

Citeerwijze van dit artikel:

mr. Vivian Bij de Vaate, 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure. Deel 2: het bewijsrecht', *ARBAC* 2012, april-juni, DOI: 10.5553/ARBAC/.000010

DOI: 10.5553/ARBAC/.000010

Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure. Deel 2: het bewijsrecht

mr. Vivian Bij de Vaate

1 Inleiding

In het eerste deel van dit tweeluik stond het ontbreken van een hoger beroepsmogelijkheid in de ontbindingsprocedure centraal. Een andere procesrechtelijke bijzonderheid in de ontbindingsprocedure ziet op de niet integrale toepasselijkheid van het wettelijk bewijsrecht van afdeling 9, titel 2 uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). 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.¹ 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 de ontbindingsprocedure is men aangewezen op het door middel van schriftelijke stukken en een mondelinge toelichting 'voldoende aannemelijk' maken van zijn stellingen.³ De kantonrechter kan wel besluiten getuigen te horen, maar als procespartij heeft men er geen recht op.

Het voorgaande roept, evenals de uitsluiting van hoger beroep en cassatie, vragen op met betrekking tot de rechtsbescherming van werknemers en werkgevers, mede gegeven de eisen die daaraan vanuit art. 6 EVRM en het Europese communautaire recht gesteld kunnen worden.⁴ Verscheidene auteurs menen dat de beperkte mogelijkheid tot bewijslevering in de ontbindingsprocedure op gespannen voet staat met het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijke behandeling.⁵ Anderen nemen aan dat de beperkte mogelijkheid tot bewijslevering in de ontbindingsprocedure op bepaalde punten bovendien in strijd is met het recht van de Europese Unie.⁶ Deze standpunten wil ik in deze bijdrage ter discussie stellen. Centraal staat de vraag of de ontbindingsprocedure op het punt van het bewijsrecht aan de genoemde hogere internationale normen voldoet.⁷

Ik begin met een bespreking van de toepasselijkheid van het wettelijk

bewijsrecht in de ontbindingsprocedure. Onderzocht wordt of *alle* ontbindingsprocedures zich verzetten tegen toepasselijkheid van *alle* bewijsregels. Tevens wordt een uitstapje naar het kort geding gemaakt. In paragraaf drie ga ik in op de eisen die art. 6 EVRM stelt aan het bewijsrecht en komt de vraag aan de orde of de ontbindingsprocedure wat betreft de bewijsvoering in overeenstemming is met deze hogere norm. Vervolgens staat het recht van de Europese Unie centraal. Welke eisen stelt dit recht aan het nationale bewijsrecht? Beoordeeld wordt of de ontbindingsprocedure hiermee in overeenstemming is. Ik sluit af met een conclusie.

2 De ontbindingsprocedure en het wettelijk bewijsrecht

2.1 Achtergrond bewijsrecht in ontbindingsprocedures

De Hoge Raad heeft reeds in de jaren dertig van de vorige eeuw bij herhaling beslist dat de wettelijke bewijsregels in procedures die worden ingeleid met een verzoekschrift niet van toepassing zijn.⁸ In de jaren tachtig van de vorige eeuw heeft de Hoge Raad dit ook specifiek met betrekking tot de ontbindingsprocedure van art. 7:685 BW geoordeeld. De rechter in een ontbindingsprocedure is niet gebonden aan de wettelijke bewijsregels,⁹ dat wil zeggen dat hij niet verplicht is ze toe te passen.¹⁰ Zo overwoog de Hoge Raad in 1982 dat in overeenstemming met de zienswijze van de wetgever van 1907, volgens wie *‘het hier niet zozeer geldt de beslissing van een rechtsstrijd, als wel de vaststelling ener billijke regeling door den onpartijdigen rechter’*,¹¹ de ontbindingsprocedure in de wet is geregeld als een eenvoudige, op een spoedige beslissing gerichte verzoekschriftprocedure, waarin de rechter beslist zonder aan de wettelijke bewijsregels te zijn gebonden, tegen welke beschikking generlei voorziening is toegelaten.¹² De ontbindingsprocedure was bedoeld als een ‘snelle’ en ‘niet contentieuze’ procedure, waarin geen plaats is voor toepassing van het wettelijk bewijsrecht, aldus de Hoge Raad.¹³

Bij de behandeling van het wetsvoorstel dat leidde tot de herziening van het bewijsrecht in 1988 werd voor het eerst van regeringszijde de vraag aan de orde gesteld of het wettelijk bewijsrecht van overeenkomstige toepassing moest zijn in de verzoekschriftprocedure. In het in 1959 door de Staatscommissie bepleite voorontwerp van art. 182 lid 1 (oud) Rv waren de bewijsregels ten aanzien van gedingen in oneigenlijke rechtspraak¹⁴ en in kort geding van overeenkomstige toepassing, voorzover de aard van deze gedingen zich daartegen niet zou verzetten.¹⁵ De minister wilde dit voorstel echter niet overnemen, omdat de uitzonderingsclausule ‘voorzover de aard van deze gedingen zich daartegen niet verzet’, tot een grote mate van rechtsonzekerheid zou leiden.¹⁶ In plaats daarvan kwam hij met het voorstel waarin slechts een aantal bepalingen van formeel bewijsrecht van overeenkomstige toepassing werd verklaard in verzoekschriftprocedures.¹⁷ Daartoe behoorden bijvoorbeeld niet het recht op getuigenbewijs en het horen van deskundigen. De minister nam aan dat het niet contentieuze karakter van deze procedures zich verzette tegen de toepassing deze wettelijke bewijsregels.¹⁸ Dit voorstel werd in 1988 tot wet verheven en ingevoerd.

Overigens betekende het destijds ingevoerde art. 182 lid 1 Rv niet dat de niet genoemde bewijsregels zonder meer waren uitgesloten van toepassing in de verzoekschriftprocedure. Analoge toepassing van de niet genoemde artikelen

van bewijsrecht werd volgens de parlementaire geschiedenis overgelaten aan de rechter.¹⁹ Nadat in de literatuur veelvuldig gepleit was voor die analoge toepassing van het bewijsrecht in verzoekschriftprocedures met een contentieus karakter,²⁰ is de Hoge Raad in een alimentatiezaak uit 1999 ‘om’ gegaan.

Afgestapt werd, onder verwijzing naar art. 6 EVRM, van de tot dan toe geldende uitsluiting van het wettelijk bewijsrecht in verzoekschriftprocedures.²¹ De Hoge Raad overwoog: *‘Blijkens de geschiedenis van zijn totstandkoming beoogt art. 182 Rv niet analogische toepassing van daar niet genoemde bepalingen van bewijsrecht in verzoekschriftprocedures uit te sluiten. De rechtsontwikkeling sedertdien gaat duidelijk in de richting dat de bepalingen van bewijsrecht ook gelden in verzoekschriftprocedures, tenzij de aard van de desbetreffende verzoekschriftprocedure zich tegen toepasselijkheid van de betrokken bepaling verzet. Zulks is in overeenstemming met de steeds verdergaande doorwerking van de beginselen van een behoorlijke rechtspleging zoals deze blijkens de rechtspraak besloten liggen in art. 6 EVRM’.*

De Hoge Raad sluit in voornoemde beschikking aan bij de opvatting van de Staatscommissie in het voorontwerp van art. 182 lid 1 (oud) Rv en verklaart het bewijsrecht van overeenkomstige toepassing op verzoekschriftprocedures, tenzij de aard van de verzoekschriftprocedure zich tegen toepasselijkheid van de betrokken bepaling verzet. De vraag of de Hoge Raad deze uitzondering op de nieuwe hoofdregel van toepassing zou verklaren op ontbindingsprocedures werd in 2000 beantwoord in het arrest Kuiper/ING Bank.²² De Hoge Raad oordeelde 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. Inmiddels is sinds 1 januari 2002 de Wet tot herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken van kracht.²³ Hierdoor is in art. 284 lid 1 Rv opgenomen dat het bewijsrecht in beginsel op verzoekschriftprocedures van overeenkomstige toepassing is. De wetsgeschiedenis bij voornoemd artikel merkt op dat er geen goede reden aanwezig is om bepaalde bewijsrechtelijke voorschriften nog uitdrukkelijk van overeenkomstige toepasselijkheid op de verzoekschriftprocedure uit te zonderen.²⁴ Ook nu geldt echter een uitzondering: ‘tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet’.²⁵ De memorie van toelichting noemt het voorbeeld van een zaak waarin er alleen een verzoeker is en geen belanghebbende. In dat geval kan het recht op tegenbewijs geen rol spelen. Maar ook de spoedeisendheid van een zaak kan aan toepassing van de bewijsrechtelijke voorschriften in de weg staan. Daarbij kan volgens de memorie van toelichting gedacht worden aan conservatoire maatregelen, ‘spoedeisende art. 7:685 BW-procedures’ en voorlopige voorzieningen.²⁶

Na de invoering van art. 284 lid 1 Rv heeft de Hoge Raad zich niet meer uitdrukkelijk uitgesproken over de toepasselijkheid van het wettelijk bewijsrecht in de ontbindingsprocedure. Uit de beschikking van de Hoge Raad van juni 2004²⁷ valt evenwel op te maken dat de Hoge Raad zich ook onder het nieuwe recht, niet op een ander standpunt stelt met betrekking tot de toepasselijkheid van de regels over *getuigenbewijs* in een spoedeisende ontbindingsprocedure. Het gerechtshof had in die procedure overwogen dat op grond van art. 284 lid 1 Rv weliswaar de regels van bewijsrecht toepasselijk zijn op de verzoekschriftprocedure, maar dat het artikel een uitzondering maakt indien de aard van de procedure zich daartegen verzet. Met een beroep op de memorie van toelichting bij dit wetsartikel oordeelde het hof dat het in casu ging om een op

een *spoedige* beslissing gerichte verzoekschriftprocedure, waarin in beginsel, ook na de invoering van het nieuwe procesrecht, zonder het houden van getuigenverhoren kan worden beslist. In cassatie wordt vervolgens geklaagd over de miskennen van de regels van bewijsrecht door het gerechtshof, in navolging van de kantonrechter. De Hoge Raad verwierpt echter het beroep met toepassing van art. 81 RO. De klachten kunnen volgens de Hoge Raad niet leiden tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Blijkbaar gaat ook de Hoge Raad er vanuit dat de invoering van het nieuwe procesrecht geen verandering heeft gebracht in het standpunt, dat de spoedeisendheid van een ontbindingsprocedure zich kan verzetten tegen het houden van getuigenverhoren.²⁸

2.2 Bewijsregels in strijd met spoedeisend karakter

De memorie van toelichting bij art. 284 Rv refereert in het kader van de tenzij-clausule uitsluitend aan de spoedeisendheid van een ontbindingsprocedure. Die spoedeisendheid kan aan toepassing van de bewijsrechtelijke voorschriften in de weg staan.²⁹ Het door de Hoge Raad in 1982 genoemde argument, dat het niet gaat om een beslissing van een rechtsstrijd, maar om de vaststelling van een billijke regeling door een onpartijdige rechter,³⁰ zien we niet meer terugkomen. Overigens werd dit argument ook in latere jurisprudentie van de Hoge Raad – na 1985 – al niet meer aangehaald ter onderbouwing van de uitsluiting van het wettelijk bewijsrecht in de ontbindingsprocedure.³¹ Dit is niet zo gek. De ontbindingsprocedure laat zich al lang niet meer omschrijven als een niet-contentieuze procedure.³² Zij heeft zich sinds haar invoering ook in de praktijk steeds meer ontwikkeld tot een rechtsstrijd.³³ Zoals Hovens stelt: *‘ook in de ontbindingsprocedure wordt vaak op het scherpst van de snede geprocedeerd (...). De gemiddelde ontbindingsprocedure is niet minder contentieus dan een procedure wegens onrechtmatige daad of wanprestatie en zeker niet minder contentieus dan een procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag’*.³⁴ Bovendien volgt men in een ontbindingsprocedure de werkwijze die men gewend is bij een contentieuze procedure. Van den Heuvel noemt als voorbeeld hierbij: het wisselen van stukken in conventie en reconventie en het overleggen van veelal uitvoerige pleitnotities.³⁵

Alleen het spoedeisende karakter van een ontbindingsprocedure kan derhalve in de weg staan aan toepassing van de bewijsrechtelijke voorschriften. Niet duidelijk is echter of *alle* ontbindingsprocedures per definitie een spoedeisend karakter hebben en bovendien, wanneer zij een spoedeisend karakter hebben, of zij zich dan tegen de toepasselijkheid van *alle* bewijsregels verzetten. De memorie van toelichting, noch de jurisprudentie van de Hoge Raad na de invoering van voornoemd artikel spreekt zich hier uitdrukkelijk over uit.

Met betrekking tot het eerste punt – of alle ontbindingsprocedures per definitie spoedeisend zijn en zich tegen toepassing van (bepaalde) bewijsrechtelijke voorschriften verzetten – zou gesteld kunnen worden dat uit de zinsnede in art. 7:685 lid 2 BW *‘dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen’* moet worden afgeleid dat ontbindingsprocedures altijd spoedeisend (moeten) zijn. Historisch gezien was dit ook de bedoeling van de ontbindingsprocedure. De ontbindingsprocedure is in 1907 door de wetgever in het leven geroepen als een billijke oplossing voor situaties waarin het

onredelijk zou zijn om van partijen te eisen dat zij het ‘regelmatige’ einde van de arbeidsovereenkomst afwachten.³⁶ Wanneer in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een lange looptijd of een arbeidsovereenkomst met een bezwarend lange opzegtermijn sprake was van veranderende omstandigheden in de persoonlijke levenssfeer of financiële sfeer, welke niet te wijten waren aan één van de partijen, diende de mogelijkheid te bestaan de arbeidsovereenkomst op billijkheidsgronden *dadelijk of op korte termijn* te beëindigen.³⁷ Deze historische benadering is echter vandaag de dag niet meer gangbaar.³⁸ De ontbindingsprocedure is één van de twee hoofdwegen geworden om een arbeidsovereenkomst te beëindigen. Het ontbindingsverzoek wordt niet afgewezen op de grond dat het einde van de arbeidsovereenkomst ook via opzegging met toestemming van het UWV is te bewerkstelligen. Aan de woorden ‘dadelijk of na korte tijd’ wordt tegenwoordig hoogstens nog betekenis gehecht in het kader van een ontbinding op termijn.³⁹

Ook de wetsgeschiedenis bij art. 284 lid 1 Rv gaat er vanuit dat niet iedere ontbindingsprocedure per definitie spoedeisend is en zich tegen toepassing van de wettelijke bewijsregels verzet. Vermeld wordt dat de spoedeisendheid van een zaak aan toepassing van de bewijsrechtelijke voorschriften in weg kan staan. Hierbij kan gedacht worden aan ‘(...) *spoedeisende* artikel 7:685 BW-procedures (...)’.⁴⁰ Wanneer de wetgever van mening was dat alle ontbindingsprocedures per definitie spoedeisend zijn en zich verzetten tegen de toepassing van de wettelijke bewijsregels, was de toevoeging van de term ‘spoedeisende’ overbodig.⁴¹ Bovendien laat ook de formulering van de tenzij-clausule bij art. 284 Rv (‘tenzij de aard van de zaak zich tegen toepassing verzet’) ruimte om in niet-spoedeisende ontbindingsprocedures het wettelijk bewijsrecht wél aangewezen te achten.⁴² Verder zijn ook in de jurisprudentie aanwijzingen te vinden voor het standpunt dat niet elke ontbindingsprocedure zich verzet tegen de overeenkomstige toepassing van het wettelijk bewijsrecht. Zo laat de formulering van de beschikking van de Hoge Raad uit 1996,⁴³ ‘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’, de ruimte voor het oordeel dat in sommige ontbindingsprocedures wel een getuigenverhoor gehouden moet worden. Ook de beschikking Kuiper/ING Bank⁴⁴ uit 2000 brengt niet met zich dat men in de ontbindingsprocedure nooit gebonden is aan de wettelijke bewijsregels. De overweging dat het oordeel van de rechtbank dat de aard van de *onderhavige* ontbindingsprocedure zich niet leent voor (getuigen)bewijs of een deskundigenonderzoek *geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting* geeft, laat de mogelijkheid open dat in een andere (niet-spoedeisende) ontbindingsprocedure wel toepassing gegeven moet worden aan getuigenbewijs of een deskundigenonderzoek. Verder gaat men er ook in de lagere jurisprudentie vanuit dat de ontbindingsprocedure zich niet per definitie verzet tegen de toepasselijkheid van het wettelijk bewijsrecht.⁴⁵

De al dan niet spoedeisendheid van een ontbindingsverzoek is volgens de wetsgeschiedenis bij art. 284 lid 1 Rv een criterium van belang voor de vraag of de kantonrechter gebonden is aan het wettelijk bewijsrecht. Consequente toepassing kan een forse verandering opleveren voor onze ontbindingspraktijk. De kantonrechter zal in iedere ontbindingsprocedure waarin toepassing van het wettelijk bewijsrecht wordt verzocht concreet moeten beoordelen aan de hand

van de relevante omstandigheden van het geval of het ontbindingsverzoek al dan niet spoedeisend is. Dit kan een voor de praktijk lastige opgave zijn, want wanneer is een ontbindingsprocedure dan niet spoedeisend en verzet zich ingevolge art. 284 lid 1 Rv niet tegen de overeenkomstige toepassing van het wettelijk bewijsrecht? De wetsgeschiedenis noch de jurisprudentie van de Hoge Raad laat zich daar over uit. In het hierna volgende probeer ik enige handvatten te ontwikkelen voor de kantonrechter.

Een duidelijk voorbeeld van een niet spoedeisende ontbindingsprocedure lijkt mij het geval waarin de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever niet meer bestaat, zoals bijvoorbeeld bij een ontbinding na twee jaar ziekte van de werknemer,⁴⁶ of een ontbinding terwijl geen loon hoeft te worden doorbetaald op grond van art. 7:628 BW, hetzij doordat de oorzaak van de verhindering de bedongen arbeid te verrichten in de risicosfeer ligt van de werknemer, hetzij doordat bij cao is bepaald dat de werknemer geen recht heeft op loon ondanks dat de verhindering voor risico komt van de werkgever.⁴⁷ Wellicht is het echter onder omstandigheden mogelijk om ook indien er nog wel een loondoorbetalingsverplichting van de werkgever bestaat te oordelen dat de ontbindingsprocedure niet spoedeisend is en zich derhalve niet verzet tegen de toepassing van het wettelijk bewijsrecht. In dat geval zou een mogelijk bruikbaar criterium voor het vaststellen van de al dan niet spoedeisendheid van het ontbindingsverzoek door de kantonrechter de vraag kunnen zijn of het onredelijk bezwarend is voor de werkgever om de ontbindingsprocedure enige tijd aan te houden voor de toepassing van het wettelijk bewijsrecht. Relevante gezichtspunten⁴⁸ in dat kader zouden mijns inziens kunnen zijn (i) de financiële positie van de werkgever. Wanneer het gaat om een draagkrachtige werkgever kan dit een indicatie zijn voor de rechter om de ontbindingsprocedure niet spoedeisend te oordelen, zelfs al is de aan de werknemer verweten gedraging van ernstige aard. Voor een werkgever met een goede financiële positie zal het mijns inziens namelijk minder snel onredelijk bezwarend zijn wanneer de ontbindingsprocedure enige tijd wordt opgehouden voor bijvoorbeeld het houden van een getuigenverhoor. De werkgever die de werknemer van de werkvloer wil weren vanwege de ernst van de verweten gedraging kan dit bewerkstelligen door middel van een schorsing of non-actiefstelling, zij het met behoud van loondoorbetaling.⁴⁹ Relevant kan bovendien zijn (ii) het feit of de werkgever al dan niet voortvarend te werk is gegaan bij het indienen van het verzoekschrift.⁵⁰ Heeft de werkgever lang getalmd met het indienen van het verzoek tot ontbinding nadat hem de feiten bekend waren waarop het ontbindingsverzoek gebaseerd is, dan lijkt mij dit een aanwijzing om de ontbindingsprocedure niet snel spoedeisend te oordelen. Verder kan mijns inziens ook (iii) de vraag hoeveel vertraging de toepassing van het wettelijk bewijsrecht, bijvoorbeeld een getuigenverhoor, zal opleveren voor de procedure, een relevant gezichtspunt zijn. Hoe minder vertraging, des te eerder geoordeeld kan geoordeeld worden dat het niet onredelijk bezwarend is voor de werkgever om de ontbindingsprocedure enige tijd aan te houden voor de toepassing van het wettelijk bewijsrecht.

Overigens, laat duidelijk zijn, dat ook als de kantonrechter meent dat de ontbindingsprocedure spoedeisend is en zich dus in principe verzet tegen de toepassing van het wettelijk bewijsrecht, dit niet weg neemt dat hij het bewijsrecht wel mag toepassen. Wanneer de spoedeisendheid van de ontbindingsprocedure volgens de kantonrechter niet opweegt tegen het belang

van de andere partij bij toepassing van het wettelijk bewijsrecht, bijvoorbeeld vanwege het belang dat de werknemer heeft bij nader onderzoek in geval van betwisting van de verweten gedraging en de ernst van de gevolgen van de ontbinding voor hem, staat het hem vrij om ondanks de spoedeisendheid toch over te gaan tot bijvoorbeeld een getuigenverhoor. Hij is hiertoe echter niet verplicht.

In samenhang met het voorgaande, en daarmee kom ik toe aan mijn tweede punt – of indien wordt aangenomen dat er sprake is van een spoedeisende ontbindingsprocedure *alle* bewijsregels zich tegen toepassing verzetten – acht ik het niet aannemelijk dat de wetgever of de Hoge Raad met de invoering van art. 284 lid 1 Rv bedoeld heeft om het gehele wettelijke bewijsrecht van afdeling 9, titel 2 Rv in een spoedeisende ontbindingsprocedure buiten boord te houden. Als namelijk alleen de spoedeisendheid van een ontbindingsprocedure in de weg kan staan aan toepassing van de wettelijke bewijsregels, dan is aannemelijk dat ook alleen die concrete bewijsrechtelijke voorschriften die daadwerkelijk invloed hebben op de snelheid van de procedure en daarmee aan een spoedige beslissing in de weg kunnen staan van overeenkomstige toepassing zijn uitgezonderd. Hoewel op grond van de formulering van art. 284 lid 1 Rv, *‘De negende afdeling van de tweede titel is van overeenkomstige toepassing, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet’*, betoogd kan worden dat wanneer de ‘tenzij-clausule’ zich voordoet de gehele afdeling bewijsrecht niet van toepassing is, bevat de jurisprudentie een duidelijke aanwijzing voor het tegendeel. De Hoge Raad overwoog namelijk in zijn beschikking van mei 1999,⁵¹ dat de rechtsontwikkeling duidelijk gaat in de richting dat de bepalingen van bewijsrecht ook gelden in verzoekschriftprocedures, *‘tenzij de aard van de desbetreffende verzoekschriftprocedure zich tegen toepasselijkheid van de betrokken bepaling verzet.’* Deze formulering van de tenzij-regel maakt duidelijk dat wanneer deze uitzondering zich voordoet, dit niet automatisch meebrengt dat alle bewijsregels niet van toepassing zijn, maar slechts de ‘betrokken bepaling’.⁵² Nu de Hoge Raad in voormelde beschikking uitdrukkelijk vermeldt dat de ontwikkeling van steeds verdergaande toepassing van het bewijsrecht in verzoekschriftprocedures aansluit bij art. 6 EVRM, is het niet aannemelijk dat de Hoge Raad of de wetgever met de invoering van art. 284 lid 1 Rv weer een ‘stap’ terug heeft willen doen in deze rechtsontwikkeling, door aan te nemen dat een spoedeisende ontbindingsprocedure zich tegen *alle* wettelijke bewijsregels verzet.

Gezien het voorgaande moet mijns inziens in iedere spoedeisende ontbindingsprocedure concreet gezien worden welke bepalingen van bewijsrecht wel buiten toepassing moeten blijven en welke niet. In het hiernavolgende probeer ik een onderscheid te maken tussen beide categorieën. Bij de eerste categorie – bepalingen van bewijsrecht waartegen het spoedeisende karakter van een ontbindingsprocedure zich *wel* kan verzetten – kan men allereerst denken aan de regels die betrekking hebben op de bewijslevering. De spoedeisendheid van een ontbindingszaak kan aan uitvoerige bewijslevering in de weg staan. Hierbij moet voornamelijk gedacht worden aan bewijslevering door middel van getuigenverhoren en/of deskundigenberichten, gezien de tijdrovendheid daarvan in vergelijking met bijvoorbeeld het leveren van schriftelijk bewijs. Met deze beperkte mogelijkheid van bewijslevering hangt

samen dat ook de ‘normale’ bewijslast niet kan gelden in een spoedeisende ontbindingsprocedure. Naar in de literatuur wordt aangenomen,⁵³ en ook in de rechtspraak wordt erkend,⁵⁴ geldt voor een partij in de ontbindingsprocedure dat zij haar stelling ‘*aannemelijk moet maken*’. Dit aannemelijk maken wordt gezien als een lichtere vorm van bewijs.⁵⁵ De rechter zal eerder concluderen tot het vaststaan van de feiten, dan in het geval deze feiten bewezen dienen te worden.⁵⁶ Het betreft dus vooral een vorm van bewijswaardering. Het gaat om de mate van bewijs die in het kader van de bewijswaardering nodig is om te kunnen zeggen dat een bepaald feit bewezen is.⁵⁷ Door hogere (‘bewijzen’) of juist lagere eisen (‘aannemelijk maken’) te stellen aan de waardering van het bewijsmateriaal, kan de rechter de bewijslast van een partij verzwaren of verlichten.⁵⁸ Aldus kan de rechter door de waardering van het aanwezige bewijsmateriaal rekening houden met de bewijspositie van partijen.⁵⁹ Tot de categorie bewijsregels die *niet* aan een spoedige beslissing in de ontbindingsprocedure in de weg zullen staan en mijns inziens dus zonder meer van toepassing moeten zijn in de ontbindingsprocedure, ook al is deze spoedeisend, behoren allereerst de regels over bewijslastverdeling. De ratio van bewijslastverdeling is gelegen in het bewerkstelligen dat steeds, ook al is er geen duidelijkheid omtrent de feiten, een bindende vaststelling van de rechtstoestand tussen partijen tot stand komt.⁶⁰ Ingevolge art. 26 Rv mag de rechter bij onduidelijkheid over de feiten partijen niet zonder beslissing naar huis sturen.⁶¹ De rechter moet de knoop doorhakken en de bewijslastverdeling voorkomt dat dit ter vrije discretie van de rechter staat.⁶² De kern van bewijslastverdeling is aldus het toedelen van het bewijsrisico aan één der partijen.⁶³ Het gaat om de vraag welke partij het risico moet dragen van het al of niet vaststaan van de feiten. De regel die duidelijk maakt bij wie het bewijsrisico ligt, heeft geen invloed op de snelheid van de procedure, zodat deze regel ook in spoedeisende ontbindingsprocedures kan worden toegepast.⁶⁴ Ook in een spoedeisende ontbindingsprocedure moet de kantonrechter, ook al is er onduidelijkheid over de feiten, de rechtsverhouding tussen partijen bindend vaststellen. Verder behoren mijns inziens eveneens andere algemene bepalingen van bewijsrecht, die niets van doen hebben met de bewijslevering en derhalve geen invloed hebben op de snelheid van de procedure, zonder meer toepassing te vinden in een spoedeisende ontbindingsprocedure. Gedacht kan worden aan de bepalingen opgenomen onder paragraaf 1 (art. 149-155 Rv) en 2 (art. 156-161 Rv) van afdeling 9, titel 2 Rv. Daarin zijn onder andere de regels te vinden over dwingend bewijs, vrije bewijswaardering, de gerechtelijke erkenning en akten, als ook bijvoorbeeld de bepaling dat bewijs kan worden geleverd door alle middelen en de bepaling dat de rechter ten overstaan van wie in een zaak bewijs is bijeengebracht, daarin zoveel als mogelijk het eindvonnis zal wijzen. De jurisprudentie bevat ook aanknopingspunten voor de in het voorgaande aangebrachte tweedeling. Het spoedeisende karakter van de ontbindingsprocedure dat zich tegen toepassing van het wettelijk bewijsrecht kan verzetten wordt, voor zover ik heb kunnen nagaan, alleen in verband gebracht met de regels over bewijslevering⁶⁵ en daarmee verband houdend, de bewijswaarderingsmaatstaf.⁶⁶

2.3 Interne rechtsvergelijking: hetkort geding

Betoogd is dat in een spoedeisende ontbindingsprocedure onderscheid gemaakt

moet worden tussen enerzijds bewijsregels die zich kunnen verzetten tegen dat spoedeisende karakter en anderzijds bewijsregels die zich daartegen niet verzetten. Dit doet de vraag rijzen hoe het wettelijk bewijsrecht in een andere spoedeisende procedure, het kort geding, wordt toegepast. Gesteld wordt namelijk dat in de ontbindingsprocedure een bewijsregime geldt dat vergelijkbaar is met dat in kort geding.⁶⁷ In beide procedures dient een partij haar stellingen bij gemotiveerde betwisting aannemelijk te maken⁶⁸ en wordt aangenomen dat het bewijsrecht niet of slechts beperkt geldt.⁶⁹ Geldt in de kort-gedingprocedure ook, zoals ik voor de spoedeisende ontbindingsprocedure betoogde, een tweedeling tussen de toepasselijke bewijsregels?

Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad is de kort-gedingrechter niet aan de gewone regels van bewijsrecht gebonden. Zo overwoog de Hoge Raad in 1968 dat de regels omtrent getuigenbewijs, in verband met het spoedeisend karakter van het kort geding, toepassing missen.⁷⁰ Het is aan het beleid van de rechter in kort geding overgelaten of hij op een aanbod van getuigenbewijs zal ingaan.⁷¹ In 1943 had de Hoge Raad bovendien reeds geoordeeld dat er in cassatie niet geklaagd kan worden over miskenning van de regels van bewijslastverdeling, omdat in een procedure in kort geding, waarbij het gaat om het treffen van voorlopige voorzieningen, de wettelijke regels omtrent het bewijs toepassing missen.⁷² Tot op heden heeft de Hoge Raad deze lijn vastgehouden. In het kort geding geldt het gewone bewijsrecht niet.⁷³ Dit standpunt laat geen onderscheid toe tussen enerzijds bewijsregels die vanwege het karakter van het kort geding niet toegepast kunnen worden en anderzijds bewijsregels die niet in de weg staan aan dat karakter en derhalve wel toegepast moeten worden.⁷⁴ Hoe verhoudt zich dit tot mijn betoog in de vorige paragraaf om dit onderscheid wel te maken voor de spoedeisende ontbindingsprocedure? Is dit dan een tegenargument om te betogen dat ook in de spoedeisende ontbindingsprocedure dit onderscheid niet kan opgaan? Mijns inziens niet. Het verschil is namelijk te verklaren door het verschil in karakter tussen beide procedures. De kort-gedingprocedure en de spoedeisende ontbindingsprocedure zijn naar hun aard niet vergelijkbaar, waardoor ook een vergelijking één op één tussen beide bewijsregimes niet opgaat.

Zoals gezien in de voorgaande paragrafen, hangt het niet onverkort van toepassing zijn van het wettelijk bewijsrecht in de ontbindingsprocedure samen met de spoedeisendheid. Dit geldt ook voor het kort geding. De ongebondenheid van de rechter in kort geding aan het wettelijk bewijsrecht hangt echter ook samen met de voorlopigheid van de gevraagde voorziening.⁷⁵ Zo overwoog de Hoge Raad in 1943 dat de regels over verdeling van de bewijslast toepassing missen in kort geding, *aangezien het gaat om het treffen van een voorlopige voorziening* waarop de wettelijke regels omtrent het bewijs niet van toepassing zijn.⁷⁶ Ook voor de regering was het voorlopige karakter van het kort geding een belangrijk argument tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot herziening van het nieuwe bewijsrecht in 1988, om de regels van bewijsrecht niet van overeenkomstige toepassing te verklaren op het kort geding, zoals de Staatscommissie voorstond. De minister overwoog in dat kader, dat het kort geding *‘bestemd is om op zeer korte termijn een voorlopige voorziening bij voorraad van de rechter te kunnen verkrijgen bij wijze van orde maatregel. Bij het kort geding zijn partijen meestal nog niet toe aan het bewijs betreffende hun definitieve rechten en verplichtingen en gaat het om wat er voorshands*

*omtrent de afloop van een eventuele hoofdzaak en omtrent de over en weer bestaande belangen aannemelijk is. Dit leidt ertoe dat het kort geding zich niet leent voor rechtstreekse toepassing van de regels van bewijsrecht.*⁷⁷ In de voorgaande overweging zien we dus zowel de spoedeisendheid als de voorlopigheid van de voorziening als redenen aangehaald voor de uitsluiting van het wettelijk bewijsrecht. Hier blijft het echter niet bij. Het citaat maakt duidelijk dat ook nog een ander aspect van het karakter van het kort geding een rol speelt bij de ongebondenheid van de kort-gedingrechter aan de wettelijke bewijsregels, namelijk de ordenende functie van de voorlopige maatregel. In kort geding gaat het niet om de bepaling van een rechtsbetrekking tussen partijen maar om het nemen van aan de rechter doelmatig voorkomende spoedeisende maatregelen na een belangenafweging.⁷⁸ Deze belangen- en doelmatigheidsafwegingen duiden op een ruimere discretionaire bevoegdheid van de rechter in kort geding.⁷⁹ De vrijheid die de rechter in kort geding nodig heeft om een belangenafweging te maken en een aan hem doelmatig voorkomende beslissing te geven, is niet verenigbaar met strikte toepassing van de wettelijke bewijsregels.⁸⁰ Zoals de Hoge Raad in het arrest van 21 april 1978 treffend verwoordt: *‘de bewijslastverdeling die in een gewone procedure zou gelden, kan weliswaar in kort geding van belang zijn in het kader van de vraag of in de gegeven omstandigheden een voorziening bij voorraad geboden is, maar de rechter in kort geding is bevoegd om de gevraagde voorziening te weigeren, wanneer naar zijn oordeel de gebodenheid daarvan niet zonder nadere bewijsvoering kan worden beoordeeld en het kort geding zich niet voor de betreffende bewijsvoering leent.*⁸¹

Het niet gebonden zijn van de rechter in kort geding aan de wettelijke bewijsregels hangt, gezien het voorgaande, samen met de spoedeisendheid, de voorlopigheid van de voorziening en de behoefte aan vrijheid voor de kort-gedingrechter om aan de hand van een belangen- en doelmatigheidsafweging een orde-maatregel te treffen. In het kader van de ontbindingsprocedure kan blijkens de wetsgeschiedenis bij art. 284 lid 1 Rv daarentegen alleen de eventuele spoedeisendheid van de zaak zich verzetten tegen toepassing van bepaalde wettelijke bewijsregels.⁸² De ontbinding heeft, anders dan het kort geding, een definitief karakter. Dit verklaart mijns inziens waarom het door mij bepleite onderscheid in het kader van de spoedeisende ontbindingsprocedure tussen enerzijds bewijsregels die niet zonder meer toegepast kunnen worden en anderzijds bewijsregels die zonder meer toegepast moeten worden omdat de vereiste spoed zich daartegen niet verzet, niet opgaat voor de kort geding procedure.⁸³ Anders dan bij de ontbindingsprocedure, brengen het voorlopig karakter en de ordenende functie van het kort geding mee dat ook de bewijsregels die geen invloed hebben op de snelheid van de procedure niet zonder meer toepasbaar zijn in een kort geding. De aard van beide procedures verschilt zozeer dat verschillen in het bewijsrechtelijk regime gerechtvaardigd zijn.

3 Artikel 6 EVRM en het bewijsrecht

Terug naar de ontbindingsprocedure. Verschillende auteurs menen dat de beperkte mogelijkheid voor bewijslevering in spoedeisende ontbindingsprocedures problematisch is in het licht van art. 6 EVRM.⁸⁴ Volgens

hen staat de ontbindingsprocedure op het punt van de bewijslevering op gespannen voet met het door art. 6 EVRM gewaarborgde beginsel van ‘equality of arms’.

In het navolgende onderzoek ik welke eisen art. 6 EVRM stelt aan de bewijslevering en in samenhang daarmee of de spoedeisende ontbindingsprocedure, waarin de regels over bewijslevering niet onverkort van toepassing zijn, in overeenstemming is met voornoemde norm.

3.1 Eisen art. 6 EVRM aan het bewijsrecht

Hoewel het bewijsrecht niet expliciet wordt behandeld door het EVRM, heeft het EHRM de mogelijkheid tot bewijslevering in verband gebracht met het beginsel van ‘equality of arms’ dat deel uitmaakt van het recht op een ‘fair hearing’ zoals gewaarborgd door art. 6 EVRM.⁸⁵ Volgens vaste rechtspraak van het EHRM houdt ‘equality of arms’ in *‘that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent.’*⁸⁶

Procespartijen moeten dus een redelijke en gelijke kans krijgen om hun zaak voor te leggen aan de rechter en om hun stellingen te bewijzen.⁸⁷ Geen der partijen mag ten opzichte van de andere partij in een bevoorrechte positie geplaatst worden.⁸⁸ Zo heeft het EHRM schending van het beginsel van ‘equality of arms’ aangenomen wanneer één der partijen wel en de ander niet als partijgetuige gehoord wordt,⁸⁹ alsook wanneer één der partijen op willekeurige gronden geen enkele gelegenheid krijgt tot getuigenbewijs, terwijl de wederpartij haar getuigen wel mag doen horen.⁹⁰ De rechter mag niet op willekeurige gronden aangeboden bewijs door de ene partij wel toestaan en van de andere partij weigeren. Er geldt echter wel een beoordelingsmarge.⁹¹ De rechter hoeft niet al het bewijs toe te laten. In de zaak Mantovanelli overweegt het EHRM: *‘It is for the national courts to assess the evidence they have obtained and the relevance of any evidence that a party wishes to have produced’.*⁹² Dit biedt de rechter de mogelijkheid om een overbodig bewijsaanbod, een bewijsaanbod dat betrekking heeft op feiten van algemene bekendheid, of een aanbod van bewijsmiddelen die niet relevant kunnen zijn voor de beslechting van het geschil terzijde te stellen.⁹³ De rechter mag een bewijsaanbod echter niet passeren op grond van een prognose omtrent het te verwachten resultaat van de bewijslevering. Dit is in strijd met het beginsel van gelijkheid der wapenen.⁹⁴ Er mag niet vooruitgelopen worden op de uitslag van de bewijsvoering.⁹⁵

Op andere aspecten van het bewijsrecht dan de bewijslevering, ziet het EVRM niet. Het Hof laat de regels in verband met de toelaatbaarheid van het bewijs,⁹⁶ de bewijswaardering⁹⁷ en de bewijslastverdeling⁹⁸ over aan de nationale wetgever en rechter.

3.2 ‘Equality of arms’ in de ontbindingsprocedure

De uitsluiting van bepaalde regels van bewijsrecht in een spoedeisende ontbindingsprocedure is gezien het voorgaande niet zonder meer in strijd met art. 6 EVRM. Het bewijsrecht wordt door het EHRM uitsluitend in verband gebracht met het beginsel van ‘equality of arms’.

Op het eerste gezicht lijkt het beginsel van ‘equality of arms’ geen probleem op te

leveren in een spoedeisende ontbindingsprocedure, waarin – naar wordt aangenomen – zonder het houden van getuigenverhoren mag worden beslist. Wanneer beide partijen geen gelegenheid krijgen tot het horen van getuigen, kan immers niet gezegd worden dat partijen ongelijke proceskansen hebben gehad. Desondanks kan onder omstandigheden toch het beginsel van ‘equality of arms’ geschonden worden. Met Kuijer en Sagel⁹⁹ meen ik dat dit het geval is wanneer een aanbod tot getuigenbewijs wordt afgewezen, terwijl het horen van getuigen de enige mogelijkheid vormt voor een procespartij om het bewijs van haar stelling te leveren.¹⁰⁰ Die procespartij is daarmee in een substantieel nadeliger positie geplaatst ten opzichte van haar wederpartij, die ook over andere bewijsmiddelen beschikt.¹⁰¹ Partijen hebben dan geen gelijke kans gekregen om hun stellingen te bewijzen. Verder wordt het beginsel van ‘equality of arms’ geschonden wanneer de kantonrechter de ene partij wel toestaat getuigen te doen horen, terwijl de wederpartij deze mogelijkheid op willekeurige gronden niet geboden wordt.¹⁰² Daarbij wil ik opmerken, in navolging van Van der Meer, dat het horen van – veelal aan werkgeverszijde – naar de zitting meegebrachte informanten in essentie niets anders is dan het horen van getuigen.¹⁰³ Voor de werknemer is het van belang de rechter hierop attent te maken. De werknemer dient namelijk in een dergelijk geval ook in de gelegenheid te worden gesteld informanten/getuigen te horen. Staat de kantonrechter dit niet toe, dan is daarmee het beginsel van ‘equality of arms’ geschonden,¹⁰⁴ hetgeen een grond voor hoger beroep vormt.¹⁰⁵ Overigens zal de kantonrechter ook moeten opletten of de verweerder genoeg tijd heeft gehad om zijn bewijs in de relatief korte duur van de ontbindingsprocedure te verzamelen, mede gezien de onbeperkte tijd die de verzoeker heeft om zijn verzoek in te kleden. Is het de verweerder niet gelukt om bewijs voor zijn stellingen op tijd te verkrijgen, bijvoorbeeld omdat een schriftelijk bewijsstuk opgevraagd en nog niet ontvangen is, en de kantonrechter beslist op het verzoek zonder de zaak aan te houden totdat het bewijsstuk binnen is, dan wordt mijns inziens het beginsel van ‘equality of arms’ geschonden. De verweerder wordt in een dergelijk geval substantieel benadeeld ten opzichte van de verzoeker.

De gelijkheid is één aspect van ‘equality of arms’. Het beginsel ziet volgens het EHRM echter ook op een *redelijke kans* voor een procespartij om haar stellingen te bewijzen. Dit aspect van het ‘equality of arms’-principe kan in de ontbindingsprocedure worden geschonden indien, gelet op de spoedeisendheid, geen getuigenbewijs wordt toegestaan, terwijl dat de enige vorm van bewijs is waarover de procespartij beschikt.¹⁰⁶ Die partij heeft daarmee geen redelijke kans gehad om haar stellingen te bewijzen. In een dergelijk geval zal echter de schending van het uit art. 6 EVRM voortvloeiende beginsel van ‘equality of arms’ niet alleen op het ‘redelijke kans-vereiste, maar veelal tevens gebaseerd kunnen worden op schending van de gelijkheid. Slechts in de uitzonderlijke situatie dat beide procespartijen geen redelijke kans hebben gekregen hun stellingen te bewijzen, wordt de gelijkheid niet geschonden. Beide partijen staan in een gelijke nadelige positie ten opzichte van elkaar. Desondanks wordt art. 6 EVRM geschonden, omdat partijen geen redelijke kans hebben gehad om hun stellingen te bewijzen.

Verschillende auteurs zijn van mening dat de ontbindingsprocedure op het punt van de bewijslevering op gespannen voet staat met bovenstaande uitgangspunten. Zo schrijven Kuijer en Sagel dat zij grote twijfels hebben of de lijn uit de beschikking Kuijper/ING,¹⁰⁷ waarin de Hoge Raad heeft beslist dat de

opvatting van de rechtbank, dat de aard van de ontbindingsprocedure zich niet leent voor (getuigen)bewijs of een deskundigenonderzoek geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, in overeenstemming is met de rechtspraak van het EHRM inzake het beginsel van ‘equality of arms’.¹⁰⁸

In voorgaand standpunt kan ik mij vinden voor zover de Hoge Raad in zijn algemeenheid zou stellen dat in *elke* ontbindingsprocedure per definitie geen plaats is voor getuigenbewijs of een deskundigenbericht. Een dergelijke algemene lijn komt inderdaad onder omstandigheden in strijd met het door art. 6 EVRM gewaarborgde beginsel van ‘equality of arms’. In het voorgaande heb ik echter betoogd dat de Hoge Raad noch de wetgever ooit expliciet het standpunt heeft ingenomen dat *elke* ontbindingsprocedure zich tegen bewijslevering verzet. Sterker nog, uit de parlementaire geschiedenis bij art. 284 lid 1 Rv en diverse beschikkingen van de Hoge Raad kan mijns inziens het tegendeel afgeleid worden. Niet aannemelijk is dat elke ontbindingsprocedure naar haar aard zodanig spoedeisend is, dat nooit plaats is voor getuigenbewijs of een eventueel deskundigenbericht.¹⁰⁹ Belangrijker is echter nog dat de Hoge Raad het beginsel van ‘equality of arms’ erkent als een fundamenteel rechtsbeginsel dat doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 BW rechtvaardigt.

3.2.1 ‘Equality of arms’ als doorbrekingsgrond

In het eerste luik van dit artikel heb ik betoogd dat uit de zaak Boukacem/Martinair¹¹⁰ afgeleid kan worden dat de Hoge Raad schending van het ‘equality of arms’-principe als grond voor doorbreking van het appelverbod aanmerkt.¹¹¹ De werknemer in die zaak stelde dat de kantonrechter volledig voorbij was gegaan aan zijn bewijsaanbod, waardoor het beginsel van ‘equality of arms’ geschonden zou zijn. De Hoge Raad gaat niet in die klacht mee en overweegt: *‘Beide partijen hebben gelijke kansen gehad voor het aannemelijk maken van hun standpunt en hebben ook overigens een gelijkwaardige behandeling gekregen.’* Niet kon worden volgehouden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling geen sprake was geweest.¹¹² Er was geen reden het appelverbod van art. 7:685 BW te doorbreken. Uit dit oordeel kan worden afgeleid, dat wanneer die gelijkheid voor partijen er niet was geweest, het appelverbod doorbroken was wegens schending van het beginsel van ‘equality of arms’.¹¹³

Kennelijk meent ook de Hoge Raad dat de kantonrechter in een ontbindingsprocedure, zelfs al is deze spoedeisend, het beginsel van ‘equality of arms’ in acht moet nemen. Zoals het Hof ’s-Gravenhage in zijn uitspraak van 21 oktober 2009 treffend verwoordt: *‘Ook al zijn de regels met betrekking tot bewijslevering niet zonder meer van toepassing in een ontbindingsprocedure, neemt dit niet weg dat de kantonrechter gehouden is de beginselen van hoor en wederhoor en ‘equality of arms’ in acht te nemen.’*¹¹⁴

Overigens, ook al zou de kantonrechter in een concreet geval tóch het beginsel van ‘equality of arms’ schenden door bijvoorbeeld een aanbod tot getuigenbewijs af te wijzen onder vermelding van de spoedeisendheid van de zaak, terwijl dit voor de procespartij de enige mogelijkheid was bewijs te leveren, of door getuigenbewijs/horen van informanten door de ene partij wel toe te staan, terwijl de wederpartij op willekeurige gronden geen getuigen/informanten mag doen horen, dan kan deze schending door middel van doorbreking van het appelverbod in hoger beroep geheeld worden.

Overigens wil ik nog opmerken dat de formulering van het ‘equality of arms’ beginsel zoals door de Hoge Raad in de beschikking Boukacem/Martinair gegeven, ‘*dat beide partijen gelijke kansen hebben gehad voor het aannemelijk maken van hun standpunt en ook overigens een gelijkwaardige behandeling hebben gekregen*’, niet één op één overeenkomt met de formulering van het EHRM. De formulering door de Hoge Raad biedt geen uitkomst voor de situatie dat beide partijen geen gelegenheid krijgen hun stellingen te bewijzen. Partijen hebben in dat geval geen ongelijke kansen gehad voor het aannemelijk maken van hun standpunt. Zij staan in een gelijke nadelige positie ten opzichte van elkaar. Zoals betoogd is zulks eveneens strijdig met art. 6 EVRM. Volgens het EHRM betekent het beginsel van ‘equality of arms’ ook dat partijen een *redelijke kans* moeten krijgen om hun standpunt te bewijzen. Indien – naar mag worden aangenomen – de Hoge Raad met zijn doorbrekingsjurisprudentie aan wil sluiten bij de vereisten uit art. 6 EVRM inzake een eerlijke behandeling,¹¹⁵ moet doorbreking wegens verzuim van essentiële vormen ook mogelijk worden geacht, wanneer partijen geen redelijke kans hebben gekregen hun stellingen te bewijzen.

4 Europese bewijsregels

Het nationale bewijsrecht wordt naast het EVRM ook beïnvloed door het recht van de Europese Unie.¹¹⁶ Zo zijn er diverse Europese richtlijnen die regels bevatten over de verdeling van de bewijslast.¹¹⁷ In deze bijdrage wil ik mij concentreren op de Europese regels over verdeling van de bewijslast bij discriminatie. Door verschillende auteurs wordt namelijk betoogd dat de ontbindingsprocedure wringt met deze Europese bewijsregels. Gesteld wordt dat de uitsluiting van het wettelijk bewijsrecht in de ontbindingsprocedure ertoe kan leiden dat de speciale bewijslastverdeling uit de Europese gelijkebehandelingsrichtlijnen wordt veronachtzaamd.¹¹⁸

4.1 Europese bewijsregels in discriminatiezaken

Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie jurisprudentie ontwikkeld over de verdeling van de bewijslast in gelijke behandelingszaken, voornamelijk op het gebied van gelijk loon.¹¹⁹ In het arrest Enderby¹²⁰ gaf het Hof van Justitie een overzicht van zijn uitspraken over de vraag wie het bewijs van loondiscriminatie op grond van geslacht moet leveren. Het Hof oordeelde dat in de regel de werknemer loondiscriminatie dient te bewijzen, maar dat de bewijslast kan worden verlegd, wanneer dat noodzakelijk is om de kennelijk gediscrimineerde werknemers niet elk doeltreffend middel te ontnemen om het beginsel van gelijke beloning te eerbiedigen.

De Europese wetgever, de Raad van de Europese Unie, heeft het voorgaande vertaald als een bewijsvermoeden en vastgelegd in art. 4 van de Richtlijn inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht, de zogenaamde Bewijsrichtlijn.¹²¹ Het doel van deze Richtlijn is blijkens het eerste artikel het doeltreffender maken van de door de lidstaten overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling genomen maatregelen, teneinde een ieder die zich door de niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld acht, de mogelijkheid te bieden om na een eventueel

beroep op andere bevoegde instanties hun aanspraken in rechte geldend te maken.

Artikel 4 van de Bewijsrichtlijn bepaalt dat lidstaten, overeenkomstig hun nationale rechtsstelsels, de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat wanneer iemand die zich door niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld acht, voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden. Een zelfde formulering is ook te vinden in art. 10 lid 1 van de Kaderrichtlijn¹²² en in art. 8 lid 1 van de Rasrichtlijn.¹²³ De Bewijsrichtlijn is in 2006 samen met nog drie andere richtlijnen op het gebied van gelijke behandeling¹²⁴ ingetrokken en geïntegreerd in Richtlijn 2006/54/EG over de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep.¹²⁵ Deze richtlijn, aangeduid als de Herschikkingsrichtlijn of Recastrichtlijn, voorziet in de herschikking van de vier geïntegreerde gelijke behandelingsrichtlijnen met betrekking tot de grond geslacht.¹²⁶ Voor het bewijs van discriminatie op grond van geslacht geldt thans artikel 19 van de Herschikkingsrichtlijn, dat op dezelfde manier is geformuleerd als het eerder genoemde art. 4 van de Bewijsrichtlijn. Het Hof van Justitie ziet de voornoemde bewijslastbepalingen in de gelijke behandelingsrichtlijnen als een codificatie van de eerdere rechtspraak over de bewijslastverdeling in gelijk-loonzaken, met dien verstande dat het toepassingsbereik is uitgebreid.¹²⁷ De richtlijnen zien niet slechts op de bewijslastverdeling in geval van (on)gelijk loon, maar op alle vormen van (on)gelijke behandeling.

Nederland heeft de Bewijsrichtlijn geïmplementeerd in de Algemene wet gelijke behandeling (art. 10), de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (art. 6a), de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (art. 12), de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (art. 10) en in art. 7:646 BW (lid 8). Alle bepalingen hebben een gelijkkluidende strekking: *‘indien degene die meent dat te zijnen nadeel onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet (dit artikel), in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze wet (dit artikel) is gehandeld’*.

4.2 Ontbindingsprocedure en bewijslastverdeling gelijke behandeling

Verscheidene schrijvers betogen dat het niet onverkort van toepassing zijn van het wettelijk bewijsrecht in de ontbindingsprocedure ertoe kan leiden dat de bijzondere bewijslastverdeling uit de gelijke behandelingswetten niet wordt toegepast door de kantonrechter.¹²⁸ Voor zover zij daarmee bedoelen dat de kantonrechter in de ontbindingsprocedure niet gebonden is aan de regel van bewijslastverdeling in art. 150 Rv en daarmee in combinatie de bijzondere regels over bewijslastverdeling uit de gelijke behandelingswetgeving waarnaar voornoemd artikel verwijst,¹²⁹ acht ik voornoemd standpunt betwistbaar. Uit art. 284 lid 1 Rv volgt dat de wettelijke bepalingen inzake het bewijsrecht van overeenkomstige toepassing zijn op een verzoekschriftprocedure, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. Zoals betoogd in paragraaf 2.2 van deze

bijdrage is het niet aannemelijk dat *alle* bewijsregels in de spoedeisende ontbindingsprocedure van toepasselijkheid uitgesloten zijn wanneer zich de ‘tenzij-regel’ voordoet. Alleen de bewijsregels die in het concrete geval aan het spoedeisende karakter van de ontbindingsprocedure in de weg staan, dienen buiten toepassing te blijven. De regels over bewijslastverdeling behoren mijns inziens niet tot deze categorie. De regel die bepaalt op wie het bewijsrisico rust in een concrete casus, heeft geen invloed op de snelheid van de procedure en staat daarmee dan ook niet aan een spoedige beslissing in een ontbindingsprocedure in de weg. Artikel 150 en in combinatie daarmee de regels van bijzondere bewijslastverdeling in de gelijke behandelingswetgeving zijn derhalve mijns inziens onverkort van toepassing in een ontbindingsprocedure, zelfs indien deze spoedeisend is.¹³⁰ Wanneer de werknemer door het aannemelijk maken van bepaalde hulpfeiten een vermoeden van discriminatie vestigt,¹³¹ moet de kantonrechter van deze discriminatie uitgaan, tenzij de werkgever bewijst dat er geen sprake is van discriminatie, of waar toegelaten, dat een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat.¹³²

Of de kantonrechters dit ook (reeds) zo toepassen, is een vraag van andere orde en bovendien zeer lastig te beoordelen. In veel gevallen blijkt namelijk uit de beschikking niet duidelijk welke bewijsregels de kantonrechter toepast bij vermeende discriminatie. Ik heb nauwelijks beschikkingen aangetroffen die expliciet aangeven dat gewerkt wordt met een ‘vermoeden van discriminatie’.¹³³ Dit rechtvaardigt natuurlijk niet zonder meer de conclusie dat de kantonrechter het vermoeden van discriminatie heeft miskend, maar de toepassing daarvan is in die gevallen wel heel lastig vast te stellen.¹³⁴ Wanneer een vermoeden van discriminatie bereikt is valt nauwelijks nader aan te geven. Dit betreft een waardering door de rechter. Aan de uitkomst van de zaak kan derhalve veelal niet gezien worden of de kantonrechter bij vermeende discriminatie inderdaad genoeg heeft genomen met een vermoeden voortvloeiend uit de aannemelijkheid van bepaalde hulpfeiten, of dat hij meer nodig achtte dan een dergelijk vermoeden. Het verdient mijns inziens dan ook, in het licht van overeenstemming met de Europese regelgeving, aanbeveling dat kantonrechters expliciet in hun beschikkingen verwoorden dat zij werken met het vermoeden van discriminatie, zoals voorgeschreven door de bijzondere regel van bewijslastverdeling bij discriminatie. Een goed voorbeeld hiervan kan men vinden in de uitspraak van de kantonrechter Amsterdam van 6 januari 2010.¹³⁵ De kantonrechter overweegt: *‘Bovenstaande feiten en omstandigheden rechtvaardigen naar het oordeel van de kantonrechter de conclusie dat in het onderhavige geval sprake is van indirect onderscheid naar nationaliteit, nu door de reorganisatie uitsluitend personen met de niet-Japanse nationaliteit worden getroffen. Kintetsu heeft geen afdoende verklaring voor dit onderscheid aangedragen en daarmee het vermoeden van een onderscheid dat uit deze gegevens geput kan worden niet weerlegd.’*

In de ontbindingsprocedure is mijns inziens dus de uit het Europese recht voortvloeiende bijzondere regel van bewijslastverdeling bij discriminatie zonder meer van toepassing, zelfs al is deze spoedeisend. Daarin kan de spanning tussen de ontbindingsprocedure en het Europese recht die de verscheidende schrijvers melden dan ook niet gelegen zijn. Er is echter wel een ander aspect in het kader van de toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels in een spoedeisende ontbindingsprocedure dat voor spanning met het Europese recht kan zorgen,

namelijk het niet onverkort van toepassing zijn van de regels omtrent *bewijslevering*.¹³⁶

Zoals hiervoor betoogd kan het spoedeisende karakter van een ontbindingsprocedure aan uitvoerige bewijslevering in de weg staan. Daarbij moet voornamelijk gedacht worden aan bewijslevering door middel van getuigenverhoren en/of deskundigenberichten, gezien de tijdrovendheid daarvan in vergelijking met het indienen van schriftelijk bewijs.¹³⁷ Dit niet onverkort van toepassing zijn van de regels omtrent bewijslevering kan er onder omstandigheden voor zorgen dat de werknemer niet in staat wordt gesteld het vermoeden van discriminatie aan te tonen. Stel nu het volgende: een werknemer voert in de ontbindingsprocedure aan dat hij slachtoffer is van discriminatie en hij kan dit vermoeden alleen vestigen door middel van bewijslevering door getuigen. Weigert de kantonrechter dit, bijvoorbeeld vanwege de tijdrovendheid daarvan, dan wordt deze werknemer een doeltreffend middel onthouden om zich tegen de discriminatie te verweren. Het doel van de bijzondere bewijslastverdeling bij discriminatie wordt in gevaar gebracht en de bepaling wordt van zijn nuttig effect beroofd, hetgeen in strijd is met het Europese recht. Illustratief in dit verband is het arrest van het Hof van Justitie van 21 juli 2011 (Kelly v. National University of Ireland).¹³⁸ In die procedure kwam de vraag aan de orde of art. 4 van de Bewijsrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het een kandidaat voor een beroepsopleiding, die meent dat de weigering om hem deze opleiding te laten volgen in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, het recht op toegang verleent tot informatie over de kwalificaties van de andere kandidaten voor de opleiding, teneinde deze kandidaat overeenkomstig voornoemde bepaling in staat te stellen het bewijs te leveren van de feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden. Ter beantwoording van deze vraag maakt het Hof eerst duidelijk dat het doel van de Bewijsrichtlijn erin is gelegen te waarborgen dat de door de lidstaten overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling genomen maatregelen, teneinde een ieder die zich door de niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld acht, de mogelijkheid te bieden om na een eventueel beroep op andere bevoegde instanties hun aanspraken in rechte geldend te maken, doeltreffender worden gemaakt. Vervolgens overweegt het Hof: *‘Hoewel art. 4, lid 1, van deze richtlijn niet voorziet in een specifiek recht op grond waarvan wie zich door niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld acht, toegang heeft tot informatie, opdat hij in staat zou zijn de feiten die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden overeenkomstig deze bepaling aan te tonen, kan dus niet worden uitgesloten dat de weigering van de verwerende partij om in het kader van de vaststelling van dergelijke feiten informatie te verstrekken, de verwezenlijking van het door deze richtlijn nagestreefde doel in gevaar kan brengen en deze bepaling met name haar nuttig effect kan ontnemen. In dit verband zij eraan herinnerd dat de lidstaten geen regeling mogen toepassen die de verwezenlijking van de door een richtlijn nagestreefde doelstellingen in gevaar kan brengen en deze richtlijn daardoor haar nuttig effect kan ontnemen’*. Volgens het Hof van Justitie volgt namelijk uit de tweede en derde alinea van art. 4 lid 3 VEU dat de lidstaten alle algemene en bijzondere maatregelen moeten treffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instelling van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren en zich moeten onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in

gevaar kunnen brengen, met inbegrip van die welke worden nagestreefd door de richtlijnen.¹³⁹

Gezien het voorgaande is goed verdedigbaar dat de uitsluiting van de regels omtrent bewijslevering in een spoedeisende ontbindingsprocedure onder omstandigheden op gespannen voet staat met het recht van de Europese Unie. Wanneer door die uitsluiting een werknemer niet in staat wordt gesteld het bewijs te leveren van de feiten die de vermeende discriminatie kunnen doen vermoeden, wordt de verwezenlijking van het doel van de richtlijnen die de bijzondere bewijslastverdeling bij discriminatie regelen in gevaar gebracht en het nuttig effect van de bepalingen ontnomen, hetgeen in strijd is met het recht van de Europese Unie. De kantonrechter dient mijns inziens dus, indien er geklaagd wordt over discriminatie, op straffe van schending van Europees recht, de klager in staat te stellen het vermoeden daarvan te vestigen door middel van bewijslevering.¹⁴⁰ Doet de kantonrechter dit niet, dan schendt hij echter niet alleen het Europese-Unierecht. Goed verdedigbaar is dat veelal ook het door art. 6 EVRM gewaarborgde beginsel van ‘equality of arms’ geschonden wordt. Het afwijzen van een bewijsaanbod waardoor een procespartij niet in staat wordt gesteld het bewijs te leveren van feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden, is in strijd met het beginsel van ‘equality of arms’. Die procespartij heeft geen redelijke kans gekregen om haar stellingen te bewijzen, dan wel, is in een substantieel nadeliger positie geplaatst ten opzichte van haar wederpartij. Zoals betoogd in paragraaf 3.2.1 vormt schending van het ‘equality of arms’ beginsel een grond voor doorbreking van het appelverbod. Op deze wijze is dus – wanneer dit tevens een schending van het beginsel van ‘equality of arms’ oplevert – de uit het Europese Unie recht voortvloeiende bijzondere regel van bewijslastverdeling bij discriminatie te waarborgen.¹⁴¹

4.3 Overige bewijsrechtelijke aspecten

In het kader van de toepassing van de speciale bewijslastbepalingen uit de gelijke behandelingswetgeving in de ontbindingsprocedure rijst wellicht nog een ander probleem. Artikel 19 van de Herschikkingsrichtlijn¹⁴² (vroeger art. 4 Bewijsrichtlijn) en de nationale implementatiebepalingen in de gelijke behandelingswetten bepalen namelijk dat wanneer de benadeelde feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te *bewijzen* dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden. De vraag rijst of dit ‘bewijzen’ in overeenstemming is met het, naar in de heersende leer aangenomen lichtere bewijsregime van het ‘aannemelijk maken’¹⁴³ zoals dat geldt in de ontbindingsprocedure.¹⁴⁴ Het antwoord hangt mijns inziens af van de vraag wat naar Europees recht onder de term ‘bewijzen’ verstaan moet worden.¹⁴⁵ Is het aannemelijk maken van het tegendeel van het vermoeden van discriminatie in dit kader voldoende?¹⁴⁶ Of wordt er een zwaardere vorm van bewijs noodzakelijk geacht? Tot op heden is hier geen duidelijkheid over. Het Hof van Justitie noch enig ander orgaan van de Europese Unie heeft zich, voor zover ik heb kunnen nagaan, duidelijk uitgesproken over de term ‘bewijzen’ in de Europese gelijke-behandelingsrichtlijnen.¹⁴⁷ Ook de considerans bij de gelijke-behandelingsrichtlijnen geeft geen uitsluitsel. De considerans bij de Herschikkingsrichtlijn spreekt in punt 30 over het verleggen van de bewijslast in geval van kennelijke discriminatie.¹⁴⁸ Niet duidelijk is echter wat die bewijslast inhoudt. Kan hieronder ook het aannemelijk maken

van standpunten vallen? Wordt wellicht de bewijslast bedoeld zoals die geldt in een concrete nationale procedure, hetgeen in de ontbindingsprocedure dus een aannemelijk maken is?

Bosse stelt dat aan het bewijs van de werkgever, gezien het fundamentele karakter van het recht op gelijke behandeling, door de rechter zware eisen moeten worden gesteld.¹⁴⁹ De Europese Commissie had volgens haar wel het een en ander willen definiëren over de waardering van het bewijs door de verweerder, maar slaagde daar niet in vanwege de afwezigheid van de nodige consensus.¹⁵⁰ Legt men een dergelijke vraag voor aan het Hof van Justitie dan zal bovendien het antwoord luiden dat de waardering van de feiten aan de nationale rechter is overgelaten.¹⁵¹ Het Hof legt als zodanig niet uit wat de aard en omvang is van het bewijs dat door de verweerder moet worden geleverd.¹⁵²

4.3.1 Stel dat...

Stel dat het Europese recht met de term ‘bewijzen’ een zwaarder bewijsregime op het oog heeft dan het aannemelijk maken door de verweerder dat het beginsel van gelijke behandeling niet is geschonden. Goed verdedigbaar is dan dat de ontbindingsprocedure, voor zover daarin wordt uitgegaan dat stellingen slechts aannemelijk gemaakt moeten worden, in strijd is met dit hogere recht. Wat dan? De oplossing *kan* mijns inziens betrekkelijk eenvoudig zijn. De ontbindingsprocedure is al in overeenstemming met het EU-recht te brengen door een aanpassing van de formulering. Wanneer de bijzondere bewijslast uit de gelijke behandelingswetgeving in het geding is, dient de kantonrechter niet te overwegen dat hij het standpunt van gedaagde aannemelijk acht, maar dat hij dit standpunt bewezen acht.¹⁵³ Uitsluitend deze andere formulering is in het licht van het Europese recht voldoende. Het EU-recht ziet namelijk niet op de waardering van de feiten. Hoe het bewijs tegen het vermoeden van discriminatie door de werkgever gewaardeerd moet worden, laat het Hof van Justitie over aan de nationale rechter.¹⁵⁴ Overigens ben ik wel van mening – ook al mengt het EU-recht zich daar niet in – dat de kantonrechter de term ‘bewijzen’ ook in zijn waardering van het bewijs tot uitdrukking moet laten komen. Hij dient hogere eisen te stellen aan het bewijsmateriaal dan wanneer de werkgever slechts ‘aannemelijk’ hoeft te maken dat het beginsel van gelijke behandeling niet is geschonden. Nogmaals, vooralsnog is dit een theoretische discussie. Duidelijkheid omtrent het al dan niet voldoen van de ontbindingsprocedure qua regels van bewijsrecht aan het recht van de Europese Unie zal pas bestaan wanneer op Europees niveau duidelijk wordt wat onder de term ‘bewijzen’ verstaan moet worden in art. 19 van de Herschikkingsrichtlijn.

5 Conclusie

De wetgever noch de Hoge Raad zal met de invoering respectievelijk uitleg van art. 284 lid 1 Rv de bedoeling hebben gehad om *alle* ontbindingsprocedures van *alle* wettelijke bewijsregels uit te zonderen. Aannemelijk is dat alleen spoedeisende ontbindingsprocedures zich 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 met name gedacht worden 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 mijns inziens zonder meer van toepassing in een spoedeisende ontbindingsprocedure. In samenhang hiermee acht ik 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. Artikel 150 Rv en de bijzondere bewijslastverdeling in de gelijke behandelingswetgeving hebben geen invloed op de snelheid van de procedure en zijn mijns inziens derhalve zonder meer toepasselijk in een (spoedeisende) ontbindingsprocedure. Voor zover voornoemde auteurs menen dat de ontbindingsprocedure op gespannen voet staat met de Europese bewijsregels bij discriminatie omdat de regels van bewijslevering niet zonder meer toepasselijk zijn in een spoedeisende ontbindingsprocedure, kan ik mij daarin vinden. Wanneer een werknemer het vermoeden van discriminatie alleen kan aantonen door bijvoorbeeld het leveren van getuigenbewijs en de kantonrechter staat dat vanwege de spoedeisendheid van de procedure niet toe, dan wordt de werknemer geen doeltreffend middel geboden om zich tegen die discriminatie te verweren. Het nagestreefde doel van de richtlijn die de bijzondere bewijslastverdeling bij discriminatie voorschrijft, wordt in gevaar gebracht en die bepaling haar nuttig effect ontnomen, hetgeen in strijd is met het Europese recht. In een dergelijk geval is echter goed verdedigbaar dat de rechter niet alleen het recht van de Europese Unie schendt, maar ook het uit art. 6 EVRM voortvloeiende beginsel van ‘equality of arms’. Nu de Hoge Raad een duidelijk aanknopingspunt heeft gegeven om te betogen dat het ‘equality of arms’-principe als zodanig wordt erkend als een fundamenteel rechtsbeginsel dat doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 BW rechtvaardigt, is deze schending in hoger beroep te herstellen. De auteurs die menen dat de ontbindingsprocedure wat het bewijsrecht betreft in strijd is met het uit art. 6 EVRM voortvloeiende beginsel van ‘equality of arms’ lijken dit te miskennen. Ook al verzetten bepaalde bewijsregels zich tegen toepassing in een spoedeisende ontbindingsprocedure, dit neemt niet weg dat de kantonrechter het beginsel van ‘equality of arms’ in acht moet nemen.

Er rijst wellicht wel een ander probleem met betrekking tot het in de ontbindingsprocedure toepasselijke bewijsrecht in het licht van de besproken hogere normen. De Europese Richtlijnen met betrekking tot de bijzondere bewijslastverdeling in discriminatiezaken spreken van ‘bewijzen’ door de verweerder dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden. Dit roept de vraag op of dit in overeenstemming is met het ‘aannemelijk maken’, zoals dat geldt in de ontbindingsprocedure. Een antwoord hierop is vooralsnog niet te geven. Het Hof van Justitie noch enig ander orgaan van de Europese Unie heeft duidelijk gemaakt wat onder de term ‘bewijzen’ verstaan moet worden. Mocht in de toekomst blijken dat op Europees niveau in dit kader geen genoegen wordt genomen met het lichtere bewijsregime van het aannemelijk maken, dan zal de kantonrechter in een discriminatiezaak uit moeten gaan van het zwaardere ‘bewijzen’ door de verweerder dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden. De kantonrechter zal dit zwaardere bewijsregime bovendien tot uitdrukking moeten laten komen in zijn bewijswaardering.

Noten

1 *Kamerstukken II* 1999/00, 26855, nr. 3, p. 157-158. Vóór de invoering van art. 284 lid 1 Rv in 2002 was het wettelijk bewijsrecht niet van toepassing in verzoekschriftprocedures. Slechts een aantal formele bepalingen van bewijsrecht waren ingevolge art. 182 (oud) Rv van overeenkomstige toepassing verklaard. Vgl. G.R. Rutgers, R.C.J. Flach, G.J. Boon, *'Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken'*, Deventer: Kluwer 1988, p. 118-134.

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

3 H. van der Meer, 'Naar een laatste 'Aanbeveling'? Het ontbindingsprocesrecht nader ingevuld', in: E. Lutjens (red.), *'De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht'*, Amsterdam: VU uitgevers 2006, p. 282.

4 Vgl. het wetsvoorstel van Koser Kaya tot wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten ter verbetering van de rechtsbescherming bij ontslag (*Kamerstukken II* 2011/12, 33075, nr. 2). Dit wetsvoorstel, dat onder meer een eind beoogt te maken aan het niet van toepassing zijn van hoger beroep en cassatie en de regels van bewijsrecht in de ontbindingsprocedure, is mede ingegeven door vermeende strijdigheid van deze bijzondere procesrechtelijke regels met art. 6 EVRM. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33075, nr. 3, p. 1 en 5.

5 Zie bijv. B.D. Hengstmengel, A.C. Mahabiersing, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens 'verzuim van essentiële vormen'', *TAP* 2009, 6, p. 234; M. Kuijer, S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001, 2, p. 54-55; H.J.W. Alt, *'Ongelijkheidscompensatie bij stelplecht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 236; F.J.H. Hovens, *'Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken'*, Deventer: Kluwer 2005, p. 53; L.G. Verburg, 'Het Nederlands ontslagrecht en artikel 6 EVRM', *AA* 2011, 4, p. 288.

6 A.G. Castermans en A.B. Terlouw, 'Bewijs van discriminatie', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, *'De invloed van het Europese Recht op het Nederlandse Privaatrecht'*, Deventer: Kluwer 2007, p. 205-208; H.J.W. Alt, *'Ongelijkheidscompensatie bij stelplecht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 239; H.B. Krans, *'Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht'*, Deventer: Kluwer 2010, p. 68.

7 In deze bijdrage toets ik uitsluitend de vraag of de 'beperkte' mogelijkheid tot bewijslevering in de ontbindingsprocedure verenigbaar is met art. 6 EVRM en het EU-recht. Het is niet mijn bedoeling om de eventuele onwenselijkheid van die 'beperkte' bewijslevering, afgezien van de mogelijke strijdigheid met deze hogere normen, aan de orde te stellen.

8 HR 18 december 1930, *NJ* 1930, p. 661; HR 15 juni 1931, *NJ* 1931, p. 1242; HR

19 december 1932, *NJ* 1933, p. 955; HR 12 februari 1934, *NJ* 1934, p. 1157. Vgl. A. Anema, P.J. Verdam, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Vijfde deel – Van Bewijs, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953, p. 54.

9 HR 3 december 1982, *NJ* 1983, 182. Vgl. HR 19 april 1985, *NJ* 1985, 699. Latere jurisprudentie waarin de Hoge Raad toepassing van het bewijsrecht uitsluit in de ontbindingsprocedure: HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 205; HR 5 maart 1999, *NJ* 1999, 676; HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 302.

10 Als procespartij heb je er geen recht op. Vgl. H. van der Meer, 'Naar een laatste 'Aanbeveling'? Het ontbindingsprocesrecht nader ingevuld', in: E. Lutjens (red.), *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, Amsterdam: VU uitgevers 2006, p. 282.

11 Zie A.E. Bles, *'De wet op de Arbeidsovereenkomst IV'*, 's-Gravenhage: Belinfante 1909, p. 257.

12 HR 3 december 1982, *NJ* 1983, 182. De aard en strekking van de ontbindingsprocedure (niet zozeer een beslissing van een rechtsstrijd, maar de vaststelling van een billijke regeling door de onpartijdige rechter) werd in de memorie van toelichting overigens uitsluitend aangehaald ter rechtvaardiging van het appelverbod en niet ter rechtvaardiging van de uitsluiting van het wettelijk bewijsrecht. Zie A.E. Bles, *'De wet op de Arbeidsovereenkomst IV'*, 's-Gravenhage: Belinfante 1909, p. 257-267. Vgl. E.T. Visser, 'Een gewichtige reden om te bewijzen', *ArbeidsRecht* 2004, 68.

13 Vgl. C.M.H. Kroeks, 'Bewijsrecht in ontbindingsprocedures', *ArbeidsRecht* 2000, 21.

14 Daaronder begrepen gedingen die met een verzoekschriftprocedure worden ingeleid. G.R. Rutgers, R.C.J. Flach, G.J. Boon, *'Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken'*, Deventer: Kluwer 1988, p. 119. *Kamerstukken II* 1969/70, 10377, nr. 3, p. 9.

15 G.R. Rutgers, R.C.J. Flach, G.J. Boon, *'Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken'*, Deventer: Kluwer 1988, p. 119; *Kamerstukken II* 1969/70, 10377, nr. 3, p. 9.

16 *Kamerstukken II* 1969/70, 10377, nr. 3, p. 9. Vgl. C.M.H. Kroeks, 'Bewijsrecht in ontbindingsprocedures', *ArbeidsRecht* 2000, 21.

17 Art. 182 lid 1 (oud) Rv bepaalde dat wanneer in zaken die met een verzoekschrift moeten worden ingeleid een getuigenverhoor, een deskundigenonderzoek, een plaatsopneming of een bezichtiging plaatsvindt, de artikelen 189, 190, 191, 192 derde lid, 193, 198-201, 202 eerste en derde lid, 205 derde en vierde lid, 206, 208-210, 213 en 221-226 van overeenkomstige toepassing zijn, tenzij uit de wet iets anders voortvloeit. Zie Wet van 3 december 1987, houdende nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken, *Stb.* 1987, 590.

18 Zie G.R. Rutgers, R.C.J. Flach, G.J. Boon, *'Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken'*, Deventer: Kluwer 1988, p. 123, 127, 128.

19 G.R. Rutgers, R.C.J. Flach, G.J. Boon, *'Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken'*, Deventer: Kluwer 1988, p. 121; C.M.H. Kroeks, 'Bewijsrecht in ontbindingsprocedures', *ArbeidsRecht* 2000, 21.

20 Zie conclusie AG Bakels bij HR 9 januari 1988, *NJ* 1999, 413. De AG verwijst naar: S. Boekman, *'De verzoekschriftprocedure'*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 29-30; H.W.B. Thoe Schwartzenberg, 'De terugvorderingsprocedure op grond van de Algemene Bijstandswet. Processuele aspecten en bewijslastverdeling', *De Gemeentestem* 1995, p. 262; W.J. van den Brink, 'Recht op getuigenverhoor in de rekestprocedure?', *TCR* 1994, 4, p. 79l; H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, *'Bewijsrecht in civiele procedures'*, Deventer: Kluwer 1992, p. 125; Heemskerk in zijn noot onder HR 14 juni 1985, *NJ* 1985, 885. Anders A.P. Funke, 'Recht op getuigenbewijs in verzoekschriftprocedures?', *NJB* 1987, p. 1063-1064.

21 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 694. Daarvoor had de Hoge Raad al een aantal maal de bewijsregels uit de dagvaardingsprocedure toegepast op bijstandszaken. Zie HR 21 maart 1975, *NJ* 1976, 279; HR 29 juni 1990, *NJ* 1991, 337; HR 4 februari 1994, *NJ* 1994, 364.

22 HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 302.

23 Wet tot herziening van het procesrecht in burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg van 6 december 2001, *Stb.* 2001, 580.

24 *Kamerstukken II* 1999/00, 26855, nr. 3, p. 157.

25 Dit criterium lijkt beperkter van karakter dan de eerder in de jurisprudentie geformuleerde uitzondering 'aard van de procedure'. In de memorie van toelichting wordt echter met geen woord gerept over dit verschil. Deze formulering lijkt evenwel ruimte te geven om in niet-spoedeisende ontbindingsprocedures het wettelijk bewijsrecht wel toepasselijk te achten. Zie H. van der Meer, 'Naar een laatste 'Aanbeveling'? Het ontbindingsprocesrecht nader ingevuld', in: E. Lutjens (red.), *'De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht'*, Amsterdam: VU uitgevers 2006, p. 283-284; A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen, M.V. Polak, *'Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering'*, Deventer: Kluwer 2005, p. 523. Zie ook *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, artikel 284 Rv, aant. 5, Deventer: Kluwer (losbl).

26 *Kamerstukken II* 1999/00, 26855, nr. 3, p. 158.

27 HR 18 juni 2004, *JAR* 2004/168.

28 Vgl. E. T. Visser, 'Een gewichtige reden om te bewijzen', *ArbeidsRecht* 2004, 68.

29 *Kamerstukken II 1999/00, 26855, nr. 3, p. 158.*

30 HR 3 december 1982, *NJ* 1983, 182.

31 Zie HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 205; HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 302; HR 18 juni 2004, *JAR* 2004/168.

32 Vgl. E. T. Visser, 'Een gewichtige reden om te bewijzen', *ArbeidsRecht* 2004, 68.

33 Reeds tijdens de parlementaire behandeling kwam er, wellicht onbewust, een contentieus element in de ontbindingsprocedure. Ook 'dringende redenen' kunnen leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst (A.E. Bles, '*De Wet op de arbeidsovereenkomst IV*', 's-Gravenhage: Belinfante 1909, p. 264). Verwijtbaarheid van één der partijen ging een rol spelen en maakte daarmee ontbinding ook mogelijk in geval van een rechtsstrijd. In 1953 is bovendien de reikwijdte van de ontbindingsprocedure nog verder opgerekt. Onder 'verandering in de omstandigheden' vallen ook omstandigheden die verwijtbaar aan één van de partijen kunnen worden toegerekend. Deze verwijtbaarheid speelt een rol bij de vaststelling van de hoogte van de ontbindingsvergoeding, welke mogelijkheid tegelijkertijd werd ingevoerd (Wet van 17 december 1953, *Stb* 1953, 619). Daarmee werd alweer een contentieus element in de ontbindingsprocedure ingevoerd. Vgl. L.H. van den Heuvel, '*De redelijkheidstoetsing van ontslagen*', Deventer: Kluwer 1983, p. 115-118; S.W. Kuip, '*Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden*', Deventer: Kluwer 1993, p. 206-209; B. de Vries, 'Uitzondering of (hoofd)regel? De uitsluiting van hoger beroep en cassatie ex artikel 7:685 BW en de derde fase van de herziening burgerlijk procesrecht', *AA* 1999, 7/8, p. 516; F.J.H. Hovens, '*Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken*', Kluwer: Deventer 2005, p. 52.

34 F.J.H. Hovens, '*Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het civiele hoger beroep in burgerlijke zaken*', Deventer: Kluwer 2005, p. 52.

35 L.H. van den Heuvel, 'Drie weeffouten', in: L.H. van den Heuvel, J.H.M. Petri, C.G. Scholtens, '*Waarheen met artikel 1639w BW?*', Deventer: Kluwer 1989, p. 2.

36 A.E. Bles, '*De Wet op de arbeidsovereenkomst IV*', 's-Gravenhage 1909, p. 257. Vgl. M.G. Levenbach, '*Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*', Alphen aan den Rijn: N. Samson N.V. 1954, p. 83; M. Heemskerk, 'De ontbindingsprocedure is aan herziening toe', *Arbeid Integraal* 2002, 6, p. 217.

37 A.E. Bles, '*De Wet op de arbeidsovereenkomst IV*', 's-Gravenhage 1909, p. 257. Vgl. F.J.H. Hovens, '*Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken*', Deventer: Kluwer 2005, p. 51.

38 Vgl. L.H. van den Heuvel, 'Artikel 7A:1639w BW kan worden afgeschaft', in

‘*Sociaal recht: de grenzen verkend*’, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 157.

39 Vgl. conclusie A-G Huydecoper bij HR 9 juli 2010, *JAR* 2010/198.

40 *Kamerstukken II* 1999/00, 26855, nr. 3, p. 158.

41 Vgl. C.M.H. Kroeks, ‘Bewijsrecht in ontbindingsprocedures’, *ArbeidsRecht* 2000, 21.

42 H. van der Meer, ‘Naar een laatste ‘Aanbeveling’? Het ontbindingsprocesrecht nader ingevuld’, in: E. Lutjens (red.), ‘*De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*’, Amsterdam: VU uitgevers 2006, p. 284.

43 HR 22 november 1996, *RvdW* 1996, 230.

44 HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 302.

45 Zie bijv. Ktr. Amsterdam 19 maart 2010, *RAR* 2010/118; Ktr. Zwolle 6 april 2005, *LJN* AT3565; Ktr. Utrecht 21 december 2001, *JAR* 2002/138; Rb. Amsterdam 6 maart 2001, *JAR* 2001/76.

46 Vgl. H. van der Meer, ‘Naar een laatste ‘Aanbeveling’? Het ontbindingsprocesrecht nader ingevuld’, in: E. Lutjens (red.), ‘*De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*’, Amsterdam: VU uitgevers 2006, p. 284.

47 Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk, ‘*Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*’, Deventer: Kluwer 2011, p. 82.

48 De hierna door mij genoemde gezichtspunten zijn niet limitatief bedoeld.

49 HR 21 maart 2003, *JAR* 2003/91 (Van der Gulik/Vissers&Partners).

50 Vgl. Ktr. Amsterdam 19 maart 2010, *RAR* 2010/118.

51 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 694.

52 Dit lijkt ook reeds de opvatting van de Staatscommissie bij de herziening van het nieuwe bewijsrecht in 1988. De commissie merkt in de memorie van toelichting bij haar voorontwerp op dat niet valt in te zien waarom de rechter, ook in oneigenlijke rechtspraak, niet steeds rekening zou moeten houden met principiële bepalingen als die van art. 176 lid 2 (thans art. 149 lid 2 Rv: feiten van algemene bekendheid hoeven geen bewijs), 178 (thans art. 151 Rv: dwingend bewijs), 179 (thans art. 152 Rv: alle middelen en vrije waardering), 183 (thans art. 156 Rv: akten), 186 (thans art. 161 Rv: dwingend bewijs strafvonnis), 188 (thans art. 165 Rv: getuigplicht). G.R. Rutgers, R.C.J. Flach, G.J. Boon, ‘*Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*’, Deventer: Kluwer 1988, p. 119.

53 Zie bijv. C.J. Loonstra, W.A. Zondag, ‘*Arbeidsrechtelijke themata*’, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 450; B.D. Hengstmengel, A.C.

Mahabiersing, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens 'verzuim van essentiële vormen', *TAP* 2009, 6, p. 234; H. van der Meer, 'Naar een laatste 'Aanbeveling'? Het ontbindingsprocesrecht nader ingevuld', in: E. Lutjens (red.), *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, Amsterdam: VU uitgevers 2006, p. 282.

54 Zie bijv. Ktr. Breda 5 augustus 2010, *JAR* 2010/220, ro. 3.9; Ktr. Arnhem 25 juni 2008, *JAR* 2008/230; Ktr. Zutphen 21 juni 2001, *JAR* 2001/152, ro. 3.1.

55 H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplecht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 64-65; H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 210; C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 12-13; I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 11.

56 H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplecht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 64-65; C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 12-13.

57 Vgl. I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 11. Giesen noemt dit de bewijswaarderingsmaatstaf. Zie ook Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 21.

58 Vgl. Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 306.

59 C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht*, Kluwer: Deventer 2003, p. 26. Deze waarderingsvrijheid vloeit voort uit art. 152 lid 2 Rv en geldt mijns inziens ook onverkort in de ontbindingsprocedure.

60 C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 15.

61 Vgl. ook art. 13 Wet Algemene bepalingen en de artikelen 23, 24 en 25 Rv.

62 W.H.D. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 56.

63 W.H.D. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 42. Vgl. ook Y. E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 23.

64 Het feit dat een bepaalde partij gemakkelijker in staat is bewijs van bepaalde feiten te leveren, doet aan de snelheid van een ontbindingsprocedure niet af. Beide partijen hebben een vaste termijn voor de bewijsvoering. Blijkt vervolgens bij de bewijswaardering door de rechter dat een bepaald feit na de bewijsvoering niet is komen vast te staan, dan beslist de rechter op basis van de

bewijsrisicoverdeling wie in dat geval de procedure verliest. Het rekening houden met welke partij het gemakkelijkst in staat is bewijs te leveren ziet derhalve vooral op de redelijkheid en billijkheid van de bewijslastverdeling, en niet op de benodigde tijd voor het leveren ervan. De redelijkheid en billijkheid kunnen ingevolge art. 150 Rv tot een andere verdeling van de bewijslast leiden.

65 HR 18 juni 2004, *JAR* 2004/168; Hof 's-Gravenhage 3 november 2009, *JIN* 2010/ 242; Hof 's-Gravenhage 21 oktober 2009, *JAR* 2010/15; Ktr. Haarlem 16 maart 2011, *RAR* 2011/83; Ktr. Amsterdam 16 april 2004, *JAR* 2004/121; Ktr. Middelburg 16 oktober 2003, *JAR* 2004/142. Alle voornoemde zaken brengen de uitsluiting van het wettelijk bewijsrecht, wanneer de aard van de ontbindingsprocedure zich daartegen verzet, slechts in verband met de regels over het getuigenverhoor en/of het deskundigenbericht.

66 Aannemelijk maken is voldoende in het kader van een ontbindingsprocedure. Zie bijv. Ktr. Breda 5 augustus 2010, *JAR* 2010/220, ro. 3.9; Ktr. Arnhem 25 juni 2008, *JAR* 2008/230; Ktr. Zutphen 21 juni 2001, *JAR* 2001/152, ro. 3.1.

67 H.J.W. Alt, *'Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 233. Vgl. ook M.L. Hendrikse, A.W. Jongbloed, *'Burgerlijk procesrecht praktisch belicht'*, Deventer: Kluwer 2007, p. 240.

68 H.J.W. Alt, *'Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 233.

69 P.A. Stein, A.S. Rueb, *'Compendium van het Burgerlijk procesrecht'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 132; H.L.G. Wieten, *'Bewijs'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 7-8.

70 HR 15 maart 1968, *NJ* 1968, 228. Vgl. ook HR 21 juni 1963, *NJ* 1963, 486.

71 HR 12 december 1975, *NJ* 1976, 495.

72 HR 29 januari 1943, *NJ* 1943, 198. Vgl. ook HR 16 februari 1962, *NJ* 1962, 142; HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 176; HR 31 januari 1975, *NJ* 1976, 146; HR 21 april 1978, *NJ* 1979, 194; HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 659; HR 2 oktober 1998, *RvdW* 1998, 171. Zie ook W. Schenk, *'Het kort geding'*, Deventer: Kluwer 1984, p. 86.

73 HR 1 juni 2007, *NJ* 2007, 309. Vgl. ook HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 491; HR 4 september 2009, *NJ* 2009, 564.

74 Overigens lijkt ook de wet minder ruimte te geven voor het overeenkomstig toepassen van bepaalde bewijsregels in de kort-gedingprocedure dan in de ontbindingsprocedure. Het oorspronkelijke wetsontwerp van art. 182 lid 1 (oud) Rv verklaarde een aantal bepalingen van formeel bewijsrecht van toepassing op kort-geding- en verzoekschriftprocedures. Bij amendement zijn echter de woorden 'in kort geding' uit art. 182 lid 1 (oud) geschrapt, omdat men vreesde

voor verlies van het efficiënte en effectieve functioneren van het kort geding. (G.R. Rutgers, R.C.J. Flach, G.J. Boon, *'Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken'*, Deventer: Kluwer 1988, p. 129-132). De wetswijziging uit 2002, waardoor art. 78 lid 1 Rv alle bepalingen uit de tweede titel van toepassing verklaart op dagvaardingsprocedures, voor zover daarop niet een andere bijzondere wettelijke regeling van toepassing is, is gezien het voorgaande opmerkelijk. Nu de kort-gedingprocedure, een dagvaardingsprocedure, geen afwijkende bepaling kent met betrekking tot het bewijsrecht, zijn naar de letter de bewijsregels uit die titel van toepassing (vgl. F.J. Fernhout, *'Procesrecht in kort geding'*, *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2010, 4, p. 109). Aannemelijk is dat dit een slordigheid van de wetgever betreft. De parlementaire geschiedenis rept namelijk met geen woord over een wijziging van het bewijsrechtelijk regime voor het kort geding (*Kamerstukken II* 1999/00, nr. 26855, nr. 3, p. 84). Wanneer de wetgever anno 2002 lijnrecht heeft willen ingaan tegen de opvatting van de wetgever uit 1988 en de jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent de toepasselijkheid van het bewijsrecht in kort geding, mag aangenomen worden dat de wetsgeschiedenis hieraan expliciet aandacht zou hebben besteed.

75 Vgl. P.A. Stein, A.S. Rueb, *'Compendium van het Burgerlijk procesrecht'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 132; J.H. Blaauw, *'Het kort geding. Algemeen deel'*, Deventer: Kluwer 2002, p. 152; H.W.B. Thoe Schwartzenberg, *'Civiel bewijsrecht voor de rechtspraktijk'*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu Uitgevers 2008, p. 11 en 169; A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen, M.V. Polak, *'Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering'*, Deventer: Kluwer 2005, p. 312; W.H.D. Asser, *'Bewijslastverdeling'*, Deventer: Kluwer 2004, p. 61-62; T.R. Hidma, G.R. Rutgers, *'Bewijs'*, Deventer: Kluwer 2004, p. 80; W. Schenk, *'Het kort geding'*, Deventer: Kluwer 1984, p. 86.

76 HR 29 januari 1943, *NJ* 1943, 198. Vgl. ook Rb. Dordrecht 16 september 1959, *NJ* 1959, 643.

77 *Kamerstukken II* 1981, 10377, nr. 7, p. 11.

78 Vgl. G.R. Rutgers, R.C.J. Flach, G.J. Boon, *'Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken'*, Deventer: Kluwer 1988, p. 119; *Kamerstukken II* 1981, 10377, nr. 7, p. 11.

79 X.E. Kramer, *'Het kort geding in internationaal perspectief'*, Deventer: Kluwer 2001, p. 19.

80 H.L.G. Wieten, *'Bewijs'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 7-8.

81 HR 21 april 1978, *NJ* 1979, 194. Zie ook *Kamerstukken II* 1981, 10377, nr. 7, p. 12: 'De rechter in kort geding dient de vrijheid te behouden om al naar gelang de omstandigheden af te zien van nadere bewijsvoering en de gevraagde voorziening te weigeren.' Vgl. ook HR 8 januari 1965, *NJ* 1965, 162; HR 2 december 1983, *NJ* 1984, 369; HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 659. Vgl. ook HR 8 januari 1965, *NJ* 1965, 162; HR 2 december 1983, *NJ* 1984, 369.

82 Zoals blijkt uit § 2.2 wordt de uitsluiting van het wettelijk bewijsrecht in de ontbindingsprocedure niet meer in verband gebracht met de opvatting van de wetgever anno 1907 dat het in de ontbindingsprocedure niet gaat om een beslissing van een rechtsstrijd, maar om de vaststelling van een billijke regeling door een onpartijdige rechter.

83 Overigens wordt in de literatuur ook voor wat betreft het kort geding gebondenheid aan bepaalde bewijsregels bepleit, omdat de aard van het kort geding zich niet tegen toepassing daarvan zou verzetten. Zo meent Giesen dat noch de aard van het kort geding, noch het feit dat een belangenafweging vereist is, noch het feit dat aannemelijkheid van een stelling voldoende is, meebrengen de regels van bewijslastverdeling niet toe te passen. I. Giesen, 'Het kort geding en de regels van bewijslastverdeling', *NJB* 1998, 36, p. 1635. In gelijke zin de noot van Haardt onder HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 176. Tot op heden houdt de Hoge Raad echter onverkort vast aan het algemene uitgangspunt – daarop geen uitzondering toegelaten – dat de kort geding rechter niet gebonden is aan de wettelijke regels van het bewijsrecht.

84 Zie bijv. M. Kuijer, S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001, 2, p. 54-55; F.J.H. Hovens, '*Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken*', Deventer: Kluwer 2005, p. 53. H.J.W. Alt, '*Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht*', Deventer: Kluwer 2009, p. 236-237; B.D. Hengstmengel, A.C. Mahabiersing, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens 'verzuim van essentiële vormen'', *TAP* 2009, 6, p. 234; L.G. Verburg, 'Het Nederlands ontslagrecht en artikel 6 EVRM', *AA* 2011, 4, p. 288. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2011/12, 33 075, nr. 3, p. 5.

85 F. Logghe, 'Over de 'eerlijke behandeling' volgens artikel 6 van het EVRM', *jura falconis*, 1996/97, 2, p. 282. Vgl. ook P. Smits, '*Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*', Deventer: Kluwer 2008, p. 124 en 131.

86 Zie bijv. EHRM 27 oktober 1993, nr. 14448/88, § 33 (*Dombo v. The Netherlands*); EHRM 27 maart 2008, nr. 34499/06, § 19 (*Peric v. Croatia*); EHRM 5 februari 2009, nr. 22330/05, § 78 (*Olujic v. Croatia*); EHRM 23 oktober 1996, nr. 17748/91, § 38 (*Ankerl v. Switzerland*).

87 Vgl. M. Kuijer, S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001, 2, p. 55.

88 V.C.A. Lindijer, '*De goede procesorde: een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht*', Deventer: Kluwer 2006, p. 171.

89 EHRM 27 oktober 1993, nr. 14448/88 (*Dombo v. The Netherlands*).

90 HRM 27 maart 2008, nr. 34499/06 (*Peric v. Croatia*); EHRM 5 februari 2009, nr. 22330/05, § 78 (*Olujic v. Croatia*).

91 P. Smits, *‘Artikel 6 EVRM en de civiele procedure’*, Deventer: Kluwer 2008, p. 132.

92 EHRM 18 maart 1997, nr. 21497/93, § 34 (Mantovanelli v. France).

93 P. Smits, *‘Artikel 6 EVRM en de civiele procedure’*, Deventer: Kluwer 2008, p. 132-133.

94 P. Smits, *‘Artikel 6 EVRM en de civiele procedure’*, Deventer: Kluwer 2008, p. 134.

95 EHRM 19 april 1994, nr. 16034/90, § 59 (The Hurk v. the Netherlands)

96 EHRM 12 juli 1988, nr. 10862/84, § 45-46 (Schenk v. Switzerland); EHRM 21 januari 1999, nr. 30544/96, § 28 (Garcia Ruiz v. Spain).

97 Idem.

98 P. Smits, *‘Artikel 6 EVRM en de civiele procedure’*, Deventer: Kluwer 2008, p. 138.

99 M. Kuijer, S.F. Sagel, ‘Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM’, *SR* 2001, 2, p. 55.

100 Vgl. M. Kuijer, S.F. Sagel, ‘Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM’, *SR* 2001, 2, p. 55.

101 Overigens kan in een dergelijk geval ook gezegd worden dat een procespartij die haar stellingen alleen door middel van getuigenbewijs kan bewijzen en daartoe niet in de gelegenheid wordt gesteld, geen *redelijke* mogelijkheid heeft gekregen om haar stellingen te bewijzen. Vgl. M. Kuijer, S.F. Sagel, ‘Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM’, *SR* 2001, 2, p. 55.

102 Hier geldt echter wel een beoordelingsmarge voor de rechter. Een bewijsaanbod mag afgewezen worden omdat het overbodig is of niet relevant kan zijn voor de beslechting van het geschil. Deze afwijzing mag echter niet arbitrair zijn. Vgl. EHRM 27 maart 2008, nr. 34499/06 (Peric v. Croatia); EHRM 5 februari 2009, nr. 22330/05 (Olujic v. Croatia). Zie ook P. Smits, *‘Artikel 6 EVRM en de civiele procedure’*, Deventer: Kluwer 2008, p. 132-133.

103 H. van der Meer, ‘Naar een laatste ‘Aanbeveling’? Het ontbindingsprocesrecht nader ingevuld’, in: E. Lutjens (red.), *‘De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht’*, Amsterdam: VU uitgevers 2006, p. 290.

104 Tenzij het bewijsaanbod overbodig is of niet relevant kan zijn voor de beslechting van het geschil.

105 Zie hiervoor de volgende paragraaf.

106 Vgl. M. Kuijer, S.F. Sagel, ‘Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM’, *SR* 2001, 2, p. 55.

107 HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 302.

108 M. Kuijer, S.F. Sagel, ‘Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM’, *SR* 2001, 2, p. 55. Hovens en Alt sluiten zich bij deze opvatting aan. F.J.H. Hovens, ‘*Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken*’, Deventer: Kluwer 2005, p. 53; H.J.W. Alt, ‘*Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht*’, Deventer: Kluwer 2009, p. 236-237. In gelijke zin ook B.D. Hengstmengel, A.C. Mahabiersing, ‘Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens ‘verzuim van essentiële vormen’, *TAP* 2009, 6, p. 234.

109 Zie § 2.2. Bovendien overwoog de Hoge Raad in de beschikking Kuiper/ING dat het oordeel van de rechtbank dat de aard van de *onderhavige* ontbindingsprocedure zich niet leent voor (getuigen)bewijs of een deskundigenonderzoek *geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting* geeft, en dus niet zoals Kuijer en Sagel doen geloven in algemene zin dat de aard van de ontbindingsprocedure zich niet leent voor (getuigen)bewijs.

110 HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 205.

111 Vgl. V.C.A. Lindijer, ‘*De goede procesorde: een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde*’, Deventer: Kluwer 2006, p. 376.

112 De werkgever had ook geen bewijs door middel van het horen van getuigen geleverd.

113 Het erkennen van het beginsel van ‘equality of arms’ als grond voor doorbreking kan bovendien afgeleid worden uit het arrest van de Hoge Raad van 16 maart 2007, *JOL* 2007, 194. De Hoge Raad overwoog in die zaak dat als grond voor cassatie, naast de in art. 80 RO genoemde gronden, ook moet worden aanvaard dat een *zo fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, zoals het geval is bij het niet inachtnemen van het contradictoire beginsel, waartoe behoort hoor en wederhoor, en het recht op gelijke behandeling (equality of arms)*. Zie voor de feitelijke context van dit arrest het eerste luik van dit artikel: ‘Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure. Deel 1: het rechtsmiddelenverbod’ verschenen in Academie voor Arbeidsrecht (www.arbac.nl). Vgl. ook conclusie A-G Rank-Berenschot bij HR 11 juni 2010, *JAR* 2010/183. De A-G merkt in het kader van een klacht over verzuim van essentiële vormen op dat leidende gedacht is dat partijen gelijke kansen voor het aannemelijk maken van hun standpunt moeten hebben gehad en ook overigens een gelijkwaardige behandeling moeten hebben gekregen.

114 Hof ’s-Gravenhage 21 oktober 2009, *JAR* 2010/15.

115 Vgl. noot D.B. Hengstmengel bij Hof 's-Gravenhage 3 november 2009, *JIN* 2010/242.

116 S. Prechal, L. Hancher, *'Europees bewijsrecht: een verkenning'*, Deventer: Kluwer 2001, p. 3.

117 Bijv. art. 15 Richtlijn verkoop op afstand financiële diensten; art. 5 Richtlijn consumentenkoop; art. 7 Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame; art. 12 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken; art. 4 Richtlijn productaansprakelijkheid; art. 5 Richtlijn oneerlijke bedingen; art. 4 Bewijslastrichtlijn. Vgl. H.B. Krans, *'Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht'*, Deventer: Kluwer 2010, p. 45.

118 A.G. Castermans en A.B. Terlouw, 'Bewijs van discriminatie', in A.S. Hartkamp, *'De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht'*, Deventer: Kluwer 2007, p. 205-208; H.J.W. Alt, *'Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 239; H.B. Krans, *'Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht'*, Deventer: Kluwer 2010, p. 68.

119 HvJ EG 31 maart 1981, nr. 96/80, *Jur.* 1981, p. 911 (J.P. Jenkins v. Kingsgate); HvJ EG 13 mei 1986, nr. 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607 (Bilka Kaufhaus v. Karin Weber); HvJ EG 17 oktober 1989, nr. 109/88, *Jur.* 1989, p. 3199 (Forbund I Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening). Vgl. C. Bosse, *'Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht'*, Deventer: Kluwer 2003, p. 111-117.

120 HvJ EG 27 oktober 1993, nr. C-127/92, *Jur. I* 1993, p. 5535 (Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for health).

121 Richtlijn nr. 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht, *PbEG* 1998, L 14/6.

122 Richtlijn nr. 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303/16.

123 Richtlijn nr. 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PbEG* 2000, L 180/22.

124 Naast de Bewijslastrichtlijn zijn opgenomen: Richtlijn nr. 86/378/EEG van de Raad van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *PbEG* 225/40/86; Richtlijn nr. 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, *PbEG* 1975, L 19/02; Richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de

tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* 1976, L 39/19.

125 Richtlijn nr. 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), *PbEG* 2006, L 204/23.

126 A.G. Castermans, A.B. Terlouw, 'Werving en selectie/gelijke behandeling', in: C.J. Loonstra, W.A. Zondag, *'SDU Commentaar Arbeidsrecht'*, Den Haag: SDU (losbl.).

127 HvJ EG 10 maart 2005, nr. C-196/02, *Jur. I*, 2005, p.1789, *NJ* 2005, 560 (Nikoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados).

128 Zie A.G. Castermans, A.B. Terlouw, 'Bewijs van discriminatie', in A.S. Hartkamp, *'De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht'*, p. 205-208; H.J.W. Alt, *'Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 239; H.B. Krans, *'Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht'*, Deventer: Kluwer 2010, p. 68.

129 De bepalingen inzake de bewijslast in gelijke behandelingszaken zijn te beschouwen als bijzondere regels van bewijslastverdeling waar art. 150 Rv naar verwijst. Vgl. W.H.D. Asser, *'Bewijslastverdeling'*, Deventer: Kluwer 2004, p. 73; A.G. Castermans, 'Rechtsvorderingen bij discriminatie' in: J.H. Gerards, P.J.J. Zoontjes, *'Gelijke behandeling: oordelen en commentaar'*, Nijmegen: Wolf legal publishers 2009, p. 258.

130 Nog afgezien van het feit dat de kantonrechter de speciale bewijslastregel bij discriminatie moet toepassen omdat dit uit 'hoger' EU-recht voortvloeit.

131 In de gangbare literatuur gaat men er vanuit dat een vermoeden geen bewijsmiddel is in de eigenlijke zin van het woord, maar een gevolgtrekking uit bewezen hulpfeiten. Zie W.D.H. Asser, *'Bewijslastverdeling'*, Deventer: Kluwer 2004, p. 87; I. Giesen, *'Bewijs en aansprakelijkheid'*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 68; T.R. Hidma, G.R. Rutgers, *'Bewijs'*, Deventer: Kluwer 2004, p. 38.

132 C. Bosse, *'Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht'*, Deventer: Kluwer 2003, p. 124.

133 Behalve de hierna te bespreken beschikking van Ktr. Amsterdam 6 januari 2010, *JAR* 2010/42.

134 Blijkt er in een incidenteel geval evenwel ten onrechte geen toepassing te worden gegeven aan de bijzondere bewijslastverdeling uit de gelijkebehandelingswetgeving, dan behoort mijns inziens een actie tot

schadevergoeding uit onrechtmatige rechtspraak tot de mogelijkheden op grond van het Köbler-arrest (HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, *NJ* 2004, 160). De rechter die de bijzondere bewijslastverdeling uit de gelijkebehandelingswetgeving miskent handelt mijns inziens evident in strijd met het Europese recht. Zie hiervoor meer uitgebreid het eerste luik van dit artikel: 'Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure. Deel 1: het rechtsmiddelenverbod', verschenen in Academie voor Arbeidsrecht (www.arbac.nl).

135 Ktr. Amsterdam 6 januari 2010, *JAR* 2010/42.

136 Wellicht doelen de voornoemde auteurs ook op dit aspect. Dit valt echter niet duidelijk op te maken uit hun bijdrage. Zij melden alleen dat het niet onverkort van toepassing zijn van het wettelijk bewijsrecht in de ontbindingsprocedure ertoe kan leiden dat de bijzondere bewijslastverdeling uit de gelijke behandelingswetten niet wordt toegepast door de kantonrechter. Onder het wettelijk bewijsrecht vallen zowel de regels over bewijslastverdeling als ook de regels over bewijslevering. Overigens lijken Castermans en Terlouw (ook) het aspect van de bewijslevering in de ontbindingsprocedure op het oog te hebben in het kader van het betoog dat de ontbindingsprocedure op gespannen voet staat met het recht van de Europese Unie, daar zij melden dat wanneer de kantonrechter de zaak zou afdoen met de stelling dat een ontbindingsprocedure zich in de regel niet leent voor uitvoerige bewijsvoering, hij de werknemer een doeltreffend middel onthoudt om zich tegen discriminatie te verweren. A.G. Castermans, A.B. Terlouw, 'Bewijs van discriminatie', in A.S. Hartkamp, *'De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht'*, p. 208.

137 Zie § 2.2.

138 Hof van Justitie 21 juli 2011, zaak C-104/10 (*Kelly v. National University of Ireland*).

139 Vgl. HvJ 28 april 2011, zaak C-61/11 PPU (*El Dridi*).

140 In de door mij onderzochte ontbindingsjurisprudentie heb ik in ieder geval geen beschikkingen aangetroffen die de klacht over vermeende discriminatie helemaal niet beoordelen en afdoen met de overweging dat een dergelijke klacht niet op juistheid kan worden onderzocht omdat de ontbindingsprocedure zich niet leent voor bewijslevering. Zie bijv. Ktr. Leiden 2 november 2011, *JAR* 2011/305; Ktr. Zwolle 20 april 2011, *JAR* 2011/145; Ktr. Harderwijk 16 december 2009, *JAR* 2010/114; Ktr. 's-Hertogenbosch 13 juli 2009, *JAR* 2009/209; Ktr. Amsterdam 18 december 2008, *JAR* 2009/43; Ktr. Amsterdam 14 juni 2004, *JAR* 2004/262; Ktr. Schiedam 14 december 1999, *JAR* 2000/180; Ktr. Lelystad 17 oktober 2006, *JAR* 2006/292. Moeite heb ik evenwel met de beschikking van de kantonrechter te Groningen van 31 maart 2008, *JAR* 2008/118. In die procedure verweet de werknemer de werkgever dat haar leidinggevende seksueel intimiderende uitlatingen had gemaakt aan haar adres. De werknemer werd in deze procedure echter geen mogelijkheid geboden tot bewijs van dat verwijt door middel van getuigenverhoren. De aard van de onderhavige procedure verzette zich daartegen. Gelet op het grote aantal

verklaringen dat over en weer in het geding is gebracht, en het grote aantal getuigen dat dus zou moeten worden gehoord, zou dit een te grote vertraging van dit geding opleveren, aldus de kantonrechter. Dit bracht mee dat in de procedure moest worden volstaan met de in het geding gebrachte verklaringen, die elkaar over en weer op vele punten tegenspraken, hetgeen uiteindelijk tot het oordeel van de kantonrechter leidde dat de beweerdelijk seksueel intimiderende uitlatingen door de leidinggevende jegens de werknemer niet waren komen vast te staan. Daarvoor was onvoldoende bewijs aangedragen.

141 Wordt hoger beroep niet toegelaten, dan behoort mijns inziens een actie tot schadevergoeding uit onrechtmatige rechtspraak tot de mogelijkheden op grond van het Köbler-arrest (HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, *NJ* 2004, 160). De rechter die een partij niet in staat stelt om het vermoeden van discriminatie door middel van bewijslevering te vestigen, handelt evident in strijd met het Europese recht.

142 Als ook art. 10 lid 1 van de Kaderrichtlijn en art. 8 lid 1 van de Rasrichtlijn.

143 Overigens onderken ik dat het lastig is het precieze verschil te duiden tussen het aannemelijk maken van bepaalde feiten of het bewijzen van bepaalde feiten. Bewijzen wordt in de gangbare definitie opgevat als het verschaffen van een redelijke mate van zekerheid aan de rechter omtrent het bestaan van bepaalde feiten. Zie C. Bosse, *'Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht'*, Deventer: Kluwer 2003, p. 12; I. Giesen, *'Bewijs en aansprakelijkheid'*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 11; H.J.W. Alt, *'Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 65; W.H.D. Asser, *'Bewijslastverdeling'*, Deventer: Kluwer 2004, p. 31; H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer, *'Nederlands burgerlijk procesrecht'*, Deventer: Kluwer 2007, p. 209; T.R. Hidma, G.R. Rutgers, *'Bewijs'*, Deventer: Kluwer 2004, p. 7. Wanneer die redelijke mate van zekerheid bereikt is, is eigenlijk nauwelijks nader aan te geven. Vgl. I. Giesen, *'Bewijs en aansprakelijkheid'*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 11. Het aannemelijk maken van een bepaald feit wordt door alle voornoemde auteurs gezien als een lichter vorm van bewijs dan bewijzen. In die gevallen mag met een mindere mate van zekerheid genoegen worden genomen. Ook hier geldt dat nauwelijks aan te geven valt wanneer een feit 'aannemelijk is'. Vgl. I. Giesen, *'Bewijs en aansprakelijkheid'*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 11. Het gaat vooral om de subjectieve beleving in het hoofd van de rechter. Overigens wordt het verschil tussen bewijzen en aannemelijk maken niet altijd gevoeld. Zie F.G. Scheltema, *'Nederlandsch Burgerlijk Bewijsrecht'*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1940, p. 81, die stelt dat aannemelijk maken in het bewijsrecht hetzelfde is als bewijzen. Vgl. ook W.H.D. Asser, *'Bewijslastverdeling'*, Deventer: Kluwer 2004, p. 34, noot 8.

144 Zie § 2.2. Overigens is vaak onduidelijk welke regels de kantonrechter precies toepast in geval van vermeende discriminatie. Uit de bewoordingen van de uitspraak blijkt vaak niet of de kantonrechter met een aannemelijkheid werkt of met een zwaardere vorm hiervan. Vgl. voetnoot 154.

145 Op nationaal niveau lijkt de discussie zich met name te concentreren op de vraag of de term ‘bewijzen’ in de geïmplementeerde bepalingen ter uitvoering van de Bewijsrichtlijn moet worden uitgelegd als een volledige omkering van de bewijslast, of dat er gewerkt wordt met een vermoeden dat door het leveren van tegenbewijs kan worden ontzenuwd. Zie voor deze discussie H.J.W. Alt, *‘Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht’*, Deventer: Kluwer 2009, p. 123; A.G. Castermans, ‘Bewijs van discriminatie’, in A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, *‘De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht’*, Deventer: Kluwer 2007, p. 202-203; J.E. Bonneur, ‘Bewijs in gelijkloonzaken’, *Trema* 2007, 9, p. 377; A.C. Hendriks, *‘Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte’*, Deventer: Kluwer 2003, p. 86; *Kamerstukken II* 1999/00, 27 026, nr. 5, p. 10. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2005/06, 30 237, nr. 6, p. 6 en 9; P.A. Charbon, ‘Verschuiving bewijslast bij seksuele intimidatie’, *ArbeidsRecht* 2007, 8.

146 Aannemelijk maken is immers ook een vorm van bewijzen. I. Giesen, *‘Bewijs en aansprakelijkheid’*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 11, noot 51.

147 Het Hof van Justitie heeft wel een aantal malen gesproken over het aantonen door de werkgever dat het beginsel van gelijke behandeling niet is geschonden. Zie bijv. HvJEG 10 juli 2008, zaak C-54/07 (Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn); HvJEG 10 maart 2005, zaak C-196/02 (Nicoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados). Deze term ‘aantonen’ geeft echter geen duidelijkheid over de mate van bewijs nodig voor het slagen van de ontkenning van discriminatie. Immers, men kan zowel een feit aantonen door het aannemelijk te maken als door het te bewijzen.

148 In navolging van het arrest *Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for health*. (EHRM 27 oktober 1993, zaak C-127/92).

149 C. Bosse, *‘Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht’*, Deventer: Kluwer 2003, p. 124.

150 C. Bosse, *‘Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht’*, Deventer: Kluwer 2003, p. 125.

151 HvJEG 26 juni 2001, C-381/99, ro. 69 (Brunnhöfer); HvJEG 10 juli 2008, C-54/07 (Feryn).

152 H.J.W. Alt, *‘Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht’*, Deventer: Kluwer 2009, p. 126.

153 Overigens is in de door mij onderzochte ontbindingsbeschikkingen waarin vermeende discriminatie aan de orde kwam niet duidelijk of de kantonrechter inderdaad een aannemelijk maken van geen discriminatie door de gedaagde hanteerde. De kantonrechter gebruikt termen als ‘het vermoeden van onderscheid is niet weerlegd’ (Ktr. Amsterdam 6 januari 2010, *JAR* 2010/42), ‘het verweer dat geen discriminatie heeft plaatsgevonden wordt verworpen’ (Ktr.

Harderwijk 16 december 2009, *JAR* 2010/114), ‘er is geen sprake van verboden discriminatie’ (Ktr. Amsterdam 18 december 2008, *JAR* 2009/43 en Ktr. Schiedam 14 december 1999, *JAR* 2000/180), ‘het handelen kan niet worden aangemerkt als discriminatoir handelen’ (Ktr. Lelystad 17 oktober 2006, *JAR* 2006/292 en Ktr. ’s-Hertogenbosch 13 juli 2009, *JAR* 2009/209. Vgl. ook Ktr. Amsterdam 14 juni 2004, *JAR* 2004/262). Nu uit deze uitspraken niet blijkt of de kantonrechter in het kader van het door de verweerder te leveren bewijs dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden het lichtere bewijsregime van het ‘aannemelijk maken’ hanteerde, is niet zonder meer duidelijk of deze uitspraken ook inderdaad strijdig zouden zijn met hoger recht indien zou komen vast te staan dat op Europees niveau een zwaarder bewijs regime bedoeld is dan ‘aannemelijk maken’.

154 HvJEG 26 juni 2001, C-381/99, ro. 69.

© Boom Juridische uitgevers

