

Stelplicht en bewijslast in het nieuwe arbeidsrecht

*STELPLICHT EN BEWIJSLAST IN HET NIEUWE
ARBEIDSRECHT*

mr. dr. H.J.W. Alt

 Wolters Kluwer

Deventer – 2017

Verkorte citeerwijze: Alt, *Stelplicht en bewijslast in het nieuwe arbeidsrecht (MSR nr. 71)* 2017.

Volledige citeerwijze: H.J.W. Alt, *Stelplicht en bewijslast in het nieuwe arbeidsrecht (Monografieën Sociaal Recht nr. 71)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

ISBN 978 90 13 14351 5

ISBN 978 90 13 14352 2 (E-book)

NUR 825-502

Ontwerp omslag: Bert Arts bNO

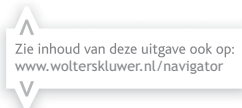
© 2017, Wolters Kluwer Nederland BV

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle uitgaven van Wolters Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.wolterskluwer.nl of kunt u opvragen via de klantenservice.



NAVIGATOR

WOORD VOORAF

Vijf jaar na het voltooiën van mijn proefschrift heeft het de politiek behaagd om in een recordtempo in het civiele arbeidsrecht een aantal ingrijpende wijzigingen door te voeren. Dat was een goede reden om het civiele gedeelte van mijn proefschrift uit 2009 te bewerken en ook overigens aan te vullen, onder meer met sindsdien opgekomen ontwikkelingen (waaronder KEI). Daarnaast is het aantal behandelde onderwerpen uitgebreid, nu stelplicht en bewijsrecht nog altijd onlosmakelijk verbonden zijn met het toepasselijke materiële recht. Daarbij heb ik een keuze gemaakt voor die onderwerpen, die wat stelplicht en bewijslast het meest in het oog springen. Daarbij is met afsluiting van dit boek gewacht tot de uitspraak HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998, omdat de Hoge Raad daarin een principiële uitspraak heeft gedaan over de toepasselijkheid van het bewijsrecht in de ontbindingsprocedure.

De keuze om alleen het civiele gedeelte te bewerken is ingegeven door het feit dat het ambtenarenrecht sindsdien niet wezenlijk is veranderd. Daarnaast was de verwachting dat in het kader van de ‘normalisering’ de ambtelijke status grotendeels zou worden afgeschaft. Inmiddels is de wet die dat mogelijk maakt begin november 2016 door de Eerste Kamer aangenomen.

Recentelijk lijkt de focus in het kader van de stelplicht en bewijsfase in die zin te zijn gewijzigd, dat er *in de literatuur* meer aandacht is gekomen voor waarheidsvinding door de rechter.¹ *In de praktijk* lijkt het bewijzen in de lagere rechtspraak meer naar de achtergrond omdat veel procedures dat stadium uiteindelijk niet bereiken. Ook lijkt een actievere rol in dat kader te zijn weggelegd voor de (comparitie)rechter. De veranderingen van KEI lijken daar ook op aan te sluiten. Daarom zal er ook aandacht worden besteed aan de wijze waarop de rechter met de ten processe gebleken rechtsfeiten omgaat. Dat levert immers voor partijen in het arbeidsrechtproces waardevolle informatie op waarop kan worden geanticipeerd. In dat kader kunnen stelplicht en bewijslast in het arbeidsrecht niet los worden gezien van het materiële recht, zodat dit ook ruimschoots wordt behandeld. Telkens wordt dan aangegeven hoe de stelplicht en bewijslast zijn verdeeld, of, indien dit als gevolg van de nieuwe wetgeving nog moet worden ingevuld, mogelijk zou kunnen worden verdeeld. Hier en daar worden ook suggesties gedaan voor aanpassingen en verbeteringen, nu de Wvz in de praktijk niet op alle fronten even praktisch en billijk uitpakt. De verwachting is dan ook dat dit pas het begin is van een nog veel grotere operatie tot modernisering van ons arbeidsrecht, waarbij, zoals al blijkt uit voormelde uitspraak van de Hoge Raad van 23 december 2016, naast een rol voor de wetgever ook een aanzienlijke taak is weggelegd voor ons hoogste rechtcollege.

1 Zie onder meer Ahsmann 2011, De Bock 2011, De Groot 2012 en Asser 2013.

Voor wat betreft de Wwz speelt de Parlementaire Geschiedenis uiteraard een grote rol. Daarnaast heb ik getracht de relevante literatuur en zoveel mogelijk jurisprudentie daarbij te betrekken, in het besef dat het recht volop in ontwikkeling is en de Hoge Raad zich nog over een aantal fundamentele kwesties zal moeten uitlaten. In sommige bewijsrechtelijke situaties kan dan ook niet met absolute zekerheid worden voorspeld hoe de Hoge Raad hieromtrent zal gaan oordelen, al heeft uitspraak HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998, m.i. verderstrekkender consequenties dan alleen voor wat betreft de ontbindingsprocedure. Uiteraard hoop ik met dit boek een steentje aan de discussie bij te dragen aan een rechtvaardig en evenwichtig arbeidsrecht.

Behoudens enkele uitzonderingen is deze druk afgesloten op 1 januari 2017.

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / V

Lijst van gebruikte afkortingen / XX

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1.1 Begrippen / 1
- 1.2 Inschatting van de haalbaarheid / 3
- 1.3 Ongelijkheidscompensatie / 4
 - 1.3.1 Inleiding / 4
 - 1.3.2 Ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht / 5
 - 1.3.3 Wanneer is er sprake van een te compenseren ongelijkheid in het civiele procesrecht in het algemeen en het arbeidsrecht in het bijzonder? / 7
 - 1.3.4 De norm van art. 6 EVRM / 7
 - 1.3.5 Wat betekent dit nu voor het bewijsrecht? / 9
- 1.4 Conclusie hoofdstuk 1 / 9

HOOFDSTUK 2

Bewijslasttheorieën: de grondslag voor een billijke verdeling / 11

- 2.1 Inleiding / 11
- 2.2 De theorie van de bloot-affirmatieven / 11
- 2.3 De subjectiefrechtelijke theorie / 11
- 2.4 De objectiefrechtelijke theorie / 12
- 2.5 De publiekrechtelijke theorie / 13
- 2.6 De procesrechtelijke of billijkheidstheorie: de mening van Anema / 13
- 2.7 De theorie van Giesen / 14
- 2.8 De gematigd objectiefrechtelijke theorie als heersende leer in het burgerlijk procesrecht / 15
- 2.9 De gematigd objectiefrechtelijke bewijslasttheorie en waarheidsvinding: de aanbevelingen van De Bock / 17
- 2.10 Conclusie hoofdstuk II / 18

HOOFDSTUK 3

Stellen in het burgerlijk procesrecht / 21

- 3.1 Inleiding en definitie / 21
 - 3.1.1 Inleiding / 21
 - 3.1.2 Definitie stelplicht / 22
- 3.2 Het wettelijke kader van de stelplicht / 22
 - 3.2.1 Wettelijk kader algemeen / 22
 - 3.2.2 Art. 21 Rv / 22
 - 3.2.3 Art. 22 Rv / 23
 - 3.2.4 Art. 23 Rv / 23
 - 3.2.5 Art. 24 Rv / 23
 - 3.2.6 Art. 149 Rv / 24
 - 3.2.7 Art. 25 Rv: aanvullen van rechtsgronden / 25
 - 3.2.8 Rechten die niet ter vrije bepaling van partijen staan en van openbare orde zijn / 27
 - 3.2.9 Art. 24, 25 en 149 Rv samenvattend / 27
 - 3.2.10 Aanvulling van feiten niet toegestaan / 28
 - 3.2.11 Feiten van algemene bekendheid en ervaringsfeiten / 28
 - 3.2.12 Art. 26 Rv / 28
 - 3.2.13 Waarheidsvinding / 28
 - 3.2.14 Lijdelijkheid en KEI / 29
 - 3.2.15 Formeel kader betreffende de stelplicht in de dagvaardings- en vorderingsprocedure / 29
 - 3.2.16 De comparitie na antwoord in de dagvaardings- en vorderingsprocedure / 31
 - 3.2.17 Comparitie van partijen en stelplicht / 31
 - 3.2.18 Pleiten en pleitnota ter comparitie? / 31
 - 3.2.19 Comparitie onder KEI / 33
 - 3.2.20 Het proces-verbaal van comparitie / 33
 - 3.2.21 Verschil met de verzoekschriftprocedure / 34
 - 3.2.22 Conclusie comparitie van partijen en aanbeveling / 34
 - 3.2.23 Het bewijsaanbod in de dagvaardings- en vorderingsprocedure / 35
 - 3.2.24 Aanbod tot het leveren van tegenbewijs in beginsel niet gespecificeerd / 38
 - 3.2.25 Formeel kader inzake de stelplicht in de verzoekschriftprocedure / 39
 - 3.2.26 Het bewijsaanbod in de verzoekschriftprocedure / 40
 - 3.2.27 De uniforme civiele procedure na de invoering van het project KEI / 40
- 3.3 De omvang van de stelplicht naar huidig recht / 48
 - 3.3.1 Voor welke rechten of feiten heeft een partij nu precies een stelplicht? / 48
 - 3.3.2 Wanneer heeft een partij aan zijn of haar stelplicht voldaan? / 50
 - 3.3.3 Beantwoording van de vraag: wat is genoeg? / 53
 - 3.3.4 Hoe zou het dan wel moeten? / 53
- 3.4 Ongelijkheidscompensatie door een bijzondere, uit de wet voortvloeiende stelplicht / 54
 - 3.4.1 Inleiding / 54
 - 3.4.2 De mededelingsplicht van art. 21 Rv / 54
 - 3.4.3 De substantiëringsplicht / 56
 - 3.4.4 Art. 843a Rv / 57

- 3.4.5 Wettelijke of rechtsvermoedens / 59
- 3.4.6 Conclusie ongelijkheidscompensatie in de stelplicht door de wetgever / 59
- 3.5 Ingrijpen door de rechter / 61
- 3.5.1 Verzwaarde stelplicht; definitie en inhoud / 61
- 3.5.2 Toepassing van de verzwaarde stelplicht door de rechter / 62
- 3.5.3 Aanvullende stelplicht een goed instrument voor ongelijkheidscompensatie? / 64
- 3.6 Conclusie stelplicht / 64

HOOFDSTUK 4

Bewijzen in het burgerlijk procesrecht / 67

- 4.1 Inleiding / 67
- 4.2 Definities / 67
- 4.2.1 Wat is bewijzen? / 67
- 4.2.2 Onrechtmatig verkregen bewijs / 68
- 4.3 Voorwerp van bewijs / 70
- 4.4 De uitzonderingen van art. 150 Rv / 71
- 4.4.1 De eerste uitzondering van art. 150 Rv: tenzij uit enige bijzondere regeling anders voortvloeit: afwijking door de wet of bij jurisprudentie / 71
- 4.4.2 De tweede uitzondering van art. 150 Rv: indien de redelijkheid en billijkheid een andere bewijslastverdeling met zich mee brengen / 72
- 4.5 Een vorm van ongelijkheidscompensatie door de wetgever: wettelijke of rechtsvermoedens / 72
- 4.6 Een vorm van ongelijkheidscompensatie door de rechter: feitelijke of rechterlijke vermoedens / 73
- 4.7 Een toepassing van een feitelijk vermoeden: de omkeringsregel / 73
- 4.8 Tegenbewijs / 74
- 4.9 Conclusie hoofdstuk 4 / 75

HOOFDSTUK 5

Kwalificatie, aard, omvang, aanvulling en wijziging van de arbeidsovereenkomst / 77

- 5.1 Inleiding / 77
- 5.1.1 Wijzigingen in het kader van de invoering van de Wwz en KEI / 77
- 5.1.2 Uitleg van overeenkomsten: Haviltex- en Cao-norm / 78
- 5.2 Kwalificatie van een arbeidsovereenkomst / 82
- 5.2.1 Totstandkoming arbeidsovereenkomst: aanbod en aanvaarding / 82
- 5.2.2 Indicatorenbenadering en Haviltex: een tweetrapsraket / 82
- 5.2.3 Indicatoren / 85
- 5.2.4 Kwalificatie modelovereenkomst door de belastingdienst voor zelfstandigen die voorheen met een VAR werkten; Wet DBA / 86
- 5.2.5 Samenloop (art. 7:610 lid 2 BW) / 87
- 5.2.6 Rechtsvermoedens van de aard van de arbeidsrelatie en de omvang van de arbeidsovereenkomst / 87
- 5.2.7 Het rechtsvermoeden van de aard van de arbeidsrelatie (art. 7:610a BW) / 88
- 5.2.8 Het rechtsvermoeden van de omvang van de arbeidsrelatie (art. 7:610b BW) / 90

- 5.2.9 Tekst en uitvoering van de overeenkomst komen niet overeen / 91
- 5.2.10 Uitzendovereenkomst, payrolling en contracting: allocatiefunctie? / 93
- 5.2.11 Payrolling en Wwz / 98
- 5.2.12 Stelplicht en bewijslast uitlening en payrolling / 99
- 5.3 Art. 7:611 en 611a: een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid / 99
- 5.3.1 Aanvullende en derogerende werking art. 7:611 BW / 100
- 5.3.2 Art. 7:661a BW / 100
- 5.4 Het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden / 101
- 5.4.1 Inleiding / 101
- 5.4.2 Instemming met wederzijds goedvinden niet snel een probleem / 101
- 5.4.3 Maatstaf art. 7:613 BW / 104
- 5.4.4 Maatstaf niet-613-situatie / 107
- 5.4.5 Stelplicht en bewijslast in een art. 613-situatie / 107
- 5.4.6 Stelplicht en bewijslast in een niet-613-situatie / 108
- 5.4.7 Conclusie 613- en niet-613-situatie / 110

HOOFDSTUK 6

Loon / 111

- 6.1 Inleiding / 111
- 6.2 Art. 7:618 BW: op welk loon heeft de werknemer recht als geen loon is vastgesteld? / 111
- 6.2.1 Stelplicht en bewijslast en Wwz / 111
- 6.2.2 Art. 7:627-629b BW / 112
- 6.2.3 Veranderde bewijslastverdeling? / 115
- 6.3 Werknemersrisico / 116
- 6.3.1 In hoeverre is oude jurisprudentie daadwerkelijk nog actueel? / 117
- 6.3.2 Werknemer verliest de hoedanigheid of essentiële eigenschappen voor de functie / 119
- 6.3.3 Situatieve arbeidsongeschiktheid / 120
- 6.3.4 Moet ook naar huidig recht de bereidheid worden getoond de bedongen arbeid te verrichten? / 122
- 6.3.5 Het ontbreken van daadwerkelijke bereidheid / 123
- 6.3.6 Andere betrekking op zichzelf niet voldoende / 124
- 6.3.7 Eenmaal getoonde bereidheid hoeft ook naar huidig recht niet te worden herhaald / 125
- 6.4 Werkgeversrisico / 125
- 6.4.1 Inleiding / 125
- 6.4.2 Art. 7:628a BW / 127
- 6.4.3 Art. 7:629 BW de verhinderingen wegens ziekte, zwangerschap en bevalling / 127
- 6.5 Matiging van loon / 128
- 6.5.1 Inleiding en wettelijk kader / 128
- 6.5.2 Jurisprudentie matiging van loon ex art. 7:680a BW / 128
- 6.5.3 Matiging van loon buiten de situatie van art. 7:680a BW / 130
- 6.5.4 Stelplicht en bewijslast matiging ex art. 7:680a BW en daarbuiten / 131
- 6.5.5 De situatie buiten art. 7:680a BW / 132

6.6 Conclusie / 132

HOOFDSTUK 7

Gelijke behandeling / 135

- 7.1 Inleiding / 135
- 7.2 Verdragen / 135
- 7.3 Nationale wetgeving / 136
- 7.4 Soorten discriminatie / 136
- 7.5 De Bewijsrichtlijn / 136
- 7.6 Het nationale recht: de Bewijsrichtlijn geïmplementeerd / 137
- 7.7 Het oordeel van het College voor de rechten van de mens (CRM) / 141
- 7.8 Conclusie stelplicht en bewijslast gelijke behandeling / 142

HOOFDSTUK 8

Bijzondere bedingen / 145

- 8.1 Boetebeding / 145
 - 8.1.1 Geldigheidsvereisten / 145
 - 8.1.2 Stelplicht en bewijslast / 145
- 8.2 Proeftijdbeding / 146
 - 8.2.1 Inleiding en wettelijk kader / 146
 - 8.2.2 Stelplicht en bewijslast / 148
- 8.3 Concurrentiebeding / 148
 - 8.3.1 Inleiding en wettelijk kader / 148
 - 8.3.2 Uitleg van een concurrentiebeding / 149
 - 8.3.3 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd / 149
 - 8.3.4 Stelplicht en bewijslast concurrentiebeding bij overeenkomst voor bepaalde tijd / 149
 - 8.3.5 Onbepaalde tijd / 150
 - 8.3.6 Zwaarder drukken? / 150
 - 8.3.7 Hoe moet de rechter dat nu volgens de Hoge Raad aanpakken? / 152
 - 8.3.8 Stelplicht en bewijslast zwaarder drukken / 152
 - 8.3.9 Andere wijzen waarop het concurrentiebeding zijn werking geheel of gedeeltelijk verliest, stelplicht en bewijslast / 153
- 8.4 Schriftelijk verstrekken van gegevens / 153
 - 8.4.1 Inleiding en wettelijk kader / 153
 - 8.4.2 Stelplicht en bewijslast / 155

HOOFDSTUK 9

Werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten / 159

- 9.1 Inleiding / 159
- 9.2 Het wettelijke systeem van art. 7:658 BW / 160
 - 9.2.1 Wettelijke bepaling / 160
 - 9.2.2 Onderverdeling in 'trappen' / 161

- 9.3 Definities / 161
- 9.4 De eerste trap: stelplicht en bewijslast werknemer van het causaal verband tussen schade en het werk / 162
 - 9.4.1 Inleiding / 162
 - 9.4.2 Aannee van het causaal verband: twee fasen / 163
 - 9.4.3 De omkeringsregel: een tegemoetkoming bij de aanname van het causaal verband tussen schade en werk / 163
 - 9.4.4 De omkeringsregel ten opzichte van art. 7:658 BW / 165
 - 9.4.5 Stelplicht en bewijslast van een arbeidsongeval / 166
 - 9.4.6 Stelplicht en bewijslast van een beroepsziekte / 166
 - 9.4.7 De stelplicht en bewijslast van de toedracht: arbeidsongevallen / 169
 - 9.4.8 De stelplicht en bewijslast van de toedracht: beroepsziekten / 170
 - 9.4.9 Eigen schuld, alternatieve causaliteit en proportionele aansprakelijkheid / 171
 - 9.4.10 Predispositie en causaal verband: c.s.q.n.-verband of toerekening? / 175
 - 9.4.11 Verbetering van de bewijspositie van een werknemer; vaststelling van een maatman bij fysieke en psychische belasting / 178
 - 9.4.12 Verzwaarde stelplicht werkgever bij de eerste trap? / 180
 - 9.4.13 Conclusie eerste trap: stelplicht en bewijslast werknemer schade ex art. 7:658 BW / 184
- 9.5 De tweede trap: de zorgplicht van de werkgever / 185
 - 9.5.1 Ratio zorgplicht werkgever / 185
 - 9.5.2 Zorgplicht: zo veilig mogelijk maar geen absolute waarborg / 185
 - 9.5.3 Geschreven en ongeschreven normen / 186
 - 9.5.4 Voorzienbaarheid van het gevaar / 187
 - 9.5.5 Stand der techniek en wetenschap van belang / 188
 - 9.5.6 Risico-inventarisatie / 188
 - 9.5.7 Onderzoek aan de hand van de laatste (nieuwste) techniek en wetenschap / 188
 - 9.5.8 Onderzoeksplicht werkgever zou zich in bepaalde gevallen ook tot de persoon van de werknemer moeten uitstrekken / 189
 - 9.5.9 Maatstaf bij blootstelling: maatman / 191
 - 9.5.10 Het begrip werkplek / 192
 - 9.5.11 Zeggenschap over de werkplek / 192
 - 9.5.12 Gebrek aan zeggenschap, toch zorgplicht / 193
 - 9.5.13 Te verwachten onoplettendheid / 193
 - 9.5.14 Stelplicht en bewijslast zorgplicht: een echte omkering / 193
 - 9.5.15 Stelplicht en bewijslast van de te nemen maatregelen / 196
 - 9.5.16 Kelderluik- en andere door de Hoge Raad geformuleerde criteria uitgangspunt voor stelplicht en bewijslast werkgever / 199
 - 9.5.17 Rapportage van de Arbeidsinspectie en onderzoeken door de werkgever / 200
 - 9.5.18 Veranderde koers van de Hoge Raad ten aanzien van de zorgplicht van de werkgever (tweede trap)? / 201
 - 9.5.19 Conclusie tweede trap (zorgplicht) / 203
- 9.6 De derde trap: opzet of bewuste roekeloosheid / 203
 - 9.6.1 Inleiding opzet en bewuste roekeloosheid / 203
 - 9.6.2 Definitie opzet en bewuste roekeloosheid / 204
 - 9.6.3 Conclusie derde trap / 206

- 9.7 De vierde trap: bewijslevering door de werkgever dat de verzuimde voorzorgsmaatregelen de opgetreden schade niet hadden kunnen voorkomen / 206
- 9.7.1 Causaal verband revisited? / 206
- 9.8 Art. 7:658 lid 4 BW: werkgeversaansprakelijkheid buiten dienstbetrekking / 207
- 9.9 Aansprakelijkheid van een werkgever op grond van art. 7:611 BW / 209
- 9.9.1 Inleiding / 209
- 9.9.2 Art. 7:611 BW als aanvulling op art. 7:658 BW? / 210
- 9.9.3 Jurisprudentie / 210
- 9.9.4 Aansprakelijkheid ex art. 7:611 BW is 7:658 BW minus zeggenschap over de werkplek? / 212
- 9.9.5 Stelplicht en bewijslast werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:611 BW formeel / 217
- 9.9.6 Stelplicht en bewijslast werkgeversaansprakelijkheid ex 7:611 BW materieel / 218
- 9.9.7 Naar een vereenvoudigde werkgeversaansprakelijkheid? / 219
- 9.9.8 Vereenvoudiging stelplicht en bewijslast / 220
- 9.9.9 Ongevallen / 221
- 9.9.10 Beroepsziekten / 221
- 9.9.11 Opzet of bewuste roekeloosheid / 221
- 9.9.12 Verjaring van aansprakelijkheid / 221
- 9.9.13 Conclusie werkgeversaansprakelijkheid / 229

HOOFDSTUK 10

Werknemersaansprakelijkheid / 233

- 10.1 Inleiding / 233
- 10.2 Art. 6:170 en 7:661 BW / 233
- 10.2.1 Kwalitatieve aansprakelijkheid werkgever / 233
- 10.2.2 Aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever / 234
- 10.3 Stelplicht en bewijslast opzet / 235
- 10.4 Bewijs van bewuste roekeloosheid: objectiveerbaarheid / 236
- 10.5 Bestuurdersaansprakelijkheid / 238
- 10.5.1 Inleiding en wettelijk kader / 238
- 10.5.2 Stelplicht en bewijslast wanbeleid / 239
- 10.6 Conclusie werknemersaansprakelijkheid / 240

HOOFDSTUK 11

Overgang van onderneming / 241

- 11.1 Inleiding en begrippen / 241
- 11.2 Vereisten art. 7:662 BW / 241
- 11.2.1 Ad i. Ten gevolge van een overeenkomst, fusie of splitsing / 241
- 11.2.2 Ad ii. Van een economische eenheid (onderneming) / 242
- 11.2.3 Ad iii. Die haar identiteit behoudt / 243
- 11.2.4 Behoud van identiteit indien de onderneming opgaat in de structuur van de koper? / 247
- 11.2.5 Overgang van onderneming in het geval van ontkoppeling van personeel en activiteit? / 247

- 11.3 Stelplicht en bewijslast overgang van onderneming / 248
- 11.4 Conclusie overgang van onderneming / 249

HOOFDSTUK 12

Einde van de arbeidsovereenkomst / 251

- 12.1 Inleiding / 251
- 12.2 Einde van de arbeidsovereenkomst van rechtswege / 252
 - 12.2.1 Inleiding / 252
 - 12.2.2 Overlijden werknemer / 252
 - 12.2.3 Einde van rechtswege bij arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd / 252
 - 12.2.4 Aanzegplicht bij overeenkomst voor bepaalde tijd / 253
 - 12.2.5 Hoe kan een aanzegging worden gekwalificeerd? / 255
 - 12.2.6 Vergoeding in verband met aanzegging / 257
 - 12.2.7 Overeenkomst voor bepaalde tijd is vormvrij / 257
 - 12.2.8 Strijd met Europees recht? / 258
 - 12.2.9 Aanpassing noodzakelijk? / 259
 - 12.2.10 Stelplicht en bewijslast: een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd / 260
 - 12.2.11 Bijzonder geval einde van rechtswege: ontbindende voorwaarde / 263
 - 12.2.12 Stelplicht en bewijslast ontbindende voorwaarde / 264
 - 12.2.13 Art. 7:668a BW: ketenregeling, wettelijk kader / 265
 - 12.2.14 Driekwart dwingend recht ketenregeling / 266
 - 12.2.15 Ketenregeling en opvolgend werkgeverschap / 267
 - 12.2.16 Stelplicht en bewijslast ketenregeling / 269
- 12.3 Einde van het dienstverband op initiatief of met medewerking van de werknemer / 269
 - 12.3.1 Ontbinding op verzoek van de werknemer ex art. 7:671c BW / 269
 - 12.3.2 Ontbinding van een niet tussentijds opzegbare overeenkomst voor bepaalde tijd / 270
 - 12.3.3 Stelplicht en bewijslast in de ontbindingsprocedure op verzoek van de werknemer / 271
 - 12.3.4 Opzegging door de werknemer al dan niet op staande voet / 273
 - 12.3.5 Oude dilemma's bij ontslagname werknemer / 275
 - 12.3.6 Beëindiging met wederzijds goedvinden / 275
 - 12.3.7 Beëindigingsovereenkomst / 276
 - 12.3.8 Schriftelijke instemming van de werknemer met opzegging door werkgever (art. 7:670a lid 2 onderdeel a BW) en varianten / 278
 - 12.3.9 Mogelijkheden om terug te komen op een instemming / 280
 - 12.3.10 Zijn daarnaast de gewone wilsgebreken nog in beeld? / 281
 - 12.3.11 Jurisprudentie ontslagname en instemming ontslag / 283
 - 12.3.12 Stelplicht en bewijslast ontslagname werknemer / 285
- 12.4 Opzegging door de werkgever zonder toestemming / 285
 - 12.4.1 Het begrip opzegging / 285
 - 12.4.2 Opzegging zonder instemming sub g: AOW- en pensioenontslag / 286
 - 12.4.3 Geen redelijke grond vereist voor een pensioenopzegging / 287
 - 12.4.4 Wel de regels voor opzegging in acht nemen / 287

- 12.4.5 Recente jurisprudentie en annotatie / 288
- 12.4.6 Stelplicht en bewijslast AOW- en pensioenontslag / 289
- 12.4.7 Uitzonderingen van art. 7:671 lid 1 onderdeel b, d, e, f en h BW / 289
- 12.4.8 Statutaire bestuurders vennootschappen / 290
- 12.4.9 Onderwijs / 291
- 12.4.10 Het ontbreken van een verplichting tot een preventieve ontslagtoets maakt de aldus opgezegde werknemers niet volledig rechteloos / 292
- 12.4.11 Wie vallen er nog meer niet onder de (nieuwe) preventieve toets / 292
- 12.4.12 Uitzonderingen van art. 2 BBA (oud) grotendeels vervallen / 293
- 12.4.13 Rechtsgeldige opzegging zonder toestemming: ontslag op staande voet wegens een dringende reden (art. 7:671 lid 1 onderdeel c BW) / 293
- 12.4.14 Geen materiële wijzigingen als gevolg van de Wwz / 295
- 12.4.15 De inhoud, omvang en onverwijldheid van het ontslag en van de ontslagmededeling, stelplicht en bewijslast / 295
- 12.4.16 Dringende reden omvat meerdere feiten en omstandigheden / 299
- 12.4.17 Stelplicht van de werknemer ten opzichte van die van de werkgever / 299
- 12.4.18 De dringende reden materieel: wat is een dringende reden? / 300
- 12.4.19 Wettelijke voorbeelden / 301
- 12.4.20 Het arrest Schrijver/Van Essen en de gezichtspuntencatalogus van Quist / 301
- 12.4.21 In hoeverre is Schrijvers/Van Essen nog geldend onder huidig recht? / 304
- 12.4.22 Werkverzuim als gevolg van werkweigeren wegens gestelde, maar niet gebleken arbeidsongeschiktheid / 304
- 12.4.23 Werkweigeren wegens arbeidsongeschiktheid en niet naleven van controlevoorschriften bij ziekte in beginsel geen dringende reden / 306
- 12.4.24 Naleving van controlevoorschriften / 306
- 12.4.25 Medische klachten en een dringende reden / 308
- 12.4.26 Werkweigeren die niet is gelegen in (gestelde) ziekte of arbeidsongeschiktheid / 309
- 12.4.27 Ontslag op staande voet wegens diefstal; onrechtmatig verkregen bewijs; gebruik van bewijs verkregen door het gebruik van verborgen camera's / 310
- 12.4.28 Methode van vaststelling of iemand heeft gestolen / 311
- 12.4.29 Is het bewijs met verborgen camera's zonder toestemming per definitie onrechtmatig verkregen bewijs dat onder alle omstandigheden moet worden uitgesloten? / 313
- 12.4.30 De dringende reden betreft (mede) gedragingen in de privésfeer van de werknemer / 314
- 12.4.31 Vergoeding bij ontslag op staande voet / 316
- 12.4.32 Processuele complicaties in verband met de Wwz / 323
- 12.4.33 Verdere acties aangaande het ontslag op staande voet / 326
- 12.4.34 Voorwaardelijke ontbinding mogelijk? / 327
- 12.4.35 Werknemer kan ook herstel van dienstbetrekking verzoeken ex art. 7:682 BW / 328
- 12.4.36 In plaats van vernietiging van de opzegging is ook een billijke vergoeding mogelijk (art. 7:682 lid 1 onderdeel b BW) / 329
- 12.4.37 Conclusie opzeggen zonder instemming / 329
- 12.5 Opzegging met toestemming UWV / 330
- 12.5.1 Inleiding / 330

- 12.5.2 Redelijke grond voor ontslag / 330
- 12.5.3 Geen keuze meer tussen twee ontslagroutes / 332
- 12.5.4 Kritiek op het systeem / 332
- 12.5.5 Werkgever moet zich wel als goed werkgever hebben opgesteld / 333
- 12.5.6 Scholingsverplichting / 333
- 12.5.7 In alle gevallen moet een werknemer weten wat hij moet doen en wat hij nog moet verbeteren / 334
- 12.5.8 Ook de eisen die daarbij aan een werknemer worden gesteld moeten volgens de wetgever voldoen aan het beginsel van art. 7:611 BW / 334
- 12.5.9 Reikwijdte preventieve toets / 334
- 12.5.10 Toetsing door een cao-ontslagcommissie / 335
- 12.5.11 De procedure bij het UWV ter verkrijging van een ontslagvergunning / 336
- 12.5.12 De UWV-procedure is een bestuursrechtelijke procedure / 340
- 12.5.13 Geen sprake van een volledige bestuurlijke rechtsgang / 341
- 12.5.14 Het rapport van de Nationale Ombudsman / 342
- 12.5.15 Kritiek Raad van State op de Wwz / 343
- 12.6.16 De procedure bij het UWV materieel art. 7:669 lid 3 BW en de Uitvoeringsregels / 344
- 12.5.17 Redelijke grond / 344
- 12.5.18 Ontslag wegens bedrijfseconomische redenen; de eisen van de a-grond / 344
- 12.5.19 Eerste eis: structureel verval van arbeidsplaatsen / 345
- 12.5.20 Tweede eis: geen mogelijkheden tot herplaatsing in passende functie / 346
- 12.5.21 Een werkgever mag wel enige beleidsvrijheid hebben / 346
- 12.5.22 Weigeringsgronden vergunning / 346
- 12.5.23 Derde eis: werkgever moet aannemelijk maken dat e.e.a. nodig is voor een doelmatige bedrijfsvoering / 347
- 12.5.24 Bepalen ontslagkeuze bij bedrijfseconomisch ontslag: afspiegelingsbeginsel / 347
- 12.5.25 Werknemers die bovengemiddeld presteren kunnen onder omstandigheden buiten de afspiegeling worden gehouden / 348
- 12.5.26 Werkgever moet bij bovengemiddeld functioneren zorgvuldig handelen / 348
- 12.5.27 Afwijking van het afspiegelingsbeginsel bij cao / 349
- 12.5.28 Wederindiensttredingsvoorwaarde / 349
- 12.5.29 Inwisselen voor flexwerkers is geen redelijke grond / 350
- 12.5.30 Stelplicht op basis van de Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen / 351
- 12.5.31 Slechte of slechter wordende financiële situatie (nadere toelichting 1.3.1) / 351
- 12.5.32 Ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid (b-grond) / 353
- 12.5.33 Redelijke grond voor ontslag in de zin van de b-grond / 354
- 12.5.34 Langdurige arbeidsongeschiktheid / 356
- 12.5.35 De bedongen arbeid / 357
- 12.5.36 Er dienen ook geen mogelijkheden te zijn voor aanpassing van de bedongen arbeid of herplaatsing in ander passend werk / 358
- 12.5.37 Acties en rechtsmiddelen tegen de uitspraak van het UWV of de cao- ontslagcommissie / 359
- 12.5.38 Ontbinding na afwijzing toestemming UWV of cao-ontslagcommissie / 359
- 12.5.39 Stelplicht en bewijslast / 359

- 12.5.40 Verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst na opzegging / 360
- 12.5.41 Stelplicht en bewijslast / 360
- 12.5.42 Aftrek tijd procedure van opzegtermijn / 361
- 12.5.43 Conclusie / 361
- 12.6 Ontbinding op verzoek van de werkgever / 362
 - 12.6.1 Inleiding / 362
 - 12.6.2 Ontbinding ex art. 7:671b BW: verzoek van de werkgever / 363
 - 12.6.3 Stelplicht en bewijslast gronden / 364
 - 12.6.4 Grond c veelvuldig ziekteverzuim / 364
 - 12.6.5 Ad (1) het met regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid / 365
 - 12.6.6 Ad (2) onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering / 365
 - 12.6.7 Ad (3) uitval mag niet voortkomen uit onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden / 366
 - 12.6.8 Ad (4) geen herstel binnen 26 weken en geen passende arbeid / 366
 - 12.6.9 Ad (5) deskundigenoordeel UWV / 366
 - 12.6.10 Sub d: disfunctioneren / 367
 - 12.6.11 Gedragingen en eigenschappen van de werknemer / 368
 - 12.6.12 De e-grond: verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer / 369
 - 12.6.13 Ad grond f weigering arbeid wegens ernstig gewetensbezwaar / 370
 - 12.6.14 Ad g Verstoorde arbeidsverhouding / 370
 - 12.6.15 Ad h andere omstandigheden / 371
 - 12.6.16 Opzegverboden / 371
 - 12.6.17 Vereiste overlegging deskundigenoordeel / 376
 - 12.6.18 Voorwaardelijke ontbinding op verzoek van werkgever bij ontslag op staande voet? / 377
 - 12.6.19 Hoger beroep en cassatie / 384
 - 12.6.20 Geen schorsende werking hoger beroep of cassatie / 385
 - 12.6.21 Hoger beroep en cassatie van een ontbinding arbeidsovereenkomst op verzoek van werknemer / 385
 - 12.6.22 Conclusie / 386
- 12.7 Nieuw ontslagprocesrecht, bewijsrecht en termijnen in het kader van de Wwz / 386
 - 12.7.1 Inleiding en wettelijk kader / 386
 - 12.7.2 Verzoekschriftprocedure en geen dagvaardings- of vorderingsprocedure / 387
 - 12.7.3 Wijziging art. 7:686a BW / 388
 - 12.7.4 Nieuw procesreglement / 391
 - 12.7.5 Het bewijsrecht in de ontbindingsprocedure volgens oud recht / 393
 - 12.7.6 Toepassing van het bewijsrecht in de ontbindingsprocedure naar huidig recht en de verhouding met andere vorderingen en verzoeken / 395
 - 12.7.7 Eigen mening: bewijsrecht moet onverkort van toepassing zijn / 400
 - 12.7.8 Toepasselijkheid van dezelfde regels van bewijsrecht in parallelprocedures / 401
- 12.8 Vergoedingen in het ontslagrecht / 402
 - 12.8.1 Transitievergoeding: inleiding en vereisten / 402
 - 12.8.2 Transitievergoeding ook verschuldigd bij ontslag na twee jaar ziekte / 402
 - 12.8.3 Redelijkheidstoets verdwenen? / 404
 - 12.8.4 Gevallen waarin een aanspraak ontstaat / 404
 - 12.8.5 Gevallen waarin er geen aanspraak is / 404

- 12.8.6 Werknemer moet transitievergoeding terugbetalen bij herstel of nadien gebleken terecht gegeven ontslag op staande voet / 407
- 12.8.7 Hoogte transitievergoeding en berekeningsmaatstaf / 407
- 12.8.8 Berekeningsmaatstaf en maximale hoogte transitievergoeding / 408
- 12.8.9 Maximering transitievergoeding / 408
- 12.8.10 Golden parachute is afwijkingsmogelijkheid? / 409
- 12.8.11 Kleine werkgevers uitgezonderd van de hogere vergoeding 50+ / 409
- 12.8.12 Tijdelijke werknemers / 410
- 12.8.13 Slechte financiële situatie van de werkgever / 411
- 12.8.14 Verrekening met gemaakte kosten voor scholing of begeleiding / 412
- 12.8.15 Is de transitievergoeding een minimumregeling? / 414
- 12.8.16 Overgangsregeling oudere werknemers en kleine werkgevers / 414
- 12.8.17 Driekwart dwingend recht: afwijking bij cao / 415
- 12.8.18 Gelijkwaardige voorziening / 415
- 12.8.19 Geen gelegenheidsvakbond en –cao / 415
- 12.8.20 Overgangsbepaling kleine werkgever / 416
- 12.8.21 Transitievergoeding en overgang van onderneming / 416
- 12.8.22 Kritiek op het stelsel / 416
- 12.8.23 Billijke vergoeding, inleiding / 419
- 12.8.24 Hoogte billijke vergoeding / 420
- 12.8.25 Hoe zit het in dit verband met de Baijings-leer? / 423
- 12.8.26 Formeelrechtelijke bezwaren / 423
- 12.8.27 Baijings naar huidig recht overeind? De meningen zijn verdeeld / 423
- 12.8.28 Boek 6 van het BW is onverkort van toepassing op Boek 7 / 425
- 12.8.29 Wat nu indien de 'Duk-variant' aan de orde is / 427
- 12.8.30 Billijke vergoeding en schadeberekening ex art. 6:97 BW / 427
- 12.8.31 De schadevergoeding in verband met een opzegtermijn / 428
- 12.9 Ontbinding wegens wanprestatie / 428
- 12.9.1 Inleiding en wettelijk kader / 428

HOOFDSTUK 13

Enkele opmerkingen en aanbevelingen / 431

- 13.1 Gesignaleerde knelpunten / 431
- 13.2 Deugdelijk feitenonderzoek / 432
- 13.3 Waarheidsvinding en tijd / 432
- 13.4 Ongelijkheidscompensatie, juist ook waar partijen in persoon procederen / 432
- 13.5 Geen vervaltermijnen korter dan de reguliere verjaringstermijnen / 433
- 13.6 Arbeidswetgeving heeft alleen maar zin als die niet averechts werkt / 433

Lijst van verkort aangehaalde literatuur / 435

Trefwoordenregister / 447

Curriculum Vitae / 453

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
Ag	ambtenarengerecht
amvb	algemene maatregel van bestuur
AR	AR Updates Arbeidsrecht
art.	artikel
Aw	Ambtenarenwet
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWGB	Algemene wet gelijke behandeling
A-G	advocaat-generaal
Ag	Ambtenarengerecht
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CAR	Collectieve arbeidsvoorwaardenregeling
cc	Centrale Commissie voor georganiseerd overleg in ambtenarenzaken
cie.	commissie
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
concl.	conclusie
c.q.	casu quo
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CvA	College van Advies
CWI	Centrale organisatie Werk en Inkomen
DC	Dienstcommissie
diss.	dissertatie
e.a.	en andere(n)
e.d.	en dergelijke
e.e.a.	één en ander
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EHRM	Europese Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag van de Rechten van de Mens
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

IAO	Internationale Arbeidsorganisatie
i.c.	in casu (in dit geval)
ILO	International Labour Organisation
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
jo.	juncto (in samenhang met)
JOL	Jurisprudentie Online
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
ktr.	kantonrechter
KB	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding (tijdschrift)
k.g.	kort geding (procedure)
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
losbl.	losbladige uitgave
m.nt.	met annotatie van
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
NB	nota bene
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
NJB	Nederlands Juristenblad
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NV	Naamloze Vennootschap
O & A	Overheid en aansprakelijkheid
OK	Ondernemingskamer (van het Gerechtshof Amsterdam)
OR	ondernemingsraad
p.	pagina
par.	paragraaf
Parl.	parlementaire geschiedenis
Gesch.	
pres.	president
P-G	procureur-generaal
Prg.	Praktijkgids
prof.	professor
p-v	proces-verbaal
RAwb	Rechtspraak Algemene wet bestuursrecht
RAR	Rechtspraak Arbeidsrecht
rb.	rechtbank
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
ROR	Rechtspraak Ondernemingsraad
RPBO	Rechtspositiebesluit Onderwijs
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekering
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week

SER	Sociaal-Economische Raad
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
Sr	Wetboek van Strafrecht
SR	(Tijdschrift voor) Sociaal Recht
Stb.	Staatsblad
Sv	Wetboek van Strafvordering
TAP	Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk
TAR	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen, waaronder begrepen het UWV-WERKbedrijf (voorheen: CWI)
UWO	Uitwerkingsovereenkomst (van de CAR)
VAR	Vereniging voor Administratief Recht, thans VAR, Vereniging voor Bestuursrecht
VrA	Vermogensrechtelijke Analyses
Vzr.	Voorzieningenrechter
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WGBH/ CZ	Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte
WGBL	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid
WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WML	Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag
WvK	Wetboek van Koophandel
WOR	Wet op de Ondernemingsraden
WW	Werkloosheidswet
Wwz	Wet werk en zekerheid
ZW	Ziektewet

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Begrippen

Stelplicht en bewijslast raken de kern van elke civiele procedure. Een partij die zich op een rechtsgevolg beroept moet daartoe in de eerste plaats voldoende (rechts)feiten aanvoeren die dat rechtsgevolg kunnen dragen. Meestal zal een wederpartij daartegenover (rechts)feiten (moeten) aanvoeren die juist het aannemen van dat rechtsgevolg moeten verhinderen. Idealiter draagt dan de rechter aan de partij op wie krachtens art. 150 Rv de bewijslast rust – en die een voldoende gespecificeerd en ter zake dienend bewijsaanbod heeft gedaan – op om zijn stellingen (dus de aanwezigheid van die rechtsfeiten) te bewijzen.

Stellen en stelplicht

In de literatuur wordt onder *stelplicht* verstaan het aanvoeren van die rechtsfeiten die nodig zijn voor het intreden van het door de eiser (of gedaagde) ingeroepen rechtsgevolg.¹ Soms wordt ook wel gesproken van *stellast*.² Dit verschil tussen last en plicht wordt niet van belang geacht.³ Daarnaast wordt ook nog wel gesproken van een *motiveringsplicht*, die met de stelplicht van partijen samenvalt.⁴ Ook wordt wel gesproken van *mededelingsplicht*.⁵ Die vloeit voort uit het algemene, met het contradictoire beginsel samenhangende, principe dat wederpartij en rechter moeten kunnen begrijpen wat een partij aanvoert als grondslag voor eis en verweer. Dit volgt in het burgerlijk procesrecht uit art. 21 Rv.⁶ Ik geef echter de voorkeur aan de algemeen gangbare term *stelplicht* omdat dit begrip ook in de jurisprudentie het meest is ingeburgerd. Zie hieromtrent verder hoofdstuk 3.

Bewijzen en bewijslast

Bewijzen ziet op vaststelling door de rechter van iets dat zich (al of niet tussen partijen) heeft afgespeeld of zich nog steeds (al of niet tussen partijen) afspeelt, anders gezegd, een

1 Zie bijvoorbeeld: Asser 1992, p. 42; Asser 1998, p. 40; Sniijders/Klaassen/Meijer 2011, p. 231 e.v.; Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003, p. 80 en Asser 2004a, p. 52; Asser 2013, nr. 284. Zie ook voor het belang van de feiten: Asser 1999.

2 Zie bijvoorbeeld Asser 2004a, p. 40 en Van der Wiel 2004, nr. 233.

3 Asser 2004a, p. 40.

4 Asser 2004a, p. 69-70.

5 Asser 2013, nr. 206.

6 Asser 2004a, p. 69.

historische werkelijkheid.⁷ De rechter dient een redelijke mate van zekerheid te krijgen van bepaalde feiten.⁸ Hij moet *overtuigd* worden.⁹ Zie verder hoofdstuk 4.

Onder *bewijslast* wordt in dit boek verstaan de door de wet, jurisprudentie of rechter aan een partij opgelegde verplichting om die feiten en omstandigheden in het geding te brengen die de rechter overtuigen van de juistheid van de feiten waarop het ingeroepen rechtsgevolg door die partij is gebaseerd. Dat omvat mede het bewijsrisico, nu het niet voldoen aan een bewijslast meebrengt dat het ingeroepen rechtsgevolg niet kan worden aangenomen.

Stelplicht en bewijslast zie ik als twee – elkaar deels overlappende – afzonderlijke stadia. Een partij dient – door middel van het aanvoeren van argumenten, onderbouwd met bewijsmiddelen – voldoende te stellen, alvorens de bewijsvraag aan de orde kan komen. Niet zonder meer kan worden gesteld dat de stelplicht uit de bewijslast kan worden afgeleid of omgekeerd. In beide stelsels (burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht) geldt in beginsel dat de partij die zich op een rechtsgevolg beroept daartoe voldoende feiten en omstandigheden moet stellen. Op wie vervolgens de bewijslast rust is, ook gelet op verschillende bewijsstelsels niet zonder meer uit de stelplicht af te leiden. De stelplicht kan in het burgerlijk procesrecht wel de bewijslast beïnvloeden, zoals blijkt uit bijvoorbeeld HR 11 juli 2008.¹⁰

Niet alleen gaat er bij de stelplicht van de ene partij of bij de betwistplicht wel eens iets mis, maar ook lijkt de bereidheid van de burgerlijke rechter om uitgebreid getuigen te gaan horen wat te zijn afgenomen.¹¹ Niet zelden leest een partij in een vonnis (of erger: in een arrest¹²) dat ten aanzien van een stelling niet aan de stelplicht is voldaan. Aan het honoreren van een bewijsopdracht komt de rechter in dat geval niet toe. Dit geldt mutatis mutandis ook voor de betwistplicht van een verwerende partij. Het is dus zaak dat de eisen die de rechter daaraan stelt goed in het oog worden gehouden. Dit boek beoogt daaraan, voor wat betreft het civiele arbeidsrecht, een aanzienlijke steen bij te dragen, al zal het uiteraard altijd van de spreekwoordelijke omstandigheden van het geval afhangen wat de eisen zijn waaraan een partij in het concrete geval moet voldoen.

7 Asser 2004a, p. 31.

8 Asser 1992, p. 14 ; Giesen 2001, p. 11 en Asser 2004a, p. 31.

9 Asser 2004a, p. 31.

10 *RvdW* 2008/749: nu eisers tot cassatie hebben gesteld dat de bank is tekortgeschoten in de op haar rustende zorgplicht door niet te waarschuwen voor de risico's van het aanhouden van het hele pakket aandelen en de bank deze stelling heeft bestreden door te stellen dat zij wèl heeft gewaarschuwd voor deze risico's, rust de bewijslast van de feitelijke grondslag van de gestelde tekortkoming van de bank in de nakoming van haar zorgplicht ingevolge de hoofdregel van art. 150 Rv op eisers.

11 Zie Asser 2013, nr. 2.16 verwijzend naar: M.J.A.M. Ahsmann, 'Bewijs: verschuiving van "bewijzen" naar "stellen"?', in: M.J.A.M. Ahsmann e.a., *Bewijsrecht*, (bijdragen jaarvergadering Nederlandse Vereniging voor Procesrecht 27 november 2009), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 13-27, met verdere gegevens.

12 In hoger beroep is het de laatste feitelijke instantie en dus reparatie in cassatie van het niet voldoen aan de stelplicht is doorgaans dodelijk voor de zaak. Het oordeel zelf is in hoge mate feitelijk en om die reden ook vrijwel niet in cassatie aan te tasten.

Waarheidsvinding

Partijen stellen over en weer (rechts)feiten en het is aan de rechter om zoveel mogelijk vast te stellen of die feiten ook 'waar' zijn. Dit betekent, volgens Asser¹³, dat juist moet zijn wat over die feiten wordt gesteld. Dat kan ook een processuele werkelijkheid zijn. Volgens Asser is het echter van belang, nu partijen na het proces weer in de 'gewone' zintuiglijk waarneembare werkelijkheid van het menselijke leven met elkaar door moeten en de uitspraak daarin relevantie moet bezitten, dat de waarheid in het proces noodzakelijkerwijs betrekking heeft op zintuiglijk waarneembare werkelijkheid. Aldus heeft de waarheidsvinding tot doel vast te stellen of de gestelde feiten zich in werkelijkheid hebben voorgedaan of voordoen.¹⁴ Dit rechtsbeginsel zal verder worden behandeld in paragraaf 2.9.

Hoor en wederhoor

Art. 19 Rv is de codificering van het *beginsel van hoor en wederhoor*. Het artikel bepaalt dat de rechter partijen over en weer in de gelegenheid stelt hun standpunten naar voren te brengen en toe te lichten en zich uit te laten over elkaars standpunten en over alle bescheiden en andere gegevens die in de procedure ter kennis van de rechter zijn gebracht, een en ander tenzij uit de wet anders voortvloeit. Bij zijn beslissing baseert de rechter zijn oordeel, ten nadele van een der partijen, niet op bescheiden of andere gegevens waarover die partij zich niet voldoende heeft kunnen uitlaten.

Blijkens de toelichting op art. 19 Rv gaat het hier om het meest fundamentele beginsel van (burgerlijk) procesrecht.¹⁵ Het gaat hier om het uitgangspunt dat ieder die procedeert de kans moet krijgen zich behoorlijk te verdedigen.

Het beginsel van hoor en wederhoor waarborgt ook dat er sprake is van 'equality of arms'. Dit ligt ook in art. 6 EVRM besloten.¹⁶

1.2 Inschatting van de haalbaarheid

Of een partij in een procedure 'haar recht kan halen', is van een aantal factoren afhankelijk. Zo zal zij allereerst een belang moeten hebben. Zonder belang geen actie.¹⁷ Een partij die niet aan haar stelplicht voldoet verliest haar zaak. Een partij die dat wel doet maar vervolgens niet in de bewijslevering slaagt verliest evenzeer.

Het is dus van belang voor een partij om vooraf te kunnen inschatten wat zij aan bewijsmiddelen nodig heeft en hoe de rechter daaromtrent zal oordelen. Dat betekent dat partijen – ter inschatting van die haalbaarheid – behoefte hebben aan richtlijnen betreffende hetgeen zij minimaal moeten stellen en omtrent de aard en omvang van de bewijslast.

Wanneer in een specifieke situatie blijkt dat een partij niet zonder hulp van de rechter of van de wederpartij aan haar stelplicht of bewijslast kan voldoen, kan de behoefte ontstaan om in het kader van ongelijkheidscompensatie aan de partij die niet met de bewijslast

13 Asser 2013, nr. 74.

14 Asser 2013, nr. 74.

15 MvT, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, 3, p. 49-50.

16 EHRM 23 november 1992, Series A, nr. 262, § 63; EHRM 28 juni 2001, EHRC 2001/61, § 36 alsmede EHRM 20 juli 2001, EHRC 2001/72, § 44.

17 Art. 3:303 BW.

is belast een verzwaarde stelplicht op te leggen, dan wel een andere bewijslastverdeling op te leggen.

Voor de vraag of een partij in een procedure haar recht kan halen, zijn regels van stelplicht en bewijslast een belangrijk hulpmiddel bij de procesvoering en bij het compenseren van ongelijkheid in proceskansen.

Daarnaast kan de situatie zich voordoen dat de procedure zo is ingericht dat de mogelijkheid tot bewijslevering op een onacceptabele wijze wordt beperkt. Ook in een dergelijke situatie bestaat behoefte aan ongelijkheidscompensatie.

1.3 Ongelijkheidscompensatie

1.3.1 Inleiding

Hoewel contractspartijen gelijkwaardig zouden moeten zijn, wijst de praktijk dikwijls anders uit. Tjittes geeft dit helder aan in zijn dissertatie, waarin hij onderzoekt welke betekenis in het contractenrecht wordt toegekend aan de positie en de eigenschappen van contractspartijen voor de inkleuring van een aantal contractenrechtelijke leerstukken.¹⁸ Met het verzamelbegrip *ongelijkheidscompensatie* worden in dit boek twee afzonderlijke factoren aangeduid, te weten enerzijds de *processuele* ongelijkheid tussen werkgever en werknemer en anderzijds *machtsongelijkheid* tussen die partijen. Machtsongelijkheid betreft de *materiële* verhouding, in casu die van werkgever-werknemer. De processuele ongelijkheid ziet op de mate waarin een partij ten opzichte van haar wederpartij haar rechten geldend kan maken. Dit kunnen afzonderlijke factoren zijn, maar deze kunnen ook in elkaar overlopen.

Materiële ongelijkheidscompensatie ziet dus op de machtsongelijkheid tussen werkgever en werknemer. *Processuele ongelijkheidscompensatie* ziet op de ongelijkheid in proceskansen tussen procespartijen. Wanneer met procesrechtelijke maatregelen, zoals een tegemoetkoming in de stelplicht en/of bewijslast, wordt beoogd een als gevolg van machtsongelijkheid zwakkere procespositie op te heffen, dan lopen beide vormen in elkaar over.

Processuele ongelijkheidscompensatie kan in sommige gevallen betrekking hebben op het opheffen van de processuele ongelijkheid tussen een partij die zonder deskundige rechtshelper procedeert en haar deskundige wederpartij. De vraag is dan hoever een rechter moet gaan met het 'helpen' van een partij die duidelijk het onderspit dreigt te delven tegen een wederpartij met een gespecialiseerde rechtshelper. Mijn opvatting is dat wanneer de wetgever procesvertegenwoordiging niet verplicht stelt, zoals doorgaans in arbeidszaken in eerste aanleg (bij de kantonrechter) het geval zal zijn, de (kanton)rechter binnen de grenzen die de wet in art. 19-25 en 149 Rv biedt ervoor zal moeten waken dat een partij als gevolg van die processuele ongelijkheid geen eerlijk proces krijgt als bedoeld in art. 6 EVRM. Weliswaar zal de kantonrechter niet 'mee' mogen procederen, maar hem staan voldoende tools ter beschikking – zoals het dóórvragen ter comparitie, een instructie en het opvragen van stukken ex art. 22 Rv en ten slotte het schorsen van de zaak met het dringende advies om alsnog een deskundige raadsman in te schakelen – om processuele

¹⁸ Tjittes 1994, p. 2-6.

ongelijkheid zoveel mogelijk tegen te gaan. Nu de vrijheid van de rechter onder KEI¹⁹ vanwege de hem toebedeelde regiefunctie mogelijk zal toenemen, zal er dan naar mijn idee ook meer mogelijkheid zijn om processuele ongelijkheid te compenseren. In dit boek zullen, waar mogelijk, de veranderingen die KEI meebrengt, worden meegenomen. Bovendien heeft de Hoge Raad in zijn uitspraak van 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 ook voor ontbindingszaken het bewijsrecht van toepassing verklaard, daar waar de Wwz-wetgever juist ontslagzaken facultatief leek te hebben gemaakt. Waar het bewijsrecht op de ontbindingsprocedure van toepassing wordt verklaard, moet die dan m.i. zeker van toepassing zijn op de overige met het ontslag verbonden zaken. Reden te meer voor een procespartij om ter dege op de hoogte te zijn van de mogelijkheden en onmogelijkheden op dit vlak, teneinde niet op technische onvolkomenheden te stranden.

1.3.2 Ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht

In het arbeidsrecht bestaat tussen partijen een machtsongelijkheid, die zonder compensatie tot onrechtvaardige uitkomsten kan leiden.²⁰

Het arbeidsrecht kent aan de minder machtige partijen meer rechten toe dan aan de meer machtige²¹ teneinde ongelijkheidscompensatie te bewerkstelligen.²² Het beoogt daarmee uiteindelijk economische ongelijkheid te compenseren.²³ Deze partijen zijn, als gezegd, gewoonlijk respectievelijk de werknemer en de werkgever.²⁴ Het betreft een duurovereenkomst waarbij een werknemer in ondergeschiktheid werkt. Daarnaast is er de economische afhankelijkheid van die duurovereenkomst hetgeen een kwetsbare positie van de werknemer tot gevolg heeft.²⁵

In rechterlijke procedures vindt compensatie echter niet *steeds* plaats. Het gaat eigenlijk alleen om gevallen, waarin 'bij de belangenafweging door de rechter het belang van de zwakkere partij *in twijfelgevallen* de doorslag geeft'.²⁶ Er zijn ook gevallen bekend, waarin de rechter uiteindelijk de werknemer niet tegemoet kwam.²⁷

Noordam omschrijft ongelijkheidscompensatie als 'een kontje van de wetgever'.²⁸ Boot formuleert ongelijkheidscompensatie aldus:

19 Dit staat voor het digitaliseringsproject 'Kwaliteit En Innovatie' en beoogt naast digitalisering van het (civiele) proces dat ook te vereenvoudigen en te versnellen. Daarbij krijgt de rechter nog meer dan thans het geval is een regiefunctie.

20 Vgl. bijvoorbeeld Bakels/Asscher-Vonk/Bouwens 2007, p. 49-50.

21 Rood prefereert de term sociaal recht voor het gehele rechtsgebied, waarvan het civiele arbeidsrecht een onderdeel is en het ambtenarenrecht een ander onderdeel vormt. Zie Rood 2000, p. 1. Aldus ook Geers 1997, p. 25, voetnoot 1. Omdat ik de twee voornoemde rechtsgebieden afzonderlijk behandel kies ik voor de termen arbeidsrecht en ambtenarenrecht.

22 Rood 2000, p. 5. Zie voor een historisch overzicht van de totstandkoming van de Wet op de Arbeids-overeenkomst Konijn 1999, p. 9-14. Zij citeert ook Drucker, de ontwerper van die wet, die aangeeft dat de bedoeling van de wet is dat het 'de roeping van den staat is tusschen beide te treden en den zwakke te hulp te komen' (H.L. Drucker, 'Het Arbeidscontract', *Sociaal Weekblad* 1887, p. 83).

23 Heerma van Voss & Barentsen 2015, p. 22.

24 Aldus Rood p. 4 en 5, die enkele sprekende voorbeelden van uitzonderingen op de regel formuleert.

25 Vgl. Houweling (red) 2015 § 1.1.

26 Jacobs 1997, p. 67, en M.G. Rood 1981, p. 250.

27 Jacobs 1997, p. 67, en Hoogenboom in Rood 1983, p. 57-76.

28 Noordam 1997, p. 107-120.

'Juridische ongelijkheidscompensatie voor werknemers is er op gebaseerd dat, omdat werkgevers in een maatschappelijk gezien sterkere positie verkeren dan werknemers, het recht aan werknemers waarborgen dient te verschaffen om te voorkomen dat de uiteindelijk tussen werkgevers en werknemers gemaakte afspraken op een voor de werknemer onacceptabel ongunstig niveau uitkomen.'²⁹

In dat verband kan een toenemende bescherming van de zwakkere partij in het verbintenisrecht worden waargenomen.³⁰

Als ik Boot goed begrijp dan is zijn kritiek op de huidige wijze van ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht dat die in *alle* gevallen en voor *alle* werknemers *dezelfde* compensatie biedt. Hij is van mening dat niet alle soorten werknemers ook *dezelfde* bescherming verdienen.³¹ Ik kan mij daarin in zoverre vinden dat alleen *die* werknemers dienen te worden gecompenseerd die zich ook daadwerkelijk in een ongelijke positie bevinden ten opzichte van de werkgever. Boot verdeelt de te beschermen werkers in zes categorieën, te weten (1) de werkenden met een zwakke maatschappelijke positie, (2) de 'gewone' werknemers, (3) de hoog betaalde werknemers, (4) de statutair directeuren, (5) de afhankelijke opdrachtnemers en (6) de onafhankelijke opdrachtnemers.³² Hoe hoger het loonniveau in zijn visie, hoe minder noodzakelijk de arbeidsrechtelijke bescherming is.

Boot miskent naar mijn mening dat de vraag of er sprake is van ongelijkheid die moet worden gecompenseerd afhankelijk is van *alle* omstandigheden van het geval. De mate van noodzakelijkheid van ongelijkheidscompensatie kan niet worden 'gevangen' in de criteria van Boot.³³ Een zeer goed gekwalificeerde juridisch secretaresse of een vaardige timmerman kan in een overspannen markt minder bescherming nodig hebben, omdat die binnen de opzegtermijn een andere betrekking vindt. Een statutair directeur die na 25 jaar bij het bedrijf bureauchef te zijn geweest, kort na zijn benoeming als statutair directeur bij datzelfde bedrijf ontslagen wordt kan daarentegen juist méér behoefte hebben aan ongelijkheidscompensatie. In zijn situatie kan hij tot statutair directeur van een vennootschap zijn benoemd met het doel hem daarna zonder de noodzakelijke toestemming te kunnen opzeggen.

Met Rood en Jacobs (zie hierboven) ben ik dan ook van mening dat het niet altijd de werknemer is die in ongelijke verhouding tot zijn werkgever staat. Zeker in een aantrekkende arbeidsmarkt en met de vergrijzing voor de deur, kunnen verhoudingen uiteraard anders liggen. In dat geval zal dan ook van geval tot geval, alle omstandigheden in aanmerking genomen, moeten worden bekeken of er in casu ongelijkheidscompensatie geboden is. In het kader van dit onderzoek maak ik dan ook bij de vraag of ongelijkheidscompensatie noodzakelijk is geen onderscheid tussen de door Boot gesignaleerde categorieën.

In het arbeidsrecht kan de ongelijkheid tussen partijen op verschillende wijzen worden opgeheven. Naast de in dit boek besproken compensatie door middel van een afwijking in stelplicht en/of bewijslast kan in dat verband worden gedacht aan het collectief onderhandelen over arbeidsvoorwaarden, het invoeren van een stelsel van sociale zekerheid en het opstellen van regels ten aanzien van de inhoud van een arbeidsovereenkomst.³⁴

29 Boot 2004, p. 15.

30 Konijn 1999, p. 3 en Hartkamp 1990, p. 49.

31 Boot 2004, hoofdstuk 22.

32 Boot 2004, paragraaf 1.4, p. 26 e.v.

33 Net zoals een ontslagvergoeding ook niet kan worden gevangen in een wettelijke standaardvergoeding. Dit dient naar mijn mening ook maatwerk te zijn, waartoe een rechter juist bij uitstek geschikt is.

34 Vgl. Heerma van Voss & Barentsen 2015, § 1.3.

Daarnaast heeft de wetgever een aantal bepalingen van dwingend recht en andere van driekwart dwingend recht gemaakt. Van de eerstgenoemde categorie kan in het geheel niet bij overeenkomst worden afgeweken. Bepalingen van driekwart dwingend recht kunnen alleen bij CAO opzij worden gezet.

Niet alleen de wetgever kan door middel van bijzondere rechtsregels de ongelijkheid geheel of gedeeltelijk opheffen. Ook de rechter kan dat, bijvoorbeeld door voor een specifieke situatie een jurisprudentiële regel aan te nemen. Dat kan een regel op het gebied van de stelplicht of de bewijslast zijn, maar het kan bijvoorbeeld ook een regel zijn die betrekking heeft op een bijzondere onderzoeksplicht van een werkgever.³⁵ Zie voor de verschillende vormen van bescherming van de economisch zwakkere in het arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht uitvoerig Van der Heijden en Noordam in hun preadvies aan de NJV.³⁶

In het kader van de Wwz zijn enkele maatregelen ingevoerd ter bescherming van de belangen van de werknemer, zoals de bedenktijd van 14 dagen in het kader van instemmen met een opzegging of het sluiten van een beëindigingsovereenkomst.

1.3.3 Wanneer is er sprake van een te compenseren ongelijkheid in het civiele procesrecht in het algemeen en het arbeidsrecht in het bijzonder?

Zoveel mogelijk moet worden voorkomen dat de rechtsbescherming op een onacceptabel ongunstig niveau uitkomt.³⁷ Daarvan is onder meer sprake, indien als gevolg van de ongelijkheid van procespartijen, een partij op wie in beginsel de stelplicht en/of bewijslast niet rust het in zijn macht heeft zijn wederpartij te helpen met de stelplicht (bijvoorbeeld door middel van het verschaffen van stukken uit het eigen dossier), dan wel, gelet op zijn procespositie beter in staat moet worden geacht het bewijs te leveren van de situatie die in geschil is. Een noodzaak tot compensatie in het kader van dit onderzoek is aanwezig in het geval een partij *zonder* die compensatie zijn zaak nooit 'rond' zou kunnen krijgen, als gevolg waarvan een door de wetgever of jurisprudentie gecreëerde gerechtvaardigde aanspraak illusoir zou worden. Een dergelijke situatie kan zich in het bijzonder voordoen in de situatie waarbij eventuele getuigen in dienst zijn van de werkgever. Gelet op mogelijke consequenties voor de eigen loopbaan is het dan voorstelbaar dat het enthousiasme om tegen de eigen werkgever te verklaren niet altijd even groot is. Weliswaar bestaat er een plicht om te getuigen en levert het bewust onjuist verklaren meened op, maar dat alles levert geen garantie dat bewuste getuigen zich altijd op het moment dat zij worden gehoord zich alles nog exact kunnen (lees: willen) herinneren.

1.3.4 De norm van art. 6 EVRM

De rechtsbescherming van een werknemer kan op een onacceptabel ongunstig niveau uitkomen doordat de procedure niet aan de eisen van art. 6 EVRM voldoet. Art. 6 EVRM bepaalt dat een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid daarvan recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling

35 Bijvoorbeeld: Gemeenschappelijke Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 17 september 2002, NJ 2003/290: onderzoeksplicht van een werkgever of er sprake is van een vrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

36 Van der Heijden en Noordam 2001, p. 96-113.

37 Zie ook Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/10.

van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij wet is ingesteld.³⁸ Dit artikel heeft rechtstreekse werking.³⁹

Door het Europese Hof voor de rechten van de Mens is geen scherp omlijnende definitie gegeven van de term 'burgerlijke rechten of verplichtingen'. Wat daaronder moet worden verstaan, moet mede worden bepaald met inachtneming van het nationale recht.⁴⁰ Het moet verdragsautonoom worden uitgelegd.⁴¹ Het woord 'burgerlijk' ('Civil') betekent niet dat daarmee uitsluitend zaken van burgerlijk of civiel recht onder dit artikel vallen. Daarmee kan dus worden aangenomen dat geschillen met betrekking tot een arbeidsovereenkomst, gebracht voor de burgerlijke rechter, onder de vigeur van art. 6 EVRM vallen. Algemeen wordt aangenomen dat art. 19 Rv daarvan de codificatie in ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering betreft en dan in het bijzonder voor wat betreft het in art. 6 EVRM verankerde beginsel van hoor en wederhoor en het recht om in een procedure te worden gehoord. In dat kader wordt art. 166 Rv weer als een uitwerking *daarvan* beschouwd.

Art. 6 EVRM en 19 Rv: een 'eerlijk proces', 'effectieve toegang' en het recht om te worden gehoord.

Onder een 'eerlijk proces' als bedoeld in art. 6 EVRM wordt in ons burgerlijk procesrecht vaak het beginsel van hoor en wederhoor geschaard. In ons burgerlijk procesrecht is het beginsel van hoor en wederhoor gecodificeerd in art. 19 Rv. Dit begrip is echter breder.⁴² Smits onderscheidt in dat verband:

- 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);
- het recht op een eerlijke behandeling; dit impliceert in beginsel een recht op een deugdelijke motivering van de rechterlijke uitspraken.⁴³

Daarnaast speelt het beginsel van een effectieve toegang tot de rechter een belangrijke rol. Dit recht strekt ertoe om de andere in art. 6 EVRM genoemde garanties te realiseren.⁴⁴ Daaronder valt ook het recht op 'equality of arms' (letterlijk: gelijkheid van wapens), het recht op de aanwezigheid bij een terechtzitting en het recht op een mondeling verhoor.⁴⁵ Het recht om te worden gehoord brengt, als gezegd, mee het recht zich in voldoende mate over de zaak uit te laten. Het recht op gelijke proceskansen heeft repercussie op het gebied van het bewijsrecht.

Hieruit kan worden afgeleid dat de wijze waarop de stelplicht en bewijslast worden ingericht moet worden getoetst aan de vraag of er in casu sprake is van een eerlijk proces. Dit spitst zich in het bijzonder toe op de vraag of een partij voldoende in de gelegenheid is

38 Knigge 1998, p. 1; Smits 2008, par. 1.1.

39 Smits 2008, p. 26.

40 Van Dijk & Van Hoof e.a. 1998, p. 394-416.

41 Smits 2008, p. 39-40.

42 Vgl. Smits 2008, p. 95 e.v.

43 Vgl. Smits 2008, p. 102.

44 Vgl. EHRM 21 februari 1975 (*Golder*) en Smits 2008, p. 36 e.v.

45 Smits 2008, par. 3.4.3 en 3.4.3.1.

om zich over de zaak uit te laten en of die partij daarbij ten opzichte van zijn wederpartij gelijke proceskansen heeft.

1.3.5 Wat betekent dit nu voor het bewijsrecht?

Uit art. 6 EVRM vloeit geen *absoluut recht* voort tot het leveren van bewijs (bijvoorbeeld d.m.v. horen van getuigen).⁴⁶ Zo oordeelde de Hoge Raad bij zijn arrest van 7 mei 2004⁴⁷ dat het feit dat in de procedure bij de bestuursrechter geen verplichting bestaat tot het horen van getuigen, geen schending van art. 6 EVRM met zich brengt. Een toepassing van de bewijsregels die voor de civiele procedure gelden op de bestuursrechtelijke procedure past naar het oordeel van de Hoge Raad niet in het stelsel van taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, die ieder volgens hun eigen procesregels hebben te oordelen.

Wel heeft het EHRM de mogelijkheid erkend dat de weigering tot het doen horen van een getuige van één van de procespartijen door de rechter, een schending van art. 6 EVRM kan opleveren. De rechter hoeft niet *al* het aangeboden bewijs toe te laten. Het staat hem vrij om te selecteren welke bewijsmiddelen voor de uitkomst van het geschil relevant zijn.⁴⁸ Het leveren van bewijs kan naar mijn mening worden gezien als een verlengde van het beginsel dat een partij in een procedure in voldoende mate moet worden gehoord. Dit betekent ook dat een partij aan wie dat recht in een procedure wordt ontnomen omdat de rechter van mening is dat het bewijsrecht niet van toepassing moet worden verklaard, in strijd komt met art. 6 EVRM en art. 19 Rv. Wellicht heeft dit een rol gespeeld in de uitspraak van de Hoge Raad van 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998, waarin voor ontbindingsprocedures het bewijsrecht in beginsel van toepassing wordt verklaard.

1.4 Conclusie hoofdstuk 1

De werkgever is als (proces)partij vaak de sterkere partij ten opzichte van de werknemer. Dit boek behandelt de stelplicht en bewijslast in civiele arbeidszaken en legt daarbij een bijzonder accent op (processuele) ongelijkheidscompensatie.

Daarbij wordt, waar dat opportuun is, ook art. 6 EVRM betrokken. Dit artikel geeft weliswaar geen *absoluut recht* tot het leveren van bewijs, maar de eis om te worden gehoord omvat in sommige gevallen ook het leveren van dat bewijs waaruit het gelijk van een partij blijkt.

⁴⁶ Zie ook: Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 99-106.

⁴⁷ NJ 2005/131.

⁴⁸ Smits 2008, p. 132.

