

# Procederen in arbeidszaken

LabourLawLands

21-11-2019

Herman van der Meer

# Gevolgen Wwz voor ontbinding?

Stellingen:

1. Met de invoering van de Wwz is de positie van de ontbinding in het ontslagrecht fundamenteel gewijzigd, maar niet iedereen lijkt zich die wijziging ten volle te realiseren, want in de praktijk staan velen (incl. rechters) nog sterk in de 'pre-Wwz-stand'
2. Toepassing bewijsrecht is 'gamechanger' in ontslagprocedures

## Bijzonder karakter 7:685 (oud) BW

HR: ontbinding neemt bijzondere positie in binnen ontslagrecht op basis van de (maatschappelijke) noodzaak van een snelle beslissing, gericht op spoedige beëindiging v.d. arbeidsovereenkomst

Daarom tot aan Wwz:

- geen hoger beroep en cassatie (tenzij...)

- wettelijk bewijsrecht niet van toepassing op ontbinding,

want: snelle rechtszekerheid staat bij 685 voorop, kantonrechter gaat pragmatisch/oplossingsgericht om met bevoegdheden, vergoeding werkte als 'smeermiddel'

Stelling: ontbinding heeft karakter 'nooduitgang'

# Bewijsrecht n.v.t. in 7:685 (oud)

Tot 2002: uitsluiting wettelijk bewijsrecht (dogmatische grondslag)

HR 1999: HR gaat om ogv 6 EVRM, tenzij '*aard van de procedure*' zich verzet tegen toepasselijkheid wettelijk bewijsrecht

HR 2000: aard van 7:685 verzet zich tegen toepasselijkheid bewijsrecht

2002: 284,1 Rv: voortaan wel bewijsrecht in verzoekschriftenprocedure tenzij '*aard van de zaak*' zich daartegen verzet

# In wetsgeschiedenis Wwz, over bewijsrecht:

minister:

*“het wordt aan de rechter overgelaten of bewijsrecht van toepassing is (...) hetgeen zal afhangen van factoren als het al dan niet spoedeisende karakter van het voorgelegde geschil alsmede de complexiteit van de zaak”*

(Eerste Kamer 2013-2014, 33818, nr. E: Nota naar aanleiding van het verslag, p. 15)

In de praktijk werd deze ruime uitleg ook in andere dan ontbindingszaken toegepast, met doorlooptijden in ontslag op staande voet zaken van 5-6 weken

# Betekenis uitlatingen WWZ-wetgever over 284,1 Rv.

In arbeidsrechtelijke jurisprudentie wordt standpunt WWZ-wetgever over 284,1 Rv. veelvuldig als 'maatgevend' geciteerd

echter ten onrechte, aldus valt op te maken uit Hoge Raad 26-02-16 (2016:335, een verzekeringskwestie) in r.o. 3.9.2.:

*“Opmerking verdient dat aan uitlatingen van de zijde van de regering anders dan in de totstandkomingsgeschiedenis van de desbetreffende wet of wetsbepaling, geen bijzondere betekenis toekomt, en dat de omstandigheid dat een bepaalde wetsuitleg door de meerderheid van de feitenrechters en de literatuur wordt aanvaard, gewicht in de schaal legt, maar niet steeds beslissend gewicht.”*

# Wijziging positie ontbinding in Wwz

## Exit:

- ontbinden op grond van open norm
- 'dadelijk of na korte tijd'
- uitsluiting hoger beroep en cassatie

## Nieuw:

- ontbinden als reguliere wijze van beëindigen
- met opzegtermijn
- hoger beroep en cassatie

# De praktijk van alledag: de (kanton)rechter hoort ter zitting meegebrachte getuigen

Horen van meegebrachte 'getuigen' (of: 'informanten') op ontbindingszitting kan in strijd zijn met 'equality of arms'

Het nieuwe art. 87,3 Rv spreekt over 'voorafgaande toestemming' van de rechter om meegebrachte getuigen te horen

in HR 25-05-07 (2007:BA2495) leidde het horen van meegebrachte getuige tot vernietiging van een arbitraal vonnis wegens strijd met hoor en wederhoor:

- geen probandum: onduidelijk waartoe getuigenverhoor diende
- geen gelegenheid geboden om zich uit te laten over verklaring
- geen gelegenheid geboden aan wederpartij om getuigen te doen horen
- dat arbiters niet aan wettelijke bewijsregels gebonden zijn is irrelevant



# Mediant

Hoge Raad (anders dan AG) komt met nieuwe hoofdregels:

- oude jurisprudentie over uitsluiting bewijsrecht geldt niet meer
- wetsgeschiedenis onduidelijk/innerlijk tegenstrijdig, dus van beperkte betekenis
- in het algemeen is na de Wwz bewijsrecht cf. 284,1 Rv van toepassing
- bodemzaak (over ontslag op staande voet) en ontbinding moeten gelijk op lopen

# Betekenis van toepassing bewijsrecht in ontbindingszaken

Bij adequaat, voldoende concreet bewijsaanbod ten aanzien van een feit dat tussen partijen in geschil is en beslissend is voor de te nemen beslissing:

bewijsrecht = het recht om getuigen te laten horen,  
dus: rechter móet (goed) bewijsaanbod honoreren

# Bewijs van disfunctioneren

## **Conclusie AG De Bock (PHR:2017:1058):**

- betwiste feit moet 'bewezen' worden, marginale toets is onvoldoende;
- bewijsaanbod moet wel over *feiten* gaan en niet over *conclusie/kwalificatie* (bijv.: '*onvoldoende functioneren*' is zelf geen feit, maar een gevolgtrekking/conclusie, gebaseerd op feiten)

## **HR 16-02-18 (182, Décor):**

- wg moet betwiste feiten en omstandigheden bewijzen, die moeten dus 'komen vast te staan' op basis van 'voldoende aannemelijkheid', hoeft niet 'onomstotelijk' te zijn
- rechter toetst, met inachtneming van een zekere mate van beoordelingsruimte werkgever, of deze in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat sprake is van disfunctioneren (rechter mag oude UWV-'gezichtspunten' meewegen, net als vraag of werkgever blaam treft)

# Passeren bewijsaanbod?

- HR 5-10-18 (1846, Veka Shipyard): hof passeert bewijsaanbod van 'gentlemen's agreement' over vakantie-afpraak; HR casseert, want aanbod was voldoende concreet en ter zake dienend
- HR 29-6-18 (1045, Certe): bewijsaanbod door hof zonder motivering gepasseerd; cassatie, want te bewijzen aangeboden feiten lenen zich voor bewijslevering en, als zij komen vast te staan, kúnnen ze tot een ander oordeel leiden; daarom moet bewijsaanbod gehonoreerd
- HR 30-8-19 (530, LaPack): over bewijslastverdeling, niet zo bijzonder, maar wel fraai voorbeeld van onjuistheid 'wie stelt moet bewijzen', te vervangen door: 'wie moet stellen, moet bewijzen'

# WAB: introductie van de i-grond

- Naast a – h: nieuwe ‘combinatiegrond’: i
- alleen combinatie van twee of meer factoren uit c-h
- dus geen combinatie met a en/of b (bedrijfseconomisch, ziekte)
- “zodanige combinatie van ontslaggronden c-h dat van werkgever in redelijkheid niet gevegd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren”
- voorbeeld MvT: disfunctioneren onvoldoende aangetoond, verstandhouding verstoord
- Reparatiewet 2020: geen combinatie met f-grond

# i-grond subsidiair?

Onder 7:685 BW: feiten gesteld, verzoek: primair 'dringende redenen', subsidiair 'wijziging van omstandigheden'

Onder Wwz/WAB: feiten gesteld, keuze voor ontslaggrond(en), verzoek: primair: c en/of d en/of e, etc. t/m h; subsidiair: i

# Risico's bij subsidiaire i-grond

1. bewijsrecht leidt tot verplichting om eerst primaire grondslag uit te procederen, pas daarna komt rechter aan i-grond toe (rechter mag niet 'kiezen')
2. tegen tussenbeschikking (bijv. bewijsopdracht) kan tussentijds hoger beroep opengesteld worden
3. tegen deelbeschikking (bijv. primaire grondslag afgewezen) staat meteen hoger beroep en cassatie open