Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters

Aanpassing van de Aanbevelingen, voorzien van een toelichting

Inleiding

In de plenaire vergadering van de Kring van Kantonrechters van 30 oktober 2008 is besloten tot wijziging van een aantal van de aanbevelingen en de bijbehorende toelichting. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de overige gedeelten van de toelichting van niet meer relevante of gedateerde passages te ontdoen of waar nodig te actualiseren. Het eindresultaat daarvan treft u hieronder aan. Het is de bedoeling dat deze nieuwe aanbevelingen worden toegepast in zaken waarin het verzoekschrift op of na 1 januari 2009 wordt ingediend.

De gekozen term “aanbevelingen” (en niet “richtlijnen”) geeft aan dat het om uitgangspunten gaat waarvan in bijzondere gevallen kan worden afgeweken. Partijen zullen derhalve in een procedure geen rechten aan de aanbevelingen kunnen ontlenen, al ligt het voor de hand de reden van afwijking van een aanbeveling wel te motiveren. Ten overvloede geldt dat er mitsdien geen sprake is van recht in de zin van art. 79 RO.

Uitdrukkelijk wordt vermeld dat de Kring niet heeft willen treden in de vraag in welke gevallen al dan niet ontbonden moet worden. De aanbevelingen, voor zover deze geen procedurele aspecten betreffen, zien uitsluitend op de gevallen waarin de rechter van oordeel is dat de arbeidsovereenkomst ontbonden dient te worden.

De procedure

De Kring acht de wijze van in behandeling nemen van een 7:685 B.W.-verzoek in de eerste plaats een zaak van de kantonrechter en griffier. Evenwel is er, met name gezien het feit dat in procedures ex art. 7:685 BW hoger beroep en cassatie in beginsel zijn uitgesloten, voor gekozen om op een aantal processuele punten aanbevelingen te formuleren.

Aanbeveling 1.1: Doorlooptijd

De tijd tussen binnenkomst van het verzoekschrift en de verzending van de beschikking zal in beginsel niet langer zijn dan acht weken.

Toelichting bij Aanbeveling 1.1

Naar algemeen wordt aangenomen is de snelle duidelijkheid één van de belangrijkste overwegingen voor partijen om te kiezen voor de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW en daarmee de duur van de procedure. In dit kader is gekozen voor de aanbeveling dat de gehele procedure in beginsel niet langer zal dienen te duren dan acht weken. Uitdrukkelijk wordt hierbij vermeld dat dientengevolge een aan de mondelinge behandeling voorafgaande schriftelijke conclusiewisseling niet passend geacht wordt, daar de procedure binnen ruwweg twee maanden beëindigd dient te zijn. De termijn van acht weken is een streeftermijn ("in beginsel"). Bijzondere omstandigheden, ter beoordeling van de kantonrechter, kunnen aanleiding geven tot een langere duur van de procedure: een getuigenverhoor, een aanhouding ten behoeve van onderhandelingen of bestudering van later met toestemming van de kantonrechter in het geding gebrachte (financiële) bescheiden of een aanhouding als onder 1.3. vermeld.

Aanbeveling 1.2: Termijn dagbepaling

De dagbepaling van de beschikking (art. 279 lid 1 Rv) zal geschieden met inachtneming van een termijn van in beginsel maximaal drie weken.

Toelichting bij Aanbeveling 1.2

De Kring acht het in belang van partijen, dat aan het einde van de mondelinge behandeling wordt meegedeeld op welke termijn zij uiterlijk de beschikking kunnen verwachten. Als men geen exacte datum wil noemen kan gekozen worden voor de formulering: "uiterlijk over drie weken of zoveel eerder als mogelijk is".

Voor een termijn van drie weken is gekozen omdat zij in een redelijke verhouding staat tot de totale doorlooptijd van de procedure (zie onder 1.1.). Een termijn van drie weken voor het schrijven van de beschikking acht de Kring (behoudens bijzondere omstandigheden) haalbaar.

Aanbeveling 1.3: Niet verschijnen verweerder

Indien de verwerende partij ter mondelinge behandeling zonder bericht niet verschijnt, zal van de verzoekende partij een uittreksel uit het bevolkingsregister/handelsregister worden gevraagd dat niet ouder is dan de datum van de oproeping. Hierna zal een nieuwe oproeping door de griffier volgen aan het uit het uittreksel gebleken adres. Als de verzoeker staat op een spoedige behandeling kan de verweerder in plaats van door middel van een oproeping door de griffier, door en op kosten van de verzoekende partij per deurwaardersexploot worden opgeroepen.

Toelichting bij Aanbeveling 1.3

De oproeping als bedoeld in deze aanbeveling vindt plaats door de griffier op de wijze zoals voorgeschreven in de artikelen 271-277 Rv.

Bij niet verschijnen van verweerder op de eerste oproep kan de verzoekende partij opdracht geven om verweerder bij deurwaardersexploot op haar kosten te laten oproepen voor een eerdere (tweede) zitting dan bij een herhaalde oproeping (per aangetekende post) door de griffier mogelijk is. In dat geval dient de verzoekende partij een uittreksel uit het bevolkingsregister/handelsregister over te leggen, dat niet ouder is dan de datum van de oproeping. Daarmee kan beoordeeld worden of de eerste oproeping aan het juiste adres is geschied.

Hoewel deze situatie vrij weinig voorkomt, acht de Kring het toch zinvol op dit punt een aanbeveling te doen gelet op het belang van hoor en wederhoor, temeer nu hoger beroep slechts zeer beperkt mogelijk is en verzet is uitgesloten. Het is derhalve van groot belang voldoende waarborgen te creëren voor een deugdelijke oproeping van een verwerende partij.

Uit de wettelijke bepalingen vloeit voort dat steeds een nieuwe oproeping nodig is in het geval de verwerende partij zonder bericht niet ter zitting verschenen is. Deze verplichting is in de jurisprudentie expliciet bevestigd. De na adresverificatie door de griffier al of niet gebleken juistheid van het adres, waarnaar de eerste oproeping is verzonden, is bepalend voor de wijze van verzending van de nieuwe oproeping: per gewone of per aangetekende brief. Ofschoon de wettelijke bepalingen voor (herhaalde) oproeping duidelijk zijn, bestaat in de praktijk uit overwegingen van efficiency een voorkeur voor een herhaalde oproeping per deurwaardersexploot door en op kosten van de verzoekende partij.

Een eerste voordeel van een oproeping per exploot is de zekerheid dat de oproep ook daadwerkelijk bezorgd wordt. Een ander voordeel is dat de tweede zitting veelal op een aanmerkelijk kortere termijn kan plaatsvinden. De retourzending van aangetekende brieven en berichten van ontvangst laat immers vaak enkele weken op zich wachten. Het nadeel van de explootkosten zal in het algemeen niet opwegen tegen het voordeel voor de verzoekende partij van een snelle behandeling. Te verwachten valt dat de verzoeker de (relatief beperkte) kosten van het exploot daarbij voor lief zal willen nemen. Bovendien kunnen deze kosten in voorkomende gevallen van kennelijk misbruik in de kostenveroordeling voor rekening van de wederpartij worden gebracht. Om deze redenen acht de Kring het verantwoord de verzoekende partij de mogelijkheid te (blijven) bieden

de verwerende partij op eigen kosten door middel van een deurwaardersexploot te laten oproepen.

De verzoekende partij kan door middel van overlegging ter eerste zitting van een uittreksel uit het bevolkingsregister/handelsregister anticiperen op het niet verschijnen van de verwerende partij: er bestaat dan ten behoeve van de tweede oproeping voldoende zekerheid omtrent de juiste adressering. Hoewel de rechtspraak ten aanzien van het volgen van het wettelijk systeem van oproepingen relatief streng is, gaat de Kring er van uit dat de alternatieve wijze van oproepen als zekerder heeft te gelden en om die reden de toets der kritiek zal kunnen doorstaan.

De beschikking

Aanbeveling 2.1: Inhoud beschikking

Een ontbindingsbeschikking op tegenspraak zal tenminste bevatten de leeftijd van de werknemer, de datum van indiensttreding en de hoogte van het salaris, dat wil zeggen de beloning, berekend op de onder 3.3 beschreven wijze.

Toelichting bij Aanbeveling 2.1

De Kring is van oordeel dat publicatie van deze aanbeveling met zich meebrengt dat ook aan partijen (en dan met name advocaten en overige gemachtigden) duidelijk zal zijn dat de kantonrechter deze gegevens verlangt. In ieder geval geven genoemde gegevens een beter inzicht voor de met de zaak onbekende lezer van de beschikking.

Aanbeveling 2.2: Motivering

In de ontbindingsbeschikking op tegenspraak zal gemotiveerd worden hoe de rechter tot zijn beslissing ten aanzien van de ontbinding, alsmede ten aanzien van de toekenning van een vergoeding van een bepaalde hoogte of het achterwege laten daarvan is gekomen.

Toelichting bij Aanbeveling 2.2

Zoals reeds in de inleiding vermeld heeft de Kring er bewust voor gekozen geen aanbevelingen te doen ten aanzien van de vraag in welke gevallen al dan niet ontbonden zou dienen te worden. De Kring acht de motivering van de beslissing ten aanzien van dit punt echter zozeer van belang dat zij dit in deze aanbeveling - ten overvloede - heeft neergelegd. In die gevallen waarin de kantonrechter van oordeel is dat de arbeidsovereenkomst ontbonden dient te worden, zal duidelijk moeten blijken hoe de kantonrechter bij de vaststelling van de vergoeding de bijzondere omstandigheden van het geval heeft gewogen. Naarmate C (de correctiefactor) meer afwijkt van 1 (= neutrale ontbinding) wordt een uitgebreidere motivering aanbevolen. Deze motivering dient in ieder geval uitgebreid te zijn wanneer toekenning van een vergoeding achterwege wordt gelaten.

De vergoeding

Aanbeveling 3.1: Formule

Wanneer de rechter het verzoek tot ontbinding inwilligt wegens veranderingen van omstandigheden en het hem met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt dat aan een der partijen ten laste van de wederpartij een vergoeding zal worden toegekend, zal de hoogte van deze vergoeding op de volgende wijze worden vastgesteld (de kantonrechtersformule):

Vergoeding = A x B x C.

Waarbij:
A = aantal gewogen dienstjaren
B = beloning
C = correctiefactor

Toelichting bij Aanbeveling 3.1

Met de sinds 1997 gehanteerde formule werd beoogd aan te sluiten bij de bestaande praktijk, met dien verstande dat een nieuwe variabele (C) werd toegevoegd die de beoordeling door de kantonrechter van de omstandigheden van het geval uitdrukt. De sinds 1997 gebruikte definitie heeft het voordeel dat partijen aan de kantonrechtersformule geen rechten kunnen ontlenen: de discretionaire bevoegdheid van de kantonrechter bij het bepalen van een billijke vergoeding is neergelegd in de formule zelf (C).

De vergoeding zal in beginsel worden bepaald op een afgerond getal. Voor het geval de kantonrechter van oordeel is dat toekenning van een vergoeding achterwege dient te blijven, wordt verwezen naar de toelichting op de aanbevelingen 2.2. laatste volzin en 3.4.4. Zie voor een nadere uitwerking en definiëring van de variabelen hierna onder 3.2. tot 3.4.

Aanbeveling 3.2: Aantal gewogen dienstjaren (A)

Voor de berekening van A (aantal gewogen dienstjaren) wordt de diensttijd berekend aan de hand van de dienstjaren, de leeftijd bij aanvang van de arbeidsrelatie en de leeftijd bij beëindiging van de arbeidsrelatie:

1. *dienstjaren, afgerond op hele jaren, tot het bereiken van de leeftijd van 35 jaar tellen voor 0,5*
2. *dienstjaren, afgerond op hele jaren, tussen de leeftijd van 35 en 45 tellen voor 1*
3. *dienstjaren, afgerond op hele jaren, tussen de leeftijd van 45 en 55 tellen voor 1,5*
4. *dienstjaren, afgerond op hele jaren, vanaf het bereiken van de leeftijd van 55 jaar tellen voor 2*

Toelichting bij Aanbeveling 3.2

De A-factor gaat uit van het beginsel dat trouwe dienst billijkheidshalve van invloed is op de hoogte van de ontbindingsvergoeding en de leeftijdscorrectie ziet op de met het ouder worden verslechterende positie van de werknemer op de arbeidsmarkt. Peildatum voor het aantal dienstjaren van de werknemer is enerzijds de datum van de eerste (nagenoeg aansluitende) arbeidsovereenkomst en anderzijds de datum per welke de arbeidsovereenkomst ontbonden wordt.

Afwijkende keuzes, op basis van de bijzondere omstandigheden van het geval, zijn mogelijk. Het ligt voor de hand zo'n afwijking apart te motiveren.

De toevoeging van een extra leeftijdscategorie tot 35 jaar leidt allereerst tot een verlaging van de vergoeding voor die (leeftijds-)categorieën van wie sedert 1997 de arbeidsmarktpositie sterk is verbeterd, alsmede tot een algehele verlaging van het vergoedingenniveau voor lange, bij relatief jonge leeftijd aangevangen dienstverbanden.

De demografische ontwikkelingen rechtvaardigen in algemene zin een zodanige aanpassing; jongeren met inmiddels verworven werkervaring komen relatief gemakkelijk(er) aan een andere baan. Waar de arbeidsmarktpositie van een werknemer (sterk) afwijkt van hetgeen gelet op diens leeftijd in het algemeen gebruikelijk is, kan voldoende grond bestaan om door middel van de C-factor af te wijken van de gewogen dienstjaren. Het is aan die partij die een aanpassing wegens de evident afwijkende individuele arbeidsmarktpositie voorstaat om de afwijkende positie voldoende aannemelijk te maken. Vanzelfsprekend zijn ook hier de overige factoren, die binnen de formule worden uitgedrukt in de Ben de C-factor, relevant.

Er is gekozen voor een eenvoudig hanteerbare vorm van afronding op hele dienstjaren, met dien verstande dat een periode van een halfjaar en één dag telt als een heel dienstjaar.

Voorbeelden:

1. Werknemer, geboren op 1 mei 1954, treedt op 1 april 1992 in dienst van werkgever. Ontbinding is voorzien per 1 december 2009.

   Stap 1: Bereken dienstjaren: 2009/12 minus 1992/4 = 17/8 (17 jaar, 8 maanden), dus (afgerond): 18.

   Stap 2: Wijs 18 dienstjaren toe aan leeftijdscategorie (wn'er is 37 jaar en 11 maanden bij indiensttreding en 55 jaar en 7 maanden bij uitdiensttreding):

Cat. 1 (tot 35 jaar):	0		= 0
Cat. 2 (35 t/m 44 jaar):	(afgerond) 7 jaar	x waarde 1	= 7
Cat. 3 (45 t/m 54 jaar):	10 jaar	x waarde 1,5	= 15
Cat. 4 (vanaf 55 jaar):	(afgerond) 1 jaar	x waarde 2	= 2
Totaal			24 maanden

2. Werknemer, geboren op 1 mei 1952, treedt in dienst op 1 april 1985. Ontbinding is voorzien per 1 december 2009.

   Stap 1: wn'er is 32 jaar en 11 maanden bij indiensttreding, wn'er is 57 jaar en 7 maanden bij uitdiensttreding, dus: 57/7 minus 32/11 = 24/8, dus 25 dienstjaren

   Stap 2: Bereken gewogen dienstjaren:

Cat. 1 (tot 35 jaar):	2 jaar + 1 mnd. afgerond: 2	x 0,5	= 1
Cat. 2 (35 t/m 44 jaar):	10 dienstjaren	x 1	= 10
Cat. 3 (45 t/m 54 jaar):	10 dienstjaren	x 1,5	= 15
Cat. 4 (vanaf 55 jaar):	2 jaar + 7 mnd. afgerond: 3	x 2	= 6
Totaal			32 maanden

Aanbeveling 3.3: Beloning (B)

Bij de berekening van B (beloning) zal worden uitgegaan van het bruto maandsalaris, in ieder geval vermeerderd met vaste en overeengekomen looncomponenten, zoals vakantietoeslag, een vaste dertiende maand, een structurele overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag. Behoudens zeer uitzonderlijke gevallen zullen niet tot B (beloning) worden gerekend: het werkgeversaandeel pensioenpremie, de auto van de zaak, onkostenvergoedingen, de werkgeversbijdrage in de zorgverzekeringspremie en incidentele en niet overeengekomen looncomponenten.

Toelichting bij Aanbeveling 3.3

In de praktijk blijkt dat over de vraag wat onder het salaris (of in de terminologie van de aanbevelingen: beloning) moet worden verstaan nog al eens discussie ontstaat. Om dergelijke discussies te vermijden is voor een aanbeveling op dit punt gekozen en is de ruimte voor afwijking zo beperkt mogelijk gehouden. In voorkomende gevallen kan echter toch aanleiding bestaan een uitzondering te maken. Met name zal dat het geval zijn wanneer een aanzienlijk deel van de inkomsten van een werknemer bestaat uit provisie. Indien dit structureel het geval is zal met deze componenten rekening gehouden dienen te worden. De Kring beveelt aan om in dit geval zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de wettelijke bepalingen inzake de agentuurovereenkomst. De in de aanbeveling uitgezonderde looncomponenten zullen slechts dan voor de vaststelling van B in aanmerking genomen worden, wanneer sprake is van een zeer uitzonderlijk geval. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien een oudere werknemer als afwijkende arbeidsvoorwaarde heeft bedongen dat een aanzienlijk deel van de beschikbare loonsom zal worden "voldaan" in de vorm van een premiestorting in een pensioenfonds.

Aanbeveling 3.4: Correctiefactor (C)

1. *Indien de ontbindingsgrond geheel in de risicosfeer van de werkgever valt en verwijtbaarheid niet aan de orde is, is de correctiefactor (C) gelijk aan 1 (één).*
2. *Indien de ontbindingsgrond geheel in de risicosfeer van de werknemer valt, zonder dat van enige verwijtbaarheid sprake is, dan is C gelijk aan 0 (nul).*

3. *Is er sprake van verwijtbaarheid aan de zijde van één van partijen dan wel van verwijtbaarheid over en weer, dan wordt de ernst van de verwijten via de C-factor tot uitdrukking gebracht.*
4. *De overige bijzondere omstandigheden van het geval, zoals de (slechte) financiële positie van de werkgever of de afwijkende arbeidsmarktpositie van de werknemer, worden eveneens door middel van de toepassing van de C-factor tot uitdrukking gebracht.*

Toelichting bij Aanbeveling 3.4

Werkgeversverzoek tegenover werknemersverzoek

In de eerste versie van de aanbevelingen werd geen onderscheid gemaakt tussen verzoeken ingediend door de werkgever of de werknemer. De jurisprudentie over de toepasselijkheid van aanbevelingen op werknemersverzoeken bleef daarna verdeeld. Dat heeft aanleiding gegeven tot de vraag of genoemd onderscheid op enigerlei wijze toch niet in de aanbevelingen aangebracht diende te worden. In de oorspronkelijke aanbeveling 3.4. kwamen de termen "neutraal" en "kleurloos" voor zonder deze te definiëren. Bij een eerdere herziening van de aanbevelingen zijn deze termen gewijzigd in risicosfeer en verwijtbaarheid.

Principieel uitgangspunt

Nu de wet beide partijen een gelijke toegang tot de rechter geeft en ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad het recht op een formeel gelijke behandeling van werkgever en werknemer als uitgangspunt is vastgelegd, is het principieel onjuist om er van uit te gaan dat de aanbevelingen niet voor verzoeken van beide partijen zouden gelden. Het instrumentarium dient voor beide partijen hetzelfde te zijn, met dien verstande dat dit instrumentarium uiteraard in alle gevallen tot een billijke beslissing dient te (kunnen) leiden. Het vorenstaande leidt tot het uitgangspunt dat de aanbevelingen ook van toepassing zijn op werknemersverzoeken. De waardering van de feiten bepaalt de hoogte van de vergoeding.

Zijn de oorspronkelijke aanbevelingen toepasbaar op werknemersverzoeken?

De formulering van het in de eerste versie van aanbeveling 3.4. gekozen uitgangspunt "*de correctiefactor (C) is bij een neutrale of kleurloze ontbinding gelijk aan 1(één)*" is zo gekozen vanuit de ervaring dat de overgrote meerderheid van de ontbindingsverzoeken door de werkgever wordt ingediend. Deze hoofdregel is daarbij bovenal ook een codificatie van de in overwegende mate bestendige praktijk geweest.

Zou deze hoofdregel onverkort op werknemersverzoeken worden toegepast, dan zou daarmee de figuur geïntroduceerd zijn dat de werknemer bij een slechts door hem gewenst dan wel nagestreefd ontslag in beginsel aanspraak zou kunnen maken op een vergoeding gelijk aan C=1. Dat is als algemeen uitgangspunt niet alleen maatschappelijk onaanvaardbaar, maar ook juridisch onjuist omdat daarvoor (binnen het thans geldende ontslagrecht) onvoldoende rechtvaardiging bestaat. De toegekende vergoeding zou daarmee onbillijk (kunnen) zijn.

In de aanbevelingen dan wel de toelichting daarop dient dan ook bij werknemersverzoeken tot uitdrukking te worden gebracht dat de huidige formulering van

de aanbeveling ziet op een werkgeversverzoek dan wel op een werknemersverzoek, waarbij de ontbindingsgrond volledig in de risicosfeer van de werkgever ligt.

Voor de toepasbaarheid van de aanbevelingen op andere werknemersverzoeken dient derhalve een nadere aanpassing plaats te vinden, zowel van de aanbeveling zelf als van de toelichting daarop. Gekozen is voor een koppeling aan de factoren risicosfeer en verwijtbaarheid, onder welke factoren vele in de jurisprudentie voorkomende factoren kunnen worden samengevat.

Rechtvaardiging verschillende uitgangspunten

Gelet op de na aanpassing gekozen formulering van de uitgangspunten kan worden geconstateerd dat bij een werkgeversverzoek waarbij de ontbindingsgrond in de risicosfeer van de werkgever ligt zonder dat verwijtbaarheid aan de orde is, C gelijk is aan 1. Bij een werknemersverzoek waarbij de ontbindingsgrond in de risicosfeer van de werknemer ligt is de C-factor gelijk aan 0 (nul). Hoewel daarmee werknemersverzoeken schijnbaar anders behandeld worden dan werkgeversverzoeken ligt dat genuanceerder. Het verschil in benadering brengt enerzijds tot uitdrukking dat de stelplicht bij de verzoekende partij ligt, terwijl anderzijds de rechtvaardiging voor de toekenning van de vergoeding aan de werknemer bij een “verwijtloos” werkgeversverzoek ligt in de ongelijkheidscompensatie welke de kern van het arbeidsrecht, in casu het ontslagrecht vormt. Die compensatie treedt minder snel op de voorgrond als de werknemer zelf om beëindiging van de arbeidsovereenkomst verzoekt (bij een neutraal geformuleerd verzoek).

Bij sterk inhoudelijk gemotiveerde verzoeken zal het in beginsel niet uitmaken wie het verzoek indient omdat wordt “afgerekend” op grond van de voldoende aannemelijk geworden feitelijke situatie. Dit strookt ook met het principiële uitgangspunt dat het niet behoort uit te maken wie het verzoek indient.

Risicosfeer werknemer

Bij een ontbindingsgrond die volledig in de risicosfeer van de werknemer ligt, kan men denken aan de werknemer die uitsluitend om privéredenen weg wil, dat wil zeggen om redenen die niet (direct of indirect) samenhangen met de handelwijze van de werkgever, dan wel met feiten die in de risicosfeer van de werkgever liggen. Bijvoorbeeld een verhuizing van de werknemer om privéredenen, de werknemer is uitgekeken op het werk, de werknemer zoekt het elders hogerop om carrière te maken, de werknemer vertrekt wegens niet met het werk (direct of indirect) samenhangende gezondheidsredenen.

Doorgaans zal geen vergoeding aan de werknemer worden toegekend indien (uitsluitend) de werknemer weg wil maar hij van de werkgever met alle plezier mag blijven en niet is gebleken van enig handelen of nalaten van (of voor rekening van) de werkgever, dat geacht moeten worden (mede) te zijn gericht op het einde van het dienstverband of waaraan de wens van de werknemer in redelijkheid dient te worden toegerekend. Een dergelijke ontbindingsgrond ligt dan zozeer in de risicosfeer van de werknemer en mitsdien buiten de risicosfeer van de werkgever, dat deze daarop geen invloed kan uitoefenen, behoudens het bijzondere geval dat in redelijkheid van de werkgever verwacht had mogen worden dat hij maatregelen ter voorkoming, dan wel opheffing van die grond had genomen. Is daarvan geen sprake dan zullen vorenstaande gevallen in beginsel leiden tot toepassing van de correctiefactor C=0 (nul).

Samengevat: als de ontbindingsgrond in de risicosfeer van de werknemer ligt en de werkgever geen enkel verwijt treft c.q. de werkgever niet op ontslag heeft aangestuurd, zal de vergoeding in beginsel nihil zijn.

De ”gelukzoeker”

Met vorenstaand uitgangspunt is de weg van de gelukzoeker die zonder een uit de arbeidsovereenkomst zelf voortvloeiende noodzaak ontbinding verzoekt teneinde een vergoeding te verkrijgen, bijvoorbeeld vlak voor het verkrijgen van andere baan, redelijkerwijs afgesneden. De werknemer zal als verzoeker feiten en omstandigheden dienen te stellen en aannemelijk te maken op basis waarvan de rechter tot het oordeel kan komen dat de ontbindingsgrond in de risicosfeer van de werkgever ligt, dan wel de werkgever een relevant verwijt treft.

Verwijtbaarheid werkgever

Indien de werkgever wel een beperkt verwijt treft (hij had een en ander wellicht kunnen voorkomen door anders te handelen), dan kan er grond zijn voor toepassing van een C-factor tussen 0 en 1. Hetzelfde kan zich voordoen indien de grond enigszins in de risicosfeer van de werkgever valt c.q. de werkgever enig verwijt treft. Bij een langdurige arbeidsongeschiktheid veroorzaakt door de arbeidsomstandigheden kan deze oorzaak zozeer in de risicosfeer van de werkgever liggen c.q. de werkgever zozeer verwijtbaar zijn, dat een hogere C- factor wordt gebruikt, zelfs aanmerkelijk hoger dan 1. Hetgeen hiervoor is overwogen over risicosfeer geldt evenzeer voor verwijtbaarheid. Ligt het verwijt geheel bij de werknemer dan is C gelijk aan 0. Ligt het verwijt gedeeltelijk, dan wel in overwegende mate, dan wel geheel bij werkgever, dan wordt dit via de C-factor tot uitdrukking gebracht.

Hoewel in het vorenstaande is gebleken dat de aanbeveling in haar oorspronkelijke formulering (incl. toelichting) niet onverkort toepasbaar is op alle werknemersverzoeken, neemt dit niet weg dat de aanbevelingen als beslissingsinstrumentarium in een bepaalde reeds ontstane arbeidssituatie geen onderscheid in de uitkomst zouden dienen te bieden naar gelang welke partij het verzoek indient. Het gaat er derhalve niet zozeer om wie het verzoekschrift indient doch om de onderliggende ontbindingsgrond; in wiens risicosfeer ligt die ontbindingsgrond respectievelijk wie treft daarbij een verwijt?

Ten einde de toepasbaarheid van de criteria risicosfeer en verwijtbaarheid te toetsen zal hierna een aantal veelvoorkomende situaties van werknemersverzoeken worden besproken.

Enige in de praktijk regelmatig voorkomende situaties waarin de werknemer om ontbinding verzoekt:

Na een arbeidsconflict

De werknemer verwijt de werkgever het ontstaan van het arbeidsconflict en vraagt zelf ontbinding. Indien de werkgever een verwijt treft en hij rekening had behoren te houden met de niet te verwaarlozen kans dat de arbeidsverhouding door zijn handelwijze (of nalaten) verstoord zou raken, kan niet worden ingezien waarom bij de ontbinding een andere vergoeding zou moeten worden toegekend als de werknemer de ontbinding verzoekt dan als de werkgever dit doet. De situatie (aannemende dat deze inmiddels onomkeerbaar is) leidt in beide gevallen tot het oordeel dat partijen uit elkaar moeten en

voor de vergoeding behoort het dan niet uit te maken wie als eerste de kantonrechter benadert, nu er voor beide partijen geen alternatief meer is voor een beëindiging. Een andere benaderingswijze leidt ook tot de onnavolgbare situatie dat bij een tegenverzoek van de werkgever een andere vergoeding toegekend zou worden dan op het inleidend verzoek van de werknemer, terwijl beide vergoedingen geacht moeten worden billijk te zijn.

Met de C-factor dient het oordeel van de kantonrechter over de mate van verwijtbaarheid en over risicosfeer nader te worden ingevuld. Daarbij kan ook van belang zijn hoe lang de werknemer in de uitzichtloze situatie gewacht heeft met het indienen van het verzoek (vanaf het moment dat hij wist of behoorde te weten dat het daar toch van zou komen). Ook de pogingen van partijen om een oplossing te bereiken kunnen daarbij meewegen.

(Langdurige) arbeidsongeschiktheid anders dan door een arbeidsconflict

De werknemer die door slechte arbeidsomstandigheden (niet zijnde een arbeidsongeval) uiteindelijk arbeidsongeschikt geraakt zal - naar moet worden aangenomen - doorgaans een beëindigingsvergoeding toegekend krijgen. Ook hier dus weer de toepassing van de factoren risicosfeer en verwijtbaarheid. Een factor van belang is de opstelling van de werkgever en de werknemer in het reïntegratietraject.

Werknemer wil elders aan de slag (carrière-motief)

In dergelijke gevallen zal de oorzaak geheel in de risicosfeer van de werknemer liggen en ligt het niet voor de hand hem nog een vergoeding te geven, mits er verder niets aan de hand is. In bepaalde gevallen (bijvoorbeeld tussentijds vertrekkende sporters) ligt het eerder voor de hand dat de werknemer aan de werkgever een vergoeding betaalt. Hier had de werknemer immers zonder bezwaar kunnen blijven, doch wil hij om hem moverende redenen van de overeenkomst af, waardoor de werkgever in een nadeliger positie komt te verkeren, nu toptalent schaars is op de arbeidsmarkt.

Werknemer dient het verzoek in na een eerdere intrekking door de werkgever

In beginsel is de situatie niet fundamenteel gewijzigd als de werkgever na de intrekking geen substantiële en geloofwaardige poging heeft gedaan de werknemer opnieuw een zinvolle kans te bieden om zijn werkzaamheden voort te zetten, respectievelijk een andere passende plaats binnen de arbeidsorganisatie heeft gegeven.

Indien daarvan geen sprake is valt niet in te zien waarom in een ongewijzigde situatie aan de werknemer een andere vergoeding dient te worden toegekend als hij - nu geen andere oplossing voorhanden is - zelf een nieuw verzoek indient. Dit kan mogelijk anders liggen als de werknemer eerder met klem heeft volgehouden wel verder te willen en te kunnen met deze werkgever.

Uitgangspunt is echter dat het niet uitmaakt voor de hoogte van de vergoeding wie - in een uitzichtloze situatie - het verzoek indient. Dit uitgangspunt sluit ook aan bij de veel voorkomende praktijk dat de verwerende partij een - al dan niet voorwaardelijk - tegenverzoek indient. Immers, niet valt in te zien waarom op dat tegenverzoek anders beslist wordt dan op het inleidende verzoek nu de omstandigheden en mitsdien ook de risicosfeer en de verwijtbaarheid gelijk (gebleven) zijn.

Werknemer dient ontbindingsverzoek een nadat de werkgever BBA-verzoek heeft ingediend

De werkgever heeft te kennen gegeven de arbeidsovereenkomst door opzegging te willen beëindigen. De werknemer legt zich daar (al dan niet node) bij neer, maar is van mening

dat hem daarbij een passende vergoeding toekomt. Nu de werknemer te allen tijde het recht heeft een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter in te dienen dient hij in zijn verzoek te worden ontvangen. Niet-ontvankelijkverklaring zou miskennen dat ieder der partijen *te allen tijde* het recht heeft een ontbindingsverzoek in te dienen en dat een partij daarin niet beperkt kan worden door een (rechts- of feitelijke) handeling van zijn wederpartij.

Nu in zo'n situatie tussen partijen vaststaat dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dient te eindigen, dient de kantonrechter aan de hand van risicosfeer en verwijtbaarheid de omstandigheden van het geval te beoordelen en te beslissen of daarbij aan een der partijen een vergoeding dient te worden toegekend. Daarbij kan het gebruikelijke instrumentarium (aan de hand van risicosfeer en verwijtbaarheid) worden benut om een billijke vergoeding toe te kennen.

Arbeidsmarktpositie

De C-factor kan benut worden om de kans op de arbeidsmarkt van bijvoorbeeld de oudere werknemer te onderzoeken en op deze wijze de vergoeding te beïnvloeden. De onderbouwing daarvan zal dienen plaats te vinden met prognoses en verwachtingen over de kans op werk ofwel van de afstand tot de arbeidsmarkt van een werknemer die nieuw werk zal moeten gaan zoeken. De werkgever (of werknemer) die een verzoek indient tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een werknemer met een niet leeftijdsconforme arbeidsmarktpositie, kan een dergelijke (deskundig opgemaakte) analyse van de arbeidsmarktpositie van de werknemer bij het verzoekschrift overleggen. Uiteraard staat het de werknemer (of werkgever) vrij een eigen onderbouwing in het verweerschrift aan te bieden. De procedure leent zich minder voor een deskundige(n)bericht, zodat de kantonrechter eventueel twee tegengestelde deskundige meningen in zijn afweging zal moeten betrekken.

Habe-nichts en habe-wenig

Met betrekking tot de onderbouwing van de habenichts- of habewenig-exceptie (een beroep op een slechte financiële positie zowel bij bedrijfsbeëindiging als bij werk- en omzetvermindering en reorganisatie) wordt aansluiting gezocht bij de BBA-ontslagprocedure. Van de werkgever mag redelijkerwijs verwacht worden, dat hij jaarstukken overlegt in de vorm van de balans en de winst- en verliesrekening over de laatste drie boekjaren, die voorzien zijn van een heldere toelichting, alsmede prognoses over de komende zes maanden. Ook zal een behoorlijke toelichting op de urgentie en omvang van de ingreep dienen te worden verstrekt . Met deze stukken kan een beroep op een lagere vergoeding verantwoorder worden beoordeeld en zal een passende beslissing over de hoogte van de te kennen vergoeding kunnen worden genomen.

Aanbeveling 3.5:

Indien de verwachte inkomstenderving tot aan de redelijkerwijs te verwachten pensioneringsdatum van de werknemer lager is dan de uitkomst van de formule, dan wordt de vergoeding berekend aan de hand van die inkomstenderving, tenzij

verwijtbaarheid, risicosfeer en de overige bijzondere omstandigheden als bedoeld in aanbeveling 3.4.4 billijkheidshalve aanleiding geven tot een andere vergoeding.

Toelichting bij Aanbeveling 3.5

Uitgangspunt is dat de ontbindingsvergoeding voor werknemers wier pensioendatum in zicht komt, in beginsel niet hoger is dan het inkomen dat zij bij het voortduren van de arbeidsovereenkomst tot hun pensioendatum zouden hebben genoten. Bij de bepaling van de vergoeding dient rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat een werknemer vrij is zijn pensioendatum op een voor of na zijn 65ste gelegen datum te bepalen. Per individuele zaak zal moeten worden nagegaan of de door de werknemer genoemde pensioendatum aannemelijk kan worden geacht. Daarbij kan hetgeen in de branche, binnen een groep van bedrijven of binnen een bedrijf gebruikelijk is, een rol spelen. Vanzelfsprekend zijn ook de overige factoren, die in de tekst van de aanbevelingen 3.2 t/m 3.4 of in de toelichting op deze aanbevelingen tot uitdrukking worden gebracht, van belang.

Aanbeveling 3.6:

1. *Bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd na korte tijd én bij tussentijdse ontbinding van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarbij de mogelijkheid van opzegging tijdens de overeengekomen duur van de arbeidsovereenkomst tussen partijen is overeengekomen, wordt in beginsel een vergoeding volgens de formule toegekend.*
2. *Bij tussentijdse ontbinding van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarbij de mogelijkheid van opzegging tijdens de overeengekomen duur van de arbeidsovereenkomst niet tussen partijen is overeengekomen, wordt in beginsel een vergoeding toegekend ten bedrage van het aantal maandsalarissen dat de werknemer nog zou hebben ontvangen indien de arbeidsovereenkomst van rechtswege zou zijn geëindigd door het verstrijken van de duur waarvoor zij werd aangegaan.*

Toelichting bij Aanbeveling 3.6

Als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op verzoek van de werkgever vrij snel, namelijk binnen enkele jaren na aanvang ervan, wordt ontbonden, is er geen aanleiding af te wijken van de systematiek van de aanbevelingen. Hetzelfde geldt bij tussentijdse beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, indien de mogelijkheid van opzegging tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Wel kan er reden zijn de C-factor op (fors) meer dan 1 te stellen. Gedacht kan worden aan het geval, dat de werknemer door de nieuwe werkgever is "losgeweekt" van zijn vorige werkgever terwijl de werknemer met en door zijn vertrek bij de vorige werkgever veel zekerheden of gunstige arbeidsvoorwaarden heeft prijsgegeven.

Indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussentijds wordt ontbonden en de mogelijkheid tot opzegging tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst niet is overeengekomen, ligt het in de rede, omdat gemaakte afspraken behoren te worden nagekomen, dat een toe te kennen vergoeding wordt berekend aan de hand van het

resterende aantal maandsalarissen dat de werknemer nog zou hebben verdiend bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst van rechtswege door het verstrijken van de duur waarvoor zij werd aangegaan Denkbaar is dat omstandigheden aanwezig zijn, zoals verwijtbaar gedrag aan de zijde van de werknemer of een verslechterende bedrijfseconomische situatie aan de zijde van de werkgever, die kunnen billijken dat een lagere vergoeding zal worden toegekend.

Verhouding ontbindingsvergoeding en Sociaal Plan

Aanbeveling 3.7 (=3.6 oud):

In afwijking van aanbeveling 3.1. zal de kantonrechter in geval van een ontbinding wegens een reorganisatie van de onderneming een vergoeding toekennen overeenkomstig een ter zake gemaakt sociaal plan, mits dat plan schriftelijk overeengekomen is door de werkgever met tot de CAO onderhandelingen in de sector toegelaten dan wel anderszins voldoende representatieve vakorganisaties, tenzij onverkorte toepassing daarvan leidt tot een evident onbillijke uitkomst voor de betrokken werknemer. In dat laatste geval is aanbeveling 3.1. van toepassing, zij het dat indien slechte financiële omstandigheden van de onderneming redengevend zijn voor de reorganisatie, daarin voldoende grond ligt om C in ieder geval niet hoger dan 1 te laten zijn.

Toelichting bij Aanbeveling 3.7

Het sociaal plan komt in de praktijk in verschillende gradaties voor, waarbij als uitersten gelden aan de ene kant het sociaal plan dat eenzijdig door de werkgever is opgesteld en aan de andere kant een sociaal plan dat in overleg met de betrokken vakorganisaties en de ondernemingsraad is opgesteld. Regelmatig rijst in ontbindingsprocedures ex art. 7:685 BW de vraag in hoeverre de kantonrechter zich door het sociaal plan moet laten leiden wanneer het gaat om de vaststelling van de hoogte van de vergoeding.

Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt dat een sociaal plan veelal als uitgangspunt genomen wordt, zij het dat afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval daarvan afgeweken wordt indien een sociaal plan tot een onredelijke uitkomst leidt. Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre de kantonrechter gebonden is aan een sociaal plan dient allereerst gekeken te worden naar de aard van het sociaal plan.

A. Is het sociaal plan eenzijdig door de werkgever opgesteld, al dan niet na overleg met de vakbonden en/of de Ondernemingsraad, dan behoeft daar in beginsel geen waarde aan gehecht te worden. Door het ontbreken van overeenstemming kan immers onvoldoende getoetst worden of er aanleiding bestaat om een lagere vergoeding toe te kennen, terwijl anderzijds honorering van een dergelijk sociaal plan zou impliceren dat de werkgever eenzijdig de hoogte van de vergoeding kan bepalen.
B. In het geval een sociaal plan door de werkgever schriftelijk met voldoende (representatieve) vakorganisaties en eventueel ook met de Ondernemingsraad overeengekomen is, geldt dat de vergoeding voor elke af te vloeien werknemer in

beginsel aan de hand van het sociaal plan vastgesteld moet worden, ook al wijkt de uitkomst af van de volgens de aanbevelingen berekende vergoeding, tenzij blijkt dat onverkorte toepassing van het sociaal plan leidt tot een evident onbillijke uitkomst voor betrokken werknemer. Te denken valt daarbij aan gevallen dat niet of nauwelijks rekening is gehouden met een zeer lang dienstverband of met een handicap van de werknemer; in die gevallen kan gezegd worden dat partijen zich bij het afsluiten van een sociaal plan onvoldoende rekenschap gegeven hebben van de bijzondere positie van deze werknemer en dat onverkorte toepassing het sociaal plan in zijn geval leidt tot een evidente onbillijke uitkomst. Om te benadrukken dat ontsnapping slechts mogelijk is in uitzonderlijke situaties, is gekozen voor de formulering van "evident onbillijke uitkomst".

De rechtvaardiging van de generieke afwijking van de aanbevelingen ligt in:

- het min of meer collectieve karakter van de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten in verband met reorganisatie in tegenstelling tot het meer individuele karakter van de gemiddelde beëindiging ex artikel 7:685 BW;
- de solidariteitsgedachte versus het individualiteitsbeginsel;
- de omstandigheid dat de som van de vergoedingen volgens de aanbevelingen doorgaans niet betaalbaar (habe-wenig) is, soms vanwege de hoge kosten van met de vakbonden overeengekomen en aan de werknemer aangeboden alternatieven die maatschappelijk wenselijker worden geacht, zoals bemiddeling, omscholing en outplacement;
- het feit dat het sociaal plan veelal maatwerk is, toegesneden op personeelsopbouw en een inbreuk daarop het soms fragiele evenwicht verstoort;
- de omstandigheid dat een eventuele inbreuk op het sociaal plan een aanzuigende werking en bovendien een precedentwerking kan hebben.

In het geval toepassing van een sociaal plan tot een evident onbillijke uitkomst leidt en enkel het streven naar rendementsverbetering grond vormt voor de voorgenomen reorganisatie en de gevraagde ontbinding van de arbeidsovereenkomst, bestaat er in zijn algemeenheid geen aanleiding om C te maximeren op 1.

De vraag of het sociaal plan is afgesloten door voldoende representatieve vakorganisaties kan beantwoord worden aan de hand van de criteria die in de rechtspraak zijn ontwikkeld op het terrein van de toelating tot CAO- overleg. Uitgangspunt daarbij is dat (een) vakorganisatie(s) in ieder geval (evident) representatief beschouwd wordt (worden) in het geval zij respectievelijk bijna 25% en meer dan 20% van het personeel vertegenwoordigt (of bij meerdere vertegenwoordigen) dan wel voor de categorie van middelbaar en hoger personeel een aanzienlijk aantal leden telt dat het aantal leden in die categorie van alle of vrijwel alle andere organisaties overtreft.

In het geval de werkgever enkel met de Ondernemingsraad een sociaal plan afgesloten heeft en de betrokken vakorganisaties daar geen partij bij zijn geweest, bestaat in zijn algemeenheid onvoldoende grond om bij toekenning van een vergoeding ex artikel 7:685 BW af te wijken van de aanbevelingen. Het is immers de vraag in hoeverre de Ondernemingsraad zeker bij kleinere bedrijven voldoende afstand tot de ondernemer kan nemen om een objectieve uitspraak te doen over de noodzaak van reorganisatie en het

treffen van afvloeiingsregelingen die lager zijn dan de aanbevelingen. Bovendien geldt dat de Ondernemingsraad een overlegorgaan is dat de werknemer niet kan binden (art. 3 WOR). Bij afwijking van een sociaal plan ingeval van een evident onbillijke uitkomst komen in de praktijk verschillende situaties voor, te weten dat wel of niet een hardheidsclausule in het sociaal plan is opgenomen en wel of niet daar door de werknemer bij de begeleidingscommissie een beroep op is gedaan.

De kantonrechter heeft in principe altijd de mogelijkheid om in geval van een evident onbillijke uitkomst van het sociaal plan af te wijken, ook in die gevallen dat in het sociaal plan geen hardheidsclausule is opgenomen of in die gevallen dat de begeleidingscommissie negatief heeft geadviseerd. In alle gevallen zal de kantonrechter door partijen aangevoerde argumenten kwalitatief moeten beoordelen; de procedurele aspecten zijn derhalve niet allesbeslissend.

Indien de ontbinding wordt verzocht in het kader van een reorganisatie en voor de overige betrokken werknemers een ontslagvergunning bij het CWI wordt verzocht, dient bij de vaststelling van de vergoeding en/of de ontbindingsdatum, met het oog op het gelijkheidsbeginsel, tevens rekening te worden gehouden met de eventueel misgelopen opzegtermijn.

Aanbeveling 3.8 (=3.7 oud): Kosten van rechtsbijstand

Voor de gemaakte kosten van rechtsbijstand wordt geen aparte vergoeding toegekend, tenzij deze tussen partijen is overeengekomen.

Toelichting bij Aanbeveling 3.8

Het is doorgaans niet alleen ondoenlijk doch vooral ook onwenselijk om als kantonrechter bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding voor de kosten van rechtsbijstand zelf te moeten beoordelen of, en zo ja tot welk bedrag, gemaakte kosten van rechtsbijstand voor vergoeding in aanmerking komen. De omvang van de advocaatkosten behoort niet tot de kern van de in een ontbindingsprocedure aan de orde zijn de problematiek en de beoordeling daarvan dient buiten de procedure te blijven.

De kantonrechter dient zich - mede gelet op de zich vaak aan zijn oog onttrekkende aard en omvang van de buitengerechtelijke werkzaamheden - verre te houden van de beoordeling van deze, vaak ook in de procedure onvoldoende inzichtelijk gemaakte feitelijke gang van zaken. De daarbij aan de orde zijnde vragen raken niet alleen de arbeidsrelatie tussen partijen doch vooral ook de relatie tussen advocaat en cliënt.

Indien en voor zover de kosten van rechtsbijstand zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen uit de overeenkomst in de periode voorafgaand aan de ontbindingsprocedure, dienen dergelijke kosten in een aparte bodemprocedure gevorderd 12 worden. Omtrent de kosten van rechtsbijstand die in c.q. ten behoeve van de ontbindingsprocedure zelf zijn gemaakt, wordt met de kostenveroordeling in die procedure beslist.

Aanbeveling 4 vervalt, omdat de betekenis in de praktijk nihil is.