

JIN 2017/173

□ JIN 2017/173, Rechtbank Amsterdam, 04-07-2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4989, EA VERZ 17-241 (annotatie)

Transitievergoeding, Vervaltermijn

GEGEVENS

Instantie	Kantonrechter Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	04-07-2017
Publicatie	JIN 2017/173 (Sdu Jurisprudentie in Nederland), aflevering 9, 2017
Annotator	J.C.A. Ettema
ECLI	ECLI:NL:RBAMS:2017:4989
Zaaknummer	EA VERZ 17-241
Overige publicaties	ECLI:NL:RBAMS:2017:4989 AR-Updates.nl 2017-0879 AR 2017/3717 AR 2017/6116
Rechtsgebied	Arbeidsrecht
Rubriek	Arbeidsrecht
Rechters	mr. Ulrici
Partijen	[verzoeker], wonende te [plaats], verzoeker, nader te noemen: [verzoeker], gemachtigde: Stichting Rechtswinkel Bijlmermeer, tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Inepro B.V., gevestigd te Nieuw-Vennep, verweerder, nader te noemen: Inepro, gemachtigde: mr. R.P.M. Janse van Mantgem.
Regelgeving	BW Boek 7 - 673 BW Boek 7 - 686a

SAMENVATTING

Werknemer niet-ontvankelijk in verzoek tot toekenning transitievergoeding wegens verstrijken vervaltermijn. Toepassing vervaltermijn niet in strijd met redelijkheid en billijkheid of art. 6 EVRM. Goed werkgeverschap niet van toepassing.

In de tussenbeschikking van 24 mei 2017 op het verzoek van werknemer om een transitievergoeding te ontvangen, is geconstateerd dat de arbeidsovereenkomst van werknemer is geëindigd op 14 december 2016. Gezien de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4 onderdeel b BW, zou derhalve de laatste dag om een verzoekschrift in te dienen 14 maart 2017 zijn. Het verzoekschrift is buiten de vervaltermijn door de kantonrechter ontvangen op 15 maart 2017. Bij tussenbeschikking van 24 mei 2017 zijn partijen in de gelegenheid gesteld zich hierover uit te laten. Vaststaat dat Inepro, zoals is overwogen in de tussenbeschikking, aan het einde van het dienstverband de transitievergoeding aan werknemer had moeten betalen, nu hij exact twee jaar in dienst is geweest.

Uitgangspunt is dat overschrijding van de vervaltermijn ertoe leidt dat de bevoegdheid om een verzoekschrift bij de kantonrechter in te dienen vervalt. Werknemer stelt dat toepassing van de vervaltermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In dat kader moet getoetst worden of sprake is van klemmende redenen waardoor werknemer niet binnen de termijn een verzoek heeft ingediend of kon indienen. Daarbij moet worden opgemerkt dat, zeker bij een vervaltermijn, terughoudendheid op zijn plaats is. Ter onderbouwing van zijn standpunt stelt werknemer slechts dat Inepro heeft aangestuurd op het verstrijken van de vervaltermijn omdat zij hem tot 9 maart 2017 aan het lijntje heeft gehouden, waardoor werknemer feitelijk maar vijf dagen heeft gehad om een verzoekschrift in te dienen, en dat Inepro werknemer niet heeft gewaarschuwd voor de vervaltermijn. Uitsluitend het verstrijken van tijd en het niet wijzen op de vervaltermijn maakt nog niet dat sprake is van klemmende redenen waardoor werknemer het verzoek niet heeft ingediend of niet kon indienen. De door werknemer aangedragen omstandigheden zijn niet demate uitzonderlijk dat toepassing van de vervaltermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarnaast is de kantonrechter van oordeel dat de specifieke regeling van art. 7:686a BW jo. 7:673 BW niet kan worden aangevuld met de generieke toets van goed werkgeverschap. Voor wat betreft het beroep van werknemer op art. 6 EVRM wordt als volgt geoordeeld. Van een situatie zoals door werknemer geschetst, namelijk dat hij geen of onvoldoende toegang tot de rechter heeft gehad, is geenszins sprake. Werknemer is gedurende drie maanden in de gelegenheid geweest om zich tot de kantonrechter te wenden. Van omstandigheden waaruit zou blijken dat hij daartoe niet in staat is geweest, is niet gebleken. Het beroep op art. 6 EVRM slaagt derhalve niet. Werknemer wordt niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek.

UITSpraak

Rechtbank:

Verder verloop van de procedure

Op 24 mei 2017 is een tussensbeslissing geweest. Ter uitvoering van die tussensbeslissing heeft eerst [verzoeker] en vervolgens Inepro zich per akte uitgelaten.

Beslissing is bepaald op heden.

Gronden van de beslissing

1. In de tussensbeslissing van 24 mei 2017 op het verzoek van [verzoeker] om een transitievergoeding te ontvangen, is geconstateerd dat de arbeidsovereenkomst van [verzoeker] is geëindigd op 14 december 2016. Gezien de vervalt termijn van artikel 7:686a lid 4 sub b BW, zou derhalve de laatste dag om een verzoekschrift in te dienen 14 maart 2017 zijn. Het verzoekschrift is buiten de vervalt termijn door de kantonrechter ontvangen op 15 maart 2017. Bij tussensbeslissing van 24 mei 2017 zijn partijen in de gelegenheid gesteld zich hierover uit te laten.
 2. [verzoeker] stelt zich in zijn akte op het standpunt dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om in onderhavige situatie de vervalt termijn toe te passen. [verzoeker] verwijst daarbij onder meer naar een uitspraak van de Hoge Raad van 22 juni 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BW:5695). [verzoeker] is in dat kader ook van mening dat Inepro niet als goed werkgever en dus in strijd met artikel 7:611 BW heeft gehandeld. Voorts stelt [verzoeker] dat de vervalt termijn ook schending van artikel 6 EVRM oplevert.
 3. [verzoeker] verzoekt voorts om in geval van niet-ontvankelijkheid te bepalen dat ieder der partijen zijn eigen proceskosten draagt, nu Inepro zich niet eerder heeft verweerd tegen de niet-ontvankelijkheid.
 4. Inepro meent dat het de verantwoordelijkheid van [verzoeker] is om zorg te dragen voor tijdige indiening van een verzoekschrift. Het verzoekschrift is te laat ingediend terwijl [verzoeker] daar voldoende tijd voor heeft gehad. Inepro meent dat [verzoeker] een onaanvaardbaar risico heeft genomen door het verzoekschrift op 14 maart 2017 per post aan de Rechtbank toe te sturen in plaats van het af te (laten) geven, welk risico voor rekening van [verzoeker] hoort te komen.
 5. Vaststaat dat Inepro, zoals is overwogen in de tussensbeslissing, aan het einde van het dienstverband de transitievergoeding aan [verzoeker] had moeten betalen, nu hij exact 2 jaar in dienst is geweest.
 6. Voorts staat ook vast dat het verzoekschrift buiten de vervalt termijn door de Rechtbank is ontvangen. In het navolgende moet derhalve worden ingegaan op de vraag of de vervalt termijn onder bijzondere omstandigheden terzijde kan worden geschoven en of daar in onderhavige zaak aanleiding voor is.
 7. Uitgangspunt is dat overschrijding van de vervalt termijn ertoe leidt dat de bevoegdheid om een verzoekschrift bij de kantonrechter in te dienen vervalt. [verzoeker] stelt dat toepassing van de vervalt termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In dat kader moet getoetst worden of sprake is van klemmende redenen waardoor [verzoeker] niet binnen de termijn een verzoek heeft ingediend of kon indienen. Daarbij moet worden opgemerkt dat, zeker bij een vervalt termijn, terughoudendheid op zijn plaats is.
 8. Ter onderbouwing van zijn standpunt stelt [verzoeker] slechts dat Inepro heeft aangestuurd op het verstrijken van de vervalt termijn omdat zij hem tot 9 maart 2017 aan het lijntje heeft gehouden, waardoor [verzoeker] feitelijk maar 5 dagen heeft gehad om een verzoekschrift in te dienen, en dat Inepro [verzoeker] niet heeft gewaarschuwd voor de vervalt termijn. Uitsluitend het verstrijken van tijd en het niet wijzen op de vervalt termijn maakt nog niet dat sprake is van klemmende redenen waardoor [verzoeker] het verzoek niet heeft ingediend of niet kon indienen is. De door [verzoeker] aangedragen omstandigheden zijn niet dermate uitzonderlijk dat toepassing van de vervalt termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.
 9. Daarnaast is de kantonrechter van oordeel dat de specifieke regeling van artikel 7:686a BW jo 7:673 BW niet kan worden aangevuld met de generieke toets van goed-werkgeverschap.
 10. Voor wat betreft het beroep van [verzoeker] op artikel 6 EVRM wordt als volgt geoordeeld. Van een situatie zoals door [verzoeker] geschetst, namelijk dat hij geen of onvoldoende toegang tot de rechter heeft gehad, is geenszins sprake. [verzoeker] is gedurende 3 maanden in de gelegenheid geweest om zich tot de kantonrechter te wenden. Van omstandigheden waaruit zou blijken dat hij daartoe niet in staat is geweest, is niet gebleken. Het beroep op artikel 6 EVRM slaagt derhalve niet.
- Het verzoek moet, gezien al het voorgaande, met toepassing van artikel 7:686a lid 4, onderdeel b, BW niet-ontvankelijk worden verklaard, omdat het niet is ontvangen binnen drie maanden na de dag waarop de waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd.

Er zijn termen de proceskosten te compenseren in die zin dat ieder der partijen de eigen proceskosten draagt.

Beslissing

De kantonrechter:

verklaart werknemer in zijn verzoek niet-ontvankelijk ;

compenseert de proceskosten tussen partijen, in die zin dat partijen ieder hun eigen proceskosten dragen;

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Dat korte uitspraken ook zeer ‘annotabel’ kunnen zijn, bewijst deze beschikking van de Kantonrechter Amsterdam. Deze beschikking past in een reeks van uitspraken waaruit volgt dat strikt, soms letterlijk op de tweede precisie,¹ de hand wordt gehouden aan de vervalt termijnen zoals omschreven in art. 7:686a lid 4 BW. Het verzoekschrift van de werknemer was daags na het verstrijken van de vervalt termijn van drie maanden verbonden aan de bevoegdheid tot het indienen van een verzoekschrift tot verkrijging van de transitievergoeding ex art. 7:673 BW door de griffie per post ontvangen. De werknemer trachtte vervolgens aan de ‘vervalbijl’ van art. 7:686a lid 4 sub b BW te ontsnappen door primair te stellen dat het beroep van de werkgever op deze vervalt termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Subsidiair stelde de werknemer dat toepassing van de vervalt termijn hem de toegang tot de rechter zou ontzeggen, hetgeen een inbreuk op art. 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM²) zou zijn. De kantonrechter heeft in deze eindbeslissing beide verweren van de werknemer evenwel verworpen en hem niet-ontvankelijk verklaard.

Nu uit de jurisprudentie volgt dat de kantonrechters de vervalt termijnen van art. 7:686a lid 4 BW strikt toepassen, rijst de vraag of de twee wezenlijke verweren die de werknemer in deze zaak heeft aangevoerd überhaupt wel steekhoudend kunnen zijn. In het hiernavolgende zal eerst kort worden ingegaan op de toetsing aan de

vervaltermijn en vervolgens komen respectievelijk het beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid en het beroep op het in art. 6 EVRM verankerde recht van toegang tot de rechter aan de orde. Ofschoon een annotatie als deze te weinig ruimte biedt voor een rechtsvergelijkende verhandeling zal desalniettemin, vanwege de Europeesrechtelijke dimensie die aan deze zaak is verbonden, een klein doorkijkje, via 'een muizengaatje', worden gegeven naar het Duitse arbeidsrecht. Aangezien het fundament van iedere uitspraak wordt gevormd door het feitencomplex zullen de feiten, voor zover deze uit deze eindbeschikking te destilleren zijn, eerst kort de revue passeren.

Feiten

Aangezien het dienstverband precies twee jaar had geduurd, kwalificeerde de werknemer van rechtswege voor de transitievergoeding ex art. 7:673 BW, vier zesde gedeelte van een onbekend maandsalaris, te vermeerderen met ten minste het vakantiegeld, waarschijnlijk een gering belang. In de arbeidsrechtelijke praktijk van alledag is het niet uitzonderlijk dat een (kleine) werkgever in deze omstandigheden niet bereid is uit eigen beweging de transitievergoeding te voldoen en de houding aanneemt van: 'Als je het wilt hebben, kom je het maar halen', in de hoop dat dit te veel kosten en moeite meebrengt voor de werknemer en in de tussentijd de vervaltermijn verstrijkt. Wellicht speelde deze gedachtegang ook bij Inepro een rol, die de werknemer, naar het oordeel van deze laatste, lange tijd aan het lijntje hield, overigens met succes.

Vervaltermijn: ambtshalve toetsing?

Het procesverloop in deze zaak trekt de aandacht. Opmerkelijk is dat de kantonrechter eerst een tussenbeschikking wijst om partijen in de gelegenheid te stellen zich bij akte uit te laten over het feit dat het verzoekschrift één dag na het verstrijken van de vervaltermijn per post is ontvangen. Het uiteindelijke oordeel van de kantonrechter dat de werknemer niet-ontvankelijk is in zijn verzoek is gebaseerd op het (schriftelijke) partijdebat en niet op een ambtshalve toetsing aan de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4 sub b BW. Deze aanpak van de Kantonrechter Amsterdam wijkt af van het algemene beeld in de jurisprudentie dat kantonrechters ambtshalve toetsen aan de vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 BW.³

Ambtshalve toetsing aan vervaltermijnen behoort niet per definitie plaats te vinden, maar is afhankelijk van het antwoord op de vraag aan welk belang deze vervaltermijn is verbonden, aan een algemeen belang of aan een partijbelang. Indien de vervaltermijn is verbonden aan een algemeen belang en derhalve van openbare orde is, dient de rechter ambtshalve te toetsen. Ambtshalve toetsing dient echter achterwege te blijven indien de vervaltermijn is verbonden aan een partijbelang, waarvan bij een vermogensrechtelijke (rechts)vordering, zoals onderhavige, sprake is.⁴

In het achterwege blijven van de ambtshalve toetsing door de Kantonrechter Amsterdam ligt het oordeel besloten dat de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4 sub b BW is verbonden aan een partijbelang en derhalve niet van openbare orde is. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:686a lid 4 BW volgt dat het doel van de korte vervaltermijnen uitsluitend is om de periode van onzekerheid bij de betrokken partijen zo kort mogelijk te houden.⁵ Een typisch partijbelang dunkt mij.⁶ In het licht van jurisprudentie, parlementaire geschiedenis, WWZ en literatuur waarnaar in noot 3 tot en met 6 wordt verwezen, meen ik dat de processuele benadering van de Kantonrechter Amsterdam zonder meer juist is en bovenal navolging verdient.

Derogerende werking redelijkheid en billijkheid

Ter afwering van het vervalverweer van Inepro beroept werknemer zich op het arrest *ABN AMRO/Y* van de Hoge Raad van 22 juni 2012,⁷ waaruit volgt dat een beroep op de vervaltermijn van zes maanden verbonden aan de bevoegdheid tot het intropen van de vernietiging van een opzegging zonder voorafgaande toestemming van het UWV,⁸ naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Teneinde dit opmerkelijke arrest van de Hoge Raad goed te kunnen duiden, is het onontbeerlijk om kort de onderliggende feiten van deze zaak te schetsen.

Bij de uitvoering van zijn werkzaamheden openbaarden zich bij de betrokken werknemer symptomen van schizofrenie, die zich uitten in wonderlijk gedrag. Na een vakantie keerde de werknemer niet terug. Een zuster van de werknemer had dit ABN AMRO telefonisch bericht. Nadat werknemer alsnog niet op het werk verscheen na daartoe via een per koerier bezorgde brief te zijn opgeroepen, is hij vervolgens op staande voet ontslagen. Werknemer is rond die periode opgenomen in een psychiatrische inrichting en deed pas na het verstrijken van de vervaltermijn van zes maanden een beroep op de vernietiging van de opzegging omdat een dringende reden naar zijn oordeel ontbrak. In eerste instantie ving de werknemer bot. Het Hof Amsterdam oordeelde echter dat het beroep van ABN AMRO op de vervaltermijn van zes maanden van art. 9 BBA in deze specifieke omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.

Na eerst aan de hand van de parlementaire geschiedenis van boek 6 te hebben vastgesteld dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ook een bepaling van dwingend recht ter zijde kan stellen, overweegt de Hoge Raad in r.o. 4.2.1.: "*Daarbij verdient wel opmerking dat reeds in het algemeen de rechter terughoudendheid past bij de beoordeling van het beroep op de redelijkheid en billijkheid en dat de omstandigheid dat het gaat om een regel van dwingend recht, meebrengt dat voor honorering van een zodanig beroep nog minder ruimte bestaat dan bij de toepassing van artikel 6:248 lid 2 in het algemeen al het geval is, en dat de motivering van een dergelijk oordeel aan hoge eisen moet voldoen (vgl. bijvoorbeeld Hoge Raad 27 oktober 1995, LJN ZC 1859, NJ 1996/254)*".

Dubbele terughoudendheid is een rechter derhalve geboden als hij een dwingendrechtelijke bepaling toetst aan art. 6:248 lid 2 BW. De Hoge Raad stelt vervolgens vast dat het Hof Amsterdam van deze grote terughoudendheid blijk heeft gegeven en dat zijn oordeel "*alleszins begrijpelijk en gemotiveerd*" is (zie r.o. 4.2.3.).

De Hoge Raad stelt eveneens vast dat het Hof Amsterdam een beduidend andere toets heeft aangelegd dan de toetsing van een verstreken verjaringstermijn ex art. 3:310 lid 1 en lid 2 BW aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid zoals geformuleerd in het arrest van de Hoge Raad *Van Hese/De Schelde*⁹ (zie r.o. 4.2.4.). Tot slot kwalificeert de Hoge Raad de cassatieklacht, dat het hof heeft miskend dat een beroep van de werkgever op de vervaltermijn van art. 9 lid 3 BBA slechts dan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn indien de omstandigheden die het de werknemer onmogelijk maakten om zich tijdig op de vernietigingsgrond te beroepen aan de werkgever zijn toe te rekenen, als een onjuiste rechtsopvatting (zie r.o. 4.2.5.).

De werknemer stelt dat het aan Inepro zou zijn toe te rekenen dat zij hem aan het lijntje heeft gehouden en hem bovendien niet heeft gewezen op het bestaan van de vervaltermijn van drie maanden.

De kantonrechter geeft in r.o. 7 aan dat terughoudendheid, zeker bij een vervaltermijn, op zijn plaats is. De feiten en omstandigheden die de werknemer heeft aangedragen en die naar zijn oordeel bij toetsing aan art. 248 lid 2 BW zijn toe te rekenen aan Inepro acht de kantonrechter echter niet dermate uitzonderlijk dat de vervaltermijn van drie maanden met een beroep op art. 6:248 lid 2 BW terzijde kan worden gesteld. Tegen de achtergrond van voornoemd arrest van de Hoge Raad van 22 juni 2012 komt dit oordeel van de kantonrechter zonder meer als juist voor.

Toegang tot de rechter

Giessen bestempelt het beginsel van toegang tot de rechter als misschien wel het meest wezenlijke van alle beginselen van het procesrecht, omdat alle andere beginselen van een eerlijk proces zonder toegang tot de rechter nooit daadwerkelijk afdwingbaar zijn.¹⁰ Vanwege het elementaire belang van dit beginsel is het opmerkelijk dat het niet expliciet is vastgelegd in onze nationale wetgeving zoals de Grondwet of het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, maar evenmin in het EVRM (art. 6). Het recht van toegang tot de rechter wordt veelal achteraf 'ingelesen' in reeds bestaande rechtsnormen.¹¹

Het meest pregnante voorbeeld van dit 'inlezen achteraf' is de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) te Straatsburg in de zaak *Golder/VK*,¹² dat Harris c.s. omschrijven als: "One of the most creative steps taken by the European Court in its interpretation of any article of the convention..."¹³.

Dit inlezen achteraf motiveerde het EHRM in r.o. 3.5 als volgt: "It would be inconceivable that article 6 should describe in detail the procedural guarantees (...) and not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees that is access to a Court."

In zijn *Golder*-arrest heeft het EHRM geoordeeld dat "The right to access, that is the right to institute proceedings before Courts in civil matters", slechts één aspect is van het in art. 6 EVRM verankerde "right to a Court". Dat dit geen loze constatering van het EHRM is geweest, blijkt uit de reeks van arresten over het beginsel van toegang tot de rechter die na het *Golder*-arrest door het EHRM zijn geweest.

In zijn arrest *Airey/Ierland*¹⁴ heeft het EHRM geoordeeld dat het recht van toegang tot de rechter niet alleen theoretisch dient te zijn, maar dat sprake moet zijn van "practical and effective rights". Mevrouw Airey wenste ontheven te worden van haar verplichting naar Iers recht, tot samenwonen met haar echtgenoot, die haar overigens had verlaten. Aangezien mevrouw Airey geen advocaat kon betalen en in Ierland toentertijd geen gefinancierde rechtshulp voor dit soort zaken bestond, klaagde zij, met succes, bij het Hof dat de toegang tot de rechter ontoereikend was. Met zijn uitspraken in de *Golder*- en *Airey*-zaak heeft het EHRM een zeer ruime uitleg gegeven aan het beginsel van toegang tot de rechter dat het inleest in art. 6 EVRM. Dit betekent echter niet, zoals het EHRM reeds in de *Golder*-zaak heeft aangegeven, dat het beginsel van toegang tot de rechter een absoluut karakter heeft. De verdragsstaten staan het zonder meer vrij om regels te stellen die toegang tot de rechter ordenen, zoals het heffen van griffierecht, het stellen van eisen aan financiële rechtshulp, maar ook het hanteren van verjaring- en vervaltermijnen.

Het EHRM heeft zich in de zaak *Stubbings c.s./VK*¹⁵ voor het eerst uitgelaten over de verhouding tussen enerzijds verjaringstermijnen en anderzijds het beginsel van toegang tot de rechter. In de zaak *Stubbings c.s.* stelt het EHRM voorop dat de verdragsluitende staten aan het recht van toegang tot de rechter beperkingen mogen verbinden. De verdragsluitende staten komt hierbij beoordelingsruimte toe, "Margin of appreciation". Echter, deze beperkingen mogen er niet toe leiden dat het vorderingsrecht illusoir wordt gemaakt, "impair the very essence of the right". Het EHRM kwam in de zaak *Stubbings c.s.* tot het oordeel dat geen inbreuk was gemaakt op het beginsel van toegang tot de rechter aangezien de verstrekte verjaringstermijn zes jaar had bedragen en omdat *Stubbings c.s.* via een strafrechtelijke weg nog een vergoeding zouden kunnen afdwingen.

In twee andere zaken met betrekking tot verjaringstermijnen, respectievelijk de zaak *Stagno/België*¹⁶ en de zaak *Moor/Zwitserland*,¹⁷ kwam het EHRM echter tot het oordeel dat het beroep op verstrekte verjaringstermijnen een ontoelaatbare inbreuk op de toegang tot de rechter betekende. In de zaak *Moor/Zwitserland* was de absolute verjaringstermijn van tien jaar reeds verstreken op het moment dat bij de heer Moor de diagnose van mesothelioom werd gesteld. Aangezien deze zaak een asbestzaak betrof, heeft deze in Nederland de volle aandacht gekregen, onder andere in het arrest van de Hoge Raad van 24 maart 2017, *X/Maersk*.¹⁸

Een ander wezenlijk aspect van toegang tot de rechter, dat in voornoemde zaken niet speelde, is het door het EHRM in een aantal arresten ontwikkelde leerstuk van het verbod op excessief formalisme. Op grond van een analyse van een aantal arresten van het EHRM definieert Fernhout het begrip excessief formalisme als: "Het interpreteren en toepassen van nationale regelgeving met betrekking tot de toegang tot de rechter op een dergelijke wijze dat het resulteert in een uitgesproken wanverhouding tussen de doelen die nagestreefd worden door die regelgeving en de schade die aangericht wordt door het niet nemen van de materiële beslissing in een (deel van een) zaak."¹⁹

Onmiddellijk aansluitend aan deze definitie geeft Fernhout als voorbeeld het geval wanneer een onbeduidende formele fout zou leiden tot een onherstelbare niet-ontvankelijkverklaring.²⁰ Fernhout stelt vast dat het EHRM geen harde regels geeft voor het verbod van excessief formalisme. Uit de uitspraken die Fernhout heeft geanalyseerd, haalt hij wel een zestal "vuistregels". In deze zaak zijn in het bijzonder *vuistregel 2* en *vuistregel 5* van belang. *Vuistregel 2* houdt in dat: "Een strikte toepassing van ontvankelijkheidsregels is toegestaan, indien lagere rechters de zaak al behandeld hebben en de fout is begaan door de partij of zijn gemachtigde".²¹ *Vuistregel 5* bepaalt dat: "De rechter moet er alles aan doen om te voorkomen dat procespartijen het slachtoffer worden van de door hun gemachtigde gemaakte fouten".²²

In deze zaak is naar het zich laat aanzien een fout gemaakt door de gemachtigde van de werknemer, die op de laatste dag van de vervaltermijn, 14 maart 2017, per post het verzoekschrift naar de rechtbank heeft gestuurd. Inepro pepert deze fout bij de gemachtigde van de werknemer in door te stellen dat de gemachtigde hiermee een onaanvaardbaar risico heeft genomen (zie r.o. 4). Verzending per post kost in het meest gunstigste geval één werkdag. Gemachtigde van werknemer had het verzoekschrift kunnen faxen, per koerier of zelfs persoonlijk kunnen (laten) bezorgen ter griffie, een niet al te grote inspanning gelet op de korte afstand tussen de Bijlmermeer en de Parnassusweg. De termijnoverschrijding van feitelijk niet meer dan enige uren kan geduid worden als een onbeduidende formele fout. Het doel van de vervaltermijnen is dat partijen niet al te lang in onzekerheid verkeren, bijvoorbeeld over de vraag of de transitievergoeding moet worden betaald. Uit de beschikking is op te maken dat werknemer en Inepro het laatst op 9 maart 2017 contact hierover hebben gehad. Dat de werknemer aanspraak had op de transitievergoeding, een aanspraak van rechtswege ex art. 7:673 lid 1 BW, stond in deze procedure niet ter discussie. Betrokken werknemer heeft deze zaak nooit ter beoordeling aan een rechter kunnen voorleggen. De rechter had in deze omstandigheden naar mijn oordeel met een beroep op art. 6 EVRM en het leerstuk van excessief formalisme de fout van de gemachtigde kunnen herstellen door de werknemer wel ontvankelijk te verklaren. Uit de eindbeschikking is overigens niet op te maken of werknemer zijn standpunt ten aanzien van art. 6 EVRM uitvoerig heeft onderbouwd en een beroep heeft gedaan op het leerstuk van excessief formalisme.

Wat naar mijn oordeel echter het meest pregnante voorbeeld van excessief formalisme is, is de uitspraak van de Kantonrechter Almere van 31 maart 2016 (zie voetnoot 1). De werknemer werd niet-ontvankelijk verklaard omdat het per fax verzonden verzoekschrift één seconde te laat was ontvangen, een 'plot' dat zelfs de bureaucratische fantasieën van Franz Kafka had overstegen indien hij in het faxtijdperk zou hebben geleefd.

Duits recht²³

Voor een Duitse werknemer die is ontslagen ('gekündigt'), zal de vervaltermijn van twee of drie maanden tot indiening van het verzoekschrift als 'royaal' overkomen. Op grond van § 4 'Kündigungsschutzgesetz' (KSchG) moet een werknemer, die van oordeel is dat "Eine Kündigung Sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist", binnen drie weken na ontvangst van de ontslagbrief een 'Klageschrift' bij het 'Arbeitsgericht' indienen. Naar Nederlandse maatstaven is het een curiositeit dat een opzegging uitsluitend rechtsgeldig is indien een originele handtekening is geplaatst.²⁴ Uit § 623 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) volgt dat een opzegging per fax, sms of e-mail nietig is.

In tegenstelling tot art. 7:686a lid 4 BW kent het 'Kündigungsschutzgesetz' een 'overloopventiel' in de vorm van § 5, waarin een regeling is opgenomen ten aanzien van het alsnog toelaten van "verspäteter Klagen". De werknemer dient wel een deugdelijke en bovenal onderbouwde grond te hebben en dient het 'Klageschrift' binnen twee weken na de opheffing van de verhindering in te dienen. In § 5 lid 2 'Kündigungsschutzgesetz' is een bijzondere regeling voor zwangere vrouwen opgenomen. Uit het

derde lid volgt dat deze herstelmogelijkheid na het verstrijken van een termijn van zes maanden, aansluitend op de gemiste termijn van drie weken, definitief voorbij is²⁵.

J.C.A. Ettema, Weijers Ettema Advocaten

VOETNOTEN

- 1 Kantonrechter, Rechtbank Midden-Nederland, zittingsplaats Almere, 31 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1803/«JAR» 2016/101, m.nt. mr. M.T. Dempsey.
- 2 Verdrag van 4 november 1950, *Trb.* 1951, 154, laatstelijk gewijzigd 11 mei 1994, *Trb.* 1994, 165. Dit verdrag is gesloten in het kader van de Raad van Europa en a 47 leden van de Raad hebben dit verdrag geratificeerd, waaronder bijvoorbeeld Rusland en Turkije.
- 3 Zie bijvoorbeeld: Kantonrechter Rotterdam 8 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1752/*AR Updates* 2016-0344; Kantonrechter Zwolle 15 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2920/*AR Updates* 2016-0836; Kantonrechter Maastricht 25 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:7412/*AR Updates* 2016-0960.
- 4 Hoge Raad 1 november 1974, *NJ* 1975/343 (*Venema/Glas*); Hoge Raad 20 januari 2006, *NJ* 2006/80 (*Robinson/Molenaar v.o.f.*); H.K. Köster, 'Naar een betere afbakening tussen vervaltermijn en termijnen van bevrijdende verjaring', *WPNR* 62/4701; R.P.J.L. Tjittes, 'De klacht- en onderzoekplicht bij ondeugdelijke prestaties', *RMThemis* 2007, nr. 1; J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring*, Deventer: Kluwer 2008, p. 337 e.v. en Asser/Hartkamp en Sieburgh, 6-II, 2013/434.
- 5 *Kamerstukken II* 2013/14, 33838, 3, p. 37-38.
- 6 Van Slooten c.s. zijn daarentegen van oordeel dat uit deze parlementaire geschiedenis juist zou blijken dat sprake is van een algemeen belang. Zie: J.M. van Slooter Zaal & J.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw Ontslagrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 2.5.1.8.
- 7 Hoge Raad 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5695, «JAR» 2012/189, m.nt. mr. drs. A.M. Helstone, «JBPR» 2013-10, m.nt. mr. J. Mencke.
- 8 Zie art. 6 jo. art. 9 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945.
- 9 Hoge Raad 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, *NJ* 2000/430.
- 10 *Asser procesrecht/Giessen 1* 2015/150.
- 11 *Asser procesrecht/Giessen 1* 2015/151.
- 12 EHRM 21 februari 1975 *NJ* 1975/462.
- 13 Harris, O'Boyle & Warwick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 398.
- 14 EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980/376, m.nt. Alkema.
- 15 EHRM 22 oktober 1996, *NJ* 1997/449.
- 16 EHRM 7 juli 2009, nr. 1062/07, *NJB* 2009/1607.
- 17 EHRM 11 maart 2014, «JAR» 2014/17.
- 18 Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494.
- 19 F.J. Fernhout 'Formele regels in het civiel procesrecht en "access to justice". Een analyse van de jurisprudentie van het EHRM op het op art. 6 EVRM gebaseerd begrip "excessief formalisme"', *Praktisch procederen* 2008-3, p. 59-64.
- 20 F.J. Fernhout, *t.a.p.*, p. 61.
- 21 Fernhout destilleert deze vuistregel uit de volgende uitspraken: EHRM 23 oktober 1996, *Levages Prestations Services/Frankrijk*, 21920/93, *NJ* 1998/343; EHRM 19 december 1997, *Brualla Gomez de la Torre/Spanje*, 26737/95 en EHRM 19 februari 1998, *Edificaciones March Gallego/Spanje*, 28028/95.
- 22 Fernhout destilleert deze vuistregel uit: EHRM 20 april 2004, *Bulena/Tsjechië*, 57567/00, «EHRC» 2004, 53; EHRM 28 juni 2005, *Zednik/Tsjechië*, 74328/01, «EHRC» 2005, 94 en EHRM 26 juli 2007, *Walchli/Frankrijk*, 35787/03.
- 23 Het 'rechtsvergelijkende onderzoek' heeft zich beperkt tot het raadplegen van Duitse wetteksten en de 'Schaub', de Duitse evenknie van de *Arbeidsrechtelijke Themata*. Bij de inontvangstname van het eerste exemplaar van de *Arbeidsrechtelijke Themata* in 2015 vergeleek Zondag met zoveel woorden de Themata met de Schaub (G. Schaub c.s., *Arbeitsrechts-Handbuch, Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, München 2015: Verlag C.H. Beck.
- 24 § 623 Bürgerliches Gesetzbuch: „Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform, die elektronische Form ist ausgeschlossen”.
- 25 Zie uitvoerig G. Schaub c.s., *t.a.p.*, p. 1600, e.v.