

N.T. Dempsey, datum 16-03-2015

Datum

16-03-2015

Auteur

N.T. Dempsey^[1]

Auteursprofiel

N.T. Dempsey

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS190655:1

Vakgebied(en)

Internationaal publiekrecht / Rechtshandhaving

Burgerlijk procesrecht / Arbitrage

Arbeidsrecht / Einde arbeidsovereenkomst

Wetgeving

art. 93 sub c en art. 383 Rv; Brussel I; art. 7:685 BW; art. 6 EVRM

Dit artikel beoogt – voordat op 1 juli a.s. het avontuur van het vernieuwde arbeidsrecht met alle procesrechtelijke implicaties en complicaties van dien echt begint – een overzicht te geven van de voor de arbeidsrechtpraktijk meest relevante procesrechtelijke ontwikkelingen en uitspraken van de afgelopen drie jaar.

1. Inleiding

“*It's the end of the world (as we know it).*”^[2] Wellicht overdreven, maar met ingang van 1 juli 2015 wordt het arbeidsrecht ingrijpend veranderd. Over die aankomende wijzigingen en de vragen die nu al rijzen, is onder andere in dit blad reeds veel geschreven. Daarover gaat deze bijdrage dan ook niet. In dit artikel ligt de focus op het verleden: een overzicht van de meest relevante procesrechtelijke ontwikkelingen en uitspraken voor de arbeidsrechtpraktijk in de periode 2012-2014. Achtereenvolgens wordt stilgestaan bij de onderwerpen bevoegdheid, arbitrage, de (on)mogelijkheden om ontbindingsbeschikkingen aan te tasten en bewijs.

2. Bevoegdheid

2.1 Sectorale competentie

Artikel 93 sub c Rv regelt dat zaken “*betreffende een arbeidsovereenkomst*” bij de sector kanton moeten worden aangebracht.^[3] Of daarvan sprake is, bepaalt de rechter aan de hand van een voorlopig oordeel over het onderwerp van het geschil (artikel 71 lid 3 Rv). De Kantonrechter Arnhem oordeelde dat voordat voorlopig oordeel niet relevant was dat volgens het verweer van gedaagde de overeenkomst tussen partijen niet als een arbeidsovereenkomst zou kunnen worden gekwalificeerd.^[4] Bepalend was dat de eiser aan zijn vordering tot loondoorbetaling ten grondslag had gelegd dat tussen hem en gedaagde een arbeidsovereenkomst bestond. Voor de Kantonrechter Groningen daarentegen was het verweer van de gedaagde dat geen sprake was van een arbeidsovereenkomst wél reden om voorlopig te oordelen dat partijen een opdrachtovereenkomst hadden gesloten en de zaak naar de rechtbank te verwijzen.^[5]

Op grond van artikel 71 lid 5 Rv staat geen rechtsmiddel open tegen het oordeel van de (kanton)rechter om de zaak wel of niet te verwijzen; indien wordt verwezen, is de rechter naar wie wordt verwezen aan die verwijzing gebonden. In dit kader rijst de vraag of de rechter naar wie wordt verwezen, is gebonden aan het voorlopige oordeel van de verwijzende rechter wat tot die verwijzing heeft geleid. De Voorzieningenrechter Rotterdam heeft die vraag op 27 februari 2014 bevestigend beantwoord.^[6] De kantonrechter had voorlopig geoordeeld dat eiser een statutair bestuurder was en dat zijn vordering daarom bij de rechtbank thuis hoorde. De voorzieningenrechter overwoog dat uit het feit dat de zaak wordt verwezen “*in de stand waarin zij zich bevindt*”, volgt dat het opnieuw inhoudelijk beoordelen van de vraag of eiser wel of niet statutair bestuurder was, als een ‘verkapte’ intern appel zou hebben te gelden. Op dit argument valt het nodige af te dingen: uit de

wettekst volgt dat slechts sprake is van een *voorlopig* oordeel en ook de wetsgeschiedenis laat ruimte dat de rechter naar wie is verwezen tot een ander inhoudelijk oordeel mag komen.^[7] De publicatie van deze uitspraak in de RAR signaleert dat eerder het Hof 's-Hertogenbosch^[8] en de Rechtbank Arnhem^[9] hebben geoordeeld dat de rechter naar wie de zaak is verwezen juist niet inhoudelijk aan het voorlopige oordeel van de verwijzende rechter is gebonden, maar dat het de rechter enkel niet is toegestaan de zaak weer terug te verwijzen.

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad moet een ruime uitleg worden gegeven aan de bevoegdheid van de kantonrechter om over zogenaamde aardvorderingen te oordelen.^[10] Dit betekent dat aan vorderingen die verband houden met en niet los gezien kunnen worden van het (oorspronkelijk) bestaan van een type overeenkomst ter zake geschillen waarvan de sector kanton bevoegd is (zoals arbeidsovereenkomsten), de kwalificatie "*betreffende*" moet worden toegekend. Het feit dat de eiser zijn vordering op onrechtmatige daad baseert, maakt dan ook niet dat de kantonrechter toch niet op de voet van artikel 93 sub c Rv bevoegd is. Een voorbeeld van die ruime uitleg is te vinden in een vonnis van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.^[11] Een werkgever dagvaardde de weduwe van één van zijn werknemers voor de rechtbank en vorderde betaling van € 62.000,- wegens het door de werknemer ontvangen en achterhouden van contante betalingen die voor de werkgever waren bedoeld. Naar aanleiding van het verweer van de weduwe dat de rechtbank onbevoegd was, betoogde de werkgever dat de vordering niet was gebaseerd op diefstal uit dienstbetrekking, maar op onrechtmatige daad c.q. ongerechtvaardigde verrijking van de weduwe nu zij na het overlijden van haar echtgenoot de bedragen niet alsnog afdroeg. De rechtbank verwierp deze stelling: de vordering van de werkgever was kennelijk gebaseerd op de stelling dat de overleden werknemer tijdens dienstbetrekking geld had verduisterd. Het feit dat de weduwe geen partij was bij de arbeidsovereenkomst stond niet in de weg aan de bevoegdheid van de sector kanton, nu de weduwe als erfgename van de werknemer hem van rechtswege had opgevolgd.

2.2 EEX Verordening

In internationale arbeidsverhoudingen wordt de rechterlijke bevoegdheid onder meer geregeld in de EEX Verordening (Brussel I). Met ingang van 10 januari 2015 is de nieuw herschikte EEX Verordening in werking getreden, ook wel Brussel I(bis) genaamd. Een overzicht van alle wijzigingen is onder meer terug te vinden in een recent artikel van mr. B.A. De Ruijter.^[12] Voor de arbeidsrechtpraktijk zijn met name twee aanpassingen van belang. De eerste wijziging is dat werkgevers die geen woonplaats hebben binnen de Europese Unie, nu ook voor het gerecht van een lidstaat kunnen worden gedaagd.^[13] Ten tweede wordt het voor een werknemer mogelijk gemaakt om meerdere werkgevers voor één gerecht te dagen.^[14]

Brussel I(bis) brengt geen wijziging in de hoofdregel dat werknemers door hun werkgever enkel gedaagd kunnen worden voor het gerecht van de lidstaat waar de werknemer woonplaats heeft.^[15] Dit maakt het ontslag van werknemers die in Nederland werken, maar in het buitenland wonen, gecompliceerd en potentieel problematisch. Illustratief in dit kader zijn twee uitspraken van de Kantonrechter Leeuwarden uit 2013.^[16] De werkgever verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst en de werknemer verweerde zich met de stelling dat hij in Duitsland woonde (hij had zich uit het GBA laten uitschrijven en een huis in Duitsland gekocht), zodat de Nederlandse rechter onbevoegd was. De kantonrechter verklaarde zich onbevoegd, waarop de werkgever een tweede verzoekschrift tot ontbinding indiende. De werkgever stelde dat hij tweemaal naar het adres van de werknemer in Duitsland was afgereisd, daar een afgesloten woning met verwilderde tuin aantrof en omwonenden verklaarden dat zij de werknemer al maanden niet hadden gezien en dat hij bij zijn ouders in Dokkum woonde. Dit betoog leidde echter niet tot een andere uitkomst. De kantonrechter oordeelde dat indien de werkgever het eerdere oordeel onjuist achtte, hij hoger beroep had moeten instellen of een verzoek tot herroeping had moeten indienen. De door de werkgever aangevoerde stellingen waren bovendien geen nieuwe omstandigheden die niet al bij het indienen van het eerste verzoekschrift hadden kunnen worden meegenomen.

Een uitkomst in dit soort 'grensgevallen' kan zijn om, in plaats van een gang naar de kantonrechter, bij het UWV een aanvraag in te dienen voor een ontslagvergunning. Zo oordeelde de Kantonrechter Amsterdam, met verwijzing naar een eerdere beslissing van CWI (voorganger van het UWV),^[17] dat de EEX Verordening niet van toepassing is op de BBA-ontslagprocedure.^[18] Na invoering van het nieuwe ontslagrecht per 1 juli 2015 zal deze alternatieve route overigens op grond van artikel 7:671a lid 1 BW (nieuw) enkel nog openstaan voor ontslagen die gebaseerd zijn op bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige ziekte.^[19] Daarbij kan de vraag gesteld worden of met het intrekken van het BBA en opname van de UWV ontslagprocedure in boek 7 BW, nog succesvol zal kunnen worden betoogd dat deze procedure buiten de reikwijdte van de herschikte EEX Verordening valt. Voor meer over dit onderwerp kan te rade worden gegaan bij het artikel "De WWZ en de internationale arbeidsverhouding" van mr. C.B.G. Derks dat eerder dit jaar in dit blad is verschenen.^[20] Tot slot is nog vermeldenswaard een prejudiciële vraag die de Hoge Raad op 24 januari 2014 aan het Hof van Justitie EU heeft gesteld.^[21] De zaak betrof een Nederlandse vennootschap die haar in Duitsland wonende bestuurder voor de Nederlandse rechter dagvaardde. De vennootschap vorderde schadevergoeding, primair wegens onbehoorlijk bestuur (artikel 2:9 BW) dan wel opzet of bewuste roekeloosheid bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:611 BW), subsidiair op grond van onrechtmatige daad. In navolging van de rechtbank oordeelde het hof dat de Nederlandse rechter onbevoegd was. De vorderingen van de vennootschap, ook die gebaseerd op onrechtmatige daad, hielden immers verband met de arbeidsovereenkomst zodat op grond van artikel 20 lid 1 Brussel I^[22] de zaak voor de Duitse rechter had moeten

worden gebracht. Het cassatieberoep van de vennootschap heeft ertoe geleid dat de Hoge Raad het Hof van Justitie EU de prejudiciële vraag heeft gesteld of de bijzondere bevoegdheidsbepaling dat een werknemer alleen voor het gerecht van zijn woonplaats kan worden gedaagd zich ertegen verzet dat ook de rechter die door artikel 5 aanhef en onder 1(a) dan wel onder 3 Brussel I^[23] bevoegd zou kunnen zijn wanneer een bestuurder niet alleen als werknemer, maar ook in zijn hoedanigheid van bestuurder wordt aangesproken wegens onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatige daad. De Hoge Raad geeft als voorlopig oordeel dat punt 13 van de considerans van Brussel I (bescherming van de werknemer als zwakke partij) pleit voor de door het hof gekozen uitleg, evenals een eerder arrest van het Hof van Justitie EU waarin was beslist dat artikel 6 aanhef en onder 1 Brussel I geen toepassing vindt bij geschillen die vallen binnen het toepassingsbereik van afdeling 5 Brussel I.^[24] Desalniettemin overweegt de Hoge Raad dat de vraag niet zonder redelijke twijfel beantwoord kan worden zodat prejudiciële vragen moeten worden gesteld. Voor het geval deze vraag ontkennend wordt beantwoord, heeft de Hoge Raad nog een tweetal aanvullende vragen gesteld over de uitleg van artikel 5 aanhef onder 1 en onder 3 Brussel I. Een uitgebreide bespreking van het arrest en alle drie de prejudiciële vragen is terug te vinden in de noot van prof. mr. P.M. Veder in de JOR^[25] en de noot van mr. drs. T.M.C. Arons in *Ondernemingsrecht*.^[26]

2.3 Immuniteit

Een onderwerp dat raakt aan de bevoegdheid van de civiele rechter is dat van immuniteit. Indien een arbeidsgeschil valt onder de reikwijdte van de immuniteit van een ambassade of internationale organisatie en deze zich op die immuniteit beroept, dan dient de civiele rechter zich onbevoegd te verklaren. De rechter kan zich desondanks toch bevoegd verklaren indien het waarborgen van het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM) dit eist. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM mag in beginsel geen immuniteit worden verleend indien de werknemer geen redelijk alternatieve rechtsgang ter beschikking staat.^[27] In de afgelopen drie jaar hebben de Haagse rechters zich meermalen moeten buigen over de vraag of een van de daar gevestigde internationale organisaties zich op immuniteit mag beroepen. Zo heeft het Hof Den Haag op 6 mei 2014 geoordeeld dat de interne rechtsgang bij de Europese Ruimtevaartorganisatie (ESA) niet zodanige gebreken vertoont dat het wezen van het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht wordt aangetast of dat de bescherming die de werknemers in de alternatieve rechtsgang wordt verleend kennelijk ontoereikend zou zijn.^[28] Eerder oordeelde het hof tot tweemaal toe dat ook de Iran-US Claim Tribunal zich in arbeidsgeschillen kan beroepen op immuniteit nu een alternatieve rechtsgang beschikbaar is voor haar werknemers.^[29] Daarentegen was de omstandigheid dat vaststond dat de beroepsprocedure van een werknemer van de Europese Octrooi Organisatie (EOO) 15 jaar zou duren, voor de Rechtbank 's-Gravenhage (Kantonrechter Leiden) grond om het beroep van de EOO op immuniteit af te wijzen.^[30] In een zaak die vakbonden tegen de EOO hadden aangespannen wegens het opnemen van bepalingen in het interne reglement die het stakingsrecht zouden beperken, verwierp ook de Haagse voorzieningenrechter het beroep van de EOO op immuniteit.^[31] Reden daarvoor was dat de interne rechtsgang niet openstond voor de vakbonden. De vordering van de vakbonden werd uiteindelijk afgewezen, omdat niet gebleken was dat de vakbonden zich niet tot de centrale organisatie van de EOO konden wenden. Toewijzing van de vordering in Nederland zou tot een versplintering leiden, in die zin dat in Nederland andere regels zouden moeten worden toegepast dan in de andere landen waar de EOO is gevestigd. Daarmee zou, aldus de kantonrechter, "*het wezen van de immuniteit [worden] aangetast, namelijk dat de interne regelgeving van internationale organisaties niet afhankelijk is van nationale wetgeving en nationale rechterlijke oordelen*".^[32] Het vereiste van een alternatieve rechtsgang is echter niet absoluut.^[33] Zo oordeelde de Rechtbank 's-Gravenhage (Kantonrechter Leiden) dat de European Patent Office (EPO) zich op immuniteit mocht beroepen, ook al kon de eiser geen beroep doen op de interne rechtsgang omdat hij geen als ambtenaar aangewezen werknemer was.^[34] De kantonrechter overwoog dat de eiser zijn vorderingen ook had ingesteld tegen een tweetal private rechtspersonen, zodat sprake was van de beschikbaarheid van een rechtsgang tegen een ander dan de internationale organisatie. In april 2014 is over dit onderwerp een lezenswaardig overzichtsartikel van mr. E.J.H. Poorthuis verschenen, waarin hij in de jurisprudentie onder meer signaleert dat vreemde staten (ambassades) zich de laatste jaren minder snel met succes op immuniteit kunnen beroepen dan internationale organisaties.^[35]

3. Arbitrage

Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat een arbitraal beding in een arbeidsovereenkomst (of cao) rechtsgeldig kan zijn.^[36] Zolang het geschil tussen partijen maar niet betreft vaststellingen die niet ter vrije bepaling van partijen staan (zoals de vernietiging van een besluit van een rechtspersoon),^[37] zal een beroep op een geldig overeengekomen arbitraal beding er dan ook toe moeten leiden dat de aangezochte civiele rechter zich onbevoegd verklaart. In dit kader is van belang te melden dat per 1 januari 2015 de nieuwe arbitragewet in werking is getreden. Deze wet heeft onder meer tot doel een modernisering van het Nederlands arbitragerecht, codificatie van *best practices*, de vernietigingsprocedure beperken tot één feitelijke instantie en Nederland interessanter maken voor internationale arbitrages. Voor een overzicht en bespreking van het gewijzigde arbitragerecht, zij verwezen naar een bijdrage van mr. I.P.M. Nieuwendijk in het Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging en het tweedelige artikel van mr. J.W. Bitter in het Tijdschrift voor Bouwrecht.^[38]

4. Aantasten ontbindingsbeschikkingen

Enkele jaren geleden heb ik voor Arbeidsrecht een overzichtsartikel geschreven met betrekking tot de mogelijkheden om een ontbindingsbeschikking aan te tasten.^[39] De twee voornaamste routes zijn appel met een beroep op doorbreking van het rechtsmiddelenverbod of een verzoek tot herroeping ex artikel 382 Rv. Het nieuwe ontslagrecht kent diverse – radicale – veranderingen ten opzichte van de huidige praktijk. Eén van die wijzigingen is het openstellen van hoger beroep en cassatie tegen ontbindingsbeschikkingen. Daarmee zal naar verwachting de betekenis van de doorbraakjurisprudentie voor de arbeidsrechtpraktijk grotendeels wegvallen. Ook lijkt het mij waarschijnlijk dat het aantal verzoeken tot herroeping zal afnemen doordat in plaats daarvan hoger beroep wordt ingesteld.^[40] Op alle procedures die vóór 1 juli 2015 worden ingeleid, blijft evenwel het huidige ontslagrecht van toepassing.^[41] Voor een hoger beroep tegen een ontbindingsbeschikking naar aanleiding van een vóór 1 juli 2015 ingediend verzoek, zal dus aan de vereisten van de doorbraakjurisprudentie moeten worden voldaan. In die gevallen waar de herroepingsgrond eerst na het verstrijken van de appeltermijn bekend wordt, zal artikel 382 Rv echter altijd relevant blijven.

4.1 Doorbraakjurisprudentie

In de periode 2012-2014 zijn meerdere noemenswaardige uitspraken geweest met betrekking tot de toepassing van de doorbraakjurisprudentie. Op grond van deze jurisprudentie kan een partij – in weerwil van een rechtsmiddelenverbod – toch hoger beroep instellen indien de rechter een wetsartikel ten onrechte heeft toegepast, ten onrechte niet heeft toegepast of een zo fundamenteel rechtsbeginsel heeft veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.^[42] Een sprekend voorbeeld van de toepassing van de laatste doorbrekingsgrond vindt men in een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch.^[43] De werknemer stelde dat hij pas op 10 december 2012 van zijn werkgever hoorde dat de volgende dag de mondelinge behandeling zou plaatsvinden van een door de werkgever ingediend verzoek tot ontbinding. De advocaat van de werknemer vroeg om een toelichting van de werkgever, maar kreeg daarop geen antwoord, waarop de werknemer de volgende dag gewoon naar het werk ging. Die avond trof hij thuis een gesloten envelop van de deurwaarder aan met daarin een op verzoek van de werkgever betekend kopie van het verzoekschrift en de oproep voor de mondelinge behandeling. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst zonder vergoeding en de werknemer stelde hoger beroep in. Het hof overwoog dat niet was gebleken dat artikel 275 Rv was nageleefd. Op grond hiervan had de griffie, toen de aangetekende oproep retour kwam, het adres van de werknemer in het GBA moeten controleren en de oproep opnieuw moeten versturen, ditmaal per gewone post. Het feit dat de werkgever de oproep aan de werknemer had laten betekenen, kon dit niet helen. De oproep werd immers betekend op de dag van de mondelinge behandeling zelf terwijl de werkgever wist dat de werknemer op het werk was en dus pas aan het einde van de dag (na afloop van de mondelinge behandeling) die oproep zou ontvangen. Het hof oordeelde dat sprake was van een schending van het beginsel van hoor en wederhoor en vernietigde de beschikking van de kantonrechter. Daarbij overwoog het hof nog ten overvloede dat het beroep van de werkgever op (mogelijke) schending van een redelijke termijn niet tot een ander oordeel leidde, omdat het onder advocaten een feit van algemene bekendheid zou zijn dat de vertraging gemoeid met een nieuwe oproep en een nieuwe datum tot één of anderhalve week beperkt zou zijn.

Het Hof Arnhem heeft in een uitspraak van 11 september 2012 bevestigd dat het niet (juist) toepassen van een Sociaal Plan of berekenen van de ontbindingsvergoeding, hooguit als een 'fout' van de kantonrechter kan worden gekwalificeerd, maar niet betekent dat de kantonrechter buiten het toepassingsgebied van artikel 7:685 BW is getreden.^[44] Daarnaast overwoog het hof dat de kantonrechter een grote vrijheid heeft bij het bepalen van de vergoeding naar billijkheid, zodat deze evenmin buiten de grenzen van artikel 7:685 BW treedt door bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding rekening te houden met het feit dat de werknemer geruime tijd salaris heeft genoten zonder daartegenover arbeid te verrichten. In een zaak die leidde tot een uitspraak van het Hof Amsterdam stelde de werkneemster dat de kantonrechter buiten het toepassingsbereik van artikel 7:685 BW was getreden door als bewezen aan te nemen dat zij zich schuldig zou hebben gemaakt aan het strafbare feit poging tot afdreiging.^[45] De werkneemster stelde dat haar een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM was onthouden doordat aan de essentiële voorschriften die in een strafproces gelden, niet was voldaan. Het hof verwierp dit betoog: de bestreden ontbindingsbeschikking was geen strafrechtelijke uitspraak en ook overigens was niet gebleken van veronachtzaming van het beginsel van hoor en wederhoor.

Het Hof Den Haag oordeelde naar aanleiding van het hoger beroep van een werkgever tegen een op verzoek van de werknemer uitgesproken ontbinding van de arbeidsovereenkomst met toekenning van een (forse) vergoeding, dat het voorkomen van tegenstrijdige beslissingen *geen* fundamenteel beginsel is waarvan schending kan leiden tot toepassing van de doorbraakjurisprudentie.^[46] De kantonrechter was, aldus het hof, niet gehouden zijn beslissing op het ontbindingsverzoek van de werknemer aan te houden in afwachting van de beoordeling van een andere "*bij het kantongerecht lopende complexe procedure*." Bovendien had de kantonrechter aan het slot van de mondelinge behandeling bepaald op welke datum uitspraak zou worden gedaan, zodat gesteld noch gebleken was dat de werkgever op grond van de processuele gang van zaken in redelijkheid mocht verwachten dat haar nog de gelegenheid zou worden geboden haar stellingen nader met bewijs te onderbouwen. Het hof verwierp ook de grief van de werkgever dat geen berechting zou hebben

plaatsgevonden door een onafhankelijke rechter: met het geven van een voorlopig oordeel ter zitting “*is anno 2013 niets mis; het geeft partijen de gelegenheid zich (nader) te beraden en, indien dat voorlopige oordeel naar de mening van een partij onjuist mocht zijn, daarop (...) te responderen*”.^[47] In een andere zaak verwierp het Hof Den Haag het hoger beroep van een zieke werknemer tegen de ontbinding van haar arbeidsovereenkomst.^[48] Deze uitspraak is om twee redenen interessant. Allereerst had de werkgever het hof verzocht de beschikking alsnog uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Het hof overwoog dat hiertoe geen noodzaak was, omdat het rechtsmiddelenverbod ertoe leidt dat, in afwijking van het bepaalde in artikel 350 lid 1 Rv, het hoger beroep geen schorsende werking heeft. Ten tweede oordeelde het hof dat – wat er ook zij van de vraagtekens die binnen de juridische wetenschap worden gezet bij het feit dat het reguliere bewijsrecht niet van toepassing is op ontbindingsprocedures in combinatie met de uitsluiting van appel en cassatie – “*niet in zijn algemeenheid kan worden gezegd dat de ontbindingsprocedure (...) naar zijn aard strijdig is met fundamentele rechtsbeginselen, ook niet als het gaat om een arbeidsongeschikte werknemer*”. Het enkele feit dat de werknemer arbeidsongeschikt was en de arbeidsovereenkomst desondanks werd ontbonden, rechtvaardigde, aldus het hof, niet de conclusie dat sprake is van schending van een fundamenteel rechtsbeginsel zodat het rechtsmiddelenverbod doorbroken zou moeten worden.

4.2 Herroeping

De Hoge Raad heeft na 2011 met betrekking tot het buitengewone rechtsmiddel herroeping twee belangrijke uitspraken gedaan. Meest recent heeft de Hoge Raad op 5 december 2014, naar aanleiding van een prejudiciële vraag van het Hof Arnhem-Leeuwarden, geoordeeld dat in geval van een verzoek tot herroeping van een ontbindingsbeschikking waartegen appel is ingesteld, het afhangt van de uitkomst van dat appel welke rechter moet worden beschouwd als “*de rechter die in laatste feitelijke instantie over de zaak heeft geoordeeld*” en aldus op grond van artikel 384 Rv bevoegd is kennis te nemen van het verzoek tot herroeping.^[49] Indien in het hoger beroep wordt geoordeeld dat de door de appelland gestelde doorbrekingsgrond zich *niet* voordoet, dan zal het hof niet inhoudelijk over de zaak hebben geoordeeld en zal een herroepingsverzoek bij de eerste rechter moeten worden ingediend. Indien de gestelde doorbrekingsgrond echter wel aanwezig wordt geacht, dan zal het hof tot een inhoudelijke beoordeling zijn overgegaan zodat een verzoek tot herroeping bij het hof moet worden ingediend. In de andere belangwekkende uitspraak overwoog de Hoge Raad in een *obiter dictum* dat de doorbraakjurisprudentie niet van toepassing is op een beslissing van de rechter om een geding naar aanleiding van een verzoek tot herroeping al dan niet te heropenen.^[50] Omdat artikel 388 lid 2 Rv slechts hoger beroep uitsluit, is geen sprake van een algeheel rechtsmiddelenverbod zodat tegen de beslissing (uitsluitend) cassatieberoep kan worden ingesteld. Wanneer het een uitspraak van de kantonrechter betreft (zoals in de regel het geval zal zijn bij een ontbindingsbeschikking), zijn de cassatiegronden op grond van artikel 80 lid 1 RO wel beperkt tot onder meer het niet inhouden van de gronden waarop de beschikking is berust, het niet in het openbaar zijn gedaan van de uitspraak, onbevoegdheid, overschrijding van rechtsmacht of schending van fundamentele rechtsbeginselen dat van een eerlijk en onpartijdige behandeling van de zaak geen sprake is.^[51] Voor de goede orde zij er in dit kader op gewezen dat de beslissing van de rechter in een heropende ontbindingsprocedure onderworpen is aan het rechtsmiddelenverbod van artikel 7:685 lid 11 BW. Dit betekent dat tegen de beslissing om het geding te heropenen, cassatieberoep moet worden ingesteld, terwijl tegen de inhoudelijke beslissing van de rechter in de heropende procedure, appel moet worden ingesteld met een beroep op de doorbraakjurisprudentie. Indien beide beslissingen (zowel de beslissing om te heropenen als de beslissing in het heropende geding) in één en dezelfde uitspraak zijn vervat, kan dit betekenen dat men tegelijkertijd – onder aanvoering van (deels) afwijkende gronden – cassatie en hoger beroep in moet stellen tegen een en dezelfde uitspraak.

Op grond van artikel 382 Rv kan herroeping worden verzocht indien een uitspraak berust op (a) bedrog gepleegd door de wederpartij; of (b) stukken, waarvan de valsheid is erkend of bij gewijsde is vastgesteld; of indien (c) een partij na de uitspraak stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de wederpartij waren achtergehouden. Een uitspraak van de Kantonrechter Enschede uit april 2013 illustreert de toepassing van de (a) herroepingsgrond.^[52] De arbeidsovereenkomst met de werknemer was zonder vergoeding ontbonden wegens het door de werknemer op marktplaats aanbieden van oude PC's van de werkgever. De kantonrechter verklaarde het verzoek tot herroeping gegrond omdat de werkgever tijdens de mondelinge behandeling van het ontbindingsverzoek desgevraagd en ondanks het verweer van de werknemer – ten onrechte – had volhard in de stelling dat sprake was van een beleid vanaf 2010 dat oude PC's alleen via goede doelen mochten worden afgevoerd. Daarbij overwoog de kantonrechter dat voor bedrog niet vereist is dat de juiste feiten zonder meer tot een ander oordeel zouden hebben geleid, maar wel dat het om feiten gaat die bij de betreffende beoordeling van belang konden zijn geweest. Dat dit in casu het geval was, mag blijken uit het feit dat in de heropende ontbindingsprocedure de kantonrechter weliswaar de arbeidsovereenkomst nog steeds ontbond, maar ditmaal met een vergoeding van C=0,7.^[53] Daarentegen oordeelde de Kantonrechter Maastricht dat het feit dat de werkgever geen melding had gemaakt dat de arbeidsovereenkomst met de leidinggevende van de werknemer naar alle waarschijnlijkheid op korte termijn zou eindigen, laakbaar en in zekere mate ook als bedrog was aan te merken, maar dat dit niet tot heropening van de ontbindingsprocedure leidde.^[54] De werknemer miskende, aldus de kantonrechter, dat de ontbinding was gebaseerd op een geconstateerde kloof tussen de werknemer en de werkgever die tot een impasse had

geleid waaruit beiden na drie jaar niet waren ontsnapt, en niet (zozeer) een verstoorde verhouding met de leidinggevende. Kennis van het aanstaande vertrek van de leidinggevende zou volgens de kantonrechter niet tot een ander oordeel hebben geleid.

4.3 Verbetering kennelijke fout

Een derde, (oneigenlijke) wijze waarop men een ontbindingsbeschikking kan proberen aan te tasten, althans aangepast te krijgen, is door de rechter op grond van artikel 31 Rv te verzoeken een kennelijke fout te verbeteren. Voordat de rechter een dergelijk verzoek kan honoreren, moet hij partijen in de gelegenheid stellen zich daarover uit te laten. Ook voor de beslissing om een uitspraak te verbeteren, of juist niet, geldt een rechtsmiddelenverbod.^[55] In de hierboven vermelde uitspraak van het Hof Arnhem van 11 september 2012, oordeelde het hof dat indien de rechter het verzoek van een partij om herstel van een ontbindingsbeschikking afwijst, het feit dat de wederpartij daarover niet is gehoord, er niet toe leidt dat sprake is van schending van het beginsel van hoor en wederhoor.^[56]

Verbetering of herstel van een uitspraak op grond van artikel 31 Rv is enkel mogelijk indien sprake is van een “*kennelijke rekenfout, schrijffout of andere kennelijke fout die zich voor eenvoudig herstel leent.*” Een voorbeeld van de laatste categorie is te vinden in een uitspraak van de Kantonrechter 's-Hertogenbosch van 25 juli 2012.^[57] De kantonrechter had in de ontbindingsbeschikking overwogen dat bij wijze van vergoeding een suppletie op de WW zou worden toegekend over een periode van drie jaar. Vervolgens was de kantonrechter bij de berekening van het verschil tussen WW-uitkering en salaris uitgegaan van een onjuist bedrag aan maximum dagloon, wat leidde tot een vergoeding van € 61.452,- bruto. Met een uitvoerige motivering, oordeelde de kantonrechter naar aanleiding van het verzoek tot verbetering van de werkgever dat sprake was geweest van een vergissing en niet van een materieel verkeerde beoordeling van een geschilpunt en dat ook aan het vereiste van “*kennelijkheid*” was voldaan. Dit leidde tot een herstelbeschikking waarbij de vergoeding werd verlaagd (gecorrigeerd) naar € 40.788,- bruto.

5. Bewijs

Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat de aard van de ontbindingsprocedure meebrengt dat de gewone regels van bewijsrecht niet van toepassing zijn.^[58] Dit zal na 1 juli 2015 waarschijnlijk niet anders worden. Bij de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid heeft de Minister namelijk bevestigd dat het aan de rechter wordt overgelaten of in verzoekschriftprocedures op de voet van artikel 7:686a BW het bewijsrecht van toepassing is en dat dit zal “*afhangen van factoren als het al dan niet spoedeisende karakter van het voorgelegde geschil alsmede van de complexiteit van de zaak.*”^[59]

Het indienen van een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor lijkt geen oplossing te bieden voor een partij die in of na een ontbindingsprocedure toch getuigen gehoord wil hebben. Zo oordeelde de Kantonrechter Bergen op Zoom dat de aard van een ontbindingsprocedure zich ook verzet tegen het inwilligen van een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor dat was ingediend vóór de mondelinge behandeling.^[60] Het verzoek werd echter bij hoge uitzondering wel toegestaan omdat beide partijen expliciet hadden verklaard dat het getuigenverhoor kon worden beperkt tot het onder ede horen van één getuige. Op 10 juli 2014 wees ook de Kantonrechter Rotterdam een verzoek tot voorlopig getuigenverhoor af nadat het hoger beroep van de werkgever tegen een ontbindingsbeschikking was verworpen.^[61] In de ontbindingsprocedure had de kantonrechter al een bindende eindbeslissing genomen over de lengte van het dienstverband, het onderwerp waarover de werkgever getuigen wilde horen. Het onder die omstandigheden toelaten van een voorlopig getuigenverhoor zou, aldus de kantonrechter, in strijd zijn met de goede procesorde.

Een ander voor de arbeidsrechtpraktijk interessant aspect van bewijsrecht is hoe om te gaan met eventueel onrechtmatig verkregen bewijs. Recent heeft de Hoge Raad bevestigd dat onrechtmatig verkregen bewijs in civiele procedures door de rechter gebruikt mag worden en dat dit bewijs slechts moet worden uitgesloten indien sprake is van bijkomende omstandigheden.^[62] De zaak betrof een vordering tot betaling van achterstallig loon waarbij de advocaat van de werknemers, die in dienstbetrekking was bij FNV Bouw, op de voet van artikel 10 Wet AVV een kopie van een rapport van de Arbeidsinspectie had verkregen en in het geschil tussen de werkgever en de werknemers had ingebracht. Het verzet van de werkgever dat het rapport niet bij de beoordeling mocht worden betrokken omdat FNV Bouw het rapport enkel had mogen opvragen met het oog op een door FNV Bouw in te stellen vordering, werd verworpen. Van de hand van mr. dr. I. Van der Helm is in december 2014 een lezenswaardig overzicht en analyse van de jurisprudentie terzake onrechtmatig verkregen bewijs in arbeidsrechtelijke procedures verschenen waarin wordt ingegaan op de vraag wanneer bewijs als onrechtmatig wordt gekwalificeerd en welke consequenties daaraan door de rechter verbonden worden.^[63]

6. Diversen

Last, but not least verdient vermelding het arrest van de Hoge Raad van 3 oktober 2014.^[64] In dit arrest bevestigde de Hoge Raad andermaal^[65] dat een ontbindingsbeschikking niet slechts rechtskracht heeft, althans rechtsgevolg toekomt, indien op

de ontbindingsdatum de arbeidsovereenkomst nog bestaat en niet op andere wijze is beëindigd. Dit leidt ertoe, aldus de Hoge Raad, dat de erfgenamen van een werknemer die voor de ontbindingsdatum overlijdt, aanspraak kunnen maken op de in de ontbindingsprocedure toegekende vergoeding. Dit zou alleen anders zijn indien uit de ontbindingsbeschikking volgde dat de vergoeding bij vooroverlijden niet verschuldigd zou zijn.

7. Tot slot

Het beloven spannende tijden te worden na 1 juli 2015. Onder het komende recht zal hoogstwaarschijnlijk een aantal van de hierboven besproken leerstukken aan belang inboeten (de doorbraakjurisprudentie en herroeping in ontbindingszaken), terwijl andere onverminderd belangrijk zullen blijven of mogelijk nog belangrijker zullen worden (internationale bevoegdheid en bewijsrecht). De toekomst zal het leren.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Mevr. mr. N.T. Dempsey is advocaat op de secties cassatie en arbeidsrecht van Houthoff Buruma.

[\[2\]](#)

R.E.M.

[\[3\]](#)

Artikel 2:241 BW maakt op deze regel een uitzondering: in zaken van bestuurders van naamloze of besloten vennootschappen, is de rechtbank bevoegd.

[\[4\]](#)

Kantonrechter Arnhem 2 april 2014, *Prg.* 2014/151.

[\[5\]](#)

Kantonrechter Groningen 3 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:6064(*Randstad Professionals/X*).

[\[6\]](#)

Voorzieningenrechter Rotterdam 27 februari 2014, *RAR* 2014/83 (*X/Q-Shipping*).

[\[7\]](#)

MvG AW, *Parl. Gesch. Herz. Rv.*, p. 229.

[\[8\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BA3432.

[\[9\]](#)

Voorzieningenrechter Haarlem 18 mei 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM4921 (*X/Hostway*).

[\[10\]](#)

HR 16 november 2001, *NJ* 2002/400 (*Damink/Oldenzaal*), m.nt. H.J. Sijnders.

[\[11\]](#)

Rechtbank Zeeland-West-Brabant Middelburg 16 juli 2014, *RAR* 2015/12.

[\[12\]](#)

B.A. De Ruijter, "De nieuwe EEX-verordening: verbetering bevoegdheids- en executierecht in internationale zaken" *BB* 2015/1.

[\[13\]](#)

Artikel 21 Brussel I(bis).

[\[14\]](#)

Artikel 20 lid 1 jo. artikel 8 lid 1 Brussel I(bis).

[\[15\]](#)

Artikel 20 Brussel I, thans artikel 22 lid 1 Brussel I(bis).

[\[16\]](#)

Kantonrechter Leeuwarden 6 augustus 2013 en 17 september 2013, *JAR* 2013/257.

[\[17\]](#)

Raad van Bestuur CWI 29 december 2006, *JAR* 2007/112 (*Frans Maas/X*).

[\[18\]](#)

Kantonrechter Amsterdam 22 april 2013, *JIN* 2013/109.

[19]

Artikel 7:671a lid 1 BW (nieuw).

[20]

C.B.G. Derks, "De WWZ en de internationale arbeidsverhouding", *ArbeidsRecht* 2015/4.

[21]

HR 24 januari 2014, *NJ* 2014/73 (*Holterman/Spies*).

[22]

Thans artikel 22 lid 1 Brussel I(bis).

[23]

Thans artikel 7 Brussel I(bis). Op grond van deze bepalingen kan een partij ten aanzien van een verbintenis uit overeenkomst worden gedaagd voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis is uitgevoerd of uitgevoerd moet worden respectievelijk terzake een verbintenis uit onrechtmatige daad worden gedaagd voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of kan voordoen.

[24]

Hof van Justitie EU 22 mei 2008, *NJ* 2009/393 (*Glaxosmithkline/Rouard*).

[25]

JOR 2014/191.

[26]

OR 2014/64.

[27]

EHRM 18 februari 1999, appl.nr. 26083/94 (*Waite & Kennedy/Duitsland*), r.o. 68. Vgl. EHRM 5 maart 2013, *EHRC* 2013/156 (*Chapman/België*).

[28]

Hof Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1762 (*X/ESA*). In gelijke zin de Kantonrechter Leiden 14 maart 2012, *JAR* 2012/250 (*Leone c.s./ESA*).

[29]

Hof Den Haag 17 september 2013, *JAR* 2013/278 (*Iran-US Claim Tribunal/Salikram*) en 25 september 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX8215 (*X/ Iran-US Claim Tribunal*).

[30]

Rechtbank 's-Gravenhage (Kantonrechter Leiden) 16 juli 2013, *JAR* 2013/204 (*EOO/X*).

[31]

Hof Den Haag (Voorzieningenrechter) 14 januari 2014, *JAR* 2014/64 (*VEOB c.s./EOO*).

[32]

Op 17 februari 2015 heeft het Hof Den Haag in hoger beroep het oordeel van de voorzieningenrechter dat de EOO zich niet op immuniteit kan beroepen bekrachtigd. Het hof heeft de vorderingen van de vakbonden wel toegewezen. De Minister van Justitie heeft echter wegens de immuniteit van EOO aan de gerechtsdeurwaarder de opdracht gegeven het arrest niet te executeren: "Opstellen: uitspraak rechter geldt niet voor Europese instelling", *Volkscrant* 26 februari 2015, <http://s.vk.nl/ar/3873491>.

[33]

EHRM 11 juni 2013, *NJ* 2014/263 (*Stichting Moeders van Srebrenica/Nederland*), r.o. 164.

[34]

Rechtbank 's-Gravenhage (Kantonrechter Leiden) 3 oktober 2013, *RAR* 2014/70 (*X/EPO c.s.*).

[35]

E.H.J. Poorthuis, "Arbeidsgeschillen van internationale organisaties en vreemde staten voor de Nederlandse rechter", *TRA* 2014/97.

[36]

Vgl. HR 14 december 1973, *NJ* 1974/92 en HR 17 januari 2003, *JAR* 2003/40 (*ABN AMRO/Teisman*).

[37]

HR 10 november 2006, *NJ* 2007/561 (*Groenselect*); m.nt. H.J. Snijders. Zie nader over deze materie (en het in dit kader ook relevante arrest HR 26 november 2010, *NJ* 2011/55 (*Silver Lining*); m.nt. P. van Schilfgaarde): J.M. van Slooten, "Arbitrage in ontslagzaken tegen bestuurders" *TRA* 2011/79.

[38]

I.P.M. Nieuwendijk, "De nieuwe arbitragewet bezien vanuit het perspectief van de gewone rechter", *TCR* 2014, nr. 4 en J.W. Bitter, "Modernisering van het arbitragerecht", *TCR* 2014/201 en 2015/5.

[39]

N.T. Dempsey, "De relatieve onaantastbaarheid van een ontbindingsbeschikking", *ArbeidsRecht* 2011/53.

[40]

Vgl. noot N.T. Dempsey onder HR 5 december 2014, *JAR* 2015/15.

[41]

Artikel XXII lid 1 Wet werk en zekerheid.

[42]

Vgl. HR 1 april 2011, *NJ* 2011/220 (*Flynth/Stoffels*), r.o. 3.4.3.

[43]

Hof 's-Hertogenbosch 18 juli 2013, *JAR* 2013/248.

[44]

Hof Arnhem 11 september 2012, *JAR* 2012/271 (*X/ASR Nederland*).

[45]

Hof Amsterdam 30 oktober 2012, *RAR* 2013/61 (*X/Drug Discovery Factory*).

[46]

Hof Den Haag 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3889 (*ARS/Zijderhand*).

[47]

Het cassatieberoep van de werkgever tegen deze uitspraak is door de Hoge Raad op 30 januari 2015 – met verkorte motivering – verworpen: HR 30 januari 2015, *JAR* 2015/556 (*ARS/Zijderhand*).

[48]

Hof Den Haag 21 januari 2014, *JAR* 2014/176 (*X/Stichting Maasdelta Groep*).

[49]

HR 5 december 2014, *JAR* 2015/15 (*Matarrese/Tiels Schoonmaakbedrijf*); m.nt. N.T. Dempsey.

[50]

HR 21 september 2012, *JAR* 2012/275 (*Betsalel-Beukers/Joodse Omroep*); m.nt. N.T. Dempsey.

[51]

HR 16 maart 2007, *NJ* 2007/637 (*Johannes/Baranco*); m.nt. H.J. Snijders.

[52]

Kantonrechter Enschede 10 april 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1177 (*X/Saxion*).

[53]

Kantonrechter Enschede 21 juni 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1181 (*Saxion/X*).

[54]

Kantonrechter Maastricht 28 mei 2013, *RAR* 2013/130 (*X/Enexis*).

[55]

Artikel 31 lid 4 Rv.

[56]

Hof Arnhem 11 september 2012, *JAR* 2012/271 (*X/ASR Nederland*).

[57]

Kantonrechter 's-Hertogenbosch 25 juli en 29 juni 2012, *JAR* 2012/216 (*Unirobe/Viguurs*).

[58]

HR 29 september 2000, *NJ* 2001/302 (*Kuijper/ING Bank*); m.nt. P.A. Stein.

[59]

Eerste Kamer 2013-2014, 33818, nr. E (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 15.

[60]

Kantonrechter Bergen op Zoom 13 augustus 2013, *JAR* 2013/184 (*Van Oers/Waters Chromotography Europe*).

[61]

Kantonrechter Rotterdam 10 juli 2014, *JAR* 2014/187 (*Q-Plus/Hodde*).

[62]

HR 11 juli 2014, *RAR* 2014/134.

[63]

I. Van der Helm, "Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht", *TvPP* 2014-6, p. 175-181.

[64]

HR 3 oktober 2014, JAR 2014/277 (*Erfgenamen Laarveld/Woningstichting Domijn*), m.nt. C.G.M. Fruytier.

[65]

HR 21 maart 1997, NJ 1997/380 (*Stichting Informatica Drenthe Opleidingen/Rolf*) en HR 1 april 2011, NJ 2011/220 (*Flynth/Stoffels*).