

ANNOTATIE

Afschaffing van het appelverbod ex art. 7:685 BW: the (never-)ending story?

A.R. Houweling

1. Tegen een ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW staat in beginsel geen hoger beroep of cassatie open, behoudens een succesvol beroep op een van de drie zogenoemde doorbrekingsgronden (zie hieromtrent o.a. HR 4 april 1986, *NJ* 1986, 549 (Franssen/Safe Sun)). Dit appelverbod stamt reeds uit 1907. De toenmalige wetgever achtte het ontbreken van hoger beroep en cassatie gerechtvaardigd, daar ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex art. 1639w (oud) BW was gericht op een vaststelling van een billijke regeling en geen beslechting van een rechtsstrijd inhield waarbij een spoedige procedure (en uitkomst) gewenst was (A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, deel 4, Den Haag: Belinfante 1909, p. 260-261). Van dit aanvankelijk extrajudiciële karakter is allang geen sprake meer. De ontbindingsprocedure is tot een volwaardig alternatieve ontslagroute in ons duale ontslagstelsel geworden, waarin wel degelijk een rechtsstrijd tussen partijen wordt gevoerd. Desondanks heeft de wetgever tot op heden het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW gehandhaafd (zie uitvoerig over deze materie B.D. Hengstmengel : A.C. Mahabiersing, *Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens 'verzuim van essentiële vormen'*, *TAP* 2009-6, p. 229-237). De hier te bespreken uitspraak van het Hof Den Haag roept opnieuw de vraag op of dit appelverbod nog wel van deze tijd is.

2. Een werknemster was vanaf 1990 in dienst van Transavia. Vanaf 1998 tot 2008 is zij lid van de ondernemingsraad van Transavia geweest. Vanaf 1 januari 2008 is zij bestuurslid van de Vakbond van Nederlands Cabinepersoneel. Op 21 januari 2009 is de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbonden onder toekenning van een vergoeding van € 40.000 aan de werknemster. Tegen dit oordeel keert de werknemster zich in hoger beroep. Volgens haar is sprake van schending van fundamentele rechtsbeginselen, zodat van een eerlijke en onpartijdige procedure geen sprake meer kan zijn. Zij onderbouwt dit met de stelling dat de bijzondere ontslagbescherming van ondernemingsraadsleden (het opzegverbod ex art. 7:670 lid 4 jo. 7:670a BW) te gemakkelijk door de kantonrechter in een ontbindingsprocedure terzijde kan worden gesteld, omdat hij op zeer summiere en niet

verifieerbare gronden kan oordelen dat geen sprake is van het litigieuze opzegverbod. Het appelverbod, in combinatie met de uitsluiting van de reguliere regels van bewijsrecht, maakt - aldus de werkneemster - dat voor (voormalig) ondernemingsraadsleden sprake is van schending van art. 6 EVRM. *In casu* acht de werkneemster het in het bijzonder kwalijk dat de schriftelijke verklaring van een oud-voorzitter van de ondernemingsraad (waaruit zou blijken dat het ontbindingsverzoek verband hield met een opzegverbod) op 'een vervelende manier terzijde is geschoven'. 3. In een uiterst fraai gedocumenteerde en gemotiveerde beschikking verwerpt het Hof Den Haag uiteindelijk het beroep van de werkneemster. Het hof motiveert dat als volgt. Allereerst merkt het hof op dat de ontbindingsrechter aan de hand van een relatief summier onderzoek een billijkheidsoordeel moet geven (discretionaire bevoegdheid van de kantonrechter). De gewone regels van het bewijsrecht zijn in de 685-procedure niet van toepassing. Zich bewust van de kritiek in de literatuur hieromtrent, merkt het hof vervolgens op dat het aan de wetgever en niet aan de rechter is om - zoals de werkneemster bepleitte - in alle gevallen hoger beroep toe te staan van een ontbindingsbeschikking waarbij summierlijk, deels op discretionaire wegingen, is geoordeeld dat het verzoek géén verband houdt met een opzegverbod. Art. 6 EVRM voorziet voorts niet in een algemeen recht op hoger beroep. Wel kan de materiële inhoud van art. 6 EVRM meebrengen dat moet worden geoordeeld dat geen sprake is geweest van een *fair trial* in eerste aanleg, waardoor een tweede rechter alsnog naar deze zaak zou moeten kijken. Het hof overweegt echter dat geen sprake is van schending van hoor en wederhoor en dat - anders dan de werkneemster kennelijk meent - evenmin sprake is van schending van 'equality of arms'. De kantonrechter heeft de schriftelijke verklaring van de oud-voorzitter terzijde mogen schuiven, omdat hij (de oud-voorzitter) reeds voor het ontstaan van het arbeidsconflict Transavia had verlaten en de werkneemster verder geen (concreet) bewijsaanbod heeft gedaan (zie hieromtrent ook M. Kuijer : S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *Sociaal Recht*, 2001-2, p. 50-57). De overige grieven van de werkneemster hadden betrekken op de veronachtzaming van de opzegverboden door de kantonrechter. Dergelijke grieven kunnen echter niet leiden tot vernietiging van de bestreden beschikking, aldus - terecht - het hof. 4. Inhoudelijk valt weinig op de beschikking van het hof aan te merken. Het is immers vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de materiële inhoud van de beslissing of de motivering daarvan, geen doorbreking van het appelverbod en vernietiging van de ontbindingsbeschikking realiseren (W.H.A.C.M. Bouwens : R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 448). En dat is nu precies wat de werkneemster wel heeft gedaan. Zij vindt dat de kantonrechter onvoldoende aandacht heeft geschonken aan haar beroep op de reflexwerking van het opzegverbod. Volgens haar zou in dergelijke gevallen een hogere rechter altijd moeten (kunnen) toetsen of van een dergelijk opzegverbod sprake is. Dat leidt *de facto* tot een materiële toetsing of toetsing aan

motiveringsgebreken. Ten aanzien van motiveringsgebreken wordt veelal gewezen op de conclusie van A-G Leijten bij het arrest van 23 juni 1995. Hij stelde voor een onderscheid te maken tussen *niet* en *gebreekt* gemotiveerde beschikkingen. In het eerste geval zou tot verzuim van essentiële vormen moeten leiden. Het tweede geval niet (HR 23 juni 1995, *NJ* 1995, 661; de HR oordeelde overigens dat het ontbreken van motivering in het geheel niet leidt tot doorbreking van het appelverbod). Omdat *in casu* wel degelijk sprake is geweest van motivering, zou ook in de ogen van Leijten de werkneemster in het ongelijk zijn gesteld. In de literatuur is desondanks herhaaldelijk aandacht gevraagd voor het toestaan van hoger beroep bij gebrekkige motivering wegens vermeende schending van art. 6 EVRM (zie M. Kuijer : S.F. Sagel, 2008, en B.D. Hengstmengel : A.C. Mahabiersing, 2009). Zoals opgemerkt, gaat de Hoge Raad (nog) niet zover. 5. Valt op het inhoudelijke oordeel van het Hof Den Haag niets aan te merken, de feitelijke situatie roept wel de nodige vragen op. Hoe kan het opzegverbod ex art. 7:670 lid 4 en lid 5 BW nu effectief werken, indien de rechter in een ontbindingsprocedure op zeer summiere gronden kan oordelen dat het ontbindingsverzoek van de werkgever geen verband houdt met het opzegverbod? Moet een dergelijk oordeel niet toetsbaar zijn in hoger beroep? In ieder geval indien zo'n oordeel niet of slecht is gemotiveerd? Moeten we eigenlijk niet constateren dat de 685-procedure inmiddels zo'n belangrijke hoofdprocedure van het ontslagrecht is geworden, dat oordelen in eerste aanleg vol getoetst moeten kunnen worden door een tweede (of derde) rechter? Ik denk dat thans meer dan ooit reden bestaat om het appelverbod af te schaffen. Daarvoor kan in de eerste plaats worden gewezen op het feit dat ook rechters mensen zijn en fouten kunnen maken. Zeker een kantonrechter die in zeer korte tijd een oordeel moet vellen over een zaak. Eventuele fouten moeten hersteld kunnen worden in appèl. Daarnaast kan gewezen worden op de jurisprudentiële ontwikkelingen inzake de Baijings-leer. Steeds vaker zien we dat werknemers na een teleurstellende ontbindingsprocedure een nieuwe procedure starten op grond van art. 7:611 BW of een andere rechtsgrond. Toegegeven, dergelijke vorderingen mogen niet het karakter van een verkapt hoger beroep dragen (en zullen in dergelijke gevallen ook niet slagen), maar de exclusiviteit van de 685-beschikking wordt er wel door aangetast. Voorts kan worden gewezen op het steeds vaker beroepen op en toepassen van de herroepingsprocedure. Mede vanwege het ruime begrip 'bedrog' ex art. 383 jo. 390 Rv wordt ook langs deze weg de uitkomst van een 685-procedure opnieuw aan een rechter voorgelegd (zie uitvoerig Kantonrechter Zaandam 17-08-2006, *JIN* 2006/475 m.nt. Houweling). Ten slotte kan worden gewezen op de huidige discussie inzake analoge toepassing kantonrechtersformule in kennelijk-onredelijk-ontslagzaken (de zogenoemde Hof Den Haag-formule en XYZ-formule). Indien door ons hoogste rechtscollege binnenkort mocht worden geoordeeld dat analoge toepassing van de formule is toegestaan, dan zal dat als onvermijdelijke consequentie moeten hebben afschaffing van het appelverbod ex art. 7:685 BW. De procedures zijn dan immers zoveel op elkaar gaan lijken, dat er geen

goede gronden meer zijn om hoger beroep en cassatie in de ontbindingsprocedure niet, maar in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure wel toe te staan. Overigens blijkt ook nu al in sommige 685-procedures dat welhaast sprake is van een 'volwaardige' procedure waarin getuigen en contragetuigen worden opgeroepen, de zaak wordt aangehouden en bewijsopdrachten plaatsvinden (zie o.a. AR 2009/860). 6. Tegen afschaffing van het appelverbod pleit dat de huidige 685-procedure op korte termijn in ieder geval zekerheid verschaft omtrent de rechtstoestand van partijen. Dat is niet alleen prettig voor een werkgever, maar ook voor een werknemer. De meeste werknemers hebben noch zin noch de (financiële) capaciteiten om tot aan de Hoge Raad toe te procederen over hun ontslag. Een korte eenvoudige procedure in een aanleg, spreekt dan aan. Als die procedure echter voor een werknemer onrechtvaardig uitpakt, zal er wel behoefte bestaan aan hoger beroep. En in die behoefte - zeker in gevallen waarin de kantonrechter een inhoudelijk onjuist oordeel vormt - wordt momenteel niet voorzien. Het in het verleden geopperde partieel hoger beroep zou dan uitkomst kunnen bieden. Op korte termijn wordt dan in ieder geval definitief uitsluitel gegeven over het al of niet eindigen van de arbeidsovereenkomst. Vervolgens kunnen partijen over de hoogte van de vergoeding dan nog doorprocederen (zie echter ook de argumenten van de wetgever tegen invoering van partieel hoger beroep *Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 3*). Uiteraard is voor invoering van (partieel) hoger beroep politieke wil nodig. Ook op dit punt heeft het Hof Den Haag gelijk dat het niet (zomaar) aan de rechter is om rechtsmiddelen toe te kennen aan justitiabelen. 7. Partieel hoger beroep zou een mooie eerste aanzet zijn tot betere rechtsbescherming van werknemers. Ik zou echter - als ik dan toch een vergezicht mag schetsen - nog veel verder willen gaan. Laten we art. 7:685 BW afschaffen. Dit klinkt tamelijk idioot en onbezonnen, maar ik licht het toe. De wetgever zou daartoe een aantal maatregelen moeten treffen. Allereerst dient (art. 9 van) het BBA te worden afgeschaft. In het model dat ik voor ogen heb, blijft het UWV WERKbedrijf echter deels haar functie behouden en wel op de volgende wijze. Vraagt een werkgever toestemming aan het UWV WERKbedrijf en ontvangt hij deze toestemming ook daadwerkelijk, dan komt de rechter in een 681-procedure slechts een zeer marginale toets toe. De toetsing aan alle omstandigheden van het geval, geldt dan niet. Vraagt een werkgever geen toestemming aan het UWV WERKbedrijf, dan toetst de 681-rechter de zaak in volle omvang. De toestemming van het UWV WERKbedrijf verwordt dan als het ware tot een vermoeden van kennelijke (on)redelijkheid. De wetgever zou dit in art. 7:681a BW kunnen opnemen of in een art., lid van het huidige art. 7:681 BW. De werkgever kan dan zelf kiezen of hij 'op safe speelt' of een gokje waagt met als risico een volle 681-toetsing met schadevergoeding. De vluchtroute naar de ontbindingsprocedure is er voor deze werkgever niet meer bij. Tegenover het wegvallen van de preventieve toetsing, staat dan wel een repressieve toetsing met de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie. Zodoende kan wellicht een nieuwe balans worden gevonden in het huidige ontslagstelsel. Met het vermoeden van

kennelijke onredelijkheid (al dan niet gesteund door een kennelijk-onredelijk-ontslagformule wellicht) wordt tegemoet gekomen aan de ietwat zwakkere positie van de werknemer in een zuiver repressief ontslagstelsel. Maar... dit is slechts een vergezicht van een jonge hond, dat eventjes zijn ogen sluit voor de al ruim 50 jaar durende discussie omtrent afschaffing van de preventieve toets in het arbeidsrecht. Laten we beginnen bij het begin: schaf art. 7:685 lid 11 BW af... the rest will follow!