



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Rechtspleging in arbeidszaken

Erkens, M.Y.H.G.

Citation

Erkens, M. Y. H. G. (2013, April 24). *Rechtspleging in arbeidszaken*. Kluwer, Deventer.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20845>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20845>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/20845> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Erkens, M.Y.H.G. (Yvonne)

Title: Rechtspleging in arbeidszaken

Issue Date: 2013-04-25

7

Procesrecht in arbeidszaken bij de kantonrechter¹

7.1 Inleiding

Aparte kenmerken van arbeidsrechtspraak kunnen mede blijken uit eigen procedure-regels. In dit hoofdstuk staan die procedureregels centraal. De centrale vraag is hoe de criteria voor arbeidsrechtspraak uit hoofdstuk 2 (kunnen) worden vertaald in proces-rechtelijke voorschriften.

In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering gaat de tweede afdeling van de tweede titel van het eerste boek over kantonzaken. In de artikelen 93 tot en met 98 Rv zijn regels over de absolute competentie van de kantonrechter, vrijwillige verschijning bij de kantonrechter en de mogelijkheid van verwijzing naar een meervoudige kamer opgenomen. De overige 'spelregels' voor de arbeidsrechtelijke procedure zijn te vinden in de verschillende arbeidsrechtelijke wetten, in lagere regelingen zoals procesreglementen en in de rechtspraak.

Kan de arbeidsrechter binnen de geldende procedureregels toepassing geven aan het beginsel van ongelijkheidscompensatie? In hoeverre maakt de rechter gebruik van zijn inzicht in en kennis van arbeidsverhoudingen? Voldoet de arbeidsrechtelijke procedure aan de criteria laagdrempeligheid en snelheid? Wat bepalen de procedure-regels uit het burgerlijk procesrecht over de lijdelijkheid van de civiele rechter en in hoeverre neemt de kantonrechter daarin een eigen positie in?

Aan elk criterium voor arbeidsrechtspraak wordt een paragraaf gewijd. Per criterium wordt onderzocht in hoeverre daarvoor binnen de van toepassing zijnde procesregels ruimte aanwezig is.

Aan het einde van het hoofdstuk zal worden vastgesteld in welke mate het huidige (arbeids)procesrecht aan de criteria voldoet en waar ruimte bestaat voor verbetering.

¹ De procedure bij het UWV wordt hier niet behandeld, maar kwam in het licht van specialisatie van rechtspraak aan de orde in paragraaf 6.5.4.

7.2 Ongelijkheidscompensatie

In hoofdstuk 2 is opgemerkt dat bij partijen in een arbeidsrechtelijke procedure op twee niveaus sprake is van ongelijkheid: er is sprake van een *economische ongelijkheid* van partijen en er is sprake van een *ongelijke positie in de procedure*. Met beide ongelijkheden dient de rechter rekening te houden, zowel door zijn houding in de procedure als bij het tot stand komen van zijn eindoordeel.

Slechts in de toelichting bij Aanbeveling 3.4 van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters² wordt met zoveel woorden verwezen naar ongelijkheidscompensatie ‘welke de kern van het arbeidsrecht, in casu het ontslagrecht vormt’ als rechtvaardiging voor de toekenning van een vergoeding aan de werknemer bij een ‘verwijtloos’ werkgeversverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Nu dit uitgangspunt verder niet expliciet wordt genoemd in het materiële arbeidsrecht en evenmin in de regels die de arbeidsrechtelijke procedure betreffen met zoveel woorden is opgenomen, kan men zich afvragen of uit andere gegevens kan worden afgeleid in hoeverre ongelijkheidscompensatie binnen het arbeidsproces een rol speelt. In dit verband springen de regels van het bewijsrecht als eerste in het oog.

Een vordering is gebaseerd op een bepaald feitencomplex en toe- of afwijzing van de vordering hangt in sterke mate samen met het kunnen overtuigen van de rechter dat bepaalde feiten op een bepaalde wijze hebben plaatsgevonden. Bewijs is daarmee in hoge mate bepalend voor de uitkomst van een geding.

De algemene regels voor bewijs zijn te vinden in de negende afdeling van de tweede titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Die regels worden ingevuld door de rechter in zijn beslissing in de zaak en worden aangevuld met bijzondere bewijsregels uit andere wetten.

De rechter kan ook door zijn houding de partij die zich in een zwakkere positie bevindt tegemoetkomen. Dat gebeurt bijvoorbeeld door het geven van extra uitleg omtrent de gang van zaken, door het stellen van gerichte vragen bij een comparitie of door het aanvullen van rechtsgronden. Hier zijn raakvlakken met de relativering van de lijdelijkheid van de rechter. Verwezen wordt naar de paragrafen 7.4.4 en 7.6.2, waar houding en (niet-)lijdelijkheid van de arbeidsrechter aan de orde komen.

7.2.1 Bewijslastverdeling

Voortbordurend op het feit dat voor de uitkomst van een geding de bewijslastverdeling of meer in het bijzonder het bewijsrisico van groot belang is, speelt juist in geschillen over een arbeidsrelatie, waarin partijen niet in gelijke mate toegang

² In werking getreden op 1 januari 2009. In de versie van voor die datum is deze verwijzing ook terug te vinden.

hebben tot bewijsstukken, de verdeling van de bewijslast vaak een doorslaggevende rol.³

In civiele zaken moeten de procespartijen zelf de feiten stellen en zo nodig bewijzen. De civiele rechter kan, anders dan de strafrechter, geen gebruik maken van het voorwerk van een opsporingsapparaat. Hij zal moeten afgaan op hetgeen partijen hebben gesteld en bewezen en op die basis een oordeel vellen.

De civiele rechter moet manoeuvreren tussen de terughoudende opstelling die artikel 24 Rv voorschrijft en een actieve houding, wanneer hij op grond van artikel 25 Rv ambtshalve de rechtsgronden aanvult.

In beginsel rust op de partij die de stelplicht heeft ook de bewijslast en dus draagt deze het bewijsrisico. In de woorden van artikel 150 Rv: de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten, draagt de bewijslast van die feiten, tenzij uit enige bijzondere rechtsregel of de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit. Als de wetgever of de rechter een andere partij bewijs opdraagt dan degene op wie de bewijslast op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv rust, wordt gesproken van omkering van de bewijslast. Hoewel artikel 150 Rv ruimte laat voor uitzonderingen op de hoofdregel, motiveert de Hoge Raad een andere verdeling van de bewijslast zelden met een beroep op de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁴

Voordat partijen aan de bewijsslevering toekomen, kan de rechter in de fase van het stellen en betwisten onder verwijzing naar de artikelen 21 en 22 Rv partijen verplichten de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren dan wel partijen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden die op de zaak betrekking hebben, over te leggen.⁵ Het tot uitgangspunt nemen van de wens tot ongelijkheidscompensatie heeft in de arbeidsrechtelijke rechtspraak herhaaldelijk geleid tot het aannemen van een verzwaarde of aanvullende stel- of motiveringsplicht, al dan niet in combinatie met aanvullende voorwaarden ter bescherming van de werknemer.⁶

3 W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, paragraaf 2.4, nrs 12-16; H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nrs. 199-234.

4 Zie onder meer D.J. Beenders, 'Commentaar artikel 150', in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen, M.V. Polak (red.), *Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2008 en G.R. Rutgers, 'Commentaar art. 150 Rv', in: P. Vlas, T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Burgerlijke Rechtsvordering* (Groene Serie).

5 In artikel 88 Rv is opgenomen dat de rechter een inlichtingencomparitie kan bevelen. Zie over artikel 21 Rv de noot van Snijders bij HR 25 maart 2011, *NJ* 2012/270, *LJN* BV9201 (Hovinga/Timmermans).

6 Een verzwaarde stelplicht van de werkgever werd bijvoorbeeld aangenomen door het Gerechtshof Leeuwarden in een arrest van 7 december 2010, *LJN* BP1129. Ook in de jurisprudentie over arbeidsongevallen komt een verzwaarde stelplicht van de werkgever geregeld voor. Zie uitgebreid C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003; H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

In het materiële arbeidsrecht zijn bewijsrechtelijke regels dan wel aanwijzingen voor de verdeling van de bewijslast te vinden waardoor de processuele positie van de werknemer wordt versterkt. Dat is een vorm van wettelijke ongelijkheidscompensatie, die aan de orde komt in paragraaf 7.2.2. In paragraaf 7.2.3 worden drie voorbeelden gegeven van ongelijkheidscompensatie in de arbeidsrechtelijke jurisprudentie. In paragraaf 7.5.2 wordt ingegaan op de bewijsproblematiek in ontbindingen op grond van artikel 7:685 BW.

7.2.2 Ongelijkheidscompensatie in het materiële arbeidsrecht

1. Bepalingen bevattende *rechtsvermoedens*, de artikelen 7: 610a en b BW.

Artikel 7:610a BW bevat een rechtsvermoeden met betrekking tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst en artikel 7:610b BW geeft een rechtsvermoeden voor de omvang van de arbeid. Beide bepalingen zijn in 1999 in boek 7 titel 10 BW opgenomen bij de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en zekerheid en waren bedoeld om werknemers in flexibele arbeidsrelaties, met name oproepwerk, meer zekerheid te bieden over het bestaan en de omvang van de arbeidsovereenkomst.⁷

Weerlegbare rechtsvermoedens gelden als bijzondere regels van bewijslastverdeling in de zin van artikel 150 Rv.⁸ Slaagt de partij in wiens belang het vermoeden is opgesteld – in dit geval de werknemer – er in de de wet genoemde hulpfeiten voldoende aannemelijk te maken, dan treedt het beoogde rechtsgevolg in werking. De bal ligt vervolgens bij de werkgever: hij kan het vermoeden weerleggen door de juistheid van de gestelde hulpfeiten te ontkrachten of zelfstandige feiten aan te voeren die aan de toepassing van het vermoeden in de weg staan.

2. Bepalingen over *mededelingsplichten*: de artikelen 7:619 BW (bewijsstukken berekening loon) en artikel 7:626 BW (loonspecificatie), 7:655 BW (informatieplicht werkgever) en artikel 7:669 BW (opgave reden van opzegging).

Met wettelijke mededelingsplichten kunnen partijen worden verplicht om specifieke gegevens op schrift te stellen, te bewaren en aan de wederpartij te verstrekken. Dit soort verplichtingen heeft gevolgen voor de bewijspositie van partijen omdat met behulp van schriftelijke stukken gemakkelijker aan een bewijsplicht kan worden voldaan dan zonder.

Binnen een arbeidsrelatie heeft de werkgever meestal gemakkelijker toegang tot bronnen van bewijs dan de werknemer, omdat hij nu eenmaal de werkomgeving beheerst, het personeel aanstuurt en vaak ook derden inschakelt die over gegevens beschikken.. Ter compensatie van die ongelijkheid dient de werkgever op grond van artikel 7:619, 7:626 en 7:655 BW de werknemer schriftelijk te informeren over zijn loon alsmede een schriftelijke opgave te verstrekken over onder meer de functie van de werknemer, de duur van de overeenkomst en de gebruikelijke arbeidsduur per

7 G.J.J. Heerma van Voss, *Wet Flexibiliteit en zekerheid*, Reeks Actualiteiten Sociaal recht, Deventer: Kluwer 1998, blz. 17.

8 Met dien verstande dat de bewijslast en het bewijsrisico bij de werknemer blijven liggen. De wetgever komt de werknemer ten dele tegemoet, zonder dat de bewijslast verlegd wordt naar de werkgever.

week. De verstrekte gegevens leveren voorlopig bewijs op, een vermoeden van juistheid dat door de wederpartij kan worden weerlegd.⁹

In artikel 7:669 BW is de verplichting opgenomen voor de partij die de arbeids-overeenkomst opzegt, de andere partij op haar verzoek schriftelijke opgave van redenen te doen. Artikel 7:669 BW ondersteunt op deze wijze de positie van de werknemer in een ontslagsituatie. Een voorbeeld daarvan is het arrest Staat/Middel.¹⁰ De werknemer – een tandarts – werd ontslagen omdat zijn werk onder de maat was, de werkgever baseerde zich op door een commissie van onderzoek vergaarde gegevens die betrekking hadden op patiënten. De werkgever weigerde de ontslagen werknemer inzage te geven in deze onderzoeksgegevens. De Hoge Raad leidde daaruit af dat de werkgever aldus niet aan de verplichting voldeed om gemotiveerd verweer te voeren.¹¹ Daarmee kwam de kennelijke onredelijkheid van het ontslag vast te staan.

3. Bepalingen die een afwijking van de hoofdregel van bewijslastverdeling impliceren. Met een verzwaarde bewijspositie kan worden beoogd partijen ertoe te bewegen zich aan de achterliggende materieelrechtelijke norm te houden. In geval van overtreding van de norm zal dan immers niet zo gemakkelijk aan aansprakelijkheid kunnen worden ontkomen. Ook kan handhaving van de norm maatschappelijk gezien als zo belangrijk worden beschouwd, dat degene die zich op handhaving van die norm beroept zonder onnodige belemmeringen haar bescherming in rechte moet kunnen invoeren. Dat laatste is het geval bij artikel 7:658 lid 2 BW.¹²

Artikel 7:658 lid 2 BW bepaalt dat de werkgever jegens de werknemer aansprakelijk is voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoont dat hij heeft voldaan aan de in het eerste lid opgenomen zorgplicht.¹³ Het is dus de werkgever die zal moeten aantonen dat hij *niet* tekortgeschoten is in de zorg voor het creëren van een veilige werkomgeving.

Omkering van de bewijslast¹⁴ is de zwaarste ingreep in de bewijslastverdeling. De positie van de partij die de bewijslast naar de wederpartij verschoven ziet, wordt in aanzienlijke mate versterkt. Eén van de redenen om over te gaan tot het omkeren van de bewijslast is het bewerkstelligen van ongelijkheidscompensatie. Omkering van de

9 C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003, blz. 39.

10 HR 7 september 2001, NJ 2001/616, JAR 2001/188, LJN ZC3643.

11 'Laat de werkgever na voldoende aanknopingspunten als hiervoor bedoeld te verschaffen (*gedoeld wordt op de benodigde feitelijke gegevens, YE*), dan staat het de rechter vrij daaraan de slotsom te verbinden dat de werkgever niet voldoende heeft weersproken dat het ontslag kennelijk onredelijk is, zodat (tegen)bewijs niet meer aan de orde komt en aanstonds van de onredelijkheid van het ontslag kan worden uitgegaan.' Zie ook C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003, blz. 235.

12 W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 31.

13 Of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

14 Door Asser "omkering van het bewijsrisico" genoemd, W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 31. Let wel, er is een verschil tussen wettelijke en rechterlijk omkering van de bewijslast en er is een verschil met de situatie dat iets als vooralsnog bewezen geacht wordt behoudens tegenbewijs.

bewijslast kan het evenwicht herstellen wanneer bij de toepassing van de gewone bewijsregels grote onevenwichtigheid zou ontstaan tussen de procespartijen, waardoor de rechtsbescherming voor de partij die het bewijsrisico draagt, wordt gefrustreerd.

Artikel 7:646 lid 1 BW, dat de werkgever verbiedt onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen bij de arbeid, bevat een omkering van de bewijslast. Artikel 7:646 lid 12 BW bepaalt dat de wederpartij van degene die meent dat in zijn nadeel onderscheid wordt gemaakt en die in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient te bewijzen dat *niet* in strijd met dit artikel is gehandeld.

In de wetten aangaande gelijke behandeling – die eveneens de arbeidsrelatie normeren – is ook een omkering van de bewijslast te vinden. De artikelen 6a van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, 10 lid 1 van de Algemene wet gelijke behandeling, 10 lid 1 van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte en 12 lid 1 van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid bepalen alle in gelijke bewoordingen dat degene die meent dat in zijn nadeel onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in de verschillende wetten, in rechte feiten moet aanvoeren die dat onderscheid doen vermoeden, en dat in dat geval *de wederpartij* dient te bewijzen dat *niet* in strijd met de aan de orde zijnde wet is gehandeld.

7.2.3 Ongelijkheidscompensatie in de jurisprudentie

Hierna wordt een drietal voorbeelden besproken, waarin de rechter de werknemer in de fase van het stellen dan wel in de fase van het bewijzen tegemoet komt.¹⁵

1. Beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden

Partijen zijn binnen de grenzen van de wet vrij om te contracteren. Dat betekent dat partijen bij een arbeidsovereenkomst evenals alle contracterende partijen kunnen afspreken dat zij de relatie beëindigen. In principe gelden dan de regels van het algemene verbintenissenrecht. Boek 7 titel 10 BW bevat geen aanvullende regels over de beëindigingsovereenkomst.¹⁶

Hoewel naar de algemene regels over de totstandkoming van overeenkomsten moet worden beoordeeld of een beëindigingsovereenkomst tot stand is gekomen, wordt wel rekening gehouden met de positie van de werknemer. Aan de instemming van de

¹⁵ Voor een uitgebreid onderzoek naar bewijslastverdeling in arbeidszaken zie C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003; W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 19.8 en H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

¹⁶ Zie hierover Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?, Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, hoofdstuk 3.

werknemer met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst worden gezien de daaraan voor de werknemer verbonden gevolgen hoge eisen gesteld.¹⁷ Die gevolgen liggen niet alleen op het materiële, maar ook op het immateriële vlak. De werknemer verliest zijn baan en alles wat daarmee samenhangt – loon, status, een (al dan niet als zinvol beschouwde) dagindeling – en zeer waarschijnlijk ook zijn aanspraak op een werkloosheidsuitkering.¹⁸

De rechtspraak kent tal van voorbeelden van extra bescherming voor de werknemer in situaties van beëindiging,¹⁹ die ik kort samenvat.²⁰

Wanneer de werkgever het initiatief heeft genomen tot de beëindiging, dient hij zich ervan te vergewissen dat de instemming van de werknemer met het beëindigingsvoorstel *duidelijk* en *ondubbelzinnig* is. De bewijslast daarvan rust op de werkgever en er wordt allerminst zomaar aangenomen dat aan deze eisen is voldaan. Voorts rust op de werkgever onder omstandigheden een *onderzoeksplicht* om na te gaan of de werknemer begrijpt waarmee hij instemt. Die onderzoeksplicht drukt zwaarder naarmate de werknemer in kwestie kwetsbaarder is, zoals de buitenlandse werknemer die de Nederlandse taal niet (geheel) machtig is (Hajziani/Van Woerden²¹) of de werknemer die door een ‘overmacht’ aan de zijde van de werkgever voor een fait accompli wordt gesteld (Ritico²²).

Aan de werknemer zal enige bedenktijd moeten worden gegund om op een beëindigingsvoorstel te reageren en de werkgever zal de werknemer onder omstandigheden moeten informeren over de gevolgen die het beëindigen van de arbeidsrelatie heeft. Daar staat tegenover dat de werknemer op zijn beurt niet te lang mag wachten zijn werkgever mee te delen dat hij het met het gestelde einde van de arbeidsovereenkomst niet eens is.²³

17 AG Wissink in zijn conclusie bij Hoge Raad 1 april 2011, RvDW 2011/472, JAR 2011/110, LjN BP2311.

18 Bij de wijziging van de Werkloosheidswet (WW) per 1 oktober 2006 (Stb. 2006, 303) is bij het op *initiatief van de werkgever* beëindigen van de arbeidsovereenkomst de verwijtbaarheid van de daardoor ontstane werkloosheid gekoppeld aan een dringende reden voor ontslag: wordt de overeenkomst beëindigd door de werkgever, dan is dat alleen verwijtbaar in de zin van de WW wanneer aan het ontslag een dringende reden ten grondslag lag. Wanneer de overeenkomst wordt beëindigd op *initiatief van de werknemer* is dat verwijtbaar in de zin van WW, behalve wanneer aan de voortzetting van de arbeidsovereenkomst zodanige bezwaren verbonden zijn, dat voortzetting van de overeenkomst van de werknemer niet kan worden gevegd.

19 Zie onder meer HR 14 januari 1983, NJ 1983/457, LjN AG4523 (Hajziani/Van Woerden), HR 25 maart 1994, NJ 1994/390, JAR 1994/92, LjN ZC1310 (Ritico), HR 15 november 2002, NJ 2003/60, JAR 2002/295, LjN AF0585 (Sietes/Sneek) en HR 19 september 2003, NJ 2005/234, JAR 2003/244, LjN AI0829 (Marks/Schweitzer Ziekenhuis), HR 12 februari 2010, RvDW 2010/297, JAR 2010/71, RAR 2010/52, LjN BK3570.

20 Zie hierover onder meer D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, hoofdstuk 6; G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, hoofdstuk 10-11; C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003, blz. 216-222.

21 HR 14 januari 1983, NJ 1983/457, LjN AG4523.

22 HR 25 maart 1994, NJ 1994/390, JAR 1994/92, LjN ZC1310.

23 HR 12 september 1986, NJ 1987/267, LjN AC2628 (Westhoff/Spronsen), HR 15 april 1988, NJ 1988/951, LjN AC4116 (Ben Amran/Silversteyn).

Al met al zorgen deze aanvullende jurisprudentiële regels ervoor dat het einde met wederzijds goedvinden als beëindigingswijze van de arbeidsovereenkomst zich onderscheidt van de beëindiging van andere privaatrechtelijke overeenkomsten.²⁴ De aanvullingen beschermen de werknemer, die in het merendeel van de gevallen de zwakkere contractspartij is.

2. Onverwijld opzegging wegens een dringende reden

Wanneer er sprake is van een dringende reden, kunnen de werkgever en de werknemer de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang beëindigen zonder inachtneming van de formaliteiten voor ontslag (artikel 7:677 lid 1 BW). Een zogenoemd ontslag op staande voet betekent dat de werknemer per direct zijn baan (en daarmee zijn inkomen) en zijn aanspraak op een werkloosheidsuitkering²⁵ verliest, redenen waarom zorgvuldig met deze vorm van ontslag dient te worden omgegaan.

Op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv zal degene die zich op de dringende reden beroept, deze moeten stellen en zo nodig bewijzen. Dat zal in de meeste gevallen de werkgever zijn, omdat het initiatief voor een opzegging wegens dringende reden in de meeste gevallen bij de werkgever ligt. De werknemer die het daarmee niet eens is en die zich niet neerlegt bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst, kan ermee volstaan te stellen dat een dringende reden ontbreekt en zich wegens het ontbreken van toestemming van het UWV op vernietigbaarheid van de opzegging beroepen.²⁶ Op die grond kan de werknemer doorbetaling van loon vorderen (al dan niet in combinatie met wedertewerkstelling), op voorwaarde dat hij zich beschikbaar houdt de arbeid te verrichten.²⁷

De wettelijke vereisten voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet zijn in de rechtspraak nader in- en aangevuld.²⁸ Dat heeft gezorgd voor extra bescherming van de met ontslag op staande voet bedreigde werknemer.

Zo is voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet vereist dat er sprake is van een dringende reden, die leidt tot onverwijld opzegging onder gelijktijdige mededeling

24 R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en het einde met wederzijds goedvinden', *TRA* 2012/34.

25 Het recht op een werkloosheidsuitkering vervalt indien sprake is van een *verwijtbare* dringende reden. Dat is bij een terecht in stand gelaten onverwijld opzegging meestal het geval, maar er zijn situaties denkbaar waarin ontslag op staande voet mogelijk is terwijl de werknemer geen verwijt treft: HR 29 september 2000, *NJ* 2001/560, *JAR* 2000/223, *LJN* AA7282.

26 Vaste jurisprudentie; zie de uitspraken waarnaar verwezen wordt door H.H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, blz. 208, voetnoot 456.

27 A.M. Luttmer-Kat, 'Commentaar art. 7:678 BW', in: P.F. van der Heijden (Ed.), *Arbeidsovereenkomst (losbladig)*, Deventer: Kluwer, aantekening 11.

28 Zie hierover onder meer D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, paragraaf 6.7; G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, paragraaf 10.9; *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, bewerkt door W.H.A.C. Bouwens en R.A.A. Duk, Deventer: Kluwer 2011, hoofdstuk 29; C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003, blz. 254-261.

van de reden. Sedert het Schoenmaker-arrest²⁹ verlangt de Hoge Raad ook dat de werkgever rekening houdt met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer bij het beoordelen van de ernst van de dringende reden. Daarmee heeft de rechter een stap in de richting van de werknemer gezet: hoewel in principe aan de genoemde voorwaarden is voldaan, kunnen omstandigheden aan de zijde van de werknemer aan de kwalificatie 'dringend' in de weg staan. Wanneer de werknemer zich op persoonlijke omstandigheden beroept, dient hij die te stellen én zo nodig te bewijzen.

3. Kennelijk onredelijke opzegging

Krachtens artikel 7:681 lid 1 BW kan de rechter, indien een van de partijen de arbeidsovereenkomst, al dan niet met inachtneming van de voor de opzegging geldende bepalingen, kennelijk onredelijk opzegt, aan de wederpartij een schadevergoeding toekennen. Lid 2 somt niet-limitatief op in welke situaties van kennelijk onredelijk ontslag sprake kan zijn.

Nu de werknemer meestal de vordering aanhangig maakt, zal hij op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv dienen te stellen en bij betwisting dienen te bewijzen dat het gegeven ontslag kennelijk onredelijk is. Dat geldt ook voor zijn stelling dat de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in verhouding tot het belang van de werkgever en dat daarom een schadevergoeding gerechtvaardigd is. Sedert de Hoge Raad in de arresten Van der Grijp/Stam³⁰ en Rutten/Breed³¹ heeft beslist dat de schadevergoeding van artikel 7:681 BW iets anders is dan de vergoeding naar billijkheid van artikel 7:685 BW en dientengevolge de kantonrechtersformule niet van toepassing kan zijn bij het bepalen van de hoogte van een schadevergoeding wegens kennelijke onredelijkheid, dient die laatste vergoeding op grond van artikel 6:97 BW te worden begroot, geschat of naar billijkheid te worden vastgesteld. Dat brengt met zich dat de werknemer met betrekking tot de schade voldoende moet stellen en zo nodig bewijzen, waarbij de rechter een grote mate van vrijheid heeft om de hoogte van de schadevergoeding te bepalen.³²

De omstandigheden van het geval kunnen leiden tot een andere verdeling van de bewijslast.³³ Een typisch arbeidsrechtelijk voorbeeld is de situatie waarin de werknemer gegevens van de werkgever nodig heeft voor de bewijslevering van de kennelijke onredelijkheid.³⁴ In een dergelijke situatie kan de rechter de werkgever verplichten die gegevens te verstrekken, waardoor het processuele evenwicht wordt

29 HR 12 februari 1999, NJ 1999/643, JAR 1999/102, LJN ZC2849, later herhaald in HR 21 januari 2000, NJ 2000/190, JAR 2000/45, LJN AA4436 (P/Hema).

30 HR 27 november 2009, NJ 2010/493, JAR 2009/305, RAR 2010/15, LJN BJ6596.

31 HR 12 februari 2010, NJ 2010/494, JAR 2010/72, RAR 2010/37, LJN BK4472.

32 De rechter is niet gebonden aan de regels van stelplicht en bewijslast bij een vergoeding in de zin van artikel 6:97 BW, G.J.J. Heerma van Voss e.a., 'Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijke ontslagvergoeding na 12 februari 2010', TRA 2010/47.

33 A.M. Luttmer-Kat, 'Commentaar art. 7:678 BW', in: P.F. van der Heijden (Ed.), *Arbeidsovereenkomst (losbladig)*, Deventer: Kluwer, aantekening 14 en daar genoemde jurisprudentie en literatuur.

34 HR 25 april 1986, NJ 1986/624, LJN AC9328 (Millenaar/Oerlemans). Zie ook HR 10 april 1987, NJ 1988/5, LJN AG5574 (Meuleman/Hagemeijer), HR 12 mei 1989, NJ 1989/596, LJN AC2490, Dolmans/Wouters).

hersteld en de werknemer middelen in handen krijgt voor bewijslevering. Weigert de werkgever die aanknopingspunten te verschaffen, dan kan dat tot het oordeel leiden dat de opzegging kennelijk onredelijk is.³⁵

Al met al heeft de rechter weinig ruimte om de werknemer tegemoet te komen bij een vordering gebaseerd op kennelijk onredelijke opzegging. De rechter heeft enige speelruimte bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding; de werknemer moet dan wel hebben aangetoond dat hij schade heeft geleden en die schade voldoende hebben onderbouwd.

7.2.4 Conclusie

Ongelijkheidscompensatie speelt een rol in arbeidsrechtelijke procedures, enerzijds als gevolg van de in het arbeidsrechtelijke regelkader opgenomen nuanceringen van de algemene regels van bewijsrecht in de vorm van rechtsvermoedens dan wel een wettelijke afwijking van de hoofdregel van bewijslastverdeling, anderzijds door het optreden en de oordelen van de rechter. De rechter in arbeidszaken kan door zijn opstelling in de procedure de processuele ongelijkheid van partijen min of meer compenseren en heeft met name in geschillen over het einde van de arbeidsrelatie aanvullende regels ontwikkeld die de werknemer extra bescherming bieden.

7.3 Inzicht in en kennis van arbeidsverhoudingen

Bij arbeidsrechtelijke geschillen gaat het, afgezien van de juridische component, vaak mede om een afweging van belangen. Daarbij spelen de verhoudingen in de arbeidsomgeving een rol.

Op de aard van de verhouding tussen de *individuele* werkgever en werknemer is hiervoor al gewezen; de afhankelijke positie van de werknemer ten opzichte van zijn economisch onafhankelijke werkgever was de reden om aandacht voor ongelijkheidscompensatie als een van de criteria op te nemen.

De noodzaak van inzicht in en kennis van arbeidsverhoudingen doet zich, meer nog dan op het individuele niveau, gevoelen op het *collectieve* niveau. Bij drie soorten geschillen komt het verschil in positie van werkgevers en werknemers sterk naar voren: geschillen op grond van de Wet op de Ondernemingsraden (hierna WOR, zie paragraaf 7.3.2) en kwesties waarbij de rechter zich moet uitlaten over de rechtmatigheid van collectieve actie dan wel de toegang tot cao-overleg (zie paragraaf 7.3.3).

Kennis van arbeidsverhoudingen hoeft niet van de rechter zelf te komen, maar kan ook in de procedure worden gebracht door het benoemen van lekenleden met een werkgevers- dan wel werknemersachtergrond. In hoofdstuk 5 is gebleken dat in veel landen van de Europese Unie op die manier een rol is weggelegd voor de sociale partners binnen de arbeidsrechtspraak. In Nederland hebben lekenleden op het gebied van de sociale zekerheid en het ambtenarenrecht lange tijd een rol gespeeld. In paragraaf 7.3.1 wordt daar kort op ingegaan.

³⁵ HR 7 september 2001, NJ 2001/616, JAR 2001/188, LJN ZC3643 (Staat/Middel).

7.3.1 De rol van leken in de arbeidsprocedure

In tegenstelling tot veel andere landen van de EU kent het Nederlandse arbeidsrecht geen grote traditie van lekenrechtspraak.

In het civiele arbeidsrecht hebben leken nooit een rol gespeeld. Bij de herziening van het ontslagrecht in de jaren vijftig van de vorige eeuw is weliswaar de vraag opgeworpen of door het toevoegen van lekenleden kon worden bewerkstelligd dat in de ontslagprocedure kennis van arbeidsverhoudingen een rol zou gaan spelen, maar dat heeft niet geleid tot het inschakelen van leken. De belangrijkste reden daarvoor was de nuancering van de deskundigheid van lekenrechters: het enkele feit dat iemand werkgevers- of werknemerslid is, zegt nog niets over iemands kennis van de onderliggende verhoudingen bij het aan de orde zijnde conflict. Zo hoeft een werknemerslid afkomstig uit de bouw nog geen verstand te hebben van de banksector. Een ander argument voor het inschakelen van leken – justitiabelen zouden meer vertrouwen hebben in de beslissing van een college waaraan ook ‘arbeiders’ en werkgevers deelnamen³⁶ – werd evenmin doorslaggevend geacht. Binnen het ontslagrecht is de inbreng van de sociale partners beperkt tot deelname aan de zogenoemde ontslagadviescommissies die het UWV adviseren over verzoeken om toestemming tot opzegging van een arbeidsverhouding.³⁷

Op het gebied van sociale zekerheid en ambtenarenrecht heeft in Nederland wel lekenrechtspraak bestaan.³⁸

Gedurende de periode 1901-1992 hadden in de Raden van Beroep, die in eerste instantie oordeelden in socialezekerheidszaken³⁹ en ambtenarenzaken, naast een rechter als voorzitter twee lekenrechters zitting: één lid benoemd op voordracht van organisaties van werkgevers en één lid benoemd op voordracht van organisaties van werknemers.⁴⁰ Een van de gehanteerde redenen om het lekenelement toe te voegen, was de ten opzichte van de rechters grotere bekendheid bij de lekenleden met de omstandigheden en bijzonderheden van de ondernemingen.⁴¹ De vraag is of die deskundigheid rendeerde.

Een van de belangrijkste bevindingen uit onderzoek dat eind jaren zeventig van de twintigste eeuw naar het functioneren van de lekenrechters bij de toenmalige Raden

36 Vereniging voor Arbeidsrecht, Stenografisch verslag van de vergadering van 29 april 1950 ter bespreking van het Voorlopig Verslag der Vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht van de Tweede Kamer betreffende het wetsontwerp (nr. 881) tot wijziging van de bepalingen omtrent het ontslag bij arbeidsovereenkomsten, Sociaal Maandblad 1950, blz. 306-361.

37 Zie paragraaf 6.5.4.

38 De Ongevallenwet van 1901 bepaalde dat in de Raden van Beroep, die over de geschillen voortvloeiend uit de wet zouden gaan oordelen, werkgevers en werklieden zitting zouden hebben. De Beroepswet 1902 regelde de samenstelling van de raden.

39 Exclusief geschillen op het terrein van de Algemene Bijstandswet.

40 Op grond van artikel 4 lid 1 sub d en e en artikel 10 Beroepswet.

41 N.H.M. Roos, *Lekenrechters, Een empirisch onderzoek naar het functioneren van de lekenrechters bij de Raden van Beroep voor de sociale verzekeringen*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1982, blz. 37.

van Beroep is gedaan, luidt dat er geen aanwijzingen te vinden zijn dat de leken een betekenisvolle functie vervulden. De aanwezigheid van leken blijkt het vertrouwen van de klagers in de rechtspraak niet te vergroten, omdat de klagers zich niet bewust zijn van de aanwezigheid van lekenrechters. De lekenrechters zelf zijn zeer content met hun functie, maar dat wordt voor een groot deel toegeschreven aan de inspanning van de voorzitters om te maskeren hoe gering de bijdrage van de meeste lekenrechters is. Gespecialiseerde kennis van een bepaalde bedrijfstak blijkt slechts heel zelden te worden ingebracht.⁴² Blijkbaar kwam de specifieke deskundigheid van de lekenrechters binnen de procedure onvoldoende uit de verf. Als een van de mogelijke oorzaken daarvan wordt genoemd dat met name het socialeverzekeringsrecht erg technisch van aard is, zodat er weinig ruimte is voor inbreng vanuit de bedrijfstak. Er waren overigens al eerder kritische geluiden te horen over het leken-element in de socialeverzekeringsrechtspraak.⁴³

Bij de herziening van de rechterlijke organisatie, die in 1989 werd ingezet met het Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie,⁴⁴ zijn medio 1992 de Raden van Beroep als zelfstandige gerechten opgeheven en in de rechtbanken geïntegreerd. Volgens de regering had als hoofdregel te gelden dat rechtspraak door de rechterlijke macht plaatsvindt door tot de rechterlijke macht behorende, voor het leven benoemde, juridisch geschoolde, professionele rechters. Voor deelneming door lekenleden aan de rechtspraak is alleen aanleiding wanneer de rechtspraak betrekking heeft op geschillen die slechts adequaat kunnen worden beslist als het betrokken rechterlijke college beschikt over zeer specifieke en voor de professionele rechters moeilijk te verwerven deskundigheid en praktijkervaring met betrekking tot de onderliggende materie. Daarvan was naar het oordeel van het kabinet in de rechtspraak in socialezekerheidszaken en burgerlijke ambtenarenzaken geen sprake.⁴⁵ De lekenrechtspraak verdween daarop zonder noemenswaardige tegenstand.

7.3.2 *Geschillen op grond van de Wet op de Ondernemingsraden*

Geschillen op grond van de Wet op de Ondernemingsraden (hierna WOR) worden (mede) gekenmerkt door een sterk verschil in positie van de betrokkenen. Zij vragen van de beslisser in het kader van feitenvaststelling en juridische toetsing een belangenafweging waarvoor inzicht in en kennis van arbeidsverhoudingen vereist is. De inbreng van sociale partners bij het afhandelen van deze geschillen is (nog) gewaarborgd door de verplichte inschakeling vooraf van de zogenoemde bedrijfscommissies.

42 N.H.M. Roos, *Lekenrechters, Een empirisch onderzoek naar het functioneren van de lekenrechters bij de Raden van Beroep voor de sociale verzekeringen*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1982, blz. 125-130.

43 F.M. Noordam, 'Enkele opmerkingen over het lekenelement in de raden van beroep', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1977, blz. 690-700.

44 Kamerstukken II 1988-1989, 21 206, nr. 2.

45 Kamerstukken II 1990-1991, 21 967, nr. 6, blz. 14.

Soorten geschillen en toetsingsnorm

De voornaamste bevoegdheden van de ondernemingsraad zijn het adviesrecht van artikel 25 WOR en het instemmingsrecht van artikel 27 WOR, beide versterkt door het informatierecht van de ondernemingsraad.

Op grond van artikel 26 lid 1 WOR kan de ondernemingsraad beroep instellen bij de Ondernemingskamer tegen een besluit van de ondernemer dat is genomen in afwijking van een door de ondernemingsraad op aanvraag gegeven advies. De Ondernemingskamer gaat na of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen. Een marginale toets die maakt dat de rechter niet op de stoel van de ondernemer gaat zitten.⁴⁶

Volgens artikel 27 lid 4 WOR kan de ondernemer bij een instemmingsplichtig besluit vervangende toestemming van de kantonrechter krijgen indien de beslissing van de ondernemingsraad om geen instemming te geven onredelijk is dan wel het voorgenomen besluit van de ondernemer gevergd wordt door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen. De argumenten van de ondernemer voor zijn voorgenomen besluit en de argumenten van de OR om zijn instemming hieraan te onthouden zullen inhoudelijk tegen elkaar afgewogen worden. Wegen de argumenten van beide partijen even zwaar, dan verleent de rechter *geen* vervangende toestemming, *tenzij* de ondernemer kan aantonen dat er zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen voor zijn besluit zijn.⁴⁷

Van de kantonrechter wordt aldus gevraagd een belangenafweging te maken die verder gaat dan een strikt juridische afweging. Blijkbaar wordt hij in staat geacht om in te schatten of er zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen zijn om het besluit doorgang te laten vinden.⁴⁸ Daarvoor zal de rechter met name moeten terugvallen op feiten en omstandigheden die zicht geven op de verhouding van partijen, en de situatie van en in de onderneming, omdat hem geen nadere criteria worden aangereikt.

Artikel 36 lid 1 WOR bevat een algemene geschillenregeling en bepaalt dat *iedere belanghebbende* de kantonrechter kan verzoeken te bepalen dat de ondernemer of de ondernemingsraad gevolg dient te geven aan hetgeen bij of krachtens de WOR is bepaald omtrent een aantal in het artikel genoemde verplichtingen. Het zullen met name individuele werknemers of vakorganisaties zijn die zich op grond van dit artikel tot de rechter wenden.

46 Indien het beroep is gebaseerd op het feit dat de ondernemer de procedure niet heeft gevolgd dan wordt een minder strikte marginale toetsing toegepast, C. Klaassen in: *Specialisatie loont?!, Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, blz.148.

47 Kamerstukken II 1987-1988, 20 583, nr. 3, blz. 27. In een in hoger beroep gewezen uitspraak uit 1997 sluit de Rechtbank Amsterdam zich expliciet hierbij aan: Rechtbank Amsterdam 25 juni 1997, JAR 1997/149. Bedenk dat vóór 1 januari 2002 hoger beroep van uitspraken van de kantonrechter werd ingesteld bij de rechtbank.

48 De afwegingen die te maken hebben met de economische en financiële kant van de bedrijfsvoering – de adviesplichtige besluiten – worden beoordeeld door de Ondernemingskamer.

In aanvulling op de geschillenregeling van de artikelen 26 en 27 bepaalt artikel 36 lid 2 WOR dat de ondernemingsraad en de ondernemer de kantonrechter kunnen verzoeken te bepalen dat de ondernemer dan wel de ondernemingsraad gevolg dient te geven aan hetgeen overigens bij of krachtens de WOR is bepaald.

Nu artikel 36 WOR belanghebbenden, ondernemingsraad en ondernemer in de gelegenheid stelt naleving van de wet te verzoeken, zal dat vaker dan bij toepassing van artikel 26 en 27 WOR leiden tot een *juridische* afweging. Maar ook bij een juridisch getint conflict aangaande in de WOR opgenomen verplichtingen zal meestal sprake zijn van sterke verwevenheid met (machts)verhoudingen binnen het bedrijf.

Bevoegde rechter

Zoals hiervoor al bleek, wijst de WOR twee rechterlijke instanties aan die bevoegd zijn van geschillen op het gebied van de medezeggenschap kennis te nemen: *de kantonrechter* op grond van de artikelen 27 en 36 WOR en de *Ondernemingskamer* van het gerechtshof Amsterdam op grond van artikel 26 WOR. De Ondernemingskamer is daarmee bij geschillen op grond van de WOR de gespecialiseerde rechter in zaken met een economische component, de kantonrechter de rechter die gaat over de zaken met een arbeidsrechtelijke dan wel algemeen juridische inslag.

Hoewel het bij de Ondernemingskamer gaat om geschillen met een economische inslag die minder dan de geschillen op grond van de artikelen 27 en 36 WOR te herleiden zijn tot onderliggende machtsverhoudingen, betrek ik ook dit college in mijn beschouwing.

De Ondernemingskamer als kamer van het gerechtshof Amsterdam is in 1971 in het leven geroepen bij de Wet op de jaarrekening en de wet waarbij het enquêterecht in aanzienlijke mate werd herzien.⁴⁹ Werd aanvankelijk beoogd een toezichthoudende 'vennootschapskamer' in het leven te roepen, uiteindelijk kwam er een gerechtelijke instantie. De wetgever heeft gekozen voor een gespecialiseerd civielrechtelijk college, met een samenstelling analoog aan die van de pachtkamer van het gerechtshof te Arnhem: één voorzitter, twee raadsheren en twee raden, deskundigen uit de praktijk die geen lid zijn van de rechterlijke macht. De participatie van raden is destijds in de eerste plaats ingegeven door de taak van de Ondernemingskamer bij de beoordeling van jaarrekeningen. Nergens is omschreven aan welke eisen de raden moeten voldoen. Hun deskundigheid ligt met name op het gebied van de bedrijfs-economie en de accountancy.

Inmiddels zijn op zeer veel uiteenlopende terreinen (exclusieve) bevoegdheden aan de Ondernemingskamer toebedeeld.⁵⁰ Hadden in 1991 de meeste door de Ondernemingskamer gegeven beschikkingen betrekking op zaken in het kader van de WOR, medio 2009 hebben enquêteprocedures de overhand.⁵¹

49 Dit was nodig nu op grond van artikel 116 lid 2 Grondwet elke bevoegdheid van de rechter om kennis te nemen van een bepaald geschil een uitdrukkelijke wettelijke grondslag moet hebben.

50 Zie voor een opsomming van de zaken die aan de OK kunnen worden voorgelegd C. Klaassen in: *Specialisatie loont?!, Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, blz. 143.

51 C. Klaassen in: *Specialisatie loont?!, Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, blz. 136-140, 144 en 149-151.

Volgens de MvT werd van de Ondernemingskamer verwacht dat hij door zijn samenstelling en ervaring zou beschikken over een bijzondere deskundigheid op het gebied van de aan haar voorgelegde zaken.⁵² Die verwachting is ingelost. De kwaliteit van de Ondernemingskamer wordt blijkens onderzoek van de Raad voor de rechtspraak als goed tot zeer goed beschouwd.⁵³

De Ondernemingskamer is vooral een autoriteit op het gebied van het vennootschapsrecht. Zaken op het gebied van de WOR maken maar een klein deel uit van haar werkzaamheden. Waar het die WOR-zaken betreft, lijkt de toegevoegde waarde van de Ondernemingskamer vooral te liggen in haar autoriteit en de 'exposure' die gepaard gaat met het betrokken worden bij een procedure voor de Ondernemingskamer waardoor partijen juist proberen een gang naar dit college vóór te blijven.⁵⁴ Ook bij WOR-zaken wordt de inbreng van raden over het algemeen genomen nuttig gevonden, al betwijfelen sommigen het nut ervan omdat het in dit soort zaken min of meer om 'juridisch-technische' aangelegenheden zou gaan.⁵⁵

In geval van een instemmingsplichtig besluit in de zin van artikel 27 WOR en voor de toepassing van artikel 36 WOR is de kantonrechter aangewezen als de bevoegde rechter omwille van zijn deskundigheid en ervaring. Bij het ontwerpen van een algemene geschillenregeling in de WOR is tijdens de parlementaire behandeling stilgestaan bij de vraag of een administratieve rechter of een burgerlijke rechter met deze taak zou moeten worden belast. Het verdiende naar mening van de regering aanbeveling de regeling van geschillen in handen te leggen van de burgerlijke rechter, 'en dan niet die van de Ondernemingskamer, die immers niet bedoeld is voor de behandeling van zaken op sociaal gebied, maar van de rechter die reeds een grote ervaring heeft met geschillen welke aan de onderhavige nauw verwant zijn, nl. de kantonrechter'.⁵⁶

Bij beslissingen omtrent 'sociale' besluiten – zie de opsomming van artikel 27 WOR – en algemene geschillen moet de kantonrechter het doen zonder bijzondere expertise 'van buiten' zoals de Ondernemingskamer die heeft. Wel is er (nog) een verplichte voorprocedure bij de bedrijfscommissies.

52 H.F.J. Joosten, 'De Ondernemingskamer en het ondernemingsrecht', *TVVS* 1983/6, blz. 188

53 A. Böcker, T. Havinga, A. Jettinghoff, C. Klaassen en L. Bakker, *Specialisatie loont?!, Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, blz. 136-194.

54 C. Klaassen in: *Specialisatie loont?!, Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, blz. 162-165.

55 Zie in dit verband het volgende citaat: 'De pragmatische kant is dat zij voor een zittingsdag twee raden erbij halen. Of het nu een jaarrekeningszaak is of een WOR-zaak of een enquêtezaak, men zal wel gekeken hebben naar de belangrijkste zaak die op de agenda staat en welke raden zullen we erbij nemen, die doen die andere zaken dan ook. Dus het is niet zo dat ze per zaak wisselen. Ze zijn per zittingsdag aanwezig. Dus in die zin is het ook niet zo dat de deskundigheid één op één aan de zaak gekoppeld wordt, dat daarop geselecteerd wordt.', C. Klaassen in: *Specialisatie loont?!, Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, blz. 179-180.

56 Kamerstukken II 1969-1970, 10 335, nr. 3, blz. 26.

De rol van leken

Voordat de kantonrechter van een zaak op grond van de artikelen 27 en 36 WOR kennis kan nemen, moet de rechtzoekende de *bedrijfscommissie* hebben ingeschakeld.⁵⁷ Het instituut bedrijfscommissie werd in de WOR van 1950 geïntroduceerd. Een bedrijfscommissie wordt ingesteld door de SER voor groepen van min of meer gelijksoortige ondernemingen (artikel 37 lid 1 WOR) en bestaat uit een even aantal ondernemers- en werknemersleden (artikel 37 lid 2 WOR). Het idee hierachter was dat de uitvoering van de WOR gedifferentieerd naar bedrijfssector zou dienen plaats te vinden gezien het uiteenlopende karakter van arbeidsverhoudingen en andere omstandigheden in de diverse sectoren.⁵⁸ Het takenpakket van bedrijfscommissies is in de loop van de jaren ingrijpend gewijzigd.⁵⁹

De wetgever van 1990 heeft voor ogen gestaan van de bedrijfscommissie een gemakkelijk toegankelijke instelling te maken, waar in een informele sfeer aan een oplossing kan worden gewerkt.⁶⁰ De bedrijfscommissie probeert ten behoeve van *partijen* (dus niet ten behoeve van de kantonrechter) een minnelijke regeling tussen partijen tot stand te brengen (artikel 36 lid 3 WOR). Lukt dat niet, dan kunnen partijen zich daarna tot de kantonrechter wenden (artikel 36 lid 4 WOR).

Er is de nodige discussie geweest over het functioneren van de bedrijfscommissies. De bestuurskamer van de SER plaatste in 2009 vraagtekens bij het verplichte karakter van de bemiddeling gezien het maatwerk in en de decentralisatie en individualisering van de hedendaagse arbeidsverhoudingen. De verplichte bemiddeling is toen gehandhaafd, zij het dat de SER in 2010 het aantal bedrijfscommissies heeft teruggebracht van 23 naar 3.⁶¹ Dat had met name te maken met de aantallen zaken: bij circa 100 verzoeken op jaarbasis voor alle bedrijfscommissies was het lastig om

57 In wetsvoorstel 29 818 (Wet medezeggenschap werknemers) werd door de regering voorgesteld de verplichte inschakeling van de bedrijfscommissie te laten vervallen, Kamerstukken II 2004-2005, 29 818, nr. 3, blz. 20. Dat voorstel is later door de SER herhaald; zie onder meer de brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 7 december 2009, Kamerstukken II 2009-2010, 29 818, nr. 32, blz. 10. Medio september 2012 is wetsvoorstel 33 367 ingediend, dat onder meer het voorstel bevat om de verplichte gang naar de bedrijfscommissie te schrappen: Kamerstukken II 2011-2012, 33 367, nr. 2.

58 Notitie Bestuurskamer SER 18 september 2009, blz. 1, bijlage bij Brief van de SER dd 25 september 2009 aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake de herziening van het stelsel van bedrijfscommissies.

59 Ging het in 1950 voornamelijk om het houden van toezicht, in 1971 werden bedrijfscommissies belast met het beslechten van beleidsgeschillen en het bemiddelen in juridische geschillen. In 1990 verviel het verschil tussen juridische geschillen en beleidsgeschillen, gingen alle geschillenbeslechtende taken over naar de kantonrechter en werd de bemiddelende rol van de bedrijfscommissie versterkt, J.C.M. van Horne, *In het voorportaal van de rechter*, (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 1997, blz. 55. In het wetsvoorstel Wet medezeggenschap werknemers (Kamerstukken II 2004-2005, 29 818, nr. 2) was onder meer voorzien in afschaffing van het verplichte karakter van bemiddeling. Dit wetsvoorstel is ingetrokken op 5 oktober 2005 (Kamerstukken II 2005-2006, 29 818, nr. 28).

60 J.C.M. van Horne, *In het voorportaal van de rechter*, (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 1997, blz. 49; Kamerstukken II 1988-1989, 20 583, nr. 6, blz. 3-4.

61 Een bedrijfscommissie voor de overheid, twee voor het bedrijfsleven.

de professionaliteit van 23 bedrijfscommissies te handhaven. De 'sectorspecifieke invulling' is daaraan ondergeschikt, maar niet afwezig.⁶²

Medio september 2012 is een wetsvoorstel ingediend, dat onder meer de afschaffing van artikel 36 leden 3 en 4 WOR bevat.⁶³ Wanneer dat voorstel wet wordt, komt een einde aan de verplichte inschakeling van de bedrijfscommissies. Vrijwillige inschakeling blijft mogelijk. In de Memorie van Toelichting wordt daarover opgemerkt dat de bedrijfscommissies een belangrijke rol kunnen blijven vervullen en door hun laagdrempeligheid in combinatie met deskundigheid een gang naar de rechter kunnen voorkomen.⁶⁴

Tussenconclusie

Paragraaf 7.3 ving aan met de opmerking dat kennis van arbeidsverhoudingen noodzakelijk is bij het afdoen van medezeggenschapsgeschillen. Die kennis lijkt vooral te worden ingebracht door de leden van de bedrijfscommissies. Volgens de bestuurskamer van de SER is 'vooral het hebben van kennis van en ervaring met de WOR, arbeidsverhoudingen en bemiddeling' van belang om de bemiddelende werkzaamheden van de bedrijfscommissies goed uit te voeren.⁶⁵ De raden in de Ondernemingskamer worden voornamelijk benoemd vanwege hun deskundigheid op (bedrijfs)economisch terrein.

Uit onderzoek blijkt, dat de bedrijfscommissies relatief weinig geraadpleegd worden en dat geldt in geschillen op grond van de WOR evenzeer voor de kantonrechter.⁶⁶ Bestudering van de in het tijdvak 1992-2008 gewezen en in het jurisprudentietijdschrift JAR gepubliceerde uitspraken op grond van artikel 27 lid 4 WOR bevestigt dat. Deze periode levert nog geen twintig uitspraken op. In zes van de gevonden uitspraken werd het verzoek om vervangende toestemming afgewezen. In acht uitspraken werd vervangende toestemming gegeven; die toestemming is driemaal in hoger beroep herroepen.⁶⁷

Over dezelfde periode heb ik in de JAR 23 uitspraken gevonden die zijn gewezen op grond van artikel 36 WOR. Blijkbaar loopt het ook met geschillen over de

62 De bemiddelingsverzoeken zijn ongelijkmatig over de commissies verdeeld: 20 per jaar in de overheidssector, 28 per jaar in de sectoren zorg en welzijn en 55 per jaar in de overige sectoren, Notitie Bestuurskamer SER 18 september 2009, blz. 3 en 5-8, bijlage bij Brief van de SER dd 25 september 2009 aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake de herziening van het stelsel van bedrijfscommissies. Sectorspecifieke kennis kan worden geborgd door ervoor te zorgen dat die kennis bij het secretariaat van de bedrijfscommissie aanwezig is alsmede door de samenstelling van de kamers en/of subcommissies.

63 Kamerstukken II 2011-2012, 33 367, nr. 2.

64 Kamerstukken II 2011-2012, 33 367, nr. 3, blz. 10.

65 Notitie Bestuurskamer SER 18 september 2009, blz. 5, bijlage bij Brief van de SER dd 25 september 2009 aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake de herziening van het stelsel van bedrijfscommissies.

66 Kamerstukken II 2004-2005, 29 818, nr. 3; Notitie Bestuurskamer SER 18 september 2009, blz. 3-4, bijlage bij Brief van de SER d.d. 25 september 2009 aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake de herziening van het stelsel van bedrijfscommissies.

67 In de volgende uitspraken werd vervangende instemming gevraagd en verleend: kantonrechter Amsterdam 16 juni 2008, JAR 2008/192, L/JN BD6534; Kantonrechter Amsterdam 2 maart 2006, JAR 2006/213, L/JN AY8435; Kantonrechter Nijmegen 9 juni 2005, JAR 2005/164, L/JN AT7201; Kantonrechter Nijmegen (voorzieningenrechter) 1 december 2004, JAR 2005/5, L/JN AS4312; Kantonrechter Hoorn 19 mei 2003, JAR 2003/153, L/JN AO0155; Kantonrechter Hilversum 2 december 1996, JAR 1997/2, L/JN AG1566; Kantonrechter Rotterdam 29 november 1994, JAR 1995/140, L/JN AG0943.

toepassing van dit artikel bij de kantonrechters niet storm. Dat was ook de verwachting van de wetgever. In de MvT bij wetsvoorstel 20 583 wordt het aantal kantonprocedures op basis van artikel 36 WOR geschat op 100-120 per jaar, dat is per kantongerecht gemiddeld minder dan twee procedures op jaarbasis.⁶⁸ Navraag onder kantonrechters bevestigt dat beeld.⁶⁹

Betekent dit dat er harmonie heerst tussen ondernemingsraden en ondernemers? Dat is niet gezegd want uit onderzoek blijkt dat er een 'extern circuit' van geraadpleegde deskundigen bestaat bij medezeggenschapsgeschillen. Over de omvang van dat circuit zijn nauwelijks gegevens bekend.⁷⁰ Evenmin is onderzocht waarin de aantrekkingskracht schuilt: in het informele karakter al dan niet in combinatie met de minder op het conflict (in)gerichte omgeving, het maatwerk dat kan worden geleverd of juist in de deskundigheid op het gebied van de arbeidsverhoudingen. Hoe het ook zij, partijen zoeken voor het oplossen van medezeggenschapsrechtelijke geschillen vaak een vorm van deskundige bijstand. Het heeft er de schijn van dat die bijstand varieert van coaching en begeleiding tot bemiddeling, maar in ieder geval komen de zaken die in het informele circuit worden afgedaan, gezien de cijfers zelden voor verdere afdoening bij de rechter terecht. Het komt mij waarschijnlijk voor dat de gezochte deskundigheid mede zal liggen in kennis van de onderliggende verhoudingen.

Maakt het bestaan van een 'extern circuit' de kennis van arbeidsverhoudingen binnen de arbeidsrechtspraak minder noodzakelijk? Geenszins, want zolang er (nog) WOR-zaken bij de (kanton)rechter terechtkomen, blijft het van belang dat deze voldoende toegerust is om die zaken te beslissen. Dat geldt temeer, nu de verwachting gerechtvaardigd is dat de zaken die uiteindelijk aan de rechter worden voorgelegd complexer dan gemiddeld zullen zijn of gepaard gaan met tegenstellingen tussen partijen die niet te overbruggen waren.

7.3.3 Collectieve actie

Met de ratificatie van het Europees Sociaal Handvest (hierna ESH) heeft Nederland het recht erkend van werknemers en werkgevers op collectief optreden in gevallen van

In de volgende uitspraken werd de gevraagde vervangende instemming geweigerd: Kantonrechter Nijmegen 2 oktober 2006, *JAR* 2006/254, *LJN* AY9237; Kantonrechter Hilversum 14 juli 2006, *JAR* 2006/217, *LJN* AY8431; Kantonrechter Zierikzee 11 april 2006, *JAR* 2006/113, *LJN* AW0721; Kantonrechter Breda (voorzieningenrechter) 3 maart 2006, *JAR* 2006/143, *LJN* AV3456; Kantonrechter Zaandam (voorzieningenrechter) 13 februari 2006, *JAR* 2006/60, *LJN* AV2198; Kantonrechter Nijmegen (voorzieningenrechter) 1 december 2004, *JAR* 2005/5, *LJN* AS4312.

Geen vervangende toestemming in hoger beroep na toekenning daarvan in eerste aanleg: Gerechtshof Leeuwarden 31 mei 2006, *JAR* 2006/154, *RAR* 2006/137, *LJN* AX6395 (beschikking waarvan beroep niet gepubliceerd); Gerechtshof Arnhem 22 maart 2005, *JAR* 2005/112, *LJN* AT5981; Rechtbank Amsterdam 25 juni 1997, *JAR* 1997/149, *LJN* AG1514.

68 Kamerstukken II 1987-1988, 20 583, nr. 3 blz. 10.

69 Aan kantonrechters te Amsterdam, Haarlem, Amersfoort, Utrecht en Maastricht is gevraagd naar hun ervaringen met WOR-zaken. Zij meldden allen dat er incidenteel zaken op grond van de WOR aan hen worden voorgelegd.

70 J.C.M. van Horne, *In het voorportaal van de rechter*, (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 1997, blz. 82-86.

belangengeschieden, met inbegrip van het stakingsrecht. In het NS-arrest heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat artikel 6 lid 4 ESH rechtstreekse werking heeft in onze rechtsorde en daarmee het recht op collectieve actie erkend.⁷¹

Het recht op collectieve actie is niet in de Nederlandse wet vastgelegd, stakingsrecht is rechtersrecht. Nu er geen wet is die bepaalt wat er wel en niet is toegestaan, is het de rechter die binnen de reikwijdte van het ESH en de daarin gegeven limitatieve beperkingen de mogelijkheden van geval tot geval moet wegen.

Artikel 6 lid 4 ESH erkent het recht op collectieve actie bij *belangengeschieden*. De actie moet bedoeld zijn om het arbeidsvoorwaardenoverleg te stimuleren. *Rechts-geschieden* horen bij de rechter thuis.⁷² Artikel G ESH voegt daar aan toe dat de in het verdrag beschermde grondrechten beperkingen kunnen ondergaan, onder meer ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Bij een geschil over collectieve actie⁷³ staan meestal de werkgever of de werkgeversvereniging en de werknemersvereniging tegenover elkaar. De meeste stakingsuitspraken betreffen procedures waarin de vakbonden worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad met als inzet de (oproep tot) staking te beëindigen.

De toetsing door de rechter is door het ESH aan strenge grenzen gebonden. De rechter dient te bepalen of de actie onder de gegeven omstandigheden rechtmatig is. Als uitgangspunt geldt dat een collectieve actie die onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH valt in beginsel rechtmatig is, tenzij de actievoerders zich niet houden aan de spelregels dan wel niet in redelijkheid tot de acties hadden kunnen komen (zie hierna). Daarbij moet de rechter in het licht van artikel G beoordelen of de rechten van derden aan de uitoefening van het recht op collectieve actie in de weg staan.

Als verdragsstaat van het ESH is Nederland verplicht om een tweejaarlijks rapport op te stellen over de toepassing van het Handvest. Dit 'national report' wordt beoordeeld door het Europees Comité voor de Sociale Rechten (ECSR) dat zijn bevindingen vastlegt in zogenoemde conclusions. In de conclusions van 2002, 2004 en 2006⁷⁴ heeft het ECSR duidelijk gemaakt dat de Nederlandse rechtspraak niet langs de lijnen

71 HR 30 mei 1986, NJ 1986/688, LJN AC9402. In dat arrest besliste de Hoge Raad dat artikel 6 lid 4 ESH naar zijn inhoud eenieder kan verbinden in de zin van artikel 93 Grondwet, zie hierover o.m. Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nr. 469.

72 De afbakening tussen beide is niet altijd even scherp, zie L.A.J. Schut, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 1996, hoofdstuk 5.

73 Het begrip collectieve actie is ruimer dan het begrip staking en kan ook andere actievormen bevatten, zoals stiptheidsacties of langzaamacties. Onder staking kan worden verstaan een gemeenschappelijke weigering van een groep of van alle werknemers het bedongen werk te verrichten teneinde de werkgever(s) of anderen bepaalde concessies af te dwingen en met de bedoeling het werk te hervatten, zodra het doel is bereikt. Het normale type van collectieve actie is de werkstaking gericht tegen de eigen werkgever. Een staking kan eveneens gericht zijn tegen anderen dan de werkgever, denk aan een politieke staking. Bij een dergelijke staking, maar ook bij een 'gewone' werkstaking, kunnen naast de belangen van de werkgever ook de belangen van derden, personen die geheel buiten het arbeidsconflict staan, in het gedrang komen, Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nrs. 466 en 470.

74 European Committee of Social Rights, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/social_charter/Conclusions/State/Netherlands.

van de strikte beperkingsgronden van het ESH voor het recht op collectieve actie verloopt. De Nederlandse rechters wordt verweten dat ze te vergaande beperkingen opleggen aan het recht op collectieve actie. Met name de spelregeltoets wordt als dubieus beoordeeld.⁷⁵ De beperkingen die het ESH toestaat dienen te worden beoordeeld als een grondrechtelijke kwestie, sommige rechters redeneren daarbij (nog) te veel vanuit het civiele recht.

Juridische geschillen naar aanleiding van collectieve actie

De eerst voor de hand liggende vraag die aan de rechter wordt voorgelegd is die naar de rechtmatigheid van de werkstaking tegen de eigen werkgever, die moet worden beoordeeld binnen het raamwerk van het ESH. Bij het vormen van zijn oordeel moet de rechter de verhoudingen tussen de belanghebbende partijen goed kunnen inschatten en zich rekenschap geven van het (machts)evenwicht dat in deze verhouding bestaat dan wel dient te worden hersteld.

Richten de acties zich tegen het overheidsbeleid op het stuk van de arbeidsvoorwaarden die onderdeel plegen of behoren te zijn van collectief onderhandelen, dan vallen zij onder artikel 6 lid 4 ESH. Keren zij zich tegen andersoortig overheidsbeleid, dan vallen zij daarbuiten en is in die zin sprake van een zuiver politieke staking.

In de eerste situatie wordt de werkgever beschouwd als een 'derde' in de zin van artikel G van het ESH. Dat brengt mee, dat de bescherming van zijn rechten onder omstandigheden een beperking in de uitoefening van het stakingsrecht kan rechtvaardigen.

Ook bijzondere vormen van collectieve actie (denk bijvoorbeeld aan stiptheidsacties en langzaamacties) vallen onder het bereik van art. 6 lid 4 ESH en zijn dus in beginsel geoorloofd.⁷⁶ Feit is wel, dat juist door de vorm het evenwicht in de machtsverhoudingen tussen partijen kan worden verstoord. De werkgever draagt in zo'n geval niet alleen de uit de acties voortvloeiende schade, maar betaalt – hoewel hij daartoe strikt genomen niet gehouden hoeft te zijn – vaak ook de lonen door.

Een andere vraag die kan opkomen is die naar de loonaanspraken van stakers en werkwilligen. Dergelijke aanspraken moeten beoordeeld worden op grond van de artikelen 7:627 en 7:628 BW.⁷⁷ De Hoge Raad heeft beslist dat werkwilligen geen recht hebben op loon wanneer het gaat om een georganiseerde staking in verband met arbeidsvoorwaarden waarbij werkwilligen ook kunnen profiteren van het resultaat en dat werkwilligen *wel* recht hebben op loon bij incidentele protestacties van enkelen,

75 W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl en W.L. Roozendaal, *H.L. Bakels, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 5.6.2.

76 Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nr. 470.

77 Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nr. 116.

waarbij de werkwilligen geen belang hebben.⁷⁸ De rechter zal dus moeten beoordelen wie te zijner tijd profiteert van het bevochten resultaat en wie dientengevolge moet meebetalen aan de collectieve actie.

Al met al kan uit het voorgaande worden geconcludeerd dat de rechter die moet oordelen over juridische geschillen voortvloeiend uit of samenhangend met collectieve actie zal dienen te beschikken over inzicht in de onderlinge verhoudingen. De vraag is, welke rechter onder de huidige procedureregels bevoegd is van deze geschillen kennis te nemen.

Bevoegde rechter

In zaken betreffende collectieve actie is vrijwel altijd haast geboden. Bij problemen zal daarom meestal worden geprocedeerd in kort geding.

Artikel 254 lid 1 Rv maakt de voorzieningenrechter in alle spoedeisende zaken waarin, gelet op de belangen van partijen, een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist, bevoegd deze te geven. Het vierde lid voegt daar aan toe: 'In zaken bedoeld in artikel 93 is ook de kantonrechter bevoegd tot het geven van een voorziening als in deze afdeling bedoeld. Daarbij is op de kantonrechter van toepassing hetgeen omtrent de voorzieningenrechter is bepaald.'

Het uitgangspunt van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering luidt dat de grondslag van de vordering die de eisende partij instelt de competentie van de rechter bepaalt. Bij stakingsgeschillen is die grondslag meestal onrechtmatige daad. Veel stakingsgeschillen komen daarom op grond van artikel 254 lid 1 Rv bij de voorzieningenrechter terecht. Is in dergelijke geschillen artikel 254 lid 4 Rv dan geheel zonder betekenis? Ik zou menen van niet.

De vraag is of en wanneer een uit collectieve actie voortvloeiend of daarmee samenhangend geschil valt onder de noemer van 'zaken bedoeld in artikel 93 Rv'. Bij kwesties over loonaanspraken of werknemers die bij het actievoeren met sancties zijn bestookt is dat duidelijk. Maar ook andere geschillen kunnen naar mijn mening onder artikel 93 Rv vallen, zolang het maar gaat om een 'zaak betreffende een arbeidsovereenkomst of een collectieve arbeidsovereenkomst'. Door in artikel 254 lid 4 Rv zo uitdrukkelijk te verwijzen naar artikel 93 Rv – dat niet de grondslag van de vordering maar het karakter van de zaak de competentie laat bepalen – heeft de wetgever ruimte gecreëerd voor het bevoegd verklaren van de kantonrechter bij collectieve conflicten die direct samenhangen met arbeidsvoorwaarden.

⁷⁸ HR 7 mei 1976, NJ 1977/55, LJN AB9771 (Wielemaker/ De Schelde). Zie in dit verband ook Hof Amsterdam 9 januari 2003, JAR 2003/34, LJN AF2826, waarin het Hof besliste dat bij acties bestaande uit het aanbieden van gratis openbaar vervoer (de bussen reden wel, maar er werden geen kaartjes verkocht dan wel gecontroleerd) een salariskorting van 50% voor het gehele personeel op zijn plaats was, omdat het ging om een collectieve actie in de risicosfeer van de werknemers als groep.

Dat neemt niet weg dat er vormen van collectieve actie bestaan, waarvoor dat mogelijk anders ligt.⁷⁹ Wanneer de werkgever in dergelijke gevallen de stakende werknemer aanspreekt op grond van goed werknemerschap dan hoort die vordering weer wel bij de kantonrechter thuis.

Dit alles leidt tot de conclusie dat in spoedeisende zaken met betrekking tot collectieve actie in de meeste gevallen zowel een kort geding bij de voorzieningenrechter als bij de kantonrechter mogelijk is. Partijen mogen daarin zelf hun keuze maken.

Een hiermee samenhangende kwestie is de vraag bij welke rechter een geschil over (niet-)toelating tot het cao-overleg aanhangig moet worden gemaakt. Is dat een zaak 'betreffende een collectieve arbeidsovereenkomst' in de zin van artikel 93 sub c Rv., die in kort geding (gezien het spoedeisend karakter van een dergelijke vordering) aan de kantonrechter *kan* dan wel in bodemgeschil aan de kantonrechter *moet* worden voorgelegd?

Voor de vraag of de grondslag van de vordering de bevoegdheid van de kantonrechter uitsluit verwijs ik naar hetgeen daarover in het voorgaande is opgemerkt. Iets anders is het of een vordering 'betrekkelijk tot' een cao kan zijn als er nog geen cao is; over de totstandkoming van die cao wordt immers onderhandeld. Ik zou zeggen van wel, aanhakend bij de vraag of een geschil over een geëindigde arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter thuis hoort.⁸⁰ Wanneer de arbeidsovereenkomst niet meer bestaat ten tijde van het aanspannen van het geding kan de vordering toch als 'betreffende een arbeidsovereenkomst' worden gekwalificeerd wanneer zij 'berust op' die arbeidsovereenkomst.⁸¹ In geval van cao-overleg is sprake van de spiegelbeeldige situatie: zonder het beoogd eindresultaat – een cao – bestaat de vordering tot toelating tot de onderhandelingen ook niet. In die zin betreft

79 Collectieve acties worden vaak gevoerd ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden van de actievoerenden. Dergelijke acties keren en richten zich tegen de werkgever. Collectieve acties kunnen ook gericht zijn tegen anderen, hoewel ze zich tegen de werkgever keren. Denk bij dat laatste aan solidariteitsstakingen of politieke stakingen. Het doel is dan niet direct het verbeteren van de eigen arbeidsvoorwaarden, hoewel dergelijke acties daarop mogelijk wel terug te voeren zijn. Zo werd eind 1994 in de Rotterdamse haven gestaakt tegen de plannen van de regering om op de WAO te bezuinigen en werden oktober 2009 werkonderbrekingen in het openbaar vervoer aangekondigd als protest tegen de kabinetsplannen tot verhoging van de AOW-leeftijd. Het hof Amsterdam kwalificeerde die laatste acties overigens *niet* als politieke staking, omdat de verhoging van de AOW-leeftijd gevolgen zal hebben voor de collectieve arbeidsvoorwaardenonderhandelingen op velerlei vlak, Hof Amsterdam 4 mei 2010, NJ 2010/552, JAR 2010/140, RAR 2010/104, LJN BM3468. Bij collectieve actie betrekkelijk tot arbeidsvoorwaarden kan het gaan om een klassieke werkstaking, maar ook om bijzondere vormen van collectieve actie zoals een estafettestaking, een stiptheidsactie of het gratis vervoeren van reizigers. De juridische vragen waar de rechter zich voor gesteld ziet zien op de rechtmatigheid van de actie, de loonaanspraken van stakers en werkwilligen en de vergoeding van schade geleden door derden.

80 In dezelfde zin T.M.A. van Löben Sels, in: C.G. Scholtens (red.), *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, Arbeidszaken*, Deventer: Gouda Quint 2000, nr. 26.3.

81 M.G. Rood, *Procesrecht in arbeidszaken*, Deventer: Kluwer 2002, blz. 4, die verwijst naar HR 8 juni 2001, NJ 2001/434, JAR 2001/129, LJN AB2018.

de vordering de nog af te sluiten cao en dient zij eveneens in dat licht te worden beoordeeld.⁸²

7.3.4 Conclusie

Bij zijn oordeel over het al dan niet verlenen van vervangende toestemming op grond van artikel 27 lid 4 WOR moet de kantonrechter een belangenafweging maken en zal hij, bij gebrek aan nader omschreven criteria, gebruik moeten maken van zijn inzicht in de partijverhouding. Bij een vordering tot naleving van de WOR op grond van de algemene geschillenregeling van artikel 36 lid 1 WOR is een botsing aan de orde van medezeggenschapsrechten enerzijds versus zelfbeschikkingsrecht van de ondernemer/onderneming anderzijds. Op grond van dat artikel kunnen ook geschillen tussen werknemers en de ondernemingsraad – bijvoorbeeld over informatievoorziening, verkiezingen en dergelijke – aan de rechter worden voorgelegd. In beide gevallen is inzicht in de onderliggende verhoudingen een essentieel bestanddeel van de rechterlijke gereedschapskist.

Bij vorderingen omtrent collectieve actie en toelating tot cao-overleg dient de rechter binnen het door het ESH gegeven raamwerk te oordelen tegen de achtergrond van het machtsverwicht tussen werkgevers, werknemers en hun respectieve vertegenwoordigers. Kennis van en inzicht in de onderliggende verhoudingen zijn ook dan onontbeerlijk.

Die kennis dient aanwezig te zijn bij de rechter zelf. Een grotere rol voor vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers binnen de rechtspraak zie ik niet weggelegd, vooral omdat naar aanleiding van eerdere ervaringen niet is aangetoond dat aanwezigheid van sociale partners bij de te nemen beslissingen een wezenlijke verbetering oplevert. De rol van sociale partners in geschillenregelingen op grond van cao's (niet-rechterlijke geschilbeslechting) is in dit onderzoek niet onderzocht.

Ook het lekenaspect bij de afhandeling van geschillen op het gebied van de medezeggenschap wordt inmiddels van meer ondergeschikt belang geacht. Dat blijkt uit het feit dat, toen door de behoefte aan professionalisering het aantal bedrijfscommissies werd teruggedrongen, op de koop toe werd genomen dat daarmee ook de inbreng van deskundige leken afnam.

7.4 Laagdrempeligheid

Laagdrempeligheid kan op verschillende manieren worden bewerkstelligd. In het navolgende wordt ingegaan op verplichte procesvertegenwoordiging, formaliteiten, houding van de rechter, met de procedure gemoeide kosten, voorprocedures en geografische bereikbaarheid van de (arbeids)rechter.

⁸² In de rechtspraak zijn voorbeelden te vinden waarin over een dergelijke vordering is beslist door de kantonrechter (Rechtbank Utrecht 22 februari 2012, *JAR* 2012/88, *RAR* 2012/82, *LJN* BV7697), de voorzieningenrechter sector civiel (Pr. Rb. Zutphen 9 mei 1994, *JAR* 1994/116, *LJN* AG0872 en V.zr. Rechtbank Alkmaar 18 februari 2010, *JAR* 2010/85, *RAR* 2010/65, *LJN* BL6502) alsmede een eenvoudige civiele kamer (Rechtbank Utrecht 28 april 1999, *JAR* 1999/115, *LJN* ZL0775).

7.4.1 (Geen) verplichte procesvertegenwoordiging

Verplichte procesvertegenwoordiging kan worden omschreven als de verplichting van een procespartij om zich in een geding ten overstaan van een rechter te laten vertegenwoordigen door een 'bij wet aangewezen, academisch gevormde rechtsbijstandverlener'.⁸³ Verplichte procesvertegenwoordiging houdt daarmee een *verbod* in: het wordt de burger verboden zijn zaak in persoon aan de rechter voor te leggen. In die zin is het een inbreuk op de autonomie van de procespartij.⁸⁴

Volgens het huidige artikel 79 lid 1 Rv kunnen partijen in kantonzaken in persoon procederen. In alle overige (civiele) zaken – behoudens als verweerder in kort geding – dienen zij zich op grond van lid 2 te laten vertegenwoordigen door een advocaat.^{85 86}

Het niet verplicht zijn van procesvertegenwoordiging is historisch bepaald. Bij de parlementaire behandeling van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van 1838 is de uitzondering voor de kantongerechtsprocedure geen voorwerp van gesprek geweest. Verplichte procesvertegenwoordiging werd niet noodzakelijk geacht, gezien de 'korthed, eenvoudigheid, goedkoopheid en spoed' van het proces bij de kantonrechter.⁸⁷

Ook bij de met ingang van 1 juli 2011 ingevoerde competentieverruiming van de sector kanton blijft het uitgangspunt dat partijen in persoon mogen procederen. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie wordt dienaangaande met zoveel woorden opgemerkt dat door de verruiming van de bevoegdheden van de kantonrechter – onder meer door een verhoging van de competentiegrens tot € 25.000 – het aantal zaken waarin de burger zonder verplichte inschakeling van een advocaat kan procederen, zal worden uitgebreid. Daarmee wordt,

83 G.R. Rutgers, *De verplichte procesvertegenwoordiging, Enige aspecten van de verplichte procesvertegenwoordiging in het burgerlijk geding in Nederland*, (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Vuga-boekerij 1980, blz. 1. Rutgers spreekt overigens van 'de rechterlijke colleges'; mij lijkt de term 'rechter' inmiddels meer to the point gezien de vlucht die unus-rechtspraak heeft genomen.

84 Het is de vraag of verplichte procesvertegenwoordiging in strijd is met artikel 6 EVRM. De wijze waarop een effectieve rechtsgang moet worden verzekerd is in beginsel een zaak voor de verdragsstaat, maar in de praktijk zal het er vaak op neerkomen dat deze, door de kosten van de rechtsbijstand voor zijn rekening te nemen middels een stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand, in voldoende mate de vrije toegang tot de rechter waarborgt, zie noot E.A. Alkema bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens 9 oktober 1979, NJ 1980/376 (*Airey vs. Ierland*); W.H.B. den Hartog Jager, *Procederen met of zonder procesvertegenwoordiger, De stand van zaken in 2005*, Deventer: Kluwer 2005, blz. 20; A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, blz. 41.

85 Tot 1 september 2008 was in geval van verplichte procesvertegenwoordiging procureursbijstand verplicht. Nu met ingang van 1 september 2008 het procureaat is afgeschaft op grond van de Wet afschaffing procureaat en invoering elektronisch berichtenverkeer (*Stb.* 2008, 100) is de procureursbijstand vervangen door bijstand van een advocaat.

86 De verzoekschriftprocedure vangt aan met een verzoekschrift, dat – behalve in zaken voor de kantonrechter – wordt ondertekend door een advocaat (artikel 278 leden 1 en 3 Rv).

87 G.R. Rutgers, *De verplichte procesvertegenwoordiging, Enige aspecten van de verplichte procesvertegenwoordiging in het burgerlijk geding in Nederland*, (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Vuga-boekerij 1980, blz. 144-145.

aldus de regering, 'de drempel om een procedure aan te spannen verlaagd en wordt tevens een belangrijke kostenbesparing voor de burger gerealiseerd'.⁸⁸

In 1997 heeft de Commissie herijking omvang verplichte procesvertegenwoordiging (naar haar voorzitter de commissie-Van Delden) een advies uitgebracht over de vraag wanneer procesvertegenwoordiging door een advocaat voorgeschreven moet worden.⁸⁹ De commissie concludeert dat het belang van de zaak daarvoor het enige bruikbare criterium is.⁹⁰ Om die reden stelt zij een financiële grens voor: bij procedures in eerste aanleg die direct of indirect op geld waardeerbaar zijn zou bij een belang van 25.000 gulden of meer verplichte procesvertegenwoordiging moeten gelden.⁹¹ Uitgaande van het belangcriterium is volgens de commissie in het arbeidsrecht aanleiding voor *uitbreiding* van de verplichte procesvertegenwoordiging. Zij stelt zich op het standpunt dat bij arbeidszaken waarvan het beloop de 25.000 gulden te boven gaat, procesvertegenwoordiging verplicht dient te zijn.⁹²

Die suggestie heeft in de meest recente wetgevende initiatieven op dit terrein dus geen navolging gevonden en dat is opmerkelijk. Volgens de commissie-Van Delden kunnen alleen de beginselen van fair trial en equality of arms verplichte procesvertegenwoordiging rechtvaardigen. Als de commissie vervolgens aanbeveelt in het arbeidsrecht over te gaan tot invoering van verplichte procesvertegenwoordiging in zaken met een belang groter dan 25.000 gulden en de wetgever desondanks niet voor verplichte procesvertegenwoordiging kiest, dan is of het vertrouwen groot dat de rechter in dergelijke zaken voor voldoende processueel evenwicht zorgt, of gaat de wetgever ervan uit dat de justitiabele rechtsbijstand zal inroepen van een deurwaarder, een jurist van een rechtsbijstandsverzekeraar of zijn vakbond.

7.4.2 Formaliteiten

De voorwaarde van zekere 'formaliteiten' kan op verschillende manieren worden ingevuld. Het verloop van de procedure wordt bepaald door procedurevoorschriften, zoals de regels voor het indienen van stukken of in acht te nemen termijnen. Vormvoorschriften, zoals de vereisten waaraan een exploit van dagvaarding moet

88 Kamerstukken II 2008-2009, 32 021, nr. 3, blz. 14. Momenteel wordt door het WODC onderzoek uitgevoerd naar de verhoging van de competentiegrens voor kantonzaken in relatie tot de beschikbaarheid voor burgers van toegankelijke, snelle en goedkope rechtspraak; dat onderzoek is eind 2012 nog niet afgerond. Een andere kwestie is de vraag of met professionele hulp gunstiger resultaten worden behaald; zie R. Eshuis, 'Waar ligt de grens?', in: *De kantonrechter en/of de civiele rechter van de toekomst*, De Rechtspraak, 1 november 2010, blz. 39. Ik laat dat verder buiten beschouwing, omdat deze paragraaf als invalshoek laagdrempeligheid heeft.

89 *Gericht verplicht*, Advies van de Commissie herijking omvang verplichte procesvertegenwoordiging, juli 1997.

90 Dat aard of omvang van het belang door partijen zelf ook wordt aangewend als criterium voor het wel of niet inschakelen van een procesvertegenwoordiger blijkt onder meer uit het onderzoek van E.M. Wesseling-van Gent, *Het civiele geding in de toekomst* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987, blz. 66-68.

91 *Gericht verplicht*, Advies van de Commissie herijking omvang verplichte procesvertegenwoordiging, juli 1997, blz. 29-32.

92 De commissie merkt daarbij op dat in de meeste arbeidszaken die grens van 25.000 gulden overschreden zal worden, *Gericht verplicht*, Advies van de Commissie herijking omvang verplichte procesvertegenwoordiging, juli 1997, blz. 32 en 34.

voldoen, zorgen ervoor dat partijen weten wat ze van elkaar te verwachten hebben (denk aan de in 2002 ingevoerde substantiërings- en bewijsaandrachtplicht, artikel 111 lid 3 Rv. voor de dagvaarding en artikel 128 lid 5 Rv. voor de conclusie van antwoord) en hoe en waar ze op elkaars stellingen moeten reageren. Hoewel ook dergelijke voorschriften het verloop van de procedure beïnvloeden, is die invloed minder direct. Vormvoorschriften kunnen laagdrempeligheid tegenwerken ingeval ze de rechtzoekende ervan weerhouden een geding aanhangig te maken (denk in dat licht aan de opvatting van Asser/Groen/Vranken dat de verzoekschriftprocedure de dagvaardingsprocedure geheel zou moeten vervangen).⁹³

Formaliteiten zijn noodzakelijk om een procedure in goede banen te leiden, maar een teveel aan formaliteiten leidt tot vertraging en verstarring. Hoe is het gesteld met de procedurevoorschriften in kantonzaken en wat is de consequentie als deze worden genegeerd?

De procedurevoorschriften voor zaken bij alle gerechten zijn te vinden in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering⁹⁴ alsmede de regels en handleidingen die daarop gebaseerd zijn. Er is geen speciaal procesrecht voor kantonzaken, hoewel er wel aparte procesreglementen bestaan voor kantonzaken (zie hierna). Dergelijke reglementen vormen weliswaar geen recht, maar ze zijn van groot praktisch belang omdat ze landelijk worden toegepast.

Het voert te ver om hier gedetailleerd in te gaan op alle procedurevoorschriften die gelden voor de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure in eerste aanleg. Een aantal daarvan komt aan de orde in paragraaf 7.5.1.

In het licht van het criterium laagdrempeligheid is van belang dat bij de meest recente wijziging van het burgerlijk procesrecht in 2002 *deformalisering* één van de uitgangspunten was.⁹⁵ Dat houdt onder meer in dat op het niet naleven van voorschriften alleen sancties staan, indien het belang dat de geschonden norm beoogde te beschermen, daadwerkelijk aangetast is. Als daarvan geen sprake is moet er een mogelijkheid zijn de gemaakte fout te herstellen dan wel zonder gevolgen te laten. Daartoe zijn in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bepalingen opgenomen die de eiser in staat stellen om in geval van een nietig dagvaardingsexploot een herstelexploot uit te brengen (artikel 66 lid 2 Rv) en zorgen 'wisselbepalingen' (zoals de artikelen 69 en 70 Rv) er voor dat een verkeerde start van de procedure niet meer tot niet-ontvankelijkheid leidt. Op grond van artikel 120 lid 4 Rv leidt schending van artikel 111 lid 3 Rv niet tot nietigheid, maar kan ze worden hersteld. Het adiëren van de 'verkeerde' rechter, het uitbrengen van een dagvaarding waar een verzoekschrift was aangewezen (en andersom) of het nalaten van procesvertegenwoordiging waar deze verplicht was, kan eveneens worden hersteld, zodat daarna op correcte wijze

93 W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, *Uitgebalanceerd, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, Aanbeveling 11.8.2 onder a en b, blz. 185-186.

94 Titel 2 en 3 van het eerste boek over de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure in eerste aanleg.

95 A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, blz. 14-15.

verder kan worden geprocedeerd.⁹⁶ Voorts geldt in het algemeen dat de verschenen gedaagde geen beroep op nietigheid toekomt als naar het oordeel van de rechter het gebrek hem niet onredelijk in zijn belangen heeft geschaad (zie artikel 122 lid 1 Rv).

Deformalisering maakt een procedure voor rechtzoekenden laagdrempeliger. In dat opzicht zorgt het voor betere toegankelijkheid van de rechter. Dat geldt niet alleen voor de kantonrechter – deformalisering is doorgevoerd voor alle gedingen in eerste aanleg – maar is extra van nut voor de rechtzoekende die in persoon procedeert. Die zal immers minder dan een professionele procespartij op de hoogte zijn van alle voorschriften. Wanneer een in persoon procederende partij door onervarenheid of onwetendheid aan het begin van de procedure een (vorm)fout maakt, wordt zij in de gelegenheid gesteld die fouten te herstellen of zorgen wisselbepalingen daarvoor.

Het landelijke procesreglement voor de civiele rol van de kantonsectoren alsmede het procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken sector kanton geven invulling aan de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en bevatten concrete regels over de wijze waarop moet worden geprocedeerd.⁹⁷ Daarover meer in paragraaf 7.5.1.

Er is ook een ondergrens aan laagdrempeligheid. Begin jaren negentig van de vorige eeuw werd de civiele kantongerechtsprocedure vereenvoudigd. Met ingang van 1 januari 1992 werden in Boek I, Titel 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ingrijpende wijzigingen voor de wijze van procederen voor de kantonrechter doorgevoerd.⁹⁸ Een van die wijzigingen was de invoering van de mogelijkheid te dagvaarden door middel van een formulier.⁹⁹ Het idee daarachter was dat de afwezigheid van verplichte procesvertegenwoordiging meebrengt dat het in beginsel in alle contentieuze zaken bij de kantonrechter mogelijk moet zijn de zaak aanhangig te maken zonder bijstand van derden.¹⁰⁰

Al vrij snel na het in werking treden van de nieuwe wet werd een landelijke enquête onder kantonrechters gehouden teneinde te bezien in hoeverre de doelstellingen van de wet in de praktijk gerealiseerd waren. Uit die enquête kwam naar voren dat de aantallen gebruikers van de formulierdagvaarding tegenvielen. Ook liet over het hele land de invulling (zeer) veel te wensen over. Het gebruik van het formulier bleef daarmee ver achter bij de verwachtingen die de minister koesterde tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel. Dat leidde tot de conclusie dat het

⁹⁶ Kamerstukken II 1999-2000, 26 855, nr. 3, blz. 5.

⁹⁷ De meest recente versies zijn te vinden op www.rechtspraak.nl/procedures/landelijke_regelingen/sector_kanton.

⁹⁸ Wet van 31 januari 1991, Stb. 1991/50, van kracht geworden op 30 december 1991 (op basis van wetsvoorstel 19 976).

⁹⁹ Op grond van artikel 104 Rv (oud) kon gedagvaard worden door toezending aan de gedaagde van een door de eiser ingevuld en ter griffie ingediend formulier, dat door de griffier aan de gedaagde aangetekend werd verzonden.

¹⁰⁰ Kamerstukken II 1986-1987, nr. 3, blz. 4. In de MvT was nog sprake van een schriftelijke eis, die naar keuze vooraf door een deurwaarder aan de wederpartij kon worden betekend of na indiening door de griffie aan de wederpartij zou worden toegezonden. De schriftelijke eis riep veel weerstand op en is in de parlementaire behandeling gesneuveld en vervangen door de dagvaarding bij formulier.

‘kennelijk voor de particuliere eiser allemaal te ingewikkeld is geworden en dat hij met name niet in staat lijkt het modelformulier deugdelijk in te vullen’.¹⁰¹

Bij de wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 2002 werd de formulierdagvaarding weer afgeschaft onder verwijzing naar de dringende aanbeveling van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak de formulierdagvaarding te schrappen omdat er in de praktijk ‘geen veelvuldig gebruik van wordt gemaakt en voor deze wijze van dagvaarden te weinig draagvlak bestaat’.¹⁰²

7.4.3 *Vrijwillige/verplichte wettelijke voorprocedures*

In sociale plannen en cao's is voor werkgevers en werknemers vaak de mogelijkheid opgenomen om zich te wenden tot een interne geschillencommissie of een commissie die de cao uitlegt of interpreteert. Er bestaan ook wettelijke voorprocedures. De vraag is hoe het feit dat partijen zich voorafgaand aan de eigenlijke procedure tot een gespecialiseerde geschilbeslechtende instantie kunnen dan wel moeten wenden zich verhoudt tot de laagdrempeligheid van de procedure in arbeidszaken.

Wanneer (beweerdelijk) sprake is van overtreding van een discriminatieverbod kunnen partijen een oordeel vragen aan de Commissie Gelijke Behandeling, alvorens zich tot de rechter te wenden.

Het arbeidsrecht kent een aantal expliciete discriminatieverboden, die een uitwerking vormen van het grondrecht van gelijke behandeling dat is neergelegd in artikel 1 van de Grondwet en in diverse internationale verdragen en regels van de Europese Unie. De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) speelt een rol bij de handhaving van de diverse discriminatieverboden: zij is bevoegd te beoordelen of een werkgever onderscheid maakt als bedoeld in de artikelen 7:646 lid 1, 7:648 lid 1, 7:649 lid 1 BW alsmede de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid, de Algemene Wet Gelijke Behandeling, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid. De Commissie stelt desgevraagd een onderzoek in naar schending van de hiervoor genoemde gelijkebehandelingsregels en brengt haar oordeel schriftelijk en gemotiveerd ter kennis van de klager alsmede degene die beweerdelijk onderscheid maakt.

De Commissie kan aanbevelingen doen, haar oordelen zijn *niet* bindend. De wetgever heeft de bevoegdheden van de onafhankelijke rechter niet willen beperken en heeft daarom geen specifieke gevolgen verbonden aan de resultaten van het door de Commissie verrichte onderzoek.¹⁰³ Het vragen van advies is geen verplichting zodat de rechtzoekende zich ook rechtstreeks tot de kantonrechter kan wenden.

Aan de procedure bij de CGB zijn geen kosten verbonden en partijen hoeven zich niet door een advocaat te laten vertegenwoordigen. Betrokkenen kunnen dus relatief

¹⁰¹ *Trema special* 1992-1, blz. 23-26.

¹⁰² Kamerstukken II 1999-2000, 26 855, nr. 3, blz. 97.

¹⁰³ C.E. van Vleuten, L. Willems, 'Commissie gelijke behandeling in de AWGB' in: I.P. Asscher-Vonk, C.A. Groenendijk (hoofddred.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, blz. 273.

eenvoudig hun probleem voorleggen aan een gespecialiseerde instantie. Voor de klager is een bijkomend voordeel dat de commissie niet lijdelijk is. De CGB kan zelf een onderzoek instellen en toegang vragen tot gegevens waar één van de belanghebbenden niet zomaar over kan beschikken, zoals loongegevens.¹⁰⁴

Niet duidelijk is hoe vaak zich problemen op het gebied van overtreding van gelijkebehandelingsnormen voordoen en in hoeveel van die gevallen de gediscrimineerde zich wendt tot de CGB. Als de CGB wordt ingeschakeld, worden in veel gevallen de oordelen van de commissie door betrokkenen opgevolgd. Uit onderzoek blijkt dat slechts een klein percentage na toetsing door de CGB aan de rechter wordt voorgelegd.¹⁰⁵

In een aantal gevallen zijn partijen *verplicht* een oordeel van een deskundige derde te vragen alvorens toegang tot de rechter openstaat.

Bij geschillen over loonbetaling in geval van ziekte zal de rechter een werknemer (in de meeste gevallen¹⁰⁶) alleen in zijn vordering ontvangen, wanneer de werknemer beschikt over de verklaring van een deskundige benoemd door het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV), de zogenoemde 'second opinion'.¹⁰⁷ Het doel van deze verplichting was zo veel mogelijk te voorkomen dat de rechter onnodig zou worden belast met geschillen over ziekte, omdat hij dan in belangrijke mate aangewezen is op advisering door een (onafhankelijke) deskundige en er tevens voor te zorgen dat het geschil al in een vroeg stadium duidelijk op tafel ligt. Het kabinet verwachtte dat de werkgever en de werknemer zich in het algemeen bij het oordeel van de deskundige zouden neerleggen.¹⁰⁸ Op grond van artikel 32 lid 3 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (Wet SUWI) dient het UWV een oordeel als bedoeld in artikel 7:629a BW te geven binnen een termijn van twee weken na ontvangst van het verzoek. Snelheid is geboden want het gaat om een medisch oordeel over een veranderlijke situatie. De wettelijke afhandelingstermijn wordt in de praktijk door het UWV fors overschreden.¹⁰⁹

104 A.K. de Jongh, M.G. Nicolai, 'Commissie Gelijke Behandeling: een goed alternatief voor de rechter', *ArbeidsRecht* 2003-11, blz. 25-29.

105 A.K. de Jongh, M.G. Nicolai, 'Commissie Gelijke Behandeling: een goed alternatief voor de rechter', *ArbeidsRecht* 2003-11, blz. 25-29; S.J. de Jong, 'Onderscheid naar tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst: de oogst van drie jaar CGB', *ArbeidsRecht* 2005-11, blz. 22. De Jong verwijst naar het rapport "Het verschil gemaakt: evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004". Volgens dit rapport is het "opvolgingspercentage" in de eerste helft van 2004 76%.

106 Op grond van artikel 7:629a lid 2 BW geldt de verplichting niet indien de verandering respectievelijk de nakoming niet wordt betwist of het overleggen van de verklaring in redelijkheid niet van de werknemer kan worden gevergd.

107 Op grond van artikel 7:629a lid 1 BW. Het is opmerkelijk dat de sanctie op niet-naleving van dit voorschrift afwijzing van de vordering is (zie lid 1) en *niet* de niet-ontvankelijkheid van de eiser. De facto wordt door rechters vaak gehandeld als ware de sanctie niet-ontvankelijkheid.

108 Kamerstukken II 1995-1996, 24 439, nr. 3, blz. 63-64. Zie over het gewicht van de second opinion in verhouding tot het oordeel van de bedrijfsarts Gerechtshof Amsterdam 26 mei 2005, *JAR* 2005/168, *LJN* AT9612 en gerechtshof Leeuwarden 22 februari 2006, *JAR* 2006/82, *LJN* AV2488.

109 R.A. Heida, D.J. Buijs, 'Het deskundigenoordeel '(on)geschiktheid tot werken' kritisch beschouwd', *Sociaal Recht* 2007/12, blz. 396; IWI, *Tussen oordeel en advies*, december 2005, ISSN 1383-8733. Volgens het IWI-rapport bedroeg de gemiddelde doorlooptijd van een oordeel geschiktheid in 2003 3,2 weken en in 2004 3,8 weken. Hoewel UWV formeel de aanvrager tussentijds zou moeten informeren over een termijnoverschrijding is dat in geen van de onderzochte dossiers gebeurd: IWI, t.a.p., blz. 12.

In de literatuur is kritiek geuit op de totstandkoming van het deskundigenoordeel arbeids(on)geschiktheid. Zo zou de informatie-uitwisseling niet conform wettelijke en professionele normen verlopen en hanteren verzekeringsartsen (UWV-artsen) te weinig de geldende protocollen en richtlijnen.¹¹⁰ Advocaten klagen over de lange wachttijd, het ontbreken van hoor en wederhoor en het niet of onvoldoende ingaan op aangevoerde argumenten.¹¹¹ Verder zou de verzekeringsarts zijn oordeel nogal eens uitsluitend op de subjectieve en dus gekleurde beleving van de werknemer baseren.¹¹²

Opmerkelijk is dat uit onderzoek blijkt, dat deskundigenoordelen niet altijd aansluiten op de situatie van de aanvrager omdat de aanvrager vaak niet weet welk van de drie mogelijke deskundigenoordelen – respectievelijk met betrekking tot ‘geschiktheid tot werken’, ‘passende arbeid’ en ‘re-integratie-inspanningen’ – hij moet vragen. De kans bestaat dan, dat hij een oordeel krijgt dat niet ziet op de door hem bedoelde situatie.¹¹³

In artikel 7:658a BW zijn de re-integratieverplichtingen van de werkgever opgenomen, in artikel 7:660a BW de verplichtingen tot re-integratie van de werknemer.

Wanneer een *werkgever* zijn verplichtingen niet nakomt, kan de werknemer een vordering tot nakoming instellen, zij het dat hij die op grond van artikel 7:658b lid 1 BW vergezeld dient te laten gaan van een verklaring van een deskundige benoemd door het UWV. Bij gebreke van zo'n verklaring is, evenals bij niet naleving van artikel 7:629a BW, de sanctie afwijzing van de vordering, hetgeen in de praktijk uitwerkt als een niet-ontvankelijkverklaring.

Komt een *werknemer* zijn re-integratieverplichtingen niet na, dan kan de werkgever een vordering tot nakoming instellen, die op grond van artikel 7:629a lid 1 BW vergezeld dient te gaan van een deskundigenverklaring.¹¹⁴ Feitelijk zal een dergelijke vordering weinig voorkomen, omdat de werkgever met een beroep op artikel 7:629

110 R.A. Heida, D.J. Buijs, 'Het deskundigenoordeel '(on)geschiktheid tot werken' kritisch beschouwd', *Sociaal Recht* 2007/12, blz. 401.

111 G.J.J. Heerma van Voss, 'Behoorlijkheid bij het deskundigenoordeel van het UWV', *TRA* 2008/1, blz. 3.

112 Dat valt volgens IWI wel mee. Uit onderzoek blijkt dat van de 80% van de oordelen waarvan de uitslag bekend is, in 49% van de gevallen de werknemer ongeschikt werd bevonden voor het verrichten van zijn werk en in 51% geschikt. In 20% van de gevallen was de uitslag onbekend. Volgens Heida is het de vraag of de conclusie van IWI klopt gelet op dit forse percentage 'onbekend': IWI, *Tussen oordeel en advies*, december 2005, ISSN 1383-8733, blz. 11-12; R.A. Heida, D.J. Buijs, 'Het deskundigenoordeel '(on)geschiktheid tot werken' kritisch beschouwd', *Sociaal Recht* 2007/12, blz. 396.

113 IWI, *Tussen oordeel en advies*, december 2005, ISSN 1383-8733, blz. 9 en 13. UWV kiest in dit soort situaties vaak het oordeel dat volgens de verzekeringsarts het best past bij de situatie van de aanvrager.

114 De second opinion van artikel 7:658b BW is in het BW opgenomen als gevolg van het inwerkingtreden van de Wet verlenging loondoorbetalingsplicht bij ziekte 2003 (Stb. 2003, 555). De regeling is, afgezien van het onderwerp van de vordering, gelijk aan die van artikel 7:629a BW. Ook de regering verwijst in de MvT uitdrukkelijk naar de regeling van artikel 7:629a BW. E. Verhulp, 'Commentaar art. 7:658b BW', in: P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten, E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, aant. 1. Artikel 7:660a BW is ingevoerd per 1 april 2002 als onderdeel van de Wet verbetering poortwachter (Stb. 2001, 628). De vormgeving van artikel 7:660a (a, b en c) volgt op haar beurt artikel 7:658a (leden 1, 2 en 3). E. Verhulp, 'Commentaar art. 7:658b BW', in: P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten, E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, aant. 1.

lid 3 BW de loonbetaling aan de werknemer kan stoppen. Het is dan aan de werknemer om de werkgever ertoe te bewegen de loonbetaling te hervatten.

Zoals hiervoor in paragraaf 7.3.2 al werd vermeld, kent ook de Wet op de ondernemingsraden (WOR) een verplichte procedure voordat de gang naar de kantonrechter openstaat. Een verzoeker moet eerst schriftelijk de bemiddeling van de bedrijfscommissie inroepen, alvorens hij zich tot de kantonrechter kan wenden op straffe van niet-ontvankelijkheid.

7.4.4 *Houding van de rechter*

In paragraaf 3.4.5 werd aangehaald wat in het eindrapport van de Staatscommissie herziening rechterlijke organisatie over de persoon van de rechter werd opgemerkt. De commissie vindt van groot belang dat de rechter door zijn persoonlijkheid en taalgebruik tot wezenlijk contact met de individuele rechtzoekende in staat is.¹¹⁵

Bij de voorgestelde wijzigingen in de organisatie van de rechtspraak werd ervoor gepleit dat het eigene van kantonrechtspraak behouden zou blijven. Zo staat in het rapport van de commissie-Deetman dat 'de verworvenheden van de kantonrechtspraak geborgd en versterkt dienen te worden'. Volgens de commissie zijn kantonrechters ervaren rechters die zijn geselecteerd op hun vaardigheid in de omgang met mondeling procederende partijen die vaak zelf zonder juridische bijstand hun zaak bepleiten.¹¹⁶ De commissie-Hofhuis merkt op dat door randvoorwaarden te stellen aan de voorgestelde competentiegrensverhoging de 'eigenheid van de kantonrechter' (en van de civiele rechter) behouden dient te worden.¹¹⁷ Hoe (en wat) er concreet geborgd moet worden en om welke randvoorwaarden het gaat, wordt niet geconcretiseerd.

Hoewel er nauwelijks empirisch onderzoek is gedaan naar het functioneren van de kantonrechter, wordt hij ook in de literatuur meestal gekarakteriseerd als de benaderbare en menselijke rechter die goed met justitiabelen kan omgaan, ook als die in persoon procederen. In december 2006 verscheen er een rapport over alledaagse communicatie in de Utrechtse zittingzaal waar – zonder de uitkomsten van dat onderzoek te veralgemeniseren – het volgende uit kan worden afgeleid.¹¹⁸ De onderzoekers rapporteren dat de kantonrechter in de door hen geobserveerde kort gedingen (vrijwel allemaal op het gebied van het arbeidsrecht en het huurrecht) actief, enigszins onconventioneel, sturend en 'kadi-achtig'¹¹⁹ optreedt.¹²⁰ In zaken

115 Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie (deel II) (Commissie-Van Zeben), Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage mei 1985, blz. 1-2.

116 *Rechtspraak is kwaliteit*, Eindrapport van de Commissie Evaluatie Modernisering Rechterlijke Organisatie, Den Haag 11 december 2006, blz. 30-31.

117 *Ruim baan voor de burger*, Rapport van de Adviescommissie verbreding kantonrechtspraak en differentiatie werkstromen (commissie-Hofhuis), 15 november 2007, blz. 22.

118 P. Ippel, S. Heeger-Hertter, *Sprekend de rechtbank, Alledaagse communicatie in de Utrechtse zittingzaal*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

119 Ik neem aan dat deze term is ontleend aan J.F. Bruinsma, *Kadi-rechtspraak in postmodern Nederland* (oratie Utrecht), Zwolle 1996. Volgens Van Dales Groot Woordenboek der Nederlandse taal is kadi de titel van een alleensprekend rechter die theoloog is en volgens de godsdienstwetten oordeelt.

120 P. Ippel, S. Heeger-Hertter, *Sprekend de rechtbank, Alledaagse communicatie in de Utrechtse zittingzaal*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, blz. 23.

die aanvangen met een dagvaarding, kan op grond van artikel 131 Rv een comparitie na antwoord worden gehouden.¹²¹ Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering regelt alleen de formele aspecten van de comparitie; de rechter bepaalt zelf hoe de comparitie ingericht wordt.¹²² Volgens de onderzoekers klopt het beeld van de lijdelijke, afstandelijke rechter niet langer. De rechter regisseert de comparitie actief en stuurt zo mogelijk aan op totstandkoming van een schikking.¹²³

Gevraagd naar hun ervaringen met comparities en ontbindingszittingen, geven justitiabelen de kantonrechter voor communicatie een hoog cijfer. Zij stellen het op prijs dat de kantonrechter met hen in gewone mensentaal communiceert.¹²⁴ Gewaardeerd wordt verder dat de in het onderzoek betrokken kantonrechters professioneel tewerkgaan, een rustige uitstraling hebben, in staat zijn de rode draad vast te houden, vriendelijk zijn, geduldig uitleggen wanneer men iets niet begrijpt, empathisch zijn en bovendien niet nors en streng zijn.¹²⁵

In een recente studie naar rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord zijn bij de afdeling civiel van twee rechtbanken (Utrecht en 's-Hertogenbosch) 150 comparities na antwoord onderzocht.¹²⁶ Opvallend is dat als één van de aandachtspunten naar aanleiding van de resultaten van deze studie wordt genoemd dat meer aandacht zou kunnen worden besteed aan *specifieke zittingsvaardigheden*, onder meer om te voorkomen dat bepaalde belangen van partijen onderbelicht blijven of dat stellingen of veronderstellingen ten onrechte aan een partij worden toegeschreven. Nu de zittingsvaardigheden van de kantonrechter worden geroemd, komt de vraag op of dit aandachtspunt ook geldt voor comparities bij de sector kanton want die zijn als zodanig in dit onderzoek niet betrokken.¹²⁷

Aanwijzingen voor de wijze waarop de (kanton)rechter zich ter zitting dient te gedragen, kunnen worden ontleend aan de handleiding regie vanaf de conclusie van

121 Is de zaak daarvoor te ingewikkeld of geven partijen bij exploit en antwoord een onvolledig beeld of te weinig feitelijke informatie en roept de kantonrechter partijen pas na de tweede schriftelijke ronde op (dus na het nemen van de conclusie van repliek en dupliek), dan wordt dat een comparitie van partijen genoemd.

122 Zo duidt de wet aan dat zowel een schikkingscomparitie (artikel 87 Rv) als een inlichtingencomparitie (artikel 88 Rv) tot de mogelijkheden behoort.

123 P. Ippel, S. Heeger-Hertter, *Sprekend de rechtbank, Alledaagse communicatie in de Utrechtse zittingzaal*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, blz. 31-32.

124 P. Ippel, S. Heeger-Hertter, *Sprekend de rechtbank, Alledaagse communicatie in de Utrechtse zittingzaal*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, blz. 40.

125 P. Ippel, S. Heeger-Hertter, *Sprekend de rechtbank, Alledaagse communicatie in de Utrechtse zittingzaal*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, blz. 43.

126 J. van der Linden, *Zitten, luisteren en schikken, Rechtvaardigheid en doelbereik bij comparitie na antwoord*, (Research Memoranda nr. 5, jrg. 4), Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2008 (ISSN 1871-1650).

127 J. van der Linden, *Zitten, luisteren en schikken, Rechtvaardigheid en doelbereik bij comparitie na antwoord*, (Research Memoranda nr. 5, jrg. 4), Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2008, blz. 14. In het in 2010 verschenen proefschrift van Van der Linden over zittingsaanpak van rechters zijn 150 zittingen onderzocht. De kantonrechter is in dit onderzoek evenmin als een aparte 'categorie' te onderscheiden (vijf van de 150 onderzochte zittingen betroffen een arbeidszaak), J. van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2010.

antwoord.¹²⁸ De handleiding is bedoeld als intern handboek voor de rechtspraak en bevat een aantal 'best practices' die moeten worden gelezen als aanwijzingen.

Vastgesteld kan worden dat de handleiding op veel punten gelijkluidend is voor de sectoren civiel en kanton, maar dat de kantonrechter op onderdelen meekrijgt zich actief en praktisch op te stellen. Dat komt overeen met het beeld dat van hem bestaat en hangt samen met het feit dat verplichte procesvertegenwoordiging ontbreekt. Zo wordt de kantonrechter aangemoedigd een actieve, sturende rol te spelen bij het verzamelen van juridisch relevante feiten wanneer de justitiabele in persoon procedeert¹²⁹ en vergt volgens de handleiding het feit dat (één der) partijen zonder gemachtigde procederen (procedeert) van de kantonrechter bij een comparitie een actieve opstelling.¹³⁰

De ruimte voor eigen inbreng is ook terug te vinden in het landelijke procesreglement voor de civiele rol van de kantonsectoren, ook wel de Rolregeling kantonsectoren – kortweg RRK¹³¹ – genoemd.¹³²

7.4.5 Kosten

Met procederen zijn kosten gemoeid. Zo moet voor het voeren van de procedure zelf griffierecht worden voldaan en riskeert de partij die door de rechter in het ongelijk wordt gesteld een proceskostenveroordeling.

(Hoge) kosten kunnen een drempel vormen wanneer de rechtzoekende voor de beslissing staat of hij een zaak aan de rechter zal voorleggen.¹³³ In het navolgende wordt weergegeven hoe het gesteld is met griffierechten en de proceskostenveroordeling in de arbeidsrechtelijke procedure. In kantonzaken is geen sprake van verplichte procesvertegenwoordiging, zodat de kosten voor professionele rechtsbijstand verder onbesproken blijven. Bedenk daarbij wel, dat bij een proceskostenveroordeling ten behoeve van een wederpartij met rechtsbijstand die kosten via een omweg toch een rol kunnen spelen.

128 Te vinden op Rechtspraak.nl/Naar de rechter/Landelijke regelingen/Sector kanton. De handleiding is opgesteld op grond van informatie uit de gerechten alsmede advocatuur en wetenschap en is goedgekeurd door het Landelijk Overleg Voorzitters Civiele sectoren (LOVC) en het Landelijk Overleg kantonsectorvoorzitters (LOK). De handleiding was in eerste instantie gemaakt ten behoeve van de civiele sectoren; de kantonsectoren hebben zich er in 2006 bij aangesloten. De handleiding verwijst naar rechtsregels, maar vormt zelf geen recht.

129 Paragraaf 1.1, 1. Inleiding.

130 Paragraaf 1.1, 4. Selectiecriteria.

131 In werking getreden op 1 juli 2003, Staatscourant 19 juni 2003, nr. 115. De meest recente versie is te vinden op www.rechtspraak.nl.

132 Artikel 1.4 RRK formuleert het aldus: 'Voor alle in deze regeling opgenomen bepalingen geldt dat daarvan kan worden afgeweken, indien zulks naar het oordeel van de rechter in het belang is van een goede procesorde of noodzakelijk is voor een goede instructie van de zaak, alsook indien het onverkort vasthouden aan de bepalingen zou leiden tot een onredelijke vertraging van de procedure of strijd met wettelijke bepalingen'. In het landelijke rolreglement civiel is opgenomen dat de rechtbank van het reglement kan afwijken, indien de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven. Zie voor rolregelingen verder paragraaf 7.5.1.

133 In welke mate de prijs bepalend is voor de keuze om al dan niet te procederen, is niet helemaal duidelijk; zie R. Eshuis, 'Waar ligt de grens?', in: *De kantonrechter en/of de civiele rechter van de toekomst*, De Rechtspraak, 1 november 2010, blz. 38.

1. Griffierechten

Het griffierecht omvat een bijdrage van de procespartijen in de kosten van de rechtspraak.¹³⁴ Met ingang van 1 november 2010¹³⁵ is een nieuw griffierechtenstelsel in werking getreden, waarbij onder meer is overgegaan naar een systeem van vaste tarieven in alle categorieën zaken, een vast laag tarief voor on- en minvermogenden en inning van het griffierecht aan het begin van de procedure.¹³⁶

In een dagvaardingsprocedure is eiser net als de verzoeker in een verzoekschrift-procedure, maar evenzeer gedaagde/verweerder op grond van artikel 3 Wet griffierechten burgerlijke zaken (hierna: Wgbz) griffierecht verschuldigd. Een uitzondering wordt gemaakt voor de gedaagde/verweerder in kantonzaken: op grond van artikel 4 lid 1 sub b en lid 2 sub a Wgbz wordt in de procedure bij de kantonrechter van de gedaagde/verweerder geen griffierecht geheven.

Waar natuurlijke personen bij de sector kanton afhankelijk van het beloop van de vordering € 73, € 207 dan wel € 437 betalen, gaat het bij de sector civiel om bedragen van € 267, € 821 dan wel € 1 436.¹³⁷ Dat maakt vanuit kostenperspectief de sector kanton laagdrempeliger dan de sector civiel.

In 2010 werd in de financiële bijlage bij het Regeerakkoord opgenomen dat de rechtspraak per 2013 bekostigd zou moeten worden door degenen die er gebruik van maakten.¹³⁸ Daartoe werd op 3 november 2011 wetsvoorstel 33 071¹³⁹ ingediend, dat vorm gaf aan deze gedachte van 'kostendekkende griffierechten'. In het beoogde nieuwe stelsel werden in eerste aanleg de tarieven gedifferentieerd naar de vraag of de zaak zou dienen voor de kantonrechter, een andere civiele kamer van de rechtbank of de bestuursrechter. Ook in het nieuwe stelsel zou een kantonzaak goedkoper blijven dan een civiel handelszaak, zij het dat de griffierechten bij kanton wel (iets) werden verhoogd.¹⁴⁰ Gehandhaafd bleef dat de gedaagde of belanghebbende in

134 Van oudsher betalen rechtzoekenden een deel van de kosten van een gerechtelijke procedure door middel van griffierecht. Het andere deel wordt betaald door alle belastingbetalers, Kamerstukken II 2011-2012, 33 071, nr. 3, blz. 1.

135 Besluit van 26 oktober 2010 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet griffierechten burgerlijke zaken, *Stb.* 2010, 726. De nieuwe, vaste tarieven zijn met ingang van 1 november 2010 van kracht voor dagvaardingszaken waarvan de eerste roldatum op of na 1 november 2010 is gelegen. Voor verzoekschriften geldt het nieuwe griffierecht indien het verzoekschrift wordt ingediend op of na 1 november 2010. De heffing en incasso van griffierechten gebeuren vanaf 1 januari 2011 aan het begin van de juridische procedure.

136 Wet van 30 september 2010 tot invoering van een nieuw griffierechtenstelsel in burgerlijke zaken (Wet griffierechten burgerlijke zaken), *Stb.* 2010, 715. Deze wet vervangt de Wet Tarieven in burgerlijke zaken.

137 Zie de tabel behorend als bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, stand van zaken 10 april 2012. De bedragen kunnen jaarlijks met ingang van 1 januari bij regeling van de minister van Veiligheid en Justitie worden gewijzigd, voor zover de consumentenprijsindex daartoe aanleiding geeft: art. 2 Wgbz.

138 Kamerstukken II 2010-2011, 32 417, nr. 15, blz. 45 en 47.

139 Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Wet griffierechten burgerlijke zaken en enige andere wetten in verband met de verhoging van griffierechten, Kamerstukken II 2011-2012, nr. 2.

140 De staffels voor kantonzaken worden als volgt voorgesteld: in handelszaken tot € 500 geldt het algemene minimumstandaardtarief van € 125, in de categorie financieel belang tussen € 500 en € 5000 bedraagt het griffierecht € 300 en in zaken boven de € 5000 is het griffierecht € 500. In handelszaken komen er vijf categorieën; in geschillen met een financieel belang van niet meer dan € 100 000 bedraagt het volledig griffierecht € 750, in zaken tussen de € 100 000 en € 350 000 is het volledig griffierecht € 1 500; Kamerstukken II 2011-2012, 33 071, nr. 3, blz. 22.

kantonzaken geen griffierecht hoefde te betalen.¹⁴¹ Wetvoorstel 33 071 is na de val van het kabinet Rutte in april 2012 in de Eerste Kamer gestrand.¹⁴²

2. Proceskostenveroordeling

Volgens artikel 237 Rv wordt de partij die bij het vonnis in het ongelijk wordt gesteld in de kosten van de procedure veroordeeld. De kosten mogen geheel of gedeeltelijk worden gecompenseerd wanneer partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld. De proceskosten bestaan uit een bijdrage in het salaris van de rechtshulpverlener en uit de door de wederpartij gemaakte kosten en/of verschotten. Hieronder vallen onder meer de explootkosten en het griffierecht, alsmede kosten van beslag, getuigenverhoren etc.¹⁴³

Een afwijking van deze regel vormt artikel 7:629a lid 6 BW, dat bepaalt dat de werknemer in een procedure tot doorbetaling van loon alleen in de kosten van de werkgever als bedoeld in artikel 237 Rv wordt veroordeeld in geval van kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht. Blijkens de MvT is het doel van deze regel ervoor te zorgen dat de werknemer niet door financiële drempels ervan wordt weerhouden zijn recht op loonbetaling zo nodig voor de rechter af te dwingen.¹⁴⁴

Op grond van artikel 289 Rv kan de kantonrechter ook in een verzoekschriftprocedure een veroordeling in de proceskosten uitspreken.

Aanbeveling 3.8 van de Kring van Kantonrechters houdt in dat voor de gemaakte kosten van rechtsbijstand in de verzoekschriftprocedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst geen extra vergoeding wordt toegekend, tenzij deze tussen partijen is overeengekomen. In de toelichting bij deze aanbeveling wordt hiervoor als reden gegeven, dat advocaatkosten niet behoren tot de kern van de in een ontbindingsprocedure aan de orde zijnde problematiek en dat de beoordeling daarvan buiten de procedure dient te blijven.¹⁴⁵

Tot slot verdient artikel 22a WOR vermelding. In rechtsgedingen tussen de ondernemer en de ondernemingsraad kan de ondernemingsraad niet in de proceskosten worden veroordeeld. De achtergrond van die regel is dat bij een proceskostenveroordeling de vraag opkomt wie de ondernemingsraad is en uit welke middelen de raad de proceskostenveroordeling zou moeten betalen. Theoretisch zouden de individuele leden van de ondernemingsraad aangesproken kunnen worden, maar het is duidelijk dat een eventuele proceskostenveroordeling van de individuele leden

141 Kamerstukken II 2011-2012, 33 071, nr. 3, blz. 5 en 18. Dat neemt overigens niet weg, dat een verliezende gedaagde wel in de kosten van de procedure – waaronder het verhoogde griffierecht – kan worden veroordeeld, J.M. Wisseborn, 'Over (kostendekkende) verhoogde griffierechten', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2012/1, blz. 5-6.

142 De plannen van het kabinet Rutte (ingezet door het kabinet Balkenende IV) om een kostendekkend griffierechtenstelsel in te voeren zijn in het zogenoemde Lente-akkoord' van 26 april 2012 teruggedraaid.

143 D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, paragraaf 10.11.1.

144 Kamerstukken II 1995-1996, 24 439, nr. 3, blz. 65.

145 Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters inzake toepassing art. 7:685 BW, inwerkingtreding 1 januari 2009, Aanbeveling 3.8. en de toelichting daarop.

de ondernemingsraad niet stimuleert om zich tot de rechter te wenden. Artikel 22a WOR heeft duidelijkheid gebracht en de toegang tot de rechter voor de ondernemingsraad verruimd door het ecarteren van dit risico.

7.4.6 Geografische bereikbaarheid

In 2002 zijn de zelfstandige kantongerechten opgeheven en als sector kanton ondergebracht bij de rechtbanken.¹⁴⁶ Dat had nauwelijks consequenties voor de geografische bereikbaarheid: de meeste kantonlocaties bleven gehandhaafd, al dan niet als nevenvestigings- of nevenzittingsplaats. De wet herziening gerechtelijke kaart, die met ingang van 1 januari 2013 in werking is getreden, heeft wel ingrijpende veranderingen gebracht.¹⁴⁷

Met ingang van die datum is het aantal rechtbanken teruggebracht van 19 naar 10 en zal het stelsel van nevenlocaties worden opgeheven.¹⁴⁸ In plaats daarvan zullen bij algemene maatregel van bestuur voor elk gerecht zittingsplaatsen worden aangegeven. Dat brengt met zich mee, dat een groot aantal relatief kleine locaties, voormalige kantongerechten, niet behouden kunnen blijven. Daarvan zal een flink aantal op termijn gesloten worden. Dat heeft gevolgen voor de bereikbaarheid van kantonrechtspraak. Ook rechtspraak in arbeidszaken komt zo verder van de rechtzoekende af te staan.¹⁴⁹

7.4.7 Conclusie

In het licht van laagdrempeligheid als criterium voor goede arbeidsrechtspraak is het afzien van wettelijk verplichte procesvertegenwoordiging een terechte keuze. Hoewel partijen in arbeidszaken er vaak voor kiezen zich in de procedure te laten vertegenwoordigen,¹⁵⁰ pleit dat niet voor de invoering van een *verplichting* tot procesvertegenwoordiging. Het feit dat de rechtzoekende de keuze heeft of hij zich laat vertegenwoordigen en door wie – een advocaat of een vertegenwoordiger van zijn vakbond of rechtsbijstandsverzekering –, maakt de drempel om zich tot de rechter te wenden lager. Dat is van groot belang bij conflicten die iemands bestaanszekerheid

146 Bij de Wet organisatie en bestuur gerechten, *Stb.* 2001, 582.

147 *Stb.* 2012, 313. Inwerkingtreding 1 januari 2013, *Stb.* 2012, 314.

148 Vanaf 1 januari 2013 zijn er geen 5 gerechtshoven meer, maar 4.

149 Zie verder paragraaf 4.3.5

150 E.M. Wesseling-van Gent, *Het civiele geding in de toekomst* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987, blz. 65-66; L.H.A.J.M. Quant, *Verplichte procesvertegenwoordiging en andere kostbare zaken* (oratie Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1995, blz. 19-20; B.C.J. van Velthoven, *Civiele rechtspraak in eerste aanleg, Een eerste stap op weg naar kwantificering van de maatschappelijke betekenis van de rechtspraak*, Raad voor de rechtspraak 2005, paragraaf 4.7. Uit dit onderzoek blijkt dat in dagvaardingsprocedures in arbeidszaken van de eisers 30% voor vertegenwoordiging door een advocaat kiest, 20,7% voor vertegenwoordiging door een deurwaarder en 48,7% voor een andere vorm van vertegenwoordiging. Voor de gedaagde partij is dat respectievelijk 19,8%, 4,8% en 24%. In ontbindingsprocedures kiezen verzoekers in 38,9% voor vertegenwoordiging door een advocaat, in 0,1% voor vertegenwoordiging door een deurwaarder en in 55,1% voor een andere vorm van vertegenwoordiging. Voor verweerders is dat respectievelijk 29,5%, 0% en 59,8%.

raken, zeker nu uit onderzoek blijkt dat bij problemen op het werk beslechting van het gerezen geschil (toch al) relatief vaak achterwege blijft.¹⁵¹

Hoe minder formaliteiten, des te laagdrempeliger de procedure. Toch hoeft het afschaffen van bepaalde formaliteiten niet tot gevolg te hebben dat barrières worden geslecht, gezien de ervaringen met de formulierdagvaarding. Blijkbaar hebben justitiabelen hulp nodig bij ingewikkelde zaken zoals het voor de rechter brengen van een geschil. Dat is in lijn met het hiervoor gesignaleerde feit dat de meeste partijen bij een arbeidsgeschil zich in rechte laten vertegenwoordigen, hoewel daartoe geen verplichting bestaat. In het licht van het feit dat partijen in juridische geschillen dienen te voldoen aan een gemotiveerde stelplicht op straffe van verlies van de procedure (zelfs zonder kans om nog bewijs te leveren), is dat een verstandige keuze.

Laagdrempeligheid wordt dus niet alleen bereikt door voorschriften los te laten en de autonomie van partijen te vergroten, maar vereist blijkbaar proportionaliteit tussen het afzien van onnodige formaliteiten en het voorzien in een bepaalde mate van (bege)leiding. Als het proces eenmaal is aangevangen, kan de rechter die leiding bieden. Aldus beschouwd, vertoont het criterium laagdrempeligheid raakvlakken met de vraag naar de mate van lijdelijkheid van de arbeidsrechter (zie paragraaf 7.6).

De deformalisering die aan het nieuwe burgerlijk procesrecht ten grondslag heeft gelegen biedt elke rechtzoekende, maar zeker degene die in persoon procedeert, bescherming tegen vormfouten en dat is positief in het licht van de criteria voor arbeidsrechtspraak.

Onverplichte voorprocedures kunnen laagdrempeligheid bevorderen, wanneer de rechtzoekende via zo'n voorprocedure zonder al te veel plichtplegingen een adequaat oordeel kan verkrijgen. Uit het feit dat klagers zich na de procedure bij commissie gelijke behandeling (CGB) in de meeste gevallen niet meer tot de rechter wenden, kan worden opgemaakt dat de CGB een positieve rol vervult, zij het dat de rechtzoekende om tenuitvoerlegging van het oordeel te bewerkstelligen bij een onwillige werkgever toch nog de rechter zal moeten inschakelen. Die is vrij om van het oordeel van de CGB af te wijken en doet dat ook regelmatig.¹⁵²

Verplichte voorprocedures werken vertragend¹⁵³ en verhogen daarmee de drempel om de rechter in te schakelen. Dat is niet zozeer een probleem wanneer het volgen

151 B.C.J. van Velthoven, M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtingdelta 2003, Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC 2004, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, blz. 128

152 Komt de zaak na het oordeel van de CGB toch bij de rechter, dan blijkt dat die het oordeel van de commissie lang niet altijd overneemt. Volgens De Jong en Nicolai wordt slechts één van de vijf oordelen van de CGB door de rechter gevolgd, A.K. de Jongh, M.G. Nicolai, 'Commissie Gelijke Behandeling: een goed alternatief voor de rechter', *ArbeidsRecht* 2003-11, blz. 25-29. Vooral lagere rechters stellen het oordeel van de commissie ongemotiveerd terzijde, C.E. van Vleuten, L. Willems, 'Commissie gelijke behandeling in de AWGB' in: I.P. Asscher-Vonk, C.A. Groenendijk (hoofddred.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, blz. 280.

153 Hiervoor is opgemerkt dat het verkrijgen van een deskundigenoordeel van het UWV zo'n 3 tot 4 weken duurt. In een reactie gaf het UWV aan een afdoeningstermijn van twee weken niet realistisch te vinden en een voorstander te zijn van een wettelijke normtijd van vier weken: brief van 21 december 2005, kenmerk SB/68569.

van de voorprocedure een duidelijke meerwaarde heeft voor de afdoening bij de rechter. De indruk bestaat dat daarvan bij de deskundigenprocedures bij het UWV niet altijd sprake is. Op de vraag waar het om gaat – is de werknemer wel of niet ziek – wordt vaak geen eenduidig antwoord gegeven.

Wanneer de rechter moet oordelen in kwesties waarbij de gezondheid van de werknemer een rol speelt, zal hij moeten nagaan of en in hoeverre de gezondheidstoestand van de werknemer met bepaalde juridische verplichtingen interfereert. Daartoe dient hij te beschikken over een objectieve medische rapportage, die de gezondheidstoestand van de werknemer in relatie tot het werk schetst. Medische voorprocedures kunnen dus niet gemist worden, maar het zou wel beter moeten.

De procedure bij in kantonzaken steekt wat de kosten voor de partijen betreft gunstig af tegen de procedure bij de civiele rechter. De gedaagde/verweerder in kantonzaken betaalt geen griffierecht, het griffierecht dat de eiser/verzoeker betaalt is lager dan bij in civiele zaken en er is geen verplichte procesvertegenwoordiging, zodat de kosten voor rechtshulp lager uitvallen. In het licht van de toegankelijkheid van de procedure is dat positief, het maakt de drempel om de rechter te benaderen lager.

Laagdrempeligheid heeft ook te maken met geografische bereikbaarheid van de rechtspraak. De herindeling van de gerechtelijke kaart leidt tot de opheffing van een aantal oude kantonlocaties. De minister van Justitie zag dat niet als probleem: we leven, aldus de minister, niet meer in de tijd van paard en wagen, maar in het tijdperk van de digitale snelweg in het kleine en dichtbevolkte Nederland. Het kan dus grootschaliger, maar 'met oog voor de menselijke maat'.¹⁵⁴ Daarbij past mijns inziens een belangrijke kanttekening. Hoezeer Nederland en de positie van burgers ook veranderd zijn in vergelijking met de tijd dat de gerechtelijke kaart tot stand kwam, toch mag niet uit het oog worden verloren dat een grotere afstand tot het gerecht kan zorgen voor (extra) psychologische en financiële drempels. In bepaalde kantonzaken kan die drempel voor de individuele rechtzoekende onoverkomelijk blijken.¹⁵⁵

7.5 Snelheid

Snelheid speelt in arbeidsrechtelijke procedures een belangrijke rol. Partijen bij een arbeidsgeschil willen op korte termijn weten waar ze aan toe zijn. Het (te) lang uitblijven van een beslissing kan de verhoudingen tussen partijen (verder) doen

¹⁵⁴ Brief van de minister van Justitie Hirsch Ballin aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 20 november 2009, Kamerstukken II 2009-2010, 29 279, nr. 97, blz. 5.

¹⁵⁵ Ik denk niet zozeer aan arbeidszaken, maar aan (kleine) geldvorderingen die bij de kantonrechter terechtkomen. Voor bepaalde groepen rechtzoekenden – personen die geconfronteerd worden met verschillende problemen tegelijk: geen werk, schulden, relatieproblemen, (kleine) criminaliteit – kan zelfs een buskaartje een (te) grote uitgave vormen.

verslechteren, praktische problemen opleveren en de zin aan een beslissing ontnemen.¹⁵⁶

Het tempo van een procedure wordt door diverse factoren beïnvloed zoals de (proces)houding van partijen, de complexiteit van het geschil, de wijze waarop de rechter omgaat met termijnen – ook met de eigen termijnen, met name die voor de bepaling van de comparitie/mondelinge behandeling –, de regels van procesrecht en de tijd die de rechter neemt voor het concipiëren van het vonnis of de beschikking.

De regels en uitgangspunten van procesrecht worden in paragraaf 7.5.1 aan het criterium snelheid gerelateerd.

Rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst is een gangbare wijze van beëindiging.¹⁵⁷ In paragraaf 7.5.2 komt de ontbindingsprocedure aan de orde.

Bij de vormgeving van de ontbindingsprocedure van artikel 7:685 BW heeft snelheid een belangrijke rol gespeeld. De ontbinding verloopt langs de weg van een verzoekschriftprocedure. Ook de procedures op grond van de WOR zijn verzoekschriftprocedures en wijken in dat opzicht af van bijvoorbeeld loonvorderingen en vorderingen op grond van bijzondere bedingen die bij dagvaarding worden aangebracht en de daarop betrekking hebbende procesregels volgen.

De verzoekschriftprocedure geldt als sneller, goedkoper en laagdrempeliger dan de dagvaardingsprocedure, hoewel wel wordt aangenomen dat de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure steeds meer naar elkaar toe zijn gegroeid.¹⁵⁸ Het verschil in snelheid heeft overigens niet zozeer te maken met het inleidend processtuk – dagvaarding of verzoekschrift – maar is mede terug te voeren op artikel 279 Rv, waarin staat dat in verzoekschriftprocedures meteen een behandeling wordt bepaald. In dagvaardingsprocedures moet eerst op de rol worden geantwoord voordat (eventueel) een comparitie na antwoord wordt gelast. In het licht van de criteria voor arbeidsrechtspraak zou dat er ofwel voor pleiten om van alle procedures in het arbeidsrecht (opnieuw) verzoekschriftprocedures te maken, ofwel wettelijk te

156 Een voorbeeld van dat laatste is een uitspraak van het gerechtshof Leeuwarden van 31 mei 2006 (JAR 2006/154, RAR 2006/137, LJN AX6395). In eerste instantie had de kantonrechter vervangende toestemming verleend voor de invoering van een nieuwe werktijdregeling. De werktijdregeling trad in werking met ingang van 9 januari 2005. Toen het gerechtshof op 31 mei 2006 in hoger beroep oordeelde dat vervangende toestemming achterwege had moeten blijven en dat het besluit van de ondernemer nietig was, voegde het daar aan toe dat er evenwel 'onvoldoende zwaarwegende gronden aanwezig zijn om de ondernemer te verplichten zich te onthouden van handelingen die strekken tot uitvoering of toepassing van de werktijdregeling' omdat die al gold vanaf januari 2005. Daarmee had de tijd het recht ingehaald.

157 In 2004 werden 72.011 ontbindingsverzoeken ingediend, in 2005 waren dat er 67.608, in 2006 nog 54.213, in 2007 29.983, in 2008 23.556 en in 2009 in totaal 29.854; de cijfers zijn ontleend aan de Jaarrapportage Ontslagstatistiek van het ministerie van Sociale zaken en Werkgelegenheid. De scherpe daling in 2007 heeft te maken met het feit dat als gevolg van de versoepeling van het begrip verwijtbare werkloosheid het aantal formele ontbindingsbeschikkingen – beschikkingen uitsluitend afgegeven met het oog op het veiligstellen van de werkloosheidsuitkering – sterk afnam.

158 Asser is van mening dat de verschillen tussen beide procedures nog steeds significant zijn, W.D.H. Asser, 'De taakopvatting van de civiele rechter', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, blz. 31.

bepalen dat kort na ontvangst van het inleidend processtuk een mondelinge behandeling plaatsvindt conform het bepaalde in artikel 7:685 lid 6 BW.

In de hervormingsvoorstellen uit het eindrapport fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht wordt eveneens gesuggereerd het model van de dagvaardingsprocedure te verlaten. Een van de aanbevelingen in dit rapport is de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure in elkaar te schuiven tot één basismodel.¹⁵⁹ Bij de beraadslagingen over de modernisering van de rechterlijke macht werd de hartenkreet geuit: 'Schaf de dagvaardingsprocedure af. 40 jaar verzoekschriftprocedure in echtscheidingszaken heeft aangetoond dat dagvaarden geen enkele meerwaarde heeft'.¹⁶⁰

Doordat in het arbeidsrecht de dagvaardings- en de verzoekschriftprocedure naast elkaar zijn voorgeschreven, kunnen bepaalde vorderingen niet in één procedure aanhangig worden gemaakt. Zo kan in een ontbindingsprocedure niet in reconventie een vordering tot betaling van loon of tot beperking van een concurrentiebeding worden ingesteld. Dat pleit ervoor dat in het arbeidsrecht het inleidend processtuk wordt geüniformeerd.

Wanneer voor partijen in een (dagvaardings)procedure snelle afdoening bepalend is, kunnen zij zich tot de rechter wenden door middel van een spoedprocedure, waarop in paragraaf 7.5.3 ingegaan zal worden.

7.5.1 *Procesrecht, lagere regelingen & verjaringstermijnen*

Procesrecht

Dat een speciaal procesrecht voor arbeidszaken ontbreekt, betekent dat in procedures bij de kantonrechter de regels van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing zijn.¹⁶¹ In de Memorie van Toelichting bij wetsontwerp 26 855 dat leidde tot de Wet Herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken¹⁶² werd het streven naar efficiency als één van de uitgangspunten van het nieuwe procesrecht genoemd. Volgens de Memorie dienen civiele procedures, onder handhaving van het gewenste kwaliteitsniveau, een voor alle gebruikers acceptabele duur te hebben.¹⁶³ Om dit te bereiken is met ingang van 1 januari 2002 een aantal processuele veranderingen doorgevoerd. Twee daarvan zijn in het licht van het criterium snelheid het vermelden waard.

159 W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, *Uitgebalanceerd, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, Aanbeveling 11.8.2 onder a en b, blz. 185-186.

160 Senator Quik-Schuijt, Stenografisch verslag vergadering Eerste Kamer 10 mei 2011, waar (onder meer) de Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie ter sprake kwam, blz. 21.

161 Tussen 30 december 1991 en 1 januari 2002 bestonden wel eigen procedureregels voor kantonzaken, zie hierover H.J. Snijders, M. Ynzonides en G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 235-236 en de daar aangehaalde literatuur alsmede C.G. Scholtens (red.), *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, Arbeidszaken*, Deventer: Gouda Quint 2000.

162 Voluit Wet Herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg, Wet van 4 december 2001, *Stb.* 2001, 580.

163 Kamerstukken II 1999-2000, 26 855, nr. 3, blz. 6-8.

Met ingang van 1 januari 2002 moet het exploit van dagvaarding de tegen de eis aangevoerde weren bevatten – de zogenoemde substantiëringsplicht – alsmede de bewijsmiddelen en mogelijke getuigen vermelden – de zogenoemde bewijsaandraagplicht – om ervoor te zorgen dat de rechter in een vroeg stadium een volledig beeld van het geschil krijgt (artikel 111 lid 3 Rv).

Verder is de comparitie na antwoord een soort scharnierpunt in de civiele procedure geworden. Artikel 131 Rv bepaalt dat een comparitie wordt bevolen, tenzij de rechter oordeelt dat de zaak daarvoor niet geschikt is. Het is aan de rechter gelaten om te oordelen of een zaak zich leent voor een comparitie, de wetgever heeft daarvoor geen criteria gegeven. Na een comparitie na antwoord vinden slechts repliek/dupliek plaats wanneer de rechter dat nodig acht (artikel 132 lid 2 Rv). Pleidooi vindt plaats op verzoek van één der partijen (artikel 134 lid 1 Rv). De rechter mag pleidooi weigeren wanneer hij zich door de comparitie voldoende geïnformeerd acht. Die beslissing is – anders dan de beslissing om al dan niet te compareren – appellabel en dient te worden gemotiveerd.

Wanneer in een procedure door de rechter geen gelegenheid wordt geboden voor repliek en dupliek en door partijen wordt afgezien van pleidooi zal de snelheid van afdoening (sterk) toenemen.

Is de rechter de actieve regisseur van de zitting of laat hij partijen werktuigelijk de zaak uitprocederen? En wordt in het merendeel van de zaken een comparitie bevolen zoals de wetgever voor ogen stond?

De hiervoor reeds genoemde studie naar rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord – niet specifiek gericht op de sector kanton – komt uit op een hoog percentage zaken (tussen de 90 en 95%) dat voor comparitie na antwoord werd geselecteerd bij de afdeling handelszaken van twee onderzochte rechtbanken.¹⁶⁴ Navraag onder kantonrechters wijst er op dat dit percentage bij arbeidszaken die worden ingeleid met een dagvaarding¹⁶⁵ lager ligt. Desgevraagd zeggen de bij dit onderzoek betrokken kantonrechters dat het percentage in arbeidszaken bij de sector kanton eerder rond de 50 ligt. Als een van de redenen wordt genoemd dat slechts een comparitie wordt gelast wanneer dat volgens de behandelende kantonrechter iets toevoegt. Wanneer arbeidszaken bij de rechter komen, is het stadium van praten en schikken vaak al voorbij, hetgeen voor de rechter een reden kan zijn om af te zien van een comparitie.

Hoe het wettelijke regelkader in de praktijk uitwerkt, hangt dus voor een belangrijk deel af van de manier waarop de rechter omgaat met de ruimte die de voorschriften bieden.

164 J. van der Linden, *Zitten, luisteren en schikken, Rechtvaardigheid en doelbereik bij comparitie na antwoord*, (Research Memoranda nr. 5, jrg. 4), Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2008 (ISSN 1871-1650). Onderzocht zijn de afdeling handelszaken van de rechtbanken Utrecht en 's-Hertogenbosch.

165 In (arbeidsrechtelijke) verzoekschriftprocedures vindt op grond van artikel 279 lid 1 Rv en artikel 7:685 lid 6 BW altijd een mondelinge behandeling plaats.

Er wordt verschillend omgegaan met de abstracte regels uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, die nader zijn uitgewerkt in de binnen de rechtspraak ontwikkelde reglementen en handleidingen.¹⁶⁶ Er bestaan landelijke rolregelingen,¹⁶⁷ een handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord (hiervoor reeds gememoreerd in paragraaf 7.4.4) en procesreglementen voor verzoekschriftprocedures en kort gedingen. Er zijn aparte rolregelingen voor de sectoren civiel en kanton, ook de procesreglementen maken onderscheid tussen procedures bij de sector civiel en die bij de sector kanton.

Rolregelingen en procesreglementen

Wanneer een zaak aanhangig is, bepalen termijnen mede de voortgang ervan. Het maakt verschil of een procespartij binnen een week moet reageren of daar een maand de tijd voor heeft. Dat geldt ook voor de vraag of uitstel verkregen kan worden en zo ja, onder welke condities. Volgens artikel 133 Rv stelt de (rol)rechter de termijnen voor het nemen van conclusies vast en bepaalt hij of uitstel mogelijk is. Nadere regels dienaangaande zijn als gezegd te vinden in rolregelingen of procesreglementen.

Nederland kent verschillende zogenoemde collectieve rechtersregelingen – producten van rechterlijke samenwerking – die formeel niet binden, maar vaak door de rechter worden gevolgd.¹⁶⁸ Het landelijke procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken, afgekort tot RR,¹⁶⁹ en het landelijke procesreglement voor de civiele rol van de kantonsectoren, ook wel de Rolregeling kantonsectoren – kortweg RRK – genoemd¹⁷⁰ zijn daar voorbeelden van.¹⁷¹ In beide reglementen worden termijnen voor het verrichten van proceshandelingen, het nemen van rolbeslissingen en het wijzen van vonnis geregeld. Opvallend is, dat een aantal termijnen genoemd in het RRK

¹⁶⁶ De meeste zijn te vinden op www.rechtspraak.nl/Naar de rechter/Landelijke regelingen. De reglementen die ik heb onderzocht zijn verzameld in de periode voor 1 januari 2013. Daarom wordt nog verwezen naar de indeling in sectoren.

¹⁶⁷ De rol is een register bij het gerecht waarin zaken die zijn ingeleid met een dagvaarding bij binnenkomst worden geregistreerd. In het systeem wordt aantekening gehouden van de proceshandelingen die in de betreffende zaak (moeten) worden verricht. In feite is de rol dus niets meer dan een registratiesysteem en een kalender.

¹⁶⁸ zie o.m. H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nrs 14 en 26 en de door hen aangehaalde literatuur, L.A.M. van Dijke, 'Samenwerking door kantonrechters en A.H.J. Schmidt, ICT en samenwerking bij kantonrechtspraak', in: C.P.M. Cleiren en G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Kluwer: Deventer 2001, resp. blz. 163 e.v. en blz. 171 e.v.; K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004; B.M. Dijksterhuis, *Rechters normeren de alimentatiehoogte: een empirisch onderzoek naar rechterlijke samenwerking in de werkgroep Alimentatienormen (1975-2007)* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2008. Zie voor kritische kanttekeningen W.F. Hendriksen, 'Rechterlijke samenwerking in het civiel recht. Enige opmerkingen met betrekking tot het rolreglement', in: C.P.M. Cleiren en G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, blz. 150

¹⁶⁹ In werking getreden op 1 oktober 2000, gewijzigd 1 november 2004, Staatscourant 8 oktober 2004, nr. 194. De recentste versie is te vinden op www.rechtspraak.nl.

¹⁷⁰ In werking getreden op 1 juli 2003, Staatscourant 19 juni 2003, nr. 115. De meest recente versie is te vinden op www.rechtspraak.nl.

¹⁷¹ Sedert de inwerkingtreding van de Wet OBG en de Wet Raad op 1 januari 2002 (zie paragraaf 3.6.2) is het een taak van de Raad voor de rechtspraak om ondersteuning te bieden aan activiteiten van gerechten die gericht zijn op uniforme rechtstoepassing en bevordering van de juridische kwaliteit, zie artikel 94 Wet RO.

korter is dan in het RR.¹⁷² Blijkbaar wordt bij de sector kanton meer dan bij de sector civiel ingezet op de voortgang van de procedure.

De procesreglementen voor verzoekschriftprocedures bij civiel en kanton zijn onderverdeeld naar het soort verzoekschriftprocedures.¹⁷³ Gedetailleerde vergelijking van de verschillende soorten procesreglementen voert te ver, hier volgen een paar algemene opmerkingen.

In een verzoekschriftprocedure is op grond van artikel 279 lid 1 Rv mondelinge behandeling regel (tenzij de rechter zich meteen onbevoegd verklaart of het verzoek toewijst), bepalingen omtrent die mondelinge behandeling zijn dus ook in de diverse reglementen terug te vinden. In de reglementen ontbreekt een uitgebreide regeling van termijnen. Meestal kan de verweerder of andere belanghebbende tot kort voor de mondelinge behandeling zijn verzoekschrift indienen.¹⁷⁴ Bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt uitspraak gedaan op een termijn van ten hoogste drie weken na de mondelinge behandeling, die op grond van artikel 7:685 lid 6 BW plaatsvindt binnen vier weken na indiening van het ontbindingsverzoek.¹⁷⁵ Daaruit kan worden afgeleid dat wordt gehecht aan een vlotte afhandeling van dit type zaken.

Zowel in het RRK/RR als in de procesreglementen voor verzoekschriftprocedures is bepaald dat afwijking van de gestelde termijnen mogelijk is. Of afwijking wordt toegestaan, hangt af van de behandelend rechter.¹⁷⁶ Daarmee ligt de voortgang van de procedure uiteindelijk toch in zijn handen.

Verjaringstermijnen

Naast termijnen voor het verrichten van proceshandelingen zijn in het civiele procesrecht nog andere termijnen waarmee rekening moet worden gehouden zoals dagvaardingstermijn, verzettermijn, appeltermijn en cassatietermijn. Deze termijnen zijn voor civiele zaken en kantonzaken gelijk en worden hier niet verder besproken.¹⁷⁷

Een heel ander soort termijn is de verjaringstermijn. De mogelijkheid om een subjectief recht ten overstaan van de rechter te effectueren – ook wel het ‘ius agendi’ genoemd – kan wegvallen. Dat gebeurt onder meer door tijdsverloop, de bevrijdende

172 Zo staat voor het verrichten van een proceshandeling in artikel 2.9 RRK vier weken en in artikel 2.7 RR zes weken. Ook de termijn voor vonnis verschilt: volgens artikel 2.12 RRK bedraagt de termijn waarop vonnis wordt gewezen vier weken, artikel 6.4 RR heeft het over zes weken.

173 Voor de sector kanton zijn dat bijvoorbeeld Europeesrechtelijke verzoeken, familierechtelijke verzoeken, erfrechtelijke verzoeken, kwesties van bewind, curatele en mentorschap, huur en pacht, voor de sector civiel wordt onder meer onderscheiden tussen procedures op grond van Boek 2, 3, 4, 7 en 8 BW.

174 Dat past bij het informele karakter van de verzoekschriftprocedure. Hoewel de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure in de loop der tijd steeds meer naar elkaar zijn toegesloegen geldt de verzoekschriftprocedure nog steeds als informeler, sneller en goedkoper; zie hierover onder meer, H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 295.

175 Zie artikel 2.8.1.5 Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken sector kanton en Aanbeveling 1.2 van de aanbevelingen van de kring van kantonrechters inzake toepassing artikel 7:685 BW, in werking getreden op 1 januari 2009.

176 Dat de rechter de vrijheid heeft om van het landelijk procesreglement af te wijken wordt bevestigd in HR 3 december 2010, LJN BO0197.

177 Zie de artikelen 114-117, 143 lid 1, 339 en 426 Rv.

verjaring.¹⁷⁸ Hoewel regels over verjaring te vinden zijn in het materiële recht en niet in het procesrecht zal ik er toch kort bijilstaan.

Als de wet niets anders bepaalt, verjaart een rechtsvordering twintig jaar na haar ontstaan (artikel 3:306 BW). Een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst verjaart vijf jaar nadat de vordering opeisbaar is geworden (artikel 3:307 lid 1 BW).¹⁷⁹ De rechtsvordering tot schadevergoeding vervalt in het algemeen vijf jaar nadat de schade aan de gelaedeerde bekend is (artikel 3:310 lid 1 BW).

Ten aanzien van schade als gevolg van beroepsziekten heeft de Hoge Raad geoordeeld dat niet uit te sluiten valt dat bij ziekten die zich pas na langere tijd openbaren, na verloop van de verjaringstermijn nog een vordering wordt toegevoegd.¹⁸⁰ Het moet daarbij wel gaan om uitzonderlijke gevallen. Daarvan is volgens de Hoge Raad sprake wanneer onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken (hier: de blootstelling aan asbest) inderdaad tot schade (hier: de ziekte mesotheliom) zal leiden, die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en in die zin naar haar aard verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken.¹⁸¹

De verjarings- en vervalltermijnen¹⁸² voor het arbeidsrecht zijn te vinden in boek 7 titel 10 BW en in verschillende bijzondere (arbeidsrechtelijke) wetten.¹⁸³ Het voert te ver hier alle termijnen op te sommen en ik verwijs naar de literatuur dienaangaande.¹⁸⁴ Bij bestudering van de verschillende termijnen in het licht van het criterium snelheid valt wel een en ander op.

Termijnen voor het vorderen van schadevergoeding op grond van een beroepsziekte of bedrijfsongeval, of voor een actie op grond van overtreding van artikel 7:611 BW en onrechtmatige daad kunnen oplopen tot 30 jaar en langer.¹⁸⁵ Voor het instellen van een loonvordering (wanneer bijvoorbeeld de hoogte van het uitbetaalde bedrag betwist wordt maar de onderliggende arbeidsverhouding niet ter discussie staat) dan wel het vorderen van niet-betaalde vakantiebijslag staat in de meeste gevallen een termijn van vijf respectievelijk twee jaar. Het invoeren van de nietigheid of vernietigbaarheid van de opzegging moet gebeuren binnen twee dan wel zes maanden na de opzegging. Het vorderen van een (volledige of gefixeerde)

178 H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 61.

179 Bij verontreiniging van lucht is de verjaringstermijn dertig jaar, artikel 3:310 lid 2 BW.

180 HR 28 april 2000, NJ 2000/430, JAR 2000/122, LJN AA5635 (Erven van Hese/Schelde) en NJ 2000/430, JAR 2000/122, LJN AA5635 (Erven Rouwhof/Eternit).

181 H.J. Snijders, 'Verjaring van aan de schuldeiser onbekende rechtsvorderingen', *NTBR* 2009, 48.

182 Bij verval gaat niet alleen het ius agendi maar ook het daaraan ten grondslag liggende subjectieve recht teniet.

183 Boek 3 BW bevat de algemene verjaringstermijnen.

184 D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, paragraaf 10.2; M. van Eck, 'Verjarings- en vervalltermijnen in het arbeidsovereenkomstenrecht', *ArbeidsRecht* 2000-4, nr. 22; M. van Eck, 'Verjarings- en vervalltermijnen in het arbeidsovereenkomstenrecht (2)', *ArbeidsRecht* 2000-6/7, nr. 36; M. van Eck, 'Verjarings- en vervalltermijnen in het arbeidsovereenkomstenrecht: een updating', *ArbeidsRecht* 2003-3, nr. 15; R.C.M. Andriessen, 'Verjarings- en vervalltermijnen in het arbeidsovereenkomstenrecht (4)', *ArbeidsRecht* 2005-4, nr. 25.

185 Zie hierover onder meer R.C.M. Andriessen, 'Verjarings- en vervalltermijnen in het arbeidsovereenkomstenrecht (4)', *ArbeidsRecht* 2005-4, nr. 25.

schadevergoeding bij onregelmatige opzegging of een schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijke opzegging alsmede herstel van de arbeidsovereenkomst moet plaatsvinden binnen zes maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst feitelijk is geëindigd.

Een schriftelijk verzoek tot aanpassing van de arbeidsduur op grond van de WAA kan tot vier maanden voor de beoogde ingangsdatum en de werkgever moet zijn beslissing dienaangaande uiterlijk een maand voor de gevraagde ingangsdatum nemen. Wijziging van de afgesproken uren bij ouderschapsverlof kan tot vier weken voor de afgesproken ingangsdatum.

Uit het voorgaande overzicht valt op te maken dat bij vorderingen op grond van arbeidsrechtelijke regels snelheid geboden is waar dat redelijkerwijs kan. Zo moet gemiddeld genomen binnen zes maanden duidelijk zijn of er vorderingen bestaan die de afwikkeling van de arbeidsrelatie betreffen. Op grond van de WAA en de wettelijke regeling van ouderschapsverlof moeten partijen binnen enige maanden weten wat over en weer de rechten en verplichtingen zijn. Voor het instellen van vorderingen tot betaling van loon of vakantiebijslag kan een ruimere termijn worden genomen omdat die vorderingen het voortbestaan of de inhoud van de arbeidsrelatie niet raken en slechts de (correcte) financiële afwikkeling aan de orde is.

7.5.2 De ontbindingsprocedure van artikel 7:685 BW

Op grond van artikel 7:685 lid 1 BW is ieder der partijen bij een arbeidsovereenkomst te allen tijde bevoegd zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden. De ontbindingsprocedure is een verzoekschriftprocedure. Bij de parlementaire behandeling van de Wet op de arbeidsovereenkomst werd dienaangaande opgemerkt, dat 'de gewone regelen van procesrecht voor een aantal geschillen uit de arbeidsovereenkomst voortspruitende veel te omslachtig en tijdrovend zijn. Reeds het voorschrift van de dagvaarding met al hare formele vereisten vormt eene groote belemmering'.¹⁸⁶

Dat de ontbindingsprocedure gericht is op het tot stand komen van een spoedige beslissing is al terug te vinden in de Memorie van Toelichting uit 1907.¹⁸⁷ Nog steeds wordt algemeen aangenomen dat de kantonrechter bij een ontbindingsprocedure op relatief korte termijn een billijkheidsoordeel geeft. Zo is te vinden in de toelichting bij aanbeveling 1.1. van de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters dat

¹⁸⁶ A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Belinfante 1909, deel IV, blz. 286.

¹⁸⁷ 'Ten einde een spoedige beslissing te bevorderen is de procedure bij verzoekschrift voorgeschreven, met uitsluiting van de rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie, behalve cassatie in het belang der wet. Tegen uitsluiting bestaat te minder bezwaar, nu het hier niet zozeer geldt de beslissing van een rechtsstrijd, als wel de vaststelling eener billijke regeling door den onpartijdige rechter', A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Belinfante 1909, deel IV, blz. 261. Visser gaat in op de vraag of de overwegingen van de wetgever van 1907 nog kunnen worden gebruikt voor de ontbindingsprocedure in de maatschappij van nu; E.T. Visser, 'Een gewichtige reden om te bewijzen', *ArbeidsRecht* 2004/12, blz. 35 e.v.

‘naar algemeen wordt aangenomen de snelle duidelijkheid een van de belangrijkste overwegingen voor partijen is om te kiezen voor de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW’.¹⁸⁸

Snelheid wordt in de ontbindingsprocedure op verschillende manieren bereikt.

In de eerste plaats is de procedure kort. Volgens aanbeveling 1.1 van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters is de tijd tussen ontvangst van het verzoekschrift en de verzending van de beschikking in beginsel niet langer dan acht weken. In de toelichting bij de aanbevelingen wordt gezegd dat die termijn een streeftermijn is, waarbij bijzondere omstandigheden aanleiding kunnen geven tot een langere duur van de procedure. Uit deze formulering kan worden opgemaakt dat een langere duur een uitzondering dient te zijn.

Het feit dat het om een verzoekschriftprocedure gaat, betekent dat na het indienen van het verzoek- en verweerschrift een mondelinge behandeling volgt, waarna de rechter uitspraak doet (zie de artikelen 279 lid 1, 282 en 286 Rv). In principe ontbreekt een tweede schriftelijke ronde (zoals in de dagvaardingsprocedure), hetgeen tijdswinst oplevert.

Tot slot wordt in lid 11 van artikel 7:685 BW de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie uitgesloten. De kantonrechter doet dus in eerste en enige instantie uitspraak in ontbindingszaken.¹⁸⁹

Snelheid versus zorgvuldigheid?

Een van de criteria voor arbeidsrechtspraak is snelheid, maar onder de voorwaarde dat daarbij de *zorgvuldigheid* niet in het gedrang komt. Bij het nader bestuderen van de ontbindingsprocedure blijkt dat snelheid en zorgvuldigheid met elkaar in botsing kunnen komen.

In dat licht komt als eerste de vraag op naar de mogelijkheden voor bewijslevering. Sedert 1 januari 2002 is op grond van artikel 284 lid 1 Rv de regeling met betrekking tot bewijs in dagvaardingsprocedures van overeenkomstige toepassing op verzoekschriftprocedures, behoudens voor zover de aard van de zaak zich hiertegen verzet.¹⁹⁰ Van dat laatste is volgens de memorie van toelichting sprake in geval van ‘conservatoire maatregelen, spoedeisende (cursivering YE) artikel 7:685-procedures en

¹⁸⁸ Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters inzake toepassing artikel 7:685 BW, in werking getreden op 1 januari 2009.

¹⁸⁹ In bijzondere gevallen kan het appelverbod doorbroken worden. Treedt de kantonrechter buiten het toepassingsgebied van artikel 7:685 BW (m.a.w. past hij het ten onrechte toe), verzuimt hij essentiële vormen in acht te nemen of laat hij het artikel ten onrechte buiten toepassing, dan is hoger beroep/cassatie wel toegestaan, HR 4 april 1986, NJ 1986/549, LJN AB8721 (Franssen/Safe Sun). Op de pro's en contra's van hoger beroep in ontbindingszaken ga ik hier verder niet in. Zie daarover bijvoorbeeld C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, paragraaf 13.2.4 en de daar genoemde literatuur.

¹⁹⁰ Op het oog gaat de nieuwe bepaling aanzienlijk verder dan haar voorgangster, die slechts een aantal artikelen van overeenkomstige toepassing verklaarde. Al sedert de invoering ervan echter in 1988 werd het (destijds nieuwe) bewijsrecht geheel toegepast in verzoekschriftprocedures, met name in contentieuze verzoekschriftprocedures. Om die reden wordt in de MvT ten aanzien van artikel 284 lid 1 Rv opgemerkt dat er geen goede reden aanwezig is om bepaalde bewijsrechtelijke voorschriften nog uitdrukkelijk van overeenkomstige toepasselijkheid op de verzoekschriftprocedure uit te zonderen, Kamerstukken II 1999-2000, 26 855, nr. 3, blz. 157. Zie ook C.M.H. Kroeks, ‘Bewijsrecht in ontbindingsprocedures’, *ArbeidsRecht* 2000/4, nr. 21, blz. 4.

voorlopige voorzieningen'.¹⁹¹ Er lijkt dus onderscheid gemaakt te worden tussen spoedeisende en niet spoedeisende ontbindingen.¹⁹² Wanneer de wetgever van mening was geweest dat ontbindingszaken uit de aard der zaak spoedeisend zijn, dan had de toevoeging van het woord 'spoedeisend' immers niet voor de hand gelegen; de vermelding van art.7:685-procedures zou dan hebben volstaan.¹⁹³

Gevolg hiervan is dat de beslissing omtrent de toepasselijkheid van bewijsregels in de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter ligt.¹⁹⁴ Hoe gaat die daarmee om?

Hoewel het op grond van art. 284 lid 1 Rv juridisch mogelijk is, bieden rechters in ontbindingsprocedures doorgaans weinig ruimte voor het formeel horen van getuigen in verband met de gerichtheid op snelheid.¹⁹⁵ In de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters wordt wel naar de mogelijkheid van getuigenbewijs verwezen.¹⁹⁶ De kantonrechter is niet gehouden op een bewijsaanbod door middel

191 Kamerstukken II 1999-2000, 26 855, nr. 3, blz. 158.

192 zie ook C.C.M.H. Kroeks, 'Bewijsrecht in ontbindingsprocedures', *ArbeidsRecht* 2000/4, nr. 21, blz. 6 en S.W. Kuip, 'De vernieuwde verzoekschriftprocedure in eerste aanleg', *Praktisch Procederen* 2002/1, blz. 41; Anders M. Ynzonides, 'Bewijzen in de ontbindingsprocedure', *Sociaal Recht* 2000-11, blz. 346-347 en A.I.M. van Mierlo, in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak (red.), *Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2002, blz. 544-545.

193 Veelzeggend lijkt eveneens dat art. 284 lid 1 Rv bij het formuleren van een voorbehoud spreekt van de 'aard van de zaak' en niet (meer) van de 'aard van de procedure' zoals in het eerdere wetsvoorstel 24 651. Dat rechtvaardigt de conclusie dat spoedeisendheid per *zaak* en niet per *procedure* beoordeeld dient te worden. In die zin ook E.T. Visser, 'Een gewichtige reden om te bewijzen', *ArbeidsRecht* 2004/12, blz. 40. Anders H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, blz. 232-234. Alt gaat echter bij het formuleren van zijn standpunt in dezen ten onrechte uit van de voorlaatste formulering van artikel 284 lid 1 Rv ("procedure" in plaats van het recentere "zaak"). Zeer uitgebreid hierover D.M.A. Bij de Vaate, *Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure: deel 2 het bewijsrecht*, Arbac mei 2012 (www.arbac.nl) met reactie Alt en naschrift.

194 In feite is dat al zo sedert 1988, zie Kamerstukken II 1999-2000, 26 855, nr. 3, blz. 157.

195 Vgl. Ktr. Middelburg 16 oktober 2003, *JAR* 2004/142, *LJN* AP4714, Ktr. Amsterdam 28 november 2003, *JAR* 2004/74, *LJN* AO8403, Ktr. Amsterdam 16 april 2004, *JAR* 2004/121, *LJN* AP1257, Ktr. Nijmegen 3 maart 2005, *JAR* 2005/72, *LJN* AS8529.

De kantonrechter Dordrecht (6 augustus 2007, *LJN* BB3186) besloot wel tot het horen van getuigen in de ontbindingsprocedure.

196 In de toelichting bij Aanbeveling 1.1 van de Kring van Kantonrechters wordt opgemerkt dat bijzondere omstandigheden, *ter beoordeling van de kantonrechter*, aanleiding kunnen geven tot een langere duur van de procedure. Daarbij wordt expliciet verwezen naar het houden van een getuigenverhoor.

van een getuigenverhoor in te gaan.¹⁹⁷ Het in het geding brengen van schriftelijke getuigenverklaringen past wel binnen de ontbindingsprocedure.¹⁹⁸

Sinds het arrest Baijings/H¹⁹⁹ heeft de ontbindingsvergoeding in beginsel exclusieve werking. Dit houdt in, dat alle aanspraken op grond van de redelijkheid en billijkheid die verband houden met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in beginsel in de ontbindingsvergoeding verdisconteerd dienen te worden, tenzij de rechter uitdrukkelijk gemotiveerd bepaalde aanspraken buiten zijn eindoordeel laat. Dit gegeven in combinatie met het feit dat de rechtzoekende maar één rechtsgang (zonder de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie) tot zijn beschikking heeft, maakt het van groot belang dat relevante feiten in de procedure voldoende aannemelijk worden. Daar kan de schoen gaan wringen: wanneer (getuigen)bewijs niet wordt toegelaten – en daardoor bepaalde aanspraken onvoldoende onderbouwd kunnen worden – klemmt dat extra wanneer hoger beroep niet mogelijk is en evenmin nog een bodemzaak over een bepaalde kwestie gestart kan worden.²⁰⁰

7.5.3 Spoedprocedures

Er bestond er een speciale voorlopige-voorzieningenprocedure bij de kantonrechter, de procedure op grond van 116 (oud) Rv. Die procedure is met ingang van 1 januari 2002 afgeschaft.²⁰¹ Dat lag niet aan de kantonrechters: in de Memorie van Toelichting

197 Zo overwoog de Hoge Raad in de uitspraak Boukacem/Martinair dat het bij de ontbindingsprocedure gaat om een eenvoudige, op een spoedige beslissing gerichte verzoekschriftprocedure, waarin de rechter beslist zonder aan de wettelijke bewijsregels te zijn gebonden zodat *in beginsel* zonder het houden van getuigenverhoren op het verzoek kan worden beslist, HR 22 november 1996, NJ 1997/205, JAR 1996/251, LJN ZC2208. Enige jaren later bepaalde de Hoge Raad dat het *op ontoereikende gronden* passeren van een bewijsaanbod niet kon leiden tot een doorbreking van het appèlverbod van art. 7:685 lid 11 BW, maar de Raad herhaalde in deze uitspraak niet dat de wettelijke bewijsregels in de ontbindingsprocedure *niet* gelden, HR 5 maart 1999, NJ 1999/676, JAR 1999/74, LJN ZC2865. Daaruit is door sommigen wel afgeleid dat voor het wettelijk bewijsrecht in de ontbindingsprocedure sedertdien een grotere rol is weggelegd, A.J. Swelheim, 'Appèl en cassatie ex artikel 7:685 BW: een vierde inventarisatie', *ArbeidsRecht* 1999/12, blz. 21; C.M.H. Kroeks, 'Bewijsrecht in ontbindingsprocedures', *ArbeidsRecht* 2000/4, nr. 21, blz. 5. Een complicerende factor bij die laatste uitspraak was, dat de vraag of de rechter het aanbod tot het leveren van getuigenbewijs mocht weigeren, moest worden beantwoord in het licht van de doorbreking van het appèlverbod van art. 7:685 lid 11 BW. In de woorden van Swelheim: de kantonrechter die het wettelijk bewijsrecht in de ontbindingsprocedure niet toepast maakt zijn beslissing daarmee niet appellabel, maar doet het vermoedelijk wel fout.

198 Er mag niet worden volstaan met het aanbod tot het overleggen van schriftelijk bewijs, het bewijs moet daadwerkelijk worden overgelegd: M. Ynzonides, 'Bewijzen in de ontbindingsprocedure', *Sociaal Recht* 2000-11, blz. 347.

199 HR 24 oktober 1997, JAR 1997/248, LJN AM1905. Zie voor een opsomming van de verschenen arbeidsrechtelijke literatuur over de 'Baijingsleer' A.M. Luttmer-Kat, 'Commentaar art. 7:678 BW', in: P.F. van der Heijden (Ed.), *Arbeidsovereenkomst (losbladig)*, Deventer: Kluwer, aantekening 19.2.4.

200 Zie hierover onder meer E.T. Visser, 'Een gewichtige reden om te bewijzen', *ArbeidsRecht* 2004/12, blz. 35 en F.B.J. Grapperhaus, 'Dude, where's my arbeidsprocesrecht', *Sociaal Recht* 2008-9, blz. 235.

201 Zie voor meer informatie over deze procedure de in H.J. Snijders, M. Ynzonides en G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002 in voetnoot 3 bij nr. 235 aangehaalde literatuur. Let wel, als die zich voltrekt binnen de kaders van een lopende bodemzaak bestaat op grond van art. 223 Rv de mogelijkheid van een voorlopige voorziening nog steeds.

bij wetsontwerp 26 855 wordt opgemerkt dat '(...) sommige kantonrechters momenteel op grond van artikel 116 Rv beslissingen nemen met een veel verder strekkender karakter dan de president in kort geding, terwijl hun beslissingen in tegenstelling tot die van de president in kort geding door het ontbreken van toetsing door een hogere rechter met minder waarborgen zijn omgeven'.²⁰² Mogelijk is dat één van de redenen waarom sedert 1 januari 2002 volwaardige kort-gedingrechtspraak bij de kantonrechter bestaat.²⁰³

Artikel 254 lid 1 Rv bepaalt dat 'in alle spoedeisende zaken waarin, gelet op de belangen van partijen, een *onmiddellijke voorziening bij voorraad* wordt vereist, de voorzieningenrechter bevoegd is deze te geven'. Het vierde lid voegt daar aan toe: 'In zaken bedoeld in artikel 93 is ook de kantonrechter bevoegd tot het geven van een voorziening als in deze afdeling bedoeld. Daarbij is op de kantonrechter van toepassing hetgeen omtrent de voorzieningenrechter is bepaald'.

In alle zaken die onder de competentie van de kantonrechter vallen is dus ook een kort geding mogelijk bij de kantonrechter. De eiser kan een kantonzaak echter ook aan de voorzieningenrechter voorleggen omdat er sprake is van een door de wet geboden keuzemogelijkheid. Voor het kort geding bij de kantonrechter geldt dat beide partijen in persoon kunnen procederen. De procedure is verder gelijk aan die voor de handelsrechter die als voorzieningenrechter optreedt.

Over de drijfveren van partijen bij het bepalen van de keuze alsmede de aantallen arbeidszaken die in kort geding bij voorzieningenrechter²⁰⁴ dan wel de kantonrechter terechtkomen, is weinig bekend.²⁰⁵ Er wordt wel gezegd dat partijen in individuele arbeidsgeschillen vooral naar de kantonrechter gaan; bij collectieve arbeidsgeschillen, waaronder zaken over collectieve actie, richten partijen zich meestal tot de voorzieningenrechter.²⁰⁶ Dat laatste hangt waarschijnlijk samen met het feit dat de juridische grondslag van deze conflicten meestal een vordering op grond van onrechtmatige daad is.

Uit cijfers van het CBS kan worden opgemaakt dat er in kort geding bij de sector civiel (iets) meer zaken worden aangebracht dan bij de sector kanton, waarbij de verschillen in de jaren 2007-2009 groter zijn dan in de jaren 2001-2006.²⁰⁷

202 Kamerstukken II 1999-2000, 26 855, nr. 3, blz. 145.

203 Tonkens-Gerkema wijst in dit licht op de goede ervaringen met de 116-uitspraken. Volgens haar betoonden kantonrechters zich al snel na invoering van artikel 116 Rv volwaardige kort gedingrechters, W. Tonkens-Gerkema, *De arbeidsrechter*, Tweede JAR Lustrum 29 november 2002, blz.14.

204 In het spraakgebruik nog vaak aangeduid als 'president in kort geding'.

205 Er zijn wel cijfers over *aantallen* zaken, maar daarbij wordt niet vermeld om welk *soort* zaken het gaat.

206 W. Tonkens-Gerkema, *De arbeidsrechter*, Tweede JAR Lustrum 29 november 2002, blz. 13.

207 Bron: <http://statline.cbs.nl>.

Jaar	Sector kanton	Sector civiel
2001	13.000	15.000
2002	11.400	14.900
2003	13.000	14.000
2004	13.400	13.800
2005	12.500	13.900
2006	11.000	13.500
2007	19.700	13.800
2008	19.600	14.200
2009	10.400	15.300

De aantallen zaken die zijn geëindigd met een eindvonnis ontlopen elkaar in beide sectoren niet veel.²⁰⁸

Jaar	Sector kanton	Sector civiel
2001	8.500	6.100
2002	6.700	6.600
2003	8.100	6.400
2004	8.200	6.100
2005	7.500	6.300
2006	6.800	6.300
2007	5.700	6.400
2008	5.500	6.900
2009	5.800	7.100

Blijkbaar wordt er door de voorzieningenrechter ook geschikt of komen partijen nadat een zittingsdatum is bepaald alsnog tot een regeling.

Om welk soort zaken het gaat, wordt uit de cijfers niet duidelijk.

Voor kort gedingen bij de sector kanton is sedert 1 april 2011 een procesreglement kort gedingen rechtbanken sector kanton van toepassing.²⁰⁹ Er is ook een

²⁰⁸ Bron: <http://statline.cbs.nl>.

²⁰⁹ Staatscourant 2011, 4211. De meest recente versie van het reglement is te vinden op www.rechtspraak.nl, onder het kopje 'naar de rechter', 'landelijke regelingen', 'sector kanton'.

procesreglement kort gedingen rechtbanken sector civiel/familie.²¹⁰ De reglementen zijn voor het grootste deel gelijklopend.²¹¹ Het belangrijkste verschil tussen beide reglementen is het ontbreken van bepalingen omtrent procesvertegenwoordiging bij kanton.

Het reglement voor civiel bevat verder een aantal bijlagen, waaronder een lijst met de gebruikelijke duur van de terechtzitting en uitspraakdagen en uitspraaktijdstippen. Het reglement kanton heeft dergelijke bijlagen niet. Blijkbaar kon of wilde men voor de sectoren kanton niet vastleggen wat de gebruikelijke tijd voor een behandeling ter zitting is of wanneer uitspraak wordt gedaan. Dat suggereert dat de kantonrechter op dit gebied wat meer vrijheid heeft. Beide reglementen bepalen verder in dezelfde bewoordingen dat de rechter kan afwijken van het reglement, indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven.

7.5.4 Conclusie

Conflicten tijdens een dienstverband vragen snelle afdoening want het is meestal van groot belang om de verhouding tussen partijen niet (nog meer) te laten verslechteren.

Snelheid is eveneens belangrijk wanneer het gaat om het beëindigen van de arbeidsrelatie: de werknemer wil weten of hij op zoek moet naar een andere baan en hoe zijn financiële situatie na ontslag eruit zal zien, terwijl de werkgever wil weten of en wanneer hij de vacature kan vervullen en welke financiële gevolgen het ontslag voor hem heeft.

De wettelijke procedureregels en de uitwerkingen daarvan bieden de kantonrechter voldoende ruimte voor een spoedige afdoening van de zaak. Afwijking van gestelde termijnen valt binnen de beslissingsbevoegdheid van de rechter, veel hangt af van de wijze waarop hij met die bevoegdheid omgaat.

De ontbindingsprocedure van artikel 7:685 BW is van oudsher gericht op snelheid.

Hiervoor is er al op gewezen dat bepaalde vorderingen niet in het kader van de ontbindingsprocedure kunnen worden afgedaan, wanneer voor die vorderingen de dagvaardingsprocedure is voorgeschreven. Het werkt vertragend wanneer naast de ontbindingsprocedure nog een andere (dagvaardings) procedure moet worden gevoerd (al worden beide procedures zo mogelijk tegelijk behandeld).

Een ander probleem is, dat in de ontbindingsprocedure weinig ruimte is voor feitenonderzoek waardoor de zorgvuldigheid in het gedrang kan komen. In paragraaf 7.7 worden voorstellen geformuleerd om de bewijsmogelijkheden te vergroten zonder de voortgang van de procedure te veel te belemmeren.

Op grond van artikel 254 Rv kan de rechtzoekende kiezen of hij zich in spoedeisende arbeidszaken tot de kantonrechter dan wel tot de voorzieningenrechter wendt. Ik zie geen goede redenen waarom die keuzemogelijkheid gehandhaafd zou moeten

210 Versie december 2010, te vinden op www.rechtspraak.nl, onder het kopje 'naar de rechter', 'landelijke regelingen', 'sector civiel'.

211 In het reglement voor civiel is opgenomen dat de voorzieningenrechter gedurende de terechtzitting de aanspreektitel van president in kort geding draagt. Een dergelijke bepaling ontbreekt in het reglement voor kanton: de kantonrechter blijft ook in kort geding de kantonrechter.

worden: juist in kort geding moet de rechter snel tot een gedegen, zij het *voorlopig*²¹² oordeel komen. Het lijkt me het meest logisch om daarvoor de rechter bevoegd te maken die ook in niet-spoedeisende situaties over de zaak oordeelt.²¹³

7.6 Procesvaardigheid en proceshouding

7.6.1 Uitgangspunt civiel procesrecht

De lijdelijkheid²¹⁴ van de civiele rechter, ook wel aangeduid als het uitgangspunt van de partijautonomie, heeft jaren gegolden als een leidend beginsel binnen het civiele proces.²¹⁵ Over lijdelijkheid wordt verschillend gedacht. Volgens sommigen wordt lijdelijkheid steeds minder als een hoofdbeginsel van burgerlijk procesrecht beschouwd.²¹⁶

Voor de beantwoording van de vraag bij wie de zeggenschap over de omvang van het geschil berust dient onderscheiden te worden tussen het bepalen van de omvang van de rechtsstrijd enerzijds, en het voeren van de regie over de procedure en het verloop daarvan anderzijds. In de aanloop naar het nieuwe procesrecht²¹⁷ (dat met ingang van 1 januari 2002 tot diverse al eerder gememoreerde wijzigingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering leidde²¹⁸) wordt door de regering opgemerkt dat de rechter lijdelijk is ten aanzien van de *aanvang* van de procedure en de *omvang* van het geschil. Dat vloeit voort uit het algemene uitgangspunt van het burgerlijke recht dat rechtssubjecten vrij zijn zelf hun rechtspositie te bepalen. Aan de lijdelijkheid van de rechter is geen behoefte waar het 'privaatrechtelijk zelfbeschikkingsrecht' van partijen niet aan de orde is. Ten aanzien van het *verloop* en de *instructie* van de zaak is de rechter derhalve niet lijdelijk en hoeft hij dat volgens de wetgever uit het oogpunt van een evenwichtige verhouding tussen de rechter en de partijen ook niet te zijn.²¹⁹

212 Partijen zijn altijd gerechtigd het oordeel van de bodemrechter te vragen, zie artikel 257 Rv. Vonnissen moeten gerespecteerd worden, totdat de bodemrechter eventueel anders heeft beslist.

213 Ik heb overigens geen aanwijzingen gevonden dat de voorzieningenrechter in arbeidszaken onvoldoende presteert; naar dergelijke aanwijzingen heb ik ook niet gezocht.

214 Volgens Bosch-Boesjes bestaat over de inhoud van het begrip lijdelijkheid in de literatuur geen eenstemmigheid, maar is wel een aantal gemeenschappelijke kenmerken te onderscheiden. Zij constateert dat lijdelijkheid een begrip is dat iets zegt over de mate van zeggenschap die de rechter met betrekking tot diverse terreinen van het proces heeft of behoort te hebben, J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991, blz. 7-9.

215 Zie hierover onder meer J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1987; J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991; 'De lijdelijkheid van de rechter ter discussie', *Trema* 1994, nr. 9 (met bijdragen van diverse auteurs) alsmede de procesrechtelijke handboeken.

216 *Gericht Verplicht*, Advies van de Commissie herijking omvang verplichte procesvertegenwoordiging (Commissie-Van Delden), juli 1997, blz. 24-25. Snijders noemt de burgerlijke rechter een 'uiterst bedrijvig persoon', H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 42.

217 Kamerstukken II 1999-2000, 26 855, nr. 3.

218 Wet van 6 december 2001 tot herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg, *Stb.* 2001, 580.

219 Kamerstukken II 1999-2000, 26 855, nr. 3, blz. 6.

Ten aanzien van de taakopvatting van de civiele rechter wijst Asser op de driehoeksrelatie die het civiele proces in feite is: de activiteit van de rechter is ingebed in zijn verhouding tot beide partijen en die van de partijen ten opzichte van elkaar.²²⁰

Het 'nieuwe' procesrecht geeft de rechter bepaalde bevoegdheden, maar het zijn de partijen die de rechter kunnen aansporen van die bevoegdheden gebruik te maken. De waarheidsplicht van artikel 21 Rv brengt mee dat partijen ook ten opzichte van elkaar aanspraak kunnen maken op volledigheid en waarheid. Onder de vlag van de lijdelijkheid worden in werkelijkheid gewichtige taken toegekend aan de gedingvoerende partijen.²²¹ Juist op dit punt kan in arbeidszaken de schoen gaan wringen. Een kenmerk van arbeidsrelaties is de fundamentele ongelijkheid van partijen en die werkt door in het proces.

7.6.2 De arbeidsrechter en de lijdelijkheid

Aan het begin van dit hoofdstuk is de vraag opgeworpen in hoeverre de kantonrechter op het punt van lijdelijkheid ten opzichte van de civiele rechter een eigen positie inneemt. Hoewel de kantonrechter regelmatig wordt opgevoerd als actieve rechter, is empirisch onderzoek hierover niet voorhanden. Daarom zal hierna worden nagegaan of de regels van procesrecht de kantonrechter de mogelijkheid bieden zich actief op te stellen wanneer het soort zaak of het type procespartij daarom vraagt.²²²

Waar het de *grenzen van de procedure* betreft, moet de civiele rechter – dus ook de kantonrechter – laveren tussen de opdracht tot het ambtshalve (op eigen initiatief) aanvullen van de rechtsgronden (artikel 25 Rv) en het verbod op het aanvullen van feiten/feitelijke grondslag (de artikelen 149 lid 1 en 24 Rv).²²³ Het moge duidelijk zijn dat de scheidslijn tussen feit en rechtsgrond niet altijd even scherp is. Volgens artikel 23 Rv beslist de rechter over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht, niet meer maar ook niet minder.

Binnen de aldus door de wetgever toegestane ruimte heeft de rechter mogelijkheden tot het doen van eigen onderzoek. Artikel 22 Rv maakt het mogelijk in elke fase van het geding partijen de informatie te vragen die de rechter voor de beoordeling van de zaak meent nodig te hebben. Hij kan ook ambtshalve een getuigenverhoor, een plaatsopneming of een bezichtiging gelasten.²²⁴ Bij een getuigenverhoor is het de

220 W.D.H. Asser, 'De taakopvatting van de civiele rechter', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, blz. 36.

221 J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1987, blz. 3.

222 Asser merkt op dat de taakopvatting van de rechter verschilt al naar gelang de aard van de zaak of de procesgang: W.D.H. Asser, 'De taakopvatting van de civiele rechter', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, blz. 27.

223 Zie hierover onder meer A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, blz. 26-31 en door hem aangehaalde literatuur; H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nrs. 42-51; Kamerstukken II 1999-2000, 26 855, nr. 3, blz. 5-6 en 49-56.

224 Op grond van art. 166 lid 1, art. 194 en art. 201 Rv.

rechter die de getuige ondervraagt²²⁵ (en partijen of haar gemachtigden toestaat van haar kant vragen te stellen).²²⁶

De *regie van het proces* is door de invoering van artikel 20 lid 1 Rv ondubbelzinnig bij de rechter gelegd die waakt voor onredelijke vertraging van de procedure en zo nodig maatregelen treft.

Hiervoor is er al op gewezen dat de rechter op grond van artikel 133 Rv de termijnen voor het nemen van conclusies vaststelt en bepaalt of uitstel mogelijk is. Vragen partijen eenstemmig om uitstel, dan volgt de rechter dit verzoek, tenzij dit zou leiden tot onredelijke vertraging van het geding (artikel 133 lid 2 Rv). Ook in de situatie dat beide partijen uitstel willen, heeft de rechter dus de mogelijkheid in het belang van de voortgang van de procedure van hun verzoek af te wijken (verwijzend naar de goede procesorde of proceseconomie).

Afgezien van de termijnbepaling drukt de rechter zijn stempel op het verloop van de procedure nu sinds 1 januari 2002 na een comparitie na antwoord slechts repliek/dupliek plaatsvinden wanneer de rechter dat nodig acht en de rechter pleidooi op verzoek van één der partijen mag weigeren wanneer hij zich door de comparitie voldoende geïnformeerd acht (zie paragraaf 7.5.1).

Bij bestudering van het RR en het RRK²²⁷ vanuit het perspectief lijdelijkheid valt op dat in de considerans bij het RRK wordt opgemerkt dat met de landelijke rolregeling niet wordt beoogd lokale regelingen onmogelijk te maken en dat het evenmin de bedoeling is om in te grijpen in de interne organisatie van de sectoren. Een dergelijke opmerking ontbreekt in de considerans van het RR. Hoewel het lijkt of daarmee de kantonrechter meer ruimte wordt gelaten voor het volgen van een eigen lijn, is die opmerking historisch te verklaren. Bij de inwerkingtreding van het RRK op 1 juli 2003 was de sector kanton nog maar anderhalf jaar 'oud' en de afzonderlijke kantongerechten bevonden zich nog middenin een proces van gewenning aan de nieuwe organisatie. Om draagvlak te creëren voor een landelijke regeling – hetgeen opnieuw een verlies van autonomie betekende – werd met zoveel woorden opgenomen dat lokaal initiatief niet in de kiem zou worden gesmoord.

Al eerder is opgemerkt dat een werknemer ook in de procedure tot op zekere hoogte afhankelijk is van zijn werkgever, al was het maar omdat die vaak de bewijsmiddelen in handen heeft (zie paragraaf 7.2.1). Dit klemmt temeer wanneer de werknemer in persoon procedeert. In die situatie kan het evenwicht in het geding alleen bewaakt en zo nodig hersteld worden door de onafhankelijke derde, de rechter. Heeft die daarvoor meer bevoegdheden nodig dan het huidige procesrecht hem geeft? Mag de rechter in arbeidsgeschillen partijen bijvoorbeeld *ambtshalve* wijzen op de

225 Op grond van art. 179 lid 1 Rv.

226 Voor meer voorbeelden van de mogelijkheden van de rechter om zich actief met het geding te bemoeien zie H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 42.

227 Het landelijke procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken, afgekort tot RR, en het landelijke procesreglement voor de civiele rol van de kantonsectoren, ook wel de Rolregeling kantonsectoren – kortweg RRK – genoemd, zie paragraaf 7.5.1.

mogelijkheid haar stellingen en feiten aan te vullen en mag hij *zelf* feiten aanvullen zolang ter zake wordt voldaan aan de eis van hoor en wederhoor? Partijen bepalen de omvang van het rechtsgeschil, maar in hoeverre is de rechter in arbeidszaken gebonden aan de eensluidende stellingen van partijen dan wel haar eensluidende uitleg van de (arbeids)overeenkomst?

Vooropstaat dat de grenzen van een goede procesorde (en de proceseconomie) de bandbreedte bepalen waarbinnen de rechterlijke interventie zich moet bewegen. De rechter mag zich nooit laten verleiden tot actief meeprocederen. Partijen zijn dominae litis en de rechter blijft in dat opzicht lijdelijk.

Het gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel wordt in het burgerlijk procesrecht geoperationaliseerd door regels te stellen die ervoor moeten zorgen dat partijen in de procedure gelijke kansen hebben. Een van de manieren waarop de gelijkheid tussen partijen kan worden bevorderd, is het verplichtstellen van procesvertegenwoordiging. Ontbreekt die verplichting, zoals bij kantonzaken, dan moet de rechter ervoor zorgen dat eventuele ongelijkheid wordt gecompenseerd.²²⁸

Wanneer de rechter zich actief bemoeit met de feitelijke en juridische grondslagen van het geschil, geeft hem dat meer armslag in de procedure, maar het brengt ook een gevaar mee voor aantasting van zijn onpartijdigheid.²²⁹ Is er een ruime bevoegdheid, maar kan de rechter niet worden aangesproken op het gebruiken daarvan, dan is er al snel sprake van willekeur.²³⁰ In welke situaties wijst hij partijen immers wel op leemten en wanneer doet hij dat niet? Zolang partijautonomie en lijdelijkheid geen plaats hebben gemaakt voor een gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen,²³¹ zal de rechter van de bevoegdheid om partijen ambtshalve te wijzen op de mogelijkheid de aangevoerde stellingen en feiten aan te vullen, spaarzaam gebruik maken. Het moet echter wel mogelijk zijn wanneer de wenselijkheid van de aanvulling evident is.

In de artikelen 149 lid 1 en 24 Rv is het verbod op het aanvullen van feiten/feitelijke grondslag vastgelegd. Hier dringt zich een parallel met het bestuursrecht op. Volgens artikel 8:69 lid 3 Awb is het de rechter in bestuursrechtelijke geschillen toegestaan ambtshalve de feiten aan te vullen. Deze bepaling is terug te voeren op de ongelijkheidscompensatie. De rechter kan van zijn discretionaire bevoegdheid gebruik maken naarmate de ongelijkheid tussen partijen groter is. Daarbij geldt wel dat hij moet blijven binnen de in het eerste lid van artikel 8:69 Awb geschetste buitengrens.²³²

228 Zie hierover ook H. Bolt, 'De lijdelijkheid van de rechter ter discussie. Actief integreren', *Trema* 1994, blz. 254.

229 Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht, brief van 12 mei 2006 opgenomen als bijlage bij Kamerstukken II 2006-2007, 30 951, nr. 1, blz. 2.

230 Brief van de minister van Justitie van 5 februari 2007, Kamerstukken II 2006-2007, 30 951, nr. 1, blz. 12.

231 W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, *Uitgebalanceerd, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

232 'De rechtbank doet uitspraak op de grondslag van het beroepsschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting'.

Hij mag dus geen feiten aan de uitspraak ten grondslag leggen waarover partijen zich in de procedure niet hebben kunnen uitlaten.²³³

Tot slot de vraag die raakt aan het hiervoor reeds gememoreerde uitgangspunt dat rechtssubjecten vrij zijn zelf hun rechtspositie te bepalen: in hoeverre is de rechter gebonden aan de eensluidende stellingen van partijen dan wel de eensluidende uitleg van de onderlinge (arbeids)overeenkomst?

Voor zover partijen haar rechtsbetrekking in vrijheid kunnen bepalen, kunnen zij die in het geding ook aan het oordeel van de rechter onttrekken.²³⁴ Aan dat uitgangspunt valt niet te tornen. Dat hoeft ook niet. Wanneer de rechter de indruk krijgt dat de werkgever ten onrechte van zijn overwicht gebruik heeft gemaakt om de werknemer ertoe te bewegen een bepaalde lezing van de feiten te ondersteunen dan wel een bepaald standpunt in te nemen, kan hij in zijn rol van procesbewaker aftasten in hoeverre dat vrijwillig is gebeurd en kan hij de werknemer tijdens het geding alsnog in de gelegenheid stellen zijn standpunt te herzien. De werknemer kan in een dergelijke situatie op grond van artikel 154 lid 2 Rv een gerechtelijke erkenning herroepen.

De grens aan de actieve houding van de rechter is eveneens aan de orde geweest in de parlementaire gedachtewisseling over het wetsvoorstel Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie.²³⁵ Naar aanleiding van dat debat is op 14 november 2011 een bijeenkomst belegd waarin de minister van Veiligheid en Justitie vanuit het perspectief van lijdelijkheid en partijautonomie met zestien rechters over kantonrechtspraak heeft gesproken. De uitkomst was dat 'de wettelijke procesregels de mogelijkheid tot een actieve aanpak van de rechter geenszins beperken'. (...) Indien een van partijen procedeert zonder advocaat, leidt de actieve opstelling van de kantonrechter er in de praktijk toe dat 'equality of arms' wordt bereikt'.²³⁶ Het is de vraag of zulke verstrekkende conclusies kunnen worden verbonden aan een dergelijke beperkt opgezette bijeenkomst, maar de geraadpleegde zestien personen hebben zich blijkbaar in die zin uitgelaten. Overigens was al eerder opgetekend dat een actievere opstelling van de rechter volledig wordt gelegitimeerd door de wettekst plus de parlementaire geschiedenis zoals die er nu ligt.²³⁷

233 T.C. Borman, 'Commentaar art. 8:69', in: P.J.J. van Buuren & T.C. Borman, *Algemene wet bestuursrecht. Tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2001, aant. 4, verwijzend naar de parlementaire geschiedenis.

234 Zie ook E.J. Numann, 'Lijdelijk integreren of geïntegreerde lijdelijkheid', *Trema* 1994, blz. 348.

235 Handelingen I 2010-2011, 32 021, nr. 26.

236 'De wettelijke procesregels beperken geenszins de mogelijkheid tot een actieve aanpak van de rechter. (...) Ik kan op basis van dit overleg niet anders dan concluderen dat de rechtspraak, en dan in het bijzonder de kantonrechtspraak, goed uit de voeten kan met de grenzen voor de rechter in civielrechtelijke zaken, zoals procesrechtelijk verankerd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering,' Handelingen I 2011-2012, 32 021, blz. 2 (Brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 2 december 2011 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal).

237 Stenografisch verslag van de vergadering van de Eerste Kamer van 10 mei 2011, waar (onder meer) de Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie ter sprake kwam, blz. 50.

7.6.3 Conclusie

Al met al lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de (kanton)rechter die zich actief wil opstellen, daartoe onder het huidige procesrecht voldoende mogelijkheden heeft.

‘Verschillen in opstelling volgen niet uit de aard van de rechter (burgerlijke rechter of bestuursrechter), maar uit de aard van de geschillen’.²³⁸ Met die gedachte als uitgangspunt is de arbeidsrechter gelegitimeerd zich actief op te stellen teneinde de processuele ongelijkheid tussen partijen te compenseren. Dat kan hij ook, nu daarvoor – zij het met beperkingen – door de invoering van het ‘nieuwe’ burgerlijke procesrecht een wettelijke grondslag bestaat. Voor de rechter in arbeidszaken hoeft het daar niet bij te blijven. Gezien het soort geschillen dat aan hem wordt voorgelegd vertoont hij in een bepaald opzicht meer raakvlakken met de bestuursrechter dan met de civiele rechter. Volgens sommigen zouden zijn processuele bevoegdheden parallel daaraan verder moeten worden uitgebreid.²³⁹

7.7 Conclusie

Arbeidsrechtelijke geschillen onderscheiden zich in een aantal opzichten van andere civiele geschillen (zie hoofdstuk 2). Hoewel het burgerlijk procesrecht mogelijkheden biedt om recht te doen aan die bijzondere kenmerken, zie ik een toegevoegde waarde in enige specifiek op arbeidsrechtelijke geschillen toegespitste aanvullingen. Dat heeft als bijkomend voordeel dat arbeidsrechtspraak ook zonder een afzonderlijke sector kanton te onderscheiden blijft.

In het navolgende wordt per criterium aangegeven of aanvullingen zinvol zijn en waaruit ze zouden moeten bestaan.

1. Ongelijkheidscompensatie

Gebleken is dat de ongelijkheidscompensatie ook zonder uitdrukkelijke verankering in het procesrecht een plaats heeft binnen de arbeidsrechtspraak. In procesrechtelijke zin kan de rechter op verschillende manieren met het criterium uit de voeten.

De Hoge Raad honoreert weliswaar zelden een beroep op de redelijkheid en billijkheid om op basis van artikel 150 Rv tot een afwijkende verdeling van de bewijslast te komen, maar de rechter in arbeidszaken neemt wel geregeld een verzwaarde stelplicht aan. In zo’n geval dient de werkgever, hoewel op hem niet de bewijslast rust, de benodigde feitelijke gegevens te verschaffen teneinde de werknemer in staat te stellen zijn stellingen te motiveren.

Voorts bepaalt artikel 22 Rv sedert 1 januari 2002 dat de rechter in alle gevallen en in elke stand van het geding partijen kan bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Dat artikel geeft – in combinatie met de comparitie na antwoord (artikel 131 Rv) – de arbeidsrechter volop mogelijkheden om ongelijkheidscompensatie in de praktijk te brengen.

²³⁸ H. Bolt, ‘De lijdelijkheid van de rechter ter discussie. Actief integreren’, *Trema* 1994, blz. 353.

²³⁹ In die zin senator Quik-Schuijt: ‘Voor het behoud van de kantonrechtswerkwijze is ook een duidelijk groen licht nodig voor een actieve opstelling van de kantonrechter en een uitspraak dat lijdelijkheid en partijautonomie als beginsel niet meer van deze tijd zijn’, Stenografisch verslag van de vergadering van de Eerste Kamer van 10 mei 2011, blz. 20.

Tegen deze achtergrond heeft het met zoveel woorden (be)noemen van ongelijkheidscompensatie als criterium voor arbeidsrechtspraak nauwelijks meerwaarde, nog afgezien van de vraag hoe en waar dat binnen het procesrechtelijke regelkader zou moeten gebeuren.

In hoeverre ongelijkheidscompensatie daadwerkelijk een wezenlijk onderdeel van het arbeidsproces vormt, hangt met name af van de mate waarin de rechter in arbeidszaken van de voorhanden zijnde procesrechtelijke mogelijkheden gebruik maakt. Een in het arbeidsrecht gespecialiseerde rechter kent die mogelijkheden het best en zal ze dus ook het best benutten. Daarmee is een pleidooi voor ongelijkheidscompensatie binnen het arbeidsproces mede een pleidooi voor een gespecialiseerde arbeidsrechter.

2. Inzicht in en kennis van arbeidsverhoudingen

Nu er geen aanwijzingen gevonden zijn voor een duidelijke toegevoegde waarde van lekenrechters, is er weinig reden om te pleiten voor het introduceren van een lekenelement binnen arbeidsrechtspraak, al staat lekenrechtspraak van tijd tot tijd (weer) in de belangstelling.²⁴⁰ Wanneer deskundigheid over arbeidsverhoudingen bij de rechter die oordeelt in arbeidszaken onvoldoende aanwezig is, dient die deskundigheid *binnen* de rechterlijke macht te worden ontwikkeld.²⁴¹ Dat wijst (wederom) in de richting van specialisatie van rechtspraak, nu daardoor specifieke kennis en vaardigheden worden opgebouwd en behouden.

Kennis van onderliggende (arbeids)verhoudingen speelt een prominente rol in geschillen aangaande de toelaatbaarheid van collectieve actie. Omdat bij conflicten over de toepassing van actiemiddelen spoedeisendheid welhaast een gegeven is, worden vorderingen vaak in kort geding aan de rechter voorgelegd. Nu dergelijke vorderingen in het algemeen gebaseerd zijn op onrechtmatige daad, worden ze om die reden meestal voorgelegd aan de voorzieningenrechter (de civiele rechter of handelsrechter). Hoewel ik geen aanwijzingen heb gevonden dat die rechter onvoldoende voor zijn taak zou zijn toegerust, lijkt het me het meest logisch om juist in spoedeisende zaken de rechter bevoegd te verklaren die ook in niet-spoedeisende situaties over de zaak oordeelt en als deskundig op het betreffende gebied heeft te gelden. Dat betekent, dat de kantonrechter in geschillen over collectieve actie en daarmee verwante geschillen (zoals gedingen aangaande de toelating tot collectief overleg) exclusief bevoegd dient te worden verklaard.

240 Zij het dan met name het lekenelement in het strafrecht. Zie bijvoorbeeld Th.A. de Roos, *Is de invoering van lekenrechtspraak in de Nederlandse strafrechtspleging gewenst?*, UvT, november 2006, Bijlage bij Kamerstukken II 30 800 VI, nr. 20; *Leken en rechtspraak: moet, mag en wil de burger meedoen?*, Rechtstreeks 2007 – nr. 1.

241 B. van Delden merkt iets dergelijks op ten aanzien van (zwaardere) strafzaken. Ter zake zal meer deskundigheid moeten worden opgebouwd, maar niet door het invoeren van lekenrechtspraak; A.H. van Delden, 'Wat is de rechter waard?' (Rechtspraaklezing 2006), *Rechtstreeks* 2006, blz. 17.

3. Laagdrempeligheid

In arbeidszaken is er geen verplichte procesvertegenwoordiging en dat moet zo blijven. Partijen hebben hierdoor de keuze of zij zich willen laten vertegenwoordigen, en zo ja door wie, en dat bevordert laagdrempeligheid. Wanneer partijen ervoor kiezen om zelf het geding aan de rechter voor te leggen, is de houding van de rechter van groot belang. Dat geldt overigens ook wanneer zij zich wel laten bijstaan. Niet iedereen die in arbeidszaken als procesgemachtigde optreedt is daarvoor even goed gekwalificeerd, al geldt dat ook voor advocaten.

Hiervoor is al opgemerkt dat de regels van procesrecht aanknopingspunten bieden voor een actieve proceshouding van de rechter, maar dat veel afhangt van de wijze waarop de rechter van zijn bevoegdheden gebruik maakt. Meer nog dan het elimineren van (onnodige) formaliteiten werkt een actieve rechter drempelverlagend.

Wanneer arbeidsongeschiktheid wegens ziekte ter discussie staat, zoals in geschillen over loonaanspraken bij ziekte, werkt de verplichte voorprocedure bij het UWV belemmerend. Het – snel – verkrijgen van een (gedegen) second opinion van een verzekeringsarts is nog niet zo eenvoudig. Nu de rechter geen arts is, kan de inbreng van een medicus bij geschillen met de werknemer die zich ziek gemeld heeft echter niet worden gemist. Het kan dus niet anders, maar het moet wel beter.

Het sluiten van diverse kantonlocaties brengt met zich dat rechtzoekenden gemiddeld verder zullen moeten reizen om de rechtspraak te bereiken. Reden temeer om de afstand tussen de rechterlijke organisatie en de burger op andere wijze te verkleinen. Die afstand wordt immers niet alleen fysiek bepaald maar ook 'door de duidelijkheid over de te volgen procedures en het daarbij geldende procesrecht en door zaken als al of niet verplichte procesvertegenwoordiging, proceskosten en de sfeer ter zitting'.²⁴² Ook een verhoging van de griffierechten werkt drempelverhogend.

4. Snelheid

Er kan spanning ontstaan tussen het criterium snelheid en de vereiste zorgvuldigheid bij het vaststellen van de feiten in de ontbindingsprocedure. Dat klemmt temeer nu de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie ontbreekt.²⁴³ De oplossing daarvoor zou gevonden kunnen worden in voorlopige bewijslevering *voorafgaand* aan de ontbindingsprocedure waardoor bewijsproblemen *in* de ontbindingsprocedure worden voorkomen. Op die manier worden snelheid én zorgvuldigheid gediend. In hoofdstuk 8 wordt deze mogelijkheid nader uitgewerkt.

Doordat in het arbeidsrecht zowel de dagvaardings- als de verzoekschriftprocedure zijn voorgeschreven kunnen bepaalde vorderingen niet in één procedure aanhangig worden gemaakt. Dat pleit ervoor dat in het arbeidsrecht het inleidend processtuk

²⁴² Kamerstukken II 2009-2010, 29 279, nr. 97, blz. 6.

²⁴³ In dezelfde zin AG Spier in zijn conclusie bij HR 27 april 2001, *NJ* 2001/421, *JAR* 2001/95, *LJN* AB1347 en AG Huydecoper bij HR 18 juni 2004, *JAR* 2004/168, *LJN* AP1873. De discussie over nut en noodzaak van hoger beroep in arbeidszaken is nieuw leven ingeblazen bij de introductie van de plannen over de vernieuwing van het ontslagrecht in de zomer van 2012. Op dit moment (najaar 2012) is de uitkomst van die discussie nog niet duidelijk.

wordt geüniformeerd, hetgeen automatisch tot gevolg heeft dat voor één soort procedure wordt gekozen. Of dat de verzoekschriftprocedure of de dagvaardingsprocedure zou moeten zijn, laat ik in het midden.²⁴⁴ Het gaat er hier om dat in dezelfde procedure alle tussen partijen levende arbeidsrechtelijke geschillen kunnen worden ingebracht. Dat is nu niet het geval (zie paragraaf 7.5).

Eén procedure in combinatie met een wettelijke verplicht gestelde mondelinge behandeling op korte termijn geeft snelle(re) duidelijkheid in alle arbeidsrechtelijke geschillen.

In spoedeisende zaken is op grond van artikel 254 Rv zowel een kort geding bij de voorzieningenrechter als bij de kantonrechter mogelijk. De rechter die in niet-spoedeisende situaties oordeelt lijkt mij gezien zijn deskundigheid *juist* in spoedeisende zaken het best toegerust. Ik pleit er dan ook voor die keuzemogelijkheid af te schaffen en de kantonrechter als enige absoluut bevoegd te maken in kort gedingen over zaken die vallen onder artikel 93 sub c Rv.

5. Procesvaardigheid en proceshouding

Lijdelijkheid, of beter gezegd de afwezigheid daarvan, vertoont raakvlakken met het incorporeren van aandacht voor ongelijkheidscompensatie. 'Naarmate er meer scheefgroei is tussen partijen (de 'informatieasymmetrie'), lijkt de rechter geneigd zich actiever op te stellen. De keuze voor een bepaalde mate van differentiatie met deels wel en deels geen verplichte procesvertegenwoordiging beïnvloedt daarmee *de facto* de verhouding tussen partijen en de rechter'.²⁴⁵

Tegen deze achtergrond zou nader onderzocht moeten worden of aan de derde afdeling van de eerste titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een bepaling kan worden toegevoegd die, naar analogie van hetgeen dienaangaande in artikel 8:69 van de Algemene wet bestuursrecht is bepaald, verduidelijkt dat de arbeidsrechter binnen de grenzen van een goede procesorde partijen in arbeidsgeschillen ambtshalve mag wijzen op de mogelijkheden om stellingen en feiten aan te vullen.²⁴⁶

Dat onderzoek zou niet beperkt moeten blijven tot het arbeidsrecht, maar betrekking moeten hebben op alle rechtsgebieden waarin rechtsrelaties tussen ongelijke partijen worden geregeld (denk bijvoorbeeld aan het consumentenrecht). Een dergelijk onderzoek gaat het bestek van dit boek te buiten.

²⁴⁴ Het maken van een keuze tussen beide gaat het bestek van dit onderzoek te buiten. Overigens wint de verzoekschriftprocedure terrein ten opzichte van de dagvaarding. Asser/Groen/Vranken brachten bij de fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht al naar voren dat de verzoekschriftprocedure de dagvaardingsprocedure geheel zou moeten vervangen, W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, *Uitgebalanceerd, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, Aanbeveling 11.8.2 onder a en b, blz. 185-186. Recent wordt ook in het Regeerakkoord VVD-PvdA van 29 oktober 2012 op blz. 27 opgemerkt dat het onderscheid tussen verzoekschrift en dagvaarding kan vervallen. Hoe en wanneer wordt niet verder uitgewerkt.

²⁴⁵ Brief van de minister van Justitie van 5 februari 2007, Kamerstukken II 2006-2007, 30 951, nr. 1, blz. 13.

²⁴⁶ Zie de brief van de minister van Justitie van 5 februari 2007, Kamerstukken II 2006-2007, 30 951, nr. 1, blz. 13.