

Een paar praktische *pointers* voor procederen in arbeidszaken (10/20)

ArbeidsRecht 2020/10

Dit artikel beoogt een aantal *pointers* te bieden aan de arbeidsrechtjurist die voor zijn cliënt (werknemer of werkgever, eisend of verwerend, verzoekschrift- of dagvaardingsprocedure) de gang naar de rechter moet maken. In dit eerste deel – van wat een tweeluik zal worden – een tiental suggesties voor de fase tot de mondelinge behandeling; in deel 2 tips voor het proces daarna, inclusief hoger beroep. Een uitputtende ‘checklist’ wordt niet beoogd (en zou ook een boekwerk beslaan), maar wel een paar praktische handreikingen en waarschuwingen voor potentiële valkuilen.

1. Termijn, termijn, termijn!

Het bewaken van fatale termijnen mag wel een van de belangrijkste verantwoordelijkheden van een juridisch adviseur worden genoemd. Het zonder instemming van de cliënt laten verstrijken van zo'n termijn is een beroepsfout en leidt tot beroepsaansprakelijkheid. De Wvz heeft in dit kader voor de arbeidsrechtelijke (proces)praktijk een aanzienlijke tijdsdruk geïntroduceerd met de korte twee en drie maanden vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 BW.²

Hoewel de Hoge Raad in december 2018 heeft geoordeeld dat – anders dan in de lagere jurisprudentie unaniem tot uitgangspunt werd genomen³ – deze vervaltermijnen niet ambtshalve mogen worden toegepast,⁴ zal het in de praktijk niet snel voorkomen dat een wederpartij geen beroep doet op een verstreken termijn. En wanneer dat gebeurt, zijn rechters onverbiddelijk. Een sprekend voorbeeld hiervan is de Kantonrechter Almere die een werknemer niet-ontvankelijk verklaarde omdat het verzoekschrift dat uiterlijk op 31 december 2015 had moeten worden ingediend, één minuut te laat (om 00.00 uur op 1 januari 2016) uit de fax van de griffie kwam rollen.⁵ Met creatief gebruik van alternatieve – algemene – juridische grondslagen als onrechtmatige daad of schending van goed werkgeverschap, kan

een verstreken termijn niet worden gerepareerd.⁶ Behoudens situaties waarbij het verzoek op tijd is ingediend, maar tegen een verkeerde (aan de werkgever gelieerde) partij,⁷ is de enige *escape* voor niet-ontvankelijkheid een beroep op art. 6:248 lid 2 BW. De Hoge Raad heeft in 2012 aanvaard dat een beroep van de werkgever op de 6 maanden vervaltermijn van art. 6 BBA naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn, ook wanneer het verstrijken van de termijn niet aan de werkgever kan worden toegerekend.⁸ Echt kansrijk is een dergelijk verweer echter niet. In de gepubliceerde rechtspraak zijn weinig voorbeelden te vinden waarin met succes het een beroep op de vervaltermijn als naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt gepasseerd.⁹ De beslissing van de Kantonrechter Roermond om een te laat verzoek tot toekenning van een 'Kolom'-transitievergoeding¹⁰ toch toe te wijzen, is inmiddels door het Hof 's-Hertogenbosch vernietigd.¹¹ Een – zeldzaam – voorbeeld van een succesvol beroep op art. 6:248 lid 2 BW is te vinden in een recente uitspraak van het Hof Den Haag. De werkgever had in die zaak aanvankelijk gecommuniceerd dat de transitievergoeding zou worden uitbetaald, betaalde deze echter niet uit, wachtte vervolgens tot na het verstrijken van de vervaltermijn om op vragen/verzoeken namens de werknemer te antwoorden dat zijn recht op de transitievergoeding inmiddels was vervallen. Het hof oordeelde dat dit handelen in strijd was met art. 6:248 lid 2 BW en kende daarbij gewicht toe aan het feit dat tijdens de mondelinge behandeling door de werkgever kennelijk was opgemerkt dat het haar beleid was om bij het einde van de arbeidsovereenkomst niet eigener beweging de transitievergoeding te betalen, maar alleen indien voormalige werknemers op tijd in rechte daarop aanspraak maakten.¹²

Bij het adviseren van werknemer en werkgever in Wvz-zaken verdient het daarom aanbeveling als eerste actiepoint te

1 Mevr. mr. N.T. Dempsey is cassatieadvocaat bij Houthoff in Amsterdam.
 2 Zie nader over de verval- en verjaringstermijnen in het arbeidsrecht: R. Bree, 'Verjarings- en vervaltermijnen in het arbeidsovereenkomstenrecht (5): Onder de Wvz', *ArbeidsRecht* 2019/39; W.J.J. Wetzels, 'Perikelen rond de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4 BW', *ArbeidsRecht* 2018/27 en J.C.A. Ettema, 'Van verjaring naar verval: de 'vervalbijregeling' in de Wvz', *TAP* 2016/261.
 3 Conclusie A-G De Bock 28 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1143, nr. 4.57.
 4 HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2305, *JAR* 2019/17, m.nt. A. van Zanten-Baris, r.o. 3.8.2.
 5 Ktr. Almere 31 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2016:1803, *JAR* 2016/101, m.nt. N.T. Dempsey. Zie ook recent Hof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10662 waarin het verzoekschrift om 23:59 was verzonden, maar pas om 00.05 uur op de faxserver van de griffie was ontvangen.

6 Ktr. Utrecht 6 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2016:4533, *JAR* 2016/22. Zie in het kader van een verjaarde vordering uit kennelijk onredelijk ontslag Hof Den Haag 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1845.
 7 Ktr. Utrecht 22 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:543, r.o. 4.4-4.5; Ktr. Den Haag 12 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3529.
 8 HR 26 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5695, *NJ* 2012/396.
 9 Ktr. Enschede 28 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:285; Ktr. Amsterdam 4 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4989; Ktr. Utrecht 6 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2016:4533, *JAR* 2016/22; Hof Den Haag 31 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1862. De casus die aan de uitspraak van het Hof Den Haag ten grondslag lag, betrof – net als de uitspraak van de Hoge Raad genoemd in voetnoot 8 – het ontslag op staande voet van een werknemer met ernstige psychische problemen.
 10 HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, *JAR* 2018/257, m.nt. J. Dop.
 11 Ktr. Roermond 11 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3352, *JAR* 2019/118, m.nt. M.W. Koole; Hof 's-Hertogenbosch 14 november 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4187. In gelijke zin ook Ktr. Amsterdam 3 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3304, *JAR* 2019/135. Ten tijde van het schrijven van dit artikel was nog onbekend of cassatieberoep was ingesteld tegen de uitspraak van Hof Den Bosch en was nog geen uitspraak gedaan in het hoger beroep tegen de Amsterdamse beschikking.
 12 Hof Den Haag 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2618, r.o. 8-9.

bepalen of, en zo ja wanneer, een of meer vervaltermijnen aanvangen. In geval van een mondelinge opzegging, zullen de vervaltermijnen aanvangen met het einde van de arbeidsovereenkomst; een latere schriftelijke bevestiging van de opzegging leidt niet tot het later aanvangen van de vervaltermijn.¹³ Verder dient onderscheid te worden gemaakt tussen de mogelijk verschillende einddata van de arbeidsovereenkomst die ieder een ander aanvangsmoment voor de vervaltermijnen meebrengen. In het geval van procedures tot vernietiging van ontslag op staande voet en vervolgens tegenverzoeken tot ontbinding, zal de vervaltermijn voor de transitievergoeding naar aanleiding van de ontbinding aanvangen met de ontbindingsdatum en is een verzoek daartoe dat ter zitting wordt gedaan op tijd.¹⁴ Indien daarentegen de kantonrechter het ontslag op staande voet ten onrechte niet vernietigt en het hof in hoger beroep een billijke vergoeding in plaats van herstel toewijst, is een verzoek tot betaling van de transitievergoeding alleen op tijd indien die binnen drie maanden na het ontslag op staande voet was ingediend.¹⁵

2. Bepaal bevoegde rechter(s)

Op grond van art. 93 sub c Rv is de kantonrechter de absoluut bevoegde rechter om te oordelen over “*zaken betreffende een arbeidsovereenkomst*”. De rechtbank is slechts bij uitzondering bevoegd kennis te nemen van arbeidsszaken: als voorzieningenrechter in kort geding (art. 254 Rv) en/of indien het de arbeidsovereenkomst tussen een vennootschap en haar bestuurder betreft (art. 2:131/242 BW). Indien tussen partijen in geschil is of de werknemer wel bestuurder is, en dus of de rechtbank wel de bevoegde rechter is, zal de rechter op basis van de stellingen van verzoeker én verweerder een voorlopig oordeel hierover moeten vellen en de zaak – indien nodig – verwijzen (art. 71 Rv). Dit voorlopig oordeel is niet bindend. Indien de kantonrechter voorlopig oordeelt dat de werknemer geen bestuurder was en de zaak aan zich houdt, kan hij in zijn einduitspraak – waarin hij dus inhoudelijk over de zaak beslist – alsnog tot het oordeel komen dat de werknemer wél bestuurder was. Hetzelfde geldt voor de rechter naar wie de zaak is verwezen; ook die zal tot een ander eindoordeel kunnen komen, maar blijft wel aan de verwijzing gebonden.

Naast de absoluut bevoegde rechter dient ook de relatief bevoegde rechter te worden bepaald. Zo lang de werknemer in Nederland woont, levert dit voor beide partijen potentieel twee relatief bevoegde rechters op: de rechter van de woonplaats van de verweerder (art. 99 Rv) en de rechter van de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt of laatstelijk werd verricht (art. 100 Rv). Indien de werknemer echter in een andere EU lidstaat, Noorwegen, IJsland of Zwitserland woont, zal de werkgever moeten procederen bij de rechter van de woonplaats van de werknemer (art. 22 Brussel I-Bis en 20 EVEX). Een forumkeuze(beding) kan alleen tegen de werknemer worden ingeroepen indien die met de werknemer

is gesloten na het ontstaan van het geschil (art. 23 Brussel I-Bis en 21 EVEX).¹⁶ De werknemer die tegen zijn werkgever procedeert, heeft dan ook altijd de keuze om te gaan naar de rechter van de vestigingsplaats van de werkgever, van waar hij gewoonlijk werkzaam was, of – eventueel, indien hij dat wil – de rechter van de forumkeuze (art. 21 Brussel I-Bis en 19 EVEX).

Indien meerdere rechters relatief bevoegd zijn, kunnen er diverse overwegingen zijn die pleiten vóór of tegen een bepaald forum, van het kunnen ‘bundelen’ van meerdere procedures tot een kortere reistijd. Maar ook de *track record* van de verschillende gerechten zou een factor kunnen zijn om mee te nemen in de afweging.¹⁷ Zo heeft een Rotterdams bedrijf in samenwerking met de Erasmus Universiteit een potentiële ‘forumshop’-tool ontwikkeld: een zoekmachine waarmee gezocht kan worden hoe door de diverse gerechten (en individuele rechters) in arbeidsszaken wordt geoordeeld.¹⁸

Het voorgaande veronderstelt overigens dat de civiele rechter bevoegd is van het geschil tussen werkgever en werknemer kennis te nemen. Het is echter mogelijk dat niet de civiele rechter, maar arbiters of bindend adviseurs bevoegd zijn door de opname van een arbitraal of bindend adviesbeding in bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst of cao.¹⁹

3. Stel een verband houdende vordering en/of tegenverzoek in

Met de invoering van art. 7:686a lid 3 BW is in het arbeidsrecht de mogelijkheid geïntroduceerd om vorderingen die normaliter bij dagvaarding hadden moeten worden ingeleid, als “*daarmee verband houdende vorderingen*” mee te nemen als (tegen)verzoek in een Wwz-verzoekschriftprocedure. Door alle mogelijke vorderingen die bij beëindiging of herstel van een arbeidsovereenkomst kunnen spelen in één procedure te bundelen, kunnen dubbele rechtsgangen worden voorkomen wat – in de woorden van de wetgever – “tijd

16 Zie nader over internationale rechtsmacht in arbeidsszaken (inclusief checklist): I. Haanappel-van der Burg, ‘Na het Ryanair-arrest: bevoegde rechter en toepasselijk recht bij internationale arbeidsgeschillen’, *Arbeids-Recht* 2018/12.

17 Een noemenswaardige uitspraak in dit kader is Ktr. Utrecht 11 mei 2012, *JAR* 2012/164. De werkgever had in Rotterdam ontbinding verzocht wegens disfunctioneren, trok dit verzoek in na de mondelinge behandeling en diende het verzoek opnieuw in, maar ditmaal bij de Kantonrechter Utrecht, die de arbeidsovereenkomst vervolgens ontbond met toekenning van (slechts) een vergoeding met correctiefactor C=0,7.

18 Zie bijvoorbeeld “Wie personeel wil lozen na een ruzie moet bij de rechtbank Den Haag zijn”, *NRC* 11 september 2019 en “Juridische databank laat zien: zoveel rechters, zoveel uitspraken”, *Trouw* 26 augustus 2019.

19 In HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0136, *JAR* 2003/40 oordeelde de Hoge Raad dat een werknemer die via een incorporatiebeding gebonden is aan een CAO, ook gebonden is aan een in die CAO opgenomen arbitraal beding. Uit HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0513, *JAR* 2003/296 volgt dat ook een bindend adviesbeding in arbeidsrechtelijke context geldig is mits deze niet (een orgaan van) de werkgever aanwijst als bevoegd om bij wege van bindende partijbeslissing arbeidsrechtelijke sancties te treffen tegen de werknemer. Zie nader over arbitrage en bindend advies in arbeidsszaken: M. Jovović & J.P.H. Zwemmer, ‘Arbitrage en arbeidsrecht: over de toelaatbaarheid van arbitrage als vorm van geschillenbeslechting in het arbeidsrecht’, *ArbeidsRecht* 2019/43 en D.M.A. bij de Vaate, ‘Arbitrage en bindend advies onder de Wwz als alternatief voor het UWV en de ontbindingsrechter’, *TRA* 2016/12.

13 Hof Amsterdam 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1522, r.o. 3.12; Hof Amsterdam 5 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3982, r.o. 3.5.

14 HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:404, *JAR* 2019/113, m.nt. N.T. Dempsey.

15 Hof’s-Hertogenbosch 12 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3118.

en *geld scheelt*" en het gerechtelijke apparaat "minder zwaar belast".²⁰ De wetgever heeft het daarbij overigens aan de rechter overgelaten te bepalen wat onder "daarmee verband houdende vorderingen" moet worden verstaan. Uit de jurisprudentie blijkt dat het van rechter tot rechter (en van zaak tot zaak) verschilt hoe beperkt of ruim art. 7:686a lid 3 BW wordt toegepast.²¹

Naast efficiëntie en kostenvoordelen, biedt het instellen van een (verband houdende vordering bij) tegenverzoek ook meer ruimte in een eventueel hoger beroep. Net zomin als in dagvaardingsprocedures voor het eerst in appel een vordering in reconventie kan worden ingediend, is het niet mogelijk om in verzoekschriftprocedures voor het eerst in appel een tegenverzoek in te dienen.²² Daarentegen kan een in eerste aanleg ingediende verband houdende vordering en/of tegenverzoek in appel worden gewijzigd of vermeerderd.²³ De grenzen waarbinnen dit kan, zal afhangen van een eventueel bezwaar van de wederpartij en de goede procesorde. De goede procesorde zal zich er in de regel tegen verzetten dat de wijziging of vermeerdering in feite neerkomt op een geheel nieuwe vordering/verzoek en de wederpartij daarmee een instantie wordt ontnomen.

Een andere strategische overweging vóór het indienen van een tegenverzoek kan de mogelijkheid zijn dat de wederpartij – naar aanleiding van het wel of juist niet toekennen van een billijke vergoeding²⁴ – besluit gebruik te maken van de mogelijkheid zijn ontbindingsverzoek in te trekken. In een pre-Wwz-zaak waarbij de werkgever van zijn intrekkingmogelijkheid gebruik maakte en de werknemer naar aanleiding van zijn daarna zelf verzochte ontbinding een vergoeding toegekend kreeg die de helft lager was, oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden dat het niet bespreken van de mogelijkheid van een tegenverzoek tot ontbinding een beroepsfout oplevert.²⁵

Er kunnen echter ook tactische overwegingen zijn om bepaalde mogelijke verband houdende vorderingen juist niet te bundelen of een tegenverzoek achterwege te laten. Een sprekend voorbeeld hiervan is te vinden in een beschikking van het Hof Den Haag. De werknemer had in de ontbindingsprocedure wel om een billijke vergoeding verzocht, maar niet om de transitievergoeding. De kantonrechter ontbond bij beschikking van 19 oktober 2016 de arbeidsovereenkomst per 1 december 2016 en kende een aanzienlijk bedrag aan billijke vergoeding toe van EUR 219.392 bruto. Nadat de termijn van hoger beroep tegen de ontbindingsbeschikking was verstreken, en de werkgever dus niet meer de mogelijkheid had op te komen tegen de toegekende billijke vergoeding, verzocht de werknemer om betaling van de transitievergoeding à EUR 368.753 bruto. De kantonrechter wees het verzoek hierom wegens rechtsverwerking af,²⁶ maar deze beslissing werd door het hof vernietigd.²⁷ Het hof stelde daarbij voorop dat hoewel het gebruikelijk en ook wenselijk is dat in de ontbindingsprocedure tevens om de transitievergoeding wordt verzocht, de werknemer hiertoe niet verplicht is en vrij is om daarover een afzonderlijke procedure te beginnen.

4. Onderbouw (of betwist) de hoogte van de billijke vergoeding

De Hoge Raad heeft in *New Hairstyle* een aantal gezichtspunten geformuleerd voor de begroting van de billijke vergoeding in het geval van een vernietigbare opzegging.²⁸ In twee op 8 juni 2018 gewezen beschikkingen heeft de Hoge Raad bevestigd dat dezelfde gezichtspunten ook moeten worden toegepast bij het begroten van de billijke vergoeding in zowel ontbindingsprocedures als wanneer het hof op de voet van art. 7:683 lid 3 BW afziet van herstel en in plaats daarvan een billijke vergoeding toekent.²⁹ Wat betreft de motivering van het oordeel van de rechter overweegt de Hoge Raad dat deze motivering inzicht dient te geven in de omstandigheden die tot de beslissing over de hoogte van de billijke vergoeding hebben geleid.

Beslissingen omtrent de hoogte van een toe te kennen billijke vergoeding hangen onlosmakelijk samen met de waardering door de rechter van de omstandigheden van het geval. Het is daarom van belang om in de processtukken de factoren/omstandigheden die volgen uit *New Hairstyle* zo goed en gedetailleerd mogelijk uit te werken. Indien er wei-

20 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3 (MvT), p. 121.

21 Zo oordeelden de Kantonrechter Roermond (29 juni 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:5528) en Haarlem (17 juli en 11 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:6570 en 7588, *JAR* 2019/261-262) dat vorderingen van de werkgever tot schadevergoeding na een ontslag op staande voet wegens het stelen van elektromotoren dan wel het laten vallen van een boom op een collega, niet binnen de reikwijdte van art. 7:686a lid 3 BW vallen. Daarentegen oordeelde Hof Amsterdam (3 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1112, *JAR* 2018/195) dat een vordering tot schadevergoeding wegens het wegnemen en verkopen van goederen van de werkgever wel voldoende verband hield, omdat sprake was van dezelfde feiten die de dringende reden vormden.

22 Art. 353 lid 1 en 362 Rv. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2417, r.o. 5.11 en Hof Den Haag 29 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2873, r.o. 4.9.

23 Art. 362 jo. 353 lid 1 jo. 130 Rv. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2571, *JAR* 2017/199, r.o. 3.4.2.

24 Volgens HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1812, *JAR* 2018/274, m.nt. N.T. Dempsey is de rechter op grond van art. 7:686a lid 6 BW alleen verplicht een intrekkingmogelijkheid te bieden in het kader van het wel/niet toekennen van een billijke vergoeding. Alleen als daarom door de werkgever wordt verzocht, kan de rechter de werkgever de mogelijkheid bieden een ontbindingsverzoek in te trekken vanwege het toekennen van de transitievergoeding.

25 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11009. De vordering tegen de rechtsbijstandverlener werd uiteindelijk afgewezen omdat het Hof oordeelde dat eenzelfde (lagere) vergoeding zou zijn toegekend indien de werknemer wel een tegenverzoek tot ontbinding had gedaan.

26 Ktr. Rotterdam 18 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7997. Daarbij overwoog de kantonrechter (r.o. 5.10) dat ten aanzien van het niet verzoeken om een transitievergoeding "het beeld [overheerst] dat het een vooropgezet plan van [werknemer] kan zijn geweest" om "de kantonrechter die over de ontbinding en de daarmee samenhangende vergoedingen diende te oordelen op het verkeerde been te zetten".

27 Hof Den Haag 8 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2466, *JAR* 2018/295, r.o. 2.12. Deze uitspraak is door de Hoge Raad (19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:632, *JAR* 2019/129, m.nt. M.L.G. Otto) gecasseerd in verband met klachten – van zowel de werkgever als de werknemer – over de berekening van de transitievergoeding.

28 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, *JAR* 2017/188, m.nt. A. van Zanten-Baris.

29 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878, *JAR* 2018/167 en ECLI:NL:HR:2018:857, *JAR* 2018/168, m.nt. A. van Zanten-Baris.

nig wordt gesteld ten aanzien van waarom juist bedrag X als billijke vergoeding moet worden toegewezen, verkleint dit de kans dat dit bedrag (of een soortgelijk bedrag) wordt toegekend.³⁰ Indien daarentegen echt 'werk wordt gemaakt' van de onderbouwing (en daartegen geen uitgewerkt verweer wordt gevoerd), kan dit leiden tot de toekenning van zeer hoge bedragen,³¹ zij het dat dit geen garantie geeft dat een hogere rechter niet later alsnog een streep haalt door de toegekende billijke vergoeding.³²

5. Bied bewijs aan

In zijn eerste (prejudiciële) uitspraak naar aanleiding van de Wwz heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het bewijsrecht met invoering van de Wwz van toepassing is op alle arbeidsrechtelijke procedures.³³ Sinds deze *Mediant*-beschikking heeft de Hoge Raad dit uitgangspunt meermalen bevestigd en ook een aantal keren Wwz-uitspraken gecasseerd omdat het hof ten onrechte een (tegen)bewijsaanbod had gepasseerd.³⁴ Dergelijke succesvolle cassaties illustreren het belangrijkste gevolg van de toepasselijkheid van het bewijsrecht in Wwz-zaken: het recht op het horen van getuigen indien een relevant en voldoende specifiek aanbod tot het leveren van getuigenbewijs wordt gedaan (art. 166 Rv). De rechter mag een dergelijk bewijsaanbod niet passeren op grond van het feit dat de te bewijzen aangeboden stellingen door de wederpartij gemotiveerd (en naar het oordeel van de rechter: overtuigend) zijn betwist³⁵ of wegens een prognose van wat bewijzlevering zou opbrengen.³⁶ Een getuigenbewijsaanbod waar de rechter in beginsel niet omheen kan, vermeldt specifieke *feitelijke* stellingen en omstandigheden die beslissend (kunnen) zijn voor de beoordeling of aan bepaalde juridische voorwaarden is voldaan. Een aanbod om te bewijzen dat de werknemer disfunctioneert voldoet hier dus niet aan.³⁷ Een aanbod om te bewijzen dat de werknemer tien keer te laat op het werk is verschenen,

hier herhaaldelijk mondeling op is aangesproken en gewaarschuwd is dat dit kan leiden tot ontslag, voldoet wel. De enige wijze waarop een rechter een dergelijk aanbod kan passeren, is door te oordelen dat ook indien deze stellingen juist zijn, dit gelet op de omstandigheden van het geval geen disfunctioneren oplevert dat ontbinding rechtvaardigt (en aldus de te bewijzen aangeboden stellingen niet relevant zijn).

Indien het slagen van het verzoek of het verweer van de cliënt afhankelijk kan zijn van bewijs dat alleen door het horen van getuigen kan worden geleverd en de extra tijd en kosten die met een getuigenverhoor gemoeid zullen zijn voor de cliënt geen onoverkomelijk bezwaar opleveren, is het raadzaam in het verzoekschrift of verweerschrift een gedetailleerd uitgewerkt getuigenbewijsaanbod op te nemen. Hoewel dit strikt genomen niet noodzakelijk is indien de bewijslast op de wederpartij rust (omdat tegenbewijs op grond van art. 152 lid 2 Rv vrij staat),³⁸ kan ook dan het opnemen van een gedetailleerd getuigenbewijsaanbod geen kwaad. Een gedetailleerd bewijsaanbod zal mogelijk wel tot een bewijsopdracht leiden, maar niet tot het verschuiven van de bewijslast en daarmee het bewijsrisico. Bijkomend voordeel van het formuleren van een goed uitgewerkt bewijsaanbod is dat het (in het overleg met en het advies aan de cliënt) eraan kan bijdragen dat men scherp krijgt waar precies het verzoek of het verweer op gebaseerd is en hoe sterk (of kwetsbaar) de positie van de cliënt is.

Het voorgaande heeft overigens uitsluitend betrekking op een aanbod tot *getuigenbewijs*. Partijen hebben namelijk geen recht op het leveren van ander bewijs. Zij zijn volledig afhankelijk van het (discretionaire) oordeel van de rechter of deze behoefte heeft aan het benoemen of horen van een deskundige,³⁹ dan wel bereid is een partij in de gelegenheid te stellen nader schriftelijk bewijs over te leggen.⁴⁰

6. Vergeet de 629a-verklaring niet

Indien een werkgever het loon van een zieke werknemer niet betaalt – bijvoorbeeld met een beroep op het opschortingsrecht van art. 7:629 lid 6 BW of het recht om de loonbetaling stop te zetten van art. 7:629 lid 3 BW – dient een werknemer die een loonvordering instelt een deskundigenoordeel van UWV te overleggen. Wordt een deskundigenoordeel niet overgelegd én de werkgever doet een beroep op het ontbreken daarvan,⁴¹ dan wijst de rechter de loonvordering af. Hof Arnhem-Leeuwarden heeft geoordeeld dat het verzuim om een deskundigenoordeel over te leggen niet in hoger beroep kan worden hersteld, maar dat de werknemer een nieuwe procedure zal moeten starten.⁴² Enkele maanden eerder oordeelde hetzelfde hof overigens dat indien de

30 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 8 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:536, r.o. 3.24-3.26.

31 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 14 november 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4183, r.o. 3.34-3.35 die EUR 175.000 bruto toekende; Ktr. Eindhoven 23 april 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2313, r.o. 5.30.3 die EUR 425.000 bruto toekende en Ktr. Haarlem 24 april 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3077, r.o. 5.15 e.v. die EUR 628.000 bruto toekende.

32 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9541, JAR 2019/305, m.nt. K. Wiersma die de werknemer veroordeelde een door de kantonrechter toegekende billijke vergoeding van ruim EUR 1 miljoen bruto terug te betalen omdat – naar het oordeel van het hof – de ontbinding niet het gevolg zou zijn geweest van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever en Hof Arnhem-Leeuwarden 29 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9272, JAR 2019/292, waarbij de werknemer EUR 150.000 bruto moest terugbetalen.

33 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998, JAR 2017/19, m.nt. A. van Zanten-Baris. Zie nader over het bewijsrecht in (Wwz) arbeidsrechtelijke zaken: H.J.W. Alt, 'Stellen en bewijzen in het ontslagrecht anno 2019: het speelveld is nog verre van gelijk', *TRA* 2019/80 en R.A.A. Duk, "'Een zekere mate van beoordelingsruimte', en het bewijsrecht bij de beoordeling van een "redelijke grond" voor ontslag', *ArbeidsRecht* 2018/42.

34 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, JAR 2018/72, m.nt. M.W. Koole en HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1045, JAR 2018/185, m.nt. C.G.M. Fruytier.

35 HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1846, JAR 2018/276.

36 HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:A07817, NJ 2005/270, m.nt. W.D.H. Asser.

37 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, JAR 2018/72, m.nt. M.W. Koole, r.o. 3.4.3-3.4.4.

38 HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1045, JAR 2018/185, m.nt. C.G.M. Fruytier.

39 HR 9 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8875, JAR 2009/38, m.nt. M.S.A. Vegter, r.o. 3.4.

40 HR 9 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9204, NJ 2012/174, r.o. 3.5 en Hof Arnhem-Leeuwarden 2 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3035, r.o. 5.4.

41 De rechter mag een loonvordering niet ambtshalve op deze grond afwijzen, zie Hof Den Haag 20 november 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3080.

42 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4597.

werkgever voor het eerst in hoger beroep de ziekte betwist, van de werknemer niet in redelijkheid kan worden geveerd een deskundigenoordeel over te leggen.⁴³

De verplichting om een deskundigenverklaring over te leggen, geldt in beginsel alleen in bodemprocedures en niet in kort geding. Wel heeft de Hoge Raad bepaald dat de kortgedingrechter een werknemer op de voet van art. 22 Rv kan bevelen toch een deskundigenverklaring te doen opstellen en overleggen, dan wel op de voet van art. 194 Rv zelf een deskundigenbericht kan gelasten.⁴⁴

7. Vorder vergoeding van juridische kosten

'Wie verliest, betaalt', aldus het uitgangspunt voor dagvaardingsprocedures in art. 237 Rv. Een uitzondering hierop – compensatie van proceskosten, waarbij iedere partij de eigen kosten draagt – is alleen in een aantal specifieke gevallen mogelijk, waaronder de situatie dat beide partijen deels in het gelijk en deels in het ongelijk zijn gesteld. Voor verzoekschriftprocedures bepaalt art. 289 Rv dat de rechter een proceskostenveroordeling kan uitspreken. De rechter is hiertoe echter niet verplicht. Het is in Wwz-zaken echter gebruikelijk dat rechters een proceskostenveroordeling uitspreken – of de kosten compenseren – zoals zou volgen uit art. 237 Rv.⁴⁵ Indien een partij in de proceskosten wordt veroordeeld, gebeurt dit op basis van het zogenaamde liquidatietarief waarbij per proceshandeling een aantal punten wordt toegekend.⁴⁶ Dit forfaitair tarief zal in de regel niet de werkelijke gemaakte juridische kosten dekken. Onder buitengewone omstandigheden, waaronder misbruik van procesrecht, is een afwijking van het liquidatietarief mogelijk.⁴⁷ Hoewel de lat hoog ligt en een integrale veroordeling in de proceskosten niet snel wordt toegekend,⁴⁸ zijn er diverse voorbeelden van uitspraken waarbij aan werknemers een integrale vergoeding van de proceskosten is toegekend omdat aannemelijk kon worden gemaakt dat de wederpartij 'tegen beter weten in' een kansloos verweer voerde,⁴⁹ dan wel sprake was van ernstige schending van de waarheidsplicht⁵⁰ of (zeer) slecht werkgeverschap.⁵¹

Naast de juridische kosten die gemaakt worden in een procedure, kan ook sprake zijn van aanzienlijke juridische kosten die zijn gemaakt vóórdat het op een procedure aankwam. Deels zouden dergelijke kosten mogelijk als kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (art. 6:96 lid 2 sub c BW, ook wel aangeduid als "buitengerechtigde kos-

ten") kunnen worden gevorderd.⁵² In het Besluit vergoeding voor buitengerechtigde incassokosten zijn regels gesteld voor de – wederom forfaitaire – begroting van dergelijke kosten. De reikwijdte van dit besluit is echter beperkt tot nakoming van een uit een overeenkomst voortvloeiende verbintenis tot het betalen van een geldsom (bijvoorbeeld een loonvordering) en alleen schadevergoedingsverbintenissen indien deze zijn vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst of vervangende schadevergoeding in de zin van art. 6:87 BW betreffen. Niettemin wordt het Besluit ook wel analoog toegepast wanneer het strikt genomen niet van toepassing is.⁵³ Een andere mogelijkheid om vergoeding van gemaakte juridische kosten te verkrijgen is het instellen van een – door de Hoge Raad met zoveel woorden in de *New Hairstyle*-beschikking gesuggereerde⁵⁴ – vordering gebaseerd op goed werkgeverschap.⁵⁵ Hoewel in *New Hairstyle* de werknemer uiteindelijk in de verwijzingsprocedure bot ving,⁵⁶ kan niet gezegd worden dat, indien de omstandigheden daar aanleiding toe geven én wordt onderbouwd dat de kosten daadwerkelijk zijn gemaakt,⁵⁷ een vordering tot vergoeding van de door de werknemer gemaakte juridische kosten bij voorbaat kansloos is.⁵⁸

8. Gouden griffierecht

Naast een degelijke onderbouwing van een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding (zie hiervoor Tip 4), verdient het aanbeveling stil te staan bij het griffierecht. Hoewel hoog inzetten inderdaad kan leiden tot toekenning van een omvangrijke billijke vergoeding, is het bepaald geen garantie dat zo'n verzoek zal worden toegekend (of een toewijzing in hoger beroep stand zal houden).⁵⁹ Op grond van art. 10 lid 2 Wgbz wordt de hoogte van het griffierecht bepaald aan de hand van het verzoekschrift of het beroepschrift. Het verschil in griffierecht tussen een verzoek van onbepaalde waarde en een verzoek met een beloop van meer dan EUR 12.500 of meer dan EUR 100.000 loopt snel

43 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10339.

44 HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1673.

45 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1967.

46 De geldende liquidatietarieven voor procedures bij de kantonrechter, rechtbank, hof en Hoge Raad zijn te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

47 Zie hierover nader R.B. van Hees, 'De reële proceskostenveroordeling', TvO 2019/113.

48 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 25 juli 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2822, r.o. 3.2.

49 Rb. Amsterdam 25 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5482, r.o. 3.10.

50 Ktr. Alkmaar 10 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:898, JAR 2016/176, r.o. 5.16.

51 Ktr. 's-Hertogenbosch 12 maart 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV8512, r.o. 12.

52 Voor zover deze niet op grond van art. 241 Rv "van kleur verschieten" en een vergoeding daarvan geacht wordt opgenomen te zijn in de proceskostenveroordeling. Zie hierover nader: M. Lelieveld, 'Kroniek buitengerechtigde incassokosten', *AV&S* 2016/6.

53 Ktr. Maastricht 28 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4976, r.o. 4.18.

54 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, JAR 2017/188, m.nt. A. van Zanten-Baris, r.o. 3.5.2.

55 Zie nader over de vraag in hoeverre de Baijings-leer na invoering van de Wwz nog geldt en er meer of juist minder ruimte is voor op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde aanvullende vergoedingen: S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), Leiden 2014 en A.G. Castermans & Y. Erkens, 'Uit de ban van Baijings: schadevergoeding en de Wet werk en zekerheid', *NTBR* 2016/49.

56 Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:516, JAR 2019/72, r.o. 5.36.

57 Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4062, r.o. 4.40.

58 Ktr. Alkmaar 16 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10893, JAR 2015/307, r.o. 5.12.

59 Zie hiervoor voetnoot 32.

op.⁶⁰ Het herformuleren van een verzoek in hoger beroep (bijvoorbeeld door een verklaring voor recht te verzoeken in plaats van veroordeling tot betaling van een bepaald bedrag) zal er niet toe leiden dat een lager griffierecht wordt toegewezen indien in eerste aanleg om een hoge billijke vergoeding werd verzocht en niet blijkt dat de werknemer niet langer aanspraak maakt op dat hoge bedrag.⁶¹

9. Perfectioneer het petitum

Als sluitstuk van het processtuk verdient tot slot ook het petitum de nodige aandacht. Het petitum is immers het dictum dat men van de rechter beoogt te verkrijgen. Iets dat niet wordt verzocht of gevorderd, kan ook niet door de rechter worden toegewezen.⁶²

Check of er geen verzoeken of vorderingen zijn vergeten. Vermindering, wijziging of vermeerdering van eis of verzoek is mogelijk, maar kan tegen strijd met de goede procesorde aanlopen of een fatale termijn.⁶³

Denk na over het wel of niet opnemen van een voorlopige voorziening (art. 223 Rv) indien verwacht wordt dat de procedure – door getuigenverhoren – niet na één mondelinge behandeling al zal zijn beslist. Sta stil bij de vraag of verzoeken primair/subsidiar, dan wel voorwaardelijk moeten worden ingesteld en zo ja, onder welke voorwaarden. En, *last but not least*, controleer of wat wordt verzocht, gelet op de wet, ook kan worden toegewezen. Zo zal een bestuurder/werknemer, behoudens bijvoorbeeld opzegging in strijd met een opzegverbod,⁶⁴ geen herstel of vernietiging van het dienstverband kunnen verzoeken.⁶⁵ En in het geval van een onterechte ontbinding of onterecht geweigerde vernietiging, kan het hof die onjuiste beslissing niet vernietigen, maar enkel het dienstverband herstellen of een billijke vergoeding toekennen.⁶⁶

10. Referentiecheck de rechter(s)

In het kader van de voorbereiding van de mondelinge behandeling, kan het geen kwaad bij de griffie na te vragen wie de behandelende rechter of rechters zullen zijn (en ook kort voor de zitting na te gaan of er een wisseling heeft plaatsgevonden). Dit biedt de mogelijkheid om een 'antecedentenonderzoek' te doen. Daarbij moet niet alleen gedacht worden aan een check op wat voor uitspraken de rechter recent heeft gedaan, maar ook het raadplegen van het register van nevenfuncties op rechtspraak.nl. Daarin zijn ook opgenomen de voorgaande functies van rechters die minder dan zes jaar geleden als rechter zijn benoemd. Mocht deze check mogelijke bezwaren aan het licht brengen, dan biedt dit de mogelijkheid een brief aan de rechter te sturen met het verzoek zich terug te trekken. Daarmee kan dan mogelijk een wrakingsactie (met alle daarmee gemoeide vertraging van de procedure van dien) worden vermeden. Echter, het enkele feit dat de rechter in een eerdere procedure tussen dezelfde partijen over andere geschilpunten een oordeel heeft gegeven in het nadeel van de cliënt, zal in de regel geen grond opleveren voor wraking.⁶⁷

Tot zover de eerste tien wenken. In het volgende deel een tweede tental tips over het bewaken van bewijsrechten, slim schikken en de bijzondere aandachtspunten voor het appel.

60 Voor natuurlijke personen (niet zijnde onvermogens) is volgens de tarieven van 2019 bij de kantonrechter het laagste griffierecht EUR 81 en het hoogste griffierecht 486 en bij het hof EUR 324 resp. EUR 1.684. Echter, men dient ook rekening te houden met het griffierecht van de wederpartij dat bij verlies en een proceskostenveroordeling zou moeten worden vergoed. Voor niet-natuurlijke personen is volgens de tarieven van 2019 bij de kantonrechter het laagste griffierecht EUR 121 en het hoogste griffierecht 972 en bij het hof EUR 741 resp. EUR 5.382.

61 Hof Den Haag 18 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3710. Zie ook HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1912, NJ 2020/11 waarin is beslist dat indien een verklaring voor recht wordt gevorderd, voor de bepaling van het hoogte van het griffierecht moet worden aangeknoopt bij de waarde van de vordering waarover de rechter had te beslissen, ook indien niet de betaling van een geldsom is gevorderd.

62 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9541, r.o. 5.51.

63 Zie hiervoor Tip 2 en voetnoot 18.

64 Rb. Alkmaar 17 april 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3264, r.o. 5.29.

65 Art. 7:682 lid 3 BW. Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 17 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2283 waarbij de werknemer/bestuurder in eerste aanleg tevergeefs vernietiging van een ontslag op staande voet verzocht en in hoger beroep zijn verzoek om een billijke vergoeding en wettelijke schadeloosstelling wegens overschrijding van de vervaltermijnen werd afgewezen.

66 Art. 7:683 lid 3 BW.

67 Rb. Amsterdam 1 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4374.