

158

Verzoekschrift tijdig ingediend omdat termijn afliep op tweede Kerstdag

Hoge Raad
 21 mei 2021, nr. 20/00929,
 ECLI:NL:HR:2021:747
 (mr. De Groot, mr. Streefkerk, mr. Sieburgh,
 mr. Wattendorff, mr. Lock)
 (Concl. A-G De Bock)
 Noot mr. N.T. Dempsey

Vervaltermijn. Bij ontslag op 26 oktober verliep de termijn op 26 december. Geen verkorting termijn naar 24 december. Algemene termijnenwet.

[BW art. 7:677, 7:686a lid 4 sub a]

De werknemer is in 2007 bij de werkgever in dienst getreden. Op 26 oktober 2018 is hij op staande voet ontslagen. Bij verzoekschrift heeft de werknemer verzocht om dit ontslag te vernietigen. De rechtbank heeft het faxbericht op 24 of 25 december 2018 rond middernacht ontvangen. De werkgever heeft zich op het standpunt gesteld dat het verzoekschrift te laat is ingediend, namelijk na ommekomst van twee maanden. De kantonrechter heeft overwogen dat de werknemer ontvankelijk is in zijn verzoek, omdat uit het door de werknemer overgelegde faxjournaal volgt dat het verzoek om 23:59 uur aan de rechtbank is verstuurd. In hoger beroep heeft het hof de werknemer alsnog niet-ontvankelijk verklaard («JAR» 2020/27). Daartoe heeft het hof overwogen dat uit het door het hof aan partijen getoonde exemplaar van het bij de Rechtspraak binnengekomen faxbericht blijkt dat het verzoekschrift pas op 25 december 2018 om 00:05:33 door de rechtbank is ontvangen, wat niet tijdig is, omdat het op 24 december 24:00 uur ontvangen had moeten zijn. In cassatie stelt de werknemer dat het hof ten onrechte heeft nagelaten om ambtshalve vast te stellen dat de termijn niet eindigde op 24 december om 24:00 uur, maar op 26 december om 24:00 uur.

De Hoge Raad overweegt dat de termijn waarbinnen een verzoek ingevolge art. 7:686a lid 4 aanhef

en onder a BW moet worden ingediend, eindigt na twee maanden aan het einde van de dag met hetzelfde nummer als dat van de laatste werkdag, tenzij de maand waarin de termijn afloopt niet een dag met hetzelfde nummer kent omdat zij korter is, in welk geval de termijn eindigt aan het einde van de laatste dag van die maand, een en ander afgezien van de werking van de Algemene termijnenwet. Ten tijde van het indienen van het verzoekschrift in deze zaak was de Algemene termijnenwet niet van toepassing. In een dergelijk geval wordt een termijn niet verlengd als de laatste dag ervan op een zaterdag, zondag of een algemeen erkende feestdag valt. Dat heeft echter niet tot gevolg dat de termijn dan wordt verkort tot de daaraan voorafgaande dag. Nu in cassatie vaststaat dat de arbeidsovereenkomst op 26 oktober 2018 is geëindigd, liep de termijn voor het indienen van het verzoekschrift af op 26 december 2018 aan het einde van de dag. De werknemer is dus ontvankelijk in zijn verzoek.

NB. Sinds 1 januari 2019 geldt de Algemene termijnenwet ook voor de termijnen van art. 7:686a lid 4 BW, wat in deze zaak tot gevolg gehad zou hebben dat de termijn was verlengd tot en met de eerstvolgende 'gewone' dag, dus 27 december in dit geval. Nu de Algemene Termijnenwet niet gold, eindigde de termijn na ommekomst van de twee maanden, ook al was dat tweede Kerstdag. Verkorting van de termijn naar 24 december was dus niet aan de orde. Zie over de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4 ook HR, «JAR» 2021/70, m.nt. Dop en ktr. Almere, «JAR» 2016/101, m.nt. Dempsey (verzoekschrift 1 seconde te laat ingediend).

[Werknemer] te [woonplaats],
 verzoeker tot cassatie,
 hierna: de werknemer,
 advocaat: H.J.W. Alt,
 tegen
 Pontmeyer Hout B.V. te Zaandam,
 verweerster in cassatie,
 hierna: PontMeyer,
 advocaten: S.F. Sagel en F.J.L. Kaptein.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. De Bock)

Heeft het hof de werknemer terecht niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek tot vernietiging van het aan hem gegeven ontslag op staande voet,

omdat dit verzoek niet binnen de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW is ingediend? Het cassatiemiddel klaagt dat het hof ambtshalve had moeten vaststellen wanneer de termijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW eindigde. Daarnaast werpt het cassatiemiddel vragen op over de vaststelling van het tijdstip van ontvangst van een per fax verzonden verzoekschrift na overstap van de rechtspraak op het digitale faxstelsel 'Faxination'.

1. Feiten en procesverloop

In deze zaak kan van de volgende feiten worden uitgegaan, voor zover van belang in cassatie.¹

1.1. Verzoeker tot cassatie (hierna: Werknemer), geboren in 1969, is op 1 maart 2007 in dienst getreden van PontMeyer, een groothandel in hout, platen, bouwmaterialen en gereedschap. Werknemer vervulde laatstelijk de functie van Verkoper Bouwmarkt/Afhaalcentrum A. PontMeyer heeft Werknemer op 26 oktober 2018 op staande voet ontslagen. Dit ontslag is bij brief van 30 oktober 2018 schriftelijk bevestigd aan Werknemer.

1.2. Werknemer heeft bij verzoekschrift, per fax ontvangen ter griffie, de kantonrechter te Amersfoort verzocht om – voor zover in cassatie van belang – primair het ontslag op staande voet te vernietigen en PontMeyer te verplichten om Werknemer toe te laten tot de overeengekomen werkzaamheden en tot betaling van het salaris. Subsidiair, voor zover het ontslag op staande voet in stand blijft, heeft Werknemer verzocht om PontMeyer te veroordelen tot (onder meer) betaling van een billijke vergoeding, gefixeerde schadevergoeding en transitievergoeding, vermeerderd met wettelijke rente.

1.3. Pontmeyer heeft bij zelfstandig verzoekschrift van 24 december 2018 een aantal (deels voorwaardelijke) verzoeken ingediend, waaronder verzoeken om te verklaren voor recht dat de arbeidsovereenkomst op 26 oktober 2019 rechtsgeldig is geëindigd, een verzoek om een gefixeerde schadevergoeding op grond van art. 7:677 lid 2 BW, een verzoek om schadevergoeding en een

verzoek om een verklaring voor recht dat Werknemer geen aanspraak kan maken op de transitievergoeding en een billijke vergoeding.

1.4. Werknemer heeft verweer gevoerd.

1.5. In de door Werknemer aanhangig gemaakte verzoekprocedure heeft PontMeyer verweer gevoerd. Daarbij heeft zij zich primair op het standpunt gesteld dat Werknemer in het merendeel van zijn verzoeken niet-ontvankelijk is, omdat deze na ommekomst van de vervaltermijn van twee maanden ex art. 7:686a lid 4 sub a BW zijn ingediend.

1.6. De kantonrechter heeft de twee verzoekschriftprocedures gevoegd en in beide zaken uitspraak gedaan bij beschikking van 17 april 2019.² Volgens de kantonrechter is Werknemer ontvankelijk in de door hem ingediende verzoeken, waaronder het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet. Overwogen is dat het verzoek van Werknemer vóór 25 december 2018, dus uiterlijk op 24 december 2018 24.00 uur, door de kantonrechter moest zijn ontvangen en dat niet is komen vast te staan dat deze termijn is overschreden (rov. 4.1).

1.7. De kantonrechter heeft het verzoek vervolgens inhoudelijk beoordeeld en geoordeeld dat PontMeyer een dringende reden had om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen, zodat het verzoek van Werknemer om vernietiging van het ontslag op staande voet moet worden afgewezen (rov. 4.8 – rov. 4.11). Hetzelfde geldt voor het verzoek om wedertewerkstelling (rov. 4.12). Het verzoek van PontMeyer om een verklaring voor recht ten aanzien van het ontslag op staande voet is toegewezen, evenals het verzoek om een gefixeerde schadevergoeding ex art. 7:677 lid 2 BW. Ook het verzoek om schadevergoeding en de verzochte verklaring voor recht dat Werknemer geen aanspraak heeft op de transitievergoeding en een billijke vergoeding zijn toegewezen.

1.8. Werknemer heeft hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Kort samengevat heeft Werknemer het hof verzocht om veroordeling van PontMeyer tot (primair) herstel van de arbeidsovereenkomst vanaf 26 oktober 2018 en betaling van het salaris, (subsidiair) beta-

1 Gelet op de beperkte omvang van het in cassatie voorliggende geschilpunt, wordt volstaan met een beknopte weergave van de feiten, ontleend aan rov. 3.1-3.11 van de bestreden beschikking van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10662, JAR 2020/27, AR-Updates 2020-0023.

2 Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland (locatie Amersfoort) 17 april 2019, zaaknummers 7431360 AE VERZ 18-123 en 7431360 AE VERZ 18-122. De beschikking is niet gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

ling van een billijke vergoeding, de transitievergoeding en een gefixeerde schadevergoeding en (primair en subsidiair) onder meer terugbetaling van de onterecht door Werknemer betaalde gefixeerde schadevergoeding.

1.9. PontMeyer heeft in het principale hoger beroep verweer gevoerd en tevens incidenteel hoger beroep ingesteld tegen het ontvankelijkheidsoordeel van de kantonrechter.

1.10. Bij beschikking van 11 december 2019 heeft het hof de beschikking van de kantonrechter gedeeltelijk bekrachtigd.³ In het principale hoger beroep heeft het hof PontMeyer veroordeeld tot betaling van een transitievergoeding van € 11.090,- bruto aan Werknemer en tot terugbetaling van € 115,60 in het kader van de onterecht door Werknemer aan PontMeyer betaalde schadevergoeding. In het incidenteel hoger beroep heeft het hof Werknemer alsnog niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet.

1.11. Kort samengevat heeft het hof het volgende ten grondslag gelegd aan zijn oordeel dat Werknemer niet-ontvankelijk is in zijn verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet:

– Uit art. 7:686a lid 3 in verbinding met lid 4, aanhef en sub a BW volgt dat het verzoekschrift binnen twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd moest worden ingediend.

– Tussen partijen is niet in geschil dat de termijn eindigde op 24 december te 24.00 uur (rov. 5.4).

– Werknemer heeft aangevoerd dat hij het verzoekschrift blijkens de faxbevestiging van het kantoor van zijn raadsman om 23.59 uur heeft verzonden (rov. 5.4).

– Het hof heeft contact gezocht met de ICT-afdeling van de Rechtspraak en het kantongerecht Amersfoort en daaruit is naar voren gekomen dat er bij het kantongerecht een fax houdende het verzoekschrift van de advocaat van Werknemer is binnengekomen met de tekst “24/12/2018 23:59 0203446111 Palthe Oberman pag. 01/15” en daaronder in het groen “25/12/2018 00:05:33 (GMT+01:00)” (rov. 5.7).

– Als onbestreden staat vast dat de vermelding “24/12/2018 23:59 0203446111 Palthe Oberman

pag. 01/15” op de door het hof van het kantongerecht ontvangen brief betrekking heeft op de verzending (en vermelding) van de fax door het advocatenkantoor van de advocaat van Werknemer. Tegen die achtergrond en nu uit de door het hof aan partijen getoonde exemplaar blijkt dat het verzoekschrift pas op 25 december 2019 om 00:05:33 uur is ontvangen, is het hof, mede gelet op het arrest van de Hoge Raad van 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:296, van oordeel dat het verzoekschrift niet tijdig, immers uiterlijk op 24 december te 24.00 uur, door het kantongerecht is ontvangen. Werknemer gebruikte immers een juist faxnummer, er is sprake van een ontvangstlogboek bij het gerecht en het betreffende bericht komt daarin voor. De ontvangst wordt dan geacht te hebben plaatsgevonden op de ontvangstdatum en op het ontvangsttijdstip dat in groen is vermeld. Een verzendbericht met een afwijkend tijdstip biedt hier in beginsel geen soelaas (rov. 5.8).

– Werknemer heeft gesteld dat de eerste pagina van de fax op tijd was en dat, gelet op de door hem genoemde rechtspraak uit 1996 en de wijziging van art. 33 lid 2 Rv in 2002, het gehele verzoekschrift geacht moet worden tijdig te zijn ontvangen, ook als de rest van de pagina's na middernacht is ingekomen. Dit miskent dat in de tijd van die rechtspraak en wetswijziging sprake was van een analoge techniek (pagina voor pagina) terwijl het nu om digitale verzending gaat waar een fax niet meer pagina voor pagina wordt ontvangen, maar in een keer, als pakketje, waarbij het gaat om een ontvangstbevestiging binnen de Rechtspraak die slechts één tijdstip van ontvangst kent (rov. 5.9).

– Werknemer heeft niet aangetoond dat de eerste pagina van het verzoekschrift voor middernacht is ontvangen (rov. 5.9).

– Dat het advocatenkantoor nog een analoge fax zou gebruiken, zoals is aangevoerd, kan Werknemer evenmin baten nu gesteld noch gebleken is dat dit effect zou hebben gehad op de digitale ontvangst bij de Rechtspraak (rov. 5.9).

– Het verzoekschrift van Werknemer is buiten de daarvoor geldende termijn ingediend (rov. 5.10).

1.12. Werknemer heeft tijdig⁴ cassatieberoep ingesteld tegen de beschikking van het hof. Pont-

3 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10662, JAR 2020/27, AR-Updates 2020-0023.

4 Het verzoekschrift tot cassatie is ingediend bij de Hoge Raad op 10 maart 2019.

meyer heeft een verweerschrift ingediend en daarin geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep.

2. Het cassatiemiddel

2.1. Het cassatiemiddel heeft uitsluitend betrekking op de beoordeling door het hof van de ontvankelijkheid van het verzoek van Werknemer tot vernietiging van het ontslag op staande voet.

2.2. Het middel valt in twee onderdelen uiteen. Het eerste onderdeel (*onderdeel 2.1* van het cassatieverzoekschrift) ziet op de vaststelling door het hof van het einde van de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en sub a, BW. Het tweede onderdeel (*onderdeel 2.2*) heeft betrekking op de vaststelling van de ontvangst van een per fax ingediend processtuk door het digitale faxstelsel van de rechtspraak. Het derde onderdeel (*onderdeel 2.3*) bevat een voortbouwklacht.

3. Onderdeel 2.1: (ambtshalve) vaststelling einde vervaltermijn

3.1. *Onderdeel 2.1* bestrijdt het in rov. 5.4 vervatte oordeel van het hof, dat tussen partijen niet in geschil is dat de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW in het onderhavige geval eindigt op 24 december 2018 te 24.00 uur.

3.2. De meest verstrekkende klacht van het onderdeel is dat het hof ten onrechte heeft nagelaten om ambtshalve vast te stellen wat de termijn in dit geval is en of het verzoekschrift tijdig is ingediend (zie het cassatieverzoekschrift onder *2.1-III*). Het onderdeel betoogt dat in het onderhavige geval de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en sub a, BW niet eindigde op 24 december 2018 te 24.00 uur, maar op 26 december 2018 te 24.00 uur (twee maanden na 26 oktober 2018, de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd door het gegeven ontslag op staande voet). Volgens het onderdeel zijn termijnen van openbare orde en had het hof Werknemer om die reden, temeer nu Werknemer zich op het standpunt heeft gesteld dat hij ontvankelijk moet worden verklaard, op basis van de in het dossier gebleken feiten en omstandigheden, ontvankelijk moeten verklaren en het incidentele appel van Pontmeyer moeten verwerpen.

3.3. Daarnaast voert het onderdeel aan (onder *2.1-IV* van het cassatieverzoekschrift) dat de Algemene Termijnenwet (Atw) niet van toepassing is op de termijn in deze zaak, omdat de zaak speelde voordat op 1 januari 2019 de Atw van toepassing werd op de termijnen van art. 7:686a

BW. Het niet-toepasselijk zijn van de Atw brengt mee dat de termijn niet wordt verlengd, maar *niet* dat de termijn moet worden *verkort* indien deze eindigt op een zaterdag, zondag of een erkende feestdag. Het onderdeel stelt dat het hof dit heeft miskend, althans geen inzicht heeft gegeven in zijn gedachtegang, dan wel een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven.

3.4. Het onderdeel stelt verder aan de orde (onder *2.1-I en 2.1-II*) dat Werknemer ter zitting van de kantonrechter van 18 maart 2019 heeft gesteld (blijkens het proces-verbaal van die zitting) dat het verzoekschrift ook op tijd is ingediend als het pas op 25 december 2018 is ontvangen. Het onderdeel klaagt dat het hof ten onrechte (met miskenning van de devolutieve werking van het hoger beroep) dit in eerste aanleg gevoerde verweer van Werknemer niet heeft betrokken bij zijn oordeel, althans dat zijn oordeel dat tussen partijen niet in geschil is dat de termijn eindigt op 24 december 2018 te 24.00 uur om die reden onbegrijpelijk is dan wel met onvoldoende redenen is omkleed.

3.5. Het onderdeel stelt ten slotte (onder *2.1-V*) dat het slagen van de voorgaande klachten ook rov. 5.5 t/m 5.10, 5.11 t/m 5.29 en het dictum vitiëert.

3.6. De klachten van onderdeel 2.1 lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.

3.7. In deze zaak heeft de werknemer, voor zover in cassatie van belang, een verzoek ingediend bij de kantonrechter tot (primair) vernietiging van het ontslag op staande voet. Sinds de inwerking-treding van de Wet werk en zekerheid (Wwz) op 1 juli 2015 geldt voor het indienen van een dergelijk verzoek een vervaltermijn van twee maanden. Art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a BW bepaalt het volgende:

“4. De bevoegdheid om een verzoekschrift bij de kantonrechter in te dienen verval:

a. twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, indien het een verzoek op grond van de artikelen (...) 681, lid 1, onderdelen a (...) betreft.(...)”

3.8. Uit de tekst van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW volgt dat de vervaltermijn begint te lopen met ingang van de dag volgende op die waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. De termijn vangt dus niet al aan op de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, maar op de

dag daarna.⁵ De termijn eindigt twee maanden later aan het einde van de dag met hetzelfde nummer als de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd.⁶ De enige uitzondering op deze regel is het geval dat de maand waarin de termijn afloopt niet een dag met hetzelfde nummer heeft, omdat zij korter is. In dat geval eindigt de termijn op (het einde van) de laatste dag van die maand.⁷

3.9. Bij een onverwijld opzegging wegens een dringende reden (opslag op staande voet) als bedoeld in art. 7:677 BW eindigt de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang. De vervaltermijn voor het indienen van een verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet vangt aan op de dag na het ontslag op staande voet en loopt af (in beginsel) aan het einde van de dag met hetzelfde nummer als de dag waarop het ontslag op staande voet is gegeven.

3.10. In de zaak die hier aan de orde is, staat vast dat Werknemer op staande voet is ontslagen op 26 oktober 2018 (zie hierboven onder 1.1). Dit betekent dat de vervaltermijn voor het indienen van een verzoek op grond van art. 7:681, lid 1 onder a, BW afliep op 26 december 2018 aan het einde van de dag. Het einde van de termijn was derhalve op tweede kerstdag om 24.00 uur.

3.11. Op grond van art. 1 lid 1 Algemene Termijnenwet (hierna: Atw) wordt een in de wet gestelde termijn die op een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag eindigt, verlengd tot en met de eerstvolgende dag die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag is. De beide kerstdagen kwalificeren als een algemeen erkende feestdag als bedoeld in art. 1 Atw (zie art. 3 lid 1 Atw). Ten tijde van het indienen van het verzoekschrift

in deze zaak bepaalde art. 7A:2031 BW evenwel dat de Atw niet van toepassing was op de termijnen genoemd in titel 7.10 BW. De Atw gold dus niet voor de termijnen van art. 7:686a lid 4 BW. Dit is met ingang van 1 januari 2019 gewijzigd, door de inwerkingtreding van de Verzamelwet SZW 2019.⁸ Sindsdien is in art. 7A:2031 BW een uitzondering gemaakt voor de termijnen gesteld in art. 7:686a lid 4 BW.

3.12. Indien de Atw *niet* van toepassing is op een termijn, dan wordt deze termijn *niet verlengd* indien de laatste dag in het weekend op of een erkende feestdag valt. De termijn eindigt in dat geval dus daadwerkelijk op een zaterdag, zondag of feestdag.⁹

3.13. Pontmeyer heeft zich in eerste aanleg, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van de Verzamelwet SZW 2019, op het standpunt gesteld dat de vervaltermijn wordt *verkort* tot de laatste (werk)dag voor de erkende feestdag omdat de Atw vóór 1 januari 2019 op deze termijn niet van toepassing was.¹⁰ Dit standpunt berust echter op een verkeerde lezing van de parlementaire geschiedenis van de Verzamelwet SZW 2019. Als toelichting bij het voorstel om de Atw van toepassing te verklaren op de vervaltermijnen van art. 7:686a, vierde lid, BW vermelden de memorie van toelichting¹¹ respectievelijk de nota naar aanleiding van het verslag¹² het volgende:

“De uitzondering van de Algemene termijnenwet voor de vervaltermijnen, gesteld in titel 10 van Boek 7 BW, betekent dat de termijn voor het indienen van een verzoek, bedoeld in artikel 7:686a,

5 Vgl. D.M.A. Bij de Vaate, ‘Verjaring- en vervaltermijnen in het arbeidsrecht’, in: D.F.H. Stein, V. Tweehuysen & S.E. Bartels (red.), *Verjaring, Onderneming en Recht*, nr. 120, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 366, voetnoot 43, onder verwijzing naar Ktr. Rb. Gelderland 14 maart 2017, *AR Updates* 2017-0712.

6 Vgl. ten aanzien van vergelijkbaar geformuleerde beroepstermijnen in het burgerlijk procesrecht o.a. HR 1 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2225, *JBPr* 2017/64 m.nt. G.C.C. Lewin; *JIN* 2017/163 m.nt. P.B.J. van den Oord en K.M. de Groes, rov. 3.4.1-3.4.4.

7 Vgl. HR 1 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2225, *JBPr* 2017/64 m.nt. G.C.C. Lewin; *JIN* 2017/163 m.nt. P.B.J. van den Oord en K.M. de Groes, rov. 3.4.4 en HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1315, *NJ* 2004/424.

8 Wet van 17 oktober 2018 tot wijziging van enkele wetten van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid alsmede enkele wetten van andere ministeries (Verzamelwet SZW 2019), *Stb.* 2018, 424.

9 Zie o.a. D.M.A. Bij de Vaate, ‘Verjaring- en vervaltermijnen in het arbeidsrecht’, in: D.F.H. Stein, V. Tweehuysen & S.E. Bartels (red.), *Verjaring, Onderneming en Recht*, nr. 120, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 358; W.J.J. Wetzels, ‘Perikelen rond de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4 BW’, in: *ArbeidsRecht* 2018/27, p. 4; J.S. Engelsman, Termijnen in het arbeidsrecht: een overzicht onder de WWZ, in: *ArbeidsRecht* 2015/49, p.16.

10 Zie het verweerschrift ex art. 7:681 BW van Pontmeyer onder nr. 5.

11 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 977, nr. 3 (MvT), p. 3

12 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 977, nr. 7 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 13.

vierde lid, BW niet verlengd wordt als deze eindigt op een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag. *Dit leidt ertoe dat de termijn voor het indienen van een verzoek wordt verkort wanneer de termijn eindigt op een van de dagen, genoemd in artikel 1, eerste lid, van de Algemene termijnenwet en de laatste reguliere werkdag waarop het verzoek kan worden ingediend, gelegen is daags vóór een of meerdere van die dagen. De regering acht verkorting van de termijn niet wenselijk.* Degene die een verzoek wil indienen, heeft daartoe voldoende tijd nodig. Daar komt bij dat vervaltermijnen niet gestuit, geschorst of verlengd kunnen worden en dat binnen die korte termijn het verzoek op grond van artikel 278, eerste lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de gronden dient te bevatten waarop het berust. De werknemer die juridische actie wil ondernemen tegen zijn ontslag zal derhalve snel moeten handelen om te voorkomen dat hij niet ontvankelijk wordt verklaard en daarmee zijn recht vervalt.” (onderstr. door mij, A-G (gecursiveerd; red.))

3.14. Een oppervlakkige lezing van de onderstreepte passage uit de parlementaire geschiedenis kan de suggestie wekken dat de regering ervan uitgaat dat de niet-toepasselijkheid van de Atw ertoe leidt dat de termijn wordt verkort indien deze eindigt op een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag. Het is echter heel onaannemelijk dat de regering dat heeft bedoeld. De passage moet zo worden begrepen, dat de niet-toepasselijkheid van de Atw *in de praktijk* een verkorting van de termijn betekent indien de termijn afloopt in het weekend of op een feestdag. Ervan uitgaande dat de rechtsbijstandverlener niet werkt in het weekend of op feestdagen, heeft hij of zij dus *feitelijk* een dag minder de tijd om een verzoekschrift in te dienen. De regering heeft deze feitelijke verkorting van de (al korte) vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 BW onwenselijk geacht en daarom voorgesteld om de wet aan te passen. Voor een andere uitleg van de hierboven geciteerde passage heb ik geen aanknopingspunten kunnen vinden in de literatuur of feitenrechtspraak. Die andere uitleg wordt overigens in cassatie niet meer verdeeld door PontMeyer.

3.15. In de onderhavige zaak brengt toepassing van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW dus mee dat de vervaltermijn eindigde op tweede kerstdag (26 december 2018) om 24.00 uur. Dat betekent dat het verzoekschrift van Werknemer tijdig is ingediend, ook wanneer zou worden ge-

oordeeld dat het hof terecht heeft aangenomen dat het verzoek op 25 december 2018 (en niet op 24 december 2018) is ontvangen.

3.16. Het onderdeel klaagt terecht dat het hof het einde van de vervaltermijn voor het indienen van het verzoekschrift ambtshalve had moeten vaststellen. Het hof is verplicht om, zo nodig ambtshalve, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep de rechtsgronden aan te vullen (art. 25 Rv). De vraag of het verzoekschrift binnen de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW was onderdeel van de rechtsstrijd in appel. Het ontvankelijkheidsoordeel van de kantonrechter was door het (voorwaardelijk ingestelde) incidenteel hoger beroep van PontMeyer ter discussie gesteld.¹³ Werknemer heeft zich in zijn verweer tegen het voorwaardelijk incidentele appel op het standpunt gesteld dat zijn verzoekschrift binnen de vervaltermijn is ingediend.¹⁴ Gelet op het in hoger beroep gevoerde partijdebat had het hof de ruimte én de verplichting om zelfstandig te onderzoeken wanneer het verzoekschrift uiterlijk moest zijn ingediend. Niet van belang is of de Werknemer al dan niet in hoger beroep of in eerste aanleg heeft weersproken dat de termijn in dit geval moest worden verkort en eindigde op 24 december 2018.¹⁵ Immers, het hof is ten aanzien van de uitleg van het recht (in dit geval: vaststelling van de termijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW en de consequentie van de niet-toepasselijkheid van de Atw op die termijn), voor zover dit valt binnen de grenzen

13 Zie rov. 5.3 van de bestreden beschikking en het verzoekschrift in hoger beroep, tevens houdende incidenteel appel, onder nr. 61-62.

14 Zie het verzoekschrift voorwaardelijk incidenteel appel aan de zijde van Werknemer onder nr.4-6 en de pleitnotities in hoger beroep aan de zijde van Werknemer onder nr. 3-7.

15 Blijkens het proces-verbaal van de mondelinge behandeling bij de kantonrechter van 18 maart 2019 is namens Werknemer aangevoerd dat het verzoekschrift, ook als het op 25 december 2018 is ontvangen, nog op tijd is ingediend. Uit de weergave in het proces-verbaal blijkt niet duidelijk of (de advocaat van) Werknemer zich ter zitting op het standpunt heeft gesteld dat de termijn op 25 december 2018 nog niet was geëindigd. Een begrijpelijke lezing van het proces-verbaal zou kunnen zijn dat is gesteld dat het stuk nog op tijd is ingediend als op het 24 december 2018 is ingediend en op 25 december 2018 is ontvangen.

van de rechtsstrijd, niet gebonden aan de stellingen van partijen; het hof heeft een eigen verantwoordelijkheid om op juiste wijze de rechtsregels toe te passen.

3.17. Ik merk op dat dit iets anders is dan het ambtshalve toepassing geven aan een vervaltermijn, waarvoor in het ontslagrecht in het algemeen géén plaats is (zie nader onder 3.21-3.22.). Het gaat er *hier* om dat áls een beroep wordt gedaan op een vervaltermijn, de rechter zelfstandig zal moeten beoordelen of het verzoek binnen de vervaltermijn is ingediend. De rechter is daarbij niet gebonden aan (onjuiste) stellingen die daarover door partijen worden ingenomen.

3.18. Anders dan PontMeyer in cassatie heeft aangevoerd,¹⁶ hoefde Werknemer in hoger beroep geen grieven te richten tegen de overweging van de kantonrechter (in rov. 4.1) dat het verzoek vóór 25 december 2018 moest zijn ingediend. Werknemer had immers geen belang bij deze grief, omdat de kantonrechter zijn verzoek ontvankelijk heeft verklaard en inhoudelijk heeft behandeld.

3.19. De slotsom is dat het hof met zijn oordeel in rov. 5.4 dat tussen partijen niet in geschil is dat de vervaltermijn eindigde op 24 december 2018 te 24.00 uur, heeft miskend dat het ambtshalve diende vast te stellen wanneer deze termijn eindigde. Onderdeel 2.1 slaagt derhalve. Dit brengt mee dat rov. 5.4 van de bestreden beschikking alsmede de daarop voortbouwende overwegingen (rov. 5.5 t/m 5.29) niet in stand kunnen blijven. De voortbouwklacht van *onderdeel* 2.3 slaagt dus ook.

3.20. Nu in deze zaak de vraag of het verzoekschrift binnen de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW was ingediend behoorde tot het partijdebat, is van ambtshalve toepassing van de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW geen sprake.¹⁷ Derhalve behoeft in cassatie geen beantwoording of – zoals onderdeel 2.1 lijkt te veronderstellen – de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW van openbare orde is. Ten overvloede merk ik daarover het volgende op.

3.21. In de literatuur en in de feitenrechtspraak was tot voor kort de heersende leer dat de vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 BW ambtshalve moeten worden toegepast door de rechter.¹⁸ Eind 2018 heeft de Hoge Raad in zijn beschikking in de zaak *Botobe* beslist dat de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder b, BW niet strekt ter bescherming van zodanig zwaarwichtige belangen dat hij ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval ambtshalve door de rechter toegepast zou moeten worden. Volgens de Hoge Raad strekt de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder b, BW blijkens de parlementaire geschiedenis tot bescherming van het belang van partijen bij voortvarend procederen over de transitievergoeding.¹⁹ Hoewel de *Botobe*-beschikking slechts betrekking heeft op de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder b, BW van drie maanden voor verzoeken op grond van art. 7:673 en 7:673a t/m d BW (verzoeken met betrekking tot de transitievergoeding), wordt sindsdien in de literatuur vrijwel unaniem aangenomen dat ook de andere in art. 7:686a lid 4 BW genoemde vervaltermijnen niet van openbare orde zijn en zich dus niet lenen voor ambtshalve toepassing.²⁰

16 Zie het verweerschrift in cassatie onder nr. 15 en 27.

17 Vgl. HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2305, NJ 2019/47, JAR 2019/17 m.nt. A. van Zanten-Baris, JIN 2019/59 m.nt. J.C.A. Ettema (*Botobe*), rov. 3.8. In deze zaak was evenmin sprake van ambtshalve toepassing door het hof van de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder b, BW, omdat de werknemer een beroep had gedaan op die termijn.

18 Zie daarover uitgebreid nrs. 4.53-4.59 van mijn conclusie vóór HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2305, NJ 2019/47, JAR 2019/17 m.nt. A. van Zanten-Baris, JIN 2019/59 m.nt. J.C.A. Ettema (*Botobe*) en de aldaar genoemde vindplaatsen.

19 Zie HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2305, NJ 2019/47, JAR 2019/17 m.nt. A. van Zanten-Baris, JIN 2019/59 m.nt. J.C.A. Ettema (*Botobe*), rov. 3.8.3 en 3.5.7.

20 Zie de noot van J.C.A. Ettema onder de *Botobe*-beschikking in JIN 2019/59; M.D. Ruizeveld, 'De vervaltermijn verduidelijkt', in: TRA 2019/30; D.M.A. Bij de Vaate, 'Verjaring- en vervaltermijnen in het arbeidsrecht', in: D.F.H. Stein, V. Tweehuysen & S.E. Bartels (red.), *Verjaring, Onderneming en Recht*, nr. 120, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 370; W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk, D.M.A. Bij de Vaate, *Arbeids-overeenkomstenrecht* 2020/34.2; G.C. Boot, *Arbeidsprocesrecht (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 17)* 2019/6.4.68; B. Barentsen, S. Sagel & J. van der Kroon, 'Kroniek van het sociaal recht', in: NJB 2019, nr. 35, p. 2691; E. Verhulp, T&C BW, commentaar op art. 7:686a BW, aant. 6; W.J.J. Wetzels & P.G. Vestering, *SDU Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, art. 7:686a BW, C6; F.M. Dekker, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Artikels-*

3.22. In de literatuur is naar mijn mening terecht opgemerkt dat de door de Hoge Raad in de *Botobe*-beschikking uit de parlementaire geschiedenis afgeleide ratio van de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder b, BW (het zo kort mogelijk houden van de periode van onzekerheid voor partijen) zich eveneens uitstrekt tot de overige vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 BW.²¹ De door de Hoge Raad in rov. 3.5.5-3.5.6 geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis²² hebben immers betrekking op alle vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 BW en niet slechts op de termijn voor het indienen van verzoeken met betrekking tot de transitievergoeding, zoals genoemd in art. 7:686a lid 4, aanhef en onder b, BW. Derhalve moet worden aangenomen dat alle in het artikellid genoemde vervaltermijnen strekken ter bescherming van het belang van partijen bij voortvarend procederen ten aanzien van de verzoeken die door art. 7:686a lid 4 BW worden bestreken²³ en niet strekken ter bescherming van een bescherming van een zwaarwichtig belang van openbare orde.

4. Ten overvloede: vaststelling tijdstip ontvangst per fax (onderdeel 2.2)

4.1. *Onderdeel 2.2* is aangevoerd voor het geval onderdeel 2.1 niet tot cassatie zal leiden en vaststaat dat de termijn eindigde op 24 december 2018 te 24.00 uur. Het onderdeel richt klachten tegen rov. 5.5 t/m 5.10, waarin het hof gemotiveerd heeft geoordeeld dat Werknemer niet-ontvankelijk is in zijn verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet omdat het verzoekschrift buiten de daarvoor geldende termijn is in-

gewijs, art. 7:686a BW, C3; Kroon & De Casparis, *Flexibele arbeidsrelaties*, nr. 1.6.9. Zie voor een andere opvatting: de annotatie van A. van Zanten-Baris bij de *Botobe*-beschikking in *JAR* 2019/17.

21 Zie o.a. J.C.A. Ettema in zijn noot onder de *Botobe*-beschikking in *JIN* 2019/59.

22 De Hoge Raad citeert in deze rechtsoverwegingen uit *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3 (MvT), p. 37-38 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, C, p. 116.

23 Zie voor een overzicht van de verzoeken waarop de vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 BW betrekking hebben: D.M.A. Bij de Vaate, 'Verjaring- en vervaltermijnen in het arbeidsrecht', in: D.F.H. Stein, V. Tweehuysen & S.E. Bartels (red.), *Verjaring, Onderneming en Recht*, nr. 120, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 366-368.

gediend. Vanwege het slagen van onderdeel 2.1, behoeven de klachten van onderdeel 2.2 geen behandeling meer. Ik zal deze klachten daarom ook niet afzonderlijk bespreken.

4.2. *Onderdeel 2.2* stelt in de kern een kwestie aan de orde die voor de rechtspraak van belang is. Dat is de vraag hoe het ontvangsttijdstip van een per fax ingediend processtuk moet worden vastgesteld na de overstap van de rechtspraak op een digitaal faxstelsel (*Faxination*). Gelet op het praktische belang van het antwoord op deze vraag, zal ik deze vraag bespreken.

4.3. De Hoge Raad heeft in de zaak *Staat/K.* van 16 februari 1996 bepaald dat griffies van gerechten het ontvangen van faxen na sluitingstijd mogelijk moeten maken.²⁴ Redengevend hiervoor was dat de op de griffies aanwezige faxapparaten in de regel voldoen aan de voorwaarde dat zij in staat zijn om dag en uur van ontvangst van binnengekomen faxen zelfstandig en precies te registreren. Ook werd hiermee volgens de Hoge Raad het beste voldaan aan de eisen van rechtszekerheid en het niet verkorten van de voor de rechtzoekende ter beschikking staande termijnen. Op grond van dezelfde argumentatie heeft de Hoge Raad de regel geformuleerd dat een per fax verzonden verzoekschrift dat blijkt de zelfstandige registratie bij het gerecht is *begonnen binnen te komen vóór 24.00 uur* op de laatste dag van een termijn geldt als binnen deze termijn ter griffie ingediend. Een tijdelijke regel werd aangenomen voor gerechten die nog niet waren uitgerust met faxapparaten met een zelfstandige en precieze registratie van datum en uur van ontvangst van binnengekomen faxen. Voor die gerechten gold dat een per fax verzonden verzoekschrift dat wordt aangetroffen bij het openen van de griffie op de dag volgende op de laatste dag van de termijn, wordt aangemerkt en behandeld als vóór 24.00 uur van de laatste dag van de termijn te zijn binnengekomen.

4.4. In zijn beschikkingen van 20 maart 1998²⁵ en 14 november 2003²⁶ heeft de Hoge Raad herhaald dat per fax verzonden verzoekschriften die op de

24 HR 16 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1991, NJ 1997/55 m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.2.

25 HR 20 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2611, NJ 1998/548, rov. 3.

26 HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK8555, NJ 2004/537, rov. 3.2.

laatste dag van de termijn vóór 24.00 uur zijn binnengekomen, worden geacht binnen de termijn ter griffie te zijn ingediend.

4.5. Uit de beschikking van 20 maart 1998 volgt ook dat als niet kan worden aangetoond dat een per fax verzonden verzoekschrift is begonnen binnen te komen voor een bepaald tijdstip, een bewijs van verzending van de fax voor het bedoelde tijdstip, aannemelijk kan maken dat het verzoekschrift tijdig is begonnen binnen te komen. Dat doet zich voor als het niet kunnen aantonen van het tijdstip van binnenkomst van de fax, het gevolg is van omstandigheden die niet voor rekening van de verzender behoren te komen.²⁷

“Het in het ‘confirmation report’ vermelde faxnummer is het nummer van de op de civiele griffie van de Hoge Raad aanwezige faxapparatuur. De binnenkomst van de fax is niet door het faxapparaat van de Hoge Raad geregistreerd, hetgeen echter niet kan leiden tot de conclusie dat de fax niet is binnengekomen, aangezien dat apparaat op 29 januari 1997 nog niet op een zodanige registratie was afgesteld. Op grond van voormelde brief van de advocaat van G. en het daarbij gevoegde ‘confirmation report’ neemt de Hoge Raad aan dat de fax de griffie van de Hoge Raad langs elektronische weg op 29 januari 1997 tussen 17.26 en 17.29 uur heeft bereikt, doch vervolgens – door een niet opgehelderde oorzaak – hetzelfde niet is afgedrukt, hetzij na te zijn afgedrukt in het ongerede is geraakt. Nu in elk van deze beide gevallen sprake is van een omstandigheid die niet voor rekening van G. behoort te komen, is de Hoge Raad van oordeel dat het verzoekschrift geacht moet worden op de laatste dag van de termijn vóór 24.00 uur te zijn binnengekomen en derhalve binnen de cassatietermijn ter griffie te zijn ingediend (HR 16 februari 1996, NJ 1997, 55).”

4.6. Bij de herziening van het burgerlijk procesrecht in 2002 is in art. 33 Rv (oud) de jurisprudentie van de Hoge Raad gecodificeerd. Het artikel bepaalde dat stukken die door middel van faxapparatuur vóór 24.00 uur van de laatste dag van een lopende termijn ter griffie zijn ontvangen gelden als binnen de termijn ingediend. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is aan de orde gekomen of, zoals de Hoge Raad eerder had geoordeeld, een per fax verzonden

stuk waarvan de ontvangst voor 24.00 uur van de laatste dag van een termijn is aangevangen maar eerst na 24.00 uur is voltooid, nog als binnen de termijn ingediend moet worden beschouwd. Deze vraag is door de (toenmalige) minister en staatssecretaris van Justitie bevestigend beantwoord.²⁸

4.7. Thans bevat art. 33 Rv, na wijziging als gevolg van de invoering van de Wet afschaffing procureaat en invoering elektronisch berichtenverkeer op 1 september 2008²⁹, een algemene regeling voor de elektronische verzending van berichten.

Blijkens de parlementaire geschiedenis wordt de verzending per fax ook beschouwd als een vorm van elektronisch verkeer en is art. 33 Rv dus ook daarop van toepassing.³⁰ Daarbij is in aanmerking genomen dat er (steeds meer) mengvormen bestaan waarbij fax en computer met elkaar worden gecombineerd en waarbij faxdocumenten geheel papierloos worden verwerkt.³¹

4.8. De regel van art. 33 Rv (oud) voor de ontvangst van faxverkeer is thans geïncorporeerd in het derde lid van art. 33 Rv, dat geldt voor de ontvangst van alle elektronische berichten. Art. 33 lid 3 Rv luidt als volgt:

Als tijdstip waarop een verzoek, mededeling of processtuk door een gerecht elektronisch is ontvangen, geldt het tijdstip waarop het verzoek, mededeling en processtuk een systeem voor gegevensverwerking heeft bereikt waarvoor het gerecht verantwoordelijkheid draagt. Verzendingen die voor 24.00 uur van de laatste dag van een lopende termijn zijn ontvangen, gelden als binnen de termijn ingediend.

28 Zie *Kamerstukken II 1999/00*, 26 855, nr. 5 (nota n.a.v. het verslag), p. 36; *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 186.

29 *Stb.* 2008, 100.

30 De Hoge Raad heeft echter in 2015 bepaald dat de in art. 33 lid 1 Rv neergelegde beperking van het elektronisch verkeer tot gevallen waarin daarin is voorzien in een voor dat gerecht vastgesteld procesreglement, niet geldt voor het faxverkeer en dat daarvoor is blijven gelden de in 2002 in art. 33 Rv gecodificeerde regel dat stukken die door middel van faxapparatuur vóór 24.00 uur van de laatste dag van een lopende termijn ter griffie zijn ontvangen, gelden als binnen de termijn ingediend. Zie HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1078, NJ 2015/209 ([...]/[...]), rov. 3.4.4.

31 *Kamerstukken II 2006/07*, 30 815, nr. 3, p. 13.

27 HR 20 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2611, NJ 1998/548, rov. 3.

4.9. Deze bepaling is in de parlementaire geschiedenis als volgt toegelicht:³²

“In het derde lid wordt aangegeven dat als het tijdstip waarop een verzoek, mededeling of processtuk elektronisch door een gerecht is ontvangen, geldt het tijdstip waarop het verzoek, mededeling of processtuk een systeem van gegevensverwerking heeft bereikt waarvoor het gerecht verantwoordelijkheid draagt. Dit is van belang om te kunnen constateren of het bericht tijdig is ontvangen. Onder een systeem van gegevensverwerking wordt verstaan een systeem voor het genereren, verzenden, ontvangen, opslaan of op andere wijze verwerken van gegevens. Het is hier niet van belang wiens systeem van gegevensverwerking het betreft. Het gaat om de verantwoordelijkheid die voor een systeem wordt gedragen. De verantwoordelijkheid kan zowel de ICT-diensten in eigen beheer als die uitbesteed aan derden omvatten. De Raad van State heeft aandacht gevraagd voor de situatie waarin berichten of stukken bij de zogenoemde eindserver worden opgehouden. Hierover wordt opgemerkt dat ervan uit gegaan kan worden dat de gerechten verantwoordelijkheid dragen voor de eindserver waarvan deze gebruik maken. Het ophouden van berichten of stukken bij de eindserver komt dan niet voor risico van de rechtzoekenden of hun advocaten. Bepaald wordt dat verzendingen die voor 24.00 uur van de laatste dag van een lopende termijn zijn ontvangen, gelden als binnen de termijn ingediend. Voor verzendingen per fax was dit al in artikel 33 Rv opgenomen. *Indien de ontvangst van een fax voor 24.00 uur is aangevangen maar na 24.00 uur wordt voltooid, wordt de gehele fax beschouwd als voor 24.00 uur ontvangen* (HR 16 februari 1996, NJ 1997, 55 en HR 20 maart 1998, NJ 1998, 548). *Dit kan ook voor andere elektronische verzendingen worden aangenomen.* De ontvangst vindt niet eerst plaats als het bericht daadwerkelijk is geopend. Of en wanneer een bericht wordt geopend hoort tot de verantwoordelijkheid van de ontvanger. Dit is voor een brief per gewone post niet anders.” (onderstr. door mij, A-G (gecursiveerd; red.))

4.10. Uit de onderstreepte passage volgt dat men bij de parlementaire behandeling van art. 33 lid 3 Rv ervan uit is gegaan dat de in het arrest *Staat/K.* geformuleerde regel, dat de gehele fax wordt be-

schouwd als binnen de termijn ingediend indien de ontvangst van een fax vóór 24.00 uur van de laatste dag van de termijn is aangevangen en na 24.00 uur is voltooid, ook geldt onder het nieuwe recht voor de ontvangst van faxberichten en alle andere elektronisch berichten.

4.11. De Hoge Raad heeft bepaald dat uit art. 33 lid 3 Rv volgt dat de ontvangst van een bericht op een faxapparaat van de griffie van het gerecht voldoende is om de fax van het bericht als door het gerecht ontvangen aan te merken, nu het gerecht de verantwoordelijkheid voor dat apparaat draagt als bedoeld in die bepaling.³³ Een storing of defect van dat apparaat waardoor het bericht niet wordt uitgedraaid, komt volgens de Hoge Raad niet voor risico van degene die het desbetreffende stuk indient.³⁴ In zijn jurisprudentie neemt de Hoge Raad tot uitgangspunt dat een faxapparaat in de regel beschikt over de mogelijkheid van zelfstandige registratie van het tijdstip van ontvangst. Maar, zoals gezegd (zie hiervoor onder 4.5), indien het faxapparaat op de griffie het tijdstip van ontvangst niet heeft geregistreerd, dan kan het tijdstip van ontvangst ook op andere wijze komen vast te staan, bijvoorbeeld door een ‘confirmation report’ van de verzender (een verzendbevestiging). Deze regel heeft de Hoge Raad in een recent arrest herhaald:³⁵

“3.2.1 Uit art. 33 lid 3 Rv volgt dat de ontvangst van een bericht op een faxapparaat van de griffie van het gerecht voldoende is om de fax van het bericht als door het gerecht ontvangen aan te merken, nu het gerecht de verantwoordelijkheid voor dat apparaat draagt als bedoeld in die bepaling. Een storing of defect van dat apparaat waardoor het bericht niet wordt uitgedraaid, komt niet voor risico van degene die het desbetreffende stuk indient.

3.2.2 Indien een fax niet of niet in goede orde is ontvangen op de griffie, dient te worden nagegaan of dit te wijten is aan een storing of defect van het faxapparaat van de griffie. Indien de apparatuur op de griffie daarover geen uitsluitel biedt, kan de

33 Zie HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:296, NJ 2016/128, rov. 3.3.1; HR 16 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1641, rov. 3.2.1.

34 HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:296, NJ 2016/128, rov. 3.3.1; HR 16 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1641, rov. 3.2.1.

35 HR 16 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1641, rov. 3.2.2.

32 *Kamerstukken II 2006/07*, 30 815, nr. 3, p. 16.

ontvangst van de fax ook langs andere weg voldoende aannemelijk worden gemaakt, bijvoorbeeld door een ‘confirmation report’ van de verzender, dus een verzendbevestiging.”

4.12. Door de strafkamer van de Hoge Raad is de onder 3.2.2 genoemde regel nog verruimd, in die zin dat als ‘rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid’ dat het faxbericht op de griffie is begonnen binnen te komen binnen de termijn (omdat volgens de verzendbevestiging binnen de termijn is begonnen met verzenden), een bericht dat volgens de apparatuur op de griffie buiten de termijn is ontvangen, toch ontvankelijk wordt geacht. Zie HR 5 februari 2019³⁶:

“2.2. In de cassatieschriftuur is aangevoerd dat het cassatieberoep tijdig is ingesteld, aangezien uit het faxbericht van 24 november 2016 kan worden afgeleid dat de fax is begonnen binnen te komen om 16:59 uur en dat de verzending was voltooid om 17:01:39 uur.

2.3. (...) Dit brengt mee dat een per fax verzonden schriftelijke volmacht als bedoeld in art. 450 Sv aan een griffiemedewerker tot het voor de verdachte aanwenden van een rechtsmiddel slechts dan kan worden aangemerkt als binnen de beroepstermijn ingediend, indien deze volmacht ter griffie is begonnen binnen te komen vóór sluiting van de griffie op de laatste dag van deze termijn. (Vgl. HR 4 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:231.)

2.4. Gelet op de hiervoor onder 2.1 weergegeven stukken van het geding [A-G: bedoeld wordt op het faxbericht van 24 november 2016 van de advocaat dat de volgende faxgegevens vermeldt: “24. Nov. 2016 16:59 van Horsen & van Ophoven” en “24/11/2016 17:01:39 (GMT+01:00)”) moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de schriftelijke bijzondere volmacht tot het instellen van het cassatieberoep vóór sluiting van de griffie van het Hof om 17:00 uur op de laatste dag van de cassatietermijn, te weten op 24 november 2016 om 16:59 uur, ter griffie is begonnen binnen te komen. Daarin vindt de Hoge Raad aanleiding de verdachte ontvankelijk te achten in het cassatieberoep.”

4.13. De hierboven weergegeven rechtspraak van de Hoge Raad lijkt toegesneden op de situatie dat een analoge fax binnenkomt op een faxapparaat van de griffie en de start van de ontvangst van de fax door dit apparaat wordt geregistreerd. Sinds

enige jaren wordt binnen de rechtspraak gebruik gemaakt van een digitaal faxstelsel, genaamd *Faxination*, en zijn de rechtbanken en hoven³⁷ op dit systeem overgestapt. Als gevolg van dit nieuwe faxstelsel komen inkomende faxberichten niet meer binnen op een faxapparaat op de griffie, maar worden deze op een faxserver van De Rechtspraak ontvangen en als pdf-bijlage bij een e-mailbericht doorgezonden naar een mailbox van het gerecht waarvoor de fax is bestemd.

4.14. In rov. 5.7 en 5.8 van de beschikking in de onderhavige zaak heeft het hof Arnhem-Leeuwarden (locatie Arnhem) als volgt uiteengezet hoe *Faxination* werkt, en wat dit betekent voor het bepalen van het tijdstip van ontvangst van het verzoekschrift:

“5.7 Het hof heeft, gelet op de op hem rustende verantwoordelijkheid als bedoeld hiervoor onder 5.6, contact gezocht met de ICT-afdeling van de Rechtspraak en het kantongerecht Amersfoort. Daaruit is naar voren gekomen dat er bij het kantongerecht een fax houdende het verzoekschrift van de advocaat van [Werknemer] is binnen gekomen met de tekst:

“24/12/2018 23:59 0203446111 Palthe Oberman pag. 01/15” en daaronder in het groen: “25/12/2018 00:05:33 (GMT+01.00)”.

Het hof heeft dit faxexemplaar bij gelegenheid van de mondelinge behandeling ter hand gesteld aan partijen met de toelichting, verkort weergegeven, dat naar mededeling van de ICT-afdeling IVO de Rechtspraak reeds enige jaren gebruik maakt van een elektronische fax, genaamd *Faxination*, die aldus werkt: een fax komt binnen op een faxserver waarvoor de Rechtspraak de verantwoordelijkheid draagt. Een fax wordt op die faxserver opgeslagen in de vorm van een pdf, als pakketje, en dus niet zoals in het verleden bij een analoge fax pagina voor pagina. Op dit (eerste) moment van binnenkomst in de Rechtspraakomgeving wordt op het document in het groen een ontvangstdatum en -tijdstip geplaatst. Daarna wordt het faxbericht per e-mail doorgestuurd naar het gerecht waarvoor het is bestemd, in dit geval het kantongerecht

37 Op www.rechtspraak.nl is nauwelijks (voor het publiek toegankelijke) informatie te vinden over *Faxination*. Via het intranet van de Rechtspraak heb ik kunnen achterhalen dat gebruik wordt gemaakt van dit faxstelsel door (in ieder geval) Rechtbanken Limburg, Rotterdam, Midden-Nederland, Gelderland, Zeeland-West-Brabant, en Hof Den Bosch.

36 HR 5 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:173.

Amersfoort. Ook als daarmee enige tijd zou zijn gemoeid, heeft dat geen effect op de reeds in het groen geplaatste ontvangstbevestiging. Deze blijft staan op het oorspronkelijke ontvangsttijdstip.

5.8 De toelichting van PontMeyer, bij gelegenheid van de mondelinge behandeling in hoger beroep, dat de vermelding: “24/12/2018 23:59 0203446111 Palthe Oberman pag. 01/15” op de door het hof van het kantongerecht ontvangen brief, geen betrekking heeft op (vermelding door) de Rechtspraakapparatuur maar op de verzending (en vermelding) van de fax door het advocatenkantoor van de advocaat van [appellant], heeft [appellant] niet bestreden en staat daarmee vast. Tegen deze achtergrond en nu uit de door het hof aan partijen getoonde exemplaar, afkomstig van de Rechtspraaksystemen, blijkt dat het verzoekschrift pas op 25 december 2018 om 00:05:33 uur is ontvangen, is het hof mede gelet op het onder 5.5 aangehaalde arrest, van oordeel dat het verzoekschrift niet tijdig, immers uiterlijk op 24 december te 24.00 uur, door het kantongerecht is ontvangen. [Appellant] gebruikte immers een juist faxnummer, er is sprake van een ontvangstlogboek bij het gerecht en het betreffende bericht komt daarin voor. De ontvangst wordt dan geacht te hebben plaatsgevonden op de ontvangstdatum en op het ontvangsttijdstip dat in groen is vermeld. Een verzendbericht met een afwijkend tijdstip biedt hier in beginsel geen soelaas.”

4.15. Uit deze overweging volgt dat het hof ervan uitgaat dat het groene ‘datumstempel’, dat wordt aangebracht op de ontvangen fax, het moment vermeldt waarop het gehele ontvangen document *als pdf-bestand wordt opgeslagen op de faxserver*.³⁸

4.16. In een andere beschikking van 25 februari 2020³⁹ gaat het hof Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden) er echter van uit dat het datumstempel het exacte tijdstip vermeldt waarop het ontvangen beroepschrift als pdf-bestand met een e-mailbericht *wordt ontvangen door de griffie van het betreffende hof*. Zie rov. 4.8-4.12:

“4.8 Voor de beoordeling van de vraag naar de al dan niet tijdige indiening van het beroepschrift is van belang dat De Rechtspraak het faxproces heeft gedigitaliseerd via het systeem Faxination en dat de afzonderlijke gerechten niet meer over eigen (analoge) faxapparaten beschikken. Via Faxination worden faxen digitaal ontvangen (en verstuurd). Een beroepschrift dat per fax wordt ingediend wordt door het (analoge) faxapparaat dan wel (digitale) faxstelsel van de advocaat verzonden naar het faxnummer van het hof waar het beroepschrift moet worden ingediend. Deze fax wordt dan ontvangen door een eigen server (van De Rechtspraak) die deze fax als pdf-bestand door middel van een e-mail naar de griffie van het hof doorzendt waar het beroepschrift wordt ingediend (naar een bepaald e-mail-adres). Dit pdf-bestand wordt voorzien van een (digitaal) groen ‘stempel’ met datum en tijdstip dat door de griffie volgens landelijke afspraak als datum/tijdstip van ontvangst wordt aangehouden.

4.9 Met betrekking tot de elektronische verzending – waaronder ook faxen wordt begrepen – is in artikel 33 lid 3 Rv opgenomen dat als tijdstip waarop een verzoek, mededeling of processtuk door een gerecht elektronisch is ontvangen, geldt het tijdstip waarop het verzoek, mededeling of processtuk een systeem voor gegevensverwerking heeft bereikt waarvoor het gerecht verantwoordelijkheid draagt. Verzendingen die voor 24.00 uur van de laatste dag van een lopende termijn zijn ontvangen, gelden als binnen de termijn ingediend. Daarbij geldt, gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad, dat indien de ontvangst van een fax voor 24.00 uur is aangevangen maar na 24.00 uur wordt voltooid, de gehele fax wordt beschouwd als voor 24.00 uur te zijn ontvangen.

4.10 Voor de vraag of een beroepschrift dat per fax wordt verzonden al dan niet tijdig is ontvangen door het hof, acht het hof doorslaggevend het tijdstip waarop die betreffende fax een systeem voor gegevensverwerking heeft bereikt waarvoor, gezien de gekozen wijze van inrichting van het faxverkeer, De Rechtspraak als tussenpersoon van het gerecht verantwoordelijkheid draagt.

4.11 Naar aanleiding van de hiervoor in rechts-overweging 4.8 geschetste werking van Faxination heeft het hof ambtshalve enig onderzoek gedaan (bij de ICT-afdeling van De Rechtspraak) om duidelijkheid te verkrijgen over de registratie van het moment waarop een inkomende fax op de server van De Rechtspraak wordt ontvangen en

38 In de in cassatie overgelegde procesdossiers bevindt zich niet het originele faxexemplaar met de groene datumstempel dat door het hof ter zitting aan partijen ter hand is gesteld. Ik ga ervan uit dat het datumstempel het rechthoekige kader is, dat is te zien op het inleidend verzoekschrift in het door Werknemer overgelegde A-dossier (nr. 1).

39 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1773, rov. 4.8-4.13.

de betekenis van het eerdergenoemde groene datumstempel in dat kader alsmede naar de tijdsduur die wordt genoemd in de betreffende e-mail. Uit dit onderzoek is het hof gebleken dat genoemd datumstempel de weergave is van datum en tijdstip van de ontvangst van het (gehele) beroepschrift als pdf-bestand op het e-mailadres van de griffie. Deze datum en tijd zijn de Juiste Tijd (gerelateerd aan de exacte tijd van een atoomklok). Het onderzoek heeft geen concrete informatie opgeleverd over het moment van ontvangst van het beroepschrift op de server van De Rechtspraak of over de betekenis van de tijdsduur die wordt vermeld in de e-mail die de griffie ontvangt. Het is dan ook onduidelijk gebleven welke twee momenten worden gemeten.

4.12 Uit het ambtshalve verrichte onderzoek blijkt dat met het datumstempel enkel gegeven is het exacte tijdstip waarop het ontvangen beroepschrift als pdf-bestand met een e-mailbericht wordt ontvangen door de griffie van het betreffende hof. Daarmee is niet ook gegeven het tijdstip waarop (de eerste pagina van) het beroepschrift is ontvangen door een systeem van gegevensbewerking waarvoor De Rechtspraak verantwoordelijk is. Gezien de geringe tijdsoverschrijding volgens dat datumstempel (elf seconden), de mededeling van de advocaat van de vrouw over het tijdstip van verzending (donderdagavond 5 september 2019 rond 23.45 uur), de omvang van het beroepschrift met bijlagen (34 pagina's) en de in het e-mailbericht aan het hof genoemde tijdsduur van ruim 800 seconden, acht het hof het aannemelijk dat in ieder geval de eerste pagina van het beroepschrift van de vrouw op 5 september 2019 voor 24:00 uur moet zijn ontvangen door een systeem van gegevensbewerking waarvoor De Rechtspraak verantwoordelijk is."

4.17. Uit bovengenoemde beschikkingen van het Hof Arnhem-Leeuwarden blijkt niet eenduidig welk moment in het ontvangstproces wordt weergegeven op het groene datumstempel. In de eerste beschikking is immers vermeld dat het gaat om het moment waarop het faxbericht als pdf-bestand is opgeslagen en in de tweede beschikking wordt genoemd het moment waarop het faxbericht als pdf-bestand met een emailbericht wordt ontvangen door het betreffende gerecht. In beide gevallen gaat het om een tijdstip dat gelegen is *op of na ontvangst van het gehele faxbericht* op het systeem van de Rechtspraak en omzetting daarvan in een pdf-bestand. Daarmee is duidelijk dat

het groene datumstempel niet vermeldt op welk tijdstip het faxbericht 'een systeem voor gegevensverwerking heeft bereikt waarvoor het gerecht verantwoordelijk is' (art. 33 lid 3 Rv). Uit de rechtspraak van de Hoge Raad en de memorie van toelichting bij art. 33 lid 3 Rv blijkt immers dat het hier bedoelde moment het tijdstip is waarop een verzonden faxbericht is 'begonnen binnen te komen' bij de faxserver van de Rechtspraak (zie onder 4.3-4.12).

4.18. De zwarte tekstregel boven het groene datumstempel – in onze zaak: "24/12/2018 23:59 0203446111 Palthe Oberman pag. 01/15" – is gegenereerd door het verzendende faxapparaat. Het hierin vermelde tijdstip kan dus niet bepalend zijn voor de vraag of het faxbericht tijdig is ontvangen door het gerecht. Ook het hof is daarvan uitgegaan in de bestreden beschikking (zie rov. 5.8).

4.19. Het is mij niet bekend of het door de Rechtspraak gekozen digitale faxstelsel de mogelijkheid biedt om het moment te registreren waarop de ontvangst van het faxbericht op de faxserver aanvangt. Ik heb van de IT-afdeling van de Hoge Raad begrepen dat sommige aanbieders van faxsoftware wél die mogelijkheid bieden. Het faxstelsel van de Hoge Raad (KOFAX) zou bijvoorbeeld ook het tijdstip registreren waarop (daadwerkelijk) begonnen wordt met het verzenden van een faxbericht.

4.20. Uit door mij ambtshalve bij een rechtbank ingewonnen informatie blijkt echter dat in het systeem Faxination wel degelijk kan worden vastgesteld wat het moment is waarop de ontvangst van een faxbericht aanvangt ('is begonnen binnen te komen'). Bij de ontvangst van een faxbericht via Faxination krijgt een gerecht in de e-mail niet alleen een bijlage met het pdf-bestand van het (met een groene datumstempel voorziene) ontvangen faxbericht, maar ook een *faxrapport*. In dit faxrapport is onder meer informatie opgenomen over het aantal pagina's van de ontvangen fax en een (in seconden weergegeven) tijdsduur.

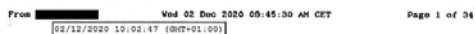
4.21. Als voorbeeld volgt hier een (geanonimiseerd) faxrapport zoals dat in de e-mail van een gerecht is binnengekomen:



4.22. In het desbetreffende faxrapport is vermeld dat 34 pagina's zijn ontvangen en dat daarmee een tijdsduur was gemoeid van 1036 seconden (omgerekend ongeveer 17 minuten).

4.23. Opvallend is de lange periode die gemoeid is met het 'binnenkomen' van het bericht (17 minuten voor 34 pagina's, hetgeen neerkomt op een halve minuut per pagina). Uit informatie van de IT-afdeling van de Hoge Raad heb ik begrepen dat de snelheid van ontvangst afhangt van de omvang van het faxbericht, de kwaliteit van de dataverbinding en de performance van de verzendende en ontvangende apparatuur. Verder is uit de inlichtingen die ik van een rechtbank heb gekregen naar voren gekomen dat het systeem Faxination notoir traag is als het gaat om het creëren (en openen) van pdf-bestanden.

4.24. Op de eerste pagina van het bij bovenstaand e-mail behorende pdf-bestand van het ontvangen faxbericht staat in een rechthoekig kader '02/12/2020 10:02:47 (GMT+01:00)'. Dit is het 'groene vak', dat na printen echter blauw is geworden. Boven dit rechthoekige vak met datumstempel is een zwarte regel te zien met de volgende tekst: 'From [faxnummer, A-G] Wed 02 Dec 2020 09:45:30 AM CET Page 1 of 34'. Zie onderstaande afbeelding:



4.25. Het blauwe (aanvankelijk op scherm groene) rechthoekige kader bevat het door Faxination aangebrachte datumstempel. Het in de daarboven geplaatste zwarte regel opgenomen tijdstip is het verzendtijdstip afkomstig van het verzendende faxapparaat. Het tijdsverschil tussen het in de zwarte regel vermelde tijdstip en het in de datumstempel vermelde tijdstip bedraagt ongeveer 17 minuten. Het tijdsverschil komt derhalve overeen met de in het faxrapport genoemde tijdsduur (1036 seconden).

4.26. De in het faxrapport genoemde tijdsduur duidt dus aan hoelang de fax erover heeft gedaan om in zijn geheel binnen te komen op de faxserver van de Rechtspraak en te worden omgezet in een pdf-bestand. Dit betekent dat aan de hand daarvan kan worden teruggerekend op welk moment de ontvangst van het faxbericht is aangevangen, namelijk door de in het faxrapport genoemde tijdsduur af te trekken van het tijdstip vermeld in het door Faxination aangebrachte datumstempel. Het op deze wijze berekende aanvangstijdstip komt het dichtst in de in de buurt van het in art. 33 lid 3 Rv bedoelde tijdstip waarop een verzoek, mededeling of processtuk 'een systeem voor gegevensverwerking heeft bereikt waarvoor het gerecht verantwoordelijkheid draagt.' Dit tijdstip zou naar mijn mening dan ook doorslaggevend moeten zijn.

4.27. Hoewel het berekende aanvangsmoment van de ontvangst van de fax in het voorbeeld ongeveer overeenkomt met het in de zwarte regel vermelde verzendtijdstip, kan niet in alle gevallen worden uitgegaan van het laatstgenoemde tijdstip als het moment waarop de ontvangst van de fax is aangevangen. Volgens informatie van de IT-afdeling van de Hoge Raad is het (om uiteenlopende redenen) mogelijk dat de door de verzendende faxapparaat aan het faxbericht meegegeven verzendtijdstip afwijkt van de Juiste Tijd (de accurate tijd volgens de atoomklok). Het heeft daarom de voorkeur om het aanvangstijdstip van de ontvangst van het faxbericht te relateren aan de tijdsinstelling op de faxserver, die – naar ik begriip – wel altijd synchroon loopt met de Juiste Tijd.

4.28. Als het moment van binnenkomst van het faxbericht wordt bepaald op de hiervoor voorgestelde wijze (de in het faxrapport vermelde tijdsduur aftrekken van het tijdstip dat is vermeld in het groene datumstempel), is het van cruciaal belang dat het faxrapport beschikbaar is. Uit de door mij ingewonnen informatie is naar voren gekomen dat het geen standaardprocedure is dat dit faxrapport naar partijen wordt verzonden (in de onderhavige zaak is dat kennelijk ook niet gebeurd). Ook is het geen standaardprocedure dat het faxrapport in het griffiedossier wordt bewaard of door het gerecht digitaal wordt gearchiveerd. Het lijkt mij aan te bevelen dat dit wél gebeurt. Overigens heb ik ook begrepen dat als de verzender van een faxbericht zelf óók gebruik maakt van een digitaal faxstelsel, hij wel een 'delivery re-

port' uit het systeem ontvangt. Daarin is ook opgenomen welke tijdsduur gemoeid was met het verzenden van het faxbericht (uitgedrukt in seconden). Ik heb niet kunnen achterhalen of de in het 'delivery report' genoemde tijdsduur overeenstemt met de tijdsduur genoemd in het faxrapport dat door het gerecht wordt ontvangen.

4.29. Als niet (meer) kan worden vastgesteld wat het aanvangstijdstip van de ontvangst van de fax is geweest (omdat het faxrapport niet beschikbaar is) moet naar mijn mening gebruik worden gemaakt van 'het vangnet' van de onder 4.5, 4.11 en 4.12 aangehaalde rechtspraak: als niet is vast te stellen wanneer een faxbericht het systeem heeft bereikt, kan de tijdige ontvangst van het faxbericht langs andere weg aannemelijk worden gemaakt, bijvoorbeeld met een verzendrapport.

4.30. Ten slotte is nog op te merken dat binnen de Rechtspraak waarschijnlijk niet heel lang meer gewerkt gaat worden met Faxination. Gestreefd wordt naar het verzenden van stukken per beveiligde mail. Als dat is gerealiseerd, zal het hiervoor geschetste probleem zich naar verwachting niet meer voordoen.

4.31. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat ook onderdeel 2.2 slaagt. Het onderdeel klaagt terecht dat het hof heeft miskend dat óók na overstap van de Rechtspraak op Faxination het op grond van art. 33 lid 3 Rv relevante ontvangstmoment het tijdstip is waarop een verzonden faxbericht is 'begonnen binnen te komen' en niet het tijdstip waarop de fax als geheel is ontvangen.

5. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van de bestreden beschikking en verwijzing.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de beschikking in de zaken 7431360 AE VERZ 18-123 M/30364 en 7431227 AE VERZ 18-22 M/30364 van de kantonrechter te Amersfoort van 17 april 2019;

b. de beschikking in de zaak 200.262.792 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 11 december 2019.

(...)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. Deze uitspraak gaat over de vraag of de werknemer het verzoekschrift tot vernietiging van het aan hem gegeven ontslag op staande voet, heeft ingediend binnen de vervalttermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW.

2.2. In cassatie kan van het volgende worden ingegaan.

(i) De werknemer is in 2007 in dienst getreden van PontMeyer.

(ii) PontMeyer heeft de werknemer op 26 oktober 2018 op staande voet ontslagen.

2.3. De werknemer heeft bij per fax ingediend verzoekschrift (hierna: het verzoekschrift) de kantonrechter verzocht om – voor zover in cassatie van belang – het ontslag op staande voet te vernietigen. De rechtbank heeft het faxbericht in de nacht van 24 op 25 december 2018 ontvangen op een tijdstip rond middernacht.

PontMeyer heeft zich onder meer op het standpunt gesteld dat de werknemer in het verzoek niet-ontvankelijk is, omdat dit is ingediend na de termijn van twee maanden van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW.

2.4. De kantonrechter heeft geoordeeld dat de werknemer ontvankelijk is in het verzoek. Daartoe heeft de kantonrechter, samengevat, overwogen dat het verzoekschrift vóór 25 december 2018, dus uiterlijk op 24 december 2018 om 24.00 uur, door de rechtbank moest zijn ontvangen en dat niet is komen vast te staan dat deze termijn is overschreden.

De kantonrechter heeft verder geoordeeld dat PontMeyer een dringende reden had om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen. De kantonrechter heeft daarom het verzoek afgewezen.

2.5. Het hof⁴⁰ heeft de werknemer niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek omdat het buiten de daarvoor geldende termijn is ingediend. Het heeft daartoe, voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

Uit art. 7:686a lid 3 in verbinding met lid 4, aanhef en onder a, BW volgt dat het verzoekschrift binnen twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, moest worden ingediend. Tussen partijen is niet in geschil dat de termijn eindigde op 24 december 2018 om 24.00 uur.

40 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10662.

De werknemer heeft aangevoerd dat hij het verzoekschrift blijkens de faxbevestiging van het kantoor van zijn raadsman op 24 december 2018 om 23.59 uur heeft verzonden. (rov. 5.4)

Uit het door het hof aan partijen getoonde exemplaar van het bij de Rechtspraak binnengekomen faxbericht blijkt dat het verzoekschrift pas op 25 december 2018 om 00:05:33 uur door de rechtbank is ontvangen. Mede gelet op het arrest van de Hoge Raad van 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:296 is het verzoekschrift dus niet tijdig, immers uiterlijk op 24 december om 24.00 uur, door de rechtbank ontvangen. (rov. 5.7 en 5.8)

De werknemer heeft niet aangetoond dat de eerste pagina van het verzoekschrift voor middernacht is ontvangen. (rov. 5.9).

3. Beoordeling van het middel

3.1. Onderdeel 2.1 van het middel klaagt onder meer dat het hof ten onrechte heeft nagelaten om ambtshalve vast te stellen wanneer de termijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW in dit geval eindigt en of het verzoekschrift tijdig is ingediend. Het onderdeel betoogt dat de termijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW niet eindigde op 24 december 2018 om 24.00 uur, maar op 26 december 2018 om 24.00 uur (twee maanden na 26 oktober 2018, de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd door het gegeven ontslag op staande voet).

Nu het verzoekschrift is ingediend voor 26 december 2018 om 24.00 uur, had het hof de werknemer ontvankelijk moeten verklaren, aldus het onderdeel.

3.2.1. Ingevolge art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW vervalt – voor zover thans relevant – de bevoegdheid om bij de kantonrechter een verzoekschrift tot vernietiging van een ontslag op staande voet in te dienen, twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Deze vervaltermijn strekt ertoe de periode van onzekerheid over het al dan niet voortduren van de arbeidsovereenkomst, over het mogelijke herstel daarvan of over het verschuldigd zijn en de hoogte van een vergoeding zo kort mogelijk te houden.⁴¹ Hij strekt niet ter bescherming van zodanig zwaarwichtige belangen dat hij ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden

van het geval ambtshalve door de rechter toegepast zou moeten worden.⁴²

Indien op deze wettelijke termijn een beroep wordt gedaan en vaststaat op welke datum de termijn is aangevangen, is het aan de rechter om vast te stellen wanneer de termijn afloopt. Het moment waarop een wettelijke termijn afloopt staat niet ter vrije bepaling van partijen.

In dit geval heeft PontMeyer een beroep op de termijn gedaan.

3.2.2. De termijn waarbinnen het verzoekschrift ingevolge art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW moet worden ingediend, begint op de eerste dag na de laatste dag van het dienstverband (hierna: de laatste werkdag) en loopt af aan het einde van de met de laatste werkdag overeenstemmende dag twee maanden later. De termijn eindigt daarmee in beginsel steeds aan het einde van de dag met hetzelfde nummer als dat van de laatste werkdag, tenzij de maand waarin de termijn afloopt niet een dag met hetzelfde nummer kent omdat zij korter is, in welk geval de termijn eindigt aan het einde van de laatste dag van die maand, een en ander afgezien van de werking van de Algemene termijnenwet.⁴³

3.2.3. Ten tijde van het indienen van het verzoekschrift in de onderhavige zaak was, ingevolge het bepaalde in art. 7A:2031 (oud) BW, de Algemene termijnenwet niet van toepassing op de termijnen genoemd in titel 10 van Boek 7 BW, en dus ook niet op de termijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW.

Indien de Algemene termijnenwet niet van toepassing is op een termijn, dan wordt deze termijn niet verlengd indien de laatste dag daarvan op een zaterdag, zondag of een algemeen erkende feestdag valt. Dit heeft evenwel niet tot gevolg dat indien de termijn op een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag eindigt, de termijn wordt verkort tot de daaraan voorafgaande dag die niet zo'n dag is. Uit de wetsgeschiedenis van de Verzamelwet SZW 2019⁴⁴ dient niet iets anders te worden afgeleid (vgl. de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.14).

41 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 37-38.

42 Vgl. ten aanzien van de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4, aanhef en onder b, BW: HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2305, rov. 3.8.2.

43 Vgl. HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:188, rov. 3.2.5.

44 Kamerstukken II 2017/18, 34977, nr. 7, p. 13.

3.2.4. In cassatie staat vast dat de arbeidsovereenkomst op 26 oktober 2018 is geëindigd. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.2.1-3.2.3 is overwogen, betekent dit dat de termijn voor het indienen van het verzoekschrift afliep op 26 december 2018 aan het einde van de dag.

Nu vaststaat dat de rechtbank het verzoekschrift voor 26 december 2018 heeft ontvangen, is onjuist het oordeel van het hof dat de werknemer het verzoekschrift buiten de daarvoor geldende termijn heeft ingediend, en dat hij daarom in zijn verzoek niet-ontvankelijk is.

3.2.5. De hiervoor in 3.1 weergegeven klachten slagen dus.

3.3. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt de beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 11 december 2019;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt PontMeyer in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de werknemer begroot op € 412,07 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris.

NOOT

De Hoge Raad laat zich in deze uitspraak voor de tweede keer dit jaar uit over de vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 BW. Eerder dit jaar maakte de Hoge Raad duidelijk hoe het einde van de vervaltermijn moet worden berekend indien deze eindigt twee of drie maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Zonder dit met zoveel woorden te benoemen, sloot de Hoge Raad in die uitspraak, en wederom in de hier besproken uitspraak, aan bij de wijze waarop wordt berekend wanneer een rechtsmiddelen-termijn verstrijkt (HR 1 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2225). De termijn eindigt in beginsel steeds aan het einde van de dag met hetzelfde nummer als dat van de laatste werkdag, afgezien van de werking van de Algemene termijnenwet. De enige uitzondering hierop is het geval dat de maand waarin de termijn afloopt, niet een dag met hetzelfde nummer kent omdat zij korter is, in welk geval de termijn eindigt aan het einde van de laatste dag van de maand (HR

5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:188, «JAR» 2021/70, m.nt. Dop). Een werknemer wiens arbeidsovereenkomst aldus eindigt op 30 november zal uiterlijk op 28 februari, dan wel 29 februari in een schrikkeljaar, een verzoekschrift ter verkrijging van een transitievergoeding ingediend moeten hebben.

In deze zaak eindigde de arbeidsovereenkomst op 26 oktober 2018 doordat de werkgever de werknemer op die dag op staande voet had ontslagen. Het verzoekschrift tot vernietiging van die opzegging kwam kennelijk binnen bij de griffie van de rechtbank rond middernacht van 24 op 25 december 2018. De werkgever betoogde vervolgens dat het verzoek te laat was ingediend (omdat het verzoekschrift pas op 25 december zou zijn ingediend). De kantonrechter verklaarde de werknemer ontvankelijk omdat, volgens de kantonrechter, het verzoekschrift nog wel op 24 december per fax was binnengekomen. De kantonrechter oordeelde echter dat het ontslag op staande voet terecht was, waarop de werknemer in hoger beroep ging. Bij het hof rees opnieuw de vraag of het verzoekschrift tijdig was ingediend. Het hof deed onderzoek naar het moment waarop de fax zou zijn binnengekomen bij de griffie, stelde vast dat dat om 00:05:33 uur 25 december was en dat tussen partijen niet in geschil was dat daarvan uitgaande het verzoekschrift te laat was ingediend. De werknemer werd alsnog niet ontvankelijk verklaard.

De Hoge Raad heeft dit oordeel vernietigd. In december 2018 had de Hoge Raad al in een overweging ten overvloede geoordeeld dat de vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 BW niet strekken ter bescherming van zodanig zwaarwichtige belangen dat hij ongeacht het partijdebat of de bijzondere omstandigheden van het geval ambtshalve door de rechter toegepast zou moeten worden (HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2305, «JAR» 2019/17, m.nt. Van Zanten-Baris). Er dient dus een beroep op de vervaltermijn te worden gedaan, wil de rechter deze mogen toepassen. Wanneer echter een beroep op deze wettelijke vervaltermijnen is gedaan – zo leert de Hoge Raad ons in deze uitspraak – moet de rechter wel ambtshalve *op juiste wijze* vaststellen wanneer de vervaltermijn verstrijkt. In deze zaak stond tussen partijen vast dat de arbeidsovereenkomst op 26 oktober 2018 was geëindigd, zodat het hof ambtshalve had moeten vaststellen dat het verzoekschrift op tijd was ingediend omdat de ter-

mijn op 26 december 2018 (tweede kerstdag) verstreek. Sinds 1 januari 2019 is op de vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 BW ook de Algemene termijnenwet van toepassing. Dit betekent dat een termijn die verstrijkt op bijvoorbeeld tweede kerstdag, tweede paasdag, Hemelvaartsdag of tweede pinksterdag wordt verlengd tot de eerstvolgende werkdag. De Hoge Raad verduidelijkt voor de goede orde dat het niet van toepassing zijn van de Algemene termijnenwet er niet toe leidt dat de termijn wordt verkort.

Bijzonder lezenswaardig is nog de conclusie van A-G De Bock voor deze uitspraak. Daarin behandelt zij in paragraaf 4 uitgebreid het geschilpunt waar het voor de werknemer bij het hof verkeerd ging: op welk tijdstip precies was de fax met het verzoekschrift door de griffie van het kantongerecht ontvangen? Op grond van vaste jurisprudentie van de Hoge Raad geldt dat bij indiening per fax het processtuk op tijd is zolang deze is begonnen binnen te komen uiterlijk om 23.59 uur van de dag waarop de termijn verstrijkt; in dat geval geldt het gehele processtuk als tijdig ingediend (HR 16 februari 1996,

ECLI:NL:HR:1996:ZC1991, NJ 1997/55, m.nt. Snijders). Blijkens de conclusie heeft A-G De Bock onderzoek gedaan naar verschillende faxsystemen die binnen de Rechtspraak worden gebruikt en op welke wijze daarin wel of juist niet wordt geregistreerd wanneer precies een faxbericht begint binnen te komen. Kennelijk gebruiken de rechtbanken en hoven sinds enkele jaren een digitaal faxstelsel genaamd *Faxination*, waarbij binnenkomende faxberichten worden ontvangen op een faxserver van de Rechtspraak, en als pdf-bijlage bij een e-mailbericht doorgezonden worden naar een mailbox van het gerecht waarvoor de fax is bestemd. De A-G heeft uitgezocht dat het ook binnen het systeem van *Faxination* kennelijk mogelijk is – met behulp van een faxrapport – te bepalen wanneer een faxbericht ‘is begonnen binnen te komen’. Voor zover dat faxrapport echter niet te achterhalen is, concludeert de A-G in lijn met recent bevestigde jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 16 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2020:1641) dat tijdige ontvangst ook langs andere weg aannemelijk kan worden gemaakt, bijvoorbeeld met het verzendrapport van de advocaat. Hoewel de A-G afsluit met de opmerking dat De Rechtspraak waarschijnlijk niet heel lang meer met *Faxination* zal werken (de A-G signaleert dat het systeem ken-

nelijk notoir traag is) omdat gestreefd wordt naar het verzenden van stukken per beveiligde mail, is het de vraag wanneer deze digitalisering (wel) zal zijn doorgevoerd. Tot die tijd blijft het raadzaam om de faxbevestiging goed te bewaren indien op de laatste dag van de termijn (in de laatste minuten) per fax een processtuk wordt ingediend.

mr. N.T. Dempsey
advocaat bij Houthoff te Amsterdam

159

Voor ontbinding op de e-grond is niet vereist dat dit een laatste redmiddel is

Hoge Raad
28 mei 2021, nr. 20/01630,
ECLI:NL:HR:2021:781
(mr. Streefkerk, mr. Tanja-van den Broek,
mr. Kroeze, mr. Sieburgh, mr. Ter Heide)
(Concl. A-G Hartlief)

Ontbinding op e-grond. Laatste redmiddel. Kenbaarheid gedragsregels.

[BW art. 7:669 lid 3 sub e BW]

De werknemer, in dienst als algemeen directeur, is op 22 september 2016 ontslagen als statutair bestuurder en als werknemer. De werknemer heeft vernietiging van het ontslag verzocht en heeft aangevoerd dat hij geen statutair bestuurder was. De kantonrechter heeft bij tussenbeschikking overwogen dat de werknemer als statutair bestuurder moet worden aangemerkt en heeft de zaak verwezen naar de rechtbank. Het tegenverzoek van de werkgever tot voorwaardelijke ontbinding is toegewezen per 1 april 2017 zonder toekenning van een billijke vergoeding aan de werknemer. In hoger beroep heeft het hof geoordeeld dat de kantonrechter ten onrechte tot ontbinding is overgegaan en dat de arbeidsovereenkomst hersteld moet worden. Deze beslissing is door de Hoge Raad vernietigd omdat de mondelinge behandeling ten onrechte niet had plaatsgevonden voor de drie raadsheren die de beslissing zouden nemen en omdat het hof niet inzichtelijk had gemaakt waarom de arbeidsovereenkomst niet met terugwerkende kracht was hersteld. Na