

ANNOTATIE

# (Getuigen)bewijsrecht in ontbindingsprocedures.

**mr. J.J.W. van Mens en I.M.A. Lemmers**

*Annotatie bij Hoge Raad, 29-06-2018, ECLI:NL:HR:2018:1045 (GZR-2018-0374, AR-2018-0760)*

## 1. Inleiding

In GZR Updates werd kortgeleden de zaak besproken van een arts-microbioloog tegen de stichting Certe Laboratorium voor infectieziekten (GZR 2018-0374). In die zaak (een ontbindingsprocedure) bepaalde de Hoge Raad dat de rechter het verzoek van de arts om getuigenbewijs te mogen leveren tegen het door Certe gestelde disfunctioneren had moeten honoreren. Omdat dat in ontbindingsprocedures vrij uitzonderlijk is, maar in het nieuwe ontslagrecht waarschijnlijk vaker zal voorkomen, is het relevant om daar aandacht voor te hebben.

Sinds 2002 staat in artikel 284 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat het wettelijk bewijsrecht uit de dagvaardingsprocedure van overeenkomstige toepassing is in de verzoekschriftprocedure, *tenzij* de aard van de zaak zich hiertegen verzet. In ontbindingsprocedures kwam het zelden voor dat kantonrechters getuigen hoorden omdat het snelle karakter (de aard) van zo'n ontbindingsprocedure zich niet leent voor het horen van getuigen. Het horen van getuigen leidt immers tot een maandenlange vertraging. Sinds 1 juli 2015 bestaat deze *tenzij*-regel echter niet meer. De vraag is of het bewijsrecht in ontbindingsprocedures nu wezenlijk is veranderd en of er sprake is van een ruimere mogelijkheid tot bewijslevering.

## 2. Juridisch kader

Het bewijsrecht van het civiele procesrecht is geregeld in de negende afdeling van de tweede titel van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). De basis ligt in artikel 149 Rv. Hieruit volgt dat de rechter de feiten vaststelt op basis van hetgeen door partijen over en weer is gesteld en betwist. Vervolgens kan uit artikel 150 Rv worden afgeleid dat de partij die de bewijslast draagt en die een daartoe strekkend voldoende specifiek en ter zake dienend bewijsaanbod doet, door de rechter tot bewijs van zijn stellingen wordt toegelaten.

Het recht op getuigenbewijs is vastgelegd in artikel 166 lid 1 Rv, een recht dat meebrengt dat de rechter een aanbod tot het leveren van zulk bewijs alleen op relevante en voldoende gronden van de hand mag wijzen. Het getuigenbewijs moet wel bij wet zijn toegelaten en de te bewijzen aangeboden feiten moeten betwist zijn en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Het bewijsaanbod mag niet 'te vaag', 'niet serieus gemeend' of 'tardief' zijn, maar het mag niet worden gepasseerd op grond van een prognose omtrent het resultaat van de bewijsvoering.[1]

Op grond van artikel 248 lid 1 Rv is het bewijsrecht uit afdeling 9 titel 2 Rv van overeenkomstige toepassing op de verzoekschriftprocedure, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet.

Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid per 1 januari 2015 veranderde het ontslagrecht en het daarop betrekking hebbende procesrecht drastisch.

### **Vóór de Wwz[2]**

Vanaf 1988 werd de vraag aan de orde gesteld of het wettelijk bewijsrecht van overeenkomstige toepassing moest zijn in de verzoekschriftprocedure. In 1999 is de Hoge Raad 'om' gegaan. Er werd afgestapt van de tot dan toe geldende uitsluiting van het wettelijk bewijsrecht in verzoekschriftprocedures, onder verwijzing naar artikel 6 EVRM.[3] Hierop maakte de Hoge Raad wel een uitzondering: op de hoofdregel dat het bewijsrecht van overeenkomstige toepassing is op verzoekschriftprocedures, luidde de uitzondering 'tenzij de aard van de verzoekschriftprocedure zich tegen toepasselijkheid van de betrokken bepaling verzet'. In 2000 oordeelde de Hoge Raad dat deze uitzondering van toepassing was op de ontbindingsprocedure. In de beschikking *Kuijper/ING Bank* werd geoordeeld dat de opvatting van de rechtbank, dat de aard van de onderhavige ontbindingsprocedure zich niet leent voor (getuigen)bewijs of deskundigenonderzoek, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.[4] Sinds 2002 is het huidige artikel 284 lid 1 Rv in de wet opgenomen, waarin is aangesloten bij bovenstaande jurisprudentie van de Hoge Raad: het wettelijk bewijsrecht uit de dagvaardingsprocedure is van overeenkomstige toepassing in de verzoekschriftprocedure, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. Dit gold onder andere voor de

ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 (oud) BW. Argument was dat het spoedeisende karakter vergde dat er een snelle beslissing over het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst werd gemaakt en derhalve het bewijsrecht buiten toepassing moest blijven. Aannemelijk maken was voldoende.

In de ontbindingspraktijk vond deze zogenoemde tenzij-clausule nagenoeg standaard toepassing en werd dikwijls overwogen dat niet tot het horen van getuigen kon worden overgegaan vanwege het snelle karakter van de ontbindingsprocedure.[5]

### **Sinds de Wwz**

Hoewel de wetsgeschiedenis nog onduidelijk is, tegenstrijdig lijkt en soms vanuit de oude opvatting lijkt te redeneren,[6] bracht de rechtsontwikkeling sinds de Wwz verandering in de oude benadering. De Hoge Raad oordeelde in de *Mediant*-beschikking van 22 december 2016 dat de uitzondering, zoals in het oude recht gehanteerd, niet langer opgaat omdat tegen de ontbindingsbeschikking tegenwoordig hoger beroep en cassatie openstaan.[7]

De Hoge Raad maakte duidelijk dat het argument 'snelheid' niet langer kon worden gebruikt om uitsluiting van het bewijsrecht en de daaraan verbonden aannemelijkheidsmaatstaf te rechtvaardigen. De uitzonderingspositie wordt opgeheven. Hieruit kan worden afgeleid dat voor alle ontslagprocedures die thans worden ingeleid met een verzoekschrift, in beginsel het wettelijk bewijsrecht van toepassing is.

### **3. Het bewijsrecht en aannemelijk maken**

Op 16 februari jl. zorgde de Hoge Raad sinds de *Mediant*-uitspraak voor wat verheldering door twee beschikkingen inzake *Decor Handelsmaatschappij* en *ICT-bedrijf B&C*.<sup>[8]</sup> Hier waren respectievelijk de redelijke gronden inzake disfunctioneren (d-grond) en een verstoorde arbeidsrelatie (g-grond) aan de orde. De Hoge Raad ging in deze zaken onder meer in op welke maatstaf de rechter dient te hanteren bij beoordeling van de redelijke gronden en welke eisen worden gesteld aan het bewijs van de relevante feiten.

#### **De beschikkingen van 16 februari 2018**

In beide zaken heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbonden zonder getuigen te horen. In de eerste zaak (*Decor*) verzocht de werkgever de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens disfunctioneren. Het hof oordeelde dat de werkgever voldoende aannemelijk had gemaakt dat sprake was van disfunctioneren en dat de werknemer voldoende in de gelegenheid was gesteld zich te verbeteren terwijl herplaatsing niet meer in de rede lag. In de tweede zaak (*B&C*) speelde een soortgelijke discussie met betrekking tot een verstoorde

arbeidsrelatie. Het hof oordeelde dat voldoende aannemelijk was gemaakt dat de samenwerking met zowel collega's als leidinggevende en de directie in de loop van de tijd zodanig was verslechterd dat sprake was van een arbeidsverhouding die ernstig en duurzaam was verstoord terwijl herplaatsing niet in de rede lag. Beide werknemers vonden het niet genoeg dat de ontbindingsgrond aannemelijk was gemaakt, zij wilden dat daarvoor bewijs geleverd werd c.q. dat zij in staat werden gesteld tegenbewijs te leveren. De Hoge Raad oordeelde echter 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 verwees 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'.

Gezien het bovenstaande lijkt het erop dat getuigenbewijs niet snel zal worden toegelaten en dat de rechter een terughoudende rol heeft c.q. slechts marginaal toetst daar waar het gaat om de vaststelling of een werknemer onvoldoende functioneert dan wel of er sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie.

Uit het op 29 juni 2018 door de Hoge Raad gewezen arrest kan onzes inziens echter de voorzichtige conclusie worden getrokken dat als een werknemer stevig verweer voert en getuigenbewijs aanbiedt, de rechter vaker getuigen moet gaan horen.

#### **4. Hoge Raad 29 juni 2018, GZR 2018-0374**

Werkneemster was sinds 1992 als arts-microbioloog in dienst bij de stichting Certe Laboratorium voor infectieziekten. Vakinhoudelijk functioneerde zij naar tevredenheid, maar werkgeefster was van mening dat er sprake was van structurele samenwerkings- en communicatieproblemen. Na een verbetertraject volgde de conclusie dat de coaching geen zichtbaar effect had gehad en niet had geleid tot gedragsverbeteringen. De arbeidsovereenkomst werd door de kantonrechter ontbonden op grond van disfunctioneren ex artikel 7:669 lid 3 sub d BW. Werkneemster stelde hoger beroep in en deed een bewijsaanbod van schriftelijke steunbetuigingen en getuigenverklaringen over haar functioneren en communiceren. Het hof oordeelde dit hoger beroep ongegrond en liet de ontbinding in stand. Bij de Hoge Raad klaagt werkneemster erover dat het bewijsaanbod zonder motivering is gepasseerd.

#### **Hoge Raad**

De Hoge Raad volgde de eerder gewezen *Mediant*- en *Decor*-beschikkingen en overwoog als volgt in rechtsoverweging 3.3.4:

*‘Zoals volgt uit HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998, NJ 2017/203, rov. 3.15-3.19 (Mediant) en HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, rov. 3.4.2-3.4.3 (Decor), zijn in ontbindingsprocedures als de onderhavige de wettelijke bewijsregels van overeenkomstige toepassing. Dit brengt onder meer mee dat de werkgever de feiten en omstandigheden die hij aan zijn ontbindingsverzoek ten grondslag heeft gelegd, bij voldoende gemotiveerde betwisting door de werknemer, zal moeten bewijzen (zie de Decor-beschikking, rov. 3.4.3).*

*Dit brengt verder mee dat de werknemer die bewijs heeft aangeboden van door hem aangevoerde feiten en omstandigheden die zich lenen voor bewijslevering en die tot een ander oordeel kunnen leiden over de feiten en omstandigheden ten aanzien waarvan de werkgever de bewijslast draagt, tot levering van dat tegenbewijs moet worden toegelaten.*

*Van de toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels moet worden onderscheiden de vraag of sprake is van disfunctioneren in de zin van art. 7:669 lid 3, onder d, BW. Met betrekking tot dat laatste heeft de werkgever een zekere beoordelingsruimte (Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 44-45). De rechter zal dit in zijn oordeelsvorming moeten betrekken door te 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 disfunctioneren van de werknemer in de genoemde zin (zie de Decor-beschikking, rov. 3.4.4).’*

Vervolgens kwam de Hoge Raad tot de conclusie dat werkneemster de feiten en omstandigheden die werkgeefster aan het ontbindingsverzoek ten grondslag had gelegd, gemotiveerd had betwist. Om die reden moest ze worden toegelaten tot het leveren van bewijs.

## **5. Conclusie**

Hoewel het bewijsrecht dus onverkort van toepassing is in de ontbindingsprocedure, wil dat niet altijd zeggen dat een werknemer (of een werkgever) per definitie wordt toegelaten tot het leveren van getuigenbewijs. Uit de *Decor*-beschikking van de Hoge Raad volgt namelijk dat ten aanzien van inhoudelijke gevolgtrekkingen de werkgever (slechts) aannemelijk moet maken dat uit de feiten deze gevolgtrekking, de ontslaggrond, zich voordoet. Een zekere mate van beoordelingsruimte waarbij de rechter niet op de stoel van de werkgever lijkt te willen zitten. Dat geldt tenminste zo voor de d- en g-grond.[9] Het verschil met het recht vóór de Wwz is de wijze van het vaststellen van feiten. Daarop is tegenwoordig het bewijsrecht van toepassing, waardoor een aanbod tot getuigenbewijs niet meer zonder nadere motivering door de rechter terzijde geschoven kan worden.

De Hoge Raad zet de lijn wel door zoals hij dat in de *Mediant*- en *Decor/B&C*-beschikkingen heeft ingezet, maar in de *Certe*-beschikking draagt hij de rechter wel op om bij het passeren van een bewijsaanbod duidelijk aan te geven dat dat bewijs niets toevoegt. Onzes inziens zal dit ertoe leiden (en is in onze praktijk ook al gebleken) dat rechters minder makkelijk om het bewijsaanbod (van zowel werknemer als werkgever) heen kunnen.

Daar waar voorheen de ontbindingsprocedure meestal slechts een verzoek- en verweerschrift kende en eindigde met een beschikking na een zitting, zullen in de toekomst dit soort procedures aanzienlijk langer kunnen gaan duren vanwege getuigen- (en contra getuigen)verhoren. Dat recht op (getuigen)bewijs geldt overigens niet alleen voor de verwerende (werknemer) partij, maar ook voor de verzoekende (werkgever) partij indien die in het verzoekschrift aanbiedt om de stellingen/gronden door middel van getuigen te bewijzen.

*mr. J.J.W. van Mens, advocaat arbeidsrecht en I.M.A. Lemmers student stagiaire AKD*

## Noten

[1] C.J.J.C. van Nispen, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2018, art. 166 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, aant. 2.

[2] D.M.A. bij de Vaate, *Handboek arbeidsprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 227-229.

[3] HR 28 mei 1999, *NJ* 1999/694.

[4] HR 29 september 2000, *NJ* 2001/302.

[5] Zie onder andere Hof Den Haag 24 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:629; Hof 's-Gravenhage 21 oktober 2009, *JAR* 2010/15; Rb. Zeeland-West-Brabant 24 juni 2013, *RAR* 2013/153; Ktr. Haarlem 16 maart 2011, *RAR* 2011/83; Ktr. Alkmaar 12 oktober 2010, *JAR* 2010/299; Ktr. Utrecht 19 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3475; Ktr. Nijmegen 2 juli 2010, *JAR* 2010/224; Ktr. Amersfoort 2 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN3567; Ktr. Arnhem 20 maart 2010, ECLI:NL:RBARNH:2010:BM3490; Ktr. Utrecht 12 februari 2008, *RAR* 2008/95; Ktr. Nijmegen 3 maart 2005, *JAR* 2005/72; Ktr. Bergen op Zoom 23 augustus 2004, *RAR* 2005/8; Ktr. Amsterdam 16 april 2004, *JAR* 2004/121; Ktr. Middelburg 26 oktober 2003, *JAR* 2004/142; Ktr. Amsterdam 17 juli 2001, *JAR* 2001/162.

[6] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 38.

[7] HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (*Mediant*).

[8] HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 (*Decor Handelsmaatschappij*); HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220 (*ICT-bedrijf B&C*).

[9] Zie in dit licht ook: A.M. van Capelle, "Hard" bewijs voor ontslaggronden versus de beoordelingsvrijheid van de werkgever, *ArbeidsRecht* 2018/23. Hij vermoedt dat naast de d- en g-grond ook beoordelingsruimte voor de werkgever bestaat bij de e- en c-grond.