

ANNOTATIE

# Bewijzen in de ontbindingsprocedure

*prof. mr. dr. F.G. Laagland*

*Annotatie bij Hoge Raad, 16-02-2018, ECLI:NL:HR:2018:182 (AR-2018-0214)*

## 1 Inleiding

In het civiele procesrecht geldt de negende afdeling van titel 2 van het Wetboek van Rechtsvordering (Rv): de titel inzake het bewijsrecht. Als hoofdregel geldt dat de rechter krachtens artikel 149 Rv de feiten vaststelt op basis van hetgeen partijen over en weer hebben gesteld en betwist. Voorts kan de rechter bij het voldoen aan de wederzijdse stel- en betwistplichten de partij die de bewijslast draagt en die een daartoe strekkend ter zake dienend en voldoende gespecificeerd bewijsaanbod doet, tot bewijs van zijn stellingen toelaten. Dit volgt uit artikel 150 Rv. De titel inzake het bewijsrecht is van overeenkomstige toepassing op de verzoekschriftprocedure, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet (art. 248 lid 1 Rv). Niet alleen de aard van de zaak maar ook de aard van de procedure kan tot uitsluiting van het bewijsrecht nopen. Dit gold voor de ontbindingsprocedure op grond van artikel 7:685 BW (oud). Als argument gold dat de procedure was gericht op een snelle beslissing over het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst. Doordat het bewijsrecht buiten toepassing bleef, was voldoende als uit de feiten aannemelijk werd dat sprake was van gewichtige redenen. De Wvz heeft in deze benadering verandering gebracht. Hoewel de wetsgeschiedenis tegenstrijdige opmerkingen bevat, valt die kritiek de Hoge Raad niet ten deel. In de *Mediant*-beschikking oordeelde de Hoge Raad dat de uitzondering onder oud recht niet langer opgaat omdat tegen de ontbindingsbeschikking thans hoger beroep en cassatie openstaan (HR 23 december 2016, AR 2016-1482).

De *Mediant*-beschikking maakte duidelijk dat uitsluiting van het bewijsrecht en de daaraan verbonden aannemelijkheidsmaatstaf niet langer zijn te rechtvaardigen met het argument snelheid. De beschikking leidde ook tot nieuwe vragen. Een van de vragen was of toepassing

van het bewijsrecht inhoudt dat de redelijke grond onomstotelijk moet komen vast te staan of dat ook onder de Wwz ruimte bestaat voor de maatstaf aannemelijk maken. Op deze vraag kwam op 16 februari 2018 meer duidelijkheid met twee beschikkingen van de Hoge Raad (AR 2018-0214 inzake Decor Handelsmaatschappij en AR 2018-0216). Deze beschikkingen zijn het onderwerp van deze annotatie. Centraal staat de vraag welke maatstaf de rechter dient te hanteren bij de beoordeling van de redelijke grond inzake disfunctioneren (d-grond) en een verstoorde arbeidsrelatie (g-grond) en, in het verlengde daarvan, welke eisen worden gesteld aan het bewijs van de relevante feiten. Ook wordt besproken of de beschikkingen analoog van toepassing zijn op de andere (persoonlijke) ontslaggronden en of binnen de ontbindingsprocedure nog situaties denkbaar zijn waarin het bewijsrecht wel buiten toepassing blijft. De annotatie beperkt zich tot het onderwerp bewijs. De overige onderwerpen uit de twee beschikkingen van de Hoge Raad blijven buiten beschouwing.

## **2 De beschikking van de Hoge Raad**

In de eerste zaak (AR 2018-0214) verzocht de werkgever de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden primair wegens disfunctioneren. Nadat het ontbindingsverzoek in eerste aanleg is afgewezen, bepaalt het hof in hoger beroep het einde van de arbeidsovereenkomst op 15 november 2016. Volgens het hof heeft werkgever voldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is van disfunctioneren en is werknemer voldoende in de gelegenheid gesteld zich te verbeteren terwijl herplaatsing niet meer in de rede ligt. Het eerste middel in cassatie stelt aan de orde dat het hof is uitgegaan van een marginale toetsing en daarmee heeft miskend dat op de ontbindingsprocedure het bewijsrecht vol van toepassing is. Het tweede middel borduurt hierop voort en benoemt dat voor zover het hof meent dat de criteria uit het Ontslagbesluit (oud) hun werking hebben behouden daarmee niet is gezegd dat op grond van de Wwz de ontslaggrond disfunctioneren slechts aannemelijk hoeft te worden gemaakt. In de tweede zaak speelt een soortgelijke discussie met betrekking tot een verstoorde arbeidsrelatie (g-grond). Ook ditmaal is het verzoek tot ontbinding in eerste aanleg afgewezen. Het hof bepaalt in hoger beroep het einde van de arbeidsovereenkomst op 1 april 2017. Het hof oordeelt dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat de samenwerking met zowel collega's als leidinggevende en de directie in de loop van de tijd zodanig is verslechterd dat sprake is van een arbeidsverhouding die ernstig en duurzaam is verstoord terwijl herplaatsing niet in de rede ligt. Wederom richt een van de cassatiemiddelen zich op de bewijsmaatstaf.

De Hoge Raad verwerpt de cassatiemiddelen in beide zaken. De Hoge Raad overweegt dat voor bewijs in het burgerlijk procesrecht niet steeds is vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan. De toepassing van het bewijsrecht moet volgens de Hoge Raad echter worden onderscheiden van de vraag of is voldaan aan de maatstaf van artikel 7:669 lid 3 onder d dan wel onder g BW. Bij zowel disfunctioneren als een

verstoorde arbeidsrelatie dient de rechter na te gaan of de ontslaggrond in redelijkheid is komen vast te staan, uitgaande van de feiten en omstandigheden die – zo nodig na bewijslevering – zijn komen vast te staan. Dat de hoven bij beide ontslaggronden de aannemelijkheidsmaatstaf hebben gehanteerd, getuigt dan ook niet van een onjuiste rechtsopvatting.

### **3 Commentaar**

#### *3.1 Vaststellen van relevante feiten*

De rechterlijke oordeelsvorming bestaat uit verschillende fases. De feiten vormen het beginpunt. Hier bevinden we ons in het bewijsrecht. Het bewijsrecht is gericht op de vaststelling van feiten die relevant zijn voor de rechterlijke beslissing. Er is geen probleem als partijen het met elkaar eens zijn. In dat geval neemt de rechter het feit als vaststaand aan. Het wordt anders indien tussen partijen discussie bestaat. Als een feit voldoende gemotiveerd wordt betwist, dient de partij op wie de bewijslast rust het feit te bewijzen (art. 149 lid 1 Rv). Het is uiteindelijk de rechter die beoordeelt of het bewijs van een feit al dan niet is geleverd (art. 152 lid 2 Rv). Anders dan in het strafrecht (zie art. 338 Sv), bestaat in het civiele recht geen wettelijke bewijswaarderingsmaatstaf. Hiermee hangt samen het beginsel van vrije bewijskracht. Partijen zijn vrij in hun keuze van bewijsmiddelen; er zijn geen bewijsmiddelen wettelijk uitgesloten. In het verlengde daarvan is de hoofdregel dat de rechter vrij is het resultaat van de bewijslevering zelfstandig en naar eigen bevinden te waarderen (mits goed gemotiveerd). Hierop bestaat een aantal beperkingen. Zo schrijft de wet voor bepaalde bewijsmiddelen de bewijskracht en gevolgtrekking voor. Denk aan de regel dat een akte dwingend bewijs oplevert (art. 157 lid 2 Rv), zodat de rechter, behoudens tegenbewijs, moet uitgaan van de juistheid daarvan. Of aan de regel dat de verklaring van de partijgetuige slechts beperkte bewijskracht heeft voor zover die betrekking heeft op de door die partij te bewijzen feiten (art. 164 lid 2 Rv).

Absolute zekerheid dat een feit waar is, heeft een rechter niet nodig om een feit bewezen te achten. Het recht zou in feite tot stilstand komen als een rechter steeds honderd procent zeker moet zijn van een feit. Voldoende is dat de rechter een redelijke mate van zekerheid verkrijgt (vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2017/264). Maar hoeveel zekerheid is vereist? En wat is in dat verband het verschil tussen een redelijke mate van zekerheid en het voldoende aannemelijk maken van een feit? Het verschil lijkt te duiden op de mate van overtuiging die een rechter dient te hebben dat het betreffende feit zich heeft voorgedaan. Kortom: een feit met een redelijke mate van zekerheid vereist een betere onderbouwing dan een feit dat voldoende

aannemelijk moet worden gemaakt.

In beide beschikkingen van de Hoge Raad stond kort gezegd de vraag centraal of toepassing van het bewijsrecht betekent dat feiten altijd met een redelijke mate van zekerheid moeten komen vast te staan. Bij beide beschikkingen heeft A-G De Bock een conclusie gegeven. Het onderwerp is haar op het lijf geschreven. In 2011 promoveerde zij in Tilburg cum laude op een proefschrift met de titel *'Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure'* (Deventer: Kluwer 2011). In haar proefschrift verdedigt De Bock dat binnen het bewijsrecht ruimte bestaat voor het aannemelijk maken van feiten. Het verbaast niet dat De Bock haar conclusies bij de beschikkingen in dezelfde sleutel plaatst. Zij betoogt dat aannemelijk maken aan de orde is indien de feiten naar hun aard niet kunnen worden bewezen. In haar conclusie bij de Decor-beschikking stelt zij dat hiervan sprake is bij de ontslaggrond disfunctioneren (art. 7:669 lid 3 onder d BW). De A-G hanteert een ruime betekenis van het begrip 'feit' en neemt aan dat ook de inhoudelijk beoordeling van het disfunctioneren als feit te gelden heeft. Doordat disfunctioneren sterk verweven is met interpretaties en het karakter heeft van een conclusie of gevolgtrekking betoogt de A-G dat niet kan worden geëist dat de ongeschiktheid zeker is of buiten alle discussie verheven is. Daarmee hangt samen dat het feit disfunctioneren enkel kan worden bewezen door andere feiten te bewijzen waaruit deze conclusie kan worden afgeleid. Aannemelijk maken is daarom het maximaal haalbare. Hetzelfde geldt voor een verstoorde arbeidsrelatie waardoor redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden verwacht de arbeidsovereenkomst voort te zetten (art. 7:669 lid 3 onder g BW). Ook in deze situatie heeft het feit meer het karakter van een gevolgtrekking, waardoor onontkoombaar is dat daarover discussie en onzekerheid kan blijven bestaan, aldus de A-G.

De Hoge Raad bevestigt in beide beschikkingen dat binnen het bewijsrecht ruimte bestaat bij het waarden en vaststellen van de relevante feiten. De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.4.3. van beide beschikkingen: '(...) Daarbij verdient opmerking dat voor bewijs in het burgerlijk procesrecht *niet steeds* is vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan, maar kan volstaan dat deze voldoende aannemelijk worden' [cursivering: FL]. Het valt op dat de Hoge Raad de maatstaf voldoende aannemelijk maken afzet tegen de maatstaf onomstotelijk komen vast te staan. Onomstotelijk komen vast te staan duidt op honderd procent zekerheid terwijl uit de literatuur blijkt dat een dergelijke mate van zekerheid niet haalbaar is in het civiele recht. Ik meen ook niet dat de Hoge Raad onomstotelijk maken als basismaatstaf heeft willen stellen. Naar mijn mening moet de zinsnede zo worden verstaan dat de maatstaf voldoende aannemelijk maken onder omstandigheden de conclusie rechtvaardigt dat een feit bewezen is. Niet meer dan dat. Tot zover volgt de Hoge Raad zijn A-G. Er is echter een belangrijk verschil. De Hoge Raad

motiveert het aannemelijk maken van disfunctioneren dan wel een verstoorde arbeidsrelatie namelijk niet in het licht van het type feit zoals de A-G dat doet. De Hoge Raad plaatst de cassatiemiddelen in de sleutel van de materiële rechtsregel die de werkgever aan zijn verzoek tot ontbinding ten grondslag legt. Dat brengt mij tot de tweede stap in de rechterlijke oordeelsvorming: het juridisch kwalificeren van de vastgestelde feiten.

### *3.2 Juridisch kwalificeren van feiten*

Feiten krijgen in het recht pas betekenis in de context van de toepasselijke rechtsregels. Bij deze tweede stap in zijn oordeelsvorming bepaalt de rechter als het ware de juridische betekenis van de bewezen feiten. Doorgaans past een rechter een abstract geformuleerde rechtsregel toe. Uit het toepassen van deze algemene begrippen en generalisaties op de feiten vloeit vervolgens de rechterlijke beslissing voort. Denk bijvoorbeeld aan de onrechtmatige daad. De rechter beoordeelt of de vaststaande en dus bewezen feiten onder het bereik van onrechtmatig handelen vallen zoals die regel in abstracto is bedoeld. Met andere woorden: de vaststaande feiten moeten de rechtsgrond en dus de vordering dan wel het verzoek kunnen dragen. Hiermee is niet gezegd dat de rechterlijke beslissing logisch-dwingend voortvloeit uit de vaststelling van de feiten en de toepassing van de betreffende rechtsregel. De literatuur gaat ervan uit dat de rechterlijke beslissing niet enkel het resultaat is van toepassing van het recht op de feiten. Er is – zoals Scholten reeds in 1974 stelde – sprake van een ‘sprong’: een ongrijpbaar moment waar de rechter naar de beslissing springt. Het recht moet altijd worden uitgelegd en de rechter dient zich in dat verband steeds af te vragen wat de reikwijdte van de rechtsregel is in een concreet geval. Ook hier is sprake van een bepaalde waardering door de rechter. De rechter bepaalt immers of de vastgestelde feiten voldoende zijn in het licht van de toepasselijke rechtsregels. Zoals De Bock op p. 7 van haar proefschrift opmerkt: ‘De feiten van het geval zijn daarmee medebepalend voor de uitleg en reikwijdte van de rechtsregels. Het recht wordt gefactualiseerd door de feiten.’

Hoewel het vaststellen en juridisch kwalificeren van de feiten nauw met elkaar zijn verbonden, hanteert de Hoge Raad in beide beschikkingen een duidelijk onderscheid. De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.4.4. van de beschikking AR 2018-0216: ‘De hiervoor in 3.4.2-3.4.3 bedoelde toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels moet worden onderscheiden van de vraag of is voldaan aan de maatstaf van art. 7:669 lid 3, onder g, BW dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De rechter zal moeten onderzoeken of, uitgaande van de feiten en omstandigheden die – zo nodig na bewijslevering – zijn komen vast te staan, in redelijkheid kan worden geoordeeld dat sprake is van deze door

de werkgever aangevoerde ontslaggrond (...).’ Een soortgelijke formulering valt te lezen in de Decor Handelsmaatschappij-beschikking. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de hoven in beide zaken uit de vaststaande feiten mochten afleiden dat het disfunctioneren dan wel de verstoorde arbeidsrelatie voldoende aannemelijk was gemaakt. Ter onderbouwing verwijst de Hoge Raad bij disfunctioneren naar de parlementaire geschiedenis waaruit blijkt dat het aan de werkgever is om te beoordelen of een werknemer voldoet aan de eisen die inherent aan de functie zijn zolang hij in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Voor de verstoorde arbeidsrelatie noemt de wettekst dat relevant is dat ‘in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd de arbeidsrelatie in stand te houden’.

Begrijp ik het goed, dan schrijft de materiële rechtsregel voor beide ontslaggronden een marginale toetsing voor (anders naar het lijkt: J.M. van Slooten in *Ondernemingsrecht* 2018/50, par. 3.4.). Beide rechtsregels gaan uit van een redelijkheidsoordeel en kennen in de ogen van de Hoge Raad aan de werkgever een zekere beoordelingsvrijheid toe. De rechter oordeelt daarmee dus niet over de inhoudelijke beoordeling maar dient na te gaan of het besluit op de juiste wijze, met inachtneming van de procedureregels, tot stand is gekomen. Het is daarmee het redelijkheidsoordeel bij de tweede stap dat maakt dat uit de vastgestelde feiten voldoende aannemelijk moet zijn dat sprake is van disfunctioneren dan wel een verstoorde arbeidsrelatie.

Hoewel de Hoge Raad de aannemelijkheid plaatst in het licht van de materiële rechtsregel, zijn – zoals gezegd – het vaststellen van de relevante feiten en het toepassen van de rechtsregels op die feiten niet los van elkaar te zien. In de werkelijkheid is geen sprake van twee elkaar netjes opvolgende stappen. Een marginale toetsing bij het kwalificeren van de feiten drukt uit wat van de feiten wordt verwacht. In mijn optiek geeft de Hoge Raad met de twee beschikkingen een duidelijk signaal af dat het niet de bedoeling is dat de rechter op de stoel van de werkgever plaatsneemt waar het de inhoudelijke beoordeling betreft. Een marginale toetsing maakt duidelijk dat de feiten die bewezen moeten worden betrekking hebben op de procedureregels. Deze feiten moeten met een redelijke mate van zekerheid komen vast te staan. Voor een geslaagd beroep op de d-grond moet de werknemer op zijn functioneren zijn aangesproken, een reële kans hebben gehad zich te verbeteren en herplaatsing in een andere functie niet mogelijk zijn of in de rede liggen. Dat de werkgever aan de vaststaande feiten de conclusie verbindt dat de werknemer disfunctioneert (de inhoudelijke beoordeling) is niet aan het bewijsrecht onderhevig (is geen feit). Dat oordeel is aan de werkgever zolang hij bewijst – en dus met een zekere mate van zekerheid aantoon – dat de proceduregels in acht zijn genomen. Eenzelfde benadering geldt bij de g-grond.

### 3.3 Overige persoonlijke gronden, met name verwijtbaar handelen

De motivering van de Hoge Raad wijkt af van de conclusie van de A-G. De A-G koppelde de aannemelijkheid aan het type feit dat een subjectief element omvat. Zij betoogde expliciet dat de bewijswaarderingsmaatstaf niets van doen had met een marginale toetsing (punt 3.40). Waar de A-G ervan uitgaat dat de ontslaggrond als feit niet *kan* worden bewezen, lijkt de Hoge Raad met de verwijzing naar de redelijkheid voor te staan dat dit niet *hoeft* voor zover het de inhoudelijke beoordeling betreft. Voor de uitkomst in beide zaken maakt het geen verschil. Zowel de A-G als de Hoge Raad oordeelde tot een verwerping van de cassatiemiddelen op dit punt.

Waar de afwijkende benadering eventueel een verschil maakt, is bij de ontslaggrond verwijtbaar handelen (e-grond). In het licht van de redenering van de A-G zou ik menen dat een rechter in staat is verwijtbaar handelen met een redelijke mate van zekerheid vast te stellen. Verwijtbaar handelen is veel minder dan disfunctioneren en een verstoorde arbeidsrelatie gerelateerd aan een subjectieve interpretatie. De redenering van de Hoge Raad duidt in een andere richting. Bij de e-grond spreekt de wettekst van een redelijkheidsoordeel. De tekst kent eenzelfde opbouw en wijze van formuleren als de g-grond. Bovendien benoemt de parlementaire geschiedenis in lijn met disfunctioneren dat aan de werkgever bij verwijtbaar handelen een zekere mate van beoordelingsvrijheid toekomt (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 44-45). Dit zijn sterke indicaties die wijzen in de richting van een analoge toepassing van de beschikkingen op de e-grond. Resultaat zou zijn dat rechters slechts marginaal (en dus terughoudend) dienen na te gaan of het handelen van de werknemer als verwijtbaar handelen kwalificeert. Een dergelijke terughoudende toetsing is in de huidige rechtspraak niet zichtbaar.

Toch kan ik me lastig voorstellen dat de Hoge Raad bij verwijtbaar handelen uit zal gaan van een marginale toetsing. Ik baseer me hierbij op de rechtspraak inzake een ontslag op staande voet. Ook bij de dringende reden inzake een ontslag op staande voet spreekt de wettekst van redelijkheid. Artikel 7:678 BW luidt 'die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst in stand te houden'. Deze aanduiding wordt in de rechtspraak niet als marginale toetsing geduid maar als eis dat de dringende reden ook als zodanig kwalificeert in het licht van de cultuur van het bedrijf, de aard en duur van de dienstbetrekking en de overige bijzondere omstandigheden van het geval. De redelijkheid drukt in dit verband een belangenafweging uit en die belangenafweging wordt vol door de rechter getoetst. Er valt iets voor te zeggen dat de redelijkheid bij de e-grond in dezelfde lijn moet worden geplaatst. Een dringende reden en verwijtbaar handelen zijn qua aard dezelfde typen rechtsgronden. Het gaat in beide gevallen om een concreet objectieve term die binnen een specifieke context invulling krijgt. De redelijkheid bij de e-grond

betekent in dat geval dat de rechter bij de beoordeling van verwijtbaar handelen niet voorbij mag gaan aan de bijzondere omstandigheden van het geval. Het drukt aldus niet (althans in mindere mate) uit dat aan de werkgever beoordelingsvrijheid toekomt bij wat als verwijtbaar handelen te gelden heeft, zoals wel het geval is bij disfunctioneren en een verstoorde arbeidsrelatie. De term redelijkheid kent aldus verschillende gradaties en krijgt inkleuring op basis van het type ontslaggrond.

#### *3.4 Buiten toepassing stellen bewijsrecht: zijn er nog situaties denkbaar?*

Zoals gezegd gold voor 1 juli 2015 de regel dat het bewijsrecht niet van toepassing was in ontbindingsprocedures. Dat de Hoge Raad door deze benadering een streep haalde in de *Mediant*-beschikking betekent niet dat het bewijsrecht in ontbindingsprocedures altijd geldt. De Hoge Raad formuleerde in rechtsoverweging 3.19 een uitzondering op de hoofdregel. De Raad overwoog dat 'indien de rechter, na afweging van de belangen van beide partijen, aanleiding ziet om in de ontbindingsprocedure eerder te oordelen dan in de – gelijktijdig aanhangige – ontslagprocedure, hij ook naar geldend recht bevoegd is om de wettelijke bewijsregels buiten toepassing te laten'. De rechter dient dat oordeel te motiveren. Ik vind de formulering enigszins ongelukkig. De beslissing om in de ontbindingsprocedure eerder te oordelen hangt juist vaak samen met de idee dat de rechter nadere bewijslevering in de ontbindingsprocedure niet, en in de vernietigingsprocedure wel nodig acht. Deze situatie bespreekt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.9.2 en heeft weinig van doen met het buiten toepassing laten van het bewijsrecht. Bovendien overwoog de Hoge Raad eerder dat snelheid (het eerder moeten oordelen) als motivering niet voldoet om het bewijsrecht buiten toepassing te stellen. Rechtsoverweging 3.19 doet vermoeden dat snelheid nog steeds als argument kan gelden. Dit lijkt mij voor een rechter echter onmogelijk te motiveren vanwege de mogelijkheid tot hoger beroep en cassatie.

Het is lastig zich voor te stellen welke situatie de Hoge Raad in de *Mediant*-beschikking precies op het oog had. Duidelijk is wel dat de ontbindingsprocedure als zodanig niet langer een uitzondering op het bewijsrecht rechtvaardigt. Uit de beschikkingen van 16 februari 2018 blijkt dat de uitzondering niet opgaat bij disfunctioneren (d-grond) en een verstoorde arbeidsrelatie (g-grond). Hoewel in deze situaties een aannemelijkheidsmaatstaf geldt, is het bewijsrecht vol van toepassing en zijn bewijsincidenten toegestaan. Ook bij de gronden kortdurende ziekte (c-grond), verwijtbaar handelen (e-grond) en de restgrond (h-grond) zie ik geen argumenten voor de stelling dat het bewijsrecht buiten toepassing blijft. Maar hoe zit het met een ontbindingsprocedure vanwege bedrijfseconomische redenen (a-grond) en langdurige ziekte (b-grond)? Verschil met de hiervoor besproken persoonlijke gronden is dat



aan het ontbindingsverzoek een procedure bij het UWV is voorafgegaan. Hetzelfde geldt voor de herstelprocedure in de spiegelbeeldige situatie (art. 7:682 BW). Interessant is de vraag of de voorafgaande procedure bij het UWV argumenten biedt om het bewijsrecht buiten toepassing te stellen vanwege de aard van de zaak (art. 248 lid 1 Rv).

Het UWV is een administratieve instantie waarop het civiele procesrecht – en dus ook het bewijsrecht – niet van toepassing is. De besluitvorming van het UWV is onderworpen aan de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en daarin zijn geen regels inzake bewijsmiddelen, bewijslastverdeling en bewijswaardering terug te lezen. Het bewijs kan in beginsel door alle middelen worden geleverd, er bestaat geen hiërarchie tussen de bewijsmiddelen en de bestuursrechter is vrij in zijn beslissing of hij de middelen in een procedure toestaat. Bij de totstandkoming van de Awb is gesproken over invoering van bewijsregels. De Raad van State adviseerde dat de civiele bewijsafdeling van overeenkomstige toepassing moest worden verklaard. De wetgever heeft hiervoor niet gekozen omdat toepassing van het civiele bewijsrecht niet paste bij de ongelijkwaardige positie van de procespartijen in een administratieve procedure (overheid-burger). Deze redenering gaat echter niet op wanneer een ontbindingsverzoek op de a- of b-grond aan de kantonrechter wordt voorgelegd. Hier wordt immers niet de beslissing van het UWV maar een geschil tussen twee civiele partijen aan de civiele rechter voorgelegd. Er lijkt in dat opzicht weinig op tegen dat de civiele rechter zich bedient van de bewijsregels uit afdeling 9, titel 2 Rv. Eventueel kan worden gesteld dat de bewijsmogelijkheden ruimer worden nu het UWV geen getuigen- en deskundigenverhoor toestaat, maar een dergelijke uitbreiding van bewijsmiddelen komt de waarheidsvinding slechts ten goede. Dat de procedure hierdoor vertraging oploopt, is sinds de *Mediant*-beschikking geen relevant argument meer.

Een ander aspect is dat het UWV een aanvraag tot een ontslagvergunning op basis van aannemelijkheid beoordeelt. Hoewel de kantonrechter een zelfstandig oordeel velt over de redelijke grond zou het vreemd zijn als de kantonrechter bij die beoordeling een andere bewijsmaatstaf hanteert en de bewijslast voor de werkgever na afwijzing van de ontslagaanvraag door het UWV opeens een stuk hoger komt te liggen. Hiermee zeg ik niet dat de kantonrechter is gebonden aan de Uitvoeringsregels 2016. De Uitvoeringsregels zijn regels opgesteld door het UWV, die duidelijk maken op welke wijze het UWV invulling geeft aan artikel 7:669 lid 3 (a en b) BW en de Ontslagregeling. Voor een gebondenheid van de rechter ontbreekt enige wettelijke grondslag. Wel meen ik dat ook in de civiele ontbindingsprocedure een aannemelijkheidsmaatstaf dient te gelden. Hiervoor hoeft het bewijsrecht echter niet opzij te worden gezet. Bij langdurige ziekte blijkt deze maatstaf expliciet uit de wet. De werkgever dient aannemelijk te maken dat binnen een periode van 26 weken geen herstel zal optreden en evenmin een passende functie voorhanden zal zijn. Hier hangt de

aannemelijkheid samen met het hypothetische karakter van het feit; dat is in de procedure bij het UWV niet anders. De aannemelijkheidsmaatstaf bij zowel het UWV als de civiele rechter kent daarmee een zelfde basis en de bewijswaarderingsmaatstaf is daarmee in beide procedures gelijk. De aannemelijkheid bij een bedrijfseconomisch ontslag heeft van doen met een marginale toetsing. Ook hier doen zich geen problemen voor in de civiele procedure. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat ook voor de civiele rechter een marginale toetsing geldt (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 44-45). Bovendien is thans duidelijk dat deze wijze van toetsen niet aan toepassing van het bewijsrecht in de weg staat. Zowel het UWV als de civiele rechter dient terughoudend te toetsen waar het gaat om de inhoud van het besluit en vol te toetsen op de procedureregels, zoals de uitwisselbaarheid en het afspiegelingsbeginsel.

Op grond van het bovenstaande zie ik geen reden om het bewijsrecht buiten toepassing te stellen enkel omdat aan de civiele procedure een administratief oordeel is voorafgegaan. Een laatste argument ontleen ik aan de twee beschikkingen van de Hoge Raad die in deze annotatie centraal staan. De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.4.2 expliciet dat het bewijsrecht op de ontbindingsprocedure geldt waarop hij vervolgt: 'Daarop is *alleen* een uitzondering aanvaard voor het in rov. 3.19 van die oordelen dan in de – gelijktijdig aanhangige – ontslagprocedure' [cursivering FL]. Deze zinssnede biedt weinig ruimte om in andere situaties het bewijsrecht buiten toepassing te stellen.

#### **4 Afsluiting: oude wijn in nieuwe zakken**

De conclusie luidt dat onder de Wwz weinig (wellicht zelfs geen) ruimte bestaat om het bewijsrecht buiten toepassing te stellen in de ontbindingsprocedure. Dat brengt mij tot een laatste vraag: maakt dit praktisch beschouwd nu zoveel uit? Wat is het verschil tussen de oude en de huidige benadering ten aanzien van disfunctioneren en een verstoorde arbeidsrelatie?

De reden voor de aannemelijkheidsmaatstaf in de ontbindingsprocedure oude stijl was dat het bewijsrecht niet gold. De rechter moest het doen met het direct door partijen in de procedure ingebrachte bewijsmateriaal; nadere bewijsmiddelen, zoals getuigenverklaringen of deskundigenberichten, konden niet via een bewijsincident worden verkregen. De bewijspositie van de partij die de bewijslast droeg was hierdoor in omvang beperkt, hetgeen niet in zijn nadeel werkte omdat bij de juridische kwalificatie voldoende was als uit de feiten aannemelijk werd dat sprake was van gewichtige redenen. De aannemelijkheid onder de Wwz is gerelateerd aan het redelijkheidsoordeel dat aan de materiële rechtsregel ten grondslag ligt. Ook nu is bij de juridische kwalificatie voldoende als uit de feiten aannemelijk wordt dat de ontslaggrond zich voordoet. Het verschil is gelegen in de wijze waarop de feiten worden vastgesteld. Daarop is het bewijsrecht van toepassing. Een aanbod tot getuigenbewijs kan

daarom niet meer zonder nadere motivering door de rechter terzijde worden geschoven. Of het verschil met de situatie onder oud recht daadwerkelijk zo groot is, valt te bezien. Het aanbod tot getuigenbewijs moet namelijk ter zake dienend zijn (art. 166 Rv). In de *Decor Handelsmaatschappij*-zaak was een cassatiemiddel gericht tegen het passeren van het bewijsaanbod door de werknemer. De werknemer had aangeboden via het horen van getuigen tegenbewijs te kunnen leveren van de stelling dat hij disfunctioneerde. De A-G concludeert tot verwerping van het cassatiemiddel. Ook nu acht zij relevant dat disfunctioneren sterk verweven is met een appreciatie van de feiten zodat moeilijk kan worden aangenomen dat een werknemer moet worden toegelaten tot het horen van getuigen indien hij betwist dat hiervan sprake is (zie punt 4.26). De Hoge Raad doet dit cassatiemiddel af onder verwijzing naar artikel 81 Wet RO.

Ik zou menen dat – zeker nu de Hoge Raad uitgaat van een marginale toetsing – de werknemer van goeden huize moet komen om tot getuigenbewijs te worden toegelaten voor zover het om de inhoudelijke gevolgtrekking gaat dat sprake is van disfunctioneren dan wel een verstoorde arbeidsrelatie. Die beoordeling ligt bij de werkgever en de rechter zal over het algemeen tot ontbinding overgaan als de werkgever de procedureregels correct heeft toegepast. Het bewijsaanbod van de werknemer zal daarom snel niet ter zake dienend zijn. Bovendien gold ook onder oud recht dat de kantonrechter hoge (bewijs)eisen stelde aan de naleving van de procedureregels. In die zin is evenmin weinig veranderd. Kortom: het valt te betwijfelen of toepassing van het bewijsrecht praktisch tot een andere benadering leidt. Er werden onder de Wwz al weinig bewijsopdrachten gegeven en dit aantal zal in het licht van de twee beschikkingen van de Hoge Raad zeker niet toenemen.

*F.G. Laagland*