te Amsterdam.
- [2] HR 30 oktober 1998, (*Öztürk/VBS I*) en HR 3 mei 2002, (*Öztürk/VBS II*); partijen hebben geen cassatieberoep ingesteld.
- [3] Zie voor een historisch overzicht ook de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor dit arrest, nr. 8-10.
- [4] Zie hierover Post & Van Rij, a.w., p. 3; zie voorts over wettelijke verhoging het artikel van M. Margadant in .
- [5] Zie bijvoorbeeld eerdergenoemd arrest HR 19 januari 2001 ( *Kasteleijn/Penrod* ).
- [6] J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 253.
- [7] Zie wederom HR 1 juni 1990, ( *Kasteleijn/Penrod* ).
- [8] Zie Otter, a.w., p. 10.
- [9] Zie Van Slooten, a.w., p. 257 en A.M. Luttmer-Kat in *Arbeidsovereenkomst* (losbl.), aant. 4, Deventer: Kluwer.
- [10] Bijvoorbeeld Ktr. Dordrecht 25 september 2003, *LJN AL6311*, Ktr. Eindhoven 17 september 2002, , Ktr. Hilversum 7 maart 2001, , Rb. Almelo 20 oktober 1999, .
- [11] Thans: vernietigbaarheidssanctie.