

Citeerwijze van dit artikel:

Dr. Mr. Hendrik Jan Wouter Alt Ph.D, 'Is het bewijsrecht van toepassing op de ontbindingsprocedure? Een reactie op het artikel 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure deel 2: het bewijsrecht' van mr. Vivian Bij de Vaate.', *ARBAC* 2012, oktober-december, DOI: 10.5553/ARBAC/000011

DOI: 10.5553/ARBAC/000011

Is het bewijsrecht van toepassing op de ontbindingsprocedure? Een reactie op het artikel 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure deel 2: het bewijsrecht' van mr. Vivian Bij de Vaate.

Dr. Mr. Hendrik Jan Wouter Alt Ph.D

1 Inleiding

In opgemeld artikel stelt de auteur dat de wetgever noch de Hoge Raad met de invoering, respectievelijk de uitleg van artikel 284 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) de bedoeling hebben gehad om *alle* ontbindingsprocedures van *alle* wettelijke bewijsregels uit te zonderen. Op niet-spoedeisende ontbindingsprocedure is het bewijsrecht in haar visie onverkort toepasselijk. Zij acht het vervolgens aannemelijk dat spoedeisende ontbindingsprocedures zich uitsluitend tegen toepasselijkheid van *een aantal* bewijsregels kunnen verzetten, namelijk alleen die bewijsregels die in het concrete geval aan een spoedige beslissing in de weg staan. Daarbij moet, volgens de auteur, met name worden gedacht aan de regels met betrekking tot bewijslevering en bewijslast/bewijswaardering. Bewijsregels die geen invloed hebben op de snelheid van de procedure, zoals de regels met betrekking tot de bewijslastverdeling, zijn volgens haar zonder meer van toepassing, ook in een spoedeisende ontbindingsprocedure. In samenhang daarmee acht zij het standpunt van verscheidene auteurs, voor zover inhoudend dat art. 150 Rv en in combinatie daarmee de bijzondere uit het Europees recht voortvloeiende regels van bewijslastverdeling in de gelijke behandelingswetgeving in de ontbindingsprocedure niet van toepassing zijn, ten minste betwistbaar. In deze bijdrage zou ik bij deze stellingen enige kanttekeningen willen plaatsen.

2 De parlementaire geschiedenis

De auteur stelt in haar inleiding:

Volgens de memorie van toelichting bij de Wet tot herziening van het burgerlijk procesrecht (2002) kan de spoedeisendheid van de ontbindingsprocedure zich tegen toepassing van het wettelijke bewijsrecht verzetten.

De MvT zegt daarover:

(...) Er is thans geen goede reden aanwezig om bepaalde bewijsrechtelijke voorschriften nog uitdrukkelijk van overeenkomstige toepasselijkheid op de verzoekschriftprocedure uit te zonderen. (...) Dientengevolge verklaart het eerste lid van artikel 284 (3.4.7) het gehele wettelijke bewijsrecht van toepassing, echter tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. (...) Maar ook de spoedeisendheid van een zaak kan aan toepassing van de bewijsrechtelijke voorschriften in de weg staan. Hierbij kan met name gedacht worden aan conservatoire maatregelen, spoedeisende artikel 7:685 BW-procedures en voorlopige voorzieningen.¹

Bij de Vaate stelt in haar artikel dat dit aldus moet worden begrepen dat er twee soorten ontbindingsprocedures zijn, te weten spoedeisende en niet-spoedeisende. Een dergelijk onderscheid kent de praktijk, noch de jurisprudentie en is evenmin ooit de bedoeling van de wetgever geweest. Dit volgt ook uit de door de auteur in de inleiding zelf aangehaalde vaste jurisprudentie van de Hoge raad over het karakter van de ontbindingsprocedure. Zij stelt daar immers:

De Hoge Raad heeft in het verleden meermalen overwogen dat de ontbindingsprocedure een eenvoudige, op een spoedige beslissing gerichte verzoekschriftprocedure is, 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.²

In paragraaf 2.1 van haar artikel geeft zij terecht aan dat dit te maken heeft met een van oorsprong andere bedoeling van de ontbindingsprocedure, te weten in de vaststelling van een billijke regeling.

Gesteld noch gebleken is dat de wetgever met de invoering van het huidige Rv heeft beoogd enige wijziging te brengen in de 7:685 BW-procedure. Die was en die bleef gericht op een spoedige uitspraak met ongeveer een doorlooptijd van 6 weken tussen het indienen van het inleidend verzoekschrift en de uiteindelijke beschikking.³ Ook Ynzonides stelt dat de wetgever heeft bedoeld dat het bewijsrecht niet overeenkomstig mag worden toegepast.⁴

Overigens is het vaste jurisprudentie sedert de uitspraak HR 3 december 1982, *NJ* 1983, 182 dat de in een ontbindingsbeschikking aangenomen feiten geen gezag van gewijsde krijgen.⁵ Dat is het onlosmakelijke gevolg van het feit dat het bewijsrecht niet van toepassing is. Van het vaststellen van feiten door de rechter ex artikel 149 Rv is immers geen sprake.

Nu het karakter van de procedure, alsook de wijze van waarderen van feiten door de jaren heen niet is veranderd is aannemelijk is dat de wetgever de ontbindingsprocedure bij de invoering van het huidige Rv die als een gegeven

heeft beschouwd en als zodanig als spoedeisend heeft aangemerkt. Daaruit volgt dan ook dat de wetgever voor alle ontbindingsprocedures ex artikel 7:685 BW het bewijsrecht niet van toepassing heeft verklaard.

3 Het gehele bewijsrecht niet van toepassing of een deel toch wel?

Wellicht is het in dit verband goed om nog even stil te staan bij de twee fasen die een normale civielrechtelijke procedure kent, te weten de eerste, die van de stelplicht en die van de bewijslevering. In alle soorten van procedures dient een partij die zich op een rechtsgevolg beroept voldoende te stellen wil zijn verzoek of vordering door de rechter in behandeling worden genomen.

Hoeveel een partij moet stellen hangt af van de verwachte betwisting van de andere partij. Het regime gaat vervolgens pas afwijken in de tweede fase: is de negende afdeling van de tweede titel Rv wèl van toepassing dan dient de partij op wie de bewijslast rust een ter zake dienend en voldoende gespecificeerd bewijsaanbod te hebben gedaan om te worden toegelaten tot bewijs. Is die titel niet van toepassing dan komt de rechter daar niet aan toe en zal hij met het beschikbare materiaal over en weer moeten beoordelen of hij het door de partij die zich op het rechtsgevolg heeft beroepen gestelde voldoende aannemelijk acht. In zoverre is er dan eigenlijk slechts sprake van het eerste fase, waarna het doek al direct voor één van beide partijen valt.

Het eerste lid van artikel 284 Rv bepaalt dat de negende afdeling (Bewijs) van de tweede titel van overeenkomstige toepassing is, tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet. Dat 'daartegen' ziet op toepasselijkheid van de gehele negende afdeling (dus artt. 149 t/m 207 Rv) van de tweede titel van Rv. De uitleg van de auteur dat dit uitsluitend ziet op bepalingen die aan de spoedeisendheid in de weg staan vindt dus geen steun in het recht. Aldus is artikel 150 Rv dus niet van toepassing.⁶

Dit betekent dat voor een verzoekschriftprocedure ex artikel 7:685 BW een regime geldt dat vergelijkbaar is met dat in kort geding: een partij dient zijn stellingen bij gemotiveerde betwisting door de wederpartij *aannemelijk* te maken. Dit betekent dat wel de stelplicht onverkort geldt, maar de rechter vrijer is in de waardering van de bewijsmiddelen, zonder dat een rechter gehouden is een ter zake dienend en voldoende gespecificeerd bewijsaanbod te honoreren.

4 Artikel 6 EVRM en Europese wetgeving

Het vorengaande betekent dat voor wat betreft de vraag of de procedure voldoet aan artikel 6 EVRM en aan Europese regelgeving, ervan moet worden uitgegaan dat het bewijsrecht als geheel is uitgesloten en dat, behoudens een incidentele goedwillende kantonrechter, er voor een partij die zijn gelijk door middel van getuigen of deskundigen wil bewijzen, geen plaats is.

Daarop is al enige tijd kritiek. A-G Spier achtte het begin 2003 al moeilijk aanvaardbaar dat dergelijke ingrijpende beslissingen in één instantie worden beslist zonder deugdelijk feitenonderzoek.⁷ A-G Huydecoper⁸ vindt een

dergelijke opvatting naar huidige maatstaven in het licht van de *Baijings-doctrine*⁹ van de Hoge Raad en gelet op het feit dat er geen hoger beroep of cassatie openstaat:

‘slecht is te rijmen met het uitgangspunt dat ook toetsing van aspecten rond de beëindiging van de dienstbetrekking die in de ontbindingsprocedure - door het summiere karakter daarvan - niet die aandacht hebben kunnen krijgen die daar in ander verband aan zou toekomen, daardoor toch van verdere beoordeling (kunnen) worden uitgesloten. De regeling hinkt in dat opzicht op twee gedachten die (...) niet gemakkelijk met elkaar in evenwicht zijn te brengen’.¹⁰

Castermans & Terlouw onderschrijven dit en wijzen met voorbeelden erop dat uitsluiting van het bewijsrecht er bovendien toe kan leiden dat de speciale bewijslastverdeling van artikel 10 AWGB niet wordt toegepast. Nu deze wetgeving een invulling is van de Europese bewijsregels ter zake van discriminatie, komt is het niet toepassen van die regel in strijd met die Europese bewijsregels.¹¹

Hovens is van mening dat de jurisprudentie die onder meer het bewijsrecht in ontbindingsprocedures uitsluit, zou moeten worden herzien, nu het niet aangaat om in een procedure die ‘het dagelijks brood’ van de werknemer tot inzet heeft, partijen niet in de gelegenheid stellen hun stellingen te bewijzen door middel van het horen van getuigen.¹² Hij is met Kuijer en Sagel van mening dat een dergelijke beperking, in combinatie met het appel en cassatieverbod in strijd is met artikel 6 EVRM.¹³ Dat komt mij als juist voor.

M.i. omvat het recht op een eerlijk proces onder meer:

het recht om gehoord te worden, dat wil zeggen om zich in voldoende mate over de zaak uit te laten;

het recht op gelijke proceskansen; dit heeft repercussie op het gebied van het bewijsrecht, maar ziet ook op de wijze waarop men in het geding betrokken wordt (het recht op een begrijpelijke procedure);¹⁴

Het recht zich in voldoende mate over een zaak uit te laten ziet er naar mijn mening op dat wanneer nadere bewijslevering noodzakelijk is, omdat beide partijen de rechter in gelijke mate voorzien van schriftelijke stukken, dat dan redelijkerwijs *mogelijk* moet zijn, bij gebreke waarvan een partij zich onvoldoende over de zaak kan uitlaten en die partij die ene instantie die de wetgever aan partijen heeft toebedacht niet ten volle kan benutten.

Artikel 6 EVRM garandeert daarentegen ten minste één *volle* instantie, zodat wanneer hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten een partij die instantie dan ook wel ten volle moet kunnen benutten.¹⁵

Daarbij behoort naar mijn mening dat een partij die gelijk heeft dat met alle middelen rechtens (dus ook door middel van het horen van getuigen of het benoemen van deskundigen) moet *kunnen* bewijzen. Anders kan de partij die geen gelijk heeft verhinderen dat zijn wederpartij dat krijgt door eenvoudig met

een overvloed aan producties zand in de machine te gooien.

Daarnaast dient de bewijsregeling van artikel 10 AWGB (zie hiervoor paragraaf 5.4), onverkort ook van toepassing te zijn op de ontbindingsprocedrude ex artikel 7:685 BW.

In mijn proefschrift heb ik dan ook betoogd dat de wetgever hier een taak heeft.¹⁶

Het moge dan zo zijn dat de wetgever van 1907, volgens wie “het hier niet zozeer geldt de beslissing van een rechtsstrijd, als wel de vaststelling eener billijke regeling door den onpartijdigen rechter” (MVT, Bles IV, blz. 261), iets anders voor ogen heeft gestaan. Thans is de 7:685 BW-procedure ontwikkeld tot een veel benutte inhoudelijke procedure, waarin volgens de Hoge Raad, gelet op de Baijings-leer, alles betreffende ontslag en vergoeding aan de orde dient te komen. In dat licht is de oorspronkelijke opvatting van de wetgever van 1907 niet langer houdbaar. Dat geldt mutatis mutandis ook voor de kennelijk daarop voortbouwende wetgever bij de invoering van het nieuwe wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 2002.

Toepassing van het bewijsrecht staat ook niet aan het spoedeisende karakter van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg. Indien zonneklaar is dat partijen niet met elkaar door kunnen, dan kan bij tussenbeschikking eenvoudig de arbeidsovereenkomst reeds worden ontbonden. In een dergelijke tussenbeschikking kan dan tevens een bewijsopdracht worden gegeven. Aldus kan dan *de hoogte van de vergoeding* worden bepaald *nadat* het feitenonderzoek is afgerond. Dit behoeft naar mijn mening geen exorbitante toename van de werkdruk van de sectoren Kanton van de rechtbanken op te leveren, nu zeker niet in *alle* gevallen dergelijk diepgaand feitenonderzoek door partijen gewenst èn door de rechter, gelet op de stelplicht van partijen gehonoreerd zal worden. Ook thans wordt in dagvaardingsprocedures veelvuldig een bewijsaanbod als niet ter zake doende gepasseerd, of wordt een partij niet tot bewijs toegelaten omdat hij niet aan zijn stelplicht heeft voldaan. Wanneer het er op aan komt moet het wel *mogelijk* zijn.

5 Conclusie

Anders dan mr. Vivian Bij de Vaate in haar artikel betoogt hebben zowel de wetgever als de Hoge Raad met de invoering, respectievelijk de uitleg van artikel 284 Rv de bedoeling gehad om *alle* ontbindingsprocedures van de gehele negende afdeling van titel 2 van boek 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering uit te zonderen, dat wil zeggen van *alle* wettelijke bewijsregels. Er bestaat naar mijn mening niet zoiets als een verschil tussen spoedeisende en niet-spoedeisende ontbindingsprocedures, nog daargelaten dat dit in het kader van de rechtszekerheid en de afwezigheid van een gewoon rechtsmiddel, uiterst onwenselijk zou zijn. Evenmin is er sprake van slechts een gedeeltelijke uitsluiting van de voormelde negende afdeling van titel 2 van boek 1 Rv. Dat vindt geen steun in het recht en zou, andermaal, leiden tot rechtsonzekerheid. Dit leidt, anders dan voormelde auteur stelt, ertoe dat, onder meer artikel 150 Rv toepassing mist, en de huidige procedure weldegelijk strijdig is met artikel 6

EVRM en Europese regelgeving.

Noten

1 Van Mierlo/Bart, *Parlementaire Geschiedenis Burg Procesrecht* p. 447.

2 HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 302; HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 205; HR 3 december 1982, *NJ* 1983, 182.

3 Zie losbladige editie Kluwer Arbeidsovereenkomst aantekening 4.12 op artikel 7:685 BW, bewerkt door prof. mr. A.M Luttmer-Kat. De wetgever heeft bij de invoering van het huidige Rv niet meer of anders bedoeld te regelen welke *soort* procedure wel en welke niet onder het bewijsrecht valt. Na de invoering in 2002 is er geen advocaat of kantonrechter in Nederland geweest die zich heeft afgevraagd of dit wel een spoedeisende ontbindingsprocedure is.

4 M. Ynzonides, 'Bewijzen in de ontbindingsprocedure', *SR* 2000, p. 346-347.

5 Zie ook: HR 23 april 1993 *NJ* 1993, 505, waarin de Hoge Raad andermaal oordeelt dat de aard van de procedure als bedoeld in art. 7A:1639w(oud) niet wettigt te aanvaarden dat in een volgend geding bindende kracht toekomt aan een beslissing als de onderhavige, vervat in een beschikking ingevolge voornoemde bepaling HR 1 oktober 1999, *NJ* 1999, 738: "3.5 Het middel houdt tenslotte de klacht in dat het hiervoor weergegeven oordeel van de Rechtbank zich niet verdraagt met het oordeel van de Kantonrechter te Amsterdam van 15 augustus 1994 dat Lavos buiten staat was Alifriqui enige (passende) arbeid aan te bieden. Laatstgenoemde beschikking werd gegeven op de voet van art. 7A:1639w (oud) BW. Nu de aard van de procedure als bedoeld in art. 7A:1639w niet wettigt te aanvaarden dat in een volgend geding bindende kracht toekomt aan een op de voet van die bepaling gegeven beslissing als de onderhavige, stond het de Rechtbank vrij te oordelen zoals zij heeft gedaan." Zie in dat verband ook HR 3 december 1982, *NJ* 1983, 182 (*Bravenboer/Van Rhee*). Verdere jurisprudentie waarin de Hoge Raad toepassing van het bewijsrecht in de ontbindingsprocedure uitsluit zijn onder meer HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 205 m.nt. PAS (*Boukacem/Martinair Holland*), HR 5 maart 1999, *NJ* 1999, 676, m nt. JBMV, HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 302 m.nt. PAS (*Kuijper/ING*).

6 Mogelijk dat de auteur het oog heeft in haar artikel op de *stelplicht*. Immers, ook voor de stelplicht geldt in beginsel dat die rust op de partij die zich op een rechtsgevolg beroept, zij het dat op een partij in het kader van een betwisting een (verzwaarde) stelplicht kan rusten met betrekking tot de tot zijn of haar domein behorende feiten en omstandigheden.

7 In zijn conclusie vóór HR 14 februari 2003, *JAR* 2003, 72 (*Stichting Thuiszorg centraal/Bulters*).

8 In zijn conclusie vóór HR 18 juni 2004, *JAR* 2004/168.

9 Dit betreft de exclusieve werking van de procedure ex artikel 7:685 BW als het gaat om vergoeding ten gevolge van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst,

des dat daarnaast niet nog wegens datzelfde ontslag meer of andere schade kan worden gevorderd op grond van onrechtmatige daad o.i.d. Zie HR 24 oktober 1997, *JAR* 1997/248 (*Baijings*), HR 5 maart 1999, *JAR* 1999/73 (*Tulkens/FNV*) en recenter: HR 10 december 2004, *NJ* 2006, 214.

10 *JAR* 2004, 168.

11 A.G. Castermans & A.B. Terlouw, “Bewijs van discriminatie’ in: A.S. Hartkamp (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse Privaatrecht I*, Deventer 2007, p. 196-209.

12 F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep*, diss. Tilburg 2005, Deventer 2005, p. 53. Zie vervolgens daarmee weer instemmend de conclusie van A-G Spier sub 4.4 vòòr HR 12 september 2008, *LJN* BD6026.

13 M. Kuijer en S.F. Sagel 2001, “Doorbreking van het appelverbod ex artikel 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM SR 2001-2, p 50-57 en Hovens 2005, p. 53.

14 Vgl. P. Smits, *Artikel 6 en de civiele procedure*, Deventer 2008, p. 102.

15 Zie A. Knigge, *Effectieve toegang tot het civiele geding*, Deventer 1998, p. 22: uit artikel 6 EVRM volgt dat een verdragstaat een procedure zo dient in te richten en het rechterlijke apparaat zo te organiseren en de feitelijke omstandigheden voor rechtzoekenden zo te beïnvloeden dat de toegang tot de rechter ook werkelijk effectief is en er voor de rechtzoekende een reële mogelijkheid bestaat zijn aanspraken in rechte te effectueren. Zie op dit punt verder H.J.W. Alt, ‘Het sociaal plan en de marginale toetsing anno 2002’, *Arbeidsrecht* 2002-8/9, p 72-80.

16 H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele recht en het ambtenarenrecht*, diss Leiden 2009, Deventer 2009, p. 237.

© Boom Juridische uitgevers