



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht: naar een eenvormig stelsel?

Alt, H.J.W.

Citation

Alt, H. J. W. (2009, September 15). *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht: naar een eenvormig stelsel?*. *Monografieën Sociaal Recht*. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13979>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13979>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het
civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht

Van deze studie is een handelseditie verschenen bij Kluwer Deventer
onder ISBN 978 90 13 06820 7

**ONGELIJKHEIDSCOMPENSATIE BIJ
STELPLICHT EN BEWIJSLAST IN
HET CIVIELE ARBEIDSRECHT EN
HET AMBTENARENRECHT**

Naar een eenvormig stelsel?

Proefschrift

ter verkrijging van

de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,

op gezag van de Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,

volgens besluit van het College voor Promoties

te verdedigen op dinsdag 15 september 2009 klokke 16.15 uur

door:

Hendrik Jan Wouter Alt

geboren op 13 maart 1964

te Leiden

Promotiecommissie:

Promotor: prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

Overige leden: prof. mr. W.D.H. Asser
prof. mr. A.G. Castermans
mw. mr. dr. Y.E. Schuurmans
prof. mr. L.C.J. Sprengers
prof. mr. E. Verhulp (Universiteit van Amsterdam)

WOORD VOORAF

Het schrijven van een proefschrift kan ik iedereen aanraden. Het biedt een uitgelezen mogelijkheid voor onderzoek naar en reflectie van de instrumenten van de dagelijkse arbeidsrechtpraktijk. Er ontstaat een wisselwerking. Enerzijds wordt het onderzoek gevoed met ideeën uit de praktijk. Anderzijds kan die praktijk in toenemende mate putten uit het inmiddels vergaarde materiaal.

In dat verband ben ik bevoorrecht, niet alleen om van één van mijn hobby's mijn werk te maken, maar ook nog eens om dat te kunnen combineren met het doen van wetenschappelijk onderzoek.

Het onderzoek is afgesloten op 1 februari 2009. Enkele nadien gewezen bijzondere uitspraken heb ik nog verwerkt.

Mijn dank gaat uit naar mijn promotor, prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss, de leden van de promotiecommissie, prof. mr. W.D.H. Asser, prof. mr. E. Verhulp, prof. mr. L.C.J. Sprengers, mw. mr. dr. Y.E. Schuurmans en prof. mr. A.G. Castermans, alsmede naar prof. mr. T. Barkhuysen voor hun waardevolle suggesties. Ik dank tenslotte mw. mr. drs. A.M. Kerkman voor het kritisch doornemen van de tekst en mijn echtgenote, mr. Marthe Alt-van Endt, voor haar support.

INHOUDSOPGAVE

Lijst van gebruikte afkortingen xvii

1	Inleiding en afbakening van het onderwerp	1
1.1	Inleiding	1
1.2	Doel en probleemstelling	4
1.3	Object en wijze van onderzoek	5
1.4	Plan van behandeling	7
1.5	De sleutel van dit onderzoek: ongelijkheidscompensatie	8
1.5.1	Inleiding	8
1.5.2	Ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht	9
1.5.3	Ongelijkheidscompensatie in het ambtenarenrecht	12
1.5.4	Wanneer is er sprake van een te compenseren ongelijkheid in het kader van dit onderzoek?	13
1.5.5	De norm van artikel 6 EVRM	13
1.6	Conclusie hoofdstuk 1	18
2	Bewijslasttheorieën: de grondslag voor een billijke verdeling	21
2.1	Inleiding	21
2.2	De theorie van de bloot-affirmatieven	21
2.3	De subjectiefrechtelijke theorie	22
2.4	De objectiefrechtelijke theorie	23
2.5	De publiekrechtelijke theorie	24
2.6	De procesrechtelijke of billijkheidstheorie: de mening van Anema	25
2.7	De theorie van Giesen	26
2.8	De gematigd objectiefrechtelijke theorie als heersende leer in het burgerlijk procesrecht	27
2.9	De billijkheidstheorie als heersende leer in het bestuursrecht	28
2.10	Voorspelbaarheid versus flexibiliteit	29
2.11	Conclusie hoofdstuk 2	31

INHOUDSOPGAVE

3	Stellen in het burgerlijk procesrecht	33
3.1	Inleiding en definitie	33
3.1.1	Inleiding	33
3.1.2	Definitie stelplicht	33
3.2	Het wettelijke kader van de stelplicht	35
3.2.1	Wettelijk kader algemeen	35
3.2.2	Wettelijk kader betreffende de stelplicht in de dagvaardingsprocedure	36
3.2.3	De comparitie na antwoord in de dagvaardingsprocedure	38
3.2.4	Het bewijsaanbod in de dagvaardingsprocedure	44
3.2.5	Wettelijk kader inzake de stelplicht in de verzoekschriftprocedure	45
3.2.6	Het bewijsaanbod in de verzoekschriftprocedure	46
3.3	De omvang van de stelplicht	46
3.4	Ongelijkheidscompensatie door een bijzondere, uit de wet voortvloeiende stelplicht	48
3.4.1	Inleiding	48
3.4.2	De mededelingsplicht van artikel 21 Rv	49
3.4.3	De substantiëringsplicht	52
3.4.4	Artikel 843a Rv	53
3.4.5	Wettelijke of rechtsvermoedens	53
3.4.6	Conclusie ongelijkheidscompensatie in de stelplicht door de wetgever	54
3.5	Ingrijpen door de rechter	57
3.5.1	Verzwaarde stelplicht; definitie en inhoud	57
3.5.2	Toepassing van de verzwaarde stelplicht door de rechter	58
3.6	Conclusie stelplicht	61
4	Bewijzen in het burgerlijk procesrecht	63
4.1	Inleiding	63
4.2	Definities	64
4.2.1	Wat is bewijzen?	64
4.2.2	Onrechtmatig verkregen bewijs	65
4.3	Voorwerp van bewijs	65
4.4	De uitzonderingen van artikel 150 Rv	67
4.4.1	De eerste uitzondering van art. 150 Rv: tenzij uit enige bijzondere regeling anders voortvloeit: afwijking door de wet of bij jurisprudentie	67

4.4.2	De tweede uitzondering van art. 150 Rv: indien de redelijkheid en billijkheid een andere bewijslastverdeling met zich mee brengen 68
4.5	Een vorm van ongelijkheidscompensatie door de wetgever: wettelijke of rechtsvermoedens 68
4.6	Een vorm van ongelijkheidscompensatie door de rechter: feitelijke of rechterlijke vermoedens 69
4.7	Een toepassing van een feitelijk vermoeden: de omkeringsregel 70
4.8	Tegenbewijs 71
4.9	Conclusie hoofdstuk 4 72
5	Stelplicht en bewijslast per onderwerp in het arbeidsrecht 73
5.1	Inleiding 73
5.1.1	Plan van behandeling. 73
5.2	Aanvang, aard en omvang van de arbeidsovereenkomst 74
5.2.1	Vereisten en kwalificatie van een arbeidsovereenkomst 74
5.2.2	Rechtsvermoedens van de aard van de arbeidsrelatie en de omvang van de arbeidsovereenkomst 77
5.2.3	Het rechtsvermoeden van de aard van de arbeidsrelatie (art. 7:610a BW) 78
5.2.4	Het rechtsvermoeden van de omvang van de arbeidsrelatie (art. 7:610b BW) 80
5.2.5	Tekst en uitvoering van de overeenkomst komen niet overeen 81
5.2.6	Conclusie 84
5.2.7	Het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden 86
5.2.8	Stelplicht en bewijslast in een art. 613-situatie 96
5.2.9	Stelplicht en bewijslast in een niet-613-situatie 97
5.2.10	Conclusie 613- en niet-613-situatie 97
5.3	Loon 99
5.3.1	Inleiding 99
5.3.2	Artikel 7:618 BW: op welk loon heeft de werknemer recht als geen loon is vastgesteld? 99
5.3.3	Artikel 7:627-629b BW: De hoofdregel ‘geen arbeid geen loon’ en de wettelijke uitzonderingen daarop 100

INHOUDSOPGAVE

5.3.4	Stelplicht en bewijslastverdeling ex artikel 7:627: ‘geen arbeid geen loon’	101
5.3.5	Werkgeversrisico	102
5.3.6	Werknemersrisico	108
5.3.7	Artikel 7:629 BW de verhinderingen wegens ziekte, zwangerschap en bevalling	110
5.3.8	Artikel 7:680a BW en matiging van loon	112
5.3.9	Matiging van loon buiten de situatie van artikel 7:680a BW	115
5.3.10	Stelplicht en bewijslast matiging ex artikel 7:680a BW en in overige gevallen	116
5.3.11	Conclusie	119
5.4	Gelijke behandeling	120
5.4.1	Inleiding	120
5.4.2	Verdragen	120
5.4.3	Nationale wetgeving	121
5.4.4	Soorten discriminatie	121
5.4.5	De Bewijsrichtlijn	122
5.4.6	Het nationale recht: de Bewijsrichtlijn geïmplementeerd	123
5.4.7	Het oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling	126
5.4.8	Conclusie stelplicht en bewijslast gelijke behandeling	129
5.5	Werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten	130
5.5.1	Inleiding	130
5.5.2	Het wettelijke systeem van artikel 7:658 BW	130
5.5.3	Definities	132
5.5.4	Inleiding	133
5.5.5	Aanname van het causaal verband: twee fasen	134
5.5.6	De omkeringsregel: een tegemoetkoming bij de aanname van het causaal verband	134
5.5.7	De omkeringsregel ten opzichte van artikel 7:658 BW	136
5.5.8	Stelplicht en bewijslast van een arbeidsongeval	138
5.5.9	Stelplicht en bewijslast van een beroepsziekte	139
5.5.10	De stelplicht en bewijslast van de toedracht: arbeidsongevallen	148
5.5.11	De stelplicht en bewijslast van de toedracht: beroepsziekten	149
5.5.12	Alternatieve causaliteit en proportionele aansprakelijkheid	150

5-5.13	Predispositie en causaal verband: c.s.q.n.-verband of toerekening? 153
5-5.14	Maatstaf bij fysieke en psychische belasting: maatman 156
5-5.15	Verzwaarde stelplicht werkgever bij de eerste trap? 157
5-5.16	Conclusie eerste trap: stelplicht en bewijslast werknemer schade ex artikel 7: 658 BW 163
5-5.17	Inleiding tweede trap (zorgplicht van de werkgever) 164
5-5.18	Stelplicht en bewijslast tweede trap: formeel 165
5-5.19	Stelplicht en bewijslast tweede trap materieel I: onderzoeksplicht werkgever 166
5-5.20	Onderzoeksplicht werkgever strekt zich ook uit tot de persoon van de werknemer 171
5-5.21	Maatstaf bij blootstelling: maatman 173
5-5.22	Stelplicht en bewijslast tweede trap materieel II: maatregelen 174
5-5.23	Conclusie tweede trap 175
5-5.24	Inleiding opzet en bewuste roekeloosheid 176
5-5.25	Definitie opzet en bewuste roekeloosheid 176
5-5.26	Conclusie derde trap 179
5-5.27	Causaal verband revisited? 180
5-5.28	Inleiding 181
5-5.29	Artikel 7:611 BW als aanvulling op artikel 7:658 BW 181
5-5.30	Stelplicht en bewijslast werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:611 BW formeel 186
5-5.31	Stelplicht en bewijslast werkgeversaansprakelijkheid ex 7:611 BW materieel 186
5-5.32	Naar een vereenvoudigde werkgeversaansprakelijkheid? 188
5-5.33	Conclusie werkgeversaansprakelijkheid 192
5.6	Einde van de arbeidsovereenkomst 198
5.6.1	Inleiding en wettelijk kader 198
5.6.2	Stelplicht en bewijslast van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 203
5.6.3	Inleiding en wettelijk kader 205
5.6.4	Stelplicht en bewijslast opzegging door de werkgever 206
5.6.5	Ontslag op staande voet: inleiding en wettelijk kader 207
5.6.6	De dringende reden formeel: de inhoud en omvang van de ontslagmededeling 208
5.6.7	De dringende reden materieel 211

INHOUDSOPGAVE

5.6.8	Conclusie	221
5.6.9	Vrijwillige ontslagname door opzegging of door een beëindigingsovereenkomst	222
5.6.10	Inleiding en wettelijk kader	226
5.6.11	Exclusiviteit of cumulatie met andere gronden?	227
5.6.12	Stelplicht en bewijslast formeel	227
5.6.13	Stelplicht en bewijslast materieel	229
5.6.14	Inleiding en wettelijke regeling	230
5.6.15	Aard van de procedure	232
5.6.16	Stelplicht in de 7:685-BW procedure	232
5.6.17	Beweisrecht niet van toepassing; aannemelijk maken	232
5.6.18	Is het wenselijk om het bewijsrecht uit te sluiten?	234
5.6.19	Conclusie	239
5.6.20	Inleiding en wettelijk kader	239
5.6.21	Inleiding en wettelijke procedure	240
5.6.22	Het rapport van de Nationale Ombudsman	242
5.6.23	Stelplicht en bewijslast procedure bij het UWV-WERKbedrijf	243
5.6.24	Conclusie	246
5.7	Conclusie hoofdstuk 5	247
6	Stellen en bewijzen in het bestuursprocesrecht voor ambtenaren	249
6.1	Inleiding; plan van behandeling	249
6.2	Kern van het bestuursprocesrecht: toetsing van een besluit van een bestuursorgaan	249
6.2.1	Inleiding en begrippen	249
6.2.2	Rechtmatigheidstoetsing en vermoeden van rechtmatigheid	251
6.3	Ongelijkheidscompensatie in het bestuursrecht	254
6.3.1	Inleiding	254
6.3.2	Ongelijkheidscompensatie in het ambtenarenprocesrecht	257
6.3.3	Conclusie ongelijkheidscompensatie	266
6.4	Stelplicht	267
6.4.1	Inleiding, definitie en toetsing van de stelplicht	267
6.4.2	Ambtshalve besluit en onderzoeksplicht van het bestuursorgaan ex artikel 3:2 Awb	270

6.4.3	De plicht van de burger ex art. 4:2 tweede lid Awb om de voor de beslissing op aanvraag de noodzakelijke gegevens te verschaffen 272
6.4.4	De onderdelenfuk van artikel 6:13 Awb 272
6.4.5	Waar vindt het debat over de feiten plaats? 276
6.4.6	Formele vereisten bezwaar- of beroepschrift 276
6.4.7	Stelplicht: materieel 277
6.4.8	Het bewijsaanbod in het bestuursrecht 278
6.4.9	De rol van de bestuursrechter bij de feitenvaststelling 281
6.4.10	Onderzoeksbevoegdheden van de rechter bij de feitenvaststelling 284
6.4.11	Zijn er voor wat betreft de stelplicht verschillen in bezwaar, beroep en in hoger beroep? 286
6.4.12	Trechterwerking en argumentatieve fuik 289
6.4.13	Bestuurlijke lus en stelplicht 290
6.4.14	Stelplicht: conclusie 291
6.5	Bewijslast 292
6.5.1	Inleiding 292
6.5.2	Vrij-bewijsleer 293
6.5.3	Bewijslastverdeling 300
6.5.4	Bewijsfuik 303
6.5.5	Onrechtmatig verkregen bewijs 305
6.5.6	Bestuurlijke lus, bewijsopdracht en finale geschilbeslechting 309
6.5.7	Handhaving van het huidige stelsel, invoering van een eigen bewijsstelsel of aansluiting bij het burgerlijk procesrecht? 312
6.6	Conclusie 316
7	Stelplicht en bewijslast per onderwerp in het ambtenarenrecht 319
7.1	Beginselen en definities 319
7.1.1	Inleiding 319
7.1.2	Definities 320
7.2	Ambtelijke aanstelling 321
7.2.1	Inleiding en wettelijk kader 321
7.2.2	Stelplicht en bewijslast aanstelling en conclusie 326
7.3	Bezoldiging 328
7.3.1	Wettelijk kader 328
7.3.2	Bezoldiging tijdens ziekte 329

INHOUDSOPGAVE

7.3.3	Inhouding van bezoldiging	330
7.3.4	De hoogte van de bezoldiging	331
7.3.5	Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en aanbieding van passend ander werk	336
7.3.6	Stelplicht en bewijslast van een aanspraak op bezoldiging en eenzijdige wijziging	343
7.4	Gelijke behandeling	344
7.4.1	Inleiding en wettelijk kader	344
7.4.2	Stelplicht en bewijslast gelijke behandeling in het ambtenarenrecht.	346
7.4.3	Conclusie gelijke behandeling en aanbevelingen	352
7.5	Overheidsaansprakelijkheid voor dienstongevallen en beroepsziekten	354
7.5.1	Inleiding	354
7.5.2	Wettelijk kader en definities	355
7.5.3	Twee complementaire stelsels	355
7.5.4	Schadevergoeding voor dienstongevallen en beroepsziekten krachtens rechtspositionele regelingen (de no-faultbasis van Vegter)	356
7.5.5	Toepassing van de normen van de artikelen 7:658, 6:162 en 6:170 BW	361
7.5.6	Analoge toepassing van artikel 7:611 BW?	363
7.5.7	Stelplicht en bewijslast dienstongevallen en beroepsziekten	365
7.5.8	Bestuursrechter of de burgerlijke rechter?	378
7.5.9	Voorontwerp overheidsaansprakelijkheidsrecht	381
7.5.10	Naar een risicoaansprakelijkheid voor dienstongevallen en beroepsziekten in het ambtenarenrecht?	383
7.5.11	Conclusie overheidswerkgeversaansprakelijkheid	385
7.6	Ontslag	386
7.6.1	Inleiding en wettelijk kader	386
7.6.2	Ontslag op eigen verzoek	387
7.6.3	Ontslag anders dan op eigen verzoek	388
7.6.4	Stelplicht en bewijslast ontslaggronden	399
7.6.5	Beoordelingen en functioneringsgesprekken	402
7.7	Normalisering	415
7.7.1	Inleiding	415
7.7.2	Normalisering bezien in het kader van de stelplicht en bewijslast	417
7.8	Conclusie hoofdstuk 7	419

8	Vergelijking en aanbevelingen	421
8.1	Inleiding	421
8.2	Stellen en bewijzen in het burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht	422
8.3	Vergelijkingen per onderwerp	423
8.4	Aanbevelingen	426
8.4.1	Aanbevelingen civiele arbeidsrecht	426
8.4.2	Aanbevelingen ambtenarenrecht	428
8.5	Conclusie	431
9	Summary	433
	Lijst van verkort aangehaalde literatuur	443
	Trefwoordenregister	473
	Curriculum vitae	477

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
a.b.b.b.	algemene beginselen van behoorlijk bestuur
Ag	ambtenarengerecht
amvb	algemene maatregel van bestuur
art.	artikel
artt.	artikelen
Aw	Ambtenarenwet
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWGB	Algemene wet gelijke behandeling
A-G	advocaat-generaal
Ag	Ambtenarengerecht
ARAR	Algemeen Rijksambtenaren Reglement
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BBRA	Bezoldigingsbesluit Burgerlijke Rijksambtenaren
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CAR	Collectieve arbeidsvoorwaardenregeling
cc	Centrale Commissie voor georganiseerd overleg in ambtenarenzaken
cie.	commissie
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
concl.	conclusie
c.q.	casu quo
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CvA	College van Advies
CWI	Centrale organisatie Werk en Inkomen
DC	Dienstcommissie
diss.	dissertatie
e.a.	en andere(n)
e.d.	en dergelijke
e.e.a.	één en ander

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

EG	Europese Gemeenschap(pen)
EHRM	Europese Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag van de Rechten van de Mens
Gemw.	Gemeentewet
Gst.	Gemeentestem
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IAO	Internationale Arbeidsorganisatie
i.c.	in casu (in dit geval)
ILO	International Labour Organisation
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
jo.	juncto (in samenhang met)
JOL	Jurisprudentie Online
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
ktr.	kantonrechter
KB	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding (tijdschrift)
k.g.	kort geding (procedure)
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
losbl.	losbladige uitgave
m.nt.	met annotatie van
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
NB	nota bene
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
NJB	Nederlands Juristenblad
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NV	Naamloze Vennootschap
O & A	Overheid en aansprakelijkheid
OK	Ondernemingskamer (van het Gerechtshof Amsterdam)
OR	ondernemingsraad
p.	pagina
par.	paragraaf
Parl. Gesch.	parlementaire geschiedenis
pres.	president

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

P-G	procureur-generaal
Prg.	Praktijkgids
prof.	professor
p-v	proces-verbaal
RAwb	Rechtspraak Algemene wet bestuursrecht
RAR	Rechtspraak Arbeidsrecht
rb.	rechtbank
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
ROR	Rechtspraak Ondernemingsraad
RPBO	Rechtspositiebesluit Onderwijs
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekering
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
SER	Sociaal-Economische Raad
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
Sr	Wetboek van Strafrecht
SR	(Tijdschrift voor) Sociaal Recht
Stb.	Staatsblad
Sv	Wetboek van Strafvordering
TAP	Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk
TAR	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen, waaronder begrepen het UWV-WERKbedrijf (voorheen: CWI)
UWO	Uitwerkingsovereenkomst (van de CAR)
VAR	Vereniging voor Administratief Recht, thans VAR, Vereniging voor Bestuursrecht
VrA	Vermogensrechtelijke Analyses
Vzngr.	Voorzieningenrechter
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WGBH/CZ	Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte
WGBL	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid
WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WML	Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag
WvK	Wetboek van Koophandel
WOR	Wet op de Ondernemingsraden
WW	Werkloosheidswet
ZW	Ziektewet

I INLEIDING EN AFBAKENING VAN HET ONDERWERP

I.1 **Inleiding**

Of een partij in een procedure ‘haar recht kan halen’, is van een aantal factoren afhankelijk. Zo zal zij allereerst een belang moeten hebben. Zonder belang geen actie. Vervolgens dient de partij in een procedure die feiten aan te voeren waaruit het rechtsgevolg kan worden afgeleid waarop die partij zich beroept. Dat betekent dus dat zij die feiten zal moeten stellen en bij betwisting in beginsel bewijzen. Stelplicht en bewijslast vormen de kern van een procedure. Een partij die niet aan haar stelplicht voldoet verliest haar zaak. Een partij die dat wel doet maar vervolgens niet in de bewijslevering slaagt verliest evenzeer.

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

Wanneer in een specifieke situatie blijkt dat een partij niet zonder hulp van de rechter of van de wederpartij aan haar stelplicht of bewijslast kan voldoen, kan de behoefte ontstaan om in het kader van ongelijkheidscompensatie aan de partij die niet met de bewijslast is belast een verzwaarde stelplicht op te leggen, dan wel een andere bewijslastverdeling op te leggen.

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

Daarnaast kan de situatie zich voordoen dat de procedure zo is ingericht dat de mogelijkheid tot bewijslevering op een onacceptabele wijze wordt beperkt. Ook in een dergelijke situatie bestaat behoefte aan ongelijkheidscompensatie, al zal die primair van de zijde van de wetgever moeten komen.

Ambtenaar versus werknemer

In Nederland is het mogelijk dat twee ingehuurde krachten hetzelfde (soort) werk doen¹, maar toch onder verschillende rechtsregimes vallen. Een portier bij een bank heeft een arbeidsovereenkomst en een portier bij een ministerie doorgaans een aanstelling als ambtenaar. De vraag die rijst is of deze twee personen ook aanspraak kunnen maken op eenzelfde (mate van) rechtsbescherming. Het civiele arbeidsrecht valt immers onder de burgerlijke rechter. Die past het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering toe. De ambtenaar valt onder het bestuursrecht. De bestuursrechter past de procesregels van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) toe.

In de negende afdeling van de tweede titel geeft het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) een aantal wettelijke bepalingen ter zake van het bewijsrecht. Artikel 150 Rv bevat daarvan de hoofdregel, te weten dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast daarvan draagt, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling voortvloeit.

De burgerlijke rechter is in beginsel lijdelijk. Hij onderzoekt de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verweer of verzoek ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit. Hij mag, tenzij uit de wet anders voortvloeit, slechts die feiten en omstandigheden aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen, of zijn gesteld.

Het bestuursrecht kent een in beginsel niet-lijdelijke rechter en een vrij-bewijsleer. Ook geschiedt de feitenvaststelling in beginsel door het bestuursorgaan.² De Algemene wet bestuursrecht kent geen bewijsregels.³ De rechter beslist met inachtneming van artikel 3:2 en 4:2 Awb⁴ naar billijkheid op wie de bewijslast rust en mag ook zelf buiten partijen om feitenonderzoek doen. Hij mag die feiten dan aan zijn beslissing ten grondslag leggen.

Dit alles heeft tot gevolg dat de verhouding overheidswerkgever-ambtenaar nog altijd een eenzijdig karakter heeft. Rechtspositionele be-

1. Bijvoorbeeld werkzaamheden als secretaresse, schoonmaker, chef personeelszaken etc.

2. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 215.

3. Zie over een vergelijking van beide stelsels Schuurmans 2007 I, p. 273-275.

4. Zie hieromtrent nader hoofdstuk 7, paragraaf 7.4.2 en 7.4.3.

sluiten zoals aanstelling, ontslag en bezoldiging zijn eenzijdige besluiten genomen door de overheidswerkgever als bestuursorgaan.

Enkele veelgebruikte begrippen

In de literatuur wordt onder *stelplicht* verstaan het aanvoeren van die rechtsfeiten die nodig zijn voor het intreden van het door de eiser (of gedaagde) ingeroepen rechtsgevolg.⁵ Soms wordt ook wel gesproken van stellast.⁶ Dit verschil tussen last en plicht wordt niet van belang geacht.⁷ Daarnaast wordt ook nog wel gesproken van een *motiveringsplicht*, die met de stelplicht van partijen samenvalt.⁸ Die vloeit voort uit het algemene, met het contradictoire beginsel samenhangende, principe dat wederpartij en rechter moeten kunnen begrijpen wat een partij aanvoert als grondslag voor eis en verweer. Dit volgt in het burgerlijk procesrecht uit artikel 21 Rv.⁹ Ik geef echter de voorkeur aan de algemeen gangbare term *stelplicht* omdat dit begrip ook in de jurisprudentie het meest is ingeburgerd. Zie hieromtrent verder de hoofdstukken 3 en 6.

Bewijzen ziet op vaststelling door de rechter van iets dat zich (al of niet tussen partijen) heeft afgespeeld of zich nog steeds (al of niet tussen partijen) afspeelt, anders gezegd, een historische werkelijkheid.¹⁰ De rechter dient een redelijke mate van zekerheid te krijgen van bepaalde feiten.¹¹ Hij moet *overtuigd* worden.¹² Zie verder de hoofdstukken 4 en 6.

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

5. Zie bijvoorbeeld: Asser 1992, p. 42; Asser 1998, p. 40; Snijders/Klaassen/Meijer 2007, p. 215 ev.; Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003, p. 80 en Asser 2004a, p. 52. Zie ook voor het belang van de feiten: Asser 1999.

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

7. Asser 2004a, p. 40.

8. Asser 2004a, p. 69 -70.

9. Asser 2004a, p. 69.

10. Asser 2004a, p. 31.

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

12. Asser 2004a, p. 31.

Met *ongelijkheidscompensatie* worden in dit onderzoek twee afzonderlijke factoren aangeduid, te weten enerzijds de *processuele* ongelijkheid tussen werkgever en werknemer en anderzijds *machtsongelijkheid* tussen die partijen. Machtsongelijkheid betreft de *materiële* verhouding (overheids)-werkgever-(overheids)werknemer. De processuele ongelijkheid ziet op de mate waarin een partij ten opzichte van haar wederpartij haar rechten geldend kan maken. Dit kunnen afzonderlijke factoren zijn, maar ook in elkaar overlopen. Verwezen wordt verder naar paragraaf 1.5.

Stelplicht en bewijslast zie ik als twee – elkaar deels overlappende – afzonderlijke stadia. Een partij dient – door middel van het aanvoeren van argumenten, onderbouwd met bewijsmiddelen – voldoende te stellen, alvorens de bewijsvraag aan de orde kan komen. Niet zonder meer kan worden gesteld dat de stelplicht uit de bewijslast kan worden afgeleid of omgekeerd. In beide stelsels (burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht) geldt in beginsel dat de partij die zich op een rechtsgevolg beroept daartoe voldoende feiten en omstandigheden moet stellen. Op wie vervolgens de bewijslast rust is, ook gelet op verschillende bewijsstelsels, niet zonder meer uit de stelplicht af te leiden. De stelplicht kan in het burgerlijk procesrecht wel de bewijslast beïnvloeden, zoals blijkt uit bijvoorbeeld HR 11 juli 2008.¹³

1.2 Doel en probleemstelling

Het doel van dit onderzoek is de vraag of, en zo ja, in welke mate door middel van een afwijkende stelplicht of bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht processuele en materiële ongelijkheid tussen werkgever en werknemer kan worden weggenomen of teruggedrongen. Dit laatste is noodzakelijk om zoveel mogelijk te voorkomen dat de rechtsbescherming voor die werknemer op een onacceptabel ongunstig niveau uitkomt.

Daarvan is in het kader van dit onderzoek sprake wanneer een partij met een gerechtvaardigde claim deze ziet stranden omdat niet aan de stelplicht of bewijslast wordt voldaan, terwijl in beginsel de bewijsmidde-

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

len wel bij een partij voorhanden (kunnen of behoren) te zijn. Dat kan bijvoorbeeld de wederpartij zijn of een derde. Ook kan daarvan sprake zijn indien het procesrechtelijk systeem zodanig is ingericht dat men aan feitelijke bewijslevering niet toekomt of kan toekomen. Tenslotte kan dit aan de orde zijn wanneer de procedure als laagdrempelig te boek staat, waarbij verplichte procesvertegenwoordiging niet aan de orde is, waarbij vervolgens niet aan de stelplicht of bewijslast wordt voldaan, omdat de bewuste partij geen idee heeft hoe zij dat zou moeten doen. In al die gevallen kan die processuele ongelijkheid die daaruit ontstaat worden opgeheven door in te grijpen in de stelplicht en bewijslast.

1.3 **Object en wijze van onderzoek**

Object van onderzoek

Om voormelde doelstelling te bereiken dienen vier disciplines te worden onderzocht: het burgerlijk procesrecht, het bestuursprocesrecht, het arbeidsrecht, en het ambtenarenrecht. Onderzocht wordt hoe de stelplicht en bewijslast in het burgerlijk procesrecht en in het bestuursrecht¹⁴ is geregeld, alsmede of, en zo ja, in welke mate het objectieve recht (dus het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht) bij wet of bij bijzondere bewijsregels in het kader van ongelijkheidscompensatie afwijkende regels heeft geformuleerd. Ook zal worden onderzocht of er materieel verschillen in uitkomst zijn en of dit wenselijk is.

Wijze van onderzoek

In het burgerlijk procesrecht en in het arbeidsrecht is met betrekking tot bovenvermelde onderzoeksvragen veel materiaal voorhanden. Ook de jurisprudentie van de Hoge Raad geeft per onderwerp een goed beeld van de huidige stand van zaken en biedt voldoende aanknopingspunten voor het formuleren van regels en aanbevelingen. Het onderzoek is dan ook gedaan aan de hand van die drie pijlers. In de jurisprudentiedatabanken van Kluwer Plaza (NJ, RvdW, AB), SDU Opmaat (JAR), Kluwer TAR-online en Rechtspraak.nl is niet alleen gezocht op de trefwoorden als ‘stelplicht’, ‘bewijs’, ‘bewijslastverdeling’, ‘bewijs’, ‘aan-

14. Waarbij slechts dat gedeelte van het bestuursprocesrecht aan de orde komt dat voor ambtenaren geldt.

tonen’, ‘verzwaarde stelplicht’, ‘omkeringsregel’, maar ook op zoekwoorden die het materiële recht betreffen, zoals, ‘arbeidsongeval’, ‘beroepsziekte’, ‘dienstongeval’, ‘opzegging’ aanstelling enz. In het ambtenarenrecht, maar ook overigens in het bestuursrecht, is het aantal uitspraken waarin expliciet een materiële bewijsregel is opgenomen beperkt.

Met betrekking tot de literatuur is gezocht op trefwoorden in de *Data Juridica*.

Het bestuurs(proces)recht kent naast de handboeken zoals Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male en Tak, ook een aantal, veelal recente, dissertaties en onderzoeksrapporten. Hoewel die handboeken, dissertaties en rapporten¹⁵ mede zien op de voor ambtenaren geldende procesgang met als eindstation de Centrale Raad van Beroep, wordt er niet met zoveel woorden afzonderlijk aan het ambtenarenrecht aandacht besteed. Sedert de invoering van de Awb is kennelijk de gedachte dat er zoveel mogelijk naar uniformiteit in het bestuurs(proces)recht moet worden gestreefd, zodat het voor ambtenaren geldende recht daaruit kan worden afgeleid. Slechts in de handboeken over ambtenarenrecht wordt kort stilgestaan bij het procesrecht. Waar van belang is dat ook in het onderzoek verwerkt. Tijdens het onderzoek heb ik met diverse betrokkenen in het veld gesproken. De resultaten daarvan zijn niet rechtstreeks in het onderzoek betrokken, maar betroffen in hoofdzaak een verificatie van de onderzoeksresultaten, bezien vanuit verschillende invalshoeken.¹⁶

Voor wat betreft het bestuursprocesrecht is het onderzoek gedaan aan de hand van de wetsgeschiedenis, de jurisprudentie en in hoofdzaak deze op het gehele bestuursrecht van toepassing zijnde literatuur. Het ambtenarenprocesrecht is – bij gebreke van specifieke handboeken of wetgeving op het gebied van ambtenarenprocesrecht – grotendeels afgeleid van deze algemene literatuur en wetgeschiedenis van de Awb. Daarnaast is de voornaamste bron de CRvB-jurisprudentie zoals gepubliceerd in de TAR en rechtspraak.nl. Daarbij zij bovendien opgemerkt dat de CRvB in veel gevallen volstaat met een oordeel omtrent de aannemelijkheid van stellingen zonder dat daaruit een voor dergelijke ge-

15. Zoals Barkhuysen, Damen e.a. 2007, Schueler, Drewes e.a. 2007, Marseille 2004, Widdershoven, Schlössels e.a. 2001.

16. Een rechtshulpverlener die altijd aan de kant van de ambtenaar staat zal mogelijk een andere perceptie van het stelsel hebben dan een die altijd aan de kant van de overheid staat. De rechter beziet het weer vanuit een ander perspectief.

vallen geldende algemene bewijsregel kan worden afgeleid. Waar mogelijk is daartoe wel een poging gedaan daartoe.

1.4 **Plan van behandeling**

De opzet van dit onderzoek omvat de navolgende onderdelen.

1. In hoofdstuk 2 worden de diverse bewijsrechtstheorieën besproken als fundament voor zowel het burgerlijk als het bestuursprocesrecht.
2. Vervolgens wordt onderzocht in hoeverre het algemene civiele procesrecht (zelf) voorziet in (regels van) ongelijkheidscompensatie bij de stelplicht en de bewijslast (hoofdstuk 3 en 4).
3. Daarna wordt in kaart gebracht welke vormen van ongelijkheidscompensatie optreden bij de stelplicht en bewijsrecht in het arbeidsrecht (hoofdstuk 5).
4. Voorts wordt bekeken in hoeverre het algemene bestuursprocesrecht (zelf) voorziet in (regels van) ongelijkheidscompensatie, in het bijzonder¹⁷ bij de stelplicht en de bewijslast (hoofdstuk 6).
5. Vervolgens wordt nagegaan of, en zo ja, welke vormen van ongelijkheidscompensatie optreden bij de stelplicht en bewijsrecht in het ambtenarenrecht (hoofdstuk 7).
6. Tenslotte worden er naar aanleiding van de twee stelsels aanbevelingen gedaan (hoofdstuk 8).

Ik heb ervoor gekozen om in hoofdstuk 3 en 4 de stelplicht en bewijslast voor het burgerlijk procesrecht apart te behandelen omdat naar mijn opvatting dit aldaar twee aparte fasen zijn, die in het burgerlijk procesrecht aan belang niet voor elkaar onderdoen. Het belang van de stelplicht mag niet worden onderschat, nu in de praktijk een zaak niet zelden al in die fase strandt. Uiteraard geschiedt stelplicht met bewijsmiddelen, zodat een zekere overlapping plaatsvindt. Door de stelplicht en bewijslast in

17. Omdat de stelplicht en bewijslast wat afwijkt van die van het civiele recht en de rechter daarbij een andere rol speelt wordt dit onderwerp iets breder getrokken.

het burgerlijk procesrecht uit elkaar te trekken, ontstaat ook een bewustwording die wordt doorgetrokken naar het bestuursprocesrecht, waar de scheidslijn tussen die twee processuele componenten zich naar mijn mening minder duidelijk manifesteert, omdat, als gevolg van de vrij-bewijsleer en het feit dat de feitengaring in beginsel ten overstaan van het bestuursorgaan geschiedt, stelplicht en bewijslast meer in elkaar overlopen.

Ten aanzien van de hoofdstukken 5 en 7 – de materiële hoofdstukken – heb ik ervoor gekozen voor gezamenlijke behandeling, per arbeidsrechtelijk onderwerp, omdat de onderwerpen anders te veel versnipperd zouden worden en dit bovendien zou leiden tot doublures.

1.5 **De sleutel van dit onderzoek: ongelijkheidscompensatie**

1.5.1 *Inleiding*

Hoewel contractspartijen gelijkwaardig zouden moeten zijn, wijst de praktijk dikwijls anders uit. Tjittes geeft dit helder aan in zijn dissertatie, waarin hij onderzoekt welke betekenis in het contractenrecht wordt toegekend aan de positie en de eigenschappen van contractspartijen voor de inkleuring van een aantal contractenrechtelijke leerstukken.¹⁸ Ik duid deze vorm van ongelijkheidscompensatie aan als *materiële ongelijkheidscompensatie*. Deze ziet op de machtsongelijkheid tussen werkgever en werknemer. Daarnaast is te onderscheiden *processuele ongelijkheidscompensatie*. Die ziet op de ongelijkheid in proceskansen tussen procespartijen. Uiteraard kunnen dit in elkaar overlopende factoren zijn. Dat is bijvoorbeeld aan de orde wanneer met procesrechtelijke maatregelen, zoals een tegemoetkoming in de stelplicht en/of bewijslast wordt beoogd een als gevolg van machtsongelijkheid zwakkere procespositie op te heffen.

Ongelijkheidscompensatie kan ook in sommige gevallen uitsluitend zien op het opheffen van de processuele ongelijkheid tussen een partij die zonder deskundige rechtshelper procedeert en haar deskundige wederpartij.

Indien contractspartijen niet gelijkwaardig zijn, heeft dat onherroepelijk zijn weerslag op de proceskansen van die partijen. In een arbeidsrelatie kan deze processuele ongelijkheid zich nog sterker voordoen.

18. Tjittes 1994, p. 2-6.

In het ambtenarenrecht kan niet van een overeenkomst worden gesproken, omdat de ambtenaar bij besluit van het bevoegd gezag wordt aangesteld. Ook hier zal in veel gevallen van ongelijkwaardigheid van de twee partijen, aansteller en aangestelde, sprake zijn. In een procedure komt dat tot uitdrukking in de mate waarin partijen gelijke proceskansen hebben. Indien die kansen niet gelijk zijn, dan kan op specifieke onderdelen behoefte zijn aan compensatie van die ongelijkheid in proceskansen.

Als gezegd in paragraaf 1.2 wordt in dit onderzoek onderzocht of en zo ja in welke mate door middel van een afwijkende stelplicht of bewijslast processuele ongelijkheid tussen werkgever en werknemer kan worden weggenomen of teruggedrongen en zoveel mogelijk wordt voorkomen dat de rechtsbescherming op een onacceptabel ongunstig niveau uitkomt. Daarvan is in het kader van dit onderzoek sprake wanneer een partij een gerechtvaardigde claim ziet stranden omdat niet aan de stelplicht of bewijslast kan worden voldaan, terwijl de daarvoor benodigde bewijsmiddelen zich bij de partij bevinden die niet met de stelplicht en bewijslast is belast. Het gaat bij compensatie door de rechter dus niet zonder meer om opheffen van elke bewijsnood, maar om het aldus opheffen van een oplosbaar bewijsprobleem, wanneer de billijkheid dat klaarblijkelijk eist.

Die compensatie kan plaatsvinden door de wetgever of door de rechter. In het kader van dit onderzoek zal ik mij beperken tot ongelijkheidscompensatie in de vorm van een afwijkende stelplicht en/of bewijslast door wetgever of rechter opgelegd.

De wetgever kan voor een specifieke situatie een afwijkende stelplicht en/of bewijslast opleggen. Ook is het mogelijk dat de rechter een subregel formuleert. In het arbeidsrecht komen een aantal wettelijke bepalingen voor die een afwijkende stelplicht en/of bewijslast stipuleren. In het ambtenarenrecht geldt de vrij-bewijsleer, zodat de rechter de bewijslast van geval tot geval moet bepalen. Om die reden heeft de (bestuurs)rechtspraak in sommige gevallen bewijsregels geformuleerd.

1.5.2 *Ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht*

In het arbeidsrecht bestaat tussen partijen een machtsongelijkheid, welke zonder compensatie tot onrechtvaardige uitkomsten kan leiden.¹⁹

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

Het arbeidsrecht²⁰ kent aan de minder machtige partijen meer rechten toe dan aan de meer machtige teneinde ongelijkheidscompensatie te bewerkstelligen.²¹ Het beoogt economische ongelijkheid te compenseren.²² Deze partijen zijn, als gezegd, gewoonlijk respectievelijk de werknemer en de werkgever.²³ Het betreft een duurovereenkomst waarbij een werknemer in ondergeschiktheid werkt. Daarnaast is er de economische afhankelijkheid van die duurovereenkomst hetgeen een kwetsbare positie van de werknemer tot gevolg heeft.²⁴ In rechterlijke procedures vindt compensatie echter niet *steeds* plaats. Het gaat eigenlijk alleen om gevallen, waarin ‘bij de belangenafweging door de rechter het belang van de zwakkere partij *in twijfelgevallen* de doorslag geeft’.²⁵ Er zijn ook gevallen bekend, waarin de rechter uiteindelijk de werknemer niet tegemoet kwam.²⁶

Noordam omschrijft ongelijkheidscompensatie als ‘een kontje van de wetgever’.²⁷ Boot formuleert ongelijkheidscompensatie aldus:

‘Juridische ongelijkheidscompensatie voor werknemers is er op gebaseerd dat, omdat werkgevers in een maatschappelijk gezien sterkere positie verkeren dan werknemers, het recht aan werknemers waarborgen dient te verschaffen om te voorkomen dat de uiteindelijk tussen werkgevers en werknemers gemaakte afspraken op een voor de werknemer onacceptabel ongunstig niveau uitkomen.’²⁸

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

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

22. Heerma van Voss 2007, p. 24.

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

24. Vgl. Loonstra & Zondag 2008, p. 23.

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

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

27. Noordam 1997, p. 107-120.

28. Boot 2004, p. 15.

In dat verband kan een toenemende bescherming van de zwakkere partij in het verbintenissenrecht worden waargenomen.²⁹

Als ik Boot goed begrijp dan is zijn kritiek op de huidige wijze van ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht dat die in *alle* gevallen en voor *alle* werknemers *dezelfde* compensatie biedt. Hij is van mening dat niet alle soorten werknemers ook *dezelfde* bescherming verdienen.³⁰ Ik kan mij daarin in zoverre vinden dat alleen *die* werknemers dienen te worden gecompenseerd die zich ook daadwerkelijk in een ongelijke positie bevinden ten opzichte van de werkgever. Boot verdeelt de te beschermen werkers in zes categorieën, te weten (1) de werkenden met een zwakke maatschappelijke positie, (2) de ‘gewone’ werknemers, (3) de hoog betaalde werknemers, (4) de statutair directeurs, (5) de afhankelijke opdrachtnemers en (6) de onafhankelijke opdrachtnemers.³¹ Hoe hoger het loonniveau in zijn visie, hoe minder noodzakelijk de arbeidsrechtelijke bescherming is.

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

Met Rood en Jacobs (zie hierboven) ben ik dan ook van mening dat het niet altijd de werknemer is die in ongelijke verhouding tot zijn werkgever staat. Zeker in een aantrekkelijke arbeidsmarkt en met de vergrijzing voor de deur, kunnen verhoudingen uiteraard anders liggen. In dat geval zal dan ook van geval tot geval, alle omstandigheden in aanmerking genomen, moeten worden bekeken of er in casu ongelijk-

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

30. Boot 2004, hoofdstuk 22.

31. Boot 2004, paragraaf 1.4, p. 26 ev.

heidscompensatie geboden is. In het kader van dit onderzoek maak ik dan ook bij de vraag of ongelijkheidscompensatie noodzakelijk is geen onderscheid tussen de door Boot gesignaleerde categorieën.

In het arbeidsrecht kan de ongelijkheid tussen partijen op verschillende wijze worden opgeheven. Naast de in dit onderzoek besproken compensatie door middel van een afwijking in stelplicht en/of bewijslast kan in dat verband worden gedacht aan het collectief onderhandelen over arbeidsvoorwaarden, het invoeren van een stelsel van sociale zekerheid en het opstellen van regels ten aanzien van de inhoud van een arbeidsovereenkomst.³² Daarnaast heeft de wetgever een aantal bepalingen van dwingend recht en andere van driekwart dwingend recht gemaakt. Van de eerstgenoemde categorie kan in het geheel niet bij overeenkomst worden afgeweken. Bepalingen van driekwart dwingend recht kunnen alleen bij CAO opzij worden gezet.

Niet alleen de *wetgever* kan door middel van bijzondere rechtsregels de ongelijkheid geheel of gedeeltelijk opheffen. Ook de rechter kan dat, bijvoorbeeld door voor een specifieke situatie een jurisprudentiële regel aan te nemen. Dat kan een regel op het gebied van de stelplicht of de bewijslast zijn, maar het kan bijvoorbeeld ook een regel zijn die betrekking heeft op een bijzondere onderzoeksplicht van een werkgever.³³ Zie voor de verschillende vormen van bescherming van de economisch zwakkere in het arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht uitvoerig Van der Heijden en Noordam in hun preadvies aan de NJv.³⁴

1.5.3 *Ongelijkheidscompensatie in het ambtenarenrecht*

Ambtenaren³⁵ worden niet gelijkwaardig geacht aan de overheidswerkgever.³⁶ Ongelijkheidscompensatie vindt in het ambtenarenrecht onder meer plaats door middel van publiekrechtelijke regelgeving. De ongelijkheid tussen het overheidslichaam en de ambtenaar wordt daarin zo veel mogelijk opgeheven door de inhoud van de rechtsverhouding zo

32. Vgl. Heerma van Voss 2007, p. 24.

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

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

35. Zie voor een definitie van dit begrip hoofdstuk 7. Bepalend is of er sprake is van een ambtelijke aanstelling in openbare dienst.

36. Zie bijvoorbeeld: Van Zutphen 1991 diss. p. 33.

veel mogelijk in regels vast te leggen.³⁷ Langs die weg wordt het overheidslichaam belet het overwicht te laten gelden.³⁸

Daarnaast wordt in het ambtenarenrecht ongelijkheidscompensatie toegeschreven aan de wijze waarop het bestuursprocesrecht is ingericht.³⁹ Zo mag de bestuursrechter bijvoorbeeld feiten aanvullen en zelfstandig onderzoek doen. Er geldt het zogenaamde vrij-bewijsstelsel. In hoofdstuk 6⁴⁰ wordt dit verder uitgewerkt en onderzocht hoe dit in de praktijk uitwerkt.

1.5.4 *Wanneer is er sprake van een te compenseren ongelijkheid in het kader van dit onderzoek?*

Zoals in paragraaf 1.2 en 1.5.1 al is aangegeven behelst dit onderzoek compensatie van processuele ongelijkheid die geheel of in aanzienlijke mate kan worden opgeheven door een andere invulling van stelplicht en/of bewijslast. Zoveel mogelijk moet worden voorkomen dat de rechtsbescherming op een onacceptabel ongunstig niveau uitkomt. Daarvan is onder meer sprake, indien als gevolg van de ongelijkheid van procespartijen, een partij op wie in beginsel de stelplicht en/of bewijslast niet rust het in zijn macht heeft zijn wederpartij te helpen met de stelplicht (bijvoorbeeld door middel van het verschaffen van stukken uit het eigen dossier van), dan wel, gelet op zijn procespositie beter in staat moet worden geacht het bewijs te leveren van de situatie die in geschil is. Een noodzaak tot compensatie in het kader van dit onderzoek is aanwezig in het geval een partij *zonder* die compensatie zijn zaak nooit 'rond' zou kunnen krijgen, als gevolg waarvan een door de wetgever of jurisprudentie gecreëerde gerechtvaardigde aanspraak illusoir zou worden.

1.5.5 *De norm van artikel 6 EVRM*

De rechtsbescherming van een werknemer kan eveneens op een onacceptabel ongunstig niveau uitkomen doordat de procedure niet aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet. Artikel 6 EVRM bepaalt dat een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij

37. Rood 2000, p. 6.

38. Rood 2000, p. 6.

39. Zie o.a. Allewijn e.a.1999, p. 29/30 en Riphagen 2005, p. 189.

40. Paragraaf 6.3.2. Vgl. Asser 1992 en 6.7.3.

het bepalen van de gegrondheid daarvan recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij wet is ingesteld.⁴¹ Dit artikel heeft rechtstreekse werking.⁴²

Door het Europese Hof voor de rechten van de Mens is geen scherp omlinjende definitie gegeven van de term ‘burgerlijke rechten of verplichtingen’. Wat daaronder moet worden verstaan, moet mede worden bepaald met inachtneming van het nationale recht.⁴³ Het moet verdragsautonoom worden uitgelegd.⁴⁴ Het woord ‘burgerlijk’ (‘Civil’) betekent niet dat daarmee uitsluitend zaken van burgerlijk of civiel recht onder dit artikel vallen. Daarmee kan dus worden aangenomen dat geschillen met betrekking tot een arbeidsovereenkomst, gebracht voor de burgerlijke rechter, onder de vigeur van artikel 6 EVRM vallen.

Artikel 6 EVRM en bewijzen: een ‘eerlijk proces’ en ‘effectieve toegang’

Onder een ‘eerlijk proces’ als bedoeld in artikel 6 EVRM wordt in ons burgerlijk procesrecht vaak het beginsel van hoor en wederhoor geschaard. Dit begrip is echter breder.⁴⁵ Smits onderscheidt in dat verband:

- het recht om gehoord te worden, dat wil zeggen om zich in voldoende mate over de zaak uit te laten;
- het recht op gelijke proceskansen; dit heeft repercussie op het gebied van het bewijsrecht, maar ziet ook op de wijze waarop men in het geding betrokken wordt (het recht op een begrijpelijke procedure);
- het recht op een eerlijke behandeling; dit impliceert in beginsel een recht op een deugdelijke motivering van de rechterlijke uitspraken.⁴⁶

Daarnaast speelt het beginsel van een effectieve toegang tot de rechter een belangrijke rol. Dit recht strekt ertoe om de andere in artikel 6

41. Knigge 1998, p. 1. Smits 2008, par. 1.1.

42. Smits 2008, p. 26.

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

44. Smits 2008, p. 39-40.

45. Vgl. Smits 2008, p. 95 ev.

46. Vgl. Smits 2008, p. 102.

EVRM genoemde garanties te realiseren.⁴⁷ Daaronder valt ook het recht op ‘equality of arms’ (letterlijk: gelijkheid van wapens), het recht op de aanwezigheid bij een terechtzitting en het recht op een mondeling verhoor.⁴⁸ Het recht om te worden gehoord brengt, als gezegd, mee het recht zich in voldoende mate over de zaak uit te laten. Het recht op gelijke proceskansen heeft repercussie op het gebied van het bewijsrecht.

Hieruit kan worden afgeleid dat de wijze waarop de stelplicht en bewijslast worden ingericht moet worden getoetst aan de vraag of er in casu sprake is van een eerlijk proces. Dit spitst zich in het bijzonder toe op de vraag of een partij voldoende in de gelegenheid is om zich over der zaak uit te laten en of die partij daarbij ten opzichte van zijn wederpartij gelijke proceskansen heeft.

Wat betekent dit nu voor het bewijsrecht?

Uit artikel 6 EVRM vloeit geen *absoluut recht* voort tot het leveren van bewijs (bijvoorbeeld d.m.v. horen van getuigen).⁴⁹ Zo oordeelde de Hoge Raad bij zijn arrest van 7 mei 2004⁵⁰ dat het feit dat in de procedure bij de bestuursrechter geen verplichting bestaat tot het horen van getuigen, geen schending van art. 6 EVRM met zich brengt. Een toepassing van de bewijsregels die voor de civiele procedure gelden op de bestuursrechtelijke procedure past naar het oordeel van de Hoge Raad niet in het stelsel van taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, die ieder volgens hun eigen procesregels hebben te oordelen.

A-G mr. Wesseling-van Gent overwoog in haar conclusie voor het genoemde arrest van de Hoge Raad dat de bestuursrechter weliswaar niet verplicht is om getuigen te horen, maar die beslissing dient de bestuursrechter wel deugdelijk te motiveren (daarover was echter in dat geschil niet geklaagd). De reden voor het passeren van een aanbod tot het houden van een getuigenverhoor of het gelasten van een deskundigenbericht dient (gelet op de toelichting op art. 8:63 Awb) wel te zijn dat dit redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de oordeelsvorming. De A-G verwijst tevens naar het feit dat ook de burgerlijke rechter bewijsaanbod kan passeren indien dit aanbod niet aan de eisen voldoet, zoals de eis dat het te leveren bewijs ter zake dienend dient te zijn.

47. Vgl. EHRM 21 februari 1975 (*Golder*) en Smits 2008, p. 36 ev.

48. Smits 2008, par. 3.4.3. en 3.4.3.1.

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

50. NJ 2005, 131.

Wel heeft het EHRM de mogelijkheid erkend dat de weigering tot het doen horen van een getuige van één van de procespartijen door de rechter, een schending van art. 6 EVRM kan opleveren. De rechter hoeft niet *al* het aangeboden bewijs toe te laten. Het staat hem vrij om te selecteren welke bewijsmiddelen voor de uitkomst van het geschil relevant zijn.⁵¹ Het leveren van bewijs kan naar mijn mening worden gezien als een verlengde van het beginsel dat een partij in een procedure in voldoende mate moet worden gehoord.

De vraag die dan kan worden gesteld – en door het EHRM voor zover ik heb kunnen nagaan nog niet is beantwoord – of een *uitsluiting* van het bewijsrecht in een procedure waarin geen appel en cassatie openstaan en evenmin een ‘bodemprocedure’ volgt ter vaststelling van de definitieve burgerlijke rechten en plichten, zoals de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW, wel aan de vereisten van artikel 6 EVRM voldoet. Deze vraag komt aan de orde in paragraaf 5.6.18.

Bestuursrecht en artikel 6 EVRM

Ook door publiekrecht beheerste verhoudingen kunnen onder artikel 6 EVRM vallen.⁵² Het is voldoende dat het resultaat van de juridische procedure ‘bepalend is voor’, ‘invloed heeft op’, of ‘van belang is voor’ de vaststelling en/of de uitoefening van het burgerlijke recht of de uitvoering van de verplichting.

Zo heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens reeds bij zijn uitspraak van 23 oktober 1985⁵³ geoordeeld dat het geschil over de verkrijging van een Hinderwetvergunning onder art. 6 EVRM viel. Dit gelet op het feit dat de verlening van een Hinderwetvergunning één van de voorwaarden was voor de uitoefening van een deel van klagers zakelijke activiteiten en dat dit ook nauw verbonden was met het recht dat men heeft om van zijn eigendommen gebruik te maken in overeenstemming met de wettelijke vereisten. Onder andere uit de overdraagbaarheid van een dergelijke vergunning aan derden blijkt dat deze een eigendoms karakter heeft. Dientengevolge oordeelde het Hof dat van een ‘burgerlijk recht’ in de zin van art. 6 EVRM sprake was zodat die bepaling op de beroepsprocedure tegen de Kroon van toepassing was.

51. Smit 2008, p. 132.

52. Van Dijk & Van Hoof e.a. 1998, par. 6.2.3. Smits 2008, p. 40.

53. NJ 1986, 102, Benthem-zaak.

Ook bij zijn uitspraak van 27 oktober 1987⁵⁴ oordeelde het Hof dat art. 6 EVRM van toepassing is op een geschil over de intrekking van vergunning voor personenvervoer en op geschil over verlening van onteigeningsvergunning. Dit vanwege het feit dat dit geschil betrekking had op dan wel beslissend was voor de ‘burgerlijke rechten’ van de betrokkenen. Zoals dit ook volgt uit de EHRM-uitspraak van 29 mei 1986⁵⁵ zal in geval van directe raakvlakken met het publieke recht de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke elementen van de bestreden handeling tegen elkaar moeten worden afgewogen. Daar waar de privaatrechtelijke elementen overheersen, kan worden gesproken over een geschil dat betrekking heeft op of bepalend is voor de burgerlijke rechten of verplichtingen.

Uit het bovenstaande volgt dat op zichzelf genomen ook geschillen die voor de bestuursrechter worden gebracht maar die ‘burgerlijke rechten’ betreffen (zoals het recht op een sociale uitkering) onder het bereik van artikel 6 EVRM vallen. Dat zijn bijna alle bestuursrechtelijke geschillen.⁵⁶

Dit betekent dat de procedure op grond van het BBA ter verkrijging van een ontslagvergunning, waarop het bestuursrecht van toepassing is, onder de vigeur van artikel 6 EVRM kan worden gebracht.

Ambtenaren en artikel 6 EVRM

Verdragsrechten komen aan een ieder toe, ondanks een eigen wettelijke status zoals o.a. ambtenaren, militairen en gedetineerden die plegen te hebben. Op twee aspecten moet acht worden geslagen: (1) het bijzondere karakter van de status en (2) de invloed ervan op de statushouder die aanspraak maakt op een verdragsrecht.⁵⁷ Het EHRM heeft uitgevaardigd dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is op de rechtspositie van ambtenaren die typisch publiekrechtelijke taken verrichten.⁵⁸

Onlangs heeft het EVRM de eisen aangescherpt voor de uitsluiting door een staat van artikel 6 EVRM ten aanzien van een geschil met een ambtenaar: de staat kan een geschil met een ambtenaar alleen dan buiten de werking van art. 6 EVRM houden, indien aan twee voorwaarden is voldaan. Allereerst moet in het nationale recht uitdrukkelijk de toe-

54. NJ 1988, 997.

55. NJ 1987, 432.

56. Barkhuysen 2004, p. 61.

57. EVRM 8 juni 1976, NJ 1978, 223 § 53 (*Engel/Nederland*).

58. EHRM 8 december 1999, (*Pellegrin/Frankrijk*). Zie ook Barkhuysen 2004, p. 61.

gang tot de rechter zijn uitgesloten voor een bepaalde functie of categorie van ambtenaren. Ten tweede moet deze uitsluiting op objectieve gronden van staatsbelang gerechtvaardigd kunnen worden.⁵⁹ Annotator Alkema concludeert uit dit arrest in zijn noot daaronder in de NJ dat het EVRM de lat hoog legt:

‘Met dit arrest laat het Hof weinig over van het prerogatief van de soevereine staat om sommige van zijn ambtenaren van rechtsbescherming uit te zonderen. Waarschijnlijk kan dat nu alleen nog voor (hoge) militairen en ambtenaren of veiligheidsfunctionarissen. Als zodanig draagt dit arrest aanzienlijk bij aan gelijktrekking van de arbeidsrechtelijke rechtspositie van de ambtenaar aan die van de gewone werknemer.’

Hieruit kan dus worden geconcludeerd dat artikel 6 EVRM in beginsel ook op ambtenaren van toepassing is, tenzij de bijzondere publiekrechtelijke functie van de bewuste ambtenaar zich daartegen verzet.⁶⁰ Widdershoven is van mening dat dit arrest erop neerkomt dat vanaf dat moment *alle* ambtenaren een beroep kunnen doen op de waarborgen van behoorlijke rechtspraak van artikel 6 EVRM.⁶¹

1.6 Conclusie hoofdstuk 1

De relatie werkgever- werknemer is – zonder dat daarin compensatie plaatsvindt – zelden gelijk. Het civiele arbeidsrecht verschilt daarin niet wezenlijk van het ambtenarenrecht. Dit onderzoek betreft de vraag in hoeverre het procesrecht, en dan in het bijzonder de regels van stelplicht en bewijslast, daarin compensatie kunnen bieden. Om die reden staat dit onderzoek dan ook in de sleutel van de ongelijkheidscompensatie. In dat kader wordt in dit onderzoek onderzocht of, en zo ja, in welke mate door middel van een afwijkende stelplicht of bewijslast procesuele ongelijkheid tussen werkgever en werknemer kan worden weggenomen of teruggedrongen en zoveel mogelijk wordt voorkomen dat de rechtsbescherming op een onacceptabel ongunstig niveau uitkomt. Daarvan is sprake in het geval een partij *zonder* die compensatie zijn zaak nooit ‘rond’ zou kunnen krijgen, als gevolg waarvan een door

59. EVRM 19 april 2007, 63235/00 NJ 2007, 375 (*Vilho Eskelinen e.a./Finland*).

60. Zie ook Van der Heijden & Jellinghaus 2008, p. 37.

61. Widdershoven 2008, p. 778.

de wetgever of jurisprudentie gecreëerde gerechtvaardigde aanspraak illusoir zou worden.

Artikel 6 EVRM is zowel van toepassing op civiele procedures als op die voor ambtenaren. Dat laatste geldt uitzondering voor ambtenaren met een bijzondere functie of categorie.

Artikel 6 EVRM geeft geen *absoluut recht* tot het leveren van bewijs, maar de eis om te worden gehoord omvat in sommige gevallen ook tot het leveren van dat bewijs waaruit het gelijk van een partij blijkt.

2 BEWIJSLASTTHEORIEËN: DE GRONDSLAG VOOR EEN BILLIJKE VERDELING

2.1 **Inleiding**

In het vorige hoofdstuk is aangegeven dat dit onderzoek in de sleutel staat van ongelijkheidscompensatie door middel van een andere verdeling van de stelplicht en/of bewijslast. Daarbij is het van belang om te onderzoeken welke theorieën in het verleden met het oog op een billijke verdeling van de bewijslast zijn ontwikkeld. De vraag wie de bewijslast toebedeeld krijgt, is rechtstreeks van invloed op de inschatting van de kans op succes in de gerechtelijke procedure, zodat de voorspelbaarheid voor bedenkers van bewijslasttheorieën altijd een grote rol heeft gespeeld.¹

Ten aanzien van de stelplicht heb ik geen theorieën kunnen vinden. Hoe de bewijslastverdeling dient te worden vormgegeven, is van oudsher voorwerp van discussie geweest.²

Omdat op het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht verschillende bewijslasttheorieën van toepassing zijn, is het van belang deze theorieën nader te beschouwen.

2.2 **De theorie van de bloot-affirmatieven**

De oudst bekende theorie is die van de bloot-affirmatieven. Deze uit het Romeinse recht stammende theorie gaat er van uit dat degene die iets beweert en niet degene die iets ontkent de bewijslast heeft. Uitgangspunt van deze theorie is de aanname dat negatieve beweringen onmogelijk bewezen kunnen worden.³ Aldus tracht men de ongelijkheid in proceskansen zoveel mogelijk op te heffen. De onhoudbaarheid van deze theorie blijkt uit de omstandigheid dat een negatief feit heel wel te bewijzen is door middel van het bewijs van een positief feit dat

1. Vgl. Asser 1992, p. 40.

2. Zie voor een historisch overzicht vanaf de Romeinse tijd: Veegens-Wiersma 1973, p. 7-20 en Asser/Anema/Verdam 1953, p. 1-10.

3. Zie hierover Asser/Anema/Verdam 1953 p. 64.

daarmee in strijd is. Begin 19^e eeuw werd deze theorie onder leiding van Weber vervangen door de subjectiefrechtelijke theorie.⁴

2.3 De subjectiefrechtelijke theorie

De subjectiefrechtelijke theorie neemt als uitgangspunt het feit dat het in de civiele procedure gaat om het geldend maken van een subjectief recht.⁵ Iemand die een recht stelt te hebben moet de voor dat recht vereiste feiten bewijzen. Op de gedaagde rust dan het bewijs van diens eventuele ‘tegenrechten’.

De feiten worden in deze theorie onderverdeeld in drie groepen, te weten rechtscheppende, rechtsverhinderende en rechtsvernietigende feiten.⁶ De eisende partij hoeft echter niet *alle* feiten te bewijzen waarvan haar subjectief recht materieel afhankelijk is. Zij hoeft slechts de aanwezigheid van de rechtscheppende feiten te bewijzen. *Hoeveel* die partij moet bewijzen om aan de op hem drukkende bewijslast te voldoen, is afhankelijk van de indeling in *soort* feiten.

De gedaagde dient dan de *afwezigheid* te bewijzen van de vereisten voor het door eiser gestelde subjectieve recht en daarnaast (zo nodig) de *aanwezigheid* te bewijzen van rechtsverhinderende en rechtsvernietigende feiten.⁷ Een enkele onbillijkheid in deze theorie wordt verholpen door in dat geval de bewijslast om te keren.⁸

In de visie van Anema maakt deze theorie te veel abstracte gevolgtrekkingen uit één vooropgezet beginsel. Het begrip ‘subjectief recht’ blijft te onduidelijk. Bovendien geeft deze theorie geen antwoord op de vraag hoe de bewijslast moet worden verdeeld in zuiver procesrechtelijke geschillen. Ook is de indeling van de feiten waarop zij berust onhoudbaar. In zijn visie gaan alle theorieën mank aan het feit dat zij trachten uit één beginsel de verdeling van de bewijslast te verklaren, wat niet is vol te houden.⁹ Veegens & Wiersma wijzen erop dat de subjectiefrechtelijke leer wel een wijze van verdeling van de bewijslast aan-

4. Zie verder Asser/Anema/Verdam 1953, p. 65-66 en Veegens-Wiersma 1973, p. 78. Anders: Thesingh 1961, p. 4 die deze theorie schaaft onder de objectiefrechtelijke theorie als een variant daarvan.

5. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 66 en Veegens-Wiersma 1973, p. 80-82.

6. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 66 spreekt van ‘rechtserzeugende, rechtshinderende en rechtsvernietigende Tatsachen’ Zie ook Grünebaum 1904, p. 62-64.

7. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 66.

8. Zie verder Asser/Anema/Verdam 1953, p. 66-69.

9. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 74.

geeft, maar haar in geen enkel opzicht aannemelijk maakt. De theorie maakt, in hun visie, niet duidelijk waarom een partij die haar stelling omtrent een subjectief recht waarmaakt zou zijn ontslagen van het bewijs van rechtsverhinderende of rechtsvernietigende feiten.¹⁰

2.4 De objectiefrechtelijke theorie

Deze – van oorsprong Duitse – theorie is in 1904 door Grünebaum in Nederland geïntroduceerd. Zij zoekt haar grondslag in het uiteenlopende karakter van het *objectieve recht*.¹¹ Zij gaat er van uit dat *de wet* steeds de scheppende factor is van ieder rechtsgevolg en verdeelt de objectieve rechtsregels in regelvoorschriften en uitzonderingsvoorschriften. Daarnaast zijn er supplementaire, accessoire en contradictoire voorschriften. De burgerlijke rechter is lijdelijk, zodat voor rekening van de eisende partij komen de feiten die de regelvoorschriften meebrengen en die voortvloeien uit voormelde drie afzonderlijke groepen. De rechter verbindt aldus de rechtsregel met de aangevoerde en bewezen feiten en stelt zo het rechtsgevolg vast. Voor rekening van gedaagde komen de voorwaarden die verbonden zijn aan de uitzonderingsvoorschriften. Aldus is omkering van de bewijslast in deze theorie overbodig en onbestaanbaar.¹² Bewijslast berust zo op een *risico*. Een partij die om de toepassing van een rechtsvoorschrift vraagt en er vervolgens niet in slaagt om van de daaraan ten grondslag liggende feiten bewijs te leveren, ziet haar vordering stranden.

Deze theorie is in de visie van Anema te formalistisch van karakter. Zij geeft een onjuiste voorstelling betreffende het invoeren van voorschriften en is onhoudbaar in haar indeling van rechtsvoorschriften, welke indeling bovendien niet de bewijslast treft, maar veeleer de ‘Behauptungslast’ (een soort stelplicht). Ook het standpunt van deze theorie inzake de omkering van de bewijslast is onhoudbaar.¹³ Volgens Asser is de overtuigende kracht van de objectiefrechtelijke theorie gelegen in de logische verbinding tussen de bewijslast en het materiële recht dat het geschil beheerst, waardoor het proces op dit punt een materieel-

10. Veegens-Wiersma 1973, p. 82.

11. Grünebaum 1904 p. 65 ev. en Asser/Anema/Verdam 1953, p. 69, Asser 2004a, p. 49-58, Bosse 2003, p. 20-21, Giesen 2001, p. 88 ev., Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 34, Schuurmans 2005, p. 31.

12. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 69.

13. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 76.

rechtelijk karakter krijgt.¹⁴ Als voordeel van deze theorie wordt voorts genoemd de grote mate van rechtszekerheid.¹⁵ Als nadeel wordt wel genoemd dat het systeem wat star en rigide is omdat elke uitzondering en iedere nieuwe ontwikkeling in een rechtsregel moeten worden ‘gevangen’.¹⁶

2.5 De publiekrechtelijke theorie

Als vierde kan worden genoemd de door Moltzer¹⁷ ontwikkelde theorie. Deze houdt in dat de civiele rechter de privaatrechtelijke kant van het vraagstuk van de bewijslast onder ogen moet zien, maar tevens, wanneer een proces eenmaal aanhangig is, ook een publiek belang behoort te dienen. Daartoe dient de rechter op zoek te gaan naar de (absolute) waarheid. Volgens Moltzer rust op partijen ook een publiekrechtelijke verplichting om met alle mogelijke middelen de waarheid naar voren te brengen. Die plicht moet worden bekrachtigd met strafbepalingen. Aldus is een verdere bewijslastverdeling overbodig. Een welbewust afgelegde onware verklaring levert dan een strafbaar feit op, vergelijkbaar met meined. De rechter moet in dat geval grotere bevoegdheden krijgen om zelfstandig de juistheid van de stellingen van partijen te controleren en dient minder lijdelijk te zijn.

Reeds in zijn eigen tijd was er kritiek op deze opvatting, omdat die te ver zou gaan¹⁸. Anema is van mening dat Moltzer overdrijft door de strafrechter in beeld te brengen in een civiele procedure. Hij staat niet onwelwillend tegenover het waarheidsonderzoek door de rechter, zij het dat daaraan wel grenzen moeten worden gesteld¹⁹. Veegens & Wiersma volstaan met de opmerking dat deze theorie bij niemand instemming heeft gevonden.²⁰

Dit betekent echter niet dat deze leer geheel zonder betekenis is gebleven. Bijna 100 jaar na de eerste publicatie van deze theorie is artikel 21 in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering opgenomen, dat een enigszins vergelijkbare informatie- en waarheidsplicht oplegt, zij

14. Asser 2004a, p. 57.

15. Asser 2004a, p. 57.

16. Asser 2004a, p. 58, Bosse 2003, p. 21 en Schuurmans 2005, p. 32.

17. J.P. Moltzer 1903, p. 518 e.v. en 1904, p. 25-39.

18. Grünebaum 1904, p. 58.

19. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 80.

20. Veegens-Wiersma, 1973, p. 77.

het dat de sanctie van de rechter van beperkte aard is: hij kan uit onware beweringen de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.

2.6 De procesrechtelijke of billijkheidstheorie: de mening van Anema

Deze theorie neemt als uitgangspunt dat de verdeling van de bewijslast van zuiver *procesrechtelijke* aard is en gaat uit van het beginsel van gelijkheid van partijen voor de rechter in het proces.²¹ Noch de eiser noch de gedaagde mag in een ongunstiger positie worden gebracht dan waarin zijn wederpartij verkeert, 'daar dit tegen de aard van het proces indruist'.²² Niet het objectieve materiële recht maar het procesrecht bepaalt wie welke bewijslast draagt. Op het beginsel van de gelijkheid van partijen berusten regels van billijkheid ontleend aan ervaring, die beslissend zijn voor de vraag wie van welke feiten de bewijslast draagt, waarbij de rechter een mate van vrijheid toebedeeld krijgt.²³ Volgens Anema kan het beginsel van de gelijkheid van partijen er ook toe leiden dat de rechter er rekening mee houdt, welke der partijen het gemakkelijkst in staat is het bewijs te leveren, al is dit geen regel die men abstraheren kan of naar strikte logica kan toepassen.²⁴ Anema komt tot de slotsom dat het onmogelijk is om een algemene theorie op te stellen die voor alle gevallen een bruikbare maatstaf oplevert. De rechter moet steeds de bewijslast toetsen aan de billijkheid in verband met het hoofdbeginsel van de gelijkheid van partijen.

Hoewel de billijkheidstheorie souplesse wordt toegedicht²⁵ en de objectiefrechtelijke leer starheid²⁶, moet de tegenstelling tussen deze theorieën in de visie van Asser niet worden overdreven. De uitkomst komt vaak op hetzelfde neer.²⁷ Hij plaatst de verzwaarde stelplicht van de werkgever in het arrest *Unilever/Dikmans*²⁸ in de sleutel van de bewijslastverdeling naar billijkheid, zoals onder meer door Anema werd verdedigd.²⁹

21. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 81.

22. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 86.

23. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 83.

24. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 85.

25. Zie bijvoorbeeld Schuurmans 2005, p. 32.

26. Asser 2004a, p. 58, Bosse 2003, p. 21 en Schuurmans 2005, p. 32.

27. Asser 1992, p. 51.

28. HR 17 december 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA.

29. Asser in zijn noot onder HR 17 december 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA (*Unilever/Dikmans*) nr. 8, verwijzend naar Asser/Anema/Verdam, 1953, p. 85.

Als aanhangers van deze theorie kunnen naast Anema onder anderen worden genoemd Star Busmann, Land Eggens, Haardt, Schoordijk.³⁰ Giesen koestert geen warme sympathieën voor de billijkheidstheorie.³¹ Hij is van mening dat deze theorie noch als hoofdregel, noch als uitzonderingsleer bruikbaar is.³² Zie over de opvatting van Giesen de paragraaf hierna.

2.7 De theorie van Giesen

Giesen formuleert zijn hoofdregel van bewijslastverdeling aldus dat elke procespartij in haar visie die feiten dient te bewijzen, die minimaal nodig zijn om de elementen van de door haar ingeroepen norm, welke als grondslag voor haar vordering of verweer dient, als gegeven te kunnen beschouwen.³³ Ten aanzien van de bewijslasttheorieën is hij van mening dat geen van die theorieën zonder meer kan worden overgenomen.³⁴ Er is bij toepassing van die theorieën zijns inziens sprake van een vrij willekeurige afwijking van de hoofdregel van artikel 150 Rv. Hij doet een voorstel, onder verwerping van de bestaande theorieën, voor een nieuwe theorie voor zaken waarin aansprakelijkheid speelt, waarbij die afwijkingen kunnen worden verklaard en voorspeld.³⁵ Hij gaat daarbij uit van het materiële recht als uitgangspunt voor de verdeling van de bewijslast.³⁶ Giesen formuleert zijn theorie aldus³⁷:

‘Een uitzondering op de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling is gerechtvaardigd indien in de gevallen waarin aansprakelijkheid in principe wenselijk is op basis van die soorten gevallen in beginsel als toepasselijke materiële norm, die aansprakelijkheid niet kan worden aangenomen – met als gevolg dat verwezenlijking van het doel en de strekking van de materiële norm niet meer mogelijk is – omdat er in de meerderheid van de gevallen van dat soort structurele bewijsnood bestaat’.

30. Land Eggens 1933, p. 53-60; Haardt, HNJV 1951, deel I, p. 71; Star Busmann-Rutten, nr. 215; Schoordijk WPNR 1989, nr. 5937.

31. Giesen 2001, p. 88 e.v.

32. Giesen 2001, p. 92-98. In dezelfde zin Asser 2004 a, p. 49.

33. Giesen 2001, p. 102.

34. Giesen 2001, p. 442.

35. Giesen 2001, p. 447 e.v.

36. Giesen 2001, p. 466.

37. Giesen 2001, p. 450.

Dit betekent volgens Giesen overigens niet dat bewijsnood op zichzelf al voldoende is voor een bewijslastomkering. Het moet gaan om situaties waarin in de meerderheid van de gevallen waarin ‘aansprakelijkheid wenselijk is’ bij toepassing van de hoofdregel het doel en de strekking van de materiële norm niet te verwezenlijken is.³⁸ Men kan zich afvragen of dit wel een echte theorie is. Het heeft meer weg van een juridisch-politiek-ethische beginselverklaring. De vraag of aansprakelijkheid in het bewuste geval wenselijk is komt naar mijn mening pas aan de orde indien de verweten feiten vaststaan.

2.8 De gematigd objectiefrechtelijke theorie als heersende leer in het burgerlijk procesrecht

De wetgever lijkt uiteindelijk in 1988 bij de opstelling van artikel 177 (oud) Rv, thans artikel 150 Rv voor de objectiefrechtelijke theorie te hebben gekozen, zij het met een correctie indien enige bijzondere regel of de eisen van redelijkheid en billijkheid dat meebrengen.³⁹ Bosse concludeert hieruit dat de wetgever hieromtrent in 1988 een compromis heeft gesloten tussen de objectiefrechtelijke en de billijkheidstheorie.⁴⁰ Asser merkt op dat artikel 150 Rv weliswaar, gelet op het tweede lid, een compromis is, maar dat de praktijk leert dat de Hoge Raad krachtig de nadruk legt op de hoofdregel. Het compromiskarakter is daarmee volgens Asser op de achtergrond geraakt⁴¹.

De Hoge Raad levert bewijslastrechtelijk maatwerk door het formuleren van een voor dat geval ‘bijzondere regel’, welke wordt gevonden in het objectieve recht. De heersende leer moet daarom aldus worden begrepen dat met name *het objectieve recht* de stelplicht en de bewijslastverdeling bepaalt. Nu dat objectieve recht niet statisch is en het antwoord op de vraag hoe de bewijslast moet worden verdeeld niet alleen wordt bepaald door de interpretatie van bestaande rechtsregels, maar ook door de rechterlijke rechtsvorming, is er als gezegd toch ruimte voor maatwerk.⁴² Aldus is heersend geworden dat bewijslast *bewijsrisico* is.⁴³ Dat betekent dat de partij die in een procedure de bewijslast van

38. Giesen 2001, p. 482.

39. Vgl. Asser 1992, p. 53 ev.

40. Bosse 2003, p. 23.

41. Asser 2004a, p. 60.

42. Asser 2004a, p. 57-58.

43. Zie onder meer Asser 2004a, p. 39 en Grünebaum 1904, p. 60.

haar stellingen draagt deze procedure verliest wanneer zij het benodigde bewijs niet kan leveren.

2.9 **De billijkheidstheorie als heersende leer in het bestuursrecht**

Uit de parlementaire geschiedenis van de Awb blijkt dat de karakteristiek van het zoeken naar de materiële waarheid in het bestuursprocesrecht en het kenmerk van ongelijkheidscompensatie pleiten tegen het van toepassing verklaren van de materieelrechtelijke bepalingen van het civiele bewijsrecht. Die gaan immers uit van gelijkwaardigheid van partijen en mede daardoor van een grotere partijautonomie.⁴⁴ In het bestuursrecht lijkt de wetgever met de vrij-bewijsleer⁴⁵ aldus impliciet te hebben gekozen voor de procesrechtelijke theorie of billijkheidsleer.⁴⁶

Kortom: aldus wordt een grotere vrijheid bereikt dan bij een lijdelijke rechter om in gevallen waarin dat nodig is actief op te treden. In hoofdstuk 6 en 7 zal dit nader worden besproken. In het bestuursrecht wordt de term ‘vrij-bewijsleer’ gebruikt voor het feit dat in de Awb geen uitdrukkelijke regeling met betrekking tot de bewijslastverdeling is opgenomen: die verdeling is goeddeels aan de rechter overgelaten.⁴⁷ Wanneer in het burgerlijk procesrecht van de vrije bewijsleer⁴⁸ wordt gesproken, doelt men op artikel 152 Rv. Dit artikel bepaalt dat het bewijs kan worden geleverd door alle middelen en dat de waardering van dat bewijs aan de rechter is voorbehouden. Dit alles, tenzij de wet niet anders bepaalt.

In hoofdstuk 8 van de Awb zal men vergeefs zoeken naar regels van materieel bewijsrecht (stelplicht, bewijslast en bewijswaardering). Veel meer dan enkele formele regels, bijvoorbeeld dat meegebrachte getuigen of deskundigen ter zitting moeten worden gehoord⁴⁹, vermeldt de Awb niet. De wetgever achtte dat niet noodzakelijk omdat de bestuursrechter actief is in plaats van lijdelijk.⁵⁰ Als vorm van ongelijkheidscom-

44. PG Awb II, p. 169 en 177.

45. Waaronder wordt verstaan dat de Awb het bewijs en de toedeling daarvan vrij heeft gelaten. *Kamerstukken II* 22 495, nr. 3, p. 37.

46. Schuurmans 2005, p. 43.

47. Zie ook Schuurmans 2005, p. 41.

48. Zie bijvoorbeeld Schueler 1999 en Asser 2005, p. 32.

49. Artt. 7:8 eerste lid en 8: 60 vierde lid Awb.

50. PG Awb II, p. 173.

pensatie is de administratieve rechter een actieve rol toebedeeld en is de rechter op grond van artikel 8:69 Awb derde lid bevoegd ambtshalve de feiten aan te vullen.⁵¹ Zie hierover nader in hoofdstuk 6, paragraaf 6.4.10.

2.10 Voorspelbaarheid versus flexibiliteit

In beide disciplines gaat het om de mogelijkheid van de rechter om maatwerk te leveren ten opzichte van de hoofdregel dat de partij die zich op een rechtsgevolg beroept die feiten en omstandigheden dient te bewijzen waaruit dat rechtsgevolg kan worden afgeleid⁵². Giesen tracht dat maatwerk te ‘vangen’ in een theorie om aldus afwijkingen van de hoofdregel van art. 150 Rv te kunnen verklaren. Eén omvattende theorie lijkt daarvoor echter niet haalbaar. In zijn visie dient de bewijslast te worden verlegd als aansprakelijkheid in beginsel wenselijk is. In dat geval wordt een bewijslastverdeling tot een politieke keuze met een ad hoc karakter. Dat komt de rechtszekerheid niet ten goede. Elke keer moet weer worden afgewacht of de zaak een voldoende mate van ‘zieligheid’ heeft. Dat neigt naar mijn mening naar de vrij-bewijsleer alwaar eveneens ter volle discretie van de rechter is wie wat moet bewijzen. Dat lijkt mij bepaald onwenselijk. Aansprakelijkheid dient eerst te worden aangenomen indien het daartoe gestelde is komen vast te staan.

Objectiefrechtelijke theorie

De objectiefrechtelijke theorie houdt in dat het objectieve recht bepalend is voor de vraag of er een rechtsregel bestaat krachtens welke een andere verdeling van de stelplicht en/of bewijslast moet worden aangenomen dan de hoofdregel van artikel 150 Rv dicteert. Er wordt aldus een brug geslagen tussen het procesrecht enerzijds en het toepasselijke materiële recht, wat maatwerk mogelijk maakt. Aldus kan per onderwerp worden bepaald of, en zo ja, in hoeverre in dit specifieke materiele rechtelijke onderwerp een afwijking van de hoofdregel van artikel 150 Rv is vereist. De bewijslastverdeling is hierdoor per onderwerp verschillend. Omdat het objectieve recht zich voortdurend ontwikkelt onder invloed van zich telkens weer aandienende maatschappelijke veran-

51. *Kamerstukken II* 22 495, nr. 3, p. 37 (MvT).

52. Voor het burgerlijk procesrecht is deze regel vervat in artikel 150 Rv. Voor het bestuursprocesrecht geldt deze regel volgens Schuurmans 2005, p. 317-318 evenzeer.

deringen, kan daarop adequaat worden ingesprongen. De voorspelbaarheid van de beslissing gaat hiermee niet verloren. Door ook voor de uitzondering een rechtsregel te formuleren is in beginsel in volgende – soortgelijke – gevallen vooraf na te gaan hoe een rechter in een dergelijke situatie betreffende de bewijslast zal oordelen.

De objectiefrechtelijke theorie zou zonder enige vorm van correctie kunnen leiden tot starheid. Dat wordt echter ondervangen door de mogelijkheid open te laten om in specifieke gevallen bij bijzondere regel af te wijken van de hoofdregel. De billijkheidscorrectie van de tenzij-clausule van artikel 150 Rv zou bij toepassing feitelijk neerkomen op een invoering via de achterdeur van de billijkheidstheorie met alle daaraan verbonden nadelen. Van die mogelijkheid wordt weinig gebruik gemaakt.

De ‘gematigd objectieve leer’⁵³ mag wat mij betreft nog wèl worden uitgebreid met een ‘gematigde leer van Moltzer’. Daarmee bedoel ik het volgende. Een partij kan nu al bij meened strafrechtelijk worden vervolgd. Verder mag de civiele rechter zelf aangifte van (poging tot) oplichting c.q. valsheid in geschrifte doen wanneer hij bewust door één van de partijen in het proces wordt misleid, bijvoorbeeld doordat vervalste stukken worden overgelegd. Daarbuiten gaat strafrechtelijke vervolging mij te ver. Maar een *werkelijke processuele sanctie*, méér dan de vage opdracht aan de rechter dat hij mag handelen zoals hij geraden acht (art. 21 Rv), komt de procesvoering naar mijn mening ten goede. Indien een partij op een onderdeel aantoonbaar heeft gelogen zal de rechter nu al kunnen weigeren haar op dat punt tot het bewijs toe te laten. De vraag is of als sanctie zou kunnen worden aangenomen dat een partij die op één voor de uitkomst van de zaak van belang zijnd punt een aantoonbaar onwaar standpunt inneemt van *gehele* (verdere) bewijslevering kan worden uitgesloten. Dat zou een aanzienlijke preventieve werking kunnen hebben op de wijze waarop partijen hun stelling inrichten. Zo op het eerste gezicht valt dat naar mijn mening te verdedigen.

Er zijn echter procesrechtelijke bezwaren. De burgerlijke rechter mag, anders dan de bestuursrechter⁵⁴, geen prognose maken van de uitkomst van de aangeboden bewijslevering. Indien de burgerlijke rechter met een beroep op een aantoonbare onwaarheid op één punt een be-

53. Terminologie gebruikt o.a. door Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 35.

54. Schuurmans 2005, p. 228.

wijsaanbod met betrekking tot andere punten afwijst, maakt hij zich daarmee feitelijk schuldig aan een verboden prognose.

Een verboden prognose doet zich naar mijn mening niet voor bij het oordeel dat een partij die, op een voor de beslissing betreffende een vordering cruciaal onderdeel, aantoonbaar een oneerlijke proceshouding heeft aangenomen niet voldoet aan haar *stelplicht* en om die reden niet tot het bewijs van haar (overige) stellingen met betrekking tot die vordering wordt toegelaten. Een partij die niet aan haar stelplicht voldoet komt immers niet aan bewijslevering toe. Een aantoonbare leugen maakt dan *alle* betwiste stellingen van een partij ongeloofwaardig. Uiteraard moet het wel om een voor de uitkomst van belang zijnde feit gaan.

Dit leidt er toe dat partijen worden gedwongen in elk geval *aantoonbare* leugens in het kader van een ontkenning achterwege te laten, zodat het eigenlijke geschil zich veel eerder en veel eenvoudiger voordoet. Het geeft ook minder kans aan chicaneurs.

De billijkheidsleer

De billijkheidstheorie brengt mee dat de rechter naar eigen goeddunken dient te handelen. Hierdoor wordt het moeilijk vooraf in te schatten hoe de bewijspositie komt te liggen. Dit maakt het voor een partij moeilijk te voorspellen wat haar proceskansen zijn. Zoals in hoofdstuk 6 en 7 nader is uitgewerkt bestaat er in het bestuursrecht stevige kritiek op de vrij-bewijsleer, juist vanwege de onvoorspelbaarheid.⁵⁵ De vraag kan dan ook worden gesteld of ook in het bestuursrecht een stelsel gebaseerd op de gematigd-objectiefrechtelijke leer niet beter op zijn plaats is.

2.11 **Conclusie hoofdstuk 2**

Om te onderzoeken hoe de bewijslast het beste kan worden verdeeld, wordt in dit hoofdstuk nagegaan welke theorieën daaromtrent zijn ontwikkeld en welke theorie voor welk stelsel is toegepast.

In het voorgaande zijn de theorie van de bloot-affirmatieven, de subjectiefrechtelijke theorie, de (gematigd) objectiefrechtelijke theorie, de procesrechtelijke of billijkheidstheorie van Anema en de mening van Giesen besproken. In ons land is de gematigd objectiefrechtelijke leer

55. Zie bijvoorbeeld Schueler 2007, p. 288.

uiteindelijk voor het civiele recht aangenomen. De billijkheidscorrectie van de *tenzij*-formule van artikel 150 Rv moet min of meer als een dode letter worden beschouwd. Het maatwerk wordt met name gevonden in de *bijzondere regel* in het objectieve recht, waaronder niet alleen kan worden verstaan een wetsbepaling maar ook een door de (cassatie)-rechter ontwikkelde rechtsregel.

Het bestuursrechtelijke stelsel (vgl. hoofdstuk VI) heeft alle kenmerken van de billijkheidsleer. Deze theorie, die aan de rechter overlaat te beslissen op wie in het concrete geval de bewijslast rust, maakt de verdeling van de bewijslast onvoorspelbaar.

In het kader van de voorspelbaarheid, de rechtszekerheid en de proceseconomie wordt door mij daarom de voorkeur gegeven aan het gematigd objectiefrechtelijke stelsel, ook in het bestuursrecht. Aanbeveling zou, wat mij betreft, kunnen zijn dat, meer dan thans het geval is, een sanctie moet worden gesteld op een leugenachtige proceshouding. Een partij van wie komt vast te staan dat zij opzettelijk onwaarheid heeft gesproken met betrekking tot een voor haar vordering van belang zijnde stelling, voldoet ter zake die vordering niet aan haar stelplicht en zou daarom niet meer tot het bewijs van haar (overige) stellingen betreffende die vordering moeten worden toegelaten.

3 STELLEN IN HET BURGERLIJK PROCESRECHT

3.1 **Inleiding en definitie**

3.1.1 *Inleiding*

Voordat het arbeidsrecht onder de loep wordt genomen, wordt eerst onderzocht in hoeverre het civiele procesrecht zelf voorziet in (regels van) ongelijkheidscompensatie bij de stelplicht en de bewijslast. In dit hoofdstuk wordt de stelplicht onderzocht. Eerst wordt gedefinieerd wat stelplicht is. Daarna wordt nagegaan wat de omvang ervan is. Vervolgens wordt daartoe het algemene wettelijke kader bekeken (ook toegespitst op de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure). Tot slot wordt onderzocht in welke gevallen en op welke wijze in het civiele recht in de fase van de stelplicht ongelijkheid wordt gecompenseerd.

3.1.2 *Definitie stelplicht*

De stelplicht is het fundament van elke civiele procedure. Slechts indien een partij voldoende heeft gesteld, kan de rechter de vordering of het verzoek ook inhoudelijk behandelen. Het omgekeerde geldt ook: de rechter gebruikt de stelplicht als een instrument om een zaak op af te doen. Voert een partij te weinig aan dan kan de vordering aanstonds worden afgewezen. Wanneer men onvoldoende verweer voert, kan de vordering aanstonds worden toegewezen. Het is dus niet alleen van belang om voldoende aan te voeren, maar ook om in te kunnen schatten wat in het bewuste geval als voldoende heeft te gelden.

In de literatuur wordt onder stelplicht verstaan het aanvoeren van die rechtsfeiten die nodig zijn voor het intreden van het door de eiser (of gedaagde) ingeroepen rechtsgevolg.¹ Soms wordt ook wel gesproken van stellast.² Dit verschil tussen last en plicht wordt niet van belang ge-

1. Zie bijvoorbeeld: Asser 1992, p. 42; Asser 1998, p. 40; Snijders/Klaassen/Meijer 2007, p. 215 ev.; Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003, p. 80 en Asser 2004a, p. 52. Zie ook voor het belang van de feiten: Asser 1999.

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

acht.³ Daarnaast wordt ook nog wel gesproken van een *motiveringsplicht*, die met de stelplicht van partijen samenvalt.⁴ Die vloeit voort uit het algemene, met het contradictoire beginsel samenhangende, principe dat wederpartij en rechter moeten kunnen begrijpen wat een partij aanvoert als grondslag voor eis en verweer. Dit volgt uit artikel 21 Rv.⁵ Ik geef echter de voorkeur aan de algemeen gangbare term *stelplicht* omdat dit begrip ook in de jurisprudentie het meest is ingeburgerd.

Stelplicht kan samenvallen met bewijslevering. Een partij zal in het kader van haar stelplicht zelden kunnen volstaan met stellingen in een processtuk. Veelal zullen die stellingen moeten worden ondersteund met bewijsmiddelen. In een dergelijk geval neemt het *bewijzen* dus reeds een aanvang in de fase van de stelplicht. Uit het feit, dat een partij zoveel kan stellen dat (al dan niet voorshands) haar stelling of stellingen bewezen kunnen worden verklaard, volgt dat er sprake is van een vorm van samenloop tussen stelplicht en bewijslast.

Uit diverse onderdelen van dit onderzoek blijkt dat de informatielast van een partij zich ook kan uitstrekken tot de periode vóór het proces. Ik beperk de term stelplicht echter voor wat betreft dit onderzoek tot die *in* de procedure, omdat het anders niet goed mogelijk is in de diverse te onderzoeken disciplines één lijn te trekken en een vergelijking te maken. Ik versta daarom onder stelplicht de informatielast van een procespartij ten opzichte van haar wederpartij en van de rechter in een procedure. Voor de verplichting van een partij tot het verschaffen van informatie buiten of voorafgaand aan een procedure gebruik ik de term *informatielast*. Niet alleen in het bestuursrecht rust er op belanghebbende in diverse gevallen een informatielast in de periode voor het proces. Die kan ook aan de orde zijn in het civiele recht, wanneer een partij voorafgaand aan de procedure opening van zaken moet geven. De commissie Asser-Groen-Vranken pleit in haar Interim-rapport voor een uitbreiding van die voorfase⁶

3. Asser 2004a, p. 40.

4. Asser 2004a, p. 69-70.

5. Asser 2004a, p. 69.

6. Asser-Groen-Vranken 2003, p. 93-126.

3.2 Het wettelijke kader van de stelplicht

3.2.1 *Wettelijk kader algemeen*

De rechter onderzoekt de zaak op de grondslag van wat partijen aan hun vordering verweer of verzoek ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit, aldus artikel 24 Rv. Artikel 149 Rv bepaalt dat, tenzij uit de wet anders voortvloeit, de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen, die in het geding te zijner kennis zijn gekomen of zijn gesteld en zijn komen vast te staan. Feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, moet de rechter op grond van dit artikel als vaststaand aannemen. Dit behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat. Artikel 149 Rv begrenst het strijdperk ook: een rechter kan slechts tot een voor een partij gunstig oordeel komen indien hem *in elk geval* daartoe voldoende informatie ter beschikking is gesteld. Hij mag daar in beginsel zelf niets aan toevoegen. De rechter die toch buiten het debat van partijen treedt wordt afgestraft, ook al is zijn oordeel nog zo begrijpelijk.⁷ De rechter mag daarnaast wel feiten of omstandigheden van algemene bekendheid⁸ en algemene ervaringsregels voor zijn beslissing gebruiken. Ervaringsregels kunnen worden onderscheiden in algemene en bijzondere.⁹ Een feit van algemene bekendheid of een notoir feit is 'elk feit of elke toestand, die elk beschaafd, op de hoogte van zijn tijd staand man geacht moet worden te kennen zonder nader onderzoek of die hij

7. HR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 315 m.nt. WMK. Het hof had in zijn oordeel een kadastrale tekening betrokken, die afkomstig was uit een dossier van een eerder tussen partijen gevoerd kort geding. Dit is onjuist, aldus de Hoge Raad. Dit geldt ook als het stuk was overgelegd uit een tussen partijen gevoerd kort geding, in het bodemgeding. Zie ook: HR 29 maart 1974, *NJ* 1975, 117 m.nt. WLH; HR 27 maart 1987, *NJ* 1988, 130 m.nt. WHH, met veel rechtspraak en literatuur in de conclusie van A-G Van Soest en in de noot van Heemskerk); HR 18 december 1987, *NJ* 1988, 679 m.nt. WHH; HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 100 m.nt. WHH; HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 341; zie ook HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 250 en HR 16 november 1990, *NJ* 1992, 84.

8. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 30). Zie ook HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 688 en Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr 106 en R. Overeem in Adv. 1993, afl. 19, p. 592-593 over HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 688.

9. Zie daarover verder Asser/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 106. De rechter behoeft het gebruik van een dergelijke regel niet te motiveren: HR 26 oktober 1998, *NJ* 1998, 898.

zonder noemenswaardig onderzoek uit algemeen toegankelijke bronnen kan te weten komen, en die tevens genoegzame zekerheid bevatten om als rechtvaardigingsgrond te dienen voor ernstige maatschappelijke handelingen'. Deze hoeven niet te worden gesteld of bewezen.

Voor de stelplicht zijn verder nog van belang de artikelen 21, 23 en 25 Rv. Partijen zijn op grond van artikel 21 Rv *verplicht* de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. De rechter kan op grond van artikel 22 Rv in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende stukken over te leggen. Partijen kunnen dit weigeren indien daarvoor gewichtige redenen zijn. De rechter beslist of de weigering gerechtvaardigd is, bij gebreke waarvan hij daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht.

De rechter beslist over al wat partijen hebben gevorderd of verzocht (23 Rv). De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan (25 Rv).

De hiervoor besproken bepalingen van het burgerlijk procesrecht gelden zowel in de dagvaardingsprocedure als in de verzoekschriftprocedure.¹⁰

3.2.2 *Wettelijk kader betreffende de stelplicht in de dagvaardingsprocedure*

Welke bepalingen van het burgerlijk procesrecht zien er nu specifiek op de stelplicht van partijen in een dagvaardingsprocedure?

De dagvaardingsprocedure begint met een door de eisende partij uit te brengen dagvaarding. De inhoud daarvan wordt naar huidig burgerlijk procesrecht geregeld in artikel III Rv, waarvan voor het bestek van dit onderzoek¹¹ in het bijzonder van belang is het tweede lid sub d. Daarin staat dat de dagvaarding de eis en gronden daarvan inhoudt. Het derde lid van dat artikel vereist dat in de dagvaarding tevens de –

10. De artikelen 19-35 Rv betreffen algemene voorschriften die gelden voor alle civiele procedures. Artikel 149 Rv is via de schakelbepaling van art. 284 Rv van overeenkomstige toepassing in de verzoekschriftprocedure tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet.

11. Zie voor een zeer uitvoerige en voor de praktijk zeer werkzame uiteenzetting van de (verdere) eisen die aan een dagvaarding worden gesteld Van Mierlo en Van Dam-Lely 2003, hoofdstuk 2.

bekende – verweren van de wederpartij zijn opgenomen en de gronden daarvan.¹² Ook dient de eiser in het exploit krachtens dat tweede lid sub d in de dagvaarding te vermelden over welke bewijsmiddelen eiser kan beschikken en welke getuigen hij kan doen horen ter staving van de aldus betwiste gronden van de eis. Dit wordt naar huidig recht aangeduid als de ‘substantiëringsplicht van artikel III Rv lid 3’.¹³ Andere termen zijn de ‘exhibitieplicht’ of ‘bewijsaandraagplicht’.

De dagvaarding strekt ertoe de rechter en de wederpartij te informeren over wat de eiser vordert van de gedaagde partij en waar dat op gebaseerd is. De gedaagde partij moet zich immers naar behoren tegen de vordering kunnen verweren. De stellingen moeten dus voldoende duidelijk en begrijpelijk zijn. Van den Reek noemt dit het ‘wat en waarom vereiste’, waaraan in zijn visie naar heersende opvattingen wordt voldaan als de vordering zodanig is omschreven dat zij kan worden ‘ge-individualiseerd’.¹⁴

Ook de gedaagde partij heeft een stelplicht. Artikel 128 Rv tweede lid bepaalt dat de gedaagde haar met redenen omklede conclusie van antwoord neemt op de eerste of een door de rechter nader bepaalde roldatum. En het derde lid van 128 Rv: de gedaagde brengt alle excepties en zijn antwoord ten principale tegelijk naar voren, op straffe van verval¹⁵ van de niet aangevoerde excepties en, indien niet ten principale is geantwoord, van het recht om dat alsnog te doen. In lid 3 is het aloude beginsel van ‘concentratie van verweer’ neergelegd. Lid 5 brengt mee dat de gedaagde harerzijds de bewijsmiddelen waarover hij kan beschikken ter staving van zijn verweer moet vermelden in de conclusie van antwoord evenals de getuigen die hij daartoe kan horen.

Artikel 21 Rv geldt uiteraard ook voor de gedaagde partij en zal doorgaans minstens zo van belang zijn voor de gedaagde als voor de eiser. In de praktijk zal de gedaagde moeten aangeven dat, en zo mogelijk waarom de stellingen van de eiser onjuist zijn, niet opgaan enz. Gedaagde zal vooral ook feiten dienen te stellen die nodig zijn voor het gegrond bevinden van een zelfstandig verweer, waarmee wordt bedoeld

12. Dat betekent overigens niet dat de stelplicht verspringt. De gedaagde zal nog steeds datgene moeten aanvoeren dat nodig is om zijn verweer gegrond te laten zijn. Bovendien is het bepaalde in lid 3 niet op straffe van nietigheid voorgeschreven.

13. Zie onder meer Asser 2004a, p. 70.

14. Van den Reek 1997, p. II.

15. Zie in dit verband HR 10 maart 2006, *RvdW* 2006, 273, voor het verschil tussen een exceptief verweer en een verweer ten principale.

een verweer dat niet slechts het door eiser ingeroepen rechtsgevolg kan verhinderen, maar ook onafhankelijk daarvan tot enig rechtsgevolg strekt.

In de regel zal de bewijslast van een zelfstandig verweer op de gedaagde rusten. Als vuistregel geldt dat indien het verweer neerkomt op *'nee, omdat'* het een 'gewoon' verweer betreft. Een *'ja, maar'*-verweer zal in beginsel een zelfstandig verweer inhouden, omdat de (grondslag van) de vordering op zichzelf genomen wordt erkend, maar daartegen een reden wordt aangegeven waarom de vordering in dit geval toch niet of niet meer geldend kan worden gemaakt. Van die reden draagt de verwerende partij doorgaans de bewijslast.¹⁶

Objectief recht hoeft niet gesteld te worden. De rechter wordt geacht de wet te kennen. Hoewel strikt genomen artikel 150 Rv is geschreven als regel voor verdeling van de bewijslast werkt de stelplicht ook door in de verdeling van de bewijslast: de partij die de stelplicht heeft krijgt in beginsel ook de bewijslast.¹⁷

3.2.3 *De comparitie na antwoord in de dagvaardingsprocedure*

Artikel 131 Rv bepaalt dat de rechter na conclusie van antwoord in eerste aanleg een comparitie van partijen gelast, tenzij de zaak daarvoor niet geschikt is. In beginsel moet een partij ervan uit gaan dat dit de laatste gelegenheid is om zijn zaak verder toe te lichten, nu een verzoek om pleidooi op grond van artikel 134 Rv kan worden geweigerd. Een procespartij wordt geacht alles wat hij nog heeft aan te voeren dat ter comparitie te doen. Evenmin bestaat een recht op re- en dupliek.¹⁸

Op basis van artikel 87 en 88 Rv kan de rechter in elke stand van het geding een comparitie gelasten, respectievelijk ter beproeving van een schikking, dan wel het verkrijgen van inlichtingen. De comparitie na antwoord ex artikel 131 Rv dient beide doelen.¹⁹

De comparitie van partijen is alleen al om die reden een belangrijke schakel in het kader van de stelplicht van een partij. Daarnaast kan de rechter zich actief opstellen en op onderdelen doorvragen. Hij is lijdelijk

16. Snijders 2002, p. 191. Asser 2004a, p. 110.

17. Snijders/Klaassen/Meijer 2007, p. 218.

18. Hetgeen niet wil zeggen dat de rechter daartoe, indien de zaak zich daarvoor leent, niet toe kan overgaan.

19. Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003, p. 193 ev. en Snijders/Klaassen/Meijer 2007, p. 162.

ten aanzien van de aanvang van de procedure en de omvang van het geschil, maar de rechter kan zich *daarbinnen* ter comparitie actief met feitingering bezighouden en daar speelt hij zelfs een leidende rol.²⁰

Comparitie van partijen en stelplicht

De comparitie van partijen is een niet te onderschatten schakel in de stelplicht van partijen. Aan partijen kunnen door de rechter cruciale stellingen worden ontlokt. Ook kunnen feiten ter zitting aan bod komen die door de wederpartij onvoldoende (kunnen) worden weersproken, zodat die als vaststaand moeten worden aangenomen. Juist omdat de rechter kan doorvragen, wordt van procespartijen een goede voorbereiding gevraagd en is het essentieel dat de betrokken (materiële) procespartijen (zelf) aanwezig zijn. Aan het niet-verschijnen van een (materiële) procespartij kan bovendien de rechter die consequenties trekken die hem geraden voorkomen.

Pleiten en pleitnota ter comparitie?

Vanwege het belang van de comparitie voor de stelplicht verwacht de wetgever dat partijen zekerheidshalve schriftelijke aantekeningen met betrekking tot de comparitie willen overleggen.²¹ Heemskerk leidt daaruit af dat het *raadzaam* is, in verband met een deugdelijke vastlegging van hetgeen ter comparitie aan de orde is geweest, schriftelijke aantekeningen over te leggen.²²

In dat verband wordt de suggestie gedaan om voorafgaande aan de comparitie aan de rechter kenbaar te maken dat er behoefte bestaat aan het geven van een uitgebreidere toelichting hetzij, door een re- en dupliek, hetzij door het bepleiten van de zaak op de comparitie zelf, althans met de behoefte tot het geven van een nadere toelichting bij de inplanning en inrichting rekening te houden.²³

20. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1999-2000, 26 855, nr. 3 (MvT), p. 6 (niet opgenomen in Van Mierlo & Bart 2002, vgl. p. 324-325). Zie ook Asser/Groen/Vranken 2003, p. 74-76.

21. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1999-2000, 26 855, nr. 3 (MvT), p. 7 (niet opgenomen in Van Mierlo & Bart 2002, vgl. p. 324-325).

22. Losbladige editie *Rechtsvordering* (Kluwer) aantekening 4 op artikel 131 Rv, bewerkt door W. Heemskerk.

23. Snijders/Klaassen/Meijer 2007, p. 163.

De vraag is of daar, gelet op het door de rechtbanken gepubliceerde eenvormige interne beleid, in de praktijk ruimte voor is. Uit de *Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord*²⁴ volgt dat noch pleiten, noch het overleggen van een schriftelijk stuk met daarin hetgeen men op de comparitie gezegd wil hebben, zal worden toegelaten. In de aanhef van deze regeling staat dat deze handleiding bedoeld is als intern handboek voor de rechtspraak en zich niet richt tot andere procesdeelnemers (advocaten, partijen, getuigen enzovoort). Zij is, aldus de aanhef, openbaar gemaakt omdat het voor hen zinvol kan zijn kennis te nemen van de inhoud van de handleiding. De handleiding verwijst naar rechtsregels, maar vormt zelf geen recht en wil niet meer of anders doen dan de 'best practice' inventariseren en aanwijzingen geven voor het aan de hand daarvan behandelen van allerlei vragen waarmee de rechter en de gerechtsambtenaar geconfronteerd kunnen worden. Daaraan kunnen bij de behandeling van individuele zaken geen rechten worden ontleend.

Hieruit volgt dat deze regeling, evenals de zogenaamde TREMA-normen en de Kantonrechttersformule, bedoeld is voor intern gebruik en geen recht is in de zin van artikel 79 RO.

Verschoof stelt dat wanneer advocaten hun werk goed hebben gedaan, de juridisering van het feitencomplex al in de schriftelijke ronde is verricht.²⁵ Dat lijkt ook de achterliggende gedachte van opgemelde handleiding.

Naar mijn mening gaat dit op voor die situaties waarbij een verweerder uitsluitend de vordering weerspreekt zonder de grondslag daarvan te wijzigen. Wanneer de verweerder een vordering in een compleet andere juridische context plaatst, kan uitvoerig inhoudelijk reageren door de eisende partij noodzakelijk zijn.

De advocaat kan zijn werk nog zo goed hebben gedaan, tegen nieuwe weren bij conclusie van antwoord kan hij zijn cliënt niet op voorhand bij dagvaarding wapenen. Hij heeft alleen maar een substantiëringsplicht voor *bekende* verweren.²⁶ Een dergelijk verweer is niet altijd in alle gevallen in extenso bekend, bijvoorbeeld omdat de gedaagde partij voordien in alle talen heeft gezwegen of eerst na dagvaarding naar een advocaat is gestapt die de zaak vervolgens in een ander daglicht plaatst.

24. Te vinden op www.rechtspraak.nl.

25. Verschoof 2004, p. 343.

26. Zie artikel III derde lid Rv (substantiëringsplicht).

In een dergelijke situatie gaat de aanname van de rechtbank dat de eis en het verweer – als het goed is – al voldoende uit de doeken zijn gedaan bij dagvaarding en conclusie van antwoord niet op.

Weliswaar geeft artikel 6 lid 1 geen bewijsrechtelijke regels met betrekking tot ‘civil rights and obligations’, maar het schrijft wel voor een daadwerkelijke en effectieve toegang tot de rechter en een garantie op een eerlijk proces.²⁷ Dat betekent dat een partij in voldoende mate moet worden gehoord. Zoals in het eerste hoofdstuk in paragraaf 1.5.5. al kort uiteen is gezet, brengt artikel 6 EVRM mee dat partijen de gelegenheid moeten krijgen om ten volle op elkaars standpunten te reageren.

Voor de eisende partij die zich bij antwoord geconfronteerd ziet met een lawine van verweren kan het niettemin zo zijn dat de comparitierechter in het kader van zijn behandeling van de zaak aan partijen daarover al vragen stelt. Het is dus heel goed mogelijk dat in veel gevallen hetgeen een partij in haar pleitnota heeft staan, aan de hand van de vragen ter zitting naar voren heeft gebracht. In dat geval kan bij de laatste ronde nog alleen datgene naar voren worden gebracht wat niet al door de comparitierechter aan de orde is gesteld. In zijn algemeenheid kan dus niet worden gesteld dat met de huidige opzet een partij onvoldoende kan aanvoeren ter comparitie. Veelal zal in de huidige opzet alle ruimte en mogelijkheid zijn.

Er zijn echter gevallen denkbaar, waarin een partij zich genoodzaakt ziet om dieper op de materie in te gaan dan in het kader van beantwoording van de vraag van de comparitierechter wordt toegelaten. Ook kan het voorkomen dat de comparitierechter het punt niet aan de orde brengt. In *dat* geval zou dus, al is het maar in het kader van de laatste algemene ronde, daartoe de gelegenheid moeten worden geboden.

Het proces-verbaal van comparitie

Het tweede spanningsveld dat kan optreden is gelegen in het feit dat een partij die niet mag pleiten ook geen schriftelijk stuk mag overleggen met die punten erop die de partij in het proces-verbaal (p-v) van de comparitie vermeld wil hebben. Aldus kan het voorkomen dat een partij een punt op de comparitie wel voldoende gemotiveerd heeft weersproken, maar toch op dit punt op zijn stelplicht wordt afgeschoten omdat dit verweer niet uit het p-v blijkt. In dat geval is het niet opgepikt

27. Vgl. Barkhuysen, Damen, e.a. 2007, p. 98-100.

door de rechter of griffier die ter zitting aantekeningen heeft gemaakt voor het p-v. Daarbij zij opgemerkt dat niet in alle gevallen een griffier ter zitting aanwezig is om aantekeningen te maken. De rechter zal dan zelf aantekeningen maken en roept de griffier vervolgens op om een p-v uit te werken. Wanneer dit vervolgens geschiedt buiten aanwezigheid van partijen en zonder dat die daaraan nog input kunnen geven, kunnen wel gezegde – voor een partij essentiële – stellingen niet in een p-v terecht komen.

Een remedie hiertegen is er als partij op te staan dat het p-v in aanwezigheid van partijen wordt opgemaakt. Dan kan een partij erop toezien dat datgene wat anders in een pleitnota zou zijn overgelegd, woordelijk in het p-v van de zitting wordt opgenomen. In dat verband is het opmerkelijk dat de wetgever, als gezegd, er juist van uitgaat, gelet op het belang van de comparitie, dat partijen zekerheidshalve schriftelijke aantekeningen met betrekking tot de comparitie willen overleggen.²⁸ Mogelijk kan een verklaring worden gevonden in het feit dat wanneer een comparitierechter een deel aan de orde heeft gebracht en een overig deel vanaf een pleitnota wordt voorgedragen, het vervolgens niet aanstonds eenvoudig is vast te stellen of een partij alle in de pleitnota vervatte verweren ter zitting ook naar voren heeft gebracht. Met niet voorgebrachte verweren mag de rechter in het kader van het beginsel van hoor en wederhoor geen rekening houden.

Vershil met verzoekschriftprocedure

Deze problematiek speelt niet in een verzoekschriftprocedure, nu op de mondelinge behandeling wel mag worden gepleit aan de hand van een over te leggen pleitnota. De vraag die kan worden gesteld, is wat de rechtvaardiging is tussen dit verschil tussen de mondelinge behandeling van een verzoekschriftprocedure en een comparitie na antwoord. Zeker in die rekestprocedures waarin het bewijsrecht van toepassing is, zal de verzoekende partij evenals de partij die de dagvaarding heeft uitgebracht eerst op de zitting voor het eerst kunnen reageren op het verweer van haar wederpartij. Niet valt in te zien waarom een verzoekschriftprocedure in dat opzicht in beginsel ongelimiteerd is en een dagvaardingsprocedure in beginsel gelimiteerd. Zeker waar het de laat-

28. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1999-2000, 26 855, nr. 3 (MvT), p. 7 (niet opgenomen in Van Mierlo & Bart 2002, vgl. p. 324-325).

ste mogelijkheid betreft tot het voldoen aan een stelplicht in die feitelijke instantie, mag die naar mijn mening niet worden beknot. Ik zou er dan ook voor willen pleiten dat de partij die aangeeft behoefte te hebben aan een inhoudelijke juridische reactie – op grond van hetgeen de andere partij als laatste heeft aangevoerd – die mogelijkheid ook krijgt, hetzij bij akte voorafgaand aan de comparitie, hetzij dat er op de comparitie ruimte voor nadere toelichting wordt ingericht. In een dergelijk geval zal hetgeen aan juridische argumentatie wordt aangevoerd in een korte notitie ten behoeve van het p-v aan de griffier moeten kunnen worden overgelegd.

Conclusie comparitie van partijen en aanbeveling

Indien het beleid van de rechtbanken aldus wordt toegepast dat een advocaat niet de gelegenheid krijgt om dieper in te gaan op niet eerder bekende stellingen en weren, zoals bij conclusie van antwoord zijn opgeworpen, dan rijst de vraag of de wijze waarop door de rechtbanken invulling wordt gegeven aan artikel 131 Rv niet op gespannen voet staat met artikel 6 EVRM. Weliswaar geeft artikel 6 lid 1 geen bewijsrechtelijke regels met betrekking tot ‘civil rights and obligations’, maar het schrijft wel voor een daadwerkelijke en effectieve toegang tot de rechter en een garantie op een eerlijk proces.²⁹ Het stelt in elk geval hoge eisen aan de advocaat, niet alleen voor wat betreft de voorbereiding van de comparitie, maar ook om het uiteindelijk daarheen te leiden dat, in het kader van de op zijn cliënt rustende stelplicht, hij in de gelegenheid wordt gesteld om datgene aan te voeren wat voor een goede behandeling van de zaak nodig is en op een zodanige wijze dat dit volledig en juist in het proces-verbaal komt.

In dat verband zou er aan kunnen worden gedacht om, analoog aan de situatie waarin er op de zitting nieuwe informatie wordt aangevoerd, aan de eisende partij desgevraagd toe te staan dat die uiterlijk 14 dagen voor de comparitiedatum een akte neemt als reactie op de conclusie van antwoord, gelijk thans gebeurt met een conclusie van antwoord in reconventie. Ter comparitie kunnen wederpartij en rechter dan tijdig kennismaken van dit verweer en kan de behandeling daarvan op de zitting zo kort zijn als in de handleiding wordt voorgestaan.

29. Vgl. Barkhuysen, Damen, e.a. 2007, p. 98-100.

Ook zou kunnen worden gedacht om comparitie en mondelinge behandeling in een verzoekschriftprocedure meer op elkaar af te stemmen, des dat voor partijen ruimte wordt gereserveerd om aan de hand van een over te leggen pleitnota te pleiten.

3.2.4 *Het bewijsaanbod in de dagvaardingsprocedure*

De stelplicht van de eisende partij brengt mee dat zij moet vermelden over welke bewijsmiddelen zij kan beschikken (zie art. III, derde lid Rv). Wil zij tot het bewijs worden toegelaten dan zal zij daartoe volgens vaste jurisprudentie³⁰ verder een voldoende gespecificeerd (en ter zake dienend) bewijsaanbod moeten doen. Ten behoeve van het bewijsaanbod dient de eisende partij ‘man en paard’ te noemen, zowel voor wat de stellingen die zij wil bewijzen, als de wijze waarop zij dat wil doen.

Ook in een later stadium van de procedure (zoals in hoger beroep) kan een bewijsaanbod worden gedaan. Een ‘standaard’ bewijsaanbod dat eiser, indien en voor zover hij daartoe rechtens is gehouden, aanbiedt zijn stellingen te bewijzen met alle middelen rechtens, in het bijzonder door middel van het horen van getuigen of het benoemen van een deskundige, zal al snel als ‘te vaag en niet ter zake doende’ worden gepasseerd.

Reisig noemt als de vier vereisten waaraan moet zijn voldaan om tot het bewijs te worden toegelaten: (1) de te bewijzen aangeboden feiten zijn duidelijk en bepaald omschreven; (2) deze feiten zijn betwist en (3) voor waarneming vatbaar; en 4. kunnen – indien bewezen – leiden tot de gevorderde beslissing.³¹ De rechter kan ook ambtshalve bewijslevering opdragen.³²

Zoals we hierboven hebben gezien geldt dit een en ander krachtens artikel 128 Rv ook voor de gedaagde partij bij conclusie van antwoord.

30. Zie bijvoorbeeld: HR 1 april 2005, NJ 2006, 5.

31. Reisig 2004 p. 119.

32. Vgl. Van Nispen 2002, aant. 4 op art. 166 Rv en HR 13 februari 1998, NJ 1999, 560. Tot een ambtshalve bewijsopdracht is de rechter evenwel niet gehouden en, anders dan bij de vraag of hij een bewijsaanbod moet honoreren, geldt dat hij bij de vraag of hij ambtshalve bewijs zal opdragen wel naar de te verwachten uitkomst van de bewijslevering mag kijken. M.a.w. de zgn. ‘verboden prognose’ geldt dan niet.

3.2.5 *Wettelijk kader inzake de stelplicht in de verzoekschriftprocedure*

Ook in een verzoekschriftprocedure dient de verzoekende partij alle feiten te stellen die benodigd zijn voor het intreden van het door haar beoogde rechtsgevolg. Artikel 278 Rv eerste lid bepaalt: ‘Het verzoekschrift vermeldt (...) *een duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop het berust. (...)*’. Hoewel de wet daarover in genoemd artikel opvallend genoeg zwijgt (in tegenstelling tot de wettelijke regeling betreffende verzoekschriften in zaken betreffende het personen en familie-recht, vgl. art. 799 Rv), wordt er van uit gegaan, dat bij de indiening van het verzoekschrift, voor zover nodig, bescheiden worden overgelegd die kunnen dienen tot het bewijs van de gestelde feiten.³³

Aan de inhoud van het verweerschrift stelt de wet geen nadere eisen (zie art. 282 Rv), al is wel duidelijk dat daarin het verweer moet worden opgenomen dat de verweerder wenst te voeren en voorts dat bij het verweerschrift nog extra producties kunnen worden overgelegd. Aangenomen kan worden dat hiermee wordt bedoeld de bescheiden die tot het bewijs van het in het verweerschrift gestelde kunnen dienen.³⁴

De derde afdeling van de eerste titel van Boek I, ‘Algemene voorschriften voor procedures’, de artikelen 19-35 Rv, welke artikelen onder meer zien op de plicht van partijen om de rechter naar waarheid volledig te informeren en op de lijdelijkheid van de rechter die oordeelt op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, is zowel voor de verzoekschriftprocedure als voor de dagvaardingsprocedure van toepassing. In art. 284 Rv is de negende afdeling van de tweede titel van overeenkomstige toepassing verklaard in de verzoekschriftprocedure, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. In deze negende afdeling is opgenomen art. 149 Rv, dat op de stelplicht betrekking heeft. Nu enerzijds de eiser de grondslag van zijn vordering moet benoemen en de gedaagde de grondslag van zijn verweer en anderzijds de verzoeker de gronden van zijn verzoek moet aangeven en de verweerder – naar mag worden aangenomen – de gronden van zijn verweer en voorts in alle gevallen logischerwijs die feiten of rechten moeten worden gesteld die volgens het recht de rechtsgevolgen kunnen meebrengen waarop de bewuste partij zich beroept, concludeer ik dat de in de dagvaardingsprocedure op de

33. Van Mierlo 2002, T & C Rv aant. 5 op artikel 278, p. 456.

34. Van Mierlo 2002, T & C Rv aant. 4 op artikel 282, p. 469.

eiser respectievelijk gedaagde en in de verzoekschriftprocedure op de verzoeker respectievelijk verweerder rustende stelplicht heel wel vergelijkbaar zijn, al kent de verzoekschriftprocedure geen specifieke bepalingen betreffende de substantiëringsplicht van artikel III derde lid Rv.

3.2.6 *Het bewijsaanbod in de verzoekschriftprocedure*

Nu de negende afdeling van de tweede titel van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing is verklaard in de verzoekschriftprocedure, tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet, is het in beginsel ook in de verzoekschriftprocedure zinvol een bewijsaanbod te doen. Aan dat bewijsaanbod worden dezelfde eisen gesteld als aan het bewijsaanbod in de dagvaardingsprocedure, welke eisen hierboven kort zijn besproken.

3.3 **De omvang van de stelplicht**

Voor welke rechten of feiten heeft een partij nu precies een stelplicht? Asser formuleert het aldus:

‘Voor een antwoord op deze vraag moeten we te rade gaan bij het objectieve recht, zowel het geschreven als het ongeschreven recht, dat de door eiser ingeroepen rechtsbetrekking beheerst. Eiser beroept zich immers op bepaalde rechtsgevolgen, bijvoorbeeld de gehoudenheid tot schadevergoeding. Daartoe moet hij feiten of rechten stellen die volgens het objectieve recht de rechtsgevolgen meebrengen waarop hij zich beroept, in het zojuist genoemde voorbeeld van schadevergoeding de onrechtmatige daad of de wanprestatie van de wederpartij.’³⁵

De *eiser* zal dus in elk geval zodanige, positief werkende feiten of rechten in zijn dagvaarding moeten opnemen en zijn vordering zodanig moeten motiveren, dat deze, voor het geval de gedaagde verstek laat gaan, de rechter niet ‘onrechtmatig of ongegrond voorkomt’.³⁶ Wanneer een eiser bijvoorbeeld niet stelt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst kan wedertoelating tot het werk niet worden toegewezen. In dat geval kunnen de vastgestelde feiten het gevorderde niet dragen. Een eiser hoeft overigens – wanneer dat niet wordt betwist – niet te stellen hoe

35. Asser 1998, p. 41.

36. Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 47.

de rechtsbetrekking, waarop hij zijn vordering baseert, tot stand is gekomen. Dit is vaste jurisprudentie sinds het arrest *Klatt/Van den Berg*.³⁷ De rechtsbetrekking zelf moet natuurlijk wel worden gesteld.

Daarbij moet worden bedacht dat de rechter de stelplicht als instrument gebruikt om zaken op af te doen: het doek voor een vordering valt immers in de betrokken instantie wanneer een partij niet aan haar stelplicht heeft voldaan. Dat betekent naar mijn mening dat eiser reeds in dit stadium de rechter zal moeten *overtuigen* van de validiteit van de vordering, alsmede van de haalbaarheid daarvan (eventueel na bewijslevering). Een eiser dient zich dus af te vragen of zijn vordering, onderbouwd met bewijsmiddelen aan die maatstaf voldoet.

Wat de *verweerder* precies moet stellen om aan zijn stelplicht te voldoen hangt, zoals hierboven besproken, af van het wettelijk kader en van wat de eisende partij heeft gesteld. Is een zeer gedetailleerde eis ingesteld, dan zal de verweerder daar gedetailleerd op moeten ingaan. Hoe gespecialiseerder wordt gesteld, hoe gespecificeerder de betwisting dient te zijn.³⁸ Aldus moge wel duidelijk zijn dat een partij door middel van de wijze waarop zij invulling geeft aan haar stelplicht de stelplicht van de wederpartij beïnvloedt. Wat een verweerder precies moet aanvoeren is dus in zijn algemeenheid niet te zeggen. Wel is duidelijk dat een verweerder die *meer* kan aanvoeren dan een blote ontkenning niet met een dergelijke ontkenning mag volstaan wanneer dat voor de rechter of de eisende partij problemen oplevert.³⁹ De stelplicht voor de ene partij bevordert de kwaliteit van het verweer van de andere partij.⁴⁰ Indien stellingen ongeloofwaardig zijn en deze (gemotiveerd) worden betwist, kan van de steller worden gevergd dat hij nadere gegevens aanvoert ten einde aan zijn stelplicht te voldoen.

Van den Reek concludeert na uitvoerig jurisprudentieonderzoek dat de eisen die aan de motiverings- ofwel stelplicht van de eiser en verweerder worden gesteld 'in elkaar zijn overgelopen'.⁴¹ De algemene grondnorm is naar zijn mening dat partijen het 'wat en waarom' van hun standpunten uiteen moeten zetten. Er ontspint zich vervolgens een krachtenveld,

37. HR 6 januari 1928, *NJ* 1928, 755.

38. Visser 1997, p. 73.

39. Zo is reeds in 1925 door de Hoge Raad uitgemaakt in het arrest *Batava/Salomonsky*, HR 18 december 1925, *NJ* 1925, 228. Zie ook HR 7 januari 1926, *NJ* 1926, 258 (*Zuiderent/Bezemer*).

40. Snijders/Klaassen/Meijer 2007, p. 215.

41. Van den Reek, 1997, p. 23.

waarbij het sterk aan de feiten en omstandigheden ligt en ter weging van de rechter is of de partij die zich op een rechtsgevolg beroept voldoende heeft gesteld. De rechter zal daarbij als gezegd acht slaan op het wettelijke kader en op hetgeen de wederpartij heeft aangevoerd.

Eerst wanneer partijen over en weer voldoende hebben gesteld, komt de rechter toe aan de vraag wie van partijen krachtens art. 150 Rv de bewijslast draagt en of een bewijsopdracht nodig is omdat hetzij de partij die de bewijslast heeft bewijs heeft aangeboden, hetzij de rechter ambtshalve een bewijsopdracht geeft. De rechter kan de andere partij gelijk geven, wanneer de partij tot wiens domein het in het geding brengen van bepaalde stukken berust, dat nalaat.⁴²

De stelplicht vervult dus een cruciale functie binnen het civiele proces, een soort poortwachterfunctie: stelt of betwist een partij te weinig dan wordt haar vordering zonder nadere bewijslevering af- respectievelijk toegewezen. Ook de bewijslastverdeling wordt in zekere mate beïnvloed door de wijze waarop een partij haar stellingen inricht. Niet alleen kan een partij al zoveel bewijsmateriaal hebben overgelegd dat op voorhand bewezen moet worden geacht dat zij het bij het juiste eind heeft, maar ook kan een partij een zodanig strategische stellingname hebben gekozen, dat de wederpartij feitelijk is gedwongen een zelfstandig verweer te voeren, waarvan laatstgenoemde partij de bewijslast draagt.

3.4 **Ongelijkheidscompensatie door een bijzondere, uit de wet voortvloeiende stelplicht**

3.4.1 *Inleiding*

Een procespartij kan in haar stelplicht (aanzienlijk) worden bemoeilijkt doordat de feiten en omstandigheden die zij nodig heeft om aan haar stelplicht te voldoen bij haar niet voorhanden zijn of zelfs bij uitstek tot het domein van de wederpartij behoren. Denk aan de arts die beschikt over het medische dossier of aan de werkgever die beschikt over stukken waaruit blijkt met welke gevaarlijke stoffen er precies in het bedrijf wordt gewerkt. Die wederpartij zal er doorgaans geen belang bij heb-

42. Zie bijvoorbeeld: Hof Leeuwarden 14 november 2007, LJN: BB8266, waarin de rechtbank had geoordeeld op basis van foto's in het bezit van de in appel niet verschenen geïntimeerde partij. Het feit dat die partij niet was verschenen was in de visie van het hof daarbij niet van belang: het appel werd toegewezen omdat de geïntimeerde het hof niet in staat stelde de grieven te beoordelen.

ben om eigener beweging met voor haar belastende stukken te komen. Indien men dat voor rekening en risico van de eisende partij laat, kan dat leiden tot een ongelijkheid in proceskansen. Als de rechtsbescherming daardoor op een onacceptabel ongunstig niveau uitkomt, is compensatie geboden. Allereerst zal worden nagegaan welke ongelijkheidscompensatie de wetgever biedt. Daarna zal de door de jurisprudentie geboden ongelijkheidscompensatie onder de loep worden genomen.

3.4.2 *De mededelingsplicht van artikel 21 Rv*

Artikel 21 Rv geeft een bijzondere, uit de wet voortvloeiende stelplicht. Het artikel bepaalt immers dat partijen verplicht zijn de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren.⁴³

Een partij kan met wat zij aan informatie in de procedure brengt of juist weglaat haar wederpartij helpen of juist tegenwerken. Een vorm van ongelijkheidscompensatie is het dwingen van een procespartij tot het in het geding brengen van voor die partij nadelige informatie die van belang is voor de uitkomst van de zaak.

Sinds de arresten *Goosen/Goosen*⁴⁴ en *Stecon/Roerink*⁴⁵ is niet langer in geschil dat zwijgen – als het uitkomt – niet baat. In die arresten is uitgemerkt dat wanneer een partij feiten verzwijgt die tot een voor de wederpartij gunstige afloop van die procedure zouden hebben kunnen leiden, terwijl zij wist of behoorde te weten dat de wederpartij niet met die feiten bekend was of redelijkerwijs bekend behoorde te zijn, deze ‘oneerlijke proceshouding’ een vorm van bedrog oplevert die aanleiding kan geven tot herroeping van het vonnis⁴⁶. In artikel 21 Rv is deze jurisprudentie gecodificeerd.

Anders dan in het strafrecht, waar de verdachte een zwijgrecht heeft, heeft een partij in het *civiele* recht een dergelijk zwijgrecht, gelet op artikel 21 jo. 382 Rv, dus niet.⁴⁷ De bedoeling van deze bepaling is het debat meer te verplaatsen richting de *materiële* waarheid.⁴⁸

43. Zie hierover ook Van Mierlo & Bart 2002, p. 146 ev. i.h.b. p. 152.

44. HR 4 oktober 1996, NJ 1998, 45.

45. HR 13 december 1996, NJ 1998, 46 m. nt. HJS.

46. Zie voor de herroepingprocedure de artt. 382 e.v. Rv.

47. Zij het dat ook in de civiele procedure – ex art. 6 EVRM – geldt dat niemand gehouden is mee te werken aan het leveren van bewijs dat kan bijdragen tot zijn strafrechtelijke veroordeling, vgl. HR 11 februari 1994, NJ 1994, 336 en EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485.

48. Zie Van Mierlo & Bart 2002, p. 152 (MVA I).

Met deze per 1 januari 2002 ingevoerde bepaling beoogt de wetgever duidelijk te maken dat het ook in een civiele procedure niet aangaat om feiten bewust achter te houden of onjuist weer te geven.⁴⁹ In een dergelijk geval kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Het artikel bevat een algemene handleiding voor het processuele debat en beoogt het processuele debat in een zo vroeg mogelijk stadium uit de verf te laten komen.⁵⁰

De literatuur is verdeeld met betrekking tot de reikwijdte van dit artikel. Volgens Van den Reek brengt artikel 21 Rv een aanscherping van de stelplicht ten opzichte van het vóór 1 januari 2002 geldende (civiel proces)recht.⁵¹ Sommige auteurs zijn van mening dat de betekenis van artikel 21 Rv niet moet worden overschat. Het artikel legt slechts vast dat men niet mag trachten door ‘liegen en bedriegen’ een gunstige rechterlijke uitspraak te verkrijgen. Opzet is dus vereist.⁵²

Crommelin is van mening dat artikel 21 Rv meer omvat dan slechts ‘het uitbannen van de bewuste leugen’. In zijn visie is de bedoeling van deze bepaling dat partijen zo snel mogelijk volledige opening van zaken geven. Aldus kan zo snel mogelijk tot de kern van de zaak worden doorgedrongen.⁵³

Ekelmans verwijst naar de parlementaire geschiedenis en is van mening dat de artikelen over substantiërings- en bewijsaandraagplicht er slechts toe strekken het geschil in een zo vroeg mogelijk stadium uit de verf te laten komen.⁵⁴

Daarnaast wordt in dit verband wel opgemerkt dat partijen elk hun eigen ‘subjectieve’, al dan niet ingekleurde, waarheid hebben, zodat het kan voorkomen dat beide partijen overtuigd zijn van hun gelijk. Dit komt voort uit een selectieve waarneming en herinnering. De rechter dient nog steeds een onvoldoende aannemelijk gemaakte stelling voor onwaar te houden en, omgekeerd, moet hij niet voldoende betwiste stellingen nog altijd voor waar aannemen.⁵⁵

49. Van Mierlo & Van Dam 2003, p. 67 en Van Mierlo & Bart 2002, p. 149.

50. Van Mierlo & Bart 2002, p. 147.

51. Van den Reek, 1997, p. 4. vgl. ook p. 13.

52. Klaassen 2002, p. 1450 t/m 1458. Wiersma 2002, p. 14 noemt het artikel zelfs een ‘padvindingsartikel’ en voegt hier aan toe dat het niet eist dat een civiele procespartij zijn zwakke posities eerlijk aan de wederpartij zou moeten opbiechten.

53. Crommelin 2007, p. 173.

54. Van Mierlo & Bart 2002, p. 147 en Ekelmans 2007, p. 9.

55. Von Schmidt auf Altenstadt, 2002, p. 10.

De procespartijen bepalen het debat, waarbuiten de rechter niet ambtshalve mag treden. Op basis van het arrest *Goosen/Goosen*⁵⁶ mag een partij wel de feiten groeperen, accenten plaatsen en zelfs gegevens weglaten. Niet is toegestaan dat procespartijen tegen beter weten in gestelde feiten betwisten of feiten bewust verkeerd voorstellen. In dit arrest geeft de Hoge Raad een uitleg van het begrip bedrog in de zin van artikel 382 Rv, nl: wanneer de partij door haar oneerlijke proceshouding belet dat in een procedure feiten aan het licht komen die tot een voor de tegenpartij gunstige afloop van de procedure zouden kunnen leiden. Dit zal zich onder meer voordoen wanneer een partij feiten als hiervoor bedoeld verzwijgt, terwijl zij wist of behoorde te weten dat de tegenpartij niet met die feiten bekend was of redelijkerwijs bekend hoorde te zijn. Evenmin mogen partijen, bijvoorbeeld tijdens een comparitie of een mondelinge behandeling, bewust onware antwoorden geven op vragen van de rechter gesteld binnen de rechtsstrijd.⁵⁷ Daarbuiten is dit uiteraard ook niet toegestaan, al zal dat voor het debat niet snel van belang zijn. Vranken is van mening dat een partij spontaan mededeling moet doen over alle feiten, ook over ongunstige feiten.⁵⁸

De stelplicht kan niet worden afgedwongen. Als een partij daaraan niet voldoet staat daar geen *directe* sanctie op.⁵⁹ Wel wordt zij 'gestraft' met een afwijzing van de vordering.⁶⁰ Wie een bepaald feit niet stelt, zal ook niet tot het bewijs daarvan worden toegelaten. Een genuanceerde variant van deze regel doet zich voor als een partij op het eerste oog ongeloofwaardige feiten aan haar vordering ten grondslag legt en de wederpartij daar gedegen gemotiveerd en gedocumenteerd verweer tegen voert. Van eerstgenoemde partij kan dan worden gevergd dat zij ter voldoening aan haar stelplicht nadere gegevens aanvoert alvorens zij tot bewijslevering wordt toegelaten.⁶¹ Indien de stellingen van een partij zó ongeloofwaardig zijn dat die in strijd komen met feiten van algemene bekendheid of met ervaringsfeiten behoeven aan de betwisting daarvan geen hoge eisen te worden gesteld. In andere gevallen dient

56. HR 4 oktober 1996, NJ 1998, 45 m. nt. HJS.

57. Von Schmidt auf Altenstadt, 2002, p. 10.

58. Vranken 1998, p. 36.

59. Snijders 2002, p. 192, door wie in dit verband wordt verwezen naar HR 31 januari 1992, NJ 1992, 319.

60. Zie in dit verband ook Giesen 2001, die de huidige sanctie (dat de rechter een beslissing kan nemen die hem geraden voorkomt) onvoldoende acht.

61. Snijders 2002, p. 192, door wie in dit verband wordt verwezen naar HR 31 januari 1992, NJ 1992, 319.

de betwister tenminste die feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen waaruit blijkt dat aan die stellingen geen geloof kan worden gehecht.

Partijen hebben in dit verband naar huidig procesrecht wettelijk geregelde informatie- en mededelingsplichten. Zo bepaalt artikel 22 Rv dat de rechter in alle standen van het geding om nadere informatie kan vragen. Weigeren mag alleen in geval van gewichtige redenen. Of van dergelijke redenen sprake is, is ter beoordeling van de rechter. Ook kan de rechter openlegging van de boeken bevelen en is de partij gehoord als getuige onder ede verplicht de gevraagde inlichtingen te verschaffen op grond van artikel 164 en 193 Rv.⁶²

3.4.3 *De substantiëringsplicht*

Artikel III Rv derde lid eist dat de eiser in de dagvaarding opneemt over welke bewijsmiddelen hij kan beschikken en de getuigen die hij kan doen horen ter staving van de aldus betwiste gronden van de eis. Anders gezegd, voor zover gedaagde de gronden van de eis heeft betwist, moet eiser aangeven hoe hij zijn stellingen kan bewijzen. Daaraan dient eiser dan ook een bewijsaanbod te koppelen, waarbij het voorbehoud dient te worden gemaakt ‘voor zover er op eiser rechtens ter zake bewijslast rust’, nu immers nog niet valt in te zien – zonder het daadwerkelijke verweer van de wederpartij te kennen – of er wel een bewijslast op de eiser komt te rusten en die partij uiteraard ook niet vrijwillig het bewijsrisico naar zich toe wenst te trekken. Voor de gedaagde geldt min of meer een soortgelijke regeling. Een partij wordt aldus in een vroeg stadium gedwongen met haar kaarten op tafel te komen. Aldus wordt voorkomen dat de andere partij wordt ‘overvallen’ met informatie en kan al in een vroeg stadium van de procedure worden ingeschat hoe de zaak bewijsrechtelijk komt te liggen.

Op grond van artikel 22 Rv kan de rechter in elke stand van het geding aan partijen of één van hen opdragen bepaalde stellingen toe te lichten dan wel bepaalde stukken in het geding te brengen. Ook in dit geval kan de rechter bij het niet voldoen hieraan daaraan de conclusie verbinden die hem geraden acht.

62. Von Schmidt auf Altenstadt 2002, p. II reserveert daarvoor de term *exhibitieplicht*.

3.4.4 *Artikel 843a Rv*

Artikel 843a Rv biedt aan een partij die daarbij rechtmatig belang heeft de mogelijkheid om op zijn kosten inzage, afschrift of een uittreksel te vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. Dit artikel, dat betrekking heeft op de bijzondere exhibitieplicht in en buiten rechte, bevat in lid 4 de beperking dat de wederpartij mag weigeren een bepaald stuk ter inzage te geven indien daarvoor gewichtige redenen zijn, evenals indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd.

Dit artikel, dat past binnen de verruiming van de processuele mededelingsplichten welke de wetgever in 2002 heeft doorgevoerd⁶³, kan daarom onder omstandigheden ongelijkheidscompensatie bieden, omdat zo een partij 'die op de stukken zit' gedwongen kan worden inzage te geven aan de andere partij. Zo kan een geschorste werknemer die niet langer bij zijn dossiers en e-mails kan op een dergelijke wijze toch die stukken verkrijgen die hij voor de verdediging van zijn zaak nodig heeft. Aldus kan een partij bewerkstelligen dat hij alsnog over die stukken kan beschikken die hij nodig heeft om aan zijn stelplicht te kunnen voldoen. Aldus wordt een processuele ongelijkheid opgeheven.

3.4.5 *Wettelijke of rechtsvermoedens*

Wettelijke of rechtsvermoedens zijn door de wetgever geformuleerde *aannames* waartegen tegenbewijs openstaat.⁶⁴ Hoewel wettelijke of rechtsvermoedens dus eigenlijk in het bewijsrecht thuishoren, geven deze wel sturing aan de stelplicht. De stelplicht wordt daardoor in zekere mate vereenvoudigd.⁶⁵ Zo bevat art. 7:610a BW bijvoorbeeld het wettelijke vermoeden dat hij die ten behoeve van een ander tegen beloning gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende tenminste twintig uren per maand arbeid verricht, deze arbeid

63. Bosch-Boesjes 2002, aant. 1 op art. 843a Rv.

64. Tegenbewijs staat immers altijd open, tenzij de wet het uitsluit (art. 151 lid 2 Rv). Dit gebeurt echter vrijwel nooit.

65. Een eisende partij zal in een dergelijk geval (minimaal) moeten stellen – en zonodig bewijzen – de essentialia van het wettelijke vermoeden.

krachtens arbeidsovereenkomst verricht. Een partij kan zich in de eerste fase van het geding beperken tot de feitelijke stellingname dat zij ten behoeve van een ander tegen beloning gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende tenminste twintig uren per maand arbeid heeft verricht. Zo dat niet door de wederpartij wordt betwist, moet de rechter ervan uitgaan dat de eiser bedoelde arbeid krachtens arbeidsovereenkomst heeft verricht. Zodra dit een en ander wel wordt betwist wordt bewijslevering noodzakelijk voordat ervan uit kan worden gegaan dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het zal dan meestal echter verstandig zijn tevens alle essentialia van een arbeidsovereenkomst te stellen, zoals het bestaan van een gezagsverhouding, zodat – zodra de weg via het wettelijke vermoeden doodloopt – de procedure niet aanstonds teneinde is.

Uit het voorgaande volgt dat door een wettelijk vermoeden enige ongelijkheidscompensatie wordt geboden. Op het wettelijke vermoeden wordt in het volgende hoofdstuk in paragraaf 4.4 nader ingegaan.

3.4.6 *Conclusie ongelijkheidscompensatie in de stelplicht door de wetgever*

Artikel 21 Rv bevat bij uitstek de plicht om de rechter volledig en naar waarheid te informeren, bij gebreke waarvan de rechter de wettelijke mogelijkheid heeft om daar de consequenties aan te verbinden die hem geraden voorkomen. Artikel 21 Rv bergt in zich een vorm van ongelijkheidscompensatie: zonder artikel 21 Rv bevindt de eisende partij zich tegenover een categorisch ontkennende of zelfs chicanerende wederpartij in een moeilijke positie. Het naar voren brengen van de waarheid zal onvermijdelijk meebrengen dat een wederpartij punten moet toegeven. Zij zal op bepaalde wijze ‘kleur moeten bekennen’, dat wil zeggen een aannemelijke lezing moeten geven voor feiten die de andere partij stelt. De mededelingsplicht brengt overigens niet mee dat een partij spontaan de wederpartij behoeft te wijzen op allerhande *juridische* weren welke die partij, door zijn huiswerk naar behoren te doen, zelf kan verzinnen. Van partijen en hun proceshulpers kan en mag immers worden verwacht dat zij alert zijn op datgene wat in de procedure naar voren moet worden gebracht.

Het is naar mijn mening een goede ontwikkeling dat artikel 131 Rv de rechter in eerste aanleg *verplicht* om een comparitie na antwoord te houden, tenzij hij oordeelt dat de zaak daarvoor niet geschikt is. Tijdens een comparitie komt in het algemeen van het strategisch opgestelde verweer bij antwoord wat minder terecht indien een verwerende partij nu

nog eens zelf in haar eigen woorden moet vertellen hoe het een en ander geweest is en ook op gerichte vragen van een rechter (die doorvraagt) een antwoord moeten hebben. Feitelijk maakt artikel 21 Rv, in combinatie met de comparitie na antwoord, dat de rechter minder lijdelijk is en meer aan waarheidsvinding kan doen.

De invoering van artikel 21 Rv heeft tot aan heden, voor zover ik in de jurisprudentie heb kunnen waarnemen, niet tot een aardverschuiving geleid voor wat betreft de waarheidsvinding. Het zou naar mijn mening een goede procesorde en -economie ten goede komen indien er op de niet-nakoming van het bepaalde in artikel 21 Rv en artikel III e.v. Rv sancties zouden worden gesteld. Het beginsel van een goede procesorde brengt naar mijn mening mee dat een partij, die bewust vitale informatie achterhoudt⁶⁶, niet moet worden beloond met een gewone procedure, omdat de andere partij haar stelplicht niet 'rond' krijgt. De algemene omschrijving van artikel 21 Rv, die er op neerkomt dat de rechter kan handelen zoals hem goeddunkt, is naar mijn overtuiging onvoldoende.

Van den Reek noemt in zijn dissertatie wel enkele mogelijke sancties, zoals nietigheid van de dagvaarding, niet-ontvankelijkheid of afwijzing van het gevorderde.⁶⁷ De wetgever heeft de eerste sanctie niet overgenomen. Wel kan de rechter uiteraard de vordering niet-ontvankelijk verklaren of afwijzen, doch ook bevelen dat de ontbrekende gegevens alsnog moeten worden verstrekt (zie artikel 120 lid 4 Rv).

Een oplossing zoals Moltzer⁶⁸ bepleitte gaat echter (veel) te ver. Het strafbaar stellen van (beweerdelijk) onjuiste stellingen zal uiteindelijk als resultaat hebben, dat een partij met oneigenlijke middelen belemmerd wordt in haar procesvoering. Een dergelijke situatie valt ook wel eens waar te nemen indien een advocaat door zijn wederpartij tuchtrechtelijk wordt aangeklaagd met het doel om die advocaat het verder werken in die zaak te ontmoedigen. Het is aannemelijk dat het om die reden vaste tuchtrechtelijke jurisprudentie is dat een advocaat een grote mate van vrijheid heeft in de wijze van behandeling van de zaak voor zijn cliënt en hij zich slechts klachtwaardig jegens een wederpartij uit, wanneer die uiting *onnodig* grievend is.

66. Daaronder schaar ik ook onder de partij die tracht een claim af te weren door zoveel mogelijk te ontkennen en aldus de wederpartij welhaast in een onmogelijke bewijspositie te manoeuvreren.

67. Van den Reek, 1997, p. 8.

68. Molzer 1903, p. 518 e.v. en 1904, p. 25-39 en Anema 1953, p. 72 e.v.

Naar mijn mening is de oplossing om ten aanzien van de partij van wie komt vast te staan dat zij inzake een essentieel feit voor de beslissing op haar vordering heeft gelogen, te oordelen dat zij ten aanzien van die vordering niet aan haar stelplicht heeft voldaan en haar derhalve niet tot het bewijs van haar (overige) stellingen betreffende *die* vordering toe te laten.⁶⁹ De vordering zal dan worden moeten worden ontzegd. Eerst dan krijgt artikel 21 Rv naar mijn mening substantiële betekenis. Hiervan gaat een preventieve werking uit, zodat partijen, naar mijn verwachting, minder geneigd zijn om een onware proceshouding aan te nemen. Dat brengt vervolgens mee dat er minder bewijsopdrachten nodig zijn, hetgeen de proceseconomie ten goede komt.

Ook de andere mogelijkheden, zoals een 843a Rv-procedure en het werken met wettelijke vermoedens, kunnen een welkome aanvulling zijn. De 843a Rv-procedure kan uitkomst bieden voor die partijen die voor hun stelplicht (mede) afhankelijk zijn van die stukken die tot het domein van de andere partij behoren. De wettelijke vermoedens omkaderen de stelplicht voor een partij. Desalniettemin bestaat er naar mijn mening daarnaast behoefte aan maatwerk, bijvoorbeeld indien een partij die ‘op de stukken zit’, deze desalniettemin in een geding niet produceert.⁷⁰ In een dergelijk geval is het aan de rechter om in een concreet geval te bepalen *welke* conclusie hem geraden voorkomt. Hierna zal dan ook de jurisprudentie ter zake worden behandeld.

De stelplicht van een verzoekschriftprocedure wijkt in beginsel niet af van die van een dagvaardingsprocedure. Wel kan een partij in een verzoekschriftprocedure pleiten en een pleitnotitie overleggen – ook wel aangeduid als ‘aantekeningen mondelinge behandeling’. Bij een comparitie na antwoord is pleiten noch het overleggen van een pleitnota toegestaan. Een echt goede verklaring voor dit verschil heb ik niet kunnen vinden. In dat verband is voor de comparitie na antwoord in elk geval aanpassing noodzakelijk van de huidige regeling voor die gevallen waarin de verwerende partij bij antwoord nieuwe weren ten gronde aanvoert.

69. Indien zij meer vorderingen heeft ingesteld, geldt dit naar mijn mening dan niet voor de overige vorderingen indien deze niet door het -gebleken – onware feit worden geraakt.

70. Bijvoorbeeld omdat die partij stelt daarover niet te beschikken.

3.5 Ingrijpen door de rechter

3.5.1 *Verzwaarde stelplicht; definitie en inhoud*

De wet voorziet naast de *algemene* regel van artikel 21 Rv niet in een wettelijke regeling waarin een partij wordt verplicht om *specifieke*, tot haar domein behorende informatie in het geding te brengen. Deze verplichting, aangeduid als verzwaarde stelplicht is in de jurisprudentie ontwikkeld. Daaronder wordt verstaan de plicht voor een partij op wie de bewijslast in beginsel niet rust om aanknopingspunten voor bewijslevering te verschaffen aan de partij op wie de bewijslast rust. Dit betekent in concreto doorgaans dat deze partij de tot haar domein behorende stukken die voor de uitkomst van de procedure van belang zijn in het geding brengt.⁷¹ Een duidelijke vorm van ongelijkheidscompensatie.

De rechter kan zonder de bewijslast om te keren of te werken met vermoedens ingrijpen in de omvang van de bewijslast die een partij draagt door de wederpartij van de partij met de bewijslast een informatielast op te leggen ten aanzien van het probandum, met dien verstande dat van die partij mag worden verwacht dat zij ter motivering van haar betwisting aan de wederpartij gegevens verschaft. Het betreft dus een plicht van de ene partij (de niet met het bewijsrisico belaste partij, meestal de gedaagde) om haar betwisting van een door de andere partij (meestal de eiser) gesteld feit te motiveren, teneinde de andere partij aanknopingspunten voor bewijslevering te verschaffen.⁷² Giesen noemt dit begrip ‘aanvullende stelplicht’.⁷³ Asser spreekt van verzwaring van de motiveringsplicht⁷⁴ en noemt als uiteindelijke doel beïnvloeding van het bewijsrisico.⁷⁵

71. Zie bijvoorbeeld HR 20 november 1987, NJ 1988, 500; HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 m.nt. PAS (*Jansen/Nefabas*), HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 m.nt. C.H.J. Brunner; HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286.

72. Giesen 2001, p. 39. Zie ook recent voor de aard en omvang van de verzwaarde stelplicht HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335.

73. Giesen 2001, p. 39 en p. 475-477.

74. Asser 2004a, p. 115 e.v.

75. Asser 2004a, p. 116.

3.5.2 *Toepassing van de verzwaarde stelplicht door de rechter*

Deze verzwaarde stelplicht wordt in de jurisprudentie in het bijzonder toegepast in gevallen waarin de partij die over de deskundigheid en de relevante gegevens beschikt aansprakelijk wordt gesteld voor een fout (bijv. de arts, de notaris en de werkgever).⁷⁶ Indien de deskundige de gegevens niet verstrekt, dan heeft hij de stellingen onvoldoende gemotiveerd betwist en neemt de rechter de stellingen van de wederpartij als vaststaand aan. Dan komt men aan bewijslevering in dat geval niet meer toe.⁷⁷ De Hoge Raad heeft in het arrest *NNEK/Mourik c.s.*⁷⁸ aangegeven wat de mogelijkheden voor de rechter zijn indien een partij *niet* aan haar verzwaarde stelplicht voldoet. Het is, aldus de Hoge Raad, in beginsel aan het beleid van de rechter die over de feiten oordeelt overgelaten welke sanctie hij in de gegeven omstandigheden passend acht, indien een partij op wie een verzwaarde stelplicht rust daaraan niet voldoet. Wel zal het in de regel meer voor de hand liggen dat de rechter de bewijslast niet omkeert, maar de stellingen van de partij op wie de bewijslast rust hetzij, als onvoldoende betwist, op de voet van art. 149 lid 1 Rv als vaststaand aanneemt, hetzij deze stellingen voorshands bevesten acht behoudens tegenbewijs door de partij op wie de verzwaarde stelplicht rust. Overigens geldt ook voor een dergelijke beslissing, aldus de Hoge Raad, dat zij tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken.⁷⁹ Soms wordt ook wel van een ‘*verzwaarde betwistplicht*’ gesproken.⁸⁰ Omdat er op een verwerende partij evenzeer een stelplicht rust, kies ik voor de meer algemeen gangbare aanduiding verzwaarde stelplicht.

76. HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500 (Timmer/Deutman); HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 368 (Schepers/De Bruijn); HR 1 december 1995, *NJ* 1996, 181 (mededelingsplicht van de huurder); HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 58; (aansprakelijkheid van commissarissen), HR 10 januari 1997, *NJ* 1999, 286 (notaris); HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596. m.nt. DA (*Unilever/Dikmans*); HR 1 december 2000 *NJ* 2001/45 (*faillissement*)

77. Bijvoorbeeld Asser 1992, nr. 33.

78. HR 15 december 2006, *NJ* 2007, 203.

79. HR 15 december 2006, *NJ* 2007, 203.

80. Lewin 2007, p. 82.

In het arrest *Slotervaartziekenhuis*⁸¹ oordeelt de Hoge Raad dat de verplichting van het ziekenhuis om aan de oorspronkelijke eisers op wie de bewijslast rustte, voldoende feitelijke gegevens te verschaffen ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van eisers teneinde deze aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijslevering, niet impliceert dat het ziekenhuis bewijs diende te leveren van de feiten die het heeft gesteld ter betwisting van de stellingen van eisers. Anders gezegd: een verzwaarde stelplicht brengt geen omkering van de bewijslast met zich mee. Voldoende is dat een partij op wie de bewijslast niet rust *aanknopingspunten* voor bewijslevering verschaft.

In het arrest HR 15 juni 2007⁸² was de vraag aan de orde of de arts door overlegging van het – in de visie van de patiënt onvolledige – dossier aan zijn verzwaarde stelplicht had voldaan. Het hof had in die zaak in zijn arrest tot uitdrukking gebracht dat het niet opnemen van bepaalde gegevens in het medische dossier destijds niet in strijd was met hetgeen op dit punt van een redelijk bekwaam en redelijk handelend behandelaar mocht worden gevergd. De Hoge Raad oordeelt dat het hof daarmee de juiste maatstaf heeft aangelegd, wat in beginsel ook voldoende is voor het antwoord op de vraag of is voldaan aan de verplichting tot verschaffing van gegevens aan eisers. In casu wordt dus voor de vraag *waaraan* de verzwaarde stelplicht in casu moet voldoen afgeleid uit de omstandigheden van dat geval: voor de aansprakelijkheid van een medicus is dat wat op dit punt van een redelijk bekwaam en redelijk handelend behandelaar mocht worden gevergd.

Een eisende partij zal dus in casu hebben te stellen en bewijzen dat in de gegeven omstandigheden het dossier incompleet is en/of er onvoldoende aan verslaglegging is gedaan, of dat er dat er stukken oorspronkelijk in het dossier hebben gezeten die niet worden overgelegd. Dat zal dikwijls niet eenvoudig of, zoals in het bewuste arrest, zelfs onmogelijk blijken te zijn. In een situatie waarin een verzekerde de communicatie over een (mogelijke) claim niet zonder instemming van zijn aansprakelijkheidsverzekeraar mag laten lopen op straffe van verval van de dekking van het bewuste voorval, is niet ondenkbaar dat het uiteindelijk overgelegde dossier in het gunstigste geval het meest noodzakelijke zal bevatten. Het is dan niet aannemelijk dat in een getuigenverhoor zal worden toegegeven dat het oorspronkelijke dossier meer stukken

81. HR 20 april 2007, *RvdW* 2007, 423.

82. *NJ* 2007, 335.

heeft bevat en wat de aard en inhoud van die stukken waren. In dat verband zou naar mijn mening dan ook uit een dossier in afdoende mate moeten worden vastgelegd *wat* er met een patiënt/cliënt is gedaan, waarom dat is gebeurd, hoe dat met hem is gecommuniceerd en welke tussentijdse ijkmomenten zijn gebruikt.

Ik ben het niet met Giesen eens wanneer hij stelt dat een aanvullende stelplicht geen goed instrument zou zijn om ongelijkheid in proceskansen te compenseren.⁸³ Zoals in de volgende hoofdstukken nog nader wordt uitgewerkt, kan juist de verdeling van de *stelplicht* in het kader van de ongelijkheidscompensatie goede dienst doen. Een partij die ‘op de stukken zit’, behoort immers aan de partij op wie de stelplicht en bewijslast rust aanknopingspunten te verschaffen. Aldus kunnen ongelijke proceskansen worden weggenomen en wordt voorkomen dat de partij op wie de bewijslast rust niet eens aan het leveren daarvan toekomt.

Dat spoort ook met het in artikel 21 Rv bepaalde, dat partijen de voor de (uitkomst van de) procedure relevante feiten volledig en naar waarheid naar voren te brengen. Bij gebreke van een ‘harde’ sanctie op dit artikel mag de rechter eisen stellen aan datgene dat een verwerende partij daartegenin brengt, indien die partij bij uitstek over cruciale informatie beschikt of in redelijkheid zou moeten beschikken.

Voorts brengt een regel die een verzwaarde stelplicht aan een partij oplegt mee dat die partij zich daarop voorbereidt en dus zijn huiswerk beter doet.⁸⁴ Een partij op wie een zorgplicht rust moet er rekening mee houden dat hij moet laten zien welke maatregelen hij in dat kader heeft genomen. Hij zal daarmee rekening houden door een deugdelijk dossier aan te leggen en bij te houden.

Giesen ziet naar mijn mening voorbij aan het feit dat een eisende partij in het kader van de stelplicht een dringende behoefte kan hebben aan informatie die tot het domein van de verwerende partij behoort. Eerst wanneer bijvoorbeeld de eisende patiënt de beschikking krijgt over zijn medische dossier, dat gedaagde onder zich heeft, kan hij adstrueren wat er is misgegaan bij de operatie. Omkering van de bewijslast is mosterd na de maaltijd wanneer de eiser zijn zaak voordien bij de rechter heeft zien stranden omdat hij niet heeft kunnen voldoen aan

83. Giesen 2001, p. 475-477.

84. Vgl. De Laat 2006, p. 266 die een preventieve werking constateert van het rechtsvermoeden ex artikel 7:610a en b BW. Een dergelijke preventieve werking gaat naar mijn mening ook uit van een regel waarbij op een partij een verzwaarde stelplicht rust.

zijn stelplicht. Zoals ook verder in het onderzoek wordt betoogd, komt het in een procedure vaak aan op de stelplicht. Door een aanvullende stelplicht aan te nemen kan maatwerk worden bereikt. Een oplossing zoals door Bosse voorgesteld voor het civiele arbeidsrecht, waarbij de werkgever per definitie de bewijslast krijgt⁸⁵, lijkt moeilijk te verenigen met dit maatwerk.

3.6 Conclusie stelplicht

Het civiele procesrecht voorziet zelf vrijwel niet in (regels van) ongelijkheidscompensatie bij de stelplicht. Artikel 21 Rv bepaalt dat partijen verplicht zijn de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Artikel 149 Rv bepaalt dat de rechter alleen die feiten en omstandigheden aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen (behoudens ervaringsregels en feiten van algemene bekendheid) die in het geding zijn gesteld, te zijner kennis zijn gekomen en zijn komen vast te staan. Daarnaast kunnen nog artikel 22 en 843a Rv worden genoemd als bijzondere bepalingen in het kader van de stelplicht waarbij op verzoek van de rechter, respectievelijk van de wederpartij een partij gehouden kan zijn bepaalde informatie in het geding te brengen.

Het materiële recht bepaalt voor welke feiten een partij een stelplicht heeft.⁸⁶ Dat betekent dat in hoofdzaak naar het arbeidsrecht zelf moet worden gekeken of, en zo ja, in welke mate een werknemer of werkgever een van de hoofdregel⁸⁷ afwijkende stelplicht heeft.

Wat de *omvang* van die stelplicht precies is, hangt bovendien samen met hetgeen de wederpartij heeft betoogd. Een procespartij kan in haar stelplicht (aanzienlijk) worden bemoeilijkt doordat de feiten en omstandigheden die zij nodig heeft om aan haar stelplicht te voldoen tot het domein van de wederpartij behoren. Die wederpartij zal er doorgaans geen belang bij hebben om eigener beweging met voor haar belastende stukken te komen. Indien men dat voor rekening en risico van de eisende partij laat, kan dat leiden tot een ongelijkheid in proceskansen. Als de rechtsbescherming daardoor op een onacceptabel ongunstig niveau uitkomt, is compensatie geboden. Dergelijke compensatie wordt

85. Bosse 2003, p. 304.

86. Asser 1998, p. 41.

87. Te weten dat de partij die zich op een rechtsgevolg beroept de stelplicht heeft van de met dat rechtsgevolg samenhangende feiten en omstandigheden.

in sommige gevallen door de wet geboden en soms ook door de jurisprudentie. Hierboven heb ik de door het civiele procesrecht en de door de jurisprudentie geboden vormen van ongelijkheidscompensatie bij de stelplicht besproken. In hoofdstuk 4 zal ik de door het bewijsrecht geboden ongelijkheidscompensatie bespreken en vervolgens zal ik in hoofdstuk 5 per arbeidsrechtelijk onderwerp bekijken hoe eventuele ongelijkheidscompensatie wordt geboden.

4 BEWIJZEN IN HET BURGERLIJK PROCESRECHT

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht in hoeverre het civiele bewijsrecht zelf voorziet in (regels van) ongelijkheidscompensatie.

Nadat het debat is gevoerd tussen partijen en vonnis wordt gevraagd, ligt de zaak op het bord van de rechter ter beoordeling. De rechter moet wegen of er voldoende is gesteld om een bepaald rechtsgevolg te bewerkstelligen en beoordelen of, en zo ja, door welke partij nadere bewijslevering noodzakelijk is. Centraal staat daarbij artikel 150 Rv dat de bewijsrechtelijke hoofdregel inhoudt en luidt:

‘De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.’

Doorgaans is dus uitgangspunt dat de steller bewijst. Het objectieve recht of de eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen een andere verdeling meebrengen. Of van de hoofdregel wordt afgeweken wordt bepaald door het materiële recht dat het geschil beheerst¹. Het bewijsrecht faciliteert daarbij het materiële recht bij de bewijslastverdeling. Hoe die facilitering plaatsvindt en wat daarbij de specifieke instrumenten zijn, wordt in dit hoofdstuk besproken.

Allereerst worden de definities behandeld (4.2), vervolgens de ongelijkheidscompensatie door middel van afwijking van de hoofdregel van artikel 150 Rv (4.3), het voorwerp van bewijs (4.4) wettelijke of rechtsvermoedens (4.5), feitelijke of rechterlijke vermoedens (4.6), de omkeringsregel (4.7) en tegenbewijs (4.8). De conclusie staat in paragraaf 4.9.

1. Asser 2004a, p. 58.

4.2 **Definities**4.2.1 *Wat is bewijzen?*

Anema definieert bewijzen als het ‘den rechter omtrent rechtsfeiten door bepaalde middelen zoodanige gronden voor zekerheid verschaffen, als hij behoeft, om aan die feiten door het recht verbonden rechtsgevolgen toe te wijzen.’² Volgens Thesingh is bewijzen het (bij anderen of bij zich zelf) tot bewustheid brengen van als waar aanvaarde oordelen, uit welke verbinding de overtuiging van de waarheid van een ander oordeel – namelijk het in de te bewijzen bewering uitgesprokene – noodwendig voortvloeit.³ Asser formuleert het als ‘de activiteit die leidt tot het door de rechter als vaststaand aannemen van bepaalde feiten of rechten’.⁴

De rechter dient een redelijke mate van zekerheid te krijgen van bepaalde feiten.⁵ Hij moet *overtuigd* worden.⁶ Bewijzen ziet op vaststelling door de rechter van iets dat zich (al of niet tussen partijen) heeft afgespeeld of zich nog steeds (al of niet tussen partijen) afspeelt. Anders gezegd, het ziet op een historische werkelijkheid.⁷ Daarmee onderscheidt de bewijsvoering zich van de juridische argumentatie. Bewijsoordeel en rechtsoordeel dienen dus van elkaar te worden onderscheiden.⁸ Asser noemt als voorbeeld het geval dat de rechter komt te staan voor de taak om vast te stellen wat twee partijen zijn overeengekomen. De inhoud van wat partijen aan elkaar hebben verklaard is voor bewijslevering vatbaar, want het betreft hier een historisch feit, dat door aanwending van de verschillende bewijsmiddelen (akten of getuigen) kan worden vastgesteld. Wat daaruit vervolgens aan rechtsgevolgen dient te worden geconcludeerd is daarentegen niet voor bewijs vatbaar. Dat betreft immers een rechtsoordeel.

Soms wordt ook gesproken over *aannemelijk maken*.⁹ Deze term wordt gebruikt om aan te geven dat aan de bewijslevering minder hoge eisen

2. Asser-Anema 1940, p. 36 en Asser-Anema-Verdam 1953 p. 35-36.

3. Thesingh 1961, p. 11.

4. Asser 1992, p. 13, Giesen 2001, p.11 en Asser 2004a, p. 31.

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

6. Asser 2004a, p. 31.

7. Asser 2004a, p. 31.

8. Asser 1992a, p. 13.

9. Zie bijvoorbeeld HR 23 juni 2006, NJ 2006, 254 (*Luyckx*).

worden gesteld, dat de rechter eerder zal concluderen tot het vaststaan van de desbetreffende feiten en niet is gebonden aan de gewone regels van het bewijsrecht.¹⁰

Wanneer de bewijsopdracht mislukt, of wanneer een partij niet over de bewijsmiddelen beschikt om de juistheid van de door haar gestelde feiten te bewijzen, dan wordt dat aangeduid als een *non liquet*.¹¹

4.2.2 *Onrechtmatig verkregen bewijs*

Blijkens de parlementaire geschiedenis is het aan het oordeel van de rechter overgelaten of in een concreet geval, oordelend aan de hand van de omstandigheden, sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs.¹² Een inbreuk op de privésfeer zal een bewijsmiddel niet snel onrechtmatig maken.¹³ Doorgaans wordt de grens gelegd bij de vraag of er een strafbaar feit werd gepleegd om het bewijs te kunnen krijgen.¹⁴ Een bijzondere regeling daarbij is die van artikel 139f Sr ten aanzien van het verbod op bewijsgaring met verborgen camera's. Dit onderdeel wordt nader behandeld in hoofdstuk 5, paragraaf 5.6.7 (arbeidsrecht) en hoofdstuk 6, paragraaf 6.5.5 (ambtenarenrecht).

4.3 **Voorwerp van bewijs**

Het moet blijkens artikel 150 Rv gaan om de *rechtsgevolgen* van door haar gestelde feiten of rechten. Bij feiten onderscheidt men feiten en hulpfeiten. Uit feiten volgt rechtsreeks een rechtsgevolg. Men spreekt dan wel van direct bewijs.¹⁵ Wanneer een feit kan worden *afgeleid* uit een ander bewezen feit, dan spreekt men van een *hulpfeit*. Hulpfeiten worden vooral veel gebruikt om te bewijzen dat een door de wederpartij gesteld rechtsfeit niet kan hebben plaatsgevonden.¹⁶ Er is dan sprake van indirect bewijs.¹⁷ Een voorbeeld daarvan is wanneer een partij bewijst dat

10. Zie onder meer: Asser 1992, p. 15, Giesen 2001, p. 51 en Asser 2004a, p. 34.

11. Asser 1992, p. 8, Giesen 2001, p. 12 en Asser 2004a, p. 53 en betekent in het Latijn 'het is niet duidelijk'.

12. Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht, p. 107.

13. HR 7 februari 1992, NJ 1993, 78 (*Slempkes/Nool*) HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850; (*Driessen/Van Gelder*).

14. Zie verder ook: Snijders/Klaassen/Meijer, 2007, nr. 217.

15. Zie bijvoorbeeld Asser 2004a, p. 35.

16. Asser 2004a, p. 35.

17. Asser 2004a, p. 35.

zij die dag niet in Leiden is geweest, doordat zij aantoont dat zij die dag in Groningen was.

In de oudere literatuur komt de term ‘rechtsfeit’ voor. Scheltema omschrijft een rechtsfeit als een feit waaraan het recht gevolgen verbindt.¹⁸ Meijers verstaat daaronder de omstandigheid, van wier bestaan de toepassing van een rechtsregel afhankelijk is.¹⁹ Een feitenvaststelling kan alleen rechtsfeiten betreffen, aangezien het in een proces uiteindelijk gaat om de erkenning of niet-erkenning van bepaalde, door een der partijen ingeroepen rechtsgevolgen. Bepaalde rechtsgevolgen kunnen zelf weer als rechtsfeit fungeren, zoals in het geval dat de eigenaar van een dier aansprakelijk is voor de schade, dat door dat dier is veroorzaakt.²⁰

Asser merkt op dat de waarde van het begrip ‘rechtsfeit’ niet moet worden overschat. Het kan nuttig zijn ter afbakening van de grens tussen feit en recht in een feitelijk en juridisch gecompliceerd geschil.²¹

Dit onderscheid is ook van belang in cassatie. Zodra het gaat om de *betekenis* van de verklaringen is sprake van een rechtsoordeel dat dus niet voor bewijs vatbaar is. Hoe een partij feiten heeft opgevat is nog wel voor bewijs vatbaar, omdat dit bijvoorbeeld uit te bewijzen feiten of gedragingen van die partij na het sluiten van die overeenkomst kan worden opgemaakt. De vraag of die partij het afgesprokene ook heeft *mogen* opvatten in die zin zoals hij heeft gedaan, is weer een rechtsoordeel dat aan de rechter is voorbehouden. Dit oordeel komt niet door bewijslevering tot stand maar door juridische, op materieelrechtelijke normen gebaseerde, argumentatie.²² Dat neemt niet weg dat de ‘gegeven omstandigheden’ weer feitelijk zijn en voor bewijslevering vatbaar, want de vaststelling van die omstandigheden gaat uiteraard vooraf aan het genoemde rechtsoordeel. Voorwerp van bewijslevering kan dus niet zijn dat de ene partij de afspraak onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht opvatten in de zin als hij heeft gedaan.²³

Geen bewijs behoeven feiten of omstandigheden van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels.²⁴

18. Scheltema 1940, p. 7.

19. Meijers, 1958, p. 207-210.

20. Meijers, 1958, p. 207.

21. Asser 2004a, p. 35.

22. Asser 1992, p. 14.

23. Asser 1992, p. 13-14.

24. Zie artikel 149 lid 2 Rv.

4.4 De uitzonderingen van artikel 150 Rv

In het hoofdstuk over de stelplicht heb ik onderscheid gemaakt tussen ongelijkheidscompensatie door de wetgever en ongelijkheidscompensatie door de rechter (jurisprudentie). Als gevolg van de opbouw van artikel 150 Rv bepaalt in sommige gevallen de wetgever en in andere gevallen de rechter wanneer de hoofdregel moet worden toegepast en wanneer niet. In het kader van dit hoofdstuk kan geen scherpe lijn tussen wet en jurisprudentie worden getrokken. Ik zal wet en jurisprudentie hierna dan ook gezamenlijk behandelen.

4.4.1 *De eerste uitzondering van art. 150 Rv: tenzij uit enige bijzondere regeling anders voortvloeit: afwijking door de wet of bij jurisprudentie*

In het bewijsrecht betreft de ongelijkheidscompensatie dikwijls gevallen, situaties of maatregelen waarbij een bijzondere rechtsregel in het objectieve recht de bewijslast op de andere partij laat rusten. Deze uitzondering ziet op alle rechtsregels van geschreven en ongeschreven recht, waaruit een van de hoofdregel afwijkende bewijslastverdeling voortvloeit.²⁵

Onder *geschreven* rechtsregels vallen bijvoorbeeld wettelijke vermoedens zoals in het arbeidsrecht terug te vinden in artikel 7: 658 lid 2 BW, maar ook daarbuiten zoals bij de actio Pauliana 3:46 BW en art 43 F, het vermoeden van goede trouw in 3:118 BW, de regel dat de bezitter vermoed wordt rechthebbende te zijn en de regel van 6:237 BW – de ‘grijze lijst’ – dat bepaalde bedingen worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn.

Bij ongeschreven regels kan worden gedacht aan in de jurisprudentie ontwikkelde rechtsregels zoals aan de door de Hoge Raad in het arrest *Sevim Kacar-Kisacik/Stegeman*²⁶ gegeven regel, dat het aan de werkgever is te bewijzen dat de werknemster tijdens het ontslag niet zwanger was.

25. Parl. Gesch. Bewijsrecht, p. 89.

26. HR 9 maart 1990, NJ 1990, 561.

4.4.2 *De tweede uitzondering van art. 150 Rv: indien de redelijkheid en billijkheid een andere bewijslastverdeling met zich mee brengen*

Een andere bewijslastverdeling kan ook voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid. De wetgever had voor de beslissing tot omkering van de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid geen verzwaarde motiveringsplicht in gedachte.²⁷

In hoofdstuk 2, paragraaf 2.8, is reeds aangegeven dat eerder is bevestigd dat de Hoge Raad in dergelijke gevallen strak vasthoudt aan de hoofdregel van artikel 150 Rv²⁸. Het bestaan van bewijsnood is onvoldoende grond om de bewijslast om te keren.²⁹ Partijen kunnen middels bewijsovereenkomsten van het wettelijke bewijsstelsel afwijken, tenzij zij daarmee contra legem gaan: partijen kunnen geen dwingend recht opzij zetten.³⁰

4.5 **Een vorm van ongelijkheidscompensatie door de wetgever: wettelijke of rechtsvermoedens**

Er is sprake van een vermoeden indien uit een vaststaand feit een ander, niet-vaststaand feit, wordt afgeleid.³¹ Een vermoeden kan worden ontzenuwd door het leveren van tegenbewijs, tenzij er sprake is van een onweerlegbaar vermoeden.

Vóór 1988 kwam het vermoeden als bewijsmiddel in de wet voor.³² Wettelijke vermoedens werden in de handboeken omschreven als ‘zodanige (vermoedens), welke, uit kracht ener bijzondere wetsbepaling, met zekere handelingen of met zekere daadzaken verbonden zijn.’³³ Het vermoeden is niet altijd duidelijk te onderscheiden van de fictie.³⁴

Ook vóór 1988 werd er al een onderscheid gemaakt tussen onweerlegbare en weerlegbare wettelijke vermoedens.³⁵ Onweerlegbare wettelijke vermoedens zijn bepalingen van dwingend recht waartegen geen tegen-

27. Parl. Gesch. Bewijsrecht, p. 90.

28. Zie Asser, 2004a, p. 60.

29. HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 (*Maatschappij van Assurantie/Zonneveld*).

30. Losbl. BRV art 180 Rv, Dijksterhuis-Wieten 36-39.

31. Sniijders/Klaassen/Meijer 2007, p. 224.

32. Sedertdien geldt de vrij-bewijsleer van artikel 152 Rv (lid 1): bewijs kan worden geleverd door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt.

33. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 283.

34. Asser 2004a, p. 90.

35. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 276.

bewijs openstaat.³⁶ Een vermoeden is in ons huidige recht geen bewijsmiddel maar een manier van redeneren die leidt tot het aannemen van bepaalde rechtsgevolgen.³⁷

Het weerlegbare wettelijke vermoeden koppelt aan het bestaan van bepaalde rechtsfeiten een bepaald rechtsgevolg. In een dergelijk geval schrijft *de wetgever* aan de rechter een oneigenlijke omkering van de bewijslast voor met de kennelijke bedoeling om een bepaalde (vaak eisende) partij tegemoet te komen in de op haar rustende bewijslast.³⁸ Dit rechtsgevolg kan vervolgens door het leveren van tegenbewijs worden ontzenuwd. Anders dan bij een echte omkering blijft het bewijsrisico echter op de eisende partij rusten. Voor de stelplicht en de bewijslast zijn de vermoedens van aanzienlijk meer belang omdat dit ‘metterdaad bepalingen van bewijsrecht’ zijn.³⁹

Bosse spreekt in dit verband van het *aannemelijk maken* van ‘hulpfeiten’.⁴⁰ Zoals zij terecht opmerkt, met een verwijzing naar Asser, onthefte dit de partij op wie de bewijslast rust niet van die bewijslast. Ik kan het *aannemelijk maken* van hulpfeiten’ in dat verband dan ook niet goed plaatsen, althans dit lijkt mij terminologisch onzuiver. Een partij dient met te stellen en zo nodig te *bewijzen* hulpfeiten het wettelijke vermoeden te ontzenuwen. In het verdere verloop van dit onderzoek zal ik het hebben over een rechtsvermoeden en niet (ook) over een wettelijk vermoeden, nu het naar mijn mening twee termen voor hetzelfde juridische begrip betreft.

4.6 **Een vorm van ongelijkheidscompensatie door de rechter: feitelijke of rechterlijke vermoedens**

Ook *de rechter* kan werken met weerlegbare vermoedens. Hij kan bijvoorbeeld op basis van de aangeleverde bewijsmiddelen een feit voorspand bewezen achten en aan de partij op wie de bewijslast niet rust tegenbewijs opdragen. Dit wordt ook wel aangeduid als een rechterlijk of feitelijk vermoeden.⁴¹

36. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 276.

37. Asser 1992, p. 27.

38. Asser 1992, p. 28.

39. Asser/Anema/Verdam 1953, p. 276 en Asser 2004a, p. 91.

40. Bosse 2003, p. 89/90.

41. Asser 1992, p. 28-29 en p. 33 ev.

Bewijslast is bewijsrisico, dat wil zeggen dat degene op wie de bewijslast rust de zaak verliest wanneer hij er niet in slaagt om het gevraagde bewijs te leveren.

Er kan sprake zijn van een *'echte' omkering*, waaronder wordt verstaan dat het bewijsrisico, onafhankelijk van het verloop van de concrete procedure, komt te liggen op de wederpartij van degene die volgens de hoofdregel het bewijsrisico zou dragen⁴². Van een *oneigenlijke omkering* wordt wel gesproken in het geval een rechter op basis van gebleken feiten en omstandigheden voorhands uitgaat van de juistheid van de stellingen van de partij die eigenlijk bewijs zou moeten leveren en de wederpartij het leveren van tegenbewijs opdraagt.⁴³ De rechter werkt dus met een vermoeden dat door het leveren van tegenbewijs kan worden ontzenuwd.

4.7 **Een toepassing van een feitelijk vermoeden: de omkeringsregel**

Indien door:

- een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en
- dit risico zich vervolgens verwezenlijkt,
- is daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel gegeven en
- is het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.⁴⁴

Deze zogenaamde 'omkeringsregel' koppelt dus een feitelijk vermoeden aan een normschending in combinatie met het feit dat het door die norm te beschermen risico zich heeft geopenbaard. Het vermoeden betreft dan *beide* elementen van het causaal verband dus het *condicio sine qua non* verband en het toerekeningverband.⁴⁵ Deze regel kwam voor het eerst voor in 1953 en werd aanvankelijk toegepast op schending van

42. Giesen 2001, p. 13, Asser 1992, p. 23; Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 29.

43. Asser 1992, p. 23 Asser 2004a, p. 105 ev.

44. HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (*Dicky Trading*).

45. Akkermans 2002, p. 2.

verkeersnormen. Sinds het arrest *Dicky Trading*⁴⁶ wordt wel aangenomen dat deze regel voor het gehele aansprakelijkheidsrecht geldt.⁴⁷

In de rechtspraak is op deze regel veelvuldig een beroep gedaan.⁴⁸ De Hoge Raad heeft in een tweetal arresten een verfijning op de omkeringsregel aangebracht⁴⁹, die nadien is herhaald.⁵⁰ De omkeringsregel vindt bijvoorbeeld geen toepassing in geval van onduidelijkheid m.b.t. de toedracht van het ongeval⁵¹, dan wel in het geval niet aannemelijk is (gemaakt) dat de gestelde schade het gevolg is van de onrechtmatige daad.⁵² Dat betekent dat er sprake moet zijn van schending van een *specifieke* gevaarsnorm.⁵³

4.8 Tegenbewijs

In paragraaf 4.5 is het begrip ‘tegenbewijs’ al even aan de orde geweest in het kader van artikel 151 Rv. In dat geval oordeelt de rechter bij tussenvonnis dat de feiten van de stellende partij gezien de door die partij aan haar stellingen ten grondslag liggende onderbouwing juist zijn, behoudens door de wederpartij te leveren tegenbewijs. In dat geval blijft de bewijslast op de stellende partij rusten, maar wordt de wederpartij in de gelegenheid gesteld dit bewijs te *ontzenuwen*. Het hangt van de omstandigheden van het geval af wat de *omvang* van dat tegenbewijs is. Soms is voldoende dat er twijfel wordt gezaaid, omdat daarmee reeds de rechterlijke aanname onhoudbaar wordt. In een ander geval kan het bewijsvermoeden slechts worden ontzenuwd door levering van bewijs van het tegendeel.

Wanneer voor de eisende partij de hoofdregel gold, is die hoofdregel dus blijven gelden en is dus *uiteindelijk* de eisende partij niet in zijn bewijslast geslaagd. Voor het leveren van tegenbewijs geldt de getuigenver-

46. HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607.

47. Swelheim 2005, p. 119.

48. HR 9 april 2004, NJ 2004, 308; HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307; HR 20 februari 2004, NJ 2004, 245; HR 19 december 2003, NJ 2004, 348; HR 18 april 2003, NJ 2004, 306; HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 en 305, HR 29 november 2002, NJ 2003, 549 (*Westfriese Flora*); HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387; HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649; HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 en HR 24 december 1999, NJ 2000, 428.

49. HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 en 305.

50. HR 9 april 2004, NJ 2004, 304.

51. HR 29 november 2002, NJ 2004, 304. Swelheim 2005, p. 122.

52. HR 29 november 2002, NJ 2004, 305.

53. Swelheim 2005, p. 121. Zie ook: HR 2 februari 2007, NJ 2007, 92 (*Juresta/mr X*).

klaring van de partij die tegenbewijs moet leveren als een ‘gewone’ verklaring en niet als een verklaring van een partijgetuige.⁵⁴

4.9 **Conclusie hoofdstuk 4**

Artikel 150 Rv bepaalt de bewijslastverdeling. Op een partij rust de bewijslast van de feiten waarop hij een bepaald rechtsgevolg baseert, tenzij uit een bijzondere regel of uit de redelijkheid en billijkheid iets anders volgt.

Nu die laatste uitzondering vrijwel niet wordt toegepast, dient dus aan de hand van het objectieve recht (wet en jurisprudentie) te worden onderzocht of er een bijzondere regel is die een afwijkende bewijslastverdeling meebrengt. Het burgerlijk procesrecht heeft daarin een faciliterende rol.

De rechter heeft door middel van bewijsvermoedens de mogelijkheid om zonder een nadere afwijkende rechtsregel een partij, op wie krachtens de hoofdregel van artikel 150 Rv de bewijslast rust, in enige mate te hulp te komen. De rechter acht dan voorshands bewezen dat de door deze partij gestelde feiten ‘waar’ zijn. Hij kan dan, indien (tegen)bewijs is aangeboden de andere partij belasten met het tegenbewijs. Een bijzondere variant daarvan is de zogenaamde ‘omkeringsregel’. Dit betekent echter niet dat het bewijsrisico aldus is verplaatst naar de andere partij. Het leveren van tegenbewijs geschiedt door het ontzenuwen van het bewijsvermoeden. Wat de omvang van het tegenbewijs is dat moet worden geleverd, hangt van de feiten en omstandigheden van het geval af. Slaagt het tegenbewijs dan brengt dit mee dat de (doorgaans eisende) partij op wie krachtens artikel 150 Rv het bewijsrisico rustte alsnog dat bewijs zal moeten leveren.

54. EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534 (*Dombo*).

5 STELPLICHT EN BEWIJSLAST PER ONDERWERP IN HET ARBEIDSRECHT

5.1 **Inleiding**

Zoals in de paragraaf 1.2 van hoofdstuk 1 al is aangegeven, wordt onderzocht of, en zo ja, in welke mate door middel van een afwijkende stelplicht of bewijslast processuele ongelijkheid tussen werkgever en werknemer kan worden weggenomen of teruggedrongen en zoveel mogelijk wordt voorkomen dat de rechtsbescherming op een onacceptabel ongunstig niveau uitkomt. Daarvan is sprake in het geval een partij *zonder* die compensatie zijn zaak nooit ‘rond’ zou kunnen krijgen, als gevolg waarvan een door de wetgever of jurisprudentie gecreëerde gerechtvaardigde aanspraak illusoir zou worden.

Een partij die zich op een rechtsgevolg beroept moet daartoe voldoende feiten en omstandigheden stellen. In hoofdstuk 3 is behandeld dat de *stelplicht* van een partij, behoudens algemene artikelen als artikel 21, 22, 149 en 843a Rv, niet in de wet is geregeld. De aard en omvang daarvan is terug te vinden in de jurisprudentie met betrekking tot het materiële recht. In het kader van ongelijkheidscompensatie kan de rechter aan een wederpartij een verzwaarde stelplicht opleggen met betrekking tot de tot zijn domein behorende stukken.

In het vorige hoofdstuk is aan de orde geweest dat een partij die zich op een rechtsgevolg beroept, daarvan de bewijslast draagt, tenzij uit een bijzondere regeling in het materiële recht of uit de redelijkheid en billijkheid een afwijkende verdeling blijkt. Afwijking op grond van de redelijkheid en billijkheid komt vrijwel niet voor. Ook voor een afwijkende bewijslastverdeling moet het materiële recht worden geraadpleegd.

Dat materiële recht, dat in dit hoofdstuk wordt onderzocht, betreft de tiende titel van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (Arbeidsovereenkomst) en aanverwante, op die arbeidsovereenkomst betrekking hebbende, wetgeving.

5.1.1 *Plan van behandeling.*

Dit hoofdstuk is ingedeeld in clusters. De te behandelen onderwerpen zijn achtereenvolgens de aanvang, aard en omvang van de arbeidsover-

eenkomst (5.2), loon (5.3), gelijke behandeling (5.4), werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten (5.5) en het einde van de arbeidsovereenkomst (5.6). De conclusie is te vinden in paragraaf 5.7. Deze indeling correspondeert met de indeling van hoofdstuk 7, over het ambtenarenrecht.

5.2 **Aanvang, aard en omvang van de arbeidsovereenkomst**

5.2.1 *Vereisten en kwalificatie van een arbeidsovereenkomst*

Om te weten wat een partij die stelt dat er tussen partijen sprake is van een arbeidsovereenkomst moet stellen en bewijzen, is het van belang te weten hoe de kwalificatie daarvan tot stand komt.

Blijkens artikel 7:610 BW wordt onder arbeidsovereenkomst begrepen die overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.¹ Daarbij is niet één enkel kenmerk beslissend (loon, arbeid, gedurende een zekere tijd en in gezagsverhouding), maar deze kenmerken moeten in onderling verband worden gezien.²

Uit artikel 7:659 BW volgt vervolgens dat de werknemer de arbeid *persoonlijk* moet verrichten. Hij kan zich daarin niet dan met toestemming van de werkgever door een derde doen vervangen. Een werknemer die stelt dat een overeenkomst moet worden geïdentificeerd als een arbeidsovereenkomst dient dan ook in elk geval bovengenoemde elementen te stellen en zo nodig te bewijzen. Dit noemt men wel de ‘indicatorenbenadering’.³

Alvorens deze indicatorenbenadering aan de orde komt, moet eerst worden vastgesteld *wat* partijen nu precies zijn overeengekomen en dus wat aan die indicatoren moet worden getoetst. Daarvoor is bepalend wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen heeft ge-

1. Zie voor een volledige uitwerking van deze afzonderlijke elementen o.a. Heerma van Voss 2007 p. 35-38, Loonstra & Zondag 2008, hoofdstuk 4, Bakels/Asscher-Vonk & Bouwens 2007 par. 3.1.2, Van der Grinten 2005 hoofdstuk 1 par. 3. Heerma van Voss losbladige editie Kluwer aantekening 1.1 t/m 1.6 op artikel 7:610 BW.

2. Zie bijvoorbeeld: HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 en HR 14 april 2006, JAR 2006/119 (*Beurspromovendi*).

3. Zie over deze term Bosse 2003, hoofdstuk 3.3 i.h.b. p. 78, waarbij het voldoen aan de elementen van 7:610 BW en een gezagsverhouding meebrengt dat er *dus* sprake is van een arbeidsovereenkomst.

staan en uit elkaars uitlatingen en gedragingen hebben mogen afleiden.⁴ Dit criterium komt aan de orde in het arrest *Groen/Schoevers*.⁵ Daarin gaf belastingadviseur Groen (zelf) de voorkeur voor het werken als docent op factuurbasis via zijn advieskantoor. Wanneer Schoevers de betrekking beëindigt, beroept Groen zich op de aanwezigheid van (alle elementen van de) arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad oordeelt dat partijen een overeenkomst, die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, op verschillende wijzen kunnen inrichten. Om die reden wordt wat tussen hen heeft te gelden bepaald door hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot een van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten.

Het criterium dat voor de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst niet alleen naar de benaming en bewoording van de overeenkomst moet worden gekeken, maar ook naar de uitvoering die partijen in de praktijk daaraan hebben gegeven, was eerder uitgemaakt in het arrest *Agfa/Schoolderman*.⁶ In dat arrest betrof het een oproepkracht die minder dan een vaste kracht werd betaald op grond van haar oproepovereenkomst. Zij werkte echter met een zodanige regelmaat dat de facto haar frequentie niet afweek van iemand met een vast contract. Aldus claimde zij met succes dat zij recht op hetzelfde salaris had als iemand met een vast contract. Dit criterium is herhaald in het arrest *Thuiszorg/PGGM*.⁷

Aldus wordt het Haviltex-criterium gecombineerd met de toets hoe partijen na het sluiten van de overeenkomst invulling aan de overeenkomst hebben gegeven. Die combinatie duid ik aan als het *Haviltex-plus* criterium. De vraag kan overigens worden gesteld of in het arbeidsrecht de wijze waarop door partijen invulling wordt gegeven aan de overeenkomst niet als indicatie kan worden beschouwd van hetgeen partijen bij het aangaan voor ogen heeft gestaan. Buiten het arbeidsrecht wordt

4. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*).

5. HR 14 november 1997, NJ 1998, 149.

6. HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 m.nt. PAS.

7. HR 13 juli 2007, RvdW 2007, 690.

dit door verschillende auteurs betoogd.⁸ In het arrest *Groen/Schoevers*⁹ oordeelt de Hoge Raad verder nog dat de rechtbank kennelijk mede rekening heeft gehouden met de maatschappelijke positie van de docent en met name in aanmerking heeft genomen dat de wijze van betaling van de tegenprestatie op zijn initiatief is tot stand gekomen. Door deze aspecten in onderling verband te bezien en tot de slotsom te komen dat tussen partijen geen arbeidsovereenkomst heeft bestaan, heeft de rechtbank niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad. Dit aspect vormt een onderdeel van het Haviltex-criterium. Wat partijen over en weer uit elkaars gedragingen hebben afgeleid en hebben mogen afleiden is immers sterk bepaald door de *hoedanigheid* van partijen en ziet in het bijzonder op de zin uit het Haviltexarrest waarin de Hoge Raad overweegt: ‘daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht’¹⁰.

In de zaak met betrekking tot de *beurspromovendi* van de UvA¹¹ oordeelde de Hoge Raad dat de rechtbank de feitelijk ingevulde situatie toetsend aan artikel 7:610 BW met inachtneming van het rechtsvermoe-den van artikel 7:610a BW, terecht het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen de beurspromovendi en de UvA heeft aangenomen.

Kwalificatie is dus een tweetrapsraket: eerst moet worden vastgesteld wat partijen voor ogen heeft gestaan, mede gelet op de wijze waarop partijen daaraan invulling hebben gegeven, om dan vervolgens *deze feiten en omstandigheden* langs de meetlat van artikel 7:610 BW te leggen. De kwalificatie of er in de gegeven omstandigheden sprake is van een arbeidsovereenkomst betreft een rechtsvraag en kan daarom naar mijn mening in cassatie worden getoetst.¹² Een partij die zich beroept op de stelling dat er *de facto en de jure* sprake is van een arbeidsovereenkomst zal moeten stellen en bewijzen dat beide partijen hebben beoogd bij aanvang een overeenkomst te sluiten waarvan alle elementen van een

8. Aldus plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense voor het arrest HR 16 februari 2007, *LJN AZ2723*, *RvdW* 2007, 206 (alleen online gepubliceerd); Hoge Raad, R05/090HR.; HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 273, m.nt. PAS en Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, *RMThemis* 2005, p. 9.

9. HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149.

10. Zie hieromtrent Tjittes 1994. Trap 2007, p. 23 lijkt daaraan voorbij te zien.

11. HR 14 april 2006, *JAR* 2006/119.

12. Anders: Bosse 2003, p. 67, wat naar mijn mening onjuist is. Een feitenrechter die een arbeidsovereenkomst kwalificeert als een overeenkomst van opdracht gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting.

arbeidsovereenkomst deel uitmaken. Naar mijn mening is er geen tegenstelling tussen Haviltex en de indicatorenbenadering, maar dient eerst vast komen te staan wat partijen precies zijn overeengekomen op basis van het Haviltex-criterium alvorens aan de hand van de indicatorenbenadering kan worden onderzocht of aan alle vereisten voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst is voldaan.

5.2.2 *Rechtsvermoedens van de aard van de arbeidsrelatie en de omvang van de arbeidsovereenkomst*

De wetgever komt in artikel 7:610a BW de steller van de aanwezigheid van die elementen van een arbeidsovereenkomst tegemoet met een rechtsvermoeden.

Artikel 7:610a en b BW betreffen het rechtsvermoeden van het bestaan respectievelijk van de omvang van een arbeidsovereenkomst. Deze artikelen zijn ingevoerd in het kader van de Wet Flexibiliteit en zekerheid.¹³ Blijkens de parlementaire geschiedenis wordt met de rechtsvermoedens beoogd de processuele positie van de werknemer te versterken. Ook kan van de voorgestelde regeling een preventief effect verwacht worden in die zin dat de werkgever wordt gestimuleerd om onzekere elementen in de te sluiten arbeidsverhouding te voorkomen. De rechtsvermoedens zullen ook het gebruik van schijnconstructies kunnen verminderen. Voorts kan het beroep op een rechtsvermoeden ertoe bijdragen dat geschillen over de arbeidsverhouding in der minne worden geschikt.¹⁴

Zoals hierna nog verder zal worden uitgewerkt, beoogt het rechtsvermoeden dat door de aanwezigheid van de daarin genoemde elementen voorshands bewezen wordt geacht dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst (610a) en van een bepaalde omvang (610b) behoudens tegenbewijs. Daarbij blijft de bewijslast rusten op de eisende partij die zich op het vermoeden beroept.¹⁵

13. Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300.

14. *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25 263, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 5.

15. Boot 2004, p. 60 slaat op dit punt naar mijn mening de plank mis door te stellen dat de bewijslast bij de andere partij (in zijn geval de werkgever) komt te liggen. Hij miskent dat in zijn voorbeeld de werkgever *tegenbewijs* moet leveren, wat betekent het *ontzenuwen* van het vermoeden. In dat verband is hetgeen hij constateert (dat dit in vele gevallen is gelukt) dus geenszins verwonderlijk.

Asser schaaft deze artikelen onder ‘vermoedens met een overheersend normatief karakter’, waarmee hij bedoelt dat het hier gaat om vermoedens die leiden tot een op zichzelf staand feit dat meer los kan worden gezien van het andere feit.¹⁶

Boot concludeert dat de werknemer er per saldo na het invoeren van deze artikelen niet veel mee is opgeschoten.¹⁷ Deze mening komt naar mijn mening voort uit het feit dat hij ten onrechte uitgaat van een volledige omkering van de bewijslast voor de werknemer. Daaruit volgen dan te hoog gespannen verwachtingen.

De Laat wijst in dat verband naar de hiervoor aangehaalde bedoeling van de wetgever, te weten de werkgever te dwingen zijn huiswerk beter te doen. Hij constateert een preventieve werking van artikel 7:610a en b BW, waarbij de werkgever zich meer dan vroeger zal inspannen om een adequaat verweer te voeren, omdat de werknemer thans een processueel voordeel geniet en de kans dus groter is dat de werknemer aan zijn stelplicht voldoet.¹⁸

Zwemmer concludeert uit de lagere jurisprudentie dat de wetgever is geslaagd in zijn streven het aantal geschillen te verminderen.¹⁹

Anders dan Boot kennelijk meent, volgt naar mijn mening uit de bedoeling van de wetgever dat deze rechtsvermoedens een puur *processuele* voorsprong geven aan een partij die anders wellicht in bewijsnood zou komen. Die voorsprong kan worden ingehaald indien de andere partij zijn huiswerk beter doet. Indien uit dat huiswerk blijkt dat de partij aan wie een processuele voorsprong is gegeven geen gelijk heeft, is de uitkomst bevredigend en kan dus niet worden gesteld dat de bescherming van de werknemer zonder verdere compensatie op een onacceptabel gunstig niveau uit zou komen.

5.2.3 *Het rechtsvermoeden van de aard van de arbeidsrelatie* (art. 7: 610a BW)

Artikel 7:610a BW bepaalt dat hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende tenminste twintig uren per maand arbeid

16. Asser 2004a, p. 96 en 91.

17. Boot 2004, p. 61 en 63.

18. De Laat 2006, p. 266.

19. Zwemmer 2005, p. 20.

verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst.

Volgens de Memorie van Toelichting zou er enerzijds sprake zijn van een (zuivere) *omkering* van de bewijslast, maar uit de verdere tekst blijkt dat dit toch niet is beoogd.²⁰ Een werkende die stelt dat hij op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is krachtens de hoofdregel van artikel 150 Rv, dient te bewijzen:

- dat hij drie opeenvolgende maanden heeft gewerkt tenminste 20 uur per maand;
- tegen beloning;
- ten behoeve van degene die de beloning heeft betaald.

Slaagt hij daarin dan ontstaat het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst. Het ligt vervolgens op de weg van de aangesproken ‘werkgever’ om dat vermoeden te ontzenuwen door tegenbewijs te leveren. Dit kan hij bijvoorbeeld doen door aan te tonen dat geen sprake is van een gezagsverhouding of dat de werker niet verplicht is de arbeid persoonlijk te verrichten. Het betreft hier een weerlegbaar rechtsvermoeden. De weerlegging kan plaatsvinden door feiten en omstandigheden te bewijzen die onverenigbaar zijn met een arbeidsovereenkomst.²¹

De formulering van het rechtsvermoeden laat onverlet dat als de werker nog geen drie opeenvolgende maanden heeft gewerkt, maar bijvoorbeeld slechts twee maanden, wel degelijk van een arbeidsovereenkomst sprake kan zijn. In dat geval zal de werker alle essentialia van de arbeidsovereenkomst moeten stellen en zo nodig bewijzen zonder dat hij daarbij tegemoet wordt gekomen door middel van een bewijsvermoeden.

De enkele omstandigheid dat partijen op papier hebben gezet dat *geen* sprake is van een arbeidsovereenkomst is niet voldoende om het wettelijke vermoeden van art. 7:610a BW te ontzenuwen. De rechter stelt immers zelfstandig vast of sprake is van een arbeidsovereenkomst en tot dat rechtsoordeel komt hij aan de hand van alle feiten en omstandigheden van het geval.

Nu dit artikel primair is geschreven ten behoeve van de werknemer rijst de vraag of een werkgever zich ook op dit vermoeden kan beroe-

20. *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 22.

21. Bosse 2003, p. 91.

pen. Uit de wetsgeschiedenis zou kunnen worden afgeleid dat dit inderdaad het geval is.²²

De gevonden gepubliceerde uitspraken²³ betreffen niet zelden bijzondere situaties, zoals een ‘freelance’ fotograaf die zich wel aan instructies van zijn opdrachtgever moet houden.²⁴ Zoals Boot terecht opmerkt, slaagt de werkgever er veel gevallen in om het rechtsvermoeden te ontzenuwen.²⁵

5.2.4 *Het rechtsvermoeden van de omvang van de arbeidsrelatie* (art. 7:610b BW)

Artikel 7:610b BW bepaalt dat indien een arbeidsovereenkomst tenminste drie maanden heeft geduurd, de bedongen arbeid in enige maand wordt vermoed een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid in de drie voorafgaande maanden. Het artikel beoogt houvast te bieden in situaties waarin de omvang van de arbeid niet of niet eenduidig is overeengekomen, alsmede in situaties waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich *structureel* op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur.²⁶ Net als bij het rechtsvermoeden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst houden partijen alle mogelijkheden om tegenbewijs te leveren en behoudt de rechter zijn bevoegdheid de hoofdregel van artikel 150 Rv toe te passen wanneer er geen feiten zijn die het rechtsvermoeden opleveren.

22. *Handelingen I* 1997/98, p. 1497, Parl. Gesch. Flexwet, p. 326-327 en het hierboven aangehaalde uit *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 22, waarin staat dat ‘de meest gereede partij’ door alle bewijsmiddelen kan aantonen dat het rechtsvermoeden niet op de arbeidsrelatie van toepassing is. Indien het artikel slechts voor de werknemer geschreven zou zijn, dat had de wetgever hier de begrippen werkgever en werknemer gebruikt.

23. Rb ‘s-Gravenhage 3 februari 1999, *JAR* 1999/84, Ktr. Amsterdam 11 februari 2000, *JAR* 2000/166 Ktr. Utrecht 23 februari 2000, *JAR* 2000/57, Ktr. Amsterdam 16 juni 2000, *JAR* 2000/380, Pres. Rb Amsterdam 2 november 2000 *JAR* 2000/257, Pres. Rb Amsterdam 26 juli 2001, *JAR* 2001/196, Rechtbank ‘s-Gravenhage, 5 september 2001, *JAR* 2001/198, Ktr. Utrecht 3 oktober 2001, *JAR* 2002/225, Hof Amsterdam (kg) 10 januari 2002, *JAR* 2002/33, Ktr. Sneek 6 februari 2002, *JAR* 2002/58, Ktr. Rotterdam 14 augustus 2002, *JAR* 2002/217, Hof ‘s-Gravenhage 2 juli 2004, *JAR* 2004/285, Ktr. Nijmegen 12 november 2004, *JAR* 2005/20 en HR 14 april 2006, *JAR* 2006/119.

24. Bijvoorbeeld: Rb. ‘s-Gravenhage 5 september 2001, *JAR* 2001/198 en Hof ‘s-Gravenhage 2 juli 2004, *JAR* 2004 (beiden *Spruijt/ANP*).

25. Boot 2004, p. 60.

26. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, MvT, p. 22-23.

Het artikel geeft een duidelijk handvat voor de wijze waarop de *omvang* van de arbeid moet worden vastgesteld. Het biedt ook uitkomst in situaties waarin de feitelijke omvang van de arbeid zich op een structureel hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur.²⁷

Nu sprake is van een *weerlegbaar* wettelijk vermoeden laat dit onverlet dat de wederpartij, doorgaans de werkgever, dit vermoeden kan ontzenuwen door te stellen en zo nodig te bewijzen dat de vermeerdering van het aantal arbeidsuren geen structureel karakter heeft. Dit artikel werkt dus niet als een koortsthermometer, die op het hoogste punt blijft hangen en niet mee fluctueert met de temperatuur. Als de werkgever slaagt in het op hem rustende tegenbewijs, kan niet worden geoordeeld dat de arbeidsomvang tussen partijen contractueel is toegenomen.²⁸

In de gepubliceerde jurisprudentie wordt een beroep van een werknemer op een stilzwijgende uitbreiding van de arbeidsomvang, dikwijls afgewezen omdat de werkgever er uiteindelijk in slaagt het vermoeden te ontzenuwen.²⁹ Dat kan zijn omdat hij aantoont dat de overschrijding van het aantal uren van tijdelijke aard was. Het artikel biedt mogelijk meer uitkomst indien omtrent de omvang in het geheel niets is geregeld en die dus aan de hand van de feitelijke invulling (voor het eerst) moet worden vastgesteld.³⁰

5.2.5 *Tekst en uitvoering van de overeenkomst komen niet overeen*

De artikelen 610a en b BW kunnen zien op de situatie waarin partijen niets hebben geregeld en feitelijk met elkaar aan de slag zijn gegaan. In dat geval komt de wetgever de werknemer te hulp met een rechtsvermoeden met betrekking tot de aard en de omvang van de arbeidsovereenkomst. Lastiger wordt het duiden van de overeenkomst indien partijen bij aanvang iets *anders* hebben opgeschreven dan op enig moment bij de uitvoering blijkt. Een werknemer zal dan stellen dat er wél sprake is van een arbeidsovereenkomst. De werkgever betwist die kwalificatie,

27. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, MvT, p. 22-23; Parl. Gesch. Flexwet. p. 308 en Heerma van Voss, Losbl. Arbeidsovereenkomst, aant. 2 op artikel 7: 610b.

28. Zie ook Heerma van Voss, Losbl. Arbeidsovereenkomst, aant. 4 op 7: 610b BW.

29. Ktr. Amsterdam, 15 maart 1999 *JAR* 1999/80, Ktr. Dordrecht, 11 januari 2001, *JAR* 2001/163, Ktr. Utrecht (Vzr), 27-10-2004, *JAR* 2005/43, Ktr. Gouda, 19 februari 2004, *JAR* 2004/77, Ktr. Alkmaar, 04 mei 2005 *JAR* 2005/138.

30. Zie bijvoorbeeld Ktr. Zierikzee, 17 september 1999, *JAR* 2000/23.

stellende, bijvoorbeeld, dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht. Dan zijn er drie situaties denkbaar:

- a. Overeenkomst en uitvoering wijken vanaf de aanvang van elkaar af.
- b. Partijen hebben gaandeweg een andere uitvoering aan de overeenkomst gegeven dan zij aanvankelijk schriftelijk zijn overeengekomen.
- c. Een partij is uitgeleend aan een derde partij die vervolgens de werknemer langere tijd heeft behandeld als ware het een 'eigen' werknemer.

Ad a Overeenkomst en uitvoering wijken vanaf de aanvang van elkaar af

In variant a. kan de uitvoering worden beschouwd als een aanwijzing ten aanzien van de *werkelijke* bedoeling van partijen. Daarop spitst zich dan de stelplicht en bewijslast toe. In een dergelijke situatie is niet ondenkbaar dat de werkgever heeft beoogd de bepalingen van het arbeidsrecht en in het bijzonder het ontslagrecht te omzeilen. De werknemer zal veelal geen keus hebben gehad bij de wijze waarop de contractuele verhouding is vormgegeven. Of sprake is van een arbeids-overeenkomst dient als gezegd te worden nagegaan aan de hand van het bepaalde in artikel 7:610 BW jo. 7:659 BW.

In paragraaf 5.2.1 is aangegeven dat de kwalificatie van een arbeids-overeenkomst geschiedt in twee stappen. Eerst dient aan de hand van het Haviltex-criterium, te worden vastgesteld wat partijen met de overeenkomst hebben beoogd en hoe zij daaraan uitvoering hebben gegeven. Vervolgens wordt de uitkomst daarvan getoetst aan de hand van de 'indicatoren' van artikel 7:610 BW jo. 7:659 BW. Dit geldt zelfs indien een of meer bepalingen zijn ontleend aan een CAO of de overeenkomst als een model in de CAO staat afgedrukt.³¹ Beslissend is wat partijen bij aanvang voor ogen heeft gestaan en hoe zij daar vervolgens invulling aan hebben gegeven.

Ad b Partijen hebben gaandeweg een andere uitvoering aan de overeenkomst gegeven dan zij aanvankelijk schriftelijk zijn overeengekomen

In variant b. zijn partijen het bij aanvang van de schriftelijke overeenkomst volledig eens. Daarop focust zich dan ook niet de stelplicht en bewijslast. Die komt te rusten op het feit dat zij aan de overeenkomst

31. HR 9 juli 2004, NJ 2005, 469.

gaandeweg feitelijk een andere uitvoering zijn gaan geven. De vraag is dan of en, zo ja, op welk moment de inhoud van die overeenkomst is veranderd. *Binnen* het bestek van een arbeidsovereenkomst komt dat met grote regelmaat voor, bijvoorbeeld wanneer een werknemer een andere functie accepteert, promotie maakt of eventueel een lager ingeschaalde functie aanvaardt. In deze gevallen zal ook met een zekere mate van eenduidigheid kunnen worden bepaald *op welk moment* de wijziging van de inhoud heeft plaatsgevonden. Anders wordt het indien de inhoud de overeenkomst zodanig verandert dat die op een gegeven moment niet langer aan alle essentialia van artikel 7: 610 BW voldoet. De partij die stelt dat er niet langer sprake is van een arbeidsovereenkomst of dat er een arbeidsovereenkomst is ontstaan, zal moeten bewijzen dat er (al dan niet stilzwijgend) wilsovereenstemming ter zake is ontstaan, evenals het moment waarop die tot stand is gekomen.

Ad c Een partij is uitgeleend aan een derde partij die vervolgens de werknemer langere tijd heeft behandeld als ware het een 'eigen' werknemer

In *variant c* is het de vraag of een partij die partij is uitgeleend aan een derde partij, die vervolgens de werknemer langere tijd heeft behandeld als ware het een 'eigen' werknemer, vervolgens geacht wordt in dienst te zijn gekomen van de inlenende partij. Een soort 'geruisloze' contractovername van de arbeidsovereenkomst door de inlenende partij. Blijkens het arrest *ABN-AMRO/Malhi*³² is dit een brug te ver. Niet is gebleken, aldus de Hoge Raad, dat de inleenovereenkomst of de arbeidsovereenkomst zou zijn beëindigd en evenmin dat Malhi (voor de aankondiging van het einde van zijn werkzaamheden bij de bank) aan de bank kenbaar heeft gemaakt dat hij zich als werknemer van de bank beschouwde. Tegen deze achtergrond verzet de rechtszekerheid zich tegen een geruisloze overgang van de tussen Malhi en de bank bestaande verhouding van ingeleende werknemer tot inlener in een arbeidsovereenkomst, waarvan voor geen van de partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip zij zich zou hebben voltrokken. Het antwoord op de vraag of partijen zich jegens elkaar hebben verbonden, is afhankelijk van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen hebben afgeleid en redelijkerwijs mochten afleiden, aldus de Hoge Raad.³³

32. HR 5 april 2002, NJ 2003, 124.

33. HR 5 april 2002, NJ 2003, 124.

Variant c is dan ook niet mogelijk zonder wilsovereenstemming tussen alle drie de contractanten over het feit dat de werknemer *uit* dienst treedt bij de uitlener om vervolgens *in* dienst te treden van de inlener.

Resumerend zullen er voor varianten a en b. twee elementen gesteld en bewezen moeten worden. Enerzijds is dat de wijze waarop partijen *feitelijk* invulling aan een arbeidsverhouding hebben gegeven (de ‘plus’). Dit is echter niet beslissend. De partijbedoeling speelt evenzeer een rol, aldus het arrest *ABN-AMRO/Malhi*³⁴ en *Groen/Schoevers*.³⁵ Uit dit arrest blijkt dat het door de Rechtbank toegepaste criterium ‘*hoe hebben partijen feitelijk uitvoering en aldus inhoud gegeven aan hun arbeidsverhouding*’³⁶ op zijn plaats is in situaties waarin het gaat om de vraag hoe een – *op zichzelf vaststaande* – overeenkomst, krachtens welke de ene partij werkzaamheden verricht voor de andere, moet worden gekwalificeerd. Wijziging van hetgeen de arbeidsovereenkomst inhoudt is aldus mogelijk. Een stilzwijgende wijziging van partij is naar het oordeel van de Hoge Raad een brug te ver. Er dient nog altijd sprake te zijn van een *wilsovereenstemming* tussen de (gestelde) contractspartijen.

5.2.6 *Conclusie*

Om te stellen en te bewijzen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst dien men er rekening mee te houden dat de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst geschiedt in de vorm van een tweetrapsraket. Eerst moet worden vastgesteld wat partijen bij aanvang voor ogen heeft gestaan en hoe zij daaraan feitelijk invulling hebben gegeven. Vervolgens dient de uitkomst daarvan aan de hand van de elementen van artikel 7:610 BW te worden getoetst.

De artikelen 7:610a en 610b BW bieden bij die stelplicht en bewijslast een processuele handreiking aan de eisende partij, doorgaans de werknemer. Deze bepalingen dwingen de werkgever tot duidelijk contracteren en het ondubbelzinnig vastleggen van afspraken en bedoelingen. In deze situatie wordt ervan uitgegaan dat indien aan de elementen van artikel 7:610a BW of 7:610b BW is voldaan de aard respectievelijk de omvang van de tussen partijen geldende (arbeids)overeenkomst wordt aangenomen, waartegen de andere partij (doorgaans de werkgever) tegenbewijs kan leveren. Tegenbewijs wordt geleverd door middel van het ontzenuwen

34. HR 5 april 2002, NJ 2003, 124.

35. HR 14 november 1997, NJ 1998, 149.

36. De ‘plus’ van de Haviltex-plus formule.

van het bewijsvermoeden. De bedoeling van de wetgever is dat deze rechtsvermoedens een puur *processuele* voorsprong geven aan een partij die anders wellicht in bewijsnood zou komen. Die voorsprong kan worden ingehaald indien de andere partij haar huiswerk beter doet. Indien uit dat huiswerk blijkt dat de partij aan wie een processuele voorsprong is gegeven geen gelijk heeft is de uitkomst bevredigend en kan dus niet worden gesteld dat de bescherming van de werknemer zonder verdere compensatie op een onacceptabel gunstig niveau uit zou komen

Het kan voorkomen dat de (aanvankelijke) bedoeling (bij het aangaan) van de overeenkomst en de uitvoering daarvan niet overeenstemmen. Bepalend voor de kwalificatie is vervolgens wat partijen bij aanvang voor ogen heeft gestaan, in aanmerking genomen hoe partijen aan de overeenkomst invulling hebben gegeven. Indien die twee ijkpunten overeenstemmen, is kwalificatie niet snel een probleem. Het wordt lastiger indien partijen bij de uitvoering van een arbeidsovereenkomst afwijken van hetgeen partijen bij aanvang daarvan voor ogen heeft gestaan, dan wel wanneer beide partijen omtrent wat precies is overeengekomen van mening verschillen.

Daarbij kan bovendien onderscheid worden gemaakt naar de situatie a. dat overeenkomst en uitvoering van aanvang van elkaar afwijken en b. dat partijen gaandeweg een andere uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven dan zij aanvankelijk schriftelijk zijn overeengekomen. In de eerste situatie dient er dan op basis van de indicatorenbenadering ten gunste van de werknemer te worden gekwalificeerd, tenzij het de werknemer zelf is geweest die de afwijkende constructie heeft gewenst. Indien partijen gaandeweg in goed overleg een andere inhoud aan de overeenkomst hebben gegeven, dient te worden onderzocht of, en zo ja, op welk moment daaromtrent tussen partijen wilsovereenstemming is ontstaan of redelijkerwijs wordt geacht te zijn ontstaan. Zonder wilsovereenstemming kan een partij die een werknemer inleent niet opeens een arbeidsovereenkomst opgedrongen krijgen.

5.2.7 *Het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden**Inleiding*

Bij een werkgever kan de behoefte bestaan om een arbeidsvoorwaarde³⁷ te wijzigen, een werknemer ander werk te laten verrichten, of zelfs hem in een lagere functie te plaatsen. In een normale contractuele situatie geldt de regel ‘contract is contract’. Een uitzondering daarop bevatten de artikelen 6:2, 6:248 en 6:258 BW. Laatstgenoemd artikel betreft de mogelijkheid om de inhoud van een overeenkomst te wijzigen omdat onverminderde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet kan worden verlangd. Artikel 6:2 en 6:248 BW bieden de mogelijkheid dat, op grond van de redelijkheid en billijkheid, aanvullend of derogerend wordt ingegrepen in een bestaande overeenkomst. Het laatste kan slechts in het geval onverminderde voortzetting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is. Aldus wordt een hoge drempel opgeworpen om een contract open te breken. Aangenomen wordt dat artikel 7:611 BW hiervan de arbeidsrechtelijke vertaling bevat.³⁸

Eenvoudiger wordt het om een contract open te breken of te wijzigen, wanneer contractspartijen dat uitdrukkelijk zijn overeengekomen. Die figuur komt ook in het arbeidsrecht voor.

De discussie ten aanzien van die contractuele mogelijkheid is op gang gekomen na een tweetal arresten betreffende de personeelsgidsen van *IBM* en van *AKZO*.³⁹ Via incorporatie maakten die personeelsgidsen deel uit van alle overeenkomsten van de betrokken bedrijven. In beide personeelsgidsen stond een eenzijdig wijzigingsbeding. Op een dergelijke wijze konden deze werkgever vrij eenvoudig eenzijdig de arbeidsomstandigheden wijzigen. Dit vond al snel navolging bij andere bedrijven.

Teneinde aan deze – in de visie van de wetgever ongewenste – ontwikkeling een halt toe te roepen, is daartoe een bepaling opgenomen in de tiende titel van boek 7 BW. Terecht is wat dat betreft aangevoerd dat een werknemer zich in een afhankelijke positie ten opzichte van een

37. Zie hieromtrent nader De Wolff 2007 par. 8.2 die onder arbeidsvoorwaarden naast loon en emolumenten ook arbeidsomstandigheden en standplaats schaaft.

38. Zie HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (*Agfa/Schoolderman*), r.o. 3.5. Zie ook: Heerma van Voss 1999, par. 1.3, De Wolff 2007, p. 2. Zie recent ook A-G Keus sub 3.12 vóór HR 11 juli 2008 *RvdW* 2008, 725 (*Stoof/Mammoet II*).

39. HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335 (*IBM*) en HR 7 oktober 1988, ROR, 1989, 34 (*AKZO*).

werkgever bevindt en dus doorgaans in een slechtere positie verkeert dan zijn werkgever.⁴⁰ In het kader van die ongelijkheidscompensatie bepaalt artikel 7:613 BW dat de werkgever slechts een beroep kan doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. De bedoeling van dit artikel is volgens de wetsgeschiedenis⁴¹:

- het geven van adequate bescherming van de werknemer tegen eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden;
- rekening houden met de belangen van werkgevers om arbeidsvoorwaarden collectief te kunnen ordenen;
- zo min mogelijk ingrijpen mogelijk te maken in het systeem van arbeidsvoorwaardenvorming en arbeidsverhoudingen gezien de belangrijke verantwoordelijkheid van sociale partners;
- aansluiten bij de voortschrijdende decentralisatie en differentiatie.

Artikel 7:613 BW is ingevoerd in 1998 tegelijk met een ingrijpende wijziging van de WOR. Het tracht aldus de sluiproute van het (telkens) eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden in bijvoorbeeld personeelsgid- sen tegen te gaan.⁴²

Maatstaf artikel 7:613

Welke *maatstaf* dient te worden gesteld? Blijkens de parlementaire geschiedenis moet er sprake zijn van bedrijfseconomische of organisatorische omstandigheden, bijvoorbeeld een reiskostenvergoeding, waarvan onverminderde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid *on-aanvaardbaar* zou zijn.⁴³ Deze maatstaf lijkt op het eerste gezicht verwant aan die van de derogerende werking van de redelijkheid en billijk-

40. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 615, nr. 5, p. 6. In gelijke zin: Van Slooten 1999, p. 52-53.

41. *Kamerstukken II* 1995-96, 24 615, nr. 3, p. 21-22. (MvT).

42. *Kamerstukken II* 1995-96, 24 615, nr. 3, p. 20-21 (MvT).

43. *Kamerstukken II* 1995-96, 24 615, nr. 3, p. 22-24 (MvT).

heid van artikel 6:248 lid 2 BW.⁴⁴ Of dat in de praktijk ook zo wordt beschouwd valt uit de gepubliceerde lagere jurisprudentie met betrekking tot artikel 7:613 BW niet zonder meer af te leiden.⁴⁵ Meer jurisprudentie is te vinden over situaties waarin *geen* beding als bedoeld in artikel 7:613 BW is overeengekomen. Daarin past de lagere rechter in veel gevallen de maatstaven van artikel 6:2 en 6:248 BW toe.⁴⁶

A-G Keus⁴⁷ is van mening dat de norm van artikel 7:613 BW niet zonder meer overeenstemt met de ‘onaanvaardbaarheidstoets’ van artikel 6:248 lid 2 BW. De Hoge Raad laat zich daar in het arrest *Stoof/Mammoet II*⁴⁸ niet expliciet over uit, maar oordeelt in r.o. 3.3.3:

‘Bij het hanteren van de hiervoor bedoelde maatstaf is uitgangspunt dat geen sprake is van een schriftelijk beding dat de werkgever de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen. Indien daarvan wel sprake is, bepaalt art. 7:613 BW dat de werkgever op dat beding slechts een beroep kan doen indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Hoewel het hier op het eerste gezicht om een vergelijkbare kwestie gaat, moet op grond van de gegevens vermeld in de conclusie van de Advo-

44. Jellinghaus (2003), p. 195 leidt daaruit af dat de wetgever niet heeft bedoeld het principe ‘afsprake is afspraak’ te ondermijnen.

45. Bijvoorbeeld: Ktr. Zaandam, 16 november 2006 *JAR* 2006/296: wijziging rooster geen eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarde; Ktr. Hilversum, 11 augustus 2004, *JAR* 2004/246: Eenzijdige invoering eenzijdig wijzigingsbeding en wijziging reiskostenregeling is toelaatbaar; Ktr. Amsterdam, 9 mei 2004, *JAR* 2004/136: eenzijdige wijziging afspraak over kinderopvang geoorloofd, beding opgenomen in arbeidsreglement.

46. Zie bijvoorbeeld: Ktr. Utrecht, 20 december 2006, *JAR* 2007/43: eenzijdige wijziging van beloning fysiotherapeuten zonder 7:613 BW beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar; Ktr. Delft, 30 november 2006, *JAR* 2007/6: toetsingscriterium zonder beding is of onverminderde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is; Ktr. Amersfoort, 1 juni 2005, *JAR* 2005/158: roodstand bij de bank zwaarwichtige reden om bonusregeling bij te stellen; Ktr. Delft, 01 maart 2007, *JAR* 2007/130: het werkrooster is een arbeidsvoorwaarde; werkgever heeft onvoldoende gesteld dat in casu het vasthouden aan de overeengekomen tijden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Werkrooster is arbeidsvoorwaarde, Ktr. Eindhoven, 20 december 2005, *JAR* 2006/38 Af-schaffen groepsvervoersregeling niet toelaatbaar, Handhaving niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar: Anders o.a.: Ktr. Haarlem (Vzngr.), 13 juli 2006, *JAR* 2006/199: geen wijzigingsbeding, dan Taxi Hofman-criterium van toepassing; aldus ook: Ktr. Hoorn, 22 februari 2002, *JAR* 2002/71.

47. Punt 3.14 van deze conclusie.

48. HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 725.

caat-Generaal onder 3.14 worden aangenomen dat deze bepaling veeleer ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer maar ten opzichte van verscheidene werknemers, in welk geval ter bescherming van de werknemer(s) beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid het beding toe te passen.

Dergelijke gevallen verschillen van het onderhavige geval doordat de werknemer bij het ontbreken van het bedoelde beding in beginsel niet is gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, in verband waarmee de voor de werkgever en de werknemer over en weer uit art. 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn. (...)

De vraag is of, gelet op de hierboven in paragraaf 5.2.7 aangehaalde bedoeling van de wetgever, artikel 7:613 BW veeleer ziet op collectieve regelingen en of dat voor de maatstaf van artikel 7:613 BW verschil maakt of zou moeten maken. In elk geval kan uit het woordje ‘veeleer’ worden opgemaakt dat toepassing op een individuele arbeidsovereenkomst niet is uitgesloten.

Er vallen onder de auteurs ook⁴⁹ op dit punt ‘contractualisten’ en ‘institutionalisten’ te onderscheiden. Volgens Van der Heijden worden met contractualisten die personen bedoeld die een arbeidsovereenkomst weliswaar als een duurovereenkomst zien, maar wel één die moet worden nagekomen en dus niet licht gewijzigd kunnen worden.⁵⁰ De institutionalisten zien daarentegen veeleer het duurelement in de overeenkomst waarmee flexibel moet kunnen worden omgegaan. Aldus is een aanpassing sneller mogelijk.⁵¹

Heerma van Voss kiest hier niet voor één van beide scholen. Uit zijn betoog over de mogelijkheden van ‘class actions’ (paragraaf 1.6 p. 29) en uit zijn noot onder HR 14 juni 2002, NJ 2003, 324 (*Bulut/Troost*) zou kunnen worden afgeleid dat Heerma van Voss, in het belang van het collectief, meer neigt naar de institutionele leer dan naar de contractuele.⁵²

49. Een soortgelijke tweedeling valt te speuren op het gebied van gebondenheid aan een sociaal plan, zie onder meer de noot van Heerma van Voss onder HR 14 juni 2002, NJ 2003, 324 (*Bulut/Troost*).

50. Van der Heijden in *ArbeidsRecht* 8/9 1999 Lustrumkatern p. 4.

51. Zie voor het onderscheid tussen deze twee opvattingen ook Heerma van Voss 2008, nr. 18.

52. Vgl. Heerma van Voss 1999, p. 120.

Volgens Baltussen zou het arrest *Taxi Hofman*⁵³ duiden op de institutionele benadering. Daaronder verstaat De Vroe het loskoppelen van de civielrechtelijke gedachte van ‘pacta sunt servanda’, indien dit voor een goed functionerende werkorganisatie noodzakelijk is. Een wijziging van de inhoud van een contract wordt dan niet gesteld op de aanvullende of de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, maar op een gevoel van ‘moet kunnen, anders krijgen we het eindresultaat, de reorganisatie of de implementatie niet rond’. Een dergelijke benadering is kennelijk gestoeld op de ‘eigen aard’ van het arbeidsrecht ten opzichte van het commune contractenrecht.⁵⁴ Nu de civiele kamer van de Hoge Raad geen blijk geeft veel op te hebben met de ‘eigen aard van het arbeidsrecht’ indien en voor zover daarbij de regels van het verbintenissenrecht overboord worden gezet, brengt het aanhangen van een dergelijke theorie op zijn minst een aanzienlijk procesrisico mee. Baltussen vraagt zich af of er door invoeren van het artikel 7:613 BW is teruggedaan naar de contractuele benadering.⁵⁵ De contractuele benadering gaat daarentegen wèl uit van de civielrechtelijke gedachte van pacta sunt servanda behoudens uitzonderlijke situaties (derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid) en situaties waarin partijen niet hebben voorzien (onvoorziene omstandigheden en aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid).

De Vroe meent dat deze stelling, gelet op het arrest *Guitoneau/Midnet Tax*, niet juist is.⁵⁶ In zijn visie zouden er geen strengere eisen moeten worden gesteld aan een partij die wèl eenzijdige wijziging contractueel is overeengekomen. Hij pleit voor de ‘lichtere’ toets van *Taxi Hofman* in geval van een beding ex artikel 7:613 BW.

Heerma van Voss is van mening dat dit door de jurisprudentie dient te worden ingevuld.⁵⁷ De Laat concludeert dat de maatstaf van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid niet uitwisselbaar dient te zijn met de toetssteen van het zwaarwichtig belang ex artikel 7:613 BW of het goed-werknemerschap ex artikel 7:611 BW, maar een geheel eigen functie dient te vervullen.⁵⁸

53. HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767.

54. De Vroe 2004, p. 3.

55. Zie: Baltussen 2000, p. 23 en Vegter 2002, p. 12-16.

56. De Vroe, *ArbeidsRecht* 2001. Zie ook De Vroe 2004.

57. Heerma van Voss 1999, p. 123.

58. De Laat 2008, onder meer p. 112-117.

Van Slooten stelt dat aan artikel 7:613 BW weinig waarde kan worden gehecht omdat de bepaling, gelet op de totstandkoming daarvan, blijkens parlementaire geschiedenis weinig doordacht is.⁵⁹ Hij komt tot dit oordeel omdat de wetgever zich kennelijk van een aantal situaties geen rekenschap lijkt te hebben gegeven. Er wordt niet naar *soort* wijziging gedifferentieerd en dus is niet duidelijk of deze zware toets voor alle situaties in dezelfde mate geldt. Van Slooten is van mening dat, omdat bij artikel 7:613 BW de werkgever moet stellen en, bij betwisting bewijzen dat er sprake is van een zwaarwichtig belang dat prevaleert boven dat van de werknemer, dit een verschil zou zijn ten opzichte van artikel 6:2 en 6:248 BW.⁶⁰

Loonstra en Zondag zoeken aanknopingspunt bij artikel 6:2 en 6:248 BW.⁶¹ Zondag heeft een volledig systeem uitgedacht waarbij hij uiteindelijk pleit voor één norm voor alle vormen van wijziging.⁶²

Bungener stelt artikel 7:611 BW en 6:248 BW aan elkaar gelijk met een aanvullende en een derogerende werking.⁶³ In zijn visie dient het arrest *Van der Lely/Taxi Hofman*⁶⁴ te worden beschouwd als een arrest waarin nader is bepaald welke rechtsgevolgen een bestaande arbeidsovereenkomst heeft.⁶⁵

Beltzer is van mening dat met het arrest *Stoof/Mammoet II*⁶⁶ ook ten aanzien van de toepassing van artikel 7:613 BW de mist aanzienlijk is opgetrokken. Hij concludeert daaruit dat artikel 7:613 BW alleen ziet op wijziging van collectieve voorwaarden.⁶⁷

Gundt stelt in een zeer recent proefschrift dat de toetsingsmaatstaf van artikel 7:613 BW nagenoeg gelijk valt met die van artikel 6:248 lid 1 BW, zij het dat enige ‘verzwaring’ zal moeten worden gezocht en gevonden in de eis van zwaarwichtigheid.⁶⁸

In r.o. 3.3.3 van dit arrest maakt beschouwt de Hoge Raad een eenzijdige wijziging buiten artikel 7:613 BW die als vallend onder de instruc-

59. Van Slooten 1999, p. 52.

60. Van Slooten 1999, p. 50, Konijn 1999, p. 275.

61. Zie Loonstra & Zondag 2008, p. 286 ev.

62. Zondag 2006, p. 28 waarbij hij 7:613 BW en 6:248 lid 2 BW en de Taxi Hofman-norm op één lijn stelt.

63. Bungener 2008, p. 239.

64. HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767.

65. Bungener 2008, p. 242.

66. HR 11 juli 2008 *RvdW* 2008, 725.

67. Beltzer 2008, p. 7

68. Gundt 2009, par 2.6.1.2.

tiebevoegdheid van een werkgever uit hoofde van de arbeidsovereenkomst, terwijl de 7:613 BW ‘veeleer’ ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer, maar ten opzichte van verscheidene werknemers, in welk geval ter bescherming van de werknemer(s) beperkingen worden gesteld aan de bevoegdheid het beding toe te passen.⁶⁹ Anders gezegd, een niet-7:613-situatie ziet aldus (mede) op de instructiebevoegdheid van een werkgever uit hoofde van de gezagsverhouding, waarbij het van de *soort* wijziging afhangt en van de wederzijdse belangen van werkgever en werknemer afhangt, hoe daarmee door de rechter moet worden omgegaan. De 613-situatie ziet op contractueel voorbehouden eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden.

Het lijkt mij de vraag of dit een scherp te maken onderscheid is. Een 7:613 BW-beding kan ook in een individuele arbeidsovereenkomst worden opgenomen en gebruikt. Bovendien kan het ook hier om een wijziging gaan die in redelijkheid van de werknemer kan worden vergegd. In dat verband ben ik het met Van Slooten eens dat een onderscheid moeten worden gemaakt naar *soort* wijziging die de werkgever eenzijdig en zonder toestemming van de werknemer wenst door te voeren. Indien dat een gelijkwaardige andere invulling van de werkzaamheden betreft, waarbij de werknemer er in primaire en/of subsidiaire arbeidsvoorwaarden er niet op achteruit gaat, zal dit immers – in termen van artikel 6:2 en 6:248 – onder de *aanvullende* werking van de redelijkheid en billijkheid moeten worden gebracht. Het betreft dan immers in beginsel een situatie waar partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst niet aan hebben gedacht, maar die zonder enige noemenswaardig bezwaar van de werknemer kan worden verlangd.

Dit is dus in lijn met de maatstaf, zoals de Hoge Raad aanneemt in het arrest *Stoof/Mammoet II*⁷⁰ ten aanzien van een niet-613 BW-situatie, dus niet uitsluitend aan de hand van de *derogerende werking* van artikel 6:248 tweede lid BW moet worden beschouwd, maar aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waarbij niet alleen de belangen van de werknemer in ogenschouw moeten worden genomen, maar ook die van de werkgever.

69. HR II juli 2008 *RvdW* 2008, 725.

70. HR II juli 2008 *RvdW* 2008, 725.

Het is dus te kort door de bocht om te stellen dat *elke* door de werknemer als belastend ervaren wijziging onder de *derogerende werking* van de redelijkheid en billijkheid moet worden gebracht.

Maatstaf niet-613-situatie

Wat betekent het voor de stelplicht en bewijslast indien er geen beding ex artikel 7:613 BW is overeengekomen en de werkgever de werknemer – in zijn visie passende – andere werkzaamheden aanbiedt? In dat geval zal de werkgever kunnen stellen en bewijzen dat onverminderde nakoming van de oorspronkelijke overeenkomst in strijd is met artikel 7:611 BW (goed werkgever- en werknemerschap).⁷¹ Daarnaast gelden ook tussen werkgever en werknemer als contractspartijen 6:2, 6:248 en 6:258 BW (redelijkheid en billijkheid respectievelijk onvoorziene omstandigheden), zodat de werkgever ook op die bepalingen een beroep kan doen.

Uit de jurisprudentie valt niet af te leiden wanneer er sprake is van een door de werkgever te stellen aanvullende of derogerende werking van artikel 7:611 BW en 6:2, 6:248 BW. De Hoge Raad heeft in de arresten *Van der Lely/Taxi Hofman*⁷² en de daarop gevolgde arresten *Guitoneau/Midnet Taxi*⁷³ en *Stoof/Mammoet I*⁷⁴ geoordeeld dat op basis van artikel 7:611 BW de werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk in het algemeen positief behoort in te gaan. Hij mag dergelijke voorstellen alleen afwijzen wanneer aanvaarding daarvan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.

In het recente arrest *Stoof/Mammoet II*⁷⁵ oordeelt de Hoge Raad in r.o. 3.3.2 naar aanleiding van de klacht dat het Taxi Hofman-criterium in de sleutel van de derogerende werking van artikel 6:248 lid 2 BW moet worden beschouwd en aldus getoetst:

71. Zie bijvoorbeeld Konijn 1999, p. 272. Zij volstaat echter met het stellen van de vraag hoever de bevoegdheid tot eenzijdige wijziging op grond van artikel 7:611 BW gaat.

72. HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767. Zie over dit arrest recent: De Wolff 2007 hoofdstuk 7 en 8.

73. HR 28 april 2000, JAR 2000/120.

74. HR 14 november 2003, NJ 2004, 138 m.nt. GHVV.

75. HR 11 juli 2008 *RvdW* 2008, 725.

‘Er is geen grond in afwijking van de in het hiervoor vermelde arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1998 aanvaarde, aan art. 7:611 ontleende maatstaf aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting zich in de arbeidsverhouding als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij verdient opmerking dat bij de hier te hanteren maatstaf het accent niet eenzijdig moet worden gelegd op hetgeen van de werknemer in een dergelijke situatie mag worden verwacht. Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient immers in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Nu de werknemer op deze wijze beschermd wordt tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en nu vervolgens nog dient te worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer geveerd kan worden, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.’

Jellinghaus stelt dat de Hoge Raad in het arrest *Taxi Hofman* de institutionele leer zou toepassen⁷⁶. Volgens Zondag kunnen eenvoudige wijzigingen worden gerealiseerd door toepassing van artikel 7:611 BW⁷⁷. Zwaarwichtige gevallen dienen dan volgens sommige auteurs te worden opgelost via de route van artikel 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden)⁷⁸. De bijdragen van deze en hierboven bij de behandeling van artikel 7:613 BW genoemde auteurs dateren van voor het genoemde arrest *Stoof/Mammoet II*⁷⁹ waarbij er druk werd gespeculeerd omtrent de reikwijdte van het *Taxi Hofman*-criterium. Dat dient dus te worden be-

76. Jellinghaus 2003, 212.

77. Loonstra en Zondag 2008, p. 306.

78. Loonstra en Zondag 2008, p. 306 en Heerma van Voss 1999, p. 126 ev.

79. HR 11 juli 2008 *RvdW* 2008, 725.

schouwd in de zin van artikel 7:611 BW, dat weer een vertaling is van de aanvullende en derogerende werking van artikel 6:248 BW.

Van *na* voormeld arrest dateert het proefschrift van Gundt. Zij ziet in de artikelen 7:611 BW en 7:613 BW een invulling van artikel 6:248 eerste lid BW (de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid) ten opzichte van de het tweede lid van artikel 6:248 BW dat ziet op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

In het arrest *Stoof/Mammoet II*⁸⁰ onderscheidt de Hoge Raad een drietal cumulatieve criteria, waaraan moet zijn voldaan wil een eenzijdige wijziging tegen de wil van de werknemer mogelijk zijn:

1. allereerst moet er aan de zijde van de werkgever een *aanleiding* zijn voor het doen van het voorstel tot wijziging, welke in overeenstemming is met het beginsel van goedwerkgeverschap;
2. vervolgens dient het voorstel alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, *redelijk* te zijn;
3. tenslotte moet aanvaarding van het voorstel in het licht van alle omstandigheden van het geval in redelijkheid van *deze* werknemer kunnen worden gevergd.

Uit dit arrest kan naar mijn mening worden afgeleid dat het van de *soort* wijziging afhangt in samenhang met alle omstandigheden van het geval, zowel aan de zijde van de werknemer als aan de zijde van de werkgever, of de werkgever in het bewuste geval tegen de zin van de werknemer een arbeidsvoorwaarde eenzijdig kan wijzigen. De Hoge Raad zet dit in de sleutel van artikel 7:611 BW, dat weer een afgeleide is van artikel 6:248 eerste *en* tweede lid BW. Afhankelijk van de *soort* wijziging wordt ook in dit geval dan de aanvullende of de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid toegepast.

Dat komt mij ook wenselijk voor. Ik acht het onjuist indien een ‘gewone’ overeenkomst moeilijker open te breken zou zijn dan een arbeidsovereenkomst. Dat strookt niet met de in het arbeidsrecht levende opvatting van ongelijkheidscompensatie, die nu juist in sommige gevallen van dat gewone contractenrecht afwijkt ten gunste van de werknemer als zwakkere partij.

80. HR II juli 2008 *RvdW* 2008, 725.

5.2.8 *Stelplecht en bewijslast in een art. 613-situatie*

De werkgever dient te stellen en zo nodig bewijzen feiten en omstandigheden waaruit volgt welk zwaarwichtig belang hij heeft bij wijziging van de arbeidsovereenkomst dat meebrengt dat het belang van de werknemer bij niet-wijziging daarvoor moet wijken. De eisen die aan deze stelplecht worden gesteld kunnen tot gevolg hebben dat een werkgever zich niet in alle gevallen zal kunnen beroepen op een door partijen schriftelijk overeengekomen beding. Na verzet tegen de wijziging van de werknemer bestaat dan de mogelijkheid dat de werkgever er niet in slaagt om voor dat zwaarwichtige belang voldoende feiten en omstandigheden te stellen.

Uiteraard rust er in het kader van de betwisting van dat zwaarwichtige belang een stelplecht op de werknemer.⁸¹ Daarnaast rust op hem de stelplecht en de bewijslast van de stelling dat de wijziging in de gegeven omstandigheden op grond van de redelijkheid en billijkheid niet kan worden geveerd.

Gelet op het feit dat de feiten en omstandigheden ter zake van het zwaarwegende belang in veel gevallen bij uitstek tot het domein van de werkgever zullen behoren, zullen naar mijn mening aan de stelplecht van de werkgever op dat punt hoge eisen moeten worden gesteld. In dat verband kan minimaal worden verwacht dat de werkgever die stukken overlegt waaruit blijkt waarom de eenzijdige wijziging onvermijdelijk is geworden. Daarnaast kan naar mijn mening onder omstandigheden van een werkgever worden verwacht dat hij (ook) die stukken die tot zijn domein behoren in het geding brengt waarop de werknemer zijn verweer kan baseren.

De bewijslast zal doorgaans conform de hoofdregel van 150 Rv op de werkgever rusten. Dit kan echter onder omstandigheden anders zijn indien de werknemer een zelfstandig verweer voert. Te denken is bijvoorbeeld aan een erkenning van de noodzaak van de maatregel doch het verweer dat dit in het onderhavige geval of de wijze waarop wordt de werkgever de arbeidsverhouding wenst te wijzigen⁸², in zijn geval in redelijkheid niet van hem kan worden geveerd. Indien de feiten en

81. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Groningen, 17 april 1998, *JAR* 1998/193, waarin een eenzijdige wijziging van de autokostenregeling niet in strijd met redelijkheid en billijkheid was, omdat de werknemer onvoldoende had gesteld, dat dit voor hem in casu in strijd met de redelijkheid zou zijn.

82. Bijvoorbeeld omdat geen overgangsregeling is getroffen.

omstandigheden die de werknemer daartoe stelt door de werkgever betwist zijn, draagt de werknemer daarvan de bewijslast.

5.2.9 *Stelplicht en bewijslast in een niet-613-situatie*

In een niet-613-situatie dient de drietrapsraket van het arrest *Stoof/Mammoet II* als leidraad. De werkgever dient te stellen en te bewijzen dat er aan zijn zijde een *aanleiding* is voor het doen van het voorstel tot wijziging, welke in overeenstemming is met het beginsel van goedwerkgeverschap. Ook dient hij te stellen en bij betwisting te bewijzen dat het voorstel alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, *redelijk* is. Vervolgens zal het op de weg van de werknemer liggen om te stellen en bij betwisting te bewijzen dat aanvaarding van het voorstel in het licht van alle omstandigheden van het geval in redelijkheid van hem kan worden gevergd.

Het hangt daarbij van de soort wijziging en de daarmee gerechtvaardigde belangen alsmede alle (overige) omstandigheden van het geval, dus die zullen dus voorwerp van het debat moeten zijn. Niet kan worden gesteld dat de bescherming van de werknemer zonder verdere compensatie op een onacceptabel gunstig niveau uit zou komen.

5.2.10 *Conclusie 613- en niet-613-situatie*

Blijkens het arrest *Stoof/Mammoet II*⁸³ kan niet worden gezegd dat het Taxi Hofman-criterium meebrengt dat een eenzijdige wijziging in een niet-613-situatie slechts aan de orde kan zijn indien onverminderd vasthouden aan de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is. Voor de beoordeling dienen alle omstandigheden van het geval in aanmerking te worden genomen, zowel voor wat betreft de werkgever als voor wat betreft de werknemer. In een 613-situatie zou voor wat betreft de zwaarwegende redenen naar mijn mening kunnen worden aangeknoopt bij de aanvullende of de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, afhankelijk van de soort wijziging.

Er wordt wel betoogd dat de toegevoegde waarde van artikel 7:613 BW nihil is.⁸⁴ Dat hangt ervan af vanuit welk perspectief wordt gereede-

83. HR II juli 2008, *RvdW* 2008, 725.

84. Jellinghaus 2003, p. 203.

neerd. Vanuit het perspectief van de *werkgever* is daar wat voor te zeggen: zonder beding komt men naar mijn mening via het verbintenissenrecht en artikel 6:2 BW via de aanvullende en derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid op hetzelfde resultaat. Het beding is bedoeld voor situaties waarin de werkgever zich de wijziging heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven.

Vanuit de *werknemer* gezien is er wel degelijk een (groot) verschil. Zonder dit artikel zou een werkgever het feit dat contracten slechts zijn open te breken in het geval de derogerende werking van 6:2 en 6:248 BW dat voorschrijft eenvoudig weg kunnen contracteren. Dan zou de wijziging slechts *geen* doorgang kunnen vinden indien dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het belang van dit artikel zit hem dan ook niet zozeer in het *creëren* van een mogelijkheid tot eenzijdige wijziging als wel in het *blokkeren* van dat wegcontracteren. Dit laatste staat immers haaks op de in het arbeidsrecht levende beschermingsgedachte en het ervaringsfeit dat veel werknemer nu eenmaal bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst weinig zeggenschap hebben over de inhoud van hun arbeidsovereenkomst en in het bijzonder met betrekking tot de al dan niet aanwezigheid van dit soort bedingen. Aldus *hoeft* er dan ook geen verschil te zijn tussen toetsing in een 6:13-situatie ten opzichte van een niet-6:13-situatie.

Het heeft mijn voorkeur om, waar mogelijk, de criteria zoals gehanteerd in het verbintenissenrecht, zoveel mogelijk in alle disciplines te uniformeren. Dat komt de rechtseenheid en rechtszekerheid ten goede. Dat dit in casu tot gevolg heeft dat het eenzijdig wegcontracteren van de artikelen 6:2 en 6:248 BW niet werkt, acht ik vanuit oogpunt van ongelijkheidscompensatie en de afhankelijke positie van de werknemer ten opzichte van de werkgever niet van belang.

In een dergelijk geval zal naar mijn mening de werkgever dus eerst moeten stellen en bewijzen wat voor *soort* wijziging het betreft (aanvullend of derogerend) en vervolgens afhankelijk daarvan dat deze wijziging van de werknemer in redelijkheid kan worden gevegd, respectievelijk dat onverminderd vasthouden aan de oorspronkelijke functie in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Niet kan worden gesteld dat de bescherming van de werknemer zonder verdere compensatie op een onacceptabel gunstig niveau uit zou komen.

5.3 **Loon**5.3.1 *Inleiding*

Op wie rust de stelplicht en bewijslast ter zake van loonaanspraken? Het loon is de tegenprestatie voor de arbeid die de werknemer verricht. Als hoofdregel geldt dat een werkgever geen loon hoeft te betalen over de periode waarin niet wordt gewerkt (artikel 7:627 BW). Toch zijn er situaties denkbaar, waarin de werkgever loon dient te betalen ondanks het feit dat de werknemer daartegenover geen arbeid heeft verricht. Te denken valt bijvoorbeeld aan vakantie, ziekte of staking. Ook kan de rechter van oordeel zijn dat in de gegeven omstandigheden de verhindering voor rekening en risico van de werkgever komt. In dit onderdeel komt aan de orde in welk geval de werknemer is belast met de stelplicht en bewijslast en in welk geval de werkgever.

5.3.2 *Artikel 7:618 BW: op welk loon heeft de werknemer recht als geen loon is vastgesteld?*

Artikel 7:616 BW bepaalt dat de werkgever verplicht is de werknemer zijn loon op de bepaalde tijd te voldoen. De vastgestelde vorm van loon mag niet anders zijn dan in geld en sommige zaken of diensten in natura (artikel 7:617 BW). Maar wat nu indien er geen loon is vastgesteld? In dat geval heeft de werknemer aanspraak op het loon dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voor de overeengekomen arbeid gebruikelijk was of, bij gebreke van een dergelijke maatstaf, op een loon dat met inachtneming van de omstandigheden van het geval naar billijkheid wordt bepaald (artikel 7:618 BW).

Dit artikel geeft dus *aanknopingspunten* voor de stelplicht van partijen, in het bijzonder voor die van de werknemer. Die zal moeten stellen en zo nodig bewijzen wat voor werk is overeengekomen en wat daarvoor gebruikelijk loon is. Dit artikel wordt ook wel toegepast bij de bepaling van tantième.⁸⁵

Er is ten tijde van het afsluiten van dit onderzoek slechts één arrest van de Hoge Raad bekend over artikel 7:618 BW, te weten het arrest *Wêreldomroep/Verheugd*.⁸⁶ Daarin werd vergeefs opgekomen tegen een vast-

85. Zie bijvoorbeeld: rechtbank Roermond, 12 juli 2001, *JAR* 2001/172.

86. HR 3 december 1999, *JAR* 2000/61.

stelling door de appelrechter van de rechtbank van het nieuwe salaris van de directeur conform een CAO die op deze directeur niet van toepassing was verklaard. Voor alle andere medewerkers was immers een nieuwe CAO van toepassing geworden, die een aanzienlijke loonsverhoging meebracht. De directeur viel daarbuiten. Hij vorderde in lijn met de CAO vaststelling van zijn nieuwe salaris conform de in de CAO toegepaste loonsverhoging, zodat de stijging van het loon van de directeur gelijk tred hield met die van de rest van het personeel. Daaruit volgt dat dit artikel kennelijk ook geldt in gevallen waarin er geen *nieuw* salaris is vastgesteld. Afgezien van voormelde uitspraak van de rechtbank Roermond, heb ik geen gepubliceerde uitspraak betreffende artikel 7:618 BW kunnen vinden. Mogelijk dat er in voorkomende gevallen eerder een beroep op gelijke behandeling wordt gedaan.

Uit deze bepaling volgt welk loon een werknemer in een loonvordering kan vorderen indien geen loon is vastgesteld, namelijk een gebruikelijk loon of een billijk loon. Hij dient daartoe te stellen en zo nodig te bewijzen welk loon ten tijde van het aangaan van de overeenkomst voor de overeengekomen arbeid als gebruikelijk was of als er niet een dergelijke maatstaf valt aan te wijzen, te stellen en zo nodig te bewijzen welk loon gelet op de omstandigheden van het geval billijk is. De bewijslast rust via de hoofdregel van de werknemer bij gebreke van enige bijzondere regel op de werkgever. In dat verband kan met naar mijn mening van de werkgever worden verwacht dat hij inzichtelijk maakt door middel van het overleggen van stukken wat hij andere werknemers in vergelijkbare functies betaalt. Het is dan aan de werknemer om te stellen en te bewijzen dat dit in het bewuste geval niet marktconform is dan wel in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

5.3.3 *Artikel 7:627-629b BW: De hoofdregel 'geen arbeid geen loon' en de wettelijke uitzonderingen daarop*

Artikel 627 BW bepaalt (als hoofdregel) dat geen loon is verschuldigd over de tijd dat een werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht. Dit lijdt uitzondering indien de oorzaak daarvan in redelijkheid voor rekening en risico van de werkgever behoort te komen (artikel 7:628 BW). Dat kan zijn in geval van ziekte (artikel 7:629 BW) van de werknemer, maar ook in het geval de werkgever de werknemer naar huis heeft gestuurd en aldus geen gebruik maakt van de arbeidsprestatie van de werknemer. Hierna zal zowel voor de hoofdregel als voor de uitzonderingen daarop worden onderzocht hoe de stelplicht en bewijslast is verdeeld.

5.3.4 *Stelplicht en bewijslastverdeling ex artikel 7:627: 'geen arbeid geen loon'*

Artikel 7:627 BW bepaalt dat geen loon is verschuldigd voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht. Dit houdt verband met artikel 6:262 BW, maar komt daarmee niet geheel overeen.⁸⁷ Opschorting, zoals in artikel 6:262 BW aan de orde is, impliceert immers dat na hervatting alsnog met terugwerkende kracht wordt betaald. Artikel 7:627 BW schort niet op maar brengt mee dat er over de niet-gewerkte periode in het geheel geen loon verschuldigd wordt. Hervatting brengt dus slechts een *herleving* van de loonbetalingsverplichting mee met ingang van de datum van hervatting. Dit is overigens anders in de situatie van een werknemer die zijn verplichtingen uit de Wet Verbetering Poortwachter niet nakomt. In dat geval betreft het wel een opschorting van de loonbetaling.⁸⁸ Komt hij zijn verplichtingen alsnog na dan dient met terugwerkende kracht tot datum van opschorting het loon te worden betaald.

Wanneer een werknemer niet werkt, zal de werkgever eenvoudig het loon over het niet gewerkte gedeelte inhouden. Het is dan aan de werknemer te stellen en bij betwisting te bewijzen dat hij toch recht heeft op doorbetaling van loon. Dit kan zijn omdat één van de uitzonderingen van artikel 7:628a-629b BW zich voordoet. Het kan ook gaan over de situatie waarbij de verhindering de bedongen arbeid zich in de risicosfeer van de werkgever bevindt en aldus in redelijkheid voor rekening en risico van de werkgever moet komen (7:628 BW).

Het komt bijzonder op de stelplicht van een werknemer aan of een situatie onder artikel 7:627 BW of onder 7:628 BW valt, zoals wordt geïllustreerd in een arrest uit 1986. Daarin achtte de Hoge Raad een verhindering wegens lawaaidoofheid van een lasser een omstandigheid die meer in zijn risico lag dan van de werkgever.⁸⁹ Zo op het eerste gezicht is dit een niet voor de hand liggende uitspraak. De verklaring moet naar mijn mening worden gevonden in het feit dat kennelijk niet is

87. Het eerste lid van dit artikel luidt: 'Komt een der partijen haar verbintenis niet na, dan is de wederpartij bevoegd de nakoming van haar daartegenover staande verplichtingen op te schorten'.

88. Art 7:629 derde lid sub c., d. en e. BW.

89. HR 18 april 1986, NJ 1986, 763.

gesteld in feitelijke instanties dat die lawaaidoofheid⁹⁰ is ontstaan als gevolg van het onvoldoende naleven van de zorgplicht ex artikel 1638x(oud) BW, thans artikel 7:658 BW. In cassatie hield de klacht niet meer in dan dat de rechtbank op onjuiste gronden heeft geoordeeld dat de lawaaidoofheid die de werknemer verhinderde zijn werk te doen naar verkeersopvattingen voor risico de werkgever behoort te komen in plaats van voor risico van werknemer. Het had naar mijn mening dus op de weg van de werknemer gelegen om die omstandigheden te stellen en te bewijzen waaruit volgt dat de verhindering in redelijkheid van werkgever behoort te komen, bijvoorbeeld omdat die zijn plicht uit 1638x(oud), de voorloper van 7:658 BW heeft verzaakt. Thans bleef slechts de afweging over voor wiens risico het komt dat de werknemer niet langer in staat is bij de werkgever te werken. Zonder bijkomende feiten en omstandigheden is dat dus de werknemer, gelijk het ook voor risico van een medewerker van een beveiligingsdienst of van een arts in loondienst komt wanneer die zijn vergunning om als zodanig te mogen werken door eigen toedoen verliest.

5.3.5 *Werkgeversrisico*

Inleiding

Artikel 7:628 BW eerste lid bepaalt dat de werknemer het recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon behoudt indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Dit wordt op grond van het tweede lid verminderd met de uitkering die hem krachtens enige wettelijk voorgeschreven verzekering of krachtens enige verzekering of uit enig fonds waarin de deelneming is overeengekomen bij of voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst. Daaronder kan volgens de parlementaire geschiedenis ook overmacht worden gerekend.⁹¹

Als voorbeeld kan worden genoemd een staking waarbij de werknemer als werkwillige de toegang tot het werk wordt ontzegd door stakers. Ook kan worden gedacht aan een door de werkgever opgelegde op non actiefstelling met behoud van salaris. Tenslotte valt hier ook onder het passeren van het aanbod van de werknemer de bedongen arbeid

90. Welke naar de rechtbank in appel vaststelt, is opgetreden tijdens het dienstverband met Jonker du Croo N.V., een bedrijf behorend tot de sector 'zware metaalindustrie'.

91. *Kamerstukken II* 1993-1994, 3, p. 25 (MvT).

te verrichten na een ingeroepen nietigheid van het ontslag op staande voet.⁹²

Indien de werkgever de werknemer op non-actief stelt, moet hij het loon doorbetalen, ook al heeft de werknemer het er zelf naar gemaakt.⁹³ Is de werknemer op staande voet ontslagen en houdt dat ontslag in rechte stand, dan stopt de betalingsverplichting van de werkgever.

In het arrest *De Schelde I*⁹⁴ heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat, wanneer een werknemer als gevolg van een staking niet kan werken, maar daartoe wel bereid is, deze verhindering onder omstandigheden voor risico van de werkgever kan komen.⁹⁵ Uiteraard komen deelnemers aan een staking niet voor doorbetaling van loon in aanmerking.⁹⁶

In de bouw kan het voorkomen dat er niet kan worden gewerkt als gevolg van onwerkbaar weer. Er kan sprake zijn van een storing in het machinepark. De omstandigheid dat het verbod, waarmee de Wet arbeid buitenlandse werknemers haar doel tracht te bereiken, een werkgever die een vreemdeling in dienst heeft genomen voor wie een tewerkstellingsvergunning niet is verleend, verhindert gebruik te maken van de door hem van de vreemdeling bedongen diensten, is in beginsel toe te rekenen aan de werkgever.⁹⁷ Een werknemer die zich dus geconfronteerd ziet met het inhouden van loon door zijn werkgever dient dus te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij niet heeft meegedaan aan de staking en dat hij werkwilbig was. Naar mijn mening zou dat dan wel ergens uit moeten blijken. Weliswaar heeft de Hoge Raad in het arrest *Hema/O.P.*⁹⁸ geoordeeld dat 'niet uitgesloten is dat ondanks het ontbreken van bereidheid moet worden aangenomen dat de arbeid niet is verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen', het ligt echter op de weg van de *werknemer* om te stellen en te bewijzen dat hij wel wilde maar door de staking werd

92. HR 10 november 1972, *NJ* 1973, 60 m.nt. GJS.

93. HR 21 maart 2003, *NJ* 2007, 332. m.nt. GHV.

94. HR 10 november 1972, *NJ* 1973, 60.

95. Zie verder ook HR 21 december 1973, *NJ* 1974, 142 (*De Schelde II*), HR 7 mei 1976, *NJ* 1977, 55 (*De Schelde III*) en HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 282.

96. Een staking komt in dit kader niet per definitie *niet* voor rekening en risico van de werkgever, zie bijvoorbeeld HR 6 november 1992, *NJ* 1993, 25; hoewel de staking gericht was (onder meer) tegen het opheffen van discriminatie van vrouwelijke leerkrachten, hadden zij dat ook via de rechter kunnen aankaarten.

97. HR 27 maart 1981, *NJ* 1982, 492.

98. HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 14.

verhinderd. In dat geval kan een bereidverklaring helpen aan te tonen dat de betrokken werknemer niet aan de staking heeft deelgenomen.

Dit geldt ook voor de situatie waarin een werknemer stelt ziek te worden als hij weer aan het werk zou moeten.⁹⁹ De werknemer zal dus moeten stellen en bij betwisting bewijzen dat de werkgever het verder werken voor een werknemer onmogelijk heeft gemaakt en dat om die reden er sprake is van een verhindering de bedongen werkzaamheden te verrichten die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Zie hierna paragraaf 5.3.7 onder 'situatieve arbeidsongeschiktheid'.

Stelt de werkgever een dringende reden te hebben dan rust op hem de stelplicht en de bewijslast daarvan. De problematiek van het ontslag op staande voet wordt hierna behandeld in onderdeel 5.6.5 t/m 5.6.7

Bereidheid de bedongen arbeid te verrichten

Volgens art. 7:628 lid 1 BW heeft voor het geval de werknemer niet de bedongen arbeid heeft verricht, als uitgangspunt te gelden dat hij om aanspraak te maken op loon bereid moet zijn geweest de bedongen arbeid te verrichten.¹⁰⁰ Het is evenwel niet uitgesloten dat ondanks het ontbreken van bereidheid toch aanspraak op loon bestaat, te weten indien ondanks het ontbreken van bereidheid moet worden aangenomen dat de arbeid niet is verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen.¹⁰¹ Van de zijde van de werknemer moet wel voldoende aannemelijk zijn *dat* hij ook komt werken wanneer de werkgever op zijn aanbod ingaat. Van een bereidheid tot verrichten bedongen arbeid is slechts sprake indien de werknemer doet blijken de bedongen arbeid daadwerkelijk te zullen hervatten zodra de werkgever hem daartoe gelegenheid biedt. Dit geldt ook ingeval de werknemer beroep heeft ingesteld tegen de beslissing van de bedrijfsvereniging hem arbeidsgeschikt te verklaren.¹⁰²

99. HR 27 juni 2008, *RvdW* 2008, 682.

100. Zie bijvoorbeeld: HR 1 februari 1952, *NJ* 1953, waarin de Hoge Raad oordeelde dat op de werknemer de bewijslast rustte dat hij (bij voortdoring) bereid was de bedongen arbeid te verrichten. In het arrest HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 264, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een bereidverklaring na een tussentijdse ziekmelding, na de hersteldverklaring niet hoeft te worden herhaald.

101. HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 269 (*Hema/O.P.*).

102. HR 17 oktober 1997, *NJ* 1998, 130 (*Vendex/Van Roosmalen*).

In het debat of, en zo ja, in hoeverre een verhindering voor rekening en risico van de werknemer komt, is uiteraard van belang of de ontslagaanzegging, aan de hand waarvan de werknemer actie behoort te ondernemen de werknemer ook daadwerkelijk heeft bereikt. De stelplicht en bewijslast aangaande de aanbieding van een aangetekende brief met ontslagaanzegging rust op de werkgever. Bij een aangetekende verzending van de brief naar het buitenland (bijvoorbeeld Marokko) zal de werkgever door middel van de van de postbureaus te verkrijgen gegevens omtrent de aanbieding van de brief aannemelijk moeten maken dat de aanbieding op het desbetreffende adres op de daartoe voorgeschreven voet heeft plaatsgevonden. Slaagt hij hierin, dan staat in beginsel vast dat de brief de werknemer heeft bereikt of dat zich een geval voordoet dat daarmee gelijk moet worden gesteld (zie daarover het arrest). De werknemer zal dan niet kunnen volstaan met de enkele ontkenning die brief ontvangen te hebben, doch deze ontkenning nader moeten motiveren.¹⁰³

Heeft de werknemer zich bereid verklaard de bedongen arbeid te blijven verrichten en heeft de werkgever daarvan geen gebruik gemaakt, dan ligt het op de weg van de werkgever, zo deze zich erop wil beroepen dat de werknemer al aanstonds tot hervatten van zijn arbeid niet bereid of in staat was dan wel daartoe niet bij voortdurende bereid en in staat is geweest, feiten en omstandigheden te stellen waaruit een en ander kan blijken, en deze, zo nodig, te bewijzen.¹⁰⁴

Het ontbreken van daadwerkelijke bereidheid

Het ontbreken van de daadwerkelijke bereidheid de bedongen arbeid te verrichten kan slechts worden aangenomen op grond van door de werkgever te stellen en te bewijzen duidelijke aanwijzingen dat die bereidheid in werkelijkheid ontbrak. Zodanige aanwijzingen zullen bijvoorbeeld bestaan wanneer de werknemer op een bericht van de werkgever dat hij weer op zijn werk wordt verwacht, zich daar niet meldt. Daartoe is niet voldoende dat de werknemer in een eerder stadium, voordat de nietigheid van de opzegging was gebleken, heeft laten blijken dat hij ook zijnerzijds de arbeidsovereenkomst wil beëindigen. Ook in dat geval zal moeten worden aangenomen dat een werknemer die

103. HR 10 augustus 1990, NJ 1991, 229 (*Hoogovens/Mouchkelly*).

104. Vgl. HR 28 sept. 1984, NJ 1985, 245 (*Europahuis/Vertommen*).

zich op nietigheid beroept en zich daarbij bereid verklaart de bedongen arbeid te verrichten, daartoe ook daadwerkelijk bereid is. Ook hier dient de werknemer immers de mogelijkheid te hebben om zijn aanspraak op loon voor de resterende tijd tot het einde van de dienstbetrekking op de voet van het voorgaande te handhaven. Het past niet in het op bescherming van de werknemer gerichte stelsel van de wet om hem deze mogelijkheid te onthouden.¹⁰⁵

Andere betrekking op zichzelf niet voldoende

Het enkele feit dat een werknemer niet heeft gemeld dat hij al een andere baan heeft, is op zichzelf genomen nog niet voldoende om een uitspraak tot loondoorbetaling te vernietigen wegens bedrog¹⁰⁶. Het is immers mogelijk dat de werknemer per direct kan opzeggen. Kan hij dat niet, dan wordt dat anders. Op de werkgever rust de stelplicht en de bewijslast daarvan, al kan naar mijn mening van de werknemer worden verwacht dat hij in het kader van zijn betwisting de tot zijn domein behorende stukken in het geding brengt.

Het enkele feit dat de werknemer, die geen salaris van de werkgever ontving, elders in dienst is getreden, wettigt evenmin de slotsom dat hij niet bereid en in staat was om op eerste oproep zijn werkzaamheden bij de werkgever te hervatten¹⁰⁷ noch dat de werknemer dusdoende zonder meer geacht moet worden in de beëindiging van de nog voortdurende dienstbetrekking tussen hem en de werkgever te hebben bewilligd.¹⁰⁸ Indien immers de werknemer met inachtneming van een zeer korte opzegtermijn (bijvoorbeeld een dag) kan opzeggen kan die bereidheid reëel zijn.

Het is de vraag of deze oudere jurisprudentie¹⁰⁹ sinds de invoering van artikel 21 Rv nog onverminderd in volle omvang van kracht is. Indien immers de werknemer door die indiensttreding elders niet daadwerkelijk beschikbaar was voor het verrichten van de bedongen arbeid,

105. HR 30 mei 1997, NJ 1997, 611 (*Spek/Salon Evelyn*).

106. HR 5 november 1993, NJ 1994/154 (*De Wit/ Van den Berg*).

107. HR 13 december 1985, NJ 1986, 293 (*Nieuwkoop/Van Drunen*).

108. HR 14 oktober 1983, NJ 1984, 105 (*Reisbureau Zuid Europa/Morak*) en HR 17 jan. 1986, NJ 1986, 732 (*Waal/Banketbakkerij Vanderheul B.V.*).

109. Die de stelplicht en bewijslast van de stelling dat het aanbod tot het verrichten van de bedongen arbeid niet reëel is, geheel bij de werkgever legt, zonder een meldingsplicht van daarbij van belang zijnde feiten en omstandigheden door de werknemer.

dan is dat een voor de beslissing van belang zijnd feit dat die partij krachtens dat artikel volledig en naar waarheid dient aan te voeren. Ook kan dit een grond zijn voor matiging van de beslissing.¹¹⁰ Naar mijn mening dient aanknopingspunt te worden gezocht bij de herroepingjurisprudentie, zoals die van de beschikking *Gruijthuisen/Rabobank Gorinchem*.¹¹¹ In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat van bedrog in de zin van art. 382, aanhef en onder a Rv reeds sprake is indien een partij door haar oneerlijke proceshouding belet dat in de procedure feiten aan het licht komen die tot een voor de wederpartij gunstige afloop van die procedure zouden hebben kunnen leiden. De kantonrechter heeft, aldus de Hoge Raad, klaarblijkelijk op grond van deze maatstaf geoordeeld dat de werknemer ook tijdens de ontbindingsprocedure met het oog op de hoogte van een aan haar toe te kennen vergoeding niet had mogen verzwijgen dat zij de mogelijkheid had (vrijwel onmiddellijk) elders weer aan het werk te gaan. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk, nu dit verzwegen feit van belang is voor de beantwoording van de vraag of, en zo ja, tot welke hoogte, aan werknemer een vergoeding toekwam bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Aldus dient de werknemer dergelijke informatie in het kader van zijn stelplicht in het geding te brengen, wil de uitkomst niet later voor herroeping vatbaar zijn.

Eenmaal getoonde bereidheid hoeft niet te worden herhaald

In het arrest *Gerritsen/De Bie BV*.¹¹² heeft de Hoge Raad bepaald dat de werknemer die na ontslagaanzegging doch vóór aangezegde datum ziek wordt en wegens dat ontslag – na herstel – niet meer wordt toegelaten tot het werk, ervan mocht uitgaan dat de werkgever hem ook na zijn tweede ziekmelding niet meer tot het werk zou toelaten: van de werknemer die inmiddels de nietigheid van het ontslag had ingeroepen kon niet worden verwacht dat hij na zijn (tweede) herstel zou kenbaar maken dat hij nog steeds bereid was de bedongen arbeid te verrichten; dit zou anders kunnen zijn indien hij had kunnen begrijpen dat de werkgever inmiddels zijn standpunt had gewijzigd. Indien de rechter tot matiging van een loonvordering wil overgaan, is hij gehouden alle bijzonderheden van het geval in onderling verband in aanmerking te nemen; tot die bijzonderheden kan behoren dat de werknemer zich niet

110. HR 28 september 1984, NJ 1985, 245 (*Europahuis/Vertommen*).

111. HR 19 december 2003, JAR 2004/15.

112. HR 19 januari 2001, NJ 2001, 264.

voldoende heeft ingespannen elders werk te vinden; bij de matiging kan geen rol meer spelen de wijze waarop kenbaar is gemaakt dat bereidheid bestond de bedongen arbeid te verrichten.

5.3.6 *Werknemersrisico*

Uit de jurisprudentie blijkt dat dit voornamelijk feiten en omstandigheden zijn die in de persoon van de werknemer zelf gelegen zijn of in zijn mogelijkheid om de betrokken functie te kunnen uitoefenen. Te denken valt aan een bewaker die zijn vergunning verliest en daardoor niet langer zijn functie mag uitoefenen, of aan een arts die zijn beroep niet meer mag uitoefenen na een tuchtrechtelijke veroordeling of aan een werknemer die tijdens het werk zijn tewerkstellingsvergunning kwijtraakt. Ik verwijs hier naar het in paragraaf 5.3.4 besproken, in 1986 gewezen arrest waarin lawaaidoofheid van een lasser voor rekening en risico van de lasser in kwestie is gebleven.¹¹³ Wanneer een werkgever tevoren wist dat een werknemer die hij aannam niet de vereiste kwalificaties voor de functie had (in casu een tewerkstellingsvergunning), komt dit later – wanneer dat het (verder)werken van die werknemer verhindert – voor zijn risico en niet van die van de werknemer.¹¹⁴ Dat betekent dat de werknemer dus zal moeten stellen en bewijzen dat de werkgever bij indiensttreding al op de hoogte was van het ontbreken van de bewuste kwalificatie, eigenschap of vergunning. Dat geldt overigens ook voor een ziekte bij indiensttreding waarvan de werknemer wist of behoorde te weten dat die hem ongeschikt maakte voor de uitoefening van de functie.¹¹⁵

In de zaak *Boulabhar/Van Steijn*¹¹⁶ is uitgemaakt dat op Boulabhar als eiser krachtens de hoofdregel van 150 Rv de bewijslast rustte van de stelling dat hij van het werk was gestuurd en niet meer was toegelaten. Zou hij dat hebben gekund dan was de verhindering voor rekening en risico van werkgever Van Steijn gekomen, want dan was vast komen te staan dat die werkgever Boulabhar zonder geldige reden buiten de deur had gezet.

113. HR 18 april 1986, NJ 1986, 763 m.nt. PAS.

114. HR 27 maart 1981, NJ 1981, 492 m.nt. PAS.

115. Rb. Rotterdam 1 april 1999, JAR 1999/99; geen loon bij verzwijging ziekte bij indiensttreding.

116. HR 18 februari 2000, NJ 2000, 352.

Ik kan mij dan ook vinden in het arrest *Hema/O.P.*¹¹⁷ waarin de Hoge Raad het, onder omstandigheden, mogelijk acht dat zonder dat de bereidheid is getoond de bedongen arbeid te verrichten de werkgever gehouden kan zijn tot doorbetaling van loon. Wanneer het immers de werkgever is die een werknemer zonder goede reden wegstuurt, mag de werknemer een (korte tijd) worden gegund om zich te beraden en zonedig juridisch advies in te winnen. Ik teken daarbij aan dat de werknemer dan wel binnen bekwame tijd moet klagen. Hoe langer de werknemer wacht met het tonen van zijn bereidheid, des te meer zal de verhindering naar mijn mening ook voor *zijn* risico moeten komen. Ik zou hier een parallel willen trekken met de jurisprudentie omtrent het terugkomen op een vrijwillige ontslagname.¹¹⁸ Hoe langer de werknemer wacht met het protesteren, hoe meer de werkgever ervan uit mag gaan dat de werknemer daadwerkelijk heeft ingestemd met het gegeven ontslag. Een werknemer die vijf maanden wacht met het invoeren van de nietigheid van een ontslag op staande voet zou naar mijn mening niet worden beloond met toekenning van 5 maanden achterstallig salaris.

Uiteraard is dit alles anders wanneer de werknemer met behoud van loon op non-actief is gesteld. In dat geval staat immers tussen partijen vast dat de werkgever om hem moverende redenen geen gebruik maakt van de arbeidsprestatie van de werknemer. In dat geval komt de verhindering dus voor rekening en risico van de werkgever en moet hij dus doorbetalen.¹¹⁹

Kortom: de werknemer draagt de stelplicht en bewijslast van de stelling dat hij de bereidheid heeft getoond de bedongen arbeid te verrichten. De werkgever draagt het bewijsrisico dat die bereidheid niet serieus is. Over de periode waarover geen uitgesproken bereidheid is komen vast te staan draagt de werknemer de stelplicht en bewijslast van het feit dat hij niet heeft gewerkt als gevolg van een omstandigheid die voor rekening en risico van zijn werkgever komt.

117. HR 19 december 2003, NJ 2004, 269.

118. Zie paragraaf 5.6.9.

119. HR 21 maart 2003, NJ 2007, m.nt. GHVV.

5.3.7 *Artikel 7:629 BW de verhinderingen wegens ziekte, zwangerschap en bevalling*

Artikel 629 BW noemt als redenen¹²⁰ ziekte, zwangerschap en bevalling. 629a BW lid 1 bepaalt dat, wil een werknemer met (kans op) succes een loonvorderingsprocedure starten¹²¹ hij in het kader van zijn stelplicht een second opinion dient over te leggen. In principe ligt de bewijslast van de ziekte van een werknemer bij de werknemer. Die werknemer zal nog wel eens over rapporten en stukken kunnen beschikken op grond waarvan de rechter het voorshands, behoudens tegenbewijs, aannemelijk acht dat de werknemer arbeidsongeschikt was.¹²² De werkgever heeft kennelijk gemeend dat, indien een werknemer *stelt* dat de Arbo-arts het bij het verkeerde eind heeft, hij dat wel moet kunnen staven middels een second opinion van het uwv. De werkgever kan dus onder doorbetaling van loon uitkomen indien hij aantoont dat de werknemer niet ziek is. Daarnaast kan hij dat, indien hij aantoont dat de ziekte door opzet van de werknemer is veroorzaakt¹²³, de werknemer de genezing belemmert¹²⁴, de werknemer passend ander werk weigert die hij met de ziekte wel kan verrichten¹²⁵, weigert mee te werken aan het onderzoek van een door de werkgever aangewezen deskundige¹²⁶ en als hij weigert mee te werken aan de opstelling van een plan van aanpak als bedoeld in artikel 7: 658a BW.¹²⁷

Situatieve arbeidsongeschiktheid

Een aparte categorie wordt gevormd door de gevallen waarin een werknemer door de arbo-arts arbeidsgeschikt wordt verklaard deze maar

120. Behoudens de in het derde lid genoemde uitzonderingen, gelegen in de sfeer van eigen schuld van de werknemer.

121. Omdat hij van mening is dat zijn werkgever – na een beterverklaring van de werknemer door de Arbo-arts van de werkgever – ten onrechte loon inhoudt omdat hij, anders dan de Arbo-arts heeft geoordeeld, van mening is nog altijd arbeidsongeschikt te zijn,

122. Zoals in het geval van HR 5 oktober 2001, NJ 2001, 633.

123. Artikel 7: 629 3^e lid sub a BW.

124. Artikel 7: 629 3^e lid sub b BW.

125. Artikel 7: 629 3^e lid sub c BW.

126. Artikel 7: 629 3^e lid sub d BW.

127. Artikel 7: 629 3^e lid sub e BW.

oordeelt dat er sprake is van een arbeidsconflict. De Hoge Raad oordeelde in het arrest *X/SGBO*¹²⁸:

‘3.5.2 In een geval als het onderhavige, waarin sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, kan zich de situatie voordoen dat de werknemer zich op grond van (dreigende) psychische of lichamelijke klachten niet in staat acht tot het verrichten van zijn werkzaamheden, hoewel ten aanzien van de arbeidsgeschiktheid geen medische beperkingen van psychische of fysieke aard kunnen worden vastgesteld, zodat van arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte in de zin van art. 7:629 BW geen sprake is. Dit geval wordt wel aangeduid als “situatieve arbeidsongeschiktheid” en de vraag doet zich voor in hoeverre in zo’n geval gezegd kan worden dat de werknemer zijn werkzaamheden niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen, als bedoeld in art. 7:628 lid 1 BW.

3.5.3 De werknemer, zoals eiser, die zich erop beroept dat hij als gevolg van de hiervoor bedoelde “situatieve arbeidsongeschiktheid” zijn werkzaamheden niet heeft verricht en over de betrokken periode doorbetaling van zijn loon vordert, zal feiten en omstandigheden moeten stellen en zonedig aannemelijk moeten maken die tot het oordeel kunnen leiden dat in die periode de arbeidsomstandigheden, door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen, voor hem zodanig waren dat, met het oog op de (dreiging van) psychische of lichamelijke klachten, van hem redelijkerwijs niet kon worden gevergd dat hij zijn werkzaamheden zou verrichten. Hierbij verdient aantekening dat de werknemer in een zodanig geval van “situatieve arbeidsongeschiktheid” in beginsel gehouden is alle medewerking te verlenen aan inspanningen die erop gericht zijn de oorzaken daarvan weg te nemen. De werknemer behoudt dan ingevolge art. 7:628 BW zijn recht op loon, en “werkweigering” kan dan geen ontslaggrond vormen.’

Uit deze uitspraak kan dus worden afgeleid dat in het geval een werknemer arbeidsgeschikt wordt verklaard, maar er sprake is van een arbeidsconflict, in beginsel de hoofdregel van artikel 7:627 BW (geen arbeid geen loon) geldt. Het ligt dan op de weg van de werknemer om aan te tonen dat de verhinderende krachtens artikel 7:628 BW eerste lid in redelijkheid voor de werkgever dient te komen. Opvallend is in dit verband dat de Hoge Raad spreekt over ‘stellen en aannemelijk maken’, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat hier een lichtere vorm van bewijzen aan de orde is.

128. HR 27 juni 2008, *RvdW* 2008, 682.

Indien dit ‘aannemelijk maken’ aldus moet worden begrepen dat de Hoge Raad hier een handreiking doet naar de werknemer, komt mij dit als juist voor. Een werknemer heeft hier naar mijn mening behoefte aan bijzondere bescherming omdat misbruik van de situatie moet worden tegengegaan. Een voorbeeld van hoe het zou kunnen gaan:

Een werkgever wil een werknemer wegpesten. De werknemer denkt dit wel te kunnen trotseren en werkt door totdat dit echt niet meer gaat. Hij valt uit met psychische (stress) klachten. In het geval van stressklachten wordt dit in toenemende mate door Arbo-artsen geïdentificeerd als een ‘arbeidsconflict’. De werknemer wordt dan arbeidsgeschikt verklaard, krijgt een time out van 14 dagen, waarna hij weer aan het werk moet. Valt hij weer uit dan dreigt een ontslag op staande voet wegens werkweigering, of in een gunstiger geval opschorting van de loonbetalingen. Een werknemer kan zich dan wel voor een second opinion wenden tot het UWV maar dat duurt enige tijd. De werkgever heeft hem dan al op staande voet ontslagen.

Uiteraard is de keerzijde de querulerende werknemer, die de situatie van arbeidsongeschiktheid gebruikt om niet te hoeven werken, of een exit traject te forceren. Onder aannemelijk maken zou echter naar mijn mening dan ook door de werknemer moeten kunnen worden volstaan met het overleggen van verklaringen van de medische sector, waaruit de stressklachten blijken, al zal altijd het probleem blijven dat artsen zich doorgaans niet zullen uitlaten over de *arbeidsgeschiktheid*.

Zou dus de volle *bewijslast* van feiten en omstandigheden volledig op de werknemer rusten, dan kan de bescherming van de werknemer zonder verdere compensatie op een onacceptabel gunstig niveau uitkomen.

5.3.8 *Artikel 7:680a BW en matiging van loon*

Inleiding en wettelijk kader

Artikel 7:680a BW bepaalt dat de rechter bevoegd is een vordering tot doorbetaling van loon die gegrond is op de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst te matigen, indien toewijzing in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden met een minimum van de geldende opzegtermijn en van tenminste drie maanden. Dit artikel ziet uitsluitend op matiging in geval van vernietigbaarheid van het ontslag en de daarop volgende loonvorderingspro-

cedure. Dit betekent dat het artikel niet kan worden gebruikt voor loonbetalingen tijdens schorsing of in geval van op non-actief-stelling.¹²⁹ Er is geen grond voor (overeenkomstige) toepassing van deze bepaling op een geval waarin in geschil is of een arbeidsovereenkomst van rechtswege is afgelopen.¹³⁰

Dit geldt ook indien de rechter de loonvordering heeft gematigd zonder dat is voldaan aan de maatstaf dat toewijzing van de loonvordering in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Hij is gehouden bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid de mate van terughoudendheid te betrachten die met deze maatstaf strookt en daarvan in zijn motivering te doen blijken.¹³¹ Hij is tevens gehouden alle bijzonderheden van het geval in onderling verband in aanmerking te nemen.¹³²

Het artikel 7:680a BW is van overeenkomstige toepassing in het geval waarin een gevraagde ontslagvergunning als gevolg van een overgang van onderneming geen effect kon hebben.¹³³ Indien de rechter tot matiging van een loonvordering op de voet van art. 7:680a BW wil overgaan, is hij gehouden alle bijzonderheden van het geval in onderling verband in aanmerking te nemen.¹³⁴ Tot die bijzonderheden kunnen behoren de omstandigheid dat de werknemer elders betaalde werkzaamheden heeft verricht¹³⁵ en de omstandigheid dat de werknemer zich niet voldoende heeft ingespannen om elders aan de slag te komen.¹³⁶

129. HR 1 juli 1993, NJ 1993, 666.

130. HR 14 juli 2006, NJ 2007, 101 m.nt. Verhulp. (*Boekenvoordeel/Isik*) en HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 737 (*Peters/Fianed*).

131. HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207, m.nt. PAS; HR 1 juni 1990, NJ 1990, 715 en zie ook: Plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie vóór het arrest 26 maart 2004, NJ 2004, 322.

132. HR 28 september 1984, NJ 1985, 245, m.nt. PAS en HR 19 januari 2001, NJ 2001, 264, m.nt. PAS.

133. HR 23 september 2005, NJ 2006, 471.

134. Zie bijv. HR 19 januari 2001, NJ 2001, 264 m.nt. PAS.

135. Zie bijv. HR 1 juli 1993, NJ 1993, 666.

136. Zie bijv. HR 19 januari 2001, NJ 2001, 264 m.nt. PAS. Zie voorts Kluwer Arbeidsovereenkomst, Losbladige editie art. 7:680a, aant. 6 (Luttmer-Kat); A.A. Post en J.H. van Rij, Matiging van een loonvordering nader beschouwd, *ArbeidsRecht* 2003, p. 27 e.v., p. 30; Loonstra & Zondag 2008, p. 178-180.

Jurisprudentie matiging van loon ex artikel 7:680a BW

In het arrest *Swaen/Van Hees*¹³⁷ heeft de Hoge Raad voor het eerst een matigingsbevoegdheid aangenomen analoog aan (thans) art. 7:680 lid 5 BW. Nadien is in een reeks arresten deze leer door de Hoge Raad herhaald.¹³⁸ Dit is uiteindelijk gecodificeerd in artikel 7:680a BW.¹³⁹ Bij zijn oordeel in hoeverre aan dit vereiste is voldaan, dient de rechter een mate van terughoudendheid te betrachten die met deze maatstaf strookt en daarvan in zijn motivering te doen blijken, aldus het arrest *Warmerdam/Koek*.¹⁴⁰

Of een onverminderde toewijzing van de gehele loonvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is en dus moet worden gematigd, is een beoordeling die is voorbehouden aan de feitenrechter. In cassatie kan die beslissing dan ook slechts op begrijpelijkheid worden getoetst. Dit is anders indien de rechter het bestaan of de omvang van zijn bevoegdheid heeft miskend of ingeval de rechter deze heeft uitgeoefend zonder de aanwezigheid te hebben vastgesteld van de feitelijke omstandigheden onder welke zij hem is toegekend.¹⁴¹

In het arrest *Kasteleijn/Penrod Drilling*¹⁴² heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de rechter bevoegd is een vordering tot doorbetaling van loon te matigen, indien toewijzing in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden, doch dat de rechter bij zijn oordeel in hoeverre aan dit vereiste is voldaan, een mate van terughoudendheid dient te betrachten die met deze maatstaf strookt, en daarvan in zijn motivering te doen blijken. Dit heeft de Hoge Raad bevestigd in het arrest *Da Silva/Heineken*.¹⁴³ Noch de duur van het geding, noch de mate waarin deze is toe te rekenen aan de werknemer zijn, aldus de Hoge

137. HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207, m.nt. PAS.

138. Zie bijvoorbeeld HR 30 juni 1995, NJ 1996, 52, m.nt. PAS, HR 30 oktober 1998, NJ 1999, 268, m.nt. PAS.

139. Zie voor een uitgebreidere historie en totstandkoming van artikel 7:680a BW de conclusie van Plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense vòòr het arrest 26 maart 2004, NJ 2004, 322. Zie over het toepassingsbereik van art. 7:680a BW verder Van Slooten, 1999, par. 8.6.5 en Luttmer-Kat, Losbladige editie Arbeidsovereenkomst, art. 680a, aant. 5.

140. HR 26 maart 2004, NJ 2004. In gelijke zin: HR 13 september 2002, NJ 2002, 496.

141. Zie de conclusie van A-G Strikwerda voor HR 19 januari 2001, NJ 2001, 264, m.nt. PAS, met verwijzing naar Veegens-Korthals Altes-Groen, Cassatie in burgerlijke zaken, 1989, nr. 106.

142. HR 1 juni 1990, NJ 1990, 715.

143. HR 13 september 2002, NJ 2002, 496.

Raad in laatstgenoemd arrest in beginsel omstandigheden die matiging als hier bedoeld kunnen rechtvaardigen. Onder uitzonderlijke omstandigheden kan dat anders zijn, met name indien de feiten geen andere conclusie toelaten dan dat de werknemer de procedure welbewust heeft trachten te rekken en daarmee succes heeft gehad. De Hoge Raad overweegt tenslotte nog dat een werknemer, die na een door hem aangevochten ontslag een loonvordering instelt, van het begin af rekening zal hebben te houden met de mogelijkheid dat de rechter ambtshalve gebruik zal maken van zijn bevoegdheid tot matiging; van een verrassingsbeslissing of overschrijding van de grenzen van de rechtsstrijd is, aldus de Hoge Raad, daarom geen sprake wanneer de rechter tot matiging overgaat, ook al is in het debat van partijen de mogelijkheid van beperking van de aanspraak op loon niet aan de orde geweest.

Blijkens het arrest *Rooijackers/Engelen*¹⁴⁴ mag de rechter daarentegen een expliciet verweer ter zake niet onbesproken laten. De rechter mag dus ambtshalve matigen, maar dient zich wel aan het debat van partijen te houden.

In een reeks *Öztürk* arresten¹⁴⁵ is uitgemaakt dat, nu in casu de periode dat de werknemer niet heeft gewerkt de periode dat hij wel heeft gewerkt zodanig overstijgt dat er sprake is van een wanverhouding, dit een omstandigheid is die kan bijdragen aan de matiging van de loonvordering. Een werkgever moet dus stellen en zo nodig bewijzen dat de volledige uitbetaling van het totale achterstallige loon naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar is.

Het arrest *Peters/Fianed*¹⁴⁶ bevestigt de regel dat de in artikel 7:680a BW, bedoelde matigingsbevoegdheid slechts aan de rechter toekomt in het geval van een loonvordering die gegrond is op de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst.

5.3.9 *Matiging van loon buiten de situatie van artikel 7:680a BW*

Ingevolge art. 7:680a BW is de rechter slechts bevoegd om een vordering tot doorbetaling van loon te matigen, indien deze is gegrond op de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst of daarmee op een lijn te stellen gevallen van het ontbreken van een rechtsgel-

144. HR 23 september 2005, NJ 2006, 471.

145. HR 30 oktober 1998, NJ 1999, 268 en HR 3 mei 2002, NJ 2003, 642, wat vervolgens definitief is beslecht in Hof 's-Gravenhage 25 juni 2004, RAR 2005, 7.

146. HR 11 juli 2008, RdW 2008, 418.

dige opzegging¹⁴⁷. In het arrest *Boekenvoordeel/Isik*¹⁴⁸ heeft de Hoge Raad overwogen dat er geen grond bestaat voor (overeenkomstige) toepassing van deze bepaling op het geval, waarin in geschil is of een arbeidsovereenkomst al dan niet van rechtswege is afgelopen. De vraag kan dan worden gesteld of in dergelijke, niet onder artikel 7:680a BW vallende situaties een beroep kan worden gedaan op artikel 6:2 BW, 6:248 BW, 6:258 BW of 7:611 BW. Naar mijn mening moet dat evenzeer mogelijk zijn, nu de redelijkheid en billijkheid voor wat betreft aanvullende en derogerende werking onverkort van toepassing zijn op de contractspartijen bij een arbeidsovereenkomst. Artikel 7:680a BW dient met terughoudendheid¹⁴⁹ te worden toegepast. Artikel 6:2, 6:248 en 6:258 BW vereisen voor de toepassing derogerende werking dat onverminderde nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* zou moeten zijn. Naar mijn mening leidt dat materieel tot hetzelfde resultaat, althans zou het dat moeten leiden. Aldus kan de vraag worden gesteld wat artikel 7:680a BW nog toevoegt aan de regels van het commune verbintenissenrecht.

5.3.10 *Stelplicht en bewijslast matiging ex artikel 7:680a BW en in overige gevallen*

Artikel 7:680a BW

In het kader van de stelplicht van een werkgever is het geraten om in elk geval *met zoveel woorden* een beroep te doen op deze matigingsbevoegdheid. Omdat de matigingsbevoegdheid door de rechter met terughoudendheid moet worden gebruikt, zal de werkgever tevens moeten stellen en zonodig bewijzen dat onverminderde betaling *onaanvaardbaar* is. In dat verband rust er naar mijn mening op de *werknemer* in het kader van de betwisting daarvan een stelplicht met betrekking tot de tot zijn domein behorende feiten en omstandigheden met betrekking tot:

147. Van deze laatste situatie was sprake in HR 23 september 2005, NJ 2006, 471 waarin de HR overweegt dat art. 7:680a BW zich leent voor overeenkomstige toepassing in een situatie waarin een werknemer toen een werkgever een ontslagvergunning had gekregen inmiddels ex artikel 7:662 BW ev. van rechtswege was overgegaan, zodat de vergunning niet (meer) kon worden gebruikt. Zie ook HR 11 juli 2008, RvdW 2008, 737 (*Peters/Fianed*).

148. HR 14 juli 2006, NJ 2007, 101 m.nt. Verhulp.

149. Vgl. HR 13 september 2002, NJ 2002, 496 (*Da Silva/Heineken*).

- zijn positie op de arbeidsmarkt;
- zijn (on)mogelijkheden om intussen ander werk te vinden en als zodanig zijn schade te beperken;
- zijn daadwerkelijke pogingen om ander werk te vinden en de redenen waarom dat niet is gelukt.

In het algemene verbintenissenrecht rust op een partij die schade lijdt, de plicht ex artikel 6:101 BW haar schade zoveel mogelijk te beperken door middel van het nemen van schadebeperkende maatregelen.¹⁵⁰ Hoewel artikel 7:661 BW aansprakelijkheid van een werknemer voor eigen schade opgelopen tijdens het werk beperkt tot opzet of bewuste roekeloosheid, gelden artikel 7:611 BW, 6:2 en 6:248 wel onverkort. Dat betekent naar mijn mening dat een werknemer niet eindeloos achterover mag zitten totdat na een jaar of zes in hoogste instantie is uitgemaakt dat er een loondoorbetalingplicht heeft bestaan, maar dat hij na het ontslag actief naar ander werk moet zoeken. Naar mijn mening is *dat* ook de achterliggende gedachte van het hierboven genoemde arrest *Da Silva/Heineken*. Omdat de werknemer er altijd rekening mee moet houden dat de rechter kan matigen, kan hij het er beter niet op laten aankomen. Die matiging zal naar mijn mening niet aan de orde zijn indien de werknemer aantoont dat hij daadwerkelijk en effectief naar ander werk heeft gezocht, dit niet tot enig resultaat heeft geleid en hij over die periode evenmin een uitkering heeft gekregen of nog kan krijgen.

Een werknemer zal als verweer tenminste en afdoende moeten stellen dat hij in redelijkheid voldoende heeft gedaan om zijn eigen schade te beperken. Zou dat geen rol spelen, dan kan een werknemer die aldoor in dienst is gehouden door een werkgever, bij matiging tussen wal en schip raken, indien hij noch loon noch ww-uitkering krijgt. Het ww-begrip gaat immers uit van verlies aan arbeidsuren en niet aan inkomen. Ook dit is een omstandigheid die een werknemer in het een procedure in het kader van zijn stelplicht naar voren kan brengen als argument dat matiging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Wanneer een werknemer echter inmiddels ander werk heeft gevonden zal hij daarmee naar mijn mening ex artikel 21 Rv naar voren moeten komen. Dit kan – onder omstandigheden – aanleiding zijn voor de werkgever om met kans op succes een beroep op matiging te doen. Echter, een werkgever die willens en wetens een

150. Zie hieromtrent uitgebreid Keirse 2003 (diss. RUG).

werknemer in dienst houdt, behoort daarvan, behoudens uitzonderlijke gevallen, de consequenties te dragen.

In dat verband dient naar mijn mening ook de terughoudende toetsing van de matiging te worden gezien: een werkgever heeft te allen tijde de mogelijkheid om via ontbinding ex artikel 7:685 BW een eind te maken aan de arbeidsovereenkomst. Een werkgever die dat niet doet laat dus willens en wetens een (mogelijke) overeenkomst in stand. Dan mag zijn wederpartij, wanneer die overeenkomst inderdaad nog blijkt voort te duren, daar zonder meer nakoming van vorderen. Dit geldt in de 7:680a BW-situatie en ook in de hierna te behandelen situatie buiten 7:680a BW.

De situatie buiten artikel 7:680a BW

Waar de werkgever dus ex artikel 7:680a BW feiten en omstandigheden moet stellen en zo nodig dient te bewijzen dat in de gegeven omstandigheden onverminderde betaling tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden, wanneer er sprake is van een geval buiten de 7:60 BW-situatie, dient een werkgever te stellen en te bewijzen dat onverminderde betaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar is*. Voor de vraag of daarvoor aanleiding bestaat, dienen alle omstandigheden van het geval te worden afgewogen.¹⁵¹

Van de zijde van de werkgever kan bijvoorbeeld in dat verband worden gesteld en bewezen dat er sprake is van een wanverhouding tussen de gevolgen voor de werkgever en de gevolgen voor de werknemer. In dat kader zal naar mijn mening van de werknemer kunnen en mogen worden verwacht dat hij inzicht geeft of, en zo ja, op welke wijze hij in redelijkheid schadebeperkend bezig is geweest. Nu matiging een vergaande maatregel betreft, waarbij het op de weg van de werkgever ligt te stellen en zo nodig te bewijzen dat onverminderde uitbetaling van de volledige loonvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, gaat het naar mijn mening te ver om aan een werknemer een verzwaarde stelplicht op te leggen. Het is immers de werkgever toe te rekenen dat er een loonvordering bestaat waartegenover kennelijk geen werk wordt verricht, bijvoorbeeld omdat de werkgever ondeugdelijk (nietig) heeft opgezegd. In dat geval komt eventuele bewijsnood in beginsel voor rekening en risico van de werkgever.

151. HR 28 sept. 1984, NJ 1985, 245 (*Europahuis/Vertommen*).

5.3.11 *Conclusie*

De hoofdregel van artikel 7:627 BW is 'geen werk geen loon'. Daarop bestaan wettelijke uitzonderingen (artikel 7:628) zoals ziekte, maar ook omstandigheden die in redelijkheid voor rekening en risico van de werkgever komen, zoals een staking of het op non-actiefstellen van de werknemer door de werkgever. Doorgaans zal op de werknemer de stelplicht en bewijslast rusten van zijn ziekte of van het feit dat de verhindering voor rekening en risico van de werkgever komt. De wet kanaliseert de stelplicht voor de bodemprocedure voor een loonvordering bij ziekte in artikel 7:629a BW aldus, dat de werknemer een second opinion van het UWV dient te overleggen op straffe van afwijzing van de vordering, tenzij dat in gegeven omstandigheden in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd. Dit alles zal bewijsrechtelijk geen onoverkomelijke bezwaren hoeven opleveren.

In geval van ziekte zal de werknemer doorgaans, wanneer een Arbo- of bedrijfsarts te voortvarend de werknemer hersteld heeft verklaard, op korte termijn een second opinion kunnen verkrijgen bij het UWV. In afwachting daarvan kan de werknemer die zich geconfronteerd ziet met een absoluut onredelijke werkgever, in kort geding doorbetaling van loon vorderen, waarbij de verklaring van 7:629a BW niet is vereist.

Ook het invoeren van de nietigheid van een ontslag op staande voet kan vrij eenvoudig worden gerealiseerd door middel van het sturen van een aangetekende brief, waarin de werknemer de bereidheid uit (alsnog) de bedongen arbeid te verrichten. Die bereidheid hoeft niet telkens te worden herhaald.¹⁵² Een werknemer die zelf maanden wacht met reageren, voldoet aldus niet aan de verplichting ex artikel 6:101 BW. Indien die werknemer dan vervolgens over die langere periode in bewijsproblemen komt, behoeft dat naar mijn mening geen compensatie.

Op basis van artikel 7:680a BW kan de rechter, zonodig ambtshalve, een loonvordering na een vernietigd ontslag matigen, indien toewijzing in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. De rechter dient dit echter met terughoudendheid toe te passen. Buiten de situatie van een vernietigd ontslag kan in uitzonderlijke situaties matiging plaats vinden indien onverminderde nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In beide gevallen rusten de stelplicht en bewijslast van de omstandigheden

152. Vgl. HR 19 januari 2001, NJ 2001, 264 (*Gerrits/De Bie*).

die tot matiging nopen op de werkgever. Wanneer een werkgever ondanks de wettelijke mogelijkheid van artikel 7:685 BW verzaakt om – ‘voor zover vereist’ – ontbinding te vorderen, laat hij dus willens en wetens een overeenkomst in stand waarvan de werknemer in beginsel onverkort nakoming kan vorderen. Terecht wordt de matiging dan ook terughoudend toegepast.

5.4 **Gelijke behandeling**

5.4.1 *Inleiding*

Artikel 1 van de Grondwet bepaalt dat allen die zich in Nederland bevinden, in gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan. Dit is vervolgens verder uitgewerkt in een aantal wetten, zoals de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGB), artikel 7:646 BW en Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ). Deze wetten zijn, met uitzondering van artikel 7:646 BW, ook van toepassing op ambtenaren. Gelet op artikel 7 AWGB ziet die wet op advisering ter zake van school- of beroepskeuze. Dit geldt ook voor artikel 141 van het EG-verdrag dat rechtstreekse werking heeft.¹⁵³ Op basis van de zogenaamde ‘Bewijsrichtlijn’¹⁵⁴ is een systeem van stelplicht en bewijslast ontwikkeld die hierna voor wat betreft de toepassing op de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW wordt onderzocht.

5.4.2 *Verdragen*

Gelijke behandeling wordt op internationaal niveau geregeld in een aantal verdragen. Zo bepaalt ILO-verdrag nr. 100 het recht op loon voor mannen en vrouwen. Zie in dit verband ook artikel 141 lid 1 van het EG-verdrag. Op grond van het derde lid van dit artikel dient de Raad van de EG de nodige maatregelen te nemen ter effectuering hiervan. Dit verbod is in de jaren negentig van de vorige eeuw verder uitgebreid naar andere vormen van discriminatie. Dat heeft onder meer geresul-

153. HvJEG 8 april 1976, NJ 1976, 519 (*Defrenne II*).

154. Richtlijn 97/80, *PbEGL* 14.

teerd in de richtlijn 97/80, om de bewijslast van een slachtoffer van discriminatie te vergemakkelijken. Daarnaast zijn van belang het artikel 26 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), artikel 14, 12e protocol van het EVRM, artikel 4 van het ESH en artikel 7 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR).¹⁵⁵

5.4.3 *Nationale wetgeving*

Op nationaal niveau wordt de gelijke behandeling wettelijk geregeld in artikel 1 van de Gw. Daarnaast kunnen als bronnen worden genoemd de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), artikel 7:646 BW, de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGB), de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid (WGB/LA) en de Wet gelijke Behandeling van Handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ). De nationale wetten zijn veelal een gevolg van implementatie van de internationale verdragen. Dat brengt vervolgens mee dat voor de uitleg van de nationale wetten niet alleen moet worden gekeken, naar de parlementaire geschiedenis van de wet, maar ook naar de verdragen en de daarop gebaseerde richtlijnen.

5.4.4 *Soorten discriminatie*

Te onderscheiden vallen directe en indirecte discriminatie. Directe discriminatie betekent het rechtstreeks maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen, geaardheid etc. Indirecte discriminatie betreft het nemen van ogenschijnlijk neutrale maatregelen die onmiskenbaar een discriminerende uitwerking hebben op een of meer bepaalde groepen. Bewijs-technisch stellen deze vormen verschillende eisen. In het geval van directe discriminatie volstaat het aantonen van één geval van ongelijke behandeling. Bij indirecte discriminatie zal er door middel van het getalsmatig blootleggen van een patroon moeten worden aangetoond dat de bewuste maatregel voor een bepaalde groep negatief uitpakt.

155. Zie in dit verband onder meer: Barents, 2002, Amtenbrink & Vedder 2005, hoofdstuk 4 en Asscher-Vonk en Hendriks 2005.

5.4.5 *De Bewijsrichtlijn*

Artikel 4 van Richtlijn 97/80/EG¹⁵⁶ bepaalt dat lidstaten in hun nationale rechtsstelsels, de nodige maatregelen dienen te 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. Ook artikel 10 van Richtlijn 2000/78/EG¹⁵⁷ bepaalt dat de lidstaten verplicht zijn om in hun nationale stelsels de nodige maatregelen te nemen waardoor mensen die zich ten aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld achten, door het stellen van bepaalde feiten en omstandigheden tenminste¹⁵⁸ een beroep op een wettelijk vermoeden kunnen doen. De verweerder dient dan te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling *niet* werd geschonden.

In het arrest *Nikoloudi/OTE*¹⁵⁹ heeft het HvJEG geoordeeld dat wanneer een werknemer aanvoert dat het beginsel van gelijke behandeling in zijn nadeel is geschonden en hij feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, het gemeenschapsrecht, met name richtlijn 97/80/EG inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht, aldus moet worden uitgelegd dat de verweerder dient te bewijzen dat genoemd beginsel niet werd geschonden.¹⁶⁰ Bij een maatregel die in feite nadelig is voor een veel groter percentage personen van het ene geslacht dan van het andere dient de werkgever aan te tonen, dat er objectieve redenen zijn die het vastgestelde verschil in behandeling rechtvaardigen. Vervolgens dient de nationale rechter, aldus nog steeds het HvJEG, na te gaan of de nationale regeling strookt met richtlijn 97/80. Is er twijfel betreffende de verenig-

156. Aangeduid als de Bewijsrichtlijn, *Pb EG* 1998, L 14, p. 6. Zie Barents 2002, p. 58-62 en Bosse 2003 p. 122.

157. *PbEG* 2000, L 303, p. 16 en Barents 2002, p. 73 – 84, ihb. p. 81, de richtlijn 'gelijke behandeling in arbeid en beroep'. Beide artikelen betreffende bewijslast verschillen niet wezenlijk van elkaar.

158. Lid 2 bepaalt dat lidstaten ook een voor de betrokkene gunstigere regeling mogen vaststellen.

159. HvJEG 10 maart 2005, *NJ* 2005, 560.

160. Dit volgde eerder al uit HvJEG 13 mei 1986, (*Bilka*), 170/84 en HvJEG 17 oktober 1989, zaak 109/88, (*Danfoss*), Barents 2002, p. 231.

baarheid van deze regeling met genoemde richtlijn, dan kan de burger rechtsreeks een beroep doen op de richtlijn.¹⁶¹

5.4.6 *Het nationale recht: de Bewijsrichtlijn geïmplementeerd*

Ook Nederland heeft de Bewijsrichtlijn geïmplementeerd. Zo is bijvoorbeeld in artikel 7:646 BW een achtste lid opgenomen dat luidt:

‘Indien degene die meent dat te zijnen nadeel onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in dit artikel, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met dit artikel is gehandeld.’

In de AWGB, de WGB, WGB/LA en de WGBH/CZ is een bepaling van gelijke strekking opgenomen. De vraag is hoe deze regel past binnen de negende afdeling¹⁶² van titel 2 van boek 1 Rv. Is hier sprake van een volledige omkering van het bewijs, wanneer het rechtsvermoeden van discriminatie wordt aangenomen, of werkt de wetgever hier met een rechtsvermoeden dat door het leveren van tegenbewijs kan worden ontzenuwd?

Uit de Bewijsrichtlijn (artikel 4) blijkt niet of de Raad van de EG bedoelt of dit nu het leveren van tegenbewijs betreft of een volledige omkering van de bewijslast¹⁶³.

De parlementaire geschiedenis van artikel 7:646 BW blinkt op dit punt niet uit in helderheid, omdat die voor datgene wat werknemer en werkgever moeten stellen en/of bewijzen juist weer verwijst naar de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie.¹⁶⁴

Het arrest *Nikoloudi/OTE* brengt evenmin uitkomst. Het Hof overweegt:

‘Wanneer een werknemer aanvoert dat het beginsel van gelijke behandeling in zijn nadeel is geschonden en feiten aanvoert die directe of indirecte discrimina-

161. Zie HvJEG 12 juli 1990, *Foster e.a.*, C-188/89, Jurispr. blz. I-3313, punten 16, 18 en 20, NJ 1992, 762 en HvJEG 20 maart 2003, *Kutz-Bauer*, C-187/00, Jurispr. blz. I-2741, punt 69.

162. Getiteld ‘Bewijs’ en omvattende het civiele stelsel van stelplicht en bewijslast.

163. Bosse 2003, p. 125 stelt (zonder dat zij daarbij een vindplaats vermeld) dat de Europese Commissie heeft willen definiëren hoe het tegenbewijs gewaardeerd moet worden, maar er niet in slaagde daarover consensus te bereiken.

164. *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 026, nr. 3, p. 7 ev.

tie kunnen doen vermoeden, moet het gemeenschapsrecht, met name richtlijn 97/80/EG inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht, aldus worden uitgelegd dat de verweerder dient te bewijzen dat genoemd beginsel niet werd geschonden.’

Dat kan zowel duiden op het leveren van bewijs (dus een omkering van de bewijslast) als ook op het ontzenuwen van het vermoeden (het leveren van tegenbewijs). In het arrest *Souverein*¹⁶⁵ blijft de werkneemster steken in de stelplicht ten aanzien van de gelijkwaardigheid van de arbeid. Daaruit kan eveneens niet een voor de *Nederlandse situatie* geldende bewijsregel worden gedestilleerd.

Ook de literatuur is niet eenduidig. Burri *noemt* in dit verband de term ‘verleggen van de bewijslast’ in navolging van het arrest *Enderby*, maar legt vervolgens niet uit wat daaronder moet worden verstaan.¹⁶⁶ Deze term is in het burgerlijk procesrecht geen gangbare juridische term.

Castermans en Terlouw¹⁶⁷ halen de toelichting van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGBMV) en van titel 7.10 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van de Bewijslast richtlijn 97/80/EG aan. Zij stellen dat het vermoeden geen bewijslastomkering omvat, maar de facto een wijze van redeneren die leidt tot het aannemen van bepaalde feiten waaraan de ingeroepen feiten zijn gebonden. Dat zou dus duiden op een bewijsvermoeden en het leveren van tegenbewijs. Zij achten het vervolgens, indien er eenmaal een vermoeden van onderscheid is aangenomen, niet voldoende dat de verweerder het vermoeden weerlegt met een ‘tegenvermoeden’. Het moet daadwerkelijk worden ontzenuwd. Bonneur leidt eveneens uit de parlementaire geschiedenis¹⁶⁸ af dat hier sprake is van een bewijsvermoeden dat kan worden ontzenuwd door het leveren van tegenbewijs en niet van een omkering van de bewijslast. Aldus ook Castermans en Terlouw in een publicatie van recenter datum.¹⁶⁹ Hendriks¹⁷⁰ spreekt van het ‘weerleggen van het vermoeden door het leveren van bewijsmateriaal’ en concludeert daar-

165. HR 12 april 2002, NJ 2002, m.nt. T. Koopmans.

166. Burri 2004, p. 51.

167. Castermans & Terlouw 2005, p. 74 respectievelijk 75.

168. Kamerstukken II 1999/2000, 27 026, nr. 5, p. 10.

169. Castermans & Terlouw 2007, p. 202-203 leiden dit af uit *Kamerstukken II* 1999/00, 27026, nr. 5, p. 10. In gelijke zin Bonneur 2007, p. 377.

170. Hendriks 2003, p. 83-86.

uit (ook) dat er geen sprake is van de omkering van de bewijslast. Dit duidt evenzeer op het leveren van tegenbewijs, middels het ‘ontzenuwen’ van het vermoeden. Volgens Asser volgt uit de wettekst reeds dat er sprake is van een wettelijk vermoeden.¹⁷¹

Bosse stelt enerzijds aan het bewijs van de werkgever zware eisen.¹⁷² Daarnaast spreekt zij van een ‘methode van verzwaarde stelplicht, rechterlijke vermoedens’ en een ‘*voorlopige omkering* van de bewijslast’.¹⁷³ Dit zou erop wijzen dat zij van oordeel is dat er sprake is van een bewijsvermoeden dat dient te worden ontzenuwd door het leveren van tegenbewijs. Uit onder meer het arrest *Brunnhofer* leidt Bosse af dat wanneer een dergelijke vraag aan het Europese Hof wordt voorgelegd, het antwoord stevast luidt dat de waardering van de feiten is overgelaten aan de nationale rechter.¹⁷⁴

Ik ben het op dit punt niet met Bosse eens. Het Hof oordeelt allereerst (in r.o. 51) dat ‘in wezen de verwijzende rechter wenst te vernemen, welke partij in het hoofdgeding het bewijs dient te leveren van een verschil in beloning tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers, en van omstandigheden die een dergelijk verschil objectief kunnen rechtvaardigen’. Vervolgens geeft het Hof aan de hand van de arresten *Enderby*¹⁷⁵ en *Danfoss*¹⁷⁶, aan dat de stelplicht en bewijslast van het feit dat er sprake is van een ongelijke behandeling op de werknemer rust:

‘Wanneer een onderneming een stelsel van beloning toepast dat bestaat uit een systeem van individuele toeslagen op basissalarissen en wordt gekenmerkt door een volstrekt gebrek aan doorzichtigheid, dient de werkgever te bewijzen dat bij beloningspraktijk niet discriminerend is, wanneer een vrouwelijke werknemer met betrekking tot een relatief groot aantal loontrekkenden aantoonbaar dat de gemiddelde beloning voor vrouwelijke werknemers lager ligt.’¹⁷⁷

Het Hof geeft dus antwoord op de vraag door het formuleren van een rechtsregel en niet door aan te geven wie *in casu* van wat de bewijslast

171. Dit heb ik van hemzelf vernomen.

172. Bosse 2003, p. 124.

173. Bosse 2003, p. 134.

174. Bosse 2003, p. 125.

175. HvJEG 27 oktober 1993, NJ 1994, 418 (Gemert-Derks/ Nieuwe Industriële Bedrijfsvereniging).

176. HvJEG 17 oktober 1989, zaak 109/88, Jurispr. EG 1989 p. 3199.

177. Deze overweging citeert het hof uit het arrest *Danfoss*.

heeft. Dat behoort – uiteraard – tot de competentie van de rechter die de prejudiciële vragen heeft gesteld. Wel juist is dat het Hof als zodanig niet uitlegt wat de aard en omvang is van dat bewijs dat door de werkgever moet worden geleverd.

Asscher/Vonk en Hendriks¹⁷⁸ verwijzen weer naar Bosse. Ook Burri¹⁷⁹ verwijst naar de hierboven aangehaalde parlementaire geschiedenis, maar geeft geen antwoord op de vraag aan welke eisen (tegenbewijs of tegendeelbewijs) de werkgever moet voldoen. Asser stelt ten aanzien van artikel 7:686 lid 8 dat de werkgever *het tegendeel* dient te bewijzen.¹⁸⁰ Dat zou weer duiden op een volledige omkering van de bewijslast.

Ik denk dat de *bedoeling* van de Bewijsrichtlijn is gelegen in het verschaffen van een processuele voorsprong van een werknemer die stelt te worden gediscrimineerd.¹⁸¹ Ook ben ik het met Asser eens dat uit de bewoordingen van de wet (die spreekt van ‘vermoeden’), volgt dat hier sprake is van een bewijsvermoeden dat moet worden ontzenuwd. Dat is ook in lijn met Castermans en Terlouw¹⁸² en met Bonneur¹⁸³. Zij stellen immers dat, nu de nationale wetgever geen omkering van de bewijslast heeft beoogd, ook hier primair is gedacht aan de constructie van een bewijsvermoeden dat kan worden ontzenuwd door middel van het leveren van tegenbewijs. Het sluit ook aan bij ons huidige systeem van bewijsvermoedens en het ontzenuwen daarvan.

5.4.7 *Het oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling*

Een werknemer¹⁸⁴ die zich gediscrimineerd voelt, dient daartoe dus die feiten en omstandigheden te stellen en bij betwisting te bewijzen die een vermoeden van verboden onderscheid kunnen opleveren.

Omdat de werkgever niet zelden ook in dit geval ‘op de stukken zit’ en niet zal willen meewerken aan deugdelijke inzage in loon- en andere vormen van administratie en dossiers kwam de wetgever ook daarbij

178. Asscher-Vonk en Hendriks 2005, p. 176.

179. Burri 2004, p. 49-52.

180. Asser 2004a, p. 88.

181. Vergelijk ook de bedoeling en ratio van de artikelen 7:610a en b BW.

182. Castermans & Terlouw 2007, p. 202-203.

183. Bonneur 2007, p. 377.

184. Een verzoek kan overigens ook door een werkgever, een rechter die over een geschil moet oordelen of een belangenvereniging die opkomt voor de rechten van een individu of groep. Vgl. Bakels/Asscher-Vonk/Bouwens 2007, p. 110. Ook ambtenaren kunnen zich tot de CGB wenden. Ook ambtenaren vallen hieronder.

nog te hulp door er een Commissie Gelijke Behandeling (CGB) in het leven te roepen. De CGB kan uitspraken doen over ongelijke behandeling op het gebied van de arbeid en het goederen- en dienstenverkeer. Artikel 12 AWGB bepaalt dat de CGB op schriftelijk verzoek dient te onderzoeken of een onderscheid is gemaakt als onder meer bedoeld in de AWGB, of artikel 7:646 BW en haar oordeel daaromtrent kenbaar maken. Daarnaast kan de CGB op basis van dit artikel uit eigen beweging onderzoeken of zodanig onderscheid stelselmatig wordt gemaakt in openbare dienst of binnen een of meer sectoren van het maatschappelijke leven, en haar oordeel daarover kenbaar maken.

Bij artikelen 11 t/m 21 van de AWGB zijn de instelling, taken en procedureregels geregeld van de CGB.

Bij de Commissie geldt geen verplichte procesvertegenwoordiging. De Commissie is niet lijdelijk en kan ook zelf onderzoek doen bij de werkgever. De CGB doet desnodig onderzoek bij de werkgever. Wanneer de werkgever weigert mede te werken aan een dergelijk onderzoek of aan het verstrekken van informatie, kan hij daartoe door de kortgedingrechter worden veroordeeld.¹⁸⁵ De CGB kan daarbij vragen stellen en stukken opvragen.¹⁸⁶ De commissie doet dat ook in de praktijk, zoals blijkt uit het arrest *Stichting Surinaams Regionaal Steunpunt*.¹⁸⁷

De CGB kan blijkens artikel 13 AWGB kan een gemotiveerd oordeel geven omtrent de klacht dat er door een partij verboden onderscheid zou zijn gemaakt en daarin aanbevelingen doen. Het oordeel heeft echter noch het karakter van een vonnis, noch van een bindend advies. Het oordeel van de CGB bindt partijen dus niet zonder dat daaromtrent tussen partijen een nadere afspraak is gemaakt, of een civiele procedure is gevolgd. Dit betekent dat de gediscrimineerde na de uitspraak van de CGB alsnog naar de rechter moet.

In het arrest *St. Bavo*¹⁸⁸ oordeelde de Hoge Raad dat, gezien de specifieke deskundigheid van de CGB en het gewicht dat blijkens onder meer art. 16 WvL (oud) bij de beoordeling van een vordering als de onderhavige aan haar adviezen toekomt, voor het bepleiten van een van zulk een advies afwijkende beslissing deugdelijke motieven moeten worden aangevoerd en dat het, nu de CGB had geconcludeerd dat er sprake was

185. Rechtbank Assen, 14 oktober 1997, *JAR* 1997/240.

186. Zie voor een nadere omschrijving van de procedure bij de CGB bijvoorbeeld Ascher-Vonk & Hendriks 2005, p. 170. ev.

187. Hof 's-Gravenhage 17 februari 2006, *JAR* 2006/97.

188. HR 13 november 1987, *NJ* 1989, 698 m.nt. E.E.A.

van arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde terwijl ter zake van de beloning is ingedeeld in verschillende groepen, op de weg van St. Bavo als werkgever lag om zulke motieven naar voren te brengen.

Dat betekent dat een positief oordeel van de cgb – zeker wanneer de cgb zelf onderzoek bij de werkgever heeft gedaan – een belangrijke bouwsteen kan zijn in het kader van zijn stelplicht dat er sprake is van verboden onderscheid en bij gebreke van een voldoende weerlegging door de wederpartij – of het aannemen van een rechtvaardigingsgrond – kan leiden tot bewezenverklaring van dat verboden onderscheid. De rechter heeft ter zake van het oordeel van de cgb het volle toetsingsrecht.¹⁸⁹

Illustratief is in dat verband de zaak van het *Stichting Surinaams Regionaal Steunpunt*.¹⁹⁰ In deze zaak heeft de werkneemster zich tot de cgb gewend met de vraag of de werkgever jegens haar onderscheid maakte op grond van ras of nationaliteit en op grond van geslacht. De cgb heeft op basis van zelf bij de werkgever verricht onderzoek vastgesteld dat de functie van de werkneemster van gelijke waarde is als die van drie mannelijke collega's en dat *één* van deze mannelijke collega's een bovenfunctionele beloning ontvangt die de werkneemster niet krijgt. De werkgever heeft daarover opgemerkt dat hij deze collega een persoonlijke salarisverhoging heeft gegeven omdat hij daarop bleef aandringen en dat deze verhoging moet worden gezien als een gunst van de werkgever die elk moment ongedaan gemaakt kan worden. De cgb heeft dit geen afdoende verweer geacht en heeft geconcludeerd dat sprake is van onderscheid naar geslacht. Zowel bij de kantonrechter als bij het hof slaagt de werkgever er niet in het vermoeden van verboden onderscheid te ontzenuwen.

Het oordeel van de cgb kan een belangrijke bijdrage leveren aan de stelplicht en bewijslast van een werknemer die stelt dat er sprake is van ongeoorloofd onderscheid. Zeker wanneer de cgb bij de werkgever onderzoek heeft gedaan en de resultaten daarvan ten grondslag liggen aan het oordeel zal het lastig zijn voor een werkgever om daartegen in de opvolgende civiele procedure tegenbewijs te leveren.

Bestaat er eenmaal een bewijsvermoeden van verboden onderscheid dan zal de werkgever door middel van het leveren van tegenbewijs

189. Zie in dit verband de overweging van Plv. P-G Mok vóór het arrest HR 20 februari 2000, *JAR* 2000/83 onder 3.5.2.3. Zie ook: MvA, *Kamerstukken I*, 1992-1993, 22 014, nr. 212c, p. 20.

190. Hof 's-Gravenhage 17 februari 2006, *JAR* 2006/97.

moeten aantonen dat er sprake is van een rechtvaardigingsgrond en dus dat het niet gaat om een *verboden* onderscheid.

5.4.8 *Conclusie stelplicht en bewijslast gelijke behandeling*

Een partij die zich gediscrimineerd voelt, zal die feiten en omstandigheden moeten stellen en bij betwisting bewijzen, die een vermoeden van verboden onderscheid kunnen dragen. In ons bewijsrecht geldt als hoofdregel artikel 150 Rv.

De wetgever heeft zowel in de WGB-M/V als in het BW en ook in andere arbeidsrechtelijke antidiscriminatie wetgeving zoals de AWGB en de WGBH/CZ gekozen voor een regeling waarbij een slachtoffer die feiten en omstandigheden moet stellen en zo nodig aannemelijk maken waaruit een vermoeden van direct of indirect onderscheid volgt. Vervolgens ligt het dan op de weg van de werkgever om dit vermoeden door middel van het leveren van tegenbewijs te ontzenuwen. Een dergelijke ‘verschuiving’ van de bewijslast wordt ook gehanteerd in de op handen zijnde wetgeving ter voorkoming en bestrijding van seksuele intimidatie.

Het werken met een bewijsvermoeden betekent handhaving van de hoofdregel van artikel 150 Rv, waarbij de eisende partij in zijn bewijslastplicht tegemoet wordt gekomen doordat het bewijs voorshands geleverd wordt geacht, behoudens tegenbewijs, indien de voor het vermoeden vereiste feiten en omstandigheden in voldoende mate aannemelijk zijn gemaakt. Omdat de bewijslast echter bij de eisende partij (in casu de werknemer) is blijven berusten, zou in dat verband voldoende moeten zijn indien de verwerende partij (in casu de werkgever) tegenbewijs levert door middel van het ontzenuwen van het vermoeden. De vraag is of dat niet onder omstandigheden er op neer komt dat een werkgever het *tegendeel* bewijs zou moeten leveren.

Het oordeel van de CGB kan een belangrijke bijdrage leveren aan de stelplicht en bewijslast van een werknemer die stelt dat er sprake is van ongeoorloofd onderscheid. Zeker wanneer de CGB bij de werkgever onderzoek heeft gedaan en de resultaten daarvan ten grondslag liggen aan het oordeel zal het lastig zijn voor een werkgever om daartegen in de opvolgende civiele procedure tegenbewijs te leveren.

Bestaat er eenmaal een bewijsvermoeden van verboden onderscheid dan zal de werkgever door middel van het leveren van tegenbewijs moeten aantonen dat er sprake is van een rechtvaardigingsgrond en dus dat het niet gaat om een *verboden* onderscheid.

5.5 **Werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten**

5.5.1 *Inleiding*

De regeling van artikel 7:658 BW bevat een specifieke, op onderdelen van de hoofdregel van artikel 150 Rv afwijkende, regeling. Er is immers sprake van een omkering van de bewijslast¹⁹¹, zodra de werknemer heeft gesteld en zo nodig heeft bewezen dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden. Voor dat laatste geldt de hoofdregel van artikel 150 Rv, zij het met toepassing van een bewijsvermoeden voor wat betreft het causaal verband in de vorm van de zogenaamde ‘omkeringsregel’.

Het systeem van artikel 7:658 BW zal aan de hand van vier stadia (‘trappen’) worden behandeld. De eerste trap behandelt de horde, die door de *werknemer* moet worden genomen: hij moet stellen en zo nodig bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Bij de tweede trap zijn de rollen omgedraaid: de *werkgever* dient te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij de uit artikel 7:658 BW voortvloeiende zorgplicht in acht heeft genomen. De derde trap betreft de stelplicht en bewijslast van de *werkgever* dat er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer. Als vierde trap wordt genoemd dat de werkgever als disculpatie stelt dat hij, het ongeval weggedacht, met de verzuimde maatregelen de schade niet had kunnen voorkomen.

Tenslotte wordt de werkgeversaansprakelijkheid, gegrond op artikel 7:611 BW, besproken.

5.5.2 *Het wettelijke systeem van artikel 7:658 BW*

Artikel 7:658 BW bepaalt dat, wanneer vaststaat dat de werknemer in uitoefening van zijn werkzaamheden (binnen het kader van zijn arbeidsovereenkomst) schade heeft geleden, de werkgever aansprakelijk is (voor de door werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade), tenzij hij (de werkgever dus) aantoont dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrij-

191. En wel ten aanzien van de vraag of de werkgever aan zijn uit artikel 7:658 eerste lid BW voortvloeiende zorgverplichting is nagekomen.

ke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. De aansprakelijkheid van de werkgever berust op het met lid 1 samenhangende uitgangspunt dat de werkgever al het nodige moet doen om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt en dat als dit laatste het geval is wordt aangenomen dat de werkgever in zijn zorgplicht is tekortgeschoten, behoudens disculpatiebewijs als in lid 2 na ‘tenzij’ aangegeven.¹⁹²

Onderverdeling in ‘trappen’

Zoals hierboven aangegeven betreft de eerste trap de fase waarin de werknemer die moet stellen en zo nodig bewijzen dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden.¹⁹³ Dat kan een - voor ieder kenbaar- bedrijfsongeval zijn. In het geval van een beroepsziekte zullen de gevolgen zich eerst na vele jaren na een blootstelling openbaren. Slaagt een werknemer er niet in om in een dergelijke situatie aannemelijk te maken dat hij de schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft geleden, dan strandt daarop al zijn vordering. De vraag die dus in dit stadium speelt is of deze vaak niet eenvoudige positie van de werknemer dient te worden gecompenseerd en zo ja in welke mate.

De tweede trap komt aan bod zodra de werknemer geslaagd kan worden geacht in het nemen van de eerste trap. De werkgever dient vervolgens te stellen en bewijzen dat hij die zorgplicht in acht heeft genomen die van hem in redelijkheid kan worden gevergd. Hij zal in dat kader inzichtelijk moeten maken wat hij aan onderzoek heeft gedaan (risico inventarisatie), wat daarbij vervolgens voor risico’s aan het licht zijn gekomen en wat de werkgever daar vervolgens voor maatregelen tegen heeft genomen. Indien de werkgever vervolgens alles blijkt te hebben gedaan wat redelijkerwijs van hem kon worden verwacht, strandt vervolgens in dit stadium de procedure.

De derde en vierde trap zullen doorgaans voor wat betreft stelplicht en bewijslast parallel lopen (vaak als subsidiair en meer subsidiair). Naast het stellen en bewijzen van een onvoldoende in acht genomen

192. Asser in zijn noot onder het arrest HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 (*Unilever/Dikmans*) onder nr. 2.

193. Vgl. Asser 2004a, p. 235. Hierop wordt later nog nader ingegaan. Niet exact hoeft de toedracht vast te staan, doch het moet wel aannemelijk zijn dat de schade in de uitoefening van de werkzaamheden *is* geleden.

zorgplicht, kan de werkgever zich eveneens disculperen indien hij stelt en bewijst dat er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, dan wel dat hij de schade – had hij de gewraakte maatregelen in het kader van zijn zorgplicht wel genomen – niet had kunnen voorkomen. Dat laatste is het geval wanneer hij aantoont dat de schade het ongeval weggedacht, ook zou zijn ingetreden.

5.5.3 *Definities*

In de arbeidsrechtelijke literatuur heb ik vergeefs gezocht naar een definitie van het begrip ‘arbeidsongeval’. Bier spreekt over een *bedrijfsongeval*. Zij verstaat daaronder ‘de plotseling bij de arbeid optredende gebeurtenissen met snel daarop volgend letsel’¹⁹⁴. Ik hanteer liever de term ‘arbeidsongeval’ omdat de term bedrijfsongeval naar mijn mening ten onrechte de indruk wekt dat de aansprakelijkheid van een werkgever ex artikel 7:658 BW beperkt zou (kunnen) zijn tot ongevallen die in een bedrijf plaatsvinden. Ik versta daaronder een aan een werknemer in verband met het verrichten van arbeid overkomen ongewilde, plotselinge gebeurtenis waarbij meestal vrijwel onmiddellijke gezondheidsschade wordt opgelopen.¹⁹⁵ Dit begrip dient ruim te worden uitgelegd. Het kan ook gaan om ongevallen die buiten de vier muren van de werkgever hebben plaatsvonden. Bepalend voor de toepassing van artikel 7:658 BW is de vraag of de werkgever *enige* zeggenschap heeft gehad betreffende de (veiligheid op de) werkplek¹⁹⁶, dan wel in redelijkheid maatregelen heeft kunnen nemen ter voorkoming dat de werknemer schade lijdt (verzekering).¹⁹⁷ Is er geen zeggenschap geweest of maatregel mogelijk dan kan het arbeidsongeval op basis van artikel 7:611 BW voor risico van de werkgever komen.¹⁹⁸

De andere werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW betreft die ter zake van een gedurende de werkzaamheden opgelopen *beroepsziekte*.

194. Bier 1988, p. 11.

195. Ontleend aan de website van het UWV:
<http://cba.uwv.nl/cba/opencms/CBA/module4/80/18.htm>.

196. Vgl. HR 30 november 2007, *RvdW* 2007/1032 (*Knoppen/NCM*).

197. HR 12 december 2008, *RvdW* 2009, 35.

198. Vgl. HR 1 februari 2008 *RvdW* 2008,178 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*) en *RvdW* 2008, 176 (*Maasman/Akzo*).

Lindenbergh omschrijft een beroepsziekte als een ziekte of aandoening die in hoofdzaak het gevolg is van arbeid of arbeidsomstandigheden.¹⁹⁹

In het kader van dit onderzoek versta ik onder een beroepsziekte een aandoening, die geheel of ten dele is veroorzaakt door de blootstelling tijdens het werk aan een voor de gezondheid van de werknemer gevaarlijke of schadelijke situatie. Deze definitie sluit aan bij de heersende leer van de Hoge Raad met betrekking tot aansprakelijkheid van de werkgever voor beroepsziektes, zoals weergegeven in het arrest *Unilever/Dikmans*.²⁰⁰ De enkele omstandigheid dat een werknemer bij zijn werk is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen rechtvaardigt in gevallen als het onderhavige dan ook niet de toepassing van die regel, aldus de Hoge Raad in het arrest *Luyckx*.²⁰¹ Daartoe dient tevens de gestelde beroepsziekte in rechte komen vast te staan. Tenslotte is noodzakelijk dat de blootstelling de beroepsziekte *kan* veroorzaken. Hierop wordt hierna nog uitgebreid teruggekomen

I De eerste trap: stelplicht en bewijslast werknemer van het causaal verband tussen schade en het werk

5.5.4 *Inleiding*

De eis dat een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden brengt in de eerste plaats mee dat deze dient te stellen en zo nodig te bewijzen dat er causaal verband bestaat tussen zijn schade en de werksituatie. Voor een partij bestaat slechts een wettelijke verplichting tot vergoeding van schade indien de schade is veroorzaakt door een omstandigheid die grond is voor de aansprakelijkheid, bijvoorbeeld een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad.²⁰² De schade moet het gevolg zijn van een normschending.²⁰³

199. Lindenbergh, 2000, p. 94.

200. HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA.

201. HR 23 juni 2006, NJ 2006, 354.

202. Asser-Hartkamp I (2004), nr. 424.

203. Zie Lindenbergh 2000, p. 55.

5.5.5 *Aanname van het causaal verband: twee fasen*

De eerste fase voor het aannemen van een causaal betreft de vraag of de aansprakelijkheidsgrond de noodzakelijke voorwaarde is voor intreden van de schade. Dit wordt aangeduid als het *condicio*²⁰⁴ sine qua non verband (c.s.q.n.). De vraag die dan wordt gesteld is of de schade zou zijn ingetreden indien de normschending niet was opgetreden. Kan die vraag bevestigend worden beantwoord, dan dient te worden getoetst of de *schade* ook aan die normschending kan worden *toegerekend* (artikel 6:98 BW). Bij de beoordeling of dat het geval is, dienen alle omstandigheden van het geval te worden betrokken. Welke schade nog wel aan een gebeurtenis wordt toegerekend en welke niet hangt, aldus artikel 6:98 BW, af van de aard van de aansprakelijkheid en in het bijzonder van de aard van de overtreden norm.²⁰⁵ Zo zal bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen eerder toerekening plaatsvinden dan daarbuiten.²⁰⁶ Toerekening op basis van artikel 6:98 BW kan ook plaatsvinden zonder dat er een c.s.q.n.-verband is.²⁰⁷

5.5.6 *De omkeringsregel: een tegemoetkoming bij de aanname van het causaal verband*

Voor een partij die stelt schade te hebben geleden, is het niet zelden vrijwel ondoenlijk om het causaal verband *volledig* te bewijzen. Voor deze gevallen heeft de rechtspraak een voor het gehele aansprakelijkheidsrecht geldende regel geformuleerd die een bewijsvermoeden²⁰⁸ creëert, dat door de wederpartij met tegenbewijs kan worden ontzenuwd. Indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, is daarmee in beginsel het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade gegeven. Het is vervolgens aan degene die op grond van die gedraging

204. Ook wel geschreven 'conditio'. De meest gangbare spelling is echter *condicio*. Dit betekent in het Latijn *voorwaarde* en stamt af van *condicere*. Vgl. Van Wageningen/Muller, *Latijnsch Woordenboek*, 3^e druk Wolters 1921, p. 190.

205. Zie ook: Asser-Hartkamp I (2004), nrs. 433-437.

206. Asser Hartkamp I (2004), p. 366.

207. Asser Hartkamp I (2004), nr. 440 en 441 en TM, Parl. Gesch. 6, p. 340.

208. Anders en naar mijn mening onjuist Swelheim 2005, p. 119 die stelt dat de omkeringsregel 'ziet op omkering van de bewijslast'. Van een omkering is echter geen sprake; het bewijs*risico* blijft immers op de eisende partij rusten.

wordt aangesproken, om te stellen en aannemelijk te maken²⁰⁹ dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan. Deze zogenaamde ‘omkeringsregel’, vindt men onder meer in het arrest *Dicky Trading*.²¹⁰

Volgens Akkermans is deze ‘risico dat zich heeft verwezenlijkt’-formule toegepast op *beide* elementen van het causaal verband, zowel ter zake van het *condicio sine qua non* als ter zake van de toerekening.²¹¹ In 2002 heeft de Hoge Raad in een tweetal arresten voor het civiele recht een verfijning op de omkeringsregel aangebracht²¹², te weten dat de omkeringsregel geen toepassing vindt in geval van onduidelijkheid m.b.t. de toedracht van het ongeval²¹³, dan wel in het geval niet *aannemelijk* is (gemaakt) dat de gestelde schade het gevolg is van de (gestelde) onrechtmatige daad.²¹⁴ Deze verfijning heeft de Hoge Raad herhaald in zijn arrest *X/Achmea*.²¹⁵ Giesen vraagt zich in dit verband af of er in het geval van aansprakelijkheid niet tot een *volledige* omkering van de bewijslast moet worden overgegaan.²¹⁶ Dit hangt samen met het verwerpen van de objectiefrechtelijke theorie. Zie hiervoor hoofdstuk 2, paragraaf 2.7. Naar mijn mening zou, indien men daadwerkelijk het bewijsrisico volledig bij de werkgever zou willen leggen, veeleer kunnen worden gedacht aan een risicoaansprakelijkheid. Roest stelt met een beroep op het arrest *Kastelijn/gemeente Achtkarspelen*²¹⁷ dat de omkeringsregel een op grond van de redelijkheid en billijkheid gestoelde andere verdeling van de stelplicht en bewijslast inhoudt. Hij verwijst daarbij naar r.o. 3.6 sub i.²¹⁸ Die uitleg van dit arrest is naar mijn mening net iets te kort door de bocht. De Hoge Raad oordeelt daar:

209. Niet: *bewijzen* want het leveren van tegenbewijs betekent het *ontzenuwen* van het bewijsvermoeden.

210. HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607. Deze regel was voor het eerst aanvaard in HR 30 oktober 1953, NJ 1954, 261 en terzake van een aansprakelijkheid van een werkgever jegens een toch al labiele werknemer, die door gedragingen van de werkgever ziek(er) werd in HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667 (r.o. 5.3). Zie voor een verband tussen het arrest *Dicky Trading* en de omkeringsregel in het werkgeversaansprakelijkheidsrecht de noot van Asser onder het arrest HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 (*Unilever/Dikmans*) onder punt 9.

211. Akkermans 2002, p. 2. Zie ook: HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831.

212. HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 en NJ 2004, 305.

213. HR 29 november 2002, NJ 2004, 304.

214. HR 29 november 2002, NJ 2004, 305.

215. HR 9 april 2004, RvdW 2004, 60 (*D/Achmea*).

216. Giesen 2001, hoofdstuk XII t/m XIV.

217. HR 29 november 2002, NJ 2004, 305 m.nt. DA.

218. Roest 2008, p. 10.

‘(i) In de vorenbedoelde uitspraak wordt tot uitdrukking gebracht dat de daarin bedoelde gevallen op grond van een bijzondere, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel een uitzondering dient te worden gemaakt op de hoofdregel van artikel 150 Rv. (art 177 (oud) in diervoege dat het causaal verband (in de zin van het *conditio sine qua non* verband) tussen de onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen, tenzij degene die wordt aangesproken, bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt – dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.’

De objectiefrechtelijke leer blijkt nog eens duidelijk uit deze overweging: het gaat om een uit de billijkheid voortvloeiende, bijzondere *regel* en dus niet om de redelijkheid en billijkheid zelf. Die *regel* formuleert voor bepaalde te stellen en bij betwisting te bewijzen feiten en omstandigheden een bewijsvermoeden, dat door middel van tegenbewijs kan worden ontzenuwd.

5.5.7 *De omkeringsregel ten opzichte van artikel 7:658 BW*

De werknemer dient een arbeidsongeval te stellen. Daarbij hoeft de toedracht niet *exact* vast te staan aldus de arresten *Fransen/Pasteurziekenhuis*²¹⁹ en *Bloemsma/Hattuma*.²²⁰ Wel moet komen vast te staan *dat* het ongeval daadwerkelijk heeft plaatsgevonden of de blootstelling aan een gevaarzettende situatie op het werk, aldus andermaal *Bloemsma/Hattuma* en *Erven Weststrate/De Schelde*.²²¹ In zoverre spoort deze jurisprudentie met voormelde verfijning in het commune aansprakelijkheidsrecht. Wanneer de gevaarzetting en de daaruit mogelijke schade vast komen te staan is het causaal verband tussen de schade en de gevaarzettende situatie een gegeven.

In het arrest *Unilever/Dikmans*²²² oordeelt de Hoge Raad in dit verband dat, wanneer een werknemer bij zijn werk is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband aangenomen moet worden indien de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werk-

219. HR 10 december 1999, NJ 2000, 211.

220. HR 4 mei 2001, JAR 2001/96, NJ 2001, 377.

221. Hoge Raad 26 januari 2001 NJ 2001, 597.

222. HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA.

zaamheden schade lijdt, en derhalve dat ook in zoverre op Unilever reeds thans de plicht rust nader aan te geven of, en zo ja, welke maatregelen zij in dit opzicht heeft getroffen. Swelheim leidt daaruit af dat er in dat verband bij dat arrest sprake is van een ‘vroegge omkeringsregel’.²²³ Deze stelling wordt naar mijn mening verworpen in het arrest *De Bakker/Zee Electronics*²²⁴.

Waar Swelheim kennelijk op doelt met een verwijzing naar (de tweede helft van) r.o. 5.4²²⁵, is de *verzwaarde stelplicht* die de Hoge Raad in die rechtsoverweging aanneemt. Met de woorden dat er ‘op Unilever thans reeds een plicht rust nader aan te geven of, en zo ja, welke maatregelen zij in dit opzicht heeft getroffen’ geeft de Hoge Raad naar mijn mening aan dat een werkgever in dat geval niet ‘zijn kruut mag drooghouden’ totdat de werknemer er in geslaagd is om te bewijzen dat hij *als gevolg van de normschending door de werkgever* schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft geleden.

De Hoge Raad oordeelt in het arrest *Hertel*²²⁶, dat het hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting heeft gegeven in zijn oordeel, dat door de gewraakte handelwijze van de derde een specifiek gevaar in het leven is geroepen voor het ontstaan van een asbestziekte bij personen die – zoals de werknemer – aan het bij de werkzaamheden van de derde vrijkomende asbeststof werden blootgesteld, welk gevaar door de normschending van Hertel in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot.²²⁷ Terecht, aldus de Hoge Raad, heeft het hof vervolgens geoordeeld dat, nu vaststaat dat zich bij de werknemer de asbestziekte mesotheliom heeft geopenbaard, het gestelde causale verband in beginsel vaststaat nu immers door toepassing van de omkeringsregel het causale verband (in de zin van: *condicio sine qua non*-verband) tussen de onrechtmatige blootstelling van de werknemer aan asbeststof en de ziekte die zich bij hem openbaarde, nu juist tot op door de derde te leveren tegenbewijs wordt verondersteld. In het arrest *Havermans/Luyckx*²²⁸ wordt deze leer nog eens bevestigd.²²⁹ Ook in het

223. Swelheim 2005, p. 127.

224. HR 20 mei 2005, *RAR* 2005, 78, *RvdW* 2005, 75.

225. Beginnend met (...) ‘Daarnaast geeft’ v/m ‘getroffen’.

226. HR 17 december 2004, *RvdW* 2005, 4.

227. Zie: HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 en 305 m.nt. DA. Zie over dit arrest Hartlief 2005, p. 44.

228. HR 23 juni 2006, *JAR* 2006/174.

229. In dit arrest kwam de beroepsziekte (ops) niet vast te staan.

arrest *Köpcke*²³⁰, waar het om RSI ging, is in feitelijke instanties langs deze zelfde lijn geredeneerd.²³¹ Aldus blijkt de omkeringsregel nog altijd gelding te hebben Anders dan Kas en Van Osch²³² alsmede Krispijn en Oskam²³³ menen, geldt die naar mijn mening ook in zaken die niet zien op het werken met gevaarlijke stoffen. Aldus ook Charlier.²³⁴

Toepassing van de omkeringsregel is immers het hanteren van een bewijsvermoeden teneinde een werknemer ten aanzien van zijn bewijslast in een iets gunstiger processuele positie te brengen. Niet valt in te zien waarom dat bewijsvermoeden wel zou worden aangenomen wanneer er sprake is van een blootstelling aan gevaarlijke *stoffen*, maar niet in het geval van een blootstelling aan een (andere) gevaarlijke *situatie*. Deze regel dient naar mijn mening toepassing te vinden op blootstelling van een werknemer aan *elke* gevaarzettende situatie die een beroepsziekte tot gevolg *kan* hebben, uiteraard indien en voor zover die ziekte zich vervolgens ook daadwerkelijk heeft geopenbaard. Elke werkplek heeft immers zijn eigen risico's, die door een werkgever tijdig en voldoende in kaart dienen te worden gebracht. In al die gevallen komt een werknemer bij gebreke van toepassing van die op een bewijsvermoeden gestoelde handreiking in een zodanig moeilijke bewijspositie dat die zich niet verhoudt tot de aard en strekking van artikel 7:658 BW en de bescherming die daarvan uit behoort te gaan. Niet valt in te zien waarom een werknemer ter zake van blootstelling aan gevaarlijke stoffen *wel* door middel van een bewijsvermoeden bij de aanname van het causaal verband tussen blootstelling en schade wordt geholpen en een werknemer die is blootgesteld aan en ander soort voor zijn gezondheid schadelijke werksituatie niet. Zie hierna paragraaf 5.5.9.

5.5.8 *Stelplicht en bewijslast van een arbeidsongeval*

Wat dient een werknemer te stellen die een arbeidsongeval is overkomen? In de literatuur wordt vrij algemeen aangenomen dat het voor de

230. HR 2 juni 2006, *JAR* 2006/155 waarin de Hoge Raad de klachten afdoet met art. 81 RO.

231. Het betrof hier een werknemer die er niet in slaagde om aannemelijk te maken dat zijn klachten te 'linken' waren aan een beroepsziekte (RSI).

232. Kas & Van Osch 2004.

233. Krispijn & Oskam 2008, p. 91.

234. Charlier 2006 die daarbij naar mijn mening terecht opmerkt dat anders een slachtoffer van een verkeersongeval beter af zou zijn dan die van een beroepsziekte.

werknemer voldoende is dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden *schade* heeft geleden.²³⁵ Giesen is van mening dat daarmee niet kan worden volstaan, omdat de werkgever zich daartegen, in zijn visie, niet naar behoren zou kunnen verweren.²³⁶ Zoals hierna zal blijken, stelt de Hoge Raad aan de werknemer zodanige eisen²³⁷, dat naar mijn mening dit argument van Giesen niet opgaat. Een werknemer die bijvoorbeeld te weinig stelt met betrekking tot de werkomstandigheden ziet zijn vorderingen onherroepelijk stranden.

De stelplicht ter zake van een arbeidsongeval zal in veel gevallen geen problemen opleveren. Ook de vraag of de werknemer al eerdere klachten had, zal doorgaans niet van wezenlijk belang zijn voor de vraag of er sprake is van een arbeidsongeval.²³⁸ Het gaat veelal om een acute calamiteit, zoals de val van een bouwsteiger of een ongeluk met een machine op de werkplek, als gevolg waarvan, voor iedereen zichtbaar, de werknemer lichamelijk letsel heeft opgelopen. Het arrest *Bloemsma/Hattuma*²³⁹ is de uitzondering op de regel.

5.5.9 *Stelplicht en bewijslast van een beroepsziekte*

Voor een beroepsziekte is het aanmerkelijk moeilijker om te stellen dat de schade is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden. De stelplicht komt er feitelijk op neer dat een werknemer stelt dat hij de beroepsziekte heeft opgelopen tijdens of door het werk. Omdat dit vaak een sluipend proces is, waarbij bovendien de ene werknemer van een blootstelling aan een bepaalde (voor de gezondheid gevaarlijke) situatie wél ziek wordt en de andere niet, zal het verweer van de werkgever al snel wijzen in de richting van een andere mogelijke oorzaak. Ook zal niet zelden door een werkgever worden betoogd dat een bepaalde ziekte ‘vele oorzaken’ kan hebben.²⁴⁰ Te denken valt bijvoorbeeld aan:

235. Lindenbergh 2000, p. 52, Klaassen: *NTBR* 1997, p. 106 en *Nieuwsbrief BW* 1997, p. 75 en *SR* 1997, p. 283 en inaugurele rede 2000, p. 44, Asser 2003, p. 70 ev.

236. Giesen 2001, p. 169.

237. Zie bijvoorbeeld *De Bakker/Zee Electronics* en het arrest *Luyckx* (HR 23 juni 2006).

238. Voor het causale verband en ook voor de *hoogte* van de schade kan het, zeker na de arresten *Nefalit* en *Eternit*, des te meer van belang zijn.

239. HR 4 mei 2001, *JAR* 2001/96, NJ 2001, 377 (*Bloemsma/Hattuma of de gekantelde boot*).

240. Zoals Hof 's-Gravenhage 27 april 2007, *JAR* 2007/177. (*Dooms/Dow*) In casu was het hof van mening dat de werknemer niet had aangetoond dat hij de ziekte door het werk had gekregen.

- een werknemer met longkanker die met asbest heeft gewerkt, maar vervolgens ook jaren heeft gerookt, of
- een secretaresse met RSI die in de avonden thuis de correspondentie van de tennisvereniging verzorgt of
- een autospuiter die later voor zichzelf is begonnen.

In al die gevallen is er sprake van een blootstelling aan een (mogelijk) gezondheidsbedreigende situatie op het werk, maar tevens ook van mogelijke andere oorzaak.

Nog lastiger is het aantonen van het causale verband met het werk van psychisch letsel.²⁴¹

Teneinde niet elke aanspraak op voorhand illusoir te maken is uiteindelijk voor beroepsziekten de voornoemde omkeringsregel aangenomen. Daarbij gaat het er wel om dat een werknemer daadwerkelijk is blootgesteld aan een voor de gezondheid (mogelijk) schadelijke situatie²⁴² Vervolgens dient hij te stellen dat de gestelde beroepsziekte daadwerkelijk is opgetreden en dat die *kan* zijn veroorzaakt door de blootstelling.²⁴³

Uit het arrest *Zwolsche Algemeene/De Greef*²⁴⁴ volgt dat niet al te hoge eisen mogen worden gesteld aan het bewijs van oorzakelijk verband tussen het ongeval en de gezondheidsklachten, zodat het ontbreken van een specifieke, medisch aantoonbare verklaring voor de klachten niet in de weg staat aan het oordeel dat het bewijs van het oorzakelijk verband geleverd is. In dat opzicht wordt aangevoerd dat dit arrest ook van toepassing is, of zou moeten zijn op niet-objectiveerbare beroepsziekten als bijvoorbeeld RSI.²⁴⁵

Het verschil met een verkeersongeval zal doorgaans zijn dat er – evenals bij een arbeidsongeval – een acuut moment is aan te wijzen

241. Zie hieromtrent uitvoerig Vegter 2005 en Vegter 2006.

242. In het arrest HR 26 januari 2001 NJ 2001, 597 (*Weststrate/De Schelde*) ging het om een werknemer die *mogelijk* bij de werkgever een asbestkristal had ingeademd. In het arrest HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA (*Unilever/Dikmans*) betrof het een blootstelling aan gevaarlijke (chemische) stoffen.

243. Zie ook Charlier 2006 (par. 5.2) die daaraan toe voegt dat uit zijn medische voorgeschiedenis niet blijkt dat de klachten voor indiensttreding bestonden en dat de werknemer bij werkgever ziek is geworden en gewerkt heeft tot aan zijn uitvallen wegens ziekte. Naar mijn mening zijn deze toevoegingen niet noodzakelijk voor het bewijsvermoeden, nu, indien daaraan niet zou zijn voldaan, dit feiten en omstandigheden zijn die in het kader van het ontzenuwen van het rechtsvermoeden een rol kunnen spelen.

244. HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433.

245. Charlier 2006.

waarop de klachten zich hebben geopenbaard, welk moment samenvalt met het ongeval. Toeschrijving van min of meer vage klachten die er voordien niet waren kunnen dan billijkheidshalve worden toegeschreven aan het ongeval.

Voornoemde koppeling tussen ongeval en het ontstaan van de klachten is bij beroepsziekten (veel) minder evident. Daaruit volgt dat meer in het kader van de predispositie van de werknemer liggende factoren door een werkgever kunnen worden aangevoerd als mogelijke oorzaak van de opgetreden klachten. Dat komt in de volgende paragraaf aan de orde.

Spier heeft in zijn conclusie vòòr het arrest *De Bakker/Žee Electronics*²⁴⁶ een eigen stelsel bedacht voor de stelplicht en bewijslastverdeling in het geval van beroepsziekten, in casu *RSI*.²⁴⁷ Hij neemt als hoofdregels aan:

- a. De werknemer zal tenminste moeten stellen dat de schade is opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden.
- b. Heeft de werknemer aan deze stelplicht voldaan, dan ligt het op de weg van de werkgever om, desgewenst, het *condicio sine qua non*-verband (hierna: c.s.q.n.-verband) te bestrijden. Doet hij dat niet, dan kan daarvan verder worden uitgegaan.
- c. Bestrijdt de werkgever het c.s.q.n.-verband wél, dan zal de rechter op basis van de stellingen van beide partijen na moeten gaan of dit verband voorschands voldoende aannemelijk is. Daarbij zullen, in dit stadium, aan de vereiste mate van aannemelijkheid naar mijn mening in het algemeen geen al te hoge eisen mogen worden gesteld. Wél kan rekening worden gehouden met serieuze twijfels onder deskundigen met betrekking tot de vraag óf *RSI* daadwerkelijk ernstige gevolgen teweeg brengt indien een daarop toegespitst debat is gevoerd. De hier vereiste mate van aannemelijkheid ligt lager dan die welke een voorwaarde is voor het inwerking treden van de omkeringsregel of om een bepaald feit voorschands bewezen te achten.
- d. Is sprake van voldoende aannemelijkheid in de zojuist bedoelde zin, dan zal de werkgever moeten stellen en – bij tegenspraak – moeten aantonen dat hij aan zijn in art. 7:658 lid 1 BW bedoelde verplichtingen heeft voldaan. Slaagt hij daarin, dan valt daarmee het doek voor de vordering.

246. HR 20 mei 2005, *RAR* 2005, 78, *RvdW* 2005, 75.

247. Conclusie vòòr HR 20 mei 2005, *RAR* 2005, 78, *RvdW* 2005, 75, (*De Bakker/Žee Electronics*) nrs. 4.10.1 en 6.10.

- e. Lukt het de werkgever niet om aan te tonen dat hij de geëigende maatregelen heeft getroffen, dan komt de vraag naar het c.s.q.n.-verband andermaal aan de orde.
- f. In het onder e genoemde scenario hangt het van de omstandigheden van het geval af of de werknemer het bewijs van het c.s.q.n.-verband moet leveren dan wel of de omkeringsregel, zoals nader uitgewerkt in de arresten *TFS e.a./Nederlandse Spoorwegen e.a.*²⁴⁸, en *Kastelijn/Achtkarspelen*²⁴⁹, kan worden toegepast.

Spier acht het niet wenselijk om een algemene regel te formuleren, omdat de vraag hoe in een concreet geval moet worden geoordeeld te zeer afhankelijk is van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. De onder d. geformuleerde regel ziet, aldus Spier, op bewijslevering, waarbij valt te bedenken dat daaraan – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – geen bijzonder zware eisen kunnen worden gesteld. Aldus worden in zijn visie de gerechtvaardigde belangen van werknemer en werkgever met elkaar verzoend en wordt recht gedaan aan de strekking van art. 7:658 BW. Met de belangen van de werknemer wordt rekening gehouden omdat hij niet, voorafgaand aan deze bewijslevering door de werkgever, gehouden is het causaal verband te bewijzen. Met die van de werkgever omdat van hem in nog enigszins mistige situaties zoals RSI, niet het onmogelijke wordt gevergd doordat geen bijzonder strenge eisen worden gesteld aan de bewijslevering. Naarmate dat meer aannemelijk is en een in de risicosfeer van de werknemer vallende oorzaak minder plausibel is, kan een rechter in zijn visie al spoedig concluderen dat het c.s.q.n.-verband in een concreet geval voldoende aannemelijk is in de zo-even bedoelde zin. Maar die voldoende aannemelijkheid kan ook uit andere omstandigheden worden gedestilleerd, aldus Spier.²⁵⁰

Dit systeem is tot aan heden door de Hoge Raad niet overgenomen. Margetson acht deze leer van Spier een hoofdregel die flexibel genoeg is om in te spelen op de casuïstiek op deze zaak.²⁵¹ Ook Roest lijkt

248. HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 m. nt. DA.

249. HR 29 november 2002, NJ 2004, 305.

250. Conclusie voor HR 20 mei 2005, RAR 2005, 78, RvdW 2005, 75. (De Bakker/Zee Electronics).

251. Margetson 2005, p. 167.

voorstander van toepassing van deze leer van Spier.²⁵² Hij trekt daaruit conclusies ten aanzien van het geldende recht. Hij heeft het over een ‘Unilever/Dikmans-omkeringsregel’ die in werking treedt zodra vast komt te staan dat de werkgever in zijn zorgplicht tekort is geschoten. Roest miskent aldus dat de omkeringsregel zoals die in het arrest HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA (*Unilever/Dikmans*) is toegepast een bijzondere bewijsregel is die *geënt* is op die van het commune aansprakelijkheidrecht (*Dicky Trading*), maar door de Hoge Raad in HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA (*Unilever/Dikmans*) is *toegesneden* op artikel 7:658 BW.²⁵³ Een werknemer dient immers ex artikel 7:658 BW te bewijzen *dat* hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, waarna de bewijslast ten aanzien van de schending van de zorgplicht wordt omgedraaid. In het commune aansprakelijkheidsrecht heeft het slachtoffer ook de stelplicht en bewijslast ten aanzien van de schending van de zorgvuldigheidsnorm.²⁵⁴

Charlier vindt het een nadeel dat de werkgever in de leer van Spier eerst na bewijslevering door de werknemer dat hij schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft geleden in het kader van *zijn* stelplicht met de bewijsmiddelen komt dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Zij pleit eveneens voor het door de werkgever dadelijk in het geding brengen van de tot zijn domein behorende stukken.²⁵⁵

Hierna zal ik de punten a t/m f van de leer Spier in volgorde van opkomst behandelen.

Punt a (de werknemer moet tenminste stellen dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden) volgt uit artikel 7:658 BW. Punt b. (te weten dat de werkgever het c.s.q.n.-verband betwist, bij gebreke waarvan dat als vaststaand moet worden aangenomen) volgt uit 149 Rv. In het geval van betwisting daarvan wil Spier het aan de rechter overlaten om op basis van de stellingen van partijen te bepalen of het c.s.q.n.-verband voldoende aannemelijk is (punt c). Daaraan mogen zijns inziens niet al te hoge eisen worden gesteld. Spier

252. Roest 2008, p. 49-79.

253. Zie aldus de noot van Asser onder dat arrest in punt 9 en 10.

254. In dit verband kan ik de opmerking van Roest (Roest, 2008, p. 69-78). als zou ik betogen in mijn artikel (Alt 2004) dat de ‘Unilever/Dikmans-omkeringsregel ten opzichte van de algemene omkeringsregel een zelfstandige functie inneemt’, niet plaatsen. De Unilever/Dikmans-omkeringsregel is op artikel 7:658 BW toegespitste specialis van de algemene omkeringsregel. Dit heb ik ook in het bewuste artikel tot uitdrukking heb willen brengen.

255. Charlier 2006, p. 17.

pleit aldus voor een lichtere vorm van bewijzen (nl. voor het ‘aannemelijk maken’).²⁵⁶ Dit komt mij sympathiek over, maar past, indien dat inderdaad zo is bedoeld – en niet als een bewijsvermoeden dat kan worden ontzenuwd –, niet in de systematiek van het huidige bewijsstelsel. Bovendien kan dit leiden tot de situatie dat, waar nu een bewijsvermoeden met tegenbewijs (omkeringsregel) wordt aangenomen, de rechter dan tot een soort van ‘bewezenverklaring’ komt zonder dat daartegen nog tegenbewijs mogelijk is.²⁵⁷

Waar het civiele bewijsrecht op grond van de objectiefrechtelijke leer kan worden herleid tot bewijsregels, zou voor werkgeversaansprakelijkheid een regeling zijn intrede doen die verwantschap vertoont met de billijkheidsleer met de daaraan klevende bezwaren.

Hoewel artikel 21 Rv voorschrijft dat een procespartij eigener beweging alle voor de uitkomst van een procedure van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid dient aan te voeren, zal daar in de praktijk niet zelden de clause in de toepasselijke polisvoorwaarden van de aansprakelijkheidsverzekering aan in de weg staan.²⁵⁸ Artikel 21 Rv is geen garantie dat elke werkgever eigener beweging die stukken overlegt, waarop de werknemer zijn stelplicht kan baseren.²⁵⁹ Dat betekent dat de werknemer al in dit stadium van de procedure zal moeten worden *geholpen* door het opleggen van een verzwaarde stelplicht aan de werkgever met betrekking tot de tot zijn domein behorende stukken feiten en omstandigheden. Bij gebreke daarvan zullen de gemotiveerde stellingen van de werknemer met betrekking tot de arbeidsomstandigheden en blootstelling aan een gevaarlijke situatie als vaststaand moeten worden aangenomen.

256. Aan dat ‘aannemelijk maken’ stelt Spier lichtere eisen dan aan het voorshands bezeugen verklaren of die welke voor toepassing van de omkeringsregel als voorwaarde gelden.

257. Indien er immers sprake is van een ‘aannemelijk maken’ dat de werknemer schade heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden (stadium c. van Spier), dan kan de werkgever zijn aansprakelijkheid in de visie van Spier slechts afwenden indien hij stelt en bij betwisting bewijst dat hij aan zijn zorgplicht van artikel 7:658 BW eerste lid heeft voldaan (stadium d. van Spier).

258. Te weten een clause dat een verzekerde geen schuld mag erkennen en dus ook niet die stukken mag overleggen waaruit die schuld blijkt. Niet zelden zal de verzekeraar de procedure voor de aansprakelijk gestelde voeren en zal weinig bereidheid bestaan om eigener beweging de eisende partij eigener beweging aanknopingspunten voor zijn stelplicht en bewijslast te verschaffen.

259. Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.2.

Dat betekent in concreto dat de punten a en b niet *na elkaar*²⁶⁰ moeten plaatsvinden maar *tegelijktijd*.²⁶¹ Alleen dan kan er daadwerkelijk sprake zijn van het verschaffen door de werkgever van aanknopingspunten voor de (stelplicht en) bewijslevering van de werknemer. Dit zal in veel gevallen geen eenvoudige zaak zijn, omdat een werknemer lang niet altijd over die bewijsmiddelen beschikt die dat kunnen aantonen. Zijn ten tijde van een blootstelling al weinig werknemers bereid om tegen hun werkgever te getuigen, na vele jaren is het nog moeilijker om getuigen te vinden. Bovendien is het nu juist de *werkgever* die – als het goed is – weet hoe het productieproces en de werkplek van de werknemer destijds waren ingericht en welke gevaren daar toen aan verbonden waren. Een werkgever heeft het aldus in zijn macht of een werknemer een door hem geschonden zorgplicht al dan niet hard kan maken. In dat verband heeft de Hoge Raad in het arrest *Unilever/Dikmans*²⁶² terecht geoordeeld dat van een werkgever, die o.g.v. art. 7:658 lid 2 BW wordt aangesproken door een werknemer die gemotiveerd stelt dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden en tevens hoe deze schade is ontstaan, in het kader van de betwisting van de stellingen van de werknemer mag worden gevergd dat hij in het algemeen de omstandigheden aangeeft die in zijn ‘domein’ liggen. Er rust in dat verband dus op een werkgever een verzwaarde stelplicht, waaronder wordt verstaan dat de partij op wie niet de bewijslast rust aan de partij die daarmee *wel* is belast *aanknopingspunten* verschaft voor bewijslevering.²⁶³ Hierop wordt verder ingegaan in paragraaf 5.5.15.

Dit werkt ook door in de punten d, e en f van de leer van Spier. Het c.s.q.n.-verband komt in de leer van Spier twee keer aan de orde, te weten bij fase c en fase e. Juist omdat de werkgever al ter bestrijding van de vordering van de werknemer met de tot zijn domein behorende stukken moet komen, dient de betwisting van het c.s.q.n.-verband niet

260. Ik voorzie ook uit hoofde van procesrecht praktische problemen, wanneer eerst zou moeten worden vastgesteld of de werknemer wel aan zijn stelplicht heeft voldaan.

261. Dat wil zeggen op een zo vroeg mogelijk moment in de procedure. Dit zal voor een werkgever dus doorgaans zijn bij conclusie van antwoord in eerste aanleg. Zie verder Alt 2004 en instemmend: Charlier 2006. Hieronder wordt verstaan voor wat betreft de werkgever bij conclusie van antwoord.

262. HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA.

263. HR 23 november 2001, NJ 2002, 387

nog een tweede keer terug te komen, zoals bij het punt e. van Spier.²⁶⁴ Voor zover het c.s.q.n.-verband in punt e ziet op het causaal verband tussen de ingetreden schade en het niet nemen van de vereiste maatregelen, ben ik, in navolging van Asser, van mening, dat een dergelijke toetsing niet ook in deze fase behoort plaats te vinden.²⁶⁵ Wanneer een werkgever gedwongen wordt om in het kader van zijn (verzwaarde) stelplicht dadelijk bij conclusie van antwoord alle tot zijn domein behorende stukken²⁶⁶ over te leggen, kan de rechter zich al na de eerste schriftelijke ronde een oordeel vormen, over:

- wat de aard van het werk was, alsmede de daaraan verbonden risico's, zonder dat een werknemer soms na vele jaren dit moet zien te reconstrueren; daarbij zal dan over het algemeen ook de blootstelling aan een gevaarzettende situatie zijn gedocumenteerd;
- of, en zo ja, in hoeverre de werkgever die risico's ook daadwerkelijk heeft onderzocht, onderkend en of hij, gelet op de stand van de wetenschap en techniek van dat moment, adequate maatregelen heeft genomen en gehandhaafd ter voorkoming van schade.

Dit heeft het voordeel dat, indien de werkgever direct aantoonde dat hij voldoende heeft gedaan, de rechter kan uitgaan van de hypothetisch feitelijke grondslag dat er sprake is van een beroepziekte, maar dat de werkgever desalniettemin niet aansprakelijk is, omdat hij alle van hem redelijkerwijs te verwachten maatregelen heeft genomen.

Wanneer blijkt dat er een blootstelling is geweest aan een gevaarzettende situatie, dan kan de werkgever door het leveren van tegenbewijs het *condicio sine qua non* verband ontzenuwen door aannemelijk te maken dat de ziekte door een andere oorzaak dan die blootstelling is ontstaan, of doordat, indien hij de maatregelen had genomen, hij de

264. Te weten in het kader van het c.s.q.n.-verband tussen de ingetreden schade en de maatregelen die de werkgever had moeten nemen.

265. Asser 2003, p. 65-68. Hij pleit ervoor dat het c.s.q.n.-verband niet andermaal behoort terug te komen in het kader van de vraag of de werkgever aan zijn zorgplicht ex artikel 7:658 BW heeft voldaan. Nu de werknemer het c.s.q.n.-verband al in het kader van de vraag of hij de schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft geleden moet aantonen, staat een hernieuwde c.s.q.n.-toetsing in dit stadium aan de geest en strekking van artikel 7:658 BW in de weg. Zie hieromtrent hierna paragraaf 5.5.27.

266. Zoals risico-inventarisaties, arbo-rapporten en rapporten hoe de werkplek was ingericht, welke de op dat moment kenbare gevaren waren en wat de werkgever aan maatregelen heeft genomen en gehandhaafd.

schade niet had kunnen voorkomen. In dat verband komt het c.s.q.n.-vraagstuk maar één keer voorbij.

Een werkgever die zijn zaken op orde heeft, hoeft dus niets te vrezen. Een werkgever die dat niet heeft, doch uit procesrechtelijke motieven geen inzage geeft in de stukken in de hoop dat de werknemer in zijn stelplicht stukloopt, dient naar mijn mening te worden gesanctioneerd met het feit dat het rechtsvermoeden in werking treedt. Indien hij dan alsnog met de tot zijn domein behorende stukken komt, kan hij er andermaal in slagen het c.s.q.n.-verband te ontzenuwen.

Wanneer de werkgever eerst aan de beurt is wanneer de werknemer volledig op eigen kracht aan zijn eigen stelplicht heeft voldaan, zal een deel van de gevallen, waarin een werkgever de veiligheid van de in zijn bedrijf werkende werknemers met voeten heeft getreden er toch mee weggelaten, omdat de werknemer zijn gerechtvaardigde zaak eenvoudig niet kan bewijzen. Ook hier kan naar mijn mening een bewijsvermoeden in combinatie met een verzwaarde stelplicht van de werkgever preventief werken.²⁶⁷ Een werkgever krijgt er dan immers temeer belang bij te laten zien dat hij zijn zaken inderdaad 'state of the art' op orde heeft en daadwerkelijk de nodige maatregelen heeft genomen en handhaaft. Dat kan niet anders dan dat dit het aantal arbeidsongevallen en beroepsziekten zal terugdringen. In plaats van de vrees voor claims en voor beweerdelijke onverzekerbaarheid²⁶⁸ werkt dit juist ten gunste van het terugdringen daarvan.

Concluderend zou dan ook naar mijn mening, wanneer een risicoaansprakelijkheid (5.5.32) een brug te ver is, het huidige systeem moeten worden gehandhaafd, waarbij er op een werkgever een verzwaarde stelplicht rust ten aanzien van de tot zijn domein behorende stukken en waarbij het c.s.q.n.-verband een keer aan de orde komt te weten in de (eerste) fase, waarin de werknemer dient te stellen en zonedig te bewijzen dat de door hem geleden schade in causaal verband staat met de uitoefening van zijn werkzaamheden voor de werkgever.

267. Naar analogie van hetgeen De Laat 2006. signaleert als preventieve werking ten aanzien van het bewijsvermoeden van artikel 7:610a en b BW.

268. Dat is een argument dat ik overigens niet kan plaatsen. Een verzekeraar geeft doorgaans dekking *nadat* hij de te verzekeren risico's heeft geïnventariseerd.

5.5.10 *De stelplicht en bewijslast van de toedracht: arbeidsongevallen*

De vraag is in hoeverre de toedracht van een arbeidsongeval moet komen vast te staan. Dat kan immers van belang zijn voor de aard en omvang van de stelplicht en bewijslast van de feiten ten aanzien van die toedracht.

Een voorbeeld waarin de toedracht aan de orde was is het arrest *Bloemsma/Hattuma*. Daarin stelde werknemer Bloemsma dat hij letsel had opgelopen omdat een boot was gekanteld en hij daarna met de rug tegen de rand van een boot was gevallen. De kantonrechter had de werknemer opgedragen te bewijzen *dat* de boot was gekanteld. In appel is deze bewijsopdracht bekrachtigd. De Hoge Raad oordeelt dat de werknemer die op grond van art. 7:658 lid 2 BW schadevergoeding vordert, zal moeten stellen en zo nodig bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor de werkgever: daarbij geldt dat niet van de werknemer kan worden verlangd dat hij ook aantoon wat de toedracht of de oorzaak van het ongeval is geweest.²⁶⁹

Anders gezegd: de stelplicht en bewijslast van een werknemer dat hij in de uitoefening van de werkzaamheden schade heeft geleden, gaat niet zover dat hij ook de toedracht of de oorzaak daarvan hoeft te bewijzen.

De toedracht kan echter niet altijd los gezien worden van de vraag of er sprake is van schade die in de uitoefening van de werkzaamheden is geleden. In het arrest *Banfic/Industromontaza*²⁷⁰ stond vast dat de werknemer de gestelde schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, maar had hij omtrent de toedracht in een veel later stadium in de procedure een geheel andere lezing daarvan gegeven dan blijkt uit twee door de werkgever in het geding gebrachte ongevalrapportages. De Hoge Raad oordeelde in dat arrest dat niet is uitgesloten dat onder bijzondere omstandigheden moet worden geoordeeld dat de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat toepassing van een bijzondere regel van bewijslastverdeling als de onderhavige achterwege moet blijven en dus moet worden uitgegaan van de hoofdregel van art. 150 Rv. Anders gezegd: nu de werknemer zelf met verschillende lezingen omtrent de toedracht is gekomen, kunnen de redelijkheid en bil-

269. HR 4 mei 2001, NJ 2001, 377.

270. HR 29 juni 2001, NJ 2001, 476.

lijkheid meebrengen dat de bewijslast van de schending van de zorgplicht door de werkgever krachtens de hoofdregel van 150 Rv op de *werknemer* komt te rusten. De toedracht kan immers van belang zijn voor de vraag of er sprake is van een schending van een zorgplicht. Dat zal eerder het geval zijn in het geval van schending van een veiligheidsnorm dan in het geval van een 'huis-, tuin- en keukenongeval'.²⁷¹

De werknemer hoeft overigens in beginsel niet *en détail* te stellen en te bewijzen hoe het ongeval heeft plaatsgevonden, zoals ook volgt uit het arrest *Fransen/Pasteurziekenhuis*.²⁷² Die oorzaak is, aldus de Hoge Raad, *in zoverre* wel van belang, dat het ziekenhuis had kunnen volstaan met aan te tonen dat het heeft voldaan aan alle verplichtingen die ingevolge lid 1 op hem rustten teneinde een ongeval zoals dat aan Fransen is overkomen, te voorkomen, hetzij dat nakoming van die verplichtingen het ongeval niet zou hebben voorkomen. 'Via de achterdeur' te weten bij de vraag of de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan kan de toedracht toch weer een rol kan spelen.

Ook hoeft niet vast te staan dat de *bewuste werkzaamheden* waarbij hij een arbeidsongeval is overkomen uitdrukkelijk door de werkgever zijn *opgedragen*, aldus het arrest *Van Uitert/Jalas*.²⁷³

5.5.11 *De stelplicht en bewijslast van de toedracht: beroepsziekten*

Bij beroepsziekten zal de toedracht meer verweven zijn met de stelplicht en bewijslast van het causale verband tussen de opgetreden schade en de uitoefening van de werkzaamheden door de werknemer. Een werknemer moet stellen en zonodig bewijzen dat hij tijdens het werk is blootgesteld aan een gevaarzettende situatie. In het arrest *De Bakker/Zee Electronics* betrof dat de vraag of De Bakker zodanig repeterende werkzaamheden heeft moeten uitvoeren dat dit kan hebben geleid tot zijn (gestelde) *RSI*-klachten.²⁷⁴ Ook kan niet worden gesteld dat een werknemer die heeft gewerkt in een bedrijf waar asbest werd gebruikt de schade heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werk, omdat hij *mogelijk* heeft blootgestaan aan asbest. Minimaal is daartoe vereist dat die blootstelling komt vast te staan, aldus het arrest *Erven Weststrate/De Schelde*.²⁷⁵

271. Zie bijvoorbeeld HR 7 december 2007, NJ 2007, 643 (*Tahmasebi/Shell*).

272. HR 10 december 1999, NJ 2000, 211.

273. HR 15 december 2000, NJ 2001, 198.

274. HR 20 mei 2005, RAR 2005, 77 (*De Bakker/Zee Electronics*).

275. HR 26 januari 2001 NJ 2001, 597.

Dit betekent, aldus dit dat de werknemer moet stellen, en zonodig moet bewijzen, dat hij gedurende het werk aan een gevaarzettende situatie *heeft* blootgestaan.²⁷⁶ Niet voldoende is dus dat de werknemer *mogelijk* aan de gevaarzettende situatie heeft blootgestaan.²⁷⁷ De werknemer draagt *daarvan*²⁷⁸ krachtens de hoofdregel van artikel 150 Rv de stelplicht en bewijslast.

Langere tijd is er discussie geweest of onder de vigeur van artikel 7:658 BW ook psychische schade kon worden gevorderd. In het arrest *ABN-AMRO/Nieuwenhuis*²⁷⁹ wordt bepaald dat de tekst noch de geschiedenis van art. 7:658 BW dwingt tot de beperkte opvatting dat dit artikel slechts betrekking heeft op de situatie dat aan de werknemer lichamelijk letsel is toegebracht en niet op de situatie dat bij de werknemer psychische schade is opgetreden. Voor de toepassing van art. 7:658 BW is – uiteraard – wel vereist dat het gaat om schending door de werkgever van een norm als in die bepaling bedoeld, evenals om risico's die zijn verbonden aan het werk en de werkomgeving. Er moet daarom een causaal verband zijn tussen de werkzaamheden en de psychische schade. Indien krachtens art. 7:658 BW of art. 7:611 BW immateriële schadevergoeding verschuldigd is, is de regeling van art. 6:106 BW daarop van toepassing.

Resumerend dient een werknemer ondubbelzinnig te stellen en te bewijzen dat hij *is* blootgesteld aan een gevaarlijke situatie, die de beroepsziekte *kan* veroorzaken die bij hem *is* vastgesteld.

5.5.12 *Alternatieve causaliteit en proportionele aansprakelijkheid*

Wanneer een schade mede het gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde is toe te rekenen, dan wordt in het commune aansprakelijkheidsrecht krachtens artikel 6:101 BW de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.²⁸⁰ Dat lijdt uitzondering in het geval de billijkheid anders meebrengt. Die eigen

276. Zie hierover Van de Water 2001, p. 15-16.

277. Zie hierover ook Van Dijk 2002, p. 7.

278. Niet te verwarren met de bewijslast van het causale verband tussen de blootstelling aan de gevaarzettende situatie en de ingetreden schade.

279. HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37.

280. Zie over dit leerstuk Keirse 2003.

schuld kan zien op het c.s.q.n.-verband, maar ook op de toerekening ex artikel 6:98 BW.²⁸¹

Artikel 7:658 BW tweede lid kent op artikel 6:101 BW een uitzondering, te weten dat de eigen schuld van de werknemer eerst aan bod komt in geval van opzet of bewuste roekeloosheid. Dan wordt ook geen enkele schade vergoed.²⁸² Aldus kwam artikel 6:101 BW niet aan de orde.²⁸³ Lindenbergh²⁸⁴ bepleitte al in 2000, naar aanleiding van de uitspraak van de kantonrechter Middelburg²⁸⁵, dat toepassing van artikel 6:101 BW mogelijk zou moeten zijn wanneer het gaat om gedragingen in de privé-sfeer.²⁸⁶ Giesen is het daar niet mee eens. Hij verwijst naar de vereiste opzet of bewuste roekeloosheid en het daarmee samenhangende ‘alles of niets-principe’.²⁸⁷

In het kader van proportionele aansprakelijkheid wordt (eerst) nagegaan voor welk percentage de blootstelling aan de gevaarzettende situatie tijdens het werk kan hebben bijgedragen aan de schade, waarna een verdeling volgt kennelijk ten opzichte van overige – voor rekening en risico van werknemer komende – omstandigheden.

De Hoge Raad oordeelt in het arrest *Nefalit*²⁸⁸ dat, als vaststaat dat de werkgever niet al die veiligheidsmaatregelen heeft getroffen welke waren vereist met het oog op de aan het werken met asbest verbonden gevaren die hem bekend waren of behoorden te zijn, en dat dit nalaten de kans op het zich verwezenlijken van destijds nog onbekende gevaren aanzienlijk heeft verhoogd, de werkgever ook voor de gevolgen daarvan aansprakelijk is.²⁸⁹ Het hof heeft, aldus de Hoge Raad, terecht geoordeeld dat Nefalit door die blootstelling, kort gezegd, jegens de werknemer (Karamus) toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de uit hoofde van art. 7:658 BW op haar rustende zorgplicht. De

281. Zie onder meer Kluwer losbladige editie Schadevergoeding, aantekening 4 op artikel 6:101 BW (bew. S.D. Lindenbergh) en HR 27 april 2001, NJ 2002, 54.

282. Zie hierover Lindenbergh 2000, p. 62 en Cancian-van Ballegooijen, 2004.

283. Zie bijvoorbeeld HR 12 april 2002, NJ 2003, 138, waarbij het hof 100% eigen schuld had aangenomen en de Hoge Raad dit casseert met een analoge toepassing van artikel 7:658 BW.

284. Lindenbergh 2000, p. 63-64.

285. Ktr. Middelburg 1 februari 1999 VR 1999, 117 (*Schaier/De Schelde*).

286. Zo ook Akkermans 1997, p. 422.

287. Giesen 2001, p. 183.

288. HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328.

289. HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 en HR 17 februari 2006, RvdW 2006, 204.

Hoge Raad verwerpt het beroep, daarmee de verdeling 55%-45% in stand latend. Uit r.o. 3.3. van het arrest blijkt dat de kantonrechter op voorstel van partijen een deskundige, prof. Smid, heeft benoemd die aan de hand van een rekenmodel²⁹⁰ de kans dat de longkanker door de blootstelling aan asbeststof is veroorzaakt kon vaststellen en heeft vastgesteld.

Het arrest *Eternit*²⁹¹ betrof ook een werknemer die tijdens zijn werk aan asbest(stof) is blootgesteld. Anders dan de werknemer in het arrest *Nefalit* was deze werknemer geen roker. In onderhavige zaak kwam dezelfde prof. Smid tot de conclusie dat de longkanker op basis van blootstellingsjaren in een percentage kan worden uitgedrukt, in casu is dit 63,5%. De Hoge Raad verwerpt de motiveringsklachten tegen het oordeel van het hof hieromtrent en herhaalt de regel dat, als vaststaat dat de werkgever niet al die veiligheidsmaatregelen heeft getroffen welke waren vereist met het oog op de aan het werken met asbest verbonden gevaren die hem bekend waren of behoorden te zijn, en dat nalaten de kans op het zich verwezenlijken van destijds nog onbekende gevaren aanzienlijk heeft verhoogd, de werkgever ook voor de gevolgen daarvan aansprakelijk is.

Zowel in het arrest *Eternit* als in het arrest *Nefalit* neemt de Hoge Raad dus een proportionele aansprakelijkheid aan. Het is echter de vraag of de Hoge Raad, in navolging van Lindenbergh²⁹², het mogelijk acht om, wat betreft het causaal verband, artikel 6:101 BW toe te passen in het geval een oorzaak van de gestelde beroepsziekte (mede) kan zijn gelegen in een voor rekening en risico van de werknemer liggende omstandigheid. Tegen de toepassing van artikel 6:101 BW door de kantonrechter was immers in de zaak *Nefalit* geen grief gericht, zodat het hof daarvan in appel diende uit te gaan.

In elk geval zal naar mijn mening *niet* zijn beoogd om te tornen aan de eis van opzet of bewuste roekeloosheid voor ongevallen die de werknemer overkomen tijdens het werk. A-G Spier concludeert in zijn conclusie vóór het *Nefalit* arrest dat die verdeling overigens op 6:98 (toerekening) BW zou kunnen worden gebaseerd.²⁹³ De kantonrechter had

290. Dat, naar partijen bekend was, al in de zaak *Schaier/De Schelde* was gebruikt. In die zaak was Prof. Smid ook (één van de) deskundigen.

291. HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 336.

292. Lindenbergh 2000, p. 63-64.

293. Onderdelen 6.27-6.29.

echter 6:101 BW toegepast, waartegen, als gezegd, in appel geen grief was gericht.²⁹⁴

Op het eerste gezicht ligt het Nefalit arrest wat dat betreft meer voor de hand dan het Eternit arrest, omdat daarbij de asbestblootstelling wordt afgezet tegen het (langdurige) rookgedrag van Karamus. Dat zou, naast de blootstelling aan asbest, een aannemelijke oorzaak kunnen zijn voor de longkanker. De werknemer van Eternit rookte niet. Evenmin zijn in het arrest of in de conclusie van A-G Spier andere omstandigheden of mogelijke oorzaken genoemd, waartegen dit wordt afgezet. Het zou dus, gelet op het arrest *Unilever/Dikmans*, voor de hand hebben gelegen dat, wanneer de werknemer is blootgesteld aan asbest en asbest longkanker *kan* veroorzaken, de werkgever tegenbewijs moet leveren dat de longkanker niet door de blootstelling is ontstaan.²⁹⁵ Slaagt de werkgever daar niet in – en daar ziet het in onderhavige uitspraak wel naar uit –, dan zou de niet-rokende werknemer van Eternit voor 100% zijn schade vergoed moeten krijgen. Toch krijgt de betrokken werknemer slechts 63,5%. Een billijkheidsafweging zoals in het Nefalit arrest²⁹⁶ tref ik in het arrest niet aan. Mogelijk kan een oorzaak worden gevonden in het feit dat in eerste aanleg beide partijen akkoord zijn gegaan met de rekenmethode van Prof. Smid ter vaststelling van het percentage waarin de blootstelling aan asbest wordt geacht te hebben bijgedragen aan de longkanker. Ook is het arrest uiteraard een resultante van het debat in cassatie. In het kader van de stelplicht had de werknemer wellicht beter *niet* kunnen instemmen met de benoeming van prof. Smid en zijn rekenmethode. Door daarmee immers in te stemmen, staat tussen partijen de (toepassing van) proportionele aansprakelijkheid vast.

5.5.13 *Predispositie en causaal verband: c.s.q.n.-verband of toerekening?*

De vraag of er moet worden afgeschat of dat het ‘alles of niets-principe’ moet worden gehanteerd, hangt af van de vraag of het betreft een *alternatieve oorzaak* dus het c.s.q.n.-verband, dan wel de *toerekening* van de schade. Een werknemer dient het causale verband aan te tonen (te stellen

294. Die toerekening lijkt mij een juistere benadering. Zie hierover verder paragraaf 5.5.13.

295. Toepassing van de zogenaamde omkeringsregel.

296. Die er op neerkomt dat het onbillijk is om alles ten laste van één partij te brengen als beide mogelijke oorzaken.

en te bewijzen) tussen de normschending van de werkgever en de opgetreden schade. Zoals hierboven in paragraaf 5.5.5 is aangegeven, bestaat die uit twee stappen: de eerste stap betreft het (aantonen van het) c.s.q.n.-verband. De tweede trap betreft vervolgens de vraag of de schade aan de onrechtmatige gedraging kan worden *toegerekend*. Dit onderscheid kan naar mijn mening als verklaring dienen voor de vraag waarom in de arresten *Nefalit en Eternit* een predispositie voor rekening van de werknemer werd gelaten en in het arrest *Kalai/Antoine Petit*²⁹⁷ niet.

In het arrest *Nefalit*, waarin een aan asbest blootgestelde werknemer met longkanker ook een fervent roker was, oordeelt de Hoge Raad dat, indien het causaal verband²⁹⁸ tussen die normschending en de door werknemer geleden gezondheidsschade zich niet eenvoudig laat vaststellen en een deskundige tot het oordeel komt dat die schade niet in overwegende mate aan één partij te wijten is, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om de onzekerheid van het causaal verband geheel ten laste van de werkgever of van de werknemer te laten komen. Dit betreft naar mijn mening het c.s.q.n.-verband. Immers, de blootstelling aan asbest weggedacht had de longkanker nog steeds kunnen ontstaan door het rookgedrag van de werknemer.

De vraag of een schade als gevolg van een lichamelijke predispositie eerder of heftiger is ingetreden, is er een in het kader van de *toerekening* als bedoeld in artikel 6:98 BW²⁹⁹. Er was vóór het ongeval geen schade, maar vast komt te staan dat die als gevolg van een predispositie van de werknemer (bijvoorbeeld een slechte rug) eerder tot (meer) schade leidt, dan dat de werknemer die predispositie niet had gehad. In het arrest *Kalai/Antoine Petit* laat de Hoge Raad een in aanleg slechte rug van Kalai, anders dan het hof, niet voor zijn risico.

Dit is in overeenstemming met het commune aansprakelijkheidsrecht. Een persoonlijke predispositie, die zich nog niet heeft geopenbaard – en die dus in de sfeer van de toerekening ligt –, is aldaar doorgaans³⁰⁰ een omstandigheid die voor rekening en risico van de

297. HR 27 april 2007, NJ 2008, 262.

298. Waarbij de Hoge Raad in r.o. 3.13 tussen haakjes vermeldt ‘het sine qua non verband’, zodat de Hoge Raad hier evident het oog heeft gehad op het c.s.q.n. verband.

299. Zie in dit verband onder meer Asser-Hartkamp I, nrs. 433-437 en Vegter 2005, nr. 3.7.

300. Zie Vegter 2005, paragraaf 3.7.1. en 3.8.1.

veroorzaker van de schade komt³⁰¹. Een partij die een zorgvuldigheidsnorm overtreedt als gevolg waarvan een andere partij schade heeft geleden, aanvaardt daarmee de (kwade) kans dat dit bij de ene partij meer schade toebrengt dan bij de andere partij. De Hoge Raad legt dan ook terecht de lat voor arbeidsongevallen en beroepsziekten niet hoger dan in het commune aansprakelijkheidsrecht.

Daarmee is echter het verschil tussen de arresten *Nefalit* met een duidelijke andere oorzaak in de c.s.q.n.-sfeer (roken) en *Eternit*, waar een dergelijke alternatieve oorzaak niet is gebleken nog niet verklaard. Indien de omkeringsregel in het arrest *Eternit* zou zijn toegepast dan levert een jarenlange blootstelling aan asbeststof, welke longkanker tot gevolg kan hebben, die zich vervolgens heeft geopenbaard een bewijsvermoeden op dat de opgetreden longkanker is veroorzaakt door die blootstelling. Het had dan op de weg van de werkgever gelegen om dit vermoeden te ontzenuwen door te stellen en bij betwisting aannemelijk te maken dat de longkanker door een andere oorzaak dan de blootstelling is ontstaan. Nu de werknemer van Eternit (Hollink) niet rookte en evenmin een andere duidelijke oorzaak uit het arrest blijkt, is het de vraag of de werkgever daarin was geslaagd. In een dergelijk geval had hij zonder de afschatting door prof. Smid naar mijn mening aanspraak kunnen maken op 100% van zijn schade. Ware dit anders dan zou elke werknemer zich aan diepgravend genetisch en ander onderzoek moeten blootstellen en zou in vrijwel alle gevallen waarin een blootstelling een ziekte kan ontstaan, moeten worden getracht de verhouding te bepalen tussen de blootstelling en eventuele andere mogelijke oorzaken. De uitspraak van de Hoge Raad laat zich naar mijn mening dan ook, zoals in de vorige paragraaf al is aangegeven, verklaren door het debat van partijen en de in cassatie nog slechts beperkte mogelijkheden om daartegen op te komen.

Naar mijn mening dient dan ook, gelet op het 'alles of niets-principe' van artikel 7:658 BW in het kader van de al dan niet aanwezigheid van opzet of bewuste roekeloosheid, proportionele aansprakelijkheid en persoonlijke predispositie niet in de sleutel van artikel 6:101 BW te worden opgelost, maar via de route van de toerekenbaarheid ex artikel 6:98 BW.

301. Zie bijvoorbeeld: HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137 (*Rente-neurose*). Zie ook HR 8 februari 1985, NJ 1986, 136 (*Joe/Chicago Bridge*) al ging dit geval wel over de reikwijdte van werkgeversaansprakelijkheid.

5.5.14 *Maatstaf bij fysieke en psychische belasting: maatman*

Het recht kent voor de objectieve invulling van open normen op tal van terreinen de zogenaamde ‘maatman’.³⁰² Van een maatman wordt gesproken bij de vaststelling van wat een gemiddelde persoon in de gegeven omstandigheden zou doen, nalaten, moeten weten of aan eigenschappen moeten bezitten.³⁰³

Voor zaken als fysieke en psychische belasting zou, naar analogie van Arbo-normen, naar mijn mening ook kunnen worden gedacht aan normen voor blootstelling aan de hand van een maatman. Overschrijdt de blootstelling datgene wat een maatman redelijkerwijs moet kunnen verdragen, dan leidt dat tot een bewijsvermoeden ter zake van het causaal verband tussen de opgetreden klachten, indien die klachten door die blootstelling kunnen zijn ontstaan. Deze maatman is ook van belang in de tweede tranche ten bewijze van de zorgplicht van de werkgever. De werkgever zal echter al in het kader van zijn verzwaarde stelplicht (zie hierna de volgende paragraaf) inzichtelijk moeten maken:

- hoe in casu voor deze functie de maatman is vastgesteld;
- hoe hij de bewuste werknemer daaromtrent heeft beoordeeld;
- wat de werkgever met de uitkomst heeft gedaan en meer in het bijzonder:
- welke maatregelen heeft de werkgever genomen om overbelasting te voorkomen.

De werknemer zal vervolgens aan de hand van dit materiaal moeten stellen en bij betwisting zo nodig moeten bewijzen dat de werkgever in dit specifieke geval had moeten weten dat de fysieke of psychische belasting, ondanks het feit dat de ‘gemiddelde’ werknemer daartegen bestand moet zijn, in dit specifieke daartegen niet (langer) was opgewassen. Wanneer de blootstelling uitstijgt boven hetgeen de ‘gemiddelde’ werknemer moet kunnen verdragen, levert dat een bewijsvermoeden van het causaal verband op, gesteld dat aan de overige eisen van de omkeringsregel is gedaan. Dit geldt mutatis mutandis ook voor de situatie dat de werkgever niet heeft onderzocht wat de maatman is en/of hoe die zich verhoudt tot de specifieke capaciteiten of beperkingen van *deze* werkne-

302. Castermans 2008, p. 7-9. Voor het beginsel van goedwerkgeverschap (7:611 BW) zie: Broekhuijsen-Molenaar 2008.

303. Castermans 2008, p. 3-5.

mer. Dat een werkgever dit moet onderzoeken volgt naar mijn mening uit artikel 3 Arbo-wet 1998 sub c: 'de inrichting van de arbeidsplaatsen, de werkmethode en de bij de arbeid gebruikte arbeidsmiddelen alsmede de arbeidsinhoud zoveel als redelijkerwijs kan worden geveerd aan de persoonlijke eigenschappen van werknemer zijn aangepast'.

Als voorbeelden kunnen worden genoemd een verhuizer die op latere leeftijd niet meer alles kan tillen zonder risico te lopen op ernstige rugklachten, of een internationale manager die tegen het reizen en het telkens werken onder tijdsdruk niet langer bestand is en waarvan de werkgever stelt dat 'dit er nu eenmaal bijhoort'. Aldus kan geen argument zijn dat andere werknemers er (nog) niet ziek van zijn geworden. Het gaat er om of de bewuste werknemer nog wel tegen *deze* werkomstandigheden is opgewassen.

5.5.15 *Verzwaarde stelplicht werkgever bij de eerste trap?*

Mag een op grond van artikel 7:658 BW aangesproken werkgever in deze fase van de procedure³⁰⁴ rustig achterover leunen totdat de werknemer zijn stelplicht ten aanzien van de blootstelling aan een gevaarzettende situatie 'rond' heeft of rust er op een werkgever een verzwaarde stelplicht ten aanzien van de tot zijn domein behorende stukken? Naar oud recht spitste die vraag zich onder meer toe op de verplichting van een werkgever tot het opstellen van een ongevalrapportage. Uit het arrest *Power/Ardross*³⁰⁵ volgt dat er een verzwaarde stelplicht op de werkgever rust ten aanzien van de toedracht van het ongeval. De Hoge Raad overweegt:

'In geval van een aan een werknemer overkomen bedrijfsongeval rust op de werkgever de verplichting ervoor te zorgen dat ter zake een rapport wordt opgemaakt waarin de toedracht van het ongeval zodanig wordt vastgelegd dat daaruit met een redelijke mate van zekerheid kan worden opgemaakt of en in hoeverre het ongeval het gevolg is van het feit dat onvoldoende maatregelen waren genomen ter voorkoming van ongevallen als waarom het in het gegeven geval gaat.

304. Dat wil zeggen tijdens de fase dat de werknemer moet stellen en bewijzen dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden.

305. HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687, m nt. PAS en Ma. Zie in dit verband ook HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151.

Van de werkgever die ontkent dat hij in zijn voor hem uit art. 1638x voortvloeiende zorgverplichting te kort is geschoten, mag worden gevergd dat hij omtrent de toedracht van het ongeval zodanige mededelingen doet dat daaruit met een redelijke mate van zekerheid kan worden opgemaakt dat het ongeval niet het gevolg is van het feit dat onvoldoende maatregelen waren genomen ter voorkoming van ongevallen als waarom het in het gegeven geval gaat. Komt de werkgever evenbedoelde stelplicht niet na, dan zal daarvan in het algemeen het gevolg zijn dat de vordering van de werknemer in beginsel toewijsbaar is. Dat brengt mee dat in een situatie als de onderhavige het niet nakomen door bedoelde “hulppersonen” van de verplichting van de werkgever tot het opmaken van een rapport van een bedrijfsongeval, voor risico van de werkgever komt.’

In een later arrest overweegt de Hoge Raad dat de verplichting van een werkgever tot het opmaken van een ongevalrapportage haar grond daarin vindt dat de in art. 1638x(oud) besloten liggende regels van stelplicht en bewijslast meebrengen dat de werkgever die ontkent dat hij in zijn zorgplicht is tekortgeschoten zodanige mededelingen omtrent de toedracht van het ongeval moet doen dat daaruit met een redelijke mate van zekerheid kan worden opgemaakt dat dat ongeval niet het gevolg is van het treffen van onvoldoende (preventieve) maatregelen. Ingeval is vastgesteld dat de werkgever niet aan zijn zorgplicht heeft voldaan, mag het causaal verband met het ongeval worden aangenomen tenzij de werkgever stelt en bewijst dat dit ontbreekt.³⁰⁶

Deze arresten zijn echter gewezen onder oud recht. Voor wat betreft de *verplichting* tot het overleggen van een ongevalrapportage is die naar huidig recht als zodanig komen te vervallen.³⁰⁷ De vraag is echter of daarmee de verzwaarde stelplicht van de werkgever van de baan is, nu die naar huidig recht is belast met de stelplicht en bewijslast van de voldoening aan de zorgplicht. Niet zelden zal daarbij de ongevalrapportage onmisbaar zijn. Via een omweg speelt die ongevalrapportage dan toch weer een rol.

Dat de werkgever in dit verband over voor de stelplicht van de werknemer essentiële informatie beschikt of zou moeten beschikken, volgt uit de Arbo-wet 1998. Op basis van artikel 3 van de Arbo-wet 1998 rust op een werkgever de verplichting een zo goed mogelijk arbeidsomstandighedenbeleid te voeren. Hij dient, gelet op de stand van de wetenschap en professionele dienstverlening, de arbeid zodanig organiseren

306. HR 5 juni 1998, NJ 1998, 817. Zie verder ook: HR 18 september 1998, NJ 1999, 45.

307. HR 15 september 2000, NJ 2001, 252 (*Van Merksteijn/Oztürk*).

dat daarvan geen nadelige invloed uitgaat op de veiligheid en de gezondheid van de werknemer, tenzij dat in redelijkheid niet kan worden gevegd. Hij dient de gevaren en risico's voor de veiligheid of gezondheid van de werknemer zoveel mogelijk in eerste aanleg bij de bron daarvan worden voorkomen of beperkt. De inrichting van de arbeidplaatsen, de werkmethode en de bij de arbeid gebruikte arbeidsmiddelen evenals de arbeidsinhoud dienen, zoveel als redelijkerwijs kan worden gevegd, aan de persoonlijke eigenschappen van de werknemer te worden aangepast. Op grond van artikel 5 Arbo-wet 1998 rust op de werkgever de plicht een risico-inventarisatie en -evaluatie te maken. Vervolgens dient hij een plan van aanpak te maken om de risico's en gevaren zoveel mogelijk te beperken. Uit die stukken zal dan ook moeten blijken wat de aard en omvang van de werkzaamheden van de werknemer zijn en wat de daarbij behorende gevaren en risico's zijn. Aan een werknemer staat in dat verband doorgaans – in het meest gunstige geval – getuigenbewijs ter beschikking. De Arbo-dossiers zullen, ondanks de in artikel 5 Arbo-wet 1998 vijfde lid opgenomen kenbaarheidverplichting, zeker in het geval het een situatie van enige jaren terug betreft, voor een werknemer zelden beschikbaar zijn.

In het arrest *Unilever/Dikmans*³⁰⁸ onderkent de Hoge Raad ook naar huidig recht dit probleem. De Hoge Raad oordeelt in r.o. 5.4, dat in verband met het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband, op Unilever de plicht rust nader aan te geven of, en zo ja, welke maatregelen zij in dit opzicht heeft getroffen.³⁰⁹ Werkgever en werknemer moeten dan 'gelijk oversteken'.

Annotator Asser trekt in zijn noot onder voornoemd arrest de onder oud recht ingezette lijn van de verzwaarde stelplicht door.³¹⁰ Eind van de discussie zou men denken. Echter, A-G Wesseling-Van Gent geeft in haar conclusie vóór HR 10 september 2004, NJ 2005, 223 daarentegen aan dat, in haar visie, pas aan een verzwaarde stelplicht van een werkgever kan worden toegekomen indien de werknemer eerst aan *zijn* stelplicht ter zake heeft voldaan.

In de zaak *De Bakker/Zee Electronics* oordeelde de kantonrechter³¹¹ dat het van Zee Electronics in het kader van de op haar rustende be-

308. HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA.

309. HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA (*Unilever/Dikmans*).

310. Asser noot onder HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 (*Unilever/Dikmans*), punt 7 en 8.

311. Ktr. Middelburg, 31 mei 2000, JAR 2001/5.

wijslast had mogen worden verwacht dat zij een concrete beschrijving zou geven van de wijze waarop De Bakker destijds zijn arbeid heeft verricht en van de omstandigheden waaronder hij heeft moeten werken. Dit geldt, volgens de kantonrechter, ook voor de daarbij genomen maatregelen om het ontstaan van klachten als de onderhavige zo veel mogelijk te voorkomen. In hoger beroep komt Zee Electronics daartegen in het geweer met rapportage waarin zij onder meer een omschrijving van de door De Bakker voor Zee verrichte werkzaamheden geeft die sterk afwijkt van die zoals De Bakker die heeft gesteld. Aldus staat niet (langer) vast wat nu precies de werkzaamheden en de werkomstandigheden van De Bakker waren. Feitelijk kan worden gezegd dat Zee Electronics in hoger beroep alsnog aan de op haar rustende stelplicht voldoet, waardoor de bewijslast weer bij De Bakker als werknemer komt te rusten. De Hoge Raad³¹² past ter zake van die werkzaamheden en werkomstandigheden de hoofdregel van 150 Rv toe en casseert vervolgens op het door de rechtbank ten onrechte passeren van het bewijsaanbod.

Omdat dit niet (meer) tot het debat behoorde is bij de vraag betreffende de werkzaamheden en arbeidsomstandigheden van De Bakker niet aan de orde geweest of, en zo ja, in hoeverre het op de weg van Zee Electronics had gelegen om in het kader van de stelplicht die stukken over te leggen die tot haar domein behoorden, zoals risico-inventarisaties, arbo-rapporten en arbeidsplaatsonderzoeken. Naar mijn mening heeft de kantonrechter in eerste aanleg op dat gebied een juist oordeel gegeven door te oordelen dat van Zee Electronics in het kader van de op haar rustende bewijslast had mogen worden verwacht dat zij een concrete beschrijving zou geven van de wijze waarop De Bakker destijds zijn arbeid heeft verricht en van de omstandigheden waaronder hij heeft moeten werken alsmede van de daarbij genomen maatregelen om het ontstaan van klachten als de onderhavige, zo veel als redelijkerwijs mogelijk is, te voorkomen. Ook het arrest *Havermans/Luyckx*³¹³ geeft geen direct uitsluitel. Het hof overweegt:

‘Havermans heeft zijn, door het hof veronderstelde, grief tegen de bewijsopdracht omtrent het geheim houden van gegevens door Luyckx niet nader toegelicht. Het hof acht deze grief in zoverre gegrond dat, indien Havermans aanneemelijk zou maken dat hij aan ops lijdt, in rechte kan worden aangenomen dat dit werk gerelateerd is, gelet op het feit dat Havermans wel met toxische stoffen

312. HR 20 mei 2005, *RAR* 2005, 78, *RvdW* 2005, 75.

313. HR 23 juni 2006, *NJ* 2006, 354.

heeft gewerkt en Luyckx geen volledig overzicht kan verschaffen van de stoffen waarmee gewerkt is en nimmer enige risicoinventarisatie heeft gemaakt. Aan Luyckx zou dan mogelijk worden opgedragen aan te tonen dat zij aan haar zorgverplichting ex artikel 7A:1638x BW (oud) heeft voldaan, gemeten naar de normen en stand van wetenschap waarmee zij bekend kon worden geacht tijdens de duur van het dienstverband.

De door Havermans bij pleidooi voorgestelde omkering van bewijslast, in die zin dat eerst Luyckx zou dienen aan te tonen dat zij aan haar zorgverplichting zou hebben voldaan, en, zo dat niet het geval is, dat dan moet worden aangenomen dat de aandoening o_{ps} van Havermans het gevolg is van de schending van die veiligheidsnorm kan Havermans ook niet baten, aangezien eerst dient te worden vastgesteld dat Havermans aan o_{ps} althans aan een beroepsziekte lijdt.

Het hof is dus bereid om de omkeringsregel toe te passen en het feit dat Luyckx als werkgever niet met de tot zijn domein behorende stukken komt daarin mee te wegen, indien zou vaststaan dat Havermans aan o_{ps} leed. Dat komt, gelet op de elkaar op dat punt tegensprekende deskundigen, niet vast te staan. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat wegens het ontbreken *daarvan* de omkeringsregel van het arrest *Unilever/Dikmans*³¹⁴ geen toepassing vindt.

Mijn conclusie is dan ook dat de leer van *Unilever/Dikmans*³¹⁵ op dit punt nog steeds overeind staat.³¹⁶

De werkgever heeft de omstandigheden die de werknemer moet stellen als bewijs voor zijn blootstelling – als het goed is – in kaart laten brengen door het doen opstellen van een risico-inventarisatie. Op basis van artikel 21 Rv dient hij als procespartij de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Deze gegevens dient hij in de fase van het aantonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan zonder meer in het kader van zijn stelplicht en bewijslast in het geding te brengen. Voor een werknemer is het naar de aard van de zaak moeilijk om aan te tonen hoe een werksituatie in het verleden is geweest. Om die reden dient de werkgever al in het kader van de eer-

314. HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA.

315. HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA.

316. Asser in zijn noot onder HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 (*Unilever/Dikmans*) en Charlier 2006, p. 15. Zij legt dit naar mijn mening ten onrechte uit dat de werkgever tegelijkertijd met de stelplicht en bewijslast door de werknemer van het c.s.q.n.-verband bewijs moet leveren dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Dat is naar mijn mening onjuist en iets *anders* dan een verzwaarde stelplicht.

ste tranche³¹⁷ aan de werknemer aanknopingspunten verschaffen voor zijn stelplicht en bewijslast. Voldoet hij daar niet aan dan dient de rechter, gelijk artikel 21 Rv de conclusie daaraan te verbinden die hem geraaden voorkomt.

De oplossing van A-G Wesseling-van Gent, te weten een verzwaarde stelplicht van de werkgever wanneer de werknemer eerst heeft bewezen dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden schiet zijn doel voorbij.³¹⁸ Overigens komt het mij voor dat de werkgever in dat stadium krachtens de hoofdregel van 150 Rv de bewijslast heeft en daaraan voorafgaand een ‘normale’ stelplicht, zodat aldus in dit stadium niet kan worden gesproken van een *verzwaarde* stelplicht. Daarvan wordt immers gesproken indien de bewijslast op een partij rust en het van zijn wederpartij kan worden gevergd dat die aanknopingspunten voor zijn bewijsoverlevering verschaft.³¹⁹

Ik handhaaf dan ook hier mijn opvatting dat werknemer en werkgever dus wat stelplicht betreft ‘gelijk moeten oversteken’. Dit geldt zeker voor wat betreft de tot het domein van de bewuste partij behorende stukken. Dit betekent feitelijk dat de werknemer in zijn stelplicht moet worden geholpen.³²⁰ Niet goed valt in te zien waarom een aansprakelijk gestelde arts of advocaat het dossier wel in het kader van zijn stelplicht bij het verweer in het geding moet brengen en anders daarop in het kader van zijn stelplicht wordt afgerekend en een werkgever niet. Al geruime tijd dient een werkgever ‘state of the art’ te onderzoeken wat de werkomstandigheden zijn, welke risico’s daarmee zijn gemoeid en welke maatregelen van hem als werkgever redelijkerwijs kunnen en mogen worden verwacht. Een werkgever zal aldus, net als een arts of een advocaat over het dossier beschikt, over die stukken beschikken die de werknemer (kunnen) helpen in zijn stelplicht betreffende de feitelijke arbeidssituatie.

Op een werkgever rust dus naar mijn mening in dit stadium van het debat een verzwaarde stelplicht.

317. Dus in die waarin de werknemer moet stellen en bewijzen dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden.

318. In haar conclusie vóór HR 10 september 2004, NJ 2005, 223.

319. Zie bijvoorbeeld HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335.

320. Een figuur die ook wordt aangetroffen bij medische aansprakelijkheid en bij beroepsaansprakelijkheid, waarbij eveneens in het kader van de stelplicht van de verweerende partij wordt verwacht c.q. vereist dat die partij de tot zijn domein behorende stukken in het geding brengt op straffe van een onvoldoende gemotiveerde betwisting van de vordering.

5.5.16 *Conclusie eerste trap: stelplicht en bewijslast werknemer schade ex artikel 7: 658 BW*

De werknemer hoeft 'slechts' te stellen dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden. Daarna volgt een omkering van de bewijslast voor de werkgever met een hoge drempel ten aanzien van eigen schuld van de werknemer. Dit laatste heeft te maken met het ervaringsfeit dat de werknemer niet altijd in de dagelijkse uitvoering van zijn werkzaamheden de vereiste zorgvuldigheid betracht. Voor een arbeidsongeval zal in de meeste gevallen het voor de werknemer te leveren bewijs niet al te veel problemen opleveren. In het geval van een beroepsziekte ligt dat anders. Het betreft vaak een sluipend proces dat zich eerst na jaren openbaart. Voor de vraag of de persoonlijke predispositie een rol speelt, is naar mijn mening bepalend of die predispositie een zelfstandige oorzaak kan zijn voor de ingetreden schade. In dat geval spelen factoren zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken mede een rol. In elke zaak zal nu de werknemer naar verwachting moeten bewijzen welke rol deze factoren bij de totstandkoming van de gestelde beroepsziekte hebben gespeeld.

Behoudens in het geval van mesothelioom, waarvan slechts één oorzaak bekend is, brengt de proportionele aansprakelijkheid naast mogelijkheden, aanzienlijke complicaties met zich. Zaken als roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken zijn omstandigheden die door de werkgever in het kader van de betwisting van het causaal verband zullen gesteld.

Het systeem ziet er dan als volgt uit: de werknemer stelt en bewijst een blootstelling aan een gevaarlijke situatie, zijn ziekte, alsmede dat één van de (mogelijke) oorzaken is de bewezen blootstelling. De werkgever kan in het kader van zijn bewijs van de stelling dat hij – had hij de juiste maatregelen wel genomen – de schade niet had kunnen voorkomen, stellen en bewijzen dat de predispositie van de werknemer een rol heeft of redelijkerwijs geacht moet worden te hebben gespeeld. Indien het dan een zelfstandige oorzaak voor de ingetreden schade kan zijn, wordt dit meegenomen, hetzij als alternatieve en proportionele causaliteit, hetzij als volledige betwisting van het causaal verband. Betreft het een predispositie die niet als zelfstandige oorzaak kan gelden (bijvoorbeeld een slechte rug, waarvan rugklachten zich eerder niet hebben geopenbaard) dan dient die predispositie geheel voor risico van de werkgever te komen.

Persoonlijke predispositie dient bij werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW te worden beschouwd in de sleutel van de *toerekening* van de schade ex artikel 6:98 BW en, gelet op het alles of niets principe van artikel 7:658 BW dient proportionele aansprakelijkheid niet te worden gebaseerd op artikel 6:101 BW.

Ook dient er op de werkgever een verzwaarde stelplicht te rusten ter zake van de tot zijn domein behorende feiten en omstandigheden.³²¹ Van de werknemer kan in dat verband uiteraard worden verwacht dat hij meewerkt aan onderzoeken betreffende zijn persoon. Aldus komt de bewijslast te liggen waar hij hoort: bij degene die een gevaarzettende situatie heeft geschapen. Voor zaken als fysieke en psychische belasting zou gedacht kunnen worden aan het ontwikkelen van een zogenaamde ‘maatman’. Overschrijdt de blootstelling datgene wat een maatman redelijkerwijs moet kunnen verdragen, dan zou dat een bewijsvermoeden moeten opleveren van een normschending. Indien aan de overige eisen van de omkeringsregel is voldaan, zou dat een bewijsvermoeden voor het causaal verband tussen werk en schade moeten opleveren. Indien de blootstelling *niet* de normen van de maatman overschrijdt dan dient de werkgever in het kader van de naar mijn mening op hem rustende verzwaarde stelplicht aan te tonen dat en hoe hij de specifieke capaciteiten en fysieke gesteldheid van de werknemer ten opzichte van de maatman heeft onderzocht. Aldus zal in een vroeg stadium kunnen worden ingeschat in hoeverre een werknemer daadwerkelijk zijn werkgever iets kan verwijten, dan wel dat hij eenvoudig ‘pech’ heeft gehad.

II *De tweede trap: de zorgplicht van de werkgever*

5.5.17 *Inleiding tweede trap (zorgplicht van de werkgever)*

Wanneer de werknemer erin is geslaagd te bewijzen dat hij in de uitoefening van de zijn werkzaamheden schade heeft geleden komt de tweede trap aan de orde. Daarin staat centraal de vraag of de werkgever aan zijn zorgverplichting ex artikel 7:658 BW eerste lid heeft voldaan. De stelplicht en bewijslast *daarvan* rust op de werkgever. Er wordt

321. Zoals al is aangenomen in het arrest HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA (*Unilever/Dikmans*).

hier wel gesproken van een omkering van de bewijslast, nu het immers *de werknemer* is die de rechtsvordering tot schadevergoeding instelt.³²² De aansprakelijkheid van de werkgever ontstaat automatisch wanneer de werknemer schade lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, maar vindt zijn begrenzing in wat van de werkgever redelijkerwijs kan worden verwacht ten aanzien van het nemen van voorzorgsmaatregelen.³²³ Hij moet stellen en bewijzen dat hij ervoor heeft gezorgd dat de werkplek *zo veilig mogelijk* is.³²⁴ Artikel 7:658 lid 1 BW vereist een hoog veiligheidsniveau van de betrokken werkruimte, werktuigen en gereedschappen, alsmede van de organisatie van de betrokken werkzaamheden. Bovendien dient de werkgever het op de omstandigheden van het geval toegesneden toezicht te houden op de naleving van de door hem gegeven instructies, en op behoorlijk onderhoud van werkruimten en materialen.³²⁵

De zorgplicht van de werkgever omvat de inrichting en het onderhoud van de lokalen, de werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij arbeid doet verrichten, evenals de instructie die daarbij hoort. Dit betekent ook dat de werkgever de Arbeidsomstandighedenwet, evenals andere publiekrechtelijke regelgeving ter zake van arbeidsomstandigheden dient na te leven. Het betreft geen absolute waarborg voor veiligheid.³²⁶ Het betreft een vergaande inspanningsverplichting, waarbij van de werkgever ten aanzien van het onderzoek naar de te nemen maatregelen en de uitvoering daarvan, een actieve rol wordt verwacht.

5.5.18 *Stelplicht en bewijslast tweede trap: formeel*

Op de werkgever rust de stelplicht en de bewijslast van die feiten en omstandigheden waaruit volgt dat hij aan zijn zorgplicht ex artikel 7:685 BW heeft voldaan. Er is niet gekozen, zoals bij artikel 7:610a en b BW, voor een bewijsvermoeden dat kan worden ontzenuwd. De werkgever draagt het volle bewijsrisico. Dat betekent echter niet dat, indien vaststaat dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden, die vervolgens op zijn lauweren kan rusten. In het

322. Vgl. bijvoorbeeld Asser 2003, p. 63-66 en MvT *Kamerstukken II* 1993-1994, nr. 3, p. 38-39.

323. Asser 2003, p. 65.

324. Vgl. ook Asser in zijn noot onder HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 (*Unilever/Dikmans*), punt 2.

325. HR 11 april 2008, NJ 2008 465 (*Tarioui/Vendrig Ijsselstein*)

326. Zie o.a. HR 11 november 2005, NJ 2008, 460 (*Bayar/Wijnen*).

arrest *V/d Heuvel/Stichting Utrechtse Jeugdhuisen Leger des Heils*³²⁷ overweegt de Hoge Raad omtrent de stelplicht en bewijslast van de werkgever in deze tweede fase dat, indien de werkgever ter onderbouwing van het verweer dat hij aan zijn zorgplicht ex artikel 7:685 BW heeft voldaan, voldoende concrete feitelijke gegevens aanvoert, van de *werknemer* zal mogen worden verlangd dat hij zijn betwisting van dat verweer voldoende concreet motiveert, zij het dat aan die motivering niet zodanig hoge eisen mogen worden gesteld dat in betekenende mate afbreuk wordt gedaan aan de strekking van art. 7:658 lid 2 BW de werknemer door verlichting van zijn processuele positie bescherming te bieden tegen de risico's van schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden.³²⁸ Naar de hoofdregel van art. 150 Rv behoeft de werknemer, als wederpartij van de werkgever die de bewijslast voor zijn verweer draagt, in beginsel niet de door hem ter betwisting van diens verweer gestelde feiten te bewijzen. Echter, de zo-even genoemde strekking van art. 7:658 lid 2 BW verzet zich, aldus de Hoge Raad, niet ertegen dat de rechter in het licht van de stellingen van de werkgever en de vaststaande feiten een nadere motivering van de werknemer van zijn betwisting van het verweer van de werkgever verlangt of dat de rechter in voorkomend geval uitgaat van de juistheid van dat verweer behoudens door de werknemer te leveren tegenbewijs.³²⁹

Kortom: op een werknemer rust een stelplicht ter zake van het verweer tegen de stellingen van de werkgever. De werknemer dient de stellingen van de werkgever voldoende gemotiveerd te betwisten. In dit stadium mag de rechter met een bewijsvermoeden en tegenbewijs werken.

5.5.19 *Stelplicht en bewijslast tweede trap materieel I: onderzoeksplicht werkgever*

Inleiding

De werkgever dient in een procedure inzichtelijk te maken, niet alleen door in zijn conclusie van antwoord op dat gebied stellingen in te nemen, doch ook door schriftelijke (bewijs)stukken over te leggen:

327. HR 25 mei 2007, NJ 2008, 463.

328. Zie al eerder in deze zin: Asser in zijn noot onder HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 mt.nt. DA (Unilever/Dikmans), punt 3, de noot van A-G de Vries Lentsch-Kostense voor dit arrest punt 13, beiden verwijzend naar Klaassen 1997, p. 283.

329. HR 25 mei 2007, RvdW 2007, 503

- hoe hij per werkplek de risico's heeft geïnventariseerd (artikel 3 en 5 Arbo-wet 1998);
- hoe hij deze risico's vervolgens heeft getoetst aan de hand van de laatste stand der wetenschap;
- welke maatregelen hij vervolgens heeft genomen om de risico's tot het minimum te beperken.

Het begrip werkplek

Uit het arrest *Knoppen/NCM*³³⁰ volgt dat het begrip 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden in de zin van artikel 7:658 BW' ruim moet worden uitgelegd. Het betreft dus niet uitsluitend de ruimte tussen de muren van het gebouw waarin het bedrijf van werkgever is gevestigd. Zodra een werkgever enige zeggenschap heeft over de locatie waar de werknemer onder meer zijn werk dient uit te voeren (en dus maatregelen kan nemen ter bevordering van de veiligheid) rust er op hem een zorgplicht. Dat kan bijvoorbeeld ook het interieur van een auto of bus zijn. De Hoge Raad voegt daar voor wat betreft de zorgplicht voor de 'werkplaats' in het arrest *Stichting Maatzorg/Van der Graaf*³³¹ in r.o. 3.5.4 aan toe:

'Maar ook indien de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden op plaatsen komt die (bijvoorbeeld omdat de werkgever ter plaatse geen enkele zeggenschap heeft ten aanzien van de gesteldheid, de inrichting, het gebruik door anderen en de veiligheid) niet als "arbeidsplaats" in de hiervoor genoemde zin kunnen worden aangemerkt, zoals de openbare weg in het geval (als het onderhavige) van deelneming aan het verkeer, kan de zorgplicht van art. 7:658 meebrengen dat de werkgever ten aanzien van de uitoefening aldaar van de werkzaamheden maatregelen treft en aanwijzingen geeft om zoveel mogelijk te voorkomen dat de werknemer schade lijdt, zoals het geval was in HR 19 oktober 2001, nr. C99/262, NJ 2001, 663.'

Uit dit laatstgenoemde arrest volgt dat de zorgplicht van de werkgever ex artikel 7:685 BW zó ruim is dat die zich ook uitstrekt buiten de muren van het gebouw waarin de werkgever is gevestigd. Of ten aanzien van (de inrichting van) een werkplek een zorgplicht bestaat is bepalend is

330. HR 30 november 2007, *RvdW* 2007, 1030.

331. HR 12 december 2008, *RvdW* 2009, 35.

of de werkgever *enige* vorm van zeggenschap heeft ten aanzien van de gesteldheid, de inrichting, het gebruik door anderen en de veiligheid. Maar ook indien die zeggenschap ontbreekt, kan de zorgplicht van art. 7:658 meebrengen dat de werkgever ten aanzien van de uitoefening aldaar van de werkzaamheden maatregelen treft en aanwijzingen geeft om zoveel mogelijk te voorkomen dat de werknemer schade lijdt.

Onderzoeksplicht

De aansprakelijkheid berust op toerekenbaar tekortschieten van de werkgever in zijn zorgplicht ex artikel 7:658 BW eerste lid. Daarbij gaat het niet alleen om aan de werkgever bekende gevaren, maar ook om gevaren die de werkgever *behoort te kennen*.³³² Die kenbaarheid/wetenschap wordt tot een zekere hoogte geobjectiveerd. De werkgever hoort daar dus actief naar op zoek te gaan. In dat verband zijn allereerst geschreven normen en aanbevelingen uit de arbeidsomstandighedenwetgeving van belang. Het bestaan van dergelijke normen en aanbevelingen verhoogt immers de kenbaarheid van risico's. Ook bij het ontbreken van dergelijke regelgeving en geschreven veiligheidsnormen kan op grond van goedwerkgeverschap onder omstandigheden van een werkgever worden verwacht dat hij onderzoekt welke gevaren de door hem gebruikte machines of te verwerken of te produceren stoffen voor zijn werknemers kunnen opleveren en om zich tijdig op de hoogte te stellen van eventuele nadere gegevens die voor de voldoening aan zijn verplichtingen uit art. 7:658 BW van belang kunnen zijn.

Daarbij kan het van belang zijn of informatie omtrent het betreffende gevaar eerder buiten Nederland beschikbaar was, in het bijzonder indien een gevaarlijke stof daar eerder dan in Nederland bedrijfsmatig gebruikt of geproduceerd werd.³³³

Een werkgever dient vóór aanvang van de werkzaamheden, en daarna periodiek, een risico-inventarisatie te maken. Hij dient, met behulp van een arbeidskundige te bekijken welke risico's zich kunnen openbaren. Daarbij dient de in HR 14 april 1978, NJ 1979, 245 voor het eerst geformuleerde doctrine dat rekening moet worden gehouden met 'het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met die machine de gebruiker niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van onge-

332. Lindenbergh 2000, p. 34

333. Zie o.a. HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, m.nt. PAS (*Janssen/Nefabas*).

lukken geraden is' en moet aandacht worden besteed aan 'de mate waarin het treffen van veiligheidsmaatregelen reeds voordat een ongeval zich had voorgedaan, voor de werkgever of de deskundige in het bedrijf voor de hand lag'. In oudere jurisprudentie is beslist dat de in art. 7:658 BW neergelegde zorgplicht van de werkgever nauw verband houdt met de zeggenschap van de werkgever over de werkplek en zijn bevoegdheid de werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de uitoefening van diens werkzaamheden.³³⁴

De zorgplicht beperkt zich in beginsel tot de 'werkomgeving'. Die reikt niet zó ver dat die zich uitstrekt over de weg die een werknemer volgt op weg naar haar werk, zeker niet als deze weg (fietspad) een openbare weg is, ook al leidt dit pad uitsluitend tot het terrein van de werkgever en deze laatste het ook bladvrij houdt.³³⁵ Het gebrek aan zeggenschap over de werkplek betekent niet dat de werkgever in het geheel geen zorgplicht ion het kader van artikel 7:658 BW heeft. Zo kan van hem worden verwacht dat hij voor deelname aan het verkeer een adequate verzekering afsluit.³³⁶

In de regel ontbreken de zeggenschap en de bevoegdheid als het gaat om de privésituatie van de werknemer. Er zijn echter gevallen denkbaar, waarin het beginsel van goed werkgeverschap zich verder uitstrekt dan strikt genomen de kantoorlocatie van de werkgever. Een aanzet daartoe is gegeven in het *reclasseringsambtenaar*-arrest.³³⁷ Zie voor de toepassing van artikel 7:611 BW in het kader van werkgeversaansprakelijkheid verder paragraaf 5.5.28 t/m 5.5.31.

Hoog veiligheidsniveau

Artikel 7:658 lid 1 BW vereist een hoog veiligheidsniveau van de betrokken werkruimte, werktuigen en gereedschappen, alsmede van de organisatie van de betrokken werkzaamheden; bovendien dient de werkgever het op de omstandigheden van het geval toegesneden toezicht te houden op behoorlijke naleving van de door hem gegeven instructies, en op behoorlijk onderhoud van werkruimten en materialen.³³⁸

334. HR 29 april 1983, *NJ* 1984, 19 en HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 20). In HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534 en *JAR* 1999/44.

335. HR 16 november 2001, *JAR* 2001/260.

336. HR 12 december 2008, *RvdW* 2009, 35 (*Stichting Maatzorg/Van der Graaf*).

337. HR 22 januari 1999, *JAR* 1999/44.

338. HR 11 april 2008, *NJ* 2008, 465.

Daarbij hoort een inventarisatie van de risico's. Bij die inventarisatie dient de werkgever bovendien een marge in te bouwen door er rekening mee te houden dat de dagelijkse sleur meebrengt dat niet altijd (of: meestal niet) de benodigde zorgvuldigheid in acht wordt genomen. De werkgever dient, daarvan uit gaande, die maatregelen te nemen die er toe leiden dat gevaren als gevolg van onoplettendheid zoveel mogelijk worden voorkomen.³³⁹

Rapportage van de Arbeidsinspectie

Tot 1997 rustte de bewijslast, dat de werkgever was tekortgeschoten in zijn zorgplicht krachtens 177 Rv(oud), op de werknemer, doch rustte er op de werkgever (reeds) een vergaande verzwaarde stelplicht, die zich onder meer uitte in een hoofdrol voor rapportage van de Arbeidsinspectie over een arbeidsongeval. Om aan zijn stelplicht ten aanzien van de in acht genomen zorgplicht betreffende dit arbeidsongeval te kunnen voldoen was een krachtens artikel 9 Arbeidsomstandighedenwet op te maken rapport van zwaarwegend belang.³⁴⁰ Bij de invoering per 1 april 1997 van artikel 7: 658 BW kwam de bewijslast van de zorgplicht op de werkgever te rusten, zodat, in de visie van de Hoge Raad, het enkele ontbreken van een dergelijk rapport niet zonder meer meebrengt dat de werkgever niet aan zijn stelplicht ter zake van zijn veiligheidsverplichting heeft voldaan. De werkgever kan, aldus de Hoge Raad, op andere wijzen daaraan voldoen.³⁴¹

Naar huidig recht rusten de stelplicht en bewijslast van het voldoen aan de zorgplicht op de werkgever. Van belang voor de vraag of een werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan, zal de toedracht van het ongeval zijn. Daartoe zal een direct na het ongeval opgemaakte ongevallenrapportage – indien die wijst op een oorzaak die de werkgever niet kan worden toegerekend – een werkgever in zijn stelplicht kunnen helpen. Het omgekeerde geldt ook. Indien een werkgever *geen* ongeval-

339. Zie bijvoorbeeld: HR 11 november 2005, *RvdW* 2005, 124 en HR 13 juli 2007, *RvdW* 2007, 689. En overigens ook buiten het arbeidsrecht, zie bijvoorbeeld: HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660.

340. Zie bijvoorbeeld HR 1 juli 1993, *NJ*, 1993, 686 m.nt. PAS.

341. HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 252 m.nt. PAS (*Merkstijn/Öztürk*) en HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 147 (*Albert Heijn/Haringkraam*) en AG Spier in zijn conclusie voor het arrest *Merkstijn/Öztürk*, die dit motiveert door aan te geven dat naar nieuw recht het niet noodzakelijkerwijs de werknemer is die in bewijsproblemen komt.

lenrapport heeft laten opstellen door de Arbeidsinspectie, zal dat er toe kunnen leiden dat niet komt vast te staan dat de werkgever aan zijn zorgplicht ex artikel 7:658 BW heeft voldaan. Ook naar huidig recht is een dergelijke rapportage dus van belang, zij het in de *tweede* trap niet langer in het kader van de verzwaarde stelplicht, maar in het kader van de op de werkgever rustende (reguliere) stelplicht en bewijslast. Ter zake van de eerste trap kan een dergelijke rapportage weldegelijk en nog steeds in het kader van de verzwaarde stelplicht van een werkgever overlegging worden verlangd. Verwezen wordt te dezen naar paragraaf 5.5.15.

Onderzoek van de geconstateerde risico's aan de stand van de laatste (nieuwste) techniek en wetenschap

Van een werkgever mag worden verwacht dat hij, wanneer hij met behulp van de daartoe gespecialiseerde deskundigen eenmaal in kaart heeft gebracht welke mogelijke risico's er op de werkplek per functie aanwezig is, ook onderzoekt of laat onderzoeken welke gevaren daarvoor op dit moment bekend zijn. Wanneer bijvoorbeeld gewerkt wordt met bepaalde chemische stoffen, dan dient te worden onderzocht welke mogelijk kwalijke gevolgen die stoffen kunnen hebben. De werkgever dient vervolgens periodiek opnieuw te informeren op de geconstateerde risico's of er inmiddels veranderde inzichten zijn gekomen, die andere, nieuwe en/of scherpere veiligheidsmaatregelen vereisen.

5.5.20 *Onderzoeksplicht werkgever strekt zich ook uit tot de persoon van de werknemer*

Daarnaast kan naar mijn mening een functie met zich meebrengen dat tot de onderzoeksplicht ex art. 7:685 BW tweede lid van de werkgever behoort dat die ook onderzoekt of de bewuste werknemer de vereiste fysieke en/of mentale eigenschappen heeft om de functie uit te oefenen. Zoals hierboven reeds aangegeven, rust er op een werkgever een onderzoeksplicht naar de gevaren die de concrete werksituatie met zich meebrengt. Die plicht beperkt zich naar mijn mening niet uitsluitend tot de werkomstandigheden zelf, maar omvat ook de fysieke eigenschappen die noodzakelijk zijn voor een behoorlijke uitoefening van de betrekking in relatie tot de persoon van de werknemer. Vooral omdat de lichamelijke conditie, stressbestendigheid of fysieke belastbaarheid per individuele werknemer kunnen verschillen, behoort een werkgever te

onderzoeken of *deze* specifieke belasting voor *deze* werknemer geen gevaar voor schade kan opleveren. Onderzocht dient dan te worden of de werknemer nog wel aan de (belastbaarheids)eisen van de voor die functie vastgesteld maatman voldoet.

Bij dat onderzoek dient bovendien in acht te worden genomen de ervaringsregel dat werknemers in de dagelijkse routine niet altijd de ter afwendings van gevaar vereiste zorgvuldigheid in acht nemen. Een werkgever dient daarop beducht te zijn en afdoende maatregelen te nemen die voldoende effectief zijn.³⁴² Heeft een werkgever bij zijn onderzoek naar de belastbaarheid van de werknemer in de betrokken situatie niets van betekenis kunnen vinden, dan komen eventuele hem onbekende zaken slechts voor rekening en risico van de werkgever indien die niet een *zelfstandige oorzaak* kunnen zijn voor de opgetreden schade.

Een verhuizer dient bijvoorbeeld geen verschoven tussenwervelschijven te hebben die bij normaal tillen al tot een hernia kunnen leiden. Een internationale projectmanager dient bestand te zijn tegen reizen, stress en het leven in hotels. Een bedrijfscultuur kan zodanig zijn dat de ene werknemer daar wel tegen is opgewassen en de andere niet.³⁴³ In al deze situaties zal de werkgever ex art. 7:658 BW onderzoek moeten doen naar de specifieke werkomstandigheden van *deze* betrokken werknemer.³⁴⁴ Het ligt het naar mijn mening op de weg van de werkgever om werknemers die, zoals in dit voorbeeld, zware tilwerkzaamheden zouden moeten verrichten, vooraf medisch te keuren op geschiktheid voor dat werk. Een werknemer met een rugafwijking mag in dat geval dus niet aan dergelijke werkzaamheden worden blootgesteld en kan zelfs door de werkgever worden gewaarschuwd zich van dergelijke activiteiten te onthouden, omdat dit tot ernstige rugklachten kan leiden.

342. Zie in dit verband het arrest HR II november 2005, *JAR* 2005/287.

343. Dit doet zich ondermeer voor bij werknemers die uiteindelijk uitvallen met een burn-out. In een dergelijk geval betreft het immers werknemers die altijd maar doorgaan, niet klagen over stress of te hoge werkdruk totdat zij uiteindelijk langdurig uitvallen.

344. Anders: Hof 's-Gravenhage d.d. 27 april 2007, *JAR* 2007/177, (*Dooms/Dow*) waarin het hof onder meer oordeelt dat de betrokken werknemer onvoldoende kenbaar heeft gemaakt dat hij onder een te hoge werkdruk heeft moeten werken. Afgeleid zou kunnen worden uit dit arrest dat in geval van psychische schade een werknemer op zijn minst voldoende kenbaar moet maken dat het hem te zwaar wordt. De Hoge Raad heeft bij arrest van 3 april 2009 (*RvdW* 2009, 494) de tegen het oordeel van het hof gericht klachten verworpen met toepassing van artikel 81 RO.

Heeft de werkgever onderzoek gedaan en zijn daarin geen afwijkingen aan de rug geconstateerd en heeft de werkgever zich tevens aan de tilinstructies gehouden en op naleving daarvan toegezien, dan helpt dit de werkgever in zijn stelplicht (en mogelijk bewijslast) dat hij alle benodigde maatregelen heeft genomen. Gaat de werknemer dan nog door zijn rug dan is de werkgever niet aansprakelijk. Uiteraard wordt dit *anders* indien de werkgever een veiligheidsnorm heeft overschreden.

Kortom: waar de functie een specifieke fysieke of psychische constitutie of conditie vereist, dient een werkgever dit in het kader van zijn risico-inventarisatie ex art. 5 Arbo-wet 1998 en als uitvoering van zijn zorgplicht ex artikel 7:658 BW eerste lid te onderzoeken. Dit dient hij niet alleen bij aanvang van de functie te doen. Ook dient hij periodiek na te gaan of de werknemer nog steeds over de bewuste eigenschappen beschikt. Laat hij dit na dan komen naar mijn mening door onderzoek kenbare factoren als een slechte rug, fysieke gesteldheid en mogelijk zelfs aanleg voor stress voor rekening en risico van de werkgever, ook indien het een mogelijke zelfstandige oorzaak van de opgetreden schade betreft. In het kader van de zorgplicht van de werkgever ex art. 7:685 BW behoort een werkgever risico's op te sporen, niet alleen die gelegen zijn in het werk, maar ook die gelegen zijn in de betrokken werknemer in relatie tot het werk.

5.5.21 *Maatstaf bij blootstelling: maatman*

Zoals hierboven bij de eerste trap al aangegeven, dient het naar mijn mening aanbeveling indien een werkgever in het kader van een risico-inventarisatie voor zaken als fysieke en psychische belasting om per functie vast te stellen wat een werknemer in die bewuste functie gemiddeld aan belasting moet kunnen hebben. Vervolgens dient de werkgever te toetsen of *deze* werknemer die fysieke of psychische belasting (nog) aan kan of dat die werkzaamheden in dit geval als bedreigend voor zijn gezondheid of welzijn moet worden aangemerkt.

Overschrijdt de blootstelling datgene wat een maatman redelijkerwijs moet kunnen verdragen, dan wel heeft de werkgever dit niet onderzocht, dan zou dat naar mijn mening moeten leiden tot een bewijsvermoeden dat de werkgever zijn zorgplicht heeft verzaakt en wordt het causaal verband tussen de opgetreden klachten – indien die klachten door die blootstelling kunnen zijn ontstaan – voorondersteld. In dat geval leidt overschrijding van de maatman-normen dus tot een dubbel rechterlijk vermoeden dat door de werkgever zal moeten worden ontze-

nuwd door het leveren van tegenbewijs. Overschrijdt de blootstelling de eisen van de maatman-normen niet en heeft onderzoek naar de persoon van de werknemer niets bijzonders opgeleverd, dan ligt het op de weg van de werknemer om te stellen dat *in dit geval* de klachten wel degelijk door de blootstelling zijn veroorzaakt en de werkgever *in dit specifieke geval*, gelet op alle omstandigheden van het geval had kunnen en moeten weten dat blootstelling aan datgene wat en maatman redelijkerwijs moet kunnen verdragen, jegens de bewuste werknemer een schending van de zorgplicht oplevert. De werkgever zal in het kader van zijn stelplicht en bewijslast van zijn zorgplicht moeten aantonen dat hij de maatman heeft getoetst op de specifieke eisen van *deze* specifieke werknemer.

De werkgever dient ook in het kader van zijn zorgplicht te stellen en zo nodig te bewijzen:

- hoe in casu voor deze functie de maatman is vastgesteld;
- hoe hij de bewuste werknemer daaromtrent heeft beoordeeld;
- wat de werkgever met de uitkomst heeft gedaan en meer in het bijzonder:
- welke maatregelen heeft de werkgever genomen om overbelasting te voorkomen.

5.5.22 *Stelplicht en bewijslast tweede trap materieel II: maatregelen*

Een werkgever zal moeten stellen en bij betwisting daarvan bewijzen dat hij naar aanleiding van het door hem verrichte onderzoek die veiligheidsmaatregelen heeft genomen die redelijkerwijs van hem (hadden) kunnen worden verwacht. Dit laatste betreft niet alleen het nemen van maatregelen – waaronder het geven van veiligheidsinstructies – en het ter beschikking stellen van zaken die de veiligheid kunnen bevorderen. Hij zal vervolgens ook moeten toezien op de *naleving* van deze maatregelen en instructies. Een werkgever moet streven naar een zo optimaal mogelijk veiligheidsniveau. Ook dient een werkgever op een zodanige wijze te waarschuwen tegen gevaren dat dit ook een redelijke kans op succes heeft. Dit blijkt onder meer uit het arrest *Bayar/Wijnen Groothandel in Vlees B.V.*³⁴⁵ Eerder had de Hoge Raad een dergelijke regel

345. HR II november 2005, NJ 2008, 460.

met betrekking tot het effect van de waarschuwingsmaatregel geformuleerd in het arrest *Jetblast*.³⁴⁶

Het hangt van de omstandigheden van het geval af welke veiligheidsmaatregelen van de werkgever moeten worden verwacht en dus ook op welke manier en hoe veelvuldig hij de werknemer moet instrueren en op de naleving moet toezien. De omstandigheid dat het niet gaat om werkzaamheden die ook in de huiselijke sfeer worden verricht, brengt op zichzelf niet mee dat aan de zorgplicht van de werkgever hogere eisen moeten worden gesteld.³⁴⁷

Het is niet altijd even eenvoudig vast te stellen welke veiligheidsmaatregelen in een ver verleden – in asbestzaken gaat het soms om 30 of meer jaar geleden – in redelijkheid van de werkgever konden worden verwacht. In het arrest *Van Buuren Van Swaay/Heesbeen* oordeelt de Hoge Raad in dat verband dat het afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten is, welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van die werkgever konden worden verwacht. In dat verband zijn mede van belang de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's.³⁴⁸ Ingevolge art. 7:658 lid 2 BW rustte, aldus de Hoge Raad, op Van Buuren de bewijslast en daarmee het bewijsrisico ter zake van de juistheid van haar verweer. Met het oog op de omstandigheid dat het hier gaat om een situatie van thans veertig jaar geleden, mogen aan het bewijs geen hoge eisen worden gesteld. Voldoende voor het slagen van het verweer is dat Van Buuren aannemelijk maakt dat zij in die periode ervan mocht uitgaan dat de blootstelling van haar werknemers aan asbeststof, zoals die concreet heeft plaatsgevonden, gelet op de in het algemeen geringe duur en intensiteit van die blootstelling, geen risico voor asbestose opleverde.³⁴⁹

5.5.23 *Conclusie tweede trap*

Een werkgever dient te stellen en bij betwisting te bewijzen dat hij het maximale heeft gedaan wat redelijkerwijs van hem als werkgever kon worden verwacht om aan zijn zorgplicht ex artikel 7:658 tweede lid BW te voldoen. Hij dient deugdelijk onderzoek te doen naar de risico's op het

346. HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105.

347. HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260 (*Oost/Brands Bouwgroep*).

348. HR 17 december 2004, RvdW 2005, 4.

349. HR 17 februari 2006, RvdW 2006, 204.

werk en maatregelen te nemen naar aanleiding van dit onderzoek. Ook dient hij toe te zien op deugdelijke nakoming van de maatregelen en instructies. Bij dat onderzoek dient hij ook de persoon van de werknemer te betrekken indien de functie lichamelijk of geestelijk bepaalde eisen aan de betrokken werknemer stelt. In het kader van zijn stelplicht dient de werkgever dus inzichtelijk te maken, wat hij heeft onderzocht, wat de resultaten daarvan zijn en hoe hij op naleving daarvan toeziet.

Indien uit dat onderzoek blijkt dat hij zich correct van zijn verplichtingen ex artikel 7:658 BW heeft gekweten, en adequate maatregelen heeft genomen dan strandt daarmee de vordering van de werknemer. Voor wat betreft het begrip ‘werkplaats’ in de zin van artikel 7:658 BW lid 1 dient dit begrip ruim worden uitgelegd. Zelfs indien een werkgever geen zeggenschap heeft over de plaats waar de werknemer zijn werkzaamheden dient te verrichten, rust er op de werkgever een zorgplicht ex artikel 7:685 BW die zich dan bijvoorbeeld vertaalt – na onderzoek – in het geven van instructies en – voor deelname aan het verkeer – tot het afsluiten van een adequate verzekering tegen ongevallen.

III De derde trap: opzet of bewuste roekeloosheid

5.5.24 Inleiding opzet en bewuste roekeloosheid

Wanneer komt vast te staan dat de werkgever de zorgplicht niet is nagekomen is hij aansprakelijk, tenzij hij bewijst dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, dan wel indien hij – had hij de maatregelen wel genomen – de schade niet had kunnen voorkomen.³⁵⁰ Het betreft een schuldaansprakelijkheid en niet een risicoaansprakelijkheid van de werkgever. Indien vaststaat dat de werkgever de nodige zorg ten toon heeft gespreid om aan zijn verplichtingen van lid 1 te voldoen, is hij niet aansprakelijk.³⁵¹

5.5.25 Definitie opzet en bewuste roekeloosheid

Onder oud recht sprak artikel 7A:1638x (oud)BW van ‘grove schuld’. Daaronder werd destijds verstaan ‘een in laakbaarheid aan opzet gelijk te stellen schuld’.³⁵² In latere jurisprudentie veranderde dit als anticipa-

350. HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948.

351. HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137.

352. HR 12 maart 1954, NJ 1954, 386 (*Codam/Merwede*).

tie op artikel 7:658 BW in 'opzet of bewuste roekeloosheid'.³⁵³ Van bewust roekeloos handelen van de werknemer is pas sprake, indien deze zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust is.³⁵⁴ Daarbij is ook van belang dat art. 7:658 lid 2 BW juist ertoe strekt de werknemer te beschermen door rekening te houden met het ervaringsfeit dat, kort gezegd, het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid leidt.³⁵⁵

De criteria opzet en bewuste roekeloosheid komen bij meerdere artikelen voor, zoals bijvoorbeeld ook in het artikel 7:661 BW dat een werknemer uitsluitend voor schade, toegebracht aan zijn werkgever, aansprakelijk acht in geval van opzet en bewuste roekeloosheid. Er bestaat geen verschil tussen die criteria in de verschillende artikelen. In het arrest *City Tax BV/De Boer*³⁵⁶ oordeelde de Hoge Raad dat het hof de juiste maatstaf had aangelegd dat voor een bewust roekeloos handelen in de zin van art. 7:661 lid 1 BW is vereist dat de werknemer onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval zich daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van zijn gedraging. Dit was overigens vaste jurisprudentie.³⁵⁷ Deze regel komt ook terug in het arrest *Pollemans/Van den Hoondert*.³⁵⁸

Van bewust roekeloos handelen zal dus in de regel niet snel sprake zijn. Voorafgaand waarschuwen baat in een dergelijk geval een werkgever niet.³⁵⁹ In de literatuur wordt wel betoogd dat de bescherming van de werkgever in dit opzicht te ver gaat.³⁶⁰

Een werkgever moet er ook toezicht op houden dat instructies ook daadwerkelijk worden nageleefd. In het arrest *Van Eggelen/Doruiter*³⁶¹ verwerpt de Hoge Raad met toepassing van 81 RO de klachten tegen

353. HR 27 maart 1992, NJ 1992, 496. m. nt. PAS (*Morsink/Nedem*) en HR 14 oktober 2005, NJ 2005, 539 (*City Tax/de Boer*).

354. HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 m. nt. PAS.

355. Zie bijvoorbeeld: HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81, HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948 en recenter HR 11 november 2005, NJ 2008, 460 (*Bayar/Wijnen Groothanden in Vlees*).

356. HR 14 oktober 2005, NJ 2005, 539.

357. HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81 en HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948 en HR 11 sept. 1998, NJ 1998, 870.

358. HR 20 september 1996, NJ 1997, 198.

359. HR 20 september 1996, NJ 1997, 198.

360. Bijvoorbeeld: Loonstra & Zondag 2004, p. 66-67.

361. HR 9 december 2005, JAR 2006/16.

het vonnis van de rechtbank 's-Hertogenbosch³⁶² waarin deze evenals de kantonrechter tot het oordeel dat de door Van Eggelen getroffen veiligheidsvoorziening in combinatie met beschermende kleding op zich een voldoende vergaande veiligheidsmaatregel betrof, die Doruijter niet heeft benut. Voorts acht de rechtbank het enkele feit dat Doruijter onervaren was en slechts gedurende korte tijd een opleiding had genoten onvoldoende om te oordelen, dat sprake was van een bijzondere omstandigheid waarmee Van Eggelen rekening had moeten houden (r.o. 5.4.4 en 5.7). Wel acht de rechtbank echter relevant dat Doruijter slordig was, zoals tussen partijen vaststaat, en Van Eggelen juist Doruijter wegens die slordigheid heeft ontslagen. In deze haar bekende onveilige situatie had Van Eggelen maatregelen behoren te treffen om het risico van letsel als gevolg van de slordigheid in de werkwijze van Doruijter te verminderen. Van Eggelen is daarom tekort geschoten in haar zorgverplichting (r.o. 5.8). Voorts acht de rechtbank geen feitelijke steun aanwezig voor het subsidiaire verweer van Van Eggelen dat de schade van Doruijter het gevolg is van diens opzet of bewuste roekeloosheid.

In het arrest HR 2 december 2005, *JAR* 2006/15 liet de Hoge Raad een uitspraak in stand, waarin bewuste roekeloosheid door het hof als bewijsvermoeden werd afgeleid uit het rijgedrag van de werknemer onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval. Het had op de weg van de werknemer gelegen (die zich op suikerziekte beriep) dat bewijsvermoeden te ontzenuwen, hetgeen de werknemer in casu niet had gedaan.

Aldus kan de rechter, al dan niet via de route van een bewijsvermoeden, uit objectieve feiten en omstandigheden afleiden dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval bewust moet zijn geweest van de roekeloosheid van zijn gedraging. De rechter moet wel (kunnen) vaststellen *dat* de werknemer zich van de roekeloosheid van zijn gedraging bewust was, aldus het arrest *Maasman/Akzo Nobel*.³⁶³ In dat arrest ontleende Maasman aan het feit dat hij in een weg langs een kanaal niet in de gordel zat een gevoel van veiligheid. Hij was bang om te water te raken en dan door de autogordel niet tijdig uit de auto te kunnen komen. Aldus volgt uit het enkele feit dat hij geen gordel droeg nog niet, althans niet zonder meer dat hij zich van de roekeloosheid van zijn gedraging bewust was of moet zijn geweest.

362. Rb 's-Hertogenbosch 12 mei 2004, *NJ* 2006, 128.

363. HR 1 februari 2008 *RvdW* 2008, 176 (*Maasman/Akzo*).

Loonstra & Zondag³⁶⁴ stellen dat de bescherming te ver gaat, omdat de werkgever bijna nooit zal kunnen bewijzen dat een werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval van de roekeloosheid van zijn gedragingen bewust moet zijn geweest. Ik kan mij niet vinden in die kritiek. Immers uit de gedragingen van de werknemer – al dan niet door middel van een bewijsvermoeden – kan en mag worden afgeleid dat er in casu sprake is geweest van opzet of bewuste roekeloosheid. Daardoor wordt de bewijspositie van een werkgever aanmerkelijk verlicht. Niet alleen roekeloos verkeersgedrag³⁶⁵ kan aldus een aanwijzing vormen, maar ook de vraag of de werknemer onder invloed was van verdovende middelen of alcohol tijdens het werk. Er zou een parallel kunnen worden getrokken met het strafrechtelijke begrip voorwaardelijke opzet, te weten dat de werknemer door aldus te handelen willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat het mis zou gaan. Daarvoor is wel meer nodig dan enkel onzorgvuldig handelen, want dat dient nu juist bescherming, gelet op de ervaringsregel dat de dagelijkse sleur meebrengt dat niet altijd (of: meestal niet) de benodigde zorgvuldigheid in acht wordt genomen.³⁶⁶ Het is dus bijvoorbeeld het verschil tussen niet nadenken bij een handeling en ‘stunten’ c.q. bravouregedrag.

5.5.26 *Conclusie derde trap*

De grens tussen de maatregelen, waarschuwings- en toezichtplicht van de werkgever en de bewust roekeloze werknemer die dat alles in de wind slaat is een vloeiende en zal van geval tot geval moeten worden bekeken. Dat stelt dus ook hoge eisen aan de stelplicht en bewijslast daarvan. Een werkgever doet er goed aan om waarschuwingen en instructies schriftelijk vast te leggen en vervolgens op duidelijk wijze kenbaar te maken. Indien de werkgever ook voldoende toezicht op naleving heeft gehouden, zal de zaak van de werknemer tegen de werkgever al in de tweede trap zijn gestrand. Komt die handhaving onvoldoende vast te staan dan kan de werkgever, door te stellen en zo nodig te bewijzen dat het niet naleven van die instructies en veiligheidsmaatregelen bewuste roekeloosheid oplevert, zich voor aansprakelijkheid disculperen.

364. Loonstra & Zondag 2008, p. 310.

365. Zoals aan de orde was in het arrest HR 2 december 2005, *JAR* 2006/15.

366. Zie bijvoorbeeld: HR 11 november 2005, *RvdW* 2005, 124 en HR 13 juli 2007, *RvdW* 2007, 689. En overigens ook buiten het arbeidsrecht, zie bijvoorbeeld: HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660.

IV De vierde trap: bewijslevering door de werkgever dat de verzuimde voorzorgsmaatregelen de opgetreden schade niet hadden kunnen voorkomen

5.5.27 *Causaal verband revisited?*

In het arrest *Fransen/Pasteurziekenhuis*³⁶⁷ oordeelt de Hoge Raad dat, nu werkneemster schade heeft geleden in de uitoefening van haar werkzaamheden, het bepaalde in art. 7:658 lid 2 BW meebrengt dat de werkgeefster aansprakelijk is voor de schade, tenzij zij aantoont dat zij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen, *dat nakoming van die verplichtingen het ongeval niet zouden hebben voorkomen* of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werkneemster. Dit criterium is nadien in het arrest *Peters/Hofkens* herhaald.³⁶⁸

Asser is van mening dat sinds de invoering van het huidige artikel 7:658 BW, met de daarin vervatte omkering van de bewijslast ten aanzien van de zorgplicht van de werkgever, niet meer relevant is, of zou moeten zijn, of ook als de werkgever de in lid 1 van artikel 7:658 BW genoemde maatregelen zou hebben getroffen de schade niet zou zijn voorkomen. Dit onder oud recht ontwikkelde bewijsthema is in de visie van Asser achterhaald en leidt tot een onwenselijke aantasting van de rechtsbescherming van de werknemer die lid 2 voorstaat. De werknemer behoort in niet te worden betrokken in een causaliteitsdebat waarvoor lid 2 hem vrijwaart, aldus Asser.³⁶⁹

Ik kan mij daar geheel in vinden. De enige causaliteit waarmee de werknemer dient te worden belast, is die ter zake van de vraag of de ingetreden schade het gevolg is van een ongeval of een blootstelling aan een gevaarzettende situatie in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Dit is een punt dat al bij de eerste of de derde trap moet zijn afgekaart. Indien er immers sprake is van een *andere* oorzaak van de schade dan het ongeval of de blootstelling aan een gevaarlijke situatie, dan volgt daaruit al dat de maatregelen de schade niet hadden kunnen voorkomen. Het alternatief is dat de werknemer eigen schuld aan de schade heeft, maar dat is begrensd door opzet of bewuste roekeloosheid. Nu daar sprake is van een alles-of-niets situatie, past ook hier niet een aparte causaliteitsafweging. De oorzaak is immers in beide gevallen dan niet

367. HR 10 december 1999, NJ 2000, 211.

368. HR 12 september 2003, NJ 2004, 177.

369. Asser 2003, p. 66.

werkgerelateerd. Voor een aparte toetsing van causaliteit tussen de afwezige maatregelen en de ingetreden schade in dit stadium is naar mijn mening dan ook geen plaats.

V *Aansprakelijkheid van een werkgever op grond van artikel 7:611 BW*

5.5.28 *Inleiding*

Artikel 7:611 BW bepaalt dat werkgever en werknemer zich jegens elkaar respectievelijk als een goed werkgever en een goed werknemer dienen te gedragen. Dit artikel is een arbeidsrechtelijke 'specialis' van de artikelen 6:2 en 6:248 BW (de redelijkheid en billijkheid waarmee overeenkomsten dienen te worden uitgevoerd).³⁷⁰

Heerma van Voss³⁷¹ onderscheidt drie zijden van het goed werkgeverschap: (1) een toetsingsmaatstaf voor werkgevershandelen, (2) normering van arbeidsrechtelijke onderwerpen en (3) nieuw materieel arbeidsrecht waaraan de werkgever die meegaat met zijn tijd moet voldoen. Onder (1) wordt (mede) het materiële zorgvuldigheidsbeginsel gebracht, zoals dat in het bestuursrecht voorkomt³⁷², en ook andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur.³⁷³ Onder artikel 7:611 BW vallen in categorie (2) ook de arbeidsomstandigheden en schade tijdens het werk.³⁷⁴

5.5.29 *Artikel 7:611 BW als aanvulling op artikel 7:658 BW*

Een werkgever kan onder omstandigheden, wanneer artikel 7:658 BW toepassing mist, ex artikel 7:611 BW jegens zijn werknemer aansprakelijk zijn voor diens schade.³⁷⁵ Dat ziet in hoofdzaak op situaties waarin de werkgever *geen* zeggenschap heeft over de werkplek.

370. HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (*Agfa/Schoolderman*) Zie ook: Heerma van Voss 1999, p. 19-20. Delfos-Roy 2007, p. 89. Anders: Rood 1982-2.

371. Losbl. Arbeidsovereenkomst, aant. 1.10 op artikel 7: 611 BW (Heerma van Voss).

372. Losbl. Arbeidsovereenkomst, aant. 2.2 op artikel 7: 611 BW (Heerma van Voss).

373. Losbl. Arbeidsovereenkomst, aant. 2.2 t/m 2.7 op artikel 7: 611 BW (Heerma van Voss).

374. Losbl. Arbeidsovereenkomst, aant. 3.4 op artikel 7: 611 BW. (Heerma van Voss).

375. HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264 (*Bruinsma Tapijt/Schuitmaker*), HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 (*Reclasseringsmedewerker*), HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253 (*Vonk/Van der Hoeven*). HR 1 februari 2008 RvdW 2008, 176 (*Maasman/Akzo*) en RvdW 2008, 17 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*).

Vanwege de toepasselijkheid van artikel 7:611 BW ten aanzien van het zorgvuldigheidsbeginsel, de arbeidsomstandigheden en schade tijdens het werk is dit artikel mede gaan fungeren als aanvulling op artikel 7:658 BW.

Uit het arrest *Agfa/Schoolderman* volgt dat artikel 7:611 BW (mede) moet worden gezien als een als een uitvloeisel van artikel 6:2 BW en 6:248 BW.

Jurisprudentie

Een aanzet daartoe werd gegeven door het *Reclasseringsmedewerker*-arrest.³⁷⁶ In dat arrest sprak een werknemer zijn werkgever aan op grond van 7A:1638x (oud) BW omdat hij thuis ernstig was mishandeld door een reclasseringscliënt. De Hoge Raad wijst die claim af vanwege het ontbreken van zeggenschap van de werkgever over de privésituatie. De Hoge Raad oordeelt echter:

‘Dit brengt mee dat de vraag of de werkgever aansprakelijk is voor ongevallen die de werknemer, ofschoon samenhangend met zijn werkzaamheden, in zijn privé-situatie zijn overkomen, niet wordt beheerst door de bijzondere regeling van art. 7A:1638x, maar telkens naar de omstandigheden van het gegeven geval moet worden beantwoord aan de hand van wat voor dat geval de eis zich als een goed werkgever te gedragen meebrengt. Daarbij verdient opmerking dat voor een bevestigende beantwoording van deze vraag slechts plaats is onder bijzondere omstandigheden, waarbij voor gevallen als de onderhavige kan worden gedacht aan een, ook aan de werkgever bekend, specifiek en ernstig gevaar.’

Vervolgens liet de Hoge Raad in het arrest *Vonk/Van der Hoeven*³⁷⁷ een op artikel 7:611 BW gebaseerde werkgeversaansprakelijkheid in stand. Het arrest *De Bont/Oudenallen*³⁷⁸ dat overigens niet op artikel 7:611 BW is gegrond, maar op de algemene norm van artikel 6:248 BW, komt, voor wat betreft het resultaat, overeen met het arrest *Vonk/Van der Hoeven*.

In het arrest *KLM/De Kuyjer*³⁷⁹ oordeelde de Hoge Raad dat een werkgever onder omstandigheden ook aansprakelijk kan zijn op grond van artikel 7:611 BW voor een ongeval dat een piloot in Ivoorkust is overko-

376. HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534.

377. HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253.

378. HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235 m.nt. GHVV.

379. HR 18 maart 2005, JAR 2005/100.

men in de wachttijd tussen de heen- en terugreis en dat het op de weg van de KLM had gelegen om ter zake voor de piloot een verzekering af te sluiten. A-G Spier leidt uit de arresten *Vonk/Van der Hoeven en De Bont/Oudenallen* af dat artikel 7:611 BW een serieuze meerwaarde heeft boven art. 7:658 BW³⁸⁰.

De Hoge Raad heeft in arresten *Maasman/Akzo Nobel*³⁸¹ en *Taxicentrale Nijverdal*³⁸² bepaald dat een werkgever niet zonder meer en zonder beperkingen (behoudens indien de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer bij het veroorzaken van het ongeval) aansprakelijk is voor de letselschade die de werknemer lijdt doordat deze in de uitoefening van zijn werkzaamheden een motorrijtuig bestuurt dat betrokken is bij een verkeersongeval. Wanneer een werkgever met redelijk eenvoudige middelen of tegen geringe kosten maatregelen kan nemen ter voorkoming dat een werknemer schade lijdt als gevolg van de verwezenlijking van een bijzonder, aan het werk verbonden risico, dan zal hij daartoe redelijkerwijs gehouden zijn. De Hoge Raad overweegt dat de aan het gemotoriseerde verkeer verbonden, door velen met grote regelmaat gelopen, risico's van ongevallen mettertijd hebben geleid tot een goede verzekerbaarheid van deze risico's tegen betaalbare premies. In het licht hiervan moet, in het verlengde van hetgeen is overwogen in de arresten van *Vonk/Van der Hoeven en De Bont/Oudenallen*, worden geoordeeld dat de werkgever uit hoofde van zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen, gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval.

De omvang van deze verplichting zal, aldus de Hoge Raad in beide arresten, van geval tot geval nader vastgesteld moeten worden met inachtneming van alle omstandigheden, waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan de in de betrokken tijd bestaande verzekeringsmogelijkheden – waarbij mede van belang is of verzekering kan worden verkregen tegen een premie waarvan betaling in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd – en de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (zowel naar aard als naar omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen. De verzekering behoeft in elk geval geen dekking te verlenen voor scha-

380. Zie zijn conclusie voor het arrest *KLM/De Kuijer*, punt 7.4.

381. HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 176 (*Maasman/Akzo*).

382. HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 178 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*).

de die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. In het bijzonder wanneer voor de werkzaamheden gebruik wordt gemaakt van een eigen auto van de werknemer, kan aan de verplichting ook voldaan worden door de werknemer financieel in staat te stellen om voor een behoorlijke verzekering zorg te dragen, mits hierover in de verhouding tussen de werkgever en de werknemer voldoende duidelijkheid wordt verschaft. Indien de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichting zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering als hiervoor bedoeld, is hij jegens de werknemer aansprakelijk voor zover deze door die tekortkoming schade heeft geleden.³⁸³ In het arrest *Stichting Maatzorg de Werven/van der Graaf* heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat deze verzekeringsplicht ook geldt voor een ongeval tijdens werkverkeer met een niet-motorvoertuig. In casu ging het om een thuiszorgmedewerker die met de fiets een ongeval kreeg.³⁸⁴

Aansprakelijkheid ex artikel 7:611 BW is 7:658 BW minus zeggenschap over de werkplek?

Gesteld wordt wel dat het verschil met de aansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW is gelegen in het werkplaatsvereiste, dat bij artikel 7:611 BW ontbreekt.³⁸⁵ De vraag is dan hoe zich dat verhoudt met het arrest *Stichting Maatzorg/Van der Graaf*³⁸⁶ waarin de Hoge Raad overweegt:

‘Maar ook indien de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden op plaatsen komt die (bijvoorbeeld omdat de werkgever ter plaatse geen enkele zeggenschap heeft ten aanzien van de gesteldheid, de inrichting, het gebruik door anderen en de veiligheid) niet als “arbeidsplaats” in de hiervoor genoemde zin kunnen worden aangemerkt, zoals de openbare weg in het geval (als het onderhavige) van deelneming aan het verkeer, kan de zorgplicht van art. 7:658 meebrengen dat de werkgever ten aanzien van de uitoefening aldaar van de werkzaamheden maatregelen treft en aanwijzingen geeft om zoveel mogelijk te voorkomen dat de werknemer schade lijdt, zoals het geval was in HR 19 oktober 2001, nr. C99/262, NJ 2001, 663.’

383. HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 178 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*) en *RvdW* 2008, 176 (*Maasman/Akzo Nobel*).

384. HR 12 december 2008, *RvdW* 2009, 35.

385. Vgl. Loonstra 2003, p. 98 ev.

386. HR 12 december 2008, *RvdW* 2009, 35.

Uit deze overweging zou kunnen worden afgeleid dat dus niet zonder meer kan worden gesteld dat wanneer de werkgever geen enkele zeggenschap heeft over de (inrichting van) de werkplek, artikel 7:658 BW niet van toepassing is. Wel kan naar mijn mening worden betoogd dat artikel 7:611 BW thans wordt gebruikt voor die gevallen waarin artikel 7:658 BW *niet* van toepassing is, maar in welk geval het voor rekening en risico laten van de door de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Dat betreft schade, geleden door de werknemer die *gerelateerd* is aan het werk, maar die buiten de specifieke invloedssfeer van de werkgever liggen.³⁸⁷ Artikel 7:611 BW mist toepassing indien artikel 7:658 BW van toepassing is, maar de werkgever zijn zorgplicht niet heeft geschonden.³⁸⁸

A-G Spier stelt in zijn conclusie voor het arrest *KLM/De Kuyjer* dat, in elk geval voor situaties die zich in het verleden hebben voorgedaan, als hoofdregel zou moeten gelden dat aansprakelijkheid niet op art. 7:611 BW kan worden gebaseerd, omdat dit een niet door de wetgever bedoelde uitbreiding van artikel 7:658 BW zou betekenen tot een risico-aansprakelijkheid. Deze hoofdregel leidt, aldus Spier, uitzondering wanneer de werknemer in verband met zijn werk wordt blootgesteld aan meer dan normale risico's.

De vraag wanneer een dergelijke situatie zich voordoet, is in sterke mate verweven met een waardering van feitelijke aard en onttrekt zich daarmee goeddeels aan toetsing in cassatie. Naarmate het gevaar groter is, zal de werkgever de werknemer tenminste indringend en nadrukkelijk daarop moeten wijzen. Hij zal daarenboven een naar omstandigheden adequate ongevallenverzekering moeten aanbieden of bij het afsluiten (laten) bemiddelen. In specifieke gevallen zal op de werkgever zelfs de verplichting rusten om voor zijn rekening en ten behoeve van zijn werknemers zulk een verzekering af te sluiten. Dat laatste is vooral het geval wanneer de daaraan verbonden kosten, op zich en in verhouding tot het salaris van de werknemer, beduidend zijn of wanneer adequate individuele verzekeringen redelijkerwijs niet op de markt beschikbaar zijn, aldus A-G Spier in voormelde conclusie.

387. Vgl. Vegter 2005, p. 119-120.

388. HR 17 november 1989, NJ 1990,572. Zie ook: Delfos-Roy 2007, p. 91.

De Hoge Raad verwerpt de – tegen de aansprakelijkheid in het bewuste geval ex artikel 7:611 BW gerichte – klachten, maar laat zich niet expliciet uit over de door Spier in zijn conclusie geformuleerde regel. Uit de arresten *Maasman/Akzo* en *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal* kan worden afgeleid dat een werkgever ex artikel 7:611 BW niet verder aansprakelijk kan worden gesteld dan dat hij zou zijn geweest indien artikel 7:658 BW wel van toepassing zou zijn geweest.³⁸⁹

5.5.30 *Stelplicht en bewijslast werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:611 BW formeel*

Anders dan bij artikel 7:658 BW geldt niet de omkering van de bewijslast ten aanzien van de zorgplicht van de werkgever. Op de werknemer rusten de stelplicht en bewijslast van zijn stellingen dat hij schade heeft geleden en dat dit gelet op de omstandigheden van het geval voor rekening en risico van de werkgever behoort te komen. Vegter concludeert hieruit dat de bewijslastverdeling voor een werknemer onder het regime van artikel 7:611 BW ongunstiger uitpakt dan onder 7:658 BW.³⁹⁰

Wel geldt dat – evenals bij artikel 7:658 BW – de werknemer slechts eigen schuld treft in de zin van artikel 6:101 BW in geval van opzet of bewuste roekeloosheid.

Volgens Vegter geldt de omkeringsregel ook voor artikel 7:611 BW.³⁹¹ Dat lijkt mij juist gelet op het feit dat die regel voor het gehele civiele aansprakelijkheidsrecht is aanvaard.

5.5.31 *Stelplicht en bewijslast werkgeversaansprakelijkheid ex 7:611 BW materieel*

Het vorenstaande betekent dan ook dat de werknemer primair moet stellen en bewijzen dat hij schade heeft geleden:

- die *arbeidsgerelateerd* is – dus in causaal verband met de uitoefening van de werkzaamheden staat -; en
- waarvan alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemend, ondanks het feit dat de werkgever over de situatie waarin de schade

389. HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 176 en 178.

390. Vegter 2005, p. 122. Volgens Vegter is artikel 6:101 BW op aansprakelijkheid ex artikel 7:611 BW onverkort van toepassing, zie ook Vegter 2005, p. 141.

391. Vegter 2005, p. 120.

- is opgetreden geen zeggenschap over de werkplek heeft gehad, de werkgever wel in het kader van zijn zorgplicht ex artikel 7:611 BW als goed werkgever maatregelen had moeten nemen;
- en dat het, gelet op de nauwe verwevenheid met de arbeidsovereenkomst en -situatie en de zorgplicht in het bewuste geval ex artikel 7:611 BW, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om de schade voor rekening en risico van de werknemer te laten;

Het is vervolgens de vraag of ook noodzakelijk is dat er sprake is van een fout of toerekenbare tekortkoming van de werkgever. Ik denk dat dit afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en van de vraag of van de werkgever in de gegeven omstandigheden kon worden gevergd dat hij maatregelen nam, bijvoorbeeld door middel van het afsluiten van een toereikende verzekering. De grondslag van de aansprakelijkheid zou in dat verband ook nog kunnen worden gezocht en gevonden in artikel 6:162 BW eerste juncto derde lid ingeval de onrechtmatige daad te wijten is aan een oorzaak die krachtens wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de werkgever komt. In dat geval is er door de werkgever als zodanig niet verwijtbaar gehandeld, maar komt de oorzaak van de onrechtmatige daad krachtens de wet of in het verkeer geldende opvatting toch voor zijn rekening. Ik leid dit af uit het arrest *Vonk/Van der Hoeven*, waarin de Hoge Raad de subsidiaire eis toewijst die luidde dat ‘het zou stroken met het stelsel van het arbeidsrecht en in verband daarmee naar de aard van de arbeidsovereenkomst zou voortvloeien uit de eisen van redelijkheid en billijkheid dat zij de schade van Van der Hoeven zou dragen’. Die schade bestond eruit dat hij door een eigen fout een verkeersongeval had veroorzaakt als gevolg waarvan hij ernstig gewond was geraakt.

Dat het sterk van de omstandigheden van het geval afhangt of een werkgever op basis van artikel 7:611 BW voor een ongeval van of naar het werk aansprakelijk is, bewijst nog eens het arrest *Knoppen/NCM*³⁹². In dat geval viel een ernstig verkeersongeval tijdens woon-werkverkeer niet onder aansprakelijkheid uit hoofde van dat artikel, ook al zou de werkneemster reistijd als overuren vergoed krijgen en was zij na afloop van een vergadering buiten reguliere werktijd (’s-avonds) met haar auto op weg naar huis.

392. HR 30 november 2007, *RvdW* 2007, 1030 (*Knoppen/NCM*).

Ten aanzien van artikel 7:6II BW gelden, als gezegd, de gewone regels van stelplicht en bewijslast voor een werknemer, zij het dat ook hier slechts sprake is van eigen schuld in geval van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

Uit de arresten *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*³⁹³ en *Maasman/Akzo Nobel*³⁹⁴ volgt dat een werknemer in het geval hem een verkeersongeval tijdens diensttijd is overkomen, zal moeten stellen en bewijzen dat het, getuigd op de omstandigheden van het geval, van de werkgever kon worden verlangd dat hij een adequate verzekering had afgesloten, wat die verzekering redelijkerwijs diende te omvatten en waarom c.q. in welke mate de thans geleden schade door een dergelijke verzekering zou zijn vergoed.

5.5.32 *Naar een vereenvoudigde werkgeversaansprakelijkheid?*

Alleen al vanuit het oogpunt van de stelplicht en bewijslast gezien, is de huidige regeling niet bepaald eenvoudig te noemen. Niet alleen is er de regeling van artikel 7:658 BW in vier trappen. Ook neemt daarnaast de regeling van artikel 7:6II BW voor werkgerelateerde ongevallen waarbij de werkgever geen zeggenschap heeft over de plaats van het ongeval een grote vlucht. De vraag kan dan ook worden gesteld of dit stelsel niet kan worden vereenvoudigd.

Faure en Hartlief noemen in dat verband als mogelijkheden de directe schadeverzekering en de Extra Garantieregeling Beroepsziekten (EGB)³⁹⁵. In het eerste geval is de werkgever verzekerd tegen alle werkgerelateerde schade die een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden overkomt. In het andere geval wordt een collectieve publiekrechtelijke regeling in het leven geroepen waarop werknemers en ambtenaren in het geval van een arbeidsongeval en beroepsziekte een beroep kunnen doen.³⁹⁶

Voor de argumenten voor en tegen van de bewuste regelingen vanuit maatschappelijk oogpunt verwijs ik naar genoemde auteurs, nu dit buiten het bestek van dit onderzoek valt. Ik beperk mij hier tot de vraag wat het vanuit het oogpunt van stelplicht en bewijslast zou betekenen

393. HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 178.

394. HR 30 november 2007, *RvdW* 2007, 1030 (*Knoppen/NCM*). HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 176.

395. Faure & Hartlief 2006, p. 179-207, zie ook Faure & Hartlief 2001.

396. Faure & Hartlief 2006, p. 179-207.

indien een directe schadeverzekering voor *alle* werkgerelateerde schade zou worden ingevoerd. Dat wil zeggen dat de aansprakelijkheid ex artikel 7:611 BW en 7:658 BW onder één noemer zouden moeten worden gebracht.

Thans is er sprake van een schuldaansprakelijkheid³⁹⁷: de werkgever is uitsluitend aansprakelijk wanneer de schade te wijten is aan zijn schuld en er geen disculpatiegrond aanwezig is in de vorm van opzet of bewuste roekeloosheid. Indien dat zou worden omgezet in een risicoaansprakelijkheid³⁹⁸ dan betekent dit dat de werkgever kwalitatief aansprakelijk is voor de schade die de werknemer lijdt, zonder dat sprake is van schuld of verwijtbaarheid van de zijde van de werkgever.

Het criterium voor risicoaansprakelijkheid: werkgerelateerde schade

In het geval van een dergelijke risicoaansprakelijkheid zou het criterium moeten zijn dat de schade *werkgerelateerd* is. Daaronder zou in beginsel *alles* moeten vallen dat een werknemer uit hoofde van de uitoefening van zijn werkzaamheden in redelijkheid gehouden is te doen tijdens de reguliere arbeidstijd. Het moet dus ook in dit geval in beginsel gaan om schade die de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden heeft geleden. Dat criterium moet ruim worden uitgelegd, zodat ook, onder omstandigheden, buiten de reguliere arbeidstijd arbeidsgerelateerde schade kan worden geleden. Denk in dat verband aan de reclasseringsmedewerker³⁹⁹ of aan de KLM-piloot die tijdens zijn verblijf in het buitenland tussen twee vluchten in een ongeval overkomt.⁴⁰⁰

Buiten de reguliere arbeidstijd zou de schade moeten zijn ontstaan als gevolg van een uitdrukkelijke of stilzwijgende opdracht van de werkgever, dan wel een zodanige band hebben met het werk dat dit feitelijk tot het (te verzekeren) risico van de werkgever dient te komen.

Zoals hierboven weergegeven ziet de 7:611 BW-aansprakelijkheid op zaken waarbij de schade in de uitoefening van de werkzaamheden heeft

397. Bij een *schuldaansprakelijkheid* moet er sprake zijn van verwijtbaar gedrag van de aansprakelijk gestelde. Zie hieromtrent nader Spier e.a. 2006, nr. 8 (Bew. Spier), p. 6.

398. Voor een *risicoaansprakelijkheid* hoeft er niet in alle gevallen sprake te zijn van schuld en/of onrechtmatig handelen. Risicoaansprakelijkheid wordt gebruikt voor het toerekenen van de gevolgen (mede) op basis van andere criteria dan de eigen fout, aldus Spier e.a. 2006, nr. 8 (Bew. Spier), p. 6-7.

399. HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 (*Reclasseringsmedewerker*).

400. HR 18 maart 2005, JAR 2005/100 (*KLM/De Kuisjer*).

plaatsgevonden, maar de werkgever geen zeggenschap heeft over de werkplek (verkeer, eigen auto, thuissituatie etc.).

Algehele verzekeringsplicht werkgever voor werkgerelateerde schade werknemer

Voor verkeersongevallen tijdens werktijd of gerelateerd aan het werk heeft de Hoge Raad al een verzekeringsplicht aangenomen.⁴⁰¹ Naar mijn mening zou het aanbeveling verdienen indien dat voor het *gehele* werkgeversaansprakelijkheidsrecht zou gelden. De premie van de werkgever zal dan afhankelijk zijn van het te lopen risico en van de maatregelen die de werkgever genomen heeft om de risico's zoveel mogelijk tegen te gaan. Zo wordt het mogelijk dat de premie bij 'slechte' werkgevers – dus werkgevers die vaker werknemers hebben die tijdens of in verband met het werk schade lijden – hoger is dan werkgevers die dat niet hebben.

Vereenvoudiging stelplicht en bewijslast

Het vestigen van een risicoaansprakelijkheid – behoudens opzet of bewuste roekeloosheid – betekent dat de disculpatiemogelijkheid van de werkgever ten aanzien van de zorgplicht geheel komt te vervallen. Dat geldt vervolgens ook voor de daarbij behorende stelplicht en bewijslast van die zorgplicht van de werkgever en de stelplicht van de schending daarvan door de werknemer.

Wat dan ook verdwijnt, is de uiterst grillige, en aan een werknemer die het overkomt niet uit te leggen, situatie, dat. Voor de vraag of de werknemer zijn schade vergoed krijgt, niet – uitsluitend – bepalend of het ongeval arbeidsgerelateerd is, maar ook of de werkgever daarvan een verwijt kan worden gemaakt. De *schade* van de werknemer die als 'ervaren dakdekker' door een met isolatiemateriaal afgedekt gat in het dak valt en daarbij ernstig gewond raakt⁴⁰², verschilt niet van de schade van de werknemer die in een showroom of op een bouwplaats ten val komt als gevolg van een ontoelaatbaar hoogteverschil.⁴⁰³ Toch zal in de eerste situatie de werknemer met de schade blijven zitten en in het laat-

401. HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 178 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*) en *RvdW* 2008, 176 (*Maasman/Akzo Nobel*) en HR 12 december 2008, *RvdW* 2009, 35 (*Stichting Maatzorg/Van der Graaf*).

402. HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 176 (*Dusarduyn/Du Puy*).

403. HR 6 juni 2008, *NJ* 2008, 326 en HR 13 juli 2007, *NJ* 2008, 464 (*Van Veghel/Hendriks Bouwbedrijf*) zie ook: HR 11 april 2008, *RvdW* 2008.

ste geval – vanwege een (arbo)normschending van de werkgever – niet. Dit verschil is het gevolg van de keuze van de wetgever voor een schuld aansprakelijkheid en niet voor een risicoaansprakelijkheid.

In dat verband zou een voorstel voor een nieuw, vereenvoudigd artikel 7:658 BW er aldus kunnen uitzien:

1. De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.
2. De werkgever is jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die de werknemer in of in verband met de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoont dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.
3. De werkgever is gehouden het krachtens het tweede lid op hem rustende risico afdoende te verzekeren.
4. Van de leden 1, 2 en 3 en van hetgeen titel 3 van Boek 6, bepaalt over de aansprakelijkheid van de werkgever kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken.
5. Hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, is overeenkomstig de leden 1 tot en met 4 aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt. De kantonrechter is bevoegd kennis te nemen van vorderingen op grond van de eerste zin van dit lid.

Ongevallen

Door de disculpatiemogelijkheid ten aanzien van de zorgplicht (de tweede trap) te schrappen en een risicoaansprakelijkheid met verzekeringsverplichting te introduceren zullen naar mijn mening de eigenlijke arbeidsongevallen sneller tot aansprakelijkheid leiden. In dat geval wordt voorkomen dat iemand die op de werkvloer een ongeval overkomt, dat niet direct te herleiden is tot een schending van de zorgplicht niet buiten de boot valt, zoals nu wel het geval is. Omdat het tweede lid is uitgebreid met schade ‘in verband met’ het werk vallen hier ook zaken onder als werkgerelateerd verkeer en die ongevallen waarbij de schade gerelateerd is aan het werk, maar de werkgever geen zeggenschap had over de werkplek. In dat verband kan voor wat betreft de

vraag welke schade als ‘arbeidsgerelateerd’ kan worden beschouwd, worden aangeknoopt bij de huidige 7:611 BW jurisprudentie.

Beroepsziekten

Hier zal de discussie vervallen of de werkgever ten tijde van de blootstelling state of the art maatregelen heeft genomen. Wat blijft is de vraag of er sprake is van causaal verband tussen de blootstelling aan een voor de gezondheid gevaarzettende situatie en de opgetreden (beroeps)ziekte. Daarbij kan de omkeringsregel nog altijd goede dienst doen.

Opzet of bewuste roekeloosheid

Uiteraard zou geopteerd kunnen worden voor een risicoaansprakelijkheid waarbij ook opzet of bewuste roekeloosheid geen rol speelt voor de aansprakelijkheid van de werkgever. Het is echter de vraag of verzekeraars dat risico nog wel willen verzekeren. Het komt mij dan ook voor dat opzet en bewuste roekeloosheid een uitsluitingsgrond blijven voor werkgeversaansprakelijkheid.

5.5.33 *Conclusie werkgeversaansprakelijkheid*

Een werkgever dient op grond van art. 7:658 BW zodanige maatregelen te nemen ter zake van de veiligheid op de werkplek als redelijkerwijs noodzakelijk zijn (lid 1). Hij dient daartoe onderzoek te doen naar de specifieke aan het werk verbonden gevaren. Naar aanleiding daarvan dient hij die maatregelen te nemen en te handhaven die, alle omstandigheden in aanmerking genomen, in redelijkheid van hem kunnen worden gevergd.

Wanneer vaststaat dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden, is de werkgever daarvoor aansprakelijk, tenzij hij aantoont dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Een werkgever kan ook aantonen dat hij de schade – had hij de maatregelen wel genomen – niet had kunnen voorkomen.⁴⁰⁴

404. HR 10 december 1999, NJ 2000, 211.

Artikel 7:658 BW beoogt geen absolute waarborg te scheppen voor de werknemer. In verband met art. 1638x (oud) is deze gedachte meerdere malen uitgesproken.⁴⁰⁵ In recentere arresten heeft de Hoge Raad dit nog eens onderstreept.⁴⁰⁶ Van een kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever voor aan het werk gerelateerde ongevallen is dan ook naar huidig recht geen sprake. Artikel 7:658 lid 1 BW vereist daarentegen wel een hoog veiligheidsniveau van de betrokken werkruimte, werktuigen en gereedschappen, alsmede van de organisatie van de betrokken werkzaamheden; bovendien dient de werkgever het op de omstandigheden van het geval toegesneden toezicht te houden op de naleving van de door hem gegeven instructies, en op behoorlijk onderhoud van werkruimten en materialen.⁴⁰⁷

Het is in beginsel aan de werknemer te stellen en zo nodig te bewijzen dat een oorzakelijk verband bestaat tussen de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd en de uitoefening van de werkzaamheden waarin de schade gesteld wordt te zijn geleden.⁴⁰⁸

Daarvoor geldt in beginsel de hoofdregel van art. 150 Rv.⁴⁰⁹ Weliswaar kan met het oog op de op de werknemer rustende bewijslast een onderzoek door (medische) deskundigen aangewezen zijn voor de beantwoording van de vraag of tussen de door een werknemer verrichte werkzaamheden en de door deze ondervonden klachten oorzakelijk verband, in de zin van *condicio sine qua non*-verband, bestaat, maar vooraleer deze vraag aan de orde kan komen, moet onder meer worden vastgesteld om welke werkzaamheden het in het gegeven geval gaat.⁴¹⁰

Voor beroepsziekten rust het bewijsrisico op de werknemer. Deze moet stellen dat hij daadwerkelijk gedurende zijn werkzaamheden is

405. S.D. Lindenbergh 2000, p. 30 en HR 14 april 1978, NJ 1979, 245 (*Messaoudi/Hoechst*), HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420, (*Roeffen/Thijssen*), HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687, m.nt. PAS (*Power/Ardross*), HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137 m.nt. PAS (*Hollander/Wolfard & Wessels*) en HR 18 september 1998, NJ 1999, 45 (*Van Doorn/NBM*).

406. HR 16 mei 2003, NJ 2004, 176 en HR 12 september 2003, NJ 2004, 177 m.nt. GHVV.

407. HR 11 april 2008, NJ 2008 465 (*Tarioui/Vendrig IJsselstein*).

408. Zie o.a. HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 (*Fransen/Pasteurziekenhuis*), HR 15 december 2000, NJ 2001, 198 (*Van Uitert/Jalas*), HR 4 mei 2001, NJ 2001, 377 (*Bloemsma/Hattuma*) en HR 29 juni 2001, NJ 2001, 476 (*Industomontanza/Banfisc*).

409. Zie HR 20 mei 2005, JAR 2005/155 (*De Bakker/Zee Electronics*) en mijn art. over dit arrest in *ArbeidsRecht* 2005, 40.

410. Zie bijvoorbeeld het arrest HR 20 mei 2005, JAR 2005/155.

blootgestaan aan een gevaarzettende situatie.⁴¹¹ Vervolgens was het eveneens aan de werknemer om te stellen en te bewijzen dat de beroepsziekte *kan* zijn ontstaan door die blootstelling, waarna het causaal verband, behoudens tegenbewijs, wordt voorondersteld.⁴¹² In het arrest *Luyckx*⁴¹³ wordt deze leer nog eens bevestigd.⁴¹⁴ Ook in het arrest *Köpcke*⁴¹⁵ is in feitelijke instanties langs deze zelfde lijn geredeneerd.⁴¹⁶

Staat vast dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden, dan ligt de stelplicht en bewijslast bij de werkgever dat hij die maatregelen heeft genomen die er op dat moment, getit op de stand de techniek, van hem redelijkerwijs konden worden verwacht. Ook kan hij zich disculperen indien hij aantoont dat het arbeidsongeval of de beroepsziekte is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, dan wel dat door de werkgever achterwege gelaten maatregelen de schade in redelijkheid niet hadden kunnen voorkomen.

Ter zake van asbest is het bovendien vaste jurisprudentie, dat, indien vaststaat dat de werkgever niet al die veiligheidsmaatregelen heeft getroffen welke waren vereist met het oog op de aan het werken met asbest verbonden gevaren die hem bekend waren of behoorden te zijn, en dat nalaten de kans op het zich verwezenlijken van destijds nog onbekende gevaren aanzienlijk heeft verhoogd, de werkgever ook voor de gevolgen daarvan aansprakelijk is.⁴¹⁷

In het arrest *Nefalit*⁴¹⁸ oordeelt de Hoge Raad dat, indien het causaal verband tussen de normschending van de werkgever en de door werk-

411. In HR 26 januari 2001, NJ 2001, 597 (*Weststrate/De Schelde*) ging het om een werknemer die *mogelijk* bij de werkgever een asbestkristal had ingeademd. In HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA (*Unilever/Dikmans*) betrof het blootstelling aan gevaarlijke (chemische) stoffen.

412. HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA (*Unilever/Dikmans*). De Hoge Raad paste deze zogenaamde omkeringsregel ook toe in het geval een werknemer een derde (niet zijnde zijn formele of materiële werkgever) aansprak op grond van onrechtmatige daad (HR 17 december 2004, JAR 2005/32).

413. HR 23 juni 2006, JAR 2006/174.

414. In dit arrest kwam de beroepsziekte (ops) niet vast te staan.

415. HR 2 juni 2006, JAR 2006/155 waarin de Hoge Raad de klachten afdoet met art. 81 RO.

416. Het betrof hier een werknemer die er niet in slaagde om aannemelijk te maken dat zijn klachten te 'linken' waren aan een beroepsziekte (RS1).

417. HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683, HR 17 februari 2006, JAR 2006/67 en HR 31 maart 2006, JAR 2006/81 en IOI.

418. HR 31 maart 2006, JAR 2006/81.

nemer geleden gezondheidsschade zich niet eenvoudig laat vaststellen en een deskundige tot het oordeel komt dat die schade niet in overwegende mate aan één partij te wijten is, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om de onzekerheid van het causaal verband geheel ten laste van de werknemer te laten komen. Eveneens onaanvaardbaar, aldus de Hoge Raad, is in die omstandigheden die onzekerheid geheel voor risico van de werkgever te laten komen, in weerwil van de niet zeer kleine kans dat buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheden die aan de werknemer moeten worden toegerekend (zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken), de schade (mede) hebben veroorzaakt. Hierbij verdient opmerking, aldus de Hoge Raad, dat die laatste drie omstandigheden de werknemer weliswaar niet kunnen worden verweten, maar dat deze in de verhouding tot de werkgever voor risico van de werknemer komen.

In het *Eternit*⁴¹⁹ arrest wordt de kans om longkanker te krijgen door de blootstelling aan asbest afgezet tegen voormelde, al dan niet de werknemer bekende, voor zijn risico komende factoren zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende andere mogelijke oorzaken.

De Hoge Raad heeft in het arrest *Kalai/Antoine Petit*⁴²⁰ het feit dat de werknemer in casu voorafgaand aan het tillen van de oven al een slechte rug had, kennelijk niet van belang geacht voor het aannemen van het causaal verband tussen het tillen en de later opgetreden hernia.

Zo kan niet de conclusie worden gesteld, die eerder uit de arresten *Néfalit* en *Eternit* zou kunnen worden gesteld dat een persoonlijke predispositie zonder meer voor rekening en risico van een werknemer behoort te komen en steeds dient te worden vastgesteld of, en zo ja in hoeverre de schending van de zorgplicht ex 7:658 BW van de werkgever heeft bijgedragen aan de opgetreden schade. Uit het arrest *Kalai/Antoine Petit*⁴²¹ zou kunnen worden afgeleid dat dit slechts aan de orde is indien en voor zover de persoonlijke predispositie als *zelfstandige* oorzaak van de ingetreden schade kan worden beschouwd. Een slechte(re) constitutie van een werknemer die tot klachten zouden *kunnen* leiden, maar welke klachten zich tot het ongeval niet hebben geopenbaard, komen voor rekening en risico van de werkgever.

419. HR 31 maart 2006, NJ 2006, 336.

420. HR 27 april 2007, NJ 2008, 462.

421. HR 27 april 2007, NJ 2008, 462.

Daarbij dient, naar mijn mening, een werkgever bij zijn onderzoek naar de aan het werk verbonden gevaren ook de persoon van de werknemer te betrekken. In het bijzonder, indien er voor een bepaalde functie specifieke gevaren zijn die een bijzondere lichamelijke of geestelijke geschiktheid vereisen, zal de werkgever zich er (periodiek) van moeten vergewissen of de werknemer die eigenschappen (nog) bezit. Verzaakt een werkgever die onderzoeksplicht, dan zou, naar mijn mening, een predispositie die een alternatieve oorzaak kan zijn onder omstandigheden ook voor risico van de werkgever moeten komen.

Het hangt van de omstandigheden van het geval af of een werkgever een waarschuwingsplicht heeft, zoals ook blijkt uit het arrest *Perez/Optima hotel*. Die feiten en omstandigheden moeten wel in voldoende mate *gesteld* worden. Dit geldt blijkens het arrest *V/d Hewel/Stichting Utrechtse huizen Leger des Heils*⁴²² ook ten aanzien van het verweer door een werknemer tegen de stelling van de werkgever dat hij aan zijn zorgplicht ex art. 7:658 lid 2 heeft voldaan. Indien een werkgever op grond van voormelde zorgplicht veiligheidsmaatregelen in acht dient te nemen, dient hij in het kader van die zorgplicht ook toe te zien op de naleving daarvan, zo leert het arrest *Feenstra q.q./Haije*⁴²³ nog eens.

Of, en zo ja, wat, er van een werkgever kan worden verlangd en of hij in het bewuste geval uit hoofde van art. 7:658 BW aansprakelijk is, hangt in hoge mate van de omstandigheden van het geval af. Dit betekent dat er op de werknemer een aanzienlijke stelplicht rust ter zake van die feiten en omstandigheden. Die stelplicht ziet niet alleen op de eerste fase, te weten op de situatie waarin moet komen vast te staan dat de werknemer de schade *in de uitoefening van zijn werkzaamheden* heeft geleden. Ook ter zake van de betwisting van de stelling van de werkgever dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, zal de werknemer voldoende moeten stellen. Ook in die tweede fase, waarin de bewijslast ter zake van de zorgplicht op de werkgever rust, mag de rechter werken met een bewijsvermoeden en met tegenbewijs. Aan dat laatste komt, aldus het arrest *V/d Hewel/Stichting Utrechtse huizen Leger des Heils*⁴²⁴ een werknemer niet toe, indien hij zijn stelplicht heeft verzaakt.

Uit de hierboven besproken arresten kan worden afgeleid dat, indien de werknemer zich bewust is van de aard en omvang van zijn stelplicht, in de diverse stadia van de procedure een gerechtvaardigde claim ter

422. HR 25 mei 2007, NJ 2008, 463.

423. HR 9 februari 2007, NJ 2007, 105.

424. HR 25 mei 2007, NJ 2008, 463.

zake van een *ongeval* op de werkplek kans van slagen kan hebben. Mogelijk dat van deze arresten voor werkgevers een preventieve werking uitgaat, in die zin dat zij de onderzoeks- en waarschuwingsplicht serieus nemen, waardoor schade verder kan worden voorkomen. Niet valt te overzien of dit ook geldt voor *beroepsziekten*. In dat verband is het wachten op een arrest waarin een situatie als in het arrest *Eternit* zich heeft voorgedaan zonder dat partijen in onderling overleg de verdeling van de causaliteit door een deskundige hebben laten vaststellen.

Ten aanzien van artikel 7:611 BW gelden de gewone regels van stelplicht en bewijslast voor een werknemer, zij het dat ook hier slechts sprake is van eigen schuld in geval van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. De werknemer moet stellen en bewijzen dat hij schade heeft geleden:

- die arbeidsgerelateerd is – dus in causaal verband met de uitoefening van de werkzaamheden staat -; en
- waarvan alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemend, ondanks het feit dat de werkgever over de situatie waarin de schade is opgetreden geen zeggenschap over de werkplek heeft gehad, de werkgever wel in het kader van zijn zorgplicht ex artikel 7:611 BW als goed werkgever maatregelen had moeten nemen;
- en dat het, gelet op de nauwe verwevenheid met de arbeidsovereenkomst en -situatie en de zorgplicht in het bewuste geval ex artikel 7:611 BW, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om de schade voor rekening en risico van de werknemer te laten;

De aan het gemotoriseerd verkeer verbonden, door velen met grote regelmaat gelopen, risico's van ongevallen hebben mettertijd geleid tot een goede verzekeraarbaarheid van deze risico's tegen betaalbare premies. In het licht hiervan moet worden geoordeeld dat de werkgever uit hoofde van zijn verplichting zich als een goed werkgever dient te gedragen en gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval. De omvang van deze verplichting zal van geval tot geval nader vastgesteld moeten worden met inachtneming van alle omstandigheden, waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan de in de betrokken tijd bestaande verzekeringsmogelijkheden – waarbij mede van belang is of verzekering kan worden verkregen tegen een premie waarvan beta-

ling in redelijkheid van de werkgever kan worden gevegd – en de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (zowel naar aard als naar omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen. De verzekering behoeft in elk geval geen dekking te verlenen voor schade die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, aldus de Hoge Raad in de arresten *Maasman/Akzo Nobel*⁴²⁵ en *Taxicentrale Nijverdal*.⁴²⁶ Deze leer is vervolgens ook uitgebreid ter zake van deelname op andere wijze dan met gemotoriseerd verkeer.⁴²⁷

Gedacht zou kunnen worden aan een sterke vereenvoudigde werkgeversaansprakelijkheid waarbij artikel 7:658 BW en 7:611 BW worden samengebracht in een risicoaansprakelijkheid voor de werkgever met een adequate verzekeringsplicht. De werknemer zal in dat verband slechts hoeven te stellen en bij betwisting te bewijzen dat zijn schade arbeidsgerelateerd is. De werkgever kan zich dan slechts disculperen door te stellen en te bewijzen dat de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid.

5.6 **Einde van de arbeidsovereenkomst**

I ***Einde van rechtswege: de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd***

5.6.1 *Inleiding en wettelijk kader*

Artikel 7:667 BW eerste lid bepaalt dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, wanneer de tijd is verstreken bij overeenkomst, bij de wet of door het gebruik aangegeven. Blijkens het tweede lid is voorafgaande opzegging nodig indien dat bij schriftelijk aangegane overeenkomst is bepaald of indien volgens de wet of het gebruik opzegging behoort plaats te vinden en daarvan niet, waar dat geoorloofd is, bij schriftelijk aangegane overeenkomst is afgeweken. Een arbeidsovereenkomst als bedoeld in lid 1 kan slechts *tussentijds* worden opgezegd indien voor ieder der partijen dat recht schriftelijk is overeengekomen. (lid 3).

Indien een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst, die anders dan door rechtsgeldige opzegging of door ontbinding door

425. HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 176.

426. HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 178.

427. HR 12 december 2008, *RvdW* 2009, 35 (*Stichting Maatzorg/Van der Graaf*).

de rechter is geëindigd, eenmaal of meermalen is voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden, is in afwijking van lid 1 voor de beëindiging van die laatste arbeidsovereenkomst voorafgaande opzegging nodig. De termijn van opzegging wordt berekend vanaf het tijdstip van totstandkoming van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (lid 4).

Van een voortgezette arbeidsovereenkomst als bedoeld in lid 4 is eveneens sprake indien eenzelfde werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkanders opvolger te zijn (lid 5). Voor de beëindiging van een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is voorafgaande opzegging nodig. (lid 6). De leden 7 en 8 behandelen een tweetal nietige bedingen.

Artikel 7:668 lid 1 BW bepaalt vervolgens dat indien de arbeidsovereenkomst na het verstrijken van de tijd, bedoeld in artikel 7:667 lid 1, door partijen zonder tegenspraak wordt voortgezet, zij geacht wordt voor dezelfde tijd, doch telkens ten hoogste voor een jaar, op de vroegere voorwaarden wederom te zijn aangegaan.

Hetzelfde geldt, wanneer in de gevallen waarin opzegging nodig is, tijdige opzegging achterwege blijft en de gevolgen van de voortzetting der arbeidsovereenkomst niet opzettelijk zijn geregeld (lid 2).

Sedert de invoering van de Flexwet in 1999 is het mogelijk geworden om werknemers een drietal opeenvolgende contracten voor bepaalde tijd te geven alvorens een werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt geacht te hebben gesloten met de werkgever (artikel 7:668a BW). Het tweede lid van artikel 7:688a BW bepaalt dat deze bepaling ook geldt voor opeenvolgende werkgevers die geacht kunnen worden elkaars opvolger te zijn (antidraaideurbepaling). Gelet op de aanzienlijke gevolgen die het einde van rechtswege van een arbeidsovereenkomst met zich mee kan brengen voor een werknemer rijst de vraag op wie de stelplicht en bewijslast rust.

Geen vereiste van schriftelijkheid

Opvallend is in dit verband dat de wetgever, anders dan bijvoorbeeld bij de bijzondere bedingen van artikel 7:650 BW, 7:652 BW en artikel 7:653 BW, niet de eis van schriftelijkheid heeft gesteld⁴²⁸. De wet spreekt

428. De Wolff 1999, p. 59.

in het eerste lid over de tijd *bij overeenkomst, bij wet of door het gebruik aangegeven*. Wat hieronder moet worden verstaan, is volgens de parlementaire geschiedenis overgelaten aan de marktsector. Er dient verantwoord gebruik van te worden gemaakt.⁴²⁹ Indien in bepaalde sectoren echter behoefte zou bestaan aan verdere verruiming van het gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten, dan kan dit alleen indien hierover tussen de betrokken sociale partners in het kader van een collectieve arbeidsovereenkomst afspraken zijn gemaakt. Aldus zal naar het oordeel van de minister een verantwoord gebruik van tijdelijke arbeidscontracten voldoende gewaarborgd zijn.⁴³⁰

Strijd met Europees recht?

De Memorie van Toelichting onderschrijft dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd minder gunstig is, maar gaat niet in op de bewijs-technische kant van de zaak.⁴³¹ Er wordt slechts verwezen naar het advies de Stichting van de Arbeid, waarin staat dat de einddatum vast dient te staan dan wel *objectief bepaalbaar* dient te zijn⁴³². Dit criterium is in een lange reeks jurisprudentie vastgesteld⁴³³ en wordt ook in de lagere rechtspraak toegepast.⁴³⁴ Gelet op richtlijn 1999/70/EG⁴³⁵ heeft dit criterium echter een andere lading gekregen. De richtlijn vereist namelijk voor het aangaan van een reeks overeenkomsten voor bepaalde tijd 'objectieve redenen'.

Daaronder wordt verstaan dat het gebruik van tijdelijke contracten wordt gerechtvaardigd door concrete elementen die vooral verband houden met de betrokken activiteit en de uitoefeningvoorwaarden ervan.⁴³⁶ Deze richtlijn is vervolgens bij Wet van 7 november 2002 tot uitvoering van de richtlijn 1999/70/EG van de Raad van de Europese Unie van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP

429. *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 6, p. 12.

430. *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 6, p. 12.

431. *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 7/9.

432. Advies Stichting Raad voor de Arbeid d.d. 3 april 1996.

433. HR 12 november 1936, *NJ* 1937, 247 en HR 8 januari 1952, *NJ* 1952, 243.

434. Ktr. Alphen a/d Rijn, 2 december 1997, *JAR* 1998/43 en Ktr. Zwolle 4 december 1992, *JAR* 1993/4.

435. PbEG 1999, L 175/43.

436. HvJEG 4 juli 2006, *JAR* 2006/175.

gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd geïncorporeerd.⁴³⁷

In de huidige wetgeving is een eis van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet terug te vinden. Wel is een nieuw artikel 649 BW ingevoerd waarin wordt bepaald dat de werkgever geen onderscheid mag maken tussen werknemers voor wat betreft de arbeidsvoorwaarden op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is (lid 1). Voorts bepaalt het artikel dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op het bepaalde in lid 1, vernietigbaar is (lid 2). Artikel 647 leden 2 en 3 zijn van toepassing. Een beding in strijd met lid 1 is nietig (lid 3). De Commissie Gelijke Behandeling, genoemd in artikel 11 van de Algemene wet gelijke behandeling, kan onderzoeken of een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in lid 1. De artikelen 12, 13, 14, 15, 20, tweede lid en 33 van de Algemene wet gelijke behandeling zijn van overeenkomstige toepassing (lid 4).

De vraag is dus of de huidige wet voldoet aan de Europese richtlijn nu *objectief bepaalbaar* iets anders is dan dat het gebruik van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of van en reeks daarvan geschiedt om *objectieve redenen*. Sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is het ongeclausuleerde gebruik van drie contracten voor bepaalde tijd mogelijk zonder dat daarvoor een objectieve reden noodzakelijk is. In de praktijk lijkt het gebruik daarvan een grote vlucht te hebben genomen.

Hoe moet een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden vastgesteld?

De wetgeving geeft geen bijzondere regeling. De literatuur geeft evenmin uitsluitel.⁴³⁸ Dit geldt evenzeer voor de jurisprudentie.

Voor de vaststelling van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dient dan ook bij gebreke van een bijzondere regeling te worden aange-

437. Stb. 2002, 560.

438. Bosse 2003 hoofdstuk 7 laat dit onderwerp onbesproken, evenals Luttmer-Kat losbl. editie Arbeidsovereenkomst aantekeningen op artikel 7:667 BW; Loonstra en Zondag 2008 (par. 5.3) en De Wolff, 1999 (hoofdstuk 3) laten zich er evenmin over uit.

knoopt bij de gewone regelingen van artikel 7: 610, 7:610a en 7:610b BW en bij die van het gewone verbintenissenrecht.

Jurisprudentie bijzondere gevallen

Een arbeidsovereenkomst die van rechtswege eindigt, heeft voor een werkgever voordelen. Hij hoeft geen ontslagvergunning aan te vragen en vervolgens met inachtneming van een opzegtermijn op te zeggen en evenmin is de route van ontbinding ex artikel 7:685 BW noodzakelijk. De werkgever is in beginsel⁴³⁹ geen ontslagvergoeding verschuldigd. Het ligt dan voor de hand dat werkgevers in sommige gevallen de grenzen van de mogelijkheden in dat verband hebben opgezocht.

Van een ongeoorloofde ontduiking of uitholling van art. 7:668a BW is niet reeds sprake door het enkele feit dat werkgever en werknemer overeenkomen dat de werknemer na het verstrijken van een tussenpoos van meer dan drie maanden als bedoeld in dat artikel weer in dienst van de werkgever zal treden.⁴⁴⁰

Artikel 7:668a lid 2 BW, waarin de bepaling in lid één van maximaal drie opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd met een maximum van in totaal drie jaar van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op opeenvolgende werkgevers, geldt niet uitsluitend voor zogeheten 'draaideurconstructies'. Het is ook van toepassing op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Aan de in het tweede lid van art. 7:668a BW voorgeschreven overeenkomstige toepassing van de in het eerste lid bepaalde omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, staat aan een geval als het onderhavige niet in de weg dat de curator de arbeidsovereenkomst regelmatig heeft opgezegd.⁴⁴¹

Wanneer partijen het na ommekomst van de overeengekomen bepaalde tijd het niet eens kunnen worden omtrent de duur van de verlenging geldt dit niet als 'voortgezet zonder tegenspraak' als bedoeld in artikel 7:668 lid 1 BW.

439. Hij zou daarentegen wel schadeplichtig kunnen zijn indien een werknemer aan toont dat het niet verlengen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd discriminatoir is.

440. HR 29 juni 2007, NJ 2007, 355.

441. HR 14 juli 2006, NJ 2007, 101 m.nt. Verhulp.

De Hoge Raad hanteert een aan Haviltex verwante redenering voor de vraag of een werknemer die na ommekomst van een overeenkomst voor bepaalde tijd heeft doorgewerkt, is voortgezet ‘zonder tegenspraak’ in de zin van artikel 7:668 lid 1 BW. Voor toepassing van art. 7:668 lid 1 BW komt het in een geval waarin de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na afloop van de einddatum feitelijk is voortgezet doordat de werknemer enige tijd zijn werkzaamheden is blijven verrichten, erop aan of de werknemer op grond van gedragingen van de werkgever heeft mogen aannemen dat de arbeidsovereenkomst na afloop van de tijd waarvoor deze was aangegaan stilzwijgend werd voortgezet.⁴⁴²

Deze benadering komt mij uit civielrechtelijk oogpunt als juist over: nu er geen eis tot het schriftelijk aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bestaat en de werkgever niet meer of anders heeft aangenomen betekent het op die basis doorwerken van de werknemer hoogstens dat zij – stilzwijgend – heeft ingestemd met een verlenging voor de door de werkgever aangeboden tijd. Een werknemer kan dus niet door de (korte) duur van de verlenging te weigeren een langere duur van de voortzetting forceren tegen de wil van de werkgever in. Het wordt alleen anders indien de werknemer uit uitlatingen en gedragingen heeft mogen afleiden dat de voortzetting bij gebreke van aanvaarding van het schriftelijke (korte) contract, stilzwijgend voor de langere duur is voortgezet. Als gezegd is dat in lijn met de wil-vertrouwensleer en dus met het civiele contractenrecht. De werknemer zal in een dergelijk geval dus moeten stellen, en bij betwisting dienen te bewijzen, dat hij, gelet op de uitlatingen en gedragingen van de werkgever, heeft begrepen en heeft mogen begrijpen dat de het contract voor dezelfde (langere) duur wordt voortgezet als het geëxpireerde contract.

5.6.2 *Stelplicht en bewijslast van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*

Nu, zoals hierboven blijkt, noch uit de wet, noch uit de literatuur, noch uit de jurisprudentie aanknopingspunten te vinden zijn voor een afwijkende stelplicht en/of bewijslastverdeling ten aanzien van de vraag of er een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde tijd is overeengekomen, zal dit antwoord moeten worden gegeven aan de hand van het commune contractenrecht en artikel 150 Rv. Dat betekent

442. HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 564 (*Bauer/Emergis*).

dat als hoofdregel dient te gelden dat een partij die zich op een rechtgevolg beroept daarvan ook de stelplicht en de bewijslast draagt.

In dat geval hangt het er dus van af hoe de vordering is ingekleed of de eisende partij (doorgaans de werknemer, die loon vordert) of de gedaagde partij (die stelt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd), de bewijslast daarvan draagt.

De partij die zich op een bepaalde aard van een overeenkomst beroept die niet blijkt uit enige schriftelijke vastlegging daarvan zal moeten stellen, en bij betwisting bewijzen, dat partijen bij het aangaan van die overeenkomst die aard (bepaalde tijd of onbepaalde tijd) voor ogen heeft gestaan.⁴⁴³ Voor een werknemer zal het niet zelden ondoenlijk zijn (zo niet onmogelijk) om getuigen te vinden die daaromtrent iets ter zake dienend ten faveure van zijn standpunt willen of kunnen zeggen. Zo er al getuigen bij het sollicitatie- of arbeidsvoorwaardengesprek aanwezig zijn geweest, zijn die dikwijls (nog steeds) in dienst van de werkgever en derhalve niet bereid om hun betrekking te riskeren door het getuigen tegen de eigen werkgever. De vraag of nu een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of voor onbepaalde tijd is aangenomen, kan worden bewezen met alle wettelijke bewijsmiddelen, zoals het horen van getuigen⁴⁴⁴. Is er twijfel dan moet de werkgever opzeggen.⁴⁴⁵

Is de huidige situatie wenselijk?

Allereerst is het de vraag of er ook in de Nederlandse wet de eis moet worden opgenomen dat er sprake moet zijn van een objectieve grond voor het sluiten van een contract voor bepaalde tijd. Het antwoord op deze vraag kan niet los worden gezien van het gehele stelsel van ontslagrecht. Zolang voor ontslag in beginsel een preventieve toets geldt, zal er een grote behoefte bestaan om werknemers, ongeacht aard, sekse of afkomst eerst een contract voor bepaalde tijd te geven. Een werknemer krijgt dan sneller een kans dan dat de werkgever direct voor onbepaalde tijd is gebonden en naar het UWV WERKbedrijf (voorheen: cwi) of de kantonrechter moet wanneer het na enkele maanden niet blijkt te werken.

De vraag is daarbij wel of het wenselijk is een werknemer die zonder contract aan de slag gaat in welke vorm dan ook het *bewijsrisico* moet

443. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*).

444. HR 8 december 2000, NJ 2001, 56.

445. Rb. Middelburg, 26 februari 1997, JAR 1998/II.

dragen. De Laet constateert dat er van het rechtsvermoeden van artikel 7:610a en 7:610b BW een preventieve werking uitgaat des dat de werkgever zijn afspraken beter op papier zet.⁴⁴⁶ Die werking zal naar mijn mening ook uitgaan van de eis van schriftelijkheid. Wil een werkgever een werknemer voor een bepaalde periode aannemen, dan zal hij dat naar mijn mening dus schriftelijk moeten doen. Ik acht het een omissie van de wetgever die dient te worden hersteld. Schriftelijkheid dwingt werkgevers immers de tijdsaanduiding voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst ondubbelzinnig ter instemming en ondertekening aan de werknemer voor te leggen en voorkomt misbruik achteraf.⁴⁴⁷

II Einde van het dienstverband door opzegging door de werkgever

5.6.3 *Inleiding en wettelijk kader*

Uit artikel 7:667 BW volgt dat indien een arbeidsovereenkomst niet van rechtswege verstrijkt deze dient te worden opgezegd.

Ingevolge artikel 6 BBA is voor die opzegging, behoudens de in lid 2 BBA genoemde uitzonderingen, toestemming van het UWV-WERKbedrijf (voorheen CWI genaamd), hierna ook aangeduid als 'UWV', vereist. Ook dient een opzegtermijn in acht te worden genomen. De lengte daarvan wordt bepaald door artikel 7:672 BW, tenzij in een CAO of individuele arbeidsovereenkomst een andere termijn is overeengekomen.

De wet definieert de term opzegging niet. Artikel 7:667 BW ev. bepalen slechts *in welke gevallen* dient te worden opgezegd en of, en zo ja, welke opzegtermijn in acht dient te worden genomen. Onder opzegging wordt verstaan de eenzijdige rechtshandeling, waarbij de ene partij aan de andere te kennen geeft de tussen hen geldende overeenkomst te willen beëindigen.⁴⁴⁸

Opzegging dient plaats te vinden volgens artikel 7:667 BW indien dat schriftelijk is overeengekomen, wet of gebruik opzegging voorschrijven of het (overeengekomen) tussentijdse opzegging van een arbeids-

446. De Laet 2006.

447. Doordat een werkgever opeens stelt dat de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd of voor de duur van een bepaald project was dat nu voorbij is zonder dat dit vooraf uitdrukkelijk zo is overeengekomen.

448. Vgl. Heerma van Voss 2007, p. 135. In gelijke zin: Loonstra & Zondag 2008, p. 341.

overeenkomst voor bepaalde tijd is. In geval van een dringende reden kan onmiddellijk, zonder inachtneming van een opzegtermijn, worden opgezegd.

Een opzegging kan vernietigbaar zijn indien het in strijd is met de vereiste toestemming van het UWV (artikel 9 BBA), maar ook indien het in strijd is met een opzegverbod. (artikel 6:677 lid 5 BW, artikel 8 AWGB en artikel 9 WGBHCZ).

Een opzegging kan ook 'onregelmatig' zijn. Daaronder wordt verstaan dat de opzegging is gedaan zonder inachtneming van de opzegtermijn en/of aanzegdag, dan wel in het geval het een tussentijdse opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betreft die niet uitdrukkelijk is overeengekomen.

Een opzegging kan ook kennelijk onredelijk zijn, zelfs indien die met toestemming van het UWV en met inachtneming van opzegtermijn en aanzegdag is gedaan (artikel 7:681 BW). Daarop wordt hierna apart ingegaan in paragraaf 5.6.10 t/m 5.6.13.

5.6.4 *Stelplicht en bewijslast opzegging door de werkgever*

De stelplicht en bewijslast van de opzegging berusten op de partij die zich op de rechtsgevolgen daarvan beroept. Dit is doorgaans de opzeggende partij, maar kan onder omstandigheden ook de wederpartij zijn. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie dat de opzeggende partij deze opzegging later ontkent of tracht daarop terug te komen.

Opzegging is een eenzijdige rechtshandeling en behoeft door de andere partij niet te worden aanvaard. Een eenmaal gedane opzegging die de andere partij heeft bereikt, kan dan ook niet meer door de opzegger worden ingetrokken. Met de wederpartij zal moeten worden afgesproken dat de gedane opzegging zonder rechtsgevolg is. Voor verdere behandeling van de perikelen rond de opzegging van de werknemer wordt hier verwezen naar paragraaf 5.6.9.

Voor de procedure bij het UWV en met betrekking tot de vraag of er sprake is van een dringende reden gelden bijzondere regels zodat deze procedures hierna in paragraaf 5.6.21 t/m 5.6.24 respectievelijk 5.6.5 t/m 5.6.8 afzonderlijk zullen worden behandeld.

5.6.5 *Ontslag op staande voet: inleiding en wettelijk kader*

Een ontslag op staande voet heeft voor een werknemer⁴⁴⁹ verstrekking gevolgen. Hij raakt zijn baan kwijt en wordt schadelijktig. Ook hoeft hij niet te rekenen op een ww-uitkering.⁴⁵⁰ Dat betekent naar mijn mening dat op grond van artikel 7:611 BW van een werkgever kan worden verwacht dat hij voorafgaand aan het ontslag op staande voet zorgvuldig onderzoek doet, alvorens hij tot het geven van het ontslag op staande voet overgaat. Dat betekent enerzijds dat de werkgever de hem ter beschikking staande mogelijkheden om een ontslag op staande voet aan te tonen ook moet benutten en in het kader van de stelplicht (en bewijslast) in het geding brengen. Anderzijds betekent dit dat een werkgever dit middel zelf zorgvuldig gebruikt waarvoor het bedoeld is, te weten als een ultimum remedium voor die situatie waarin het van een werkgever ècht niet langer kan worden gevergd dat hij de arbeidsovereenkomst laat voortbestaan. Hij dient daarbij alle omstandigheden van het concrete geval af te wegen en daarbij ook de persoonlijke omstandigheden van de betrokken werknemer te betrekken.

Uit artikel 7:667 BW volgt, als gezegd, dat indien een arbeidsovereenkomst niet van rechtswege verstrijkt deze dient te worden opgezegd. Daarbij dient in beginsel⁴⁵¹ een vergunning van het UWV te worden gevraagd en verkregen. Vervolgens dient bij de opzegging de voor het geval geldende opzegtermijn in acht te worden genomen.

Dit alles is niet vereist in het geval er sprake is van een opzegging wegens dringende reden. Artikel 7:677 BW eerste lid bepaalt voorts dat de partij die onverwijld (dus zonder inachtneming van de daartoe geldende opzegtermijn) opzegt *zonder* een dringende reden of zonder gelijktijdige mededeling van die dringende reden schadelijktig is. Artikel 7:678 BW 1. Voor de werkgever worden als dringende redenen in de zin van lid 1 van artikel 7:677 BW beschouwd zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werk-

449. Omgekeerd zal het van de positie en de omstandigheden afhangen of en, zo ja, in hoeverre een ontslag *name* op staande voet voor een werkgever schade oplevert. Uiteraard geldt voor deze spiegelbeeldsituatie *mutatis mutandis* hetzelfde.

450. Sommige werkgevers maken hier bewust misbruik van door een werknemer eerst op staande voet te ontslaan om dan vervolgens een veel lagere regeling dan gebruikelijk is aan te bieden. Ik ben van mening dat een dergelijke praktijk zou moeten worden afgestraft met een veel hogere vergoeding dan $c = 1$.

451. Behoudens de uitzonderingen van artikel 2 BBA.

gever redelijkerwijze niet kan gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Bedingen waarbij aan de werkgever de beslissing wordt overgelaten of er een dringende reden in de zin van artikel 7:677 lid 1 BW aanwezig is, zijn nietig (lid 3). Voor de werknemer worden als dringende redenen in de zin van artikel 7:677 lid 1 BW beschouwd zodanige omstandigheden, die ten gevolge hebben dat van de werknemer redelijkerwijze niet kan gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (artikel 7:679 eerste lid BW).

De dringende reden heeft een objectieve zijde, dat wel zeggen dat objectief beschouwd sprake moet zijn van een dringende reden in de zin van artikel 7:678 en 7:679 BW⁴⁵². Daarnaast heeft de dringende reden ook *een subjectieve zijde*. Het moet ook voor *deze* werkgever een dringende reden opleveren.⁴⁵³ Wat bijvoorbeeld voor de ene persoon uiterst schokkend taalgebruik is, kan voor de andere behoren tot het normale dagelijkse jargon.

5.6.6 *De dringende reden formeel: de inhoud en omvang van de ontslagmededeling*

Hoewel de *werknemer* na een door de werkgever gegeven ontslag op staande voet een procedure als eisende partij tegen zijn werkgever dient in te stellen, kan die werknemer volstaan met het enkele *stellen* dat er bij gebreke van een (tijdig medegedeelde) dringende reden geen sprake is van een geldig ontslag op staande voet. De werkgever is gehouden de dringende reden te stellen en te bewijzen, omdat de reden rechtsverhinderend is.⁴⁵⁴ Dit vloeit dit overigens ook uit artikel 7:677 BW voort⁴⁵⁵ en is vaste jurisprudentie.⁴⁵⁶ Gaat die reden op dan verliest de werknemer zijn recht op doorbetaling van loon (in geval van een beroep op artikel 9 BBA) of van de schadevergoeding ex artikel 7:677 BW tweede

452. Zie bijvoorbeeld: Loonstra & Zondag 2008, p. 391-395. Zie ook: Heerma van Voss 2007, p. 145.

453. Zo zullen taalgebruik en omgangsvormen die in de Rotterdamse haven gebruikelijk zijn dat niet zijn bij een chique advocatenkantoor.

454. Asser 2004a, p. 243.

455. Asser 2004a, p. 243.

456. Zie bijvoorbeeld: HR 28 november 1969, NJ 1970, 139, HR 26 april 1974, NJ 1975, 103, HR 4 december 1981, NJ 1982, 605 m.nt. PAS, HR 14 mei 1982, NJ 1982, 604 m.nt. PAS, HR 21 mei 1982, NJ 1982, 605, m.nt. PAS, HR 15 oktober 1982, NJ 1983, 355, HR 13 april 1984, NJ 1985, 231 m.nt. WHH, HR 17 januari 1986, NJ 1986, 732, HR 13 juni 1986, NJ 1986, 764 m.nt. PAS, HR 12 mei 1989, NJ 1989, 596, HR 27 september 1996, NJ 1997, 42,

lid. Staat de dringende reden vast dan is het vervolgens aan de werknemer om te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij een rechtvaardigingsgrond had voor zijn gedrag dat de dringende reden opleverde.⁴⁵⁷

Ditzelfde geldt voor verweren als zou het ontslag op staande voet niet onverwijld zijn gegeven. Voor het antwoord op de vraag of een ontslag op staande voet al dan niet onverwijld is gegeven, is beslissend het tijdstip waarop de dringende reden ter kennis is gekomen van degene die bevoegd was het ontslag te verlenen.⁴⁵⁸ Ook van dit feit rust de stelplicht⁴⁵⁹ en de bewijslast bij de werkgever dat hij dit *wel* heeft gedaan. De werknemer heeft dus wel een stelplicht in die zin dat hij het verweer moet voeren, maar in beginsel geen bewijslast van de feiten en omstandigheden die aan dat verweer ten grondslag liggen.

Dat wil niet zeggen dat de werknemer vervolgens geheel achterover kan leunen. Van de werknemer kan immers daartegenover een voldoende gemotiveerde betwisting worden verlangd.⁴⁶⁰ Omdat een op zichzelf geldig ontslag op staande voet, wat betreft de gevolgen, te ingrijpend kan zijn, gelet op de persoonlijke omstandigheden van de betrokken werknemer⁴⁶¹, draagt de werknemer van *deze* omstandigheden wel degelijk de stelplicht *en* bewijslast. Dit geldt ook voor bovenvermelde rechtvaardigingsgrond. In feite is dit een beroep op artikel 6:2 BW en 6:248 BW, te weten dat een beroep op een dergelijke grond naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit moet door de rechter vervolgens worden afgewogen tegen het feit dat een ontslag op staande voet aan de werknemer niet verwijtbaar hoeft te zijn. Dit hangt af van de aard van de dringende reden en de concrete omstandigheden.⁴⁶²

Ook moet vast komen te staan dat de medegedeelde dringende reden de werknemer ook daadwerkelijk heeft bereikt. Eerst vanaf het moment dat de mededeling de werknemer heeft bereikt begint de termijn van 6 maanden ex artikel 6 jo. 9 BBA voor het invoeren van de nietigheid van het ontslag te lopen.⁴⁶³

457. Asser 2004a, p. 244.

458. HR 27 april 2001, NJ 2001, 421 (*L./Wennekes Lederwaren*).

459. HR 26 april 1996, NJ 1996, 609.

460. HR 27 september 1996, NJ 1997, 42 (*Brinkman GmbH/Theelen*).

461. HR 20 juni 2003, NJ 2003, 523. Zie ook: HR 22 februari 2002, NJ 2003, 174.

462. HR 3 maart 1989, NJ 1989, 549 en HR 29 september 2000, NJ 2001, 560. (*alcoholver-slaving*).

463. HR 10 augustus 1990, NJ 1991, 229 m.nt. PAS.

De *omvang* van die stelplicht en bewijslast wordt bepaald door de gegeven ontslagmededeling. Die fungeert als een soort ‘tenlastelegging’. Datgene wat aan het ontslag ten grondslag is gelegd, moet worden bewezen en moet vervolgens ook nog kunnen worden gekwalificeerd als een dringende reden in de zin van artikel 7:678 of 7:679 BW. De *facto* begint de stelplicht en bewijslast van de werkgever al bij de formulering en de vorm van de ontslagmededeling. Uit het arrest *Y/Willemse Jansplaats Assurantiën*⁴⁶⁴ blijkt dat, indien van een door de werkgever als ‘dringende reden’ voor ontslag aan de werknemer medegedeeld feitencomplex, na betwisting door de werknemer, slechts een gedeelte in rechte komt vast te staan, het ontslag niettemin zal kunnen gelden als te zijn verleend om een dringende, onverwijld medegedeelde reden indien:

- a. het vorenbedoelde gedeelte op zichzelf beschouwd kan worden als een dringende reden voor ontslag op staande voet,
- b. de werkgever heeft gesteld, en ook aannemelijk is, dat hij de werknemer ook op staande voet zou hebben ontslagen indien hij daarvoor niet meer grond zou hebben gehad dan in rechte is komen vast te staan, en
- c. dit laatste voor de werknemer in het licht van de gehele inhoud van die aanzegging en de overige omstandigheden van het geval ook duidelijk moet zijn geweest.

Dat betekent dus dat aan de formulering van de ontslagredenen bijzondere aandacht moet worden besteed en hoge eisen worden gesteld. Van elke afzonderlijke reden moet worden aangegeven dat die *op zichzelf* reeds voor de werkgever of werknemer een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert, doch *zeker* in combinatie met de andere redenen. De schriftelijke vastlegging of bevestiging van de mededeling helpt de werkgever te bewijzen *dat* de ontslagmededeling is gedaan en wat de exacte *inhoud* daarvan is geweest.

Een *werknemer* die stelt ontslag te hebben genomen, omdat de *werkgever* hem een dringende reden heeft gegeven voor ontslagname, draagt daarvan de stelplicht en de bewijslast.

464. HR 16 juni 2006, NJ 2006, 340; zie ook HR 1 september 2006, *RvdW* 2007, 777, (*X/Buwa Schoonmaakdiensten*) welke uitspraak alleen online is gepubliceerd. De Hoge Raad herhaalt hier de regel uit het arrest *Y/Willemse Jansplaats Assurantiën*.

5.6.7 *De dringende reden materieel**Inleiding*

Een dringende reden kan zich in vele gedaantes voordoen. Het betreffen immers zodanige daden, eigenschappen of gedragingen, dat van de andere partij (dat kan ook de werknemer zijn, zie artikel 7:679 BW) redelijkerwijze niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

De wet noemt in het tweede lid van artikel 7: 678 en 7:679 BW een aantal niet-limitatieve voorbeelden. In beginsel hoeft de gedraging die een ontslag op staande voet voor de andere partij oplevert, niet *verwijtbaar* te zijn.⁴⁶⁵ De Hoge Raad wijkt daarmee af van de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever.⁴⁶⁶

Ook kan iets wat in eerste instantie een dringende reden is, door tijdsverloop tussen het feit en de datum waarop het aan het licht komt, niet langer worden gekwalificeerd als een dringende reden.⁴⁶⁷ Het kan zelfs betreffen een herhaling van feiten die op zichzelf geen dringende reden opleveren.⁴⁶⁸

Een op zichzelf niet ernstige gedraging, zoals te laat komen of het niet opvolgen van redelijke opdrachten kan door de aard en omvang of bij herhaling onder omstandigheden wel worden gekwalificeerd als een dringende reden. Doorgaans is dan wel van belang dat de werknemer is gewaarschuwd of anderszins weet of behoort te weten dat de volgende keer een ontslag op staande voet kan opleveren.

Wanneer een werkgever beleid heeft dat door de werknemer (schriftelijk) is aanvaard, kan zelfs een overtreding daarvan door de werknemer in privé-tijd een dringende reden opleveren indien de werkgever bij de handhaving van dat beleid voldoende belang heeft. Bij de beantwoording van de vraag of een dergelijke inbreuk op de persoonlijke levenssfeer gerechtvaardigd is, dient, aldus de Hoge Raad, te worden onderzocht of de inbreuk makende handeling een legitiem doel dient en

465. HR 29 september 2000, NJ 2001, 560 (*G/Nutricia*) en HR 3 maart 1989, NJ 1989, 549 (*Choai/NS*).

466. Kuip 1993, hoofdstuk 3 en p. 433-434.

467. HR II mei 2001, NJ 2001, 401.

468. HR 20 juni 2003, NJ 2003, 523: het bij herhaling niet voldoen aan een op zichzelf redelijke opdracht van de werkgever kan in beginsel een dringende reden opleveren.

of is voldaan aan het noodzakelijkheidscriterium, het proportionaliteitscriterium en het subsidiariteitscriterium.⁴⁶⁹

De gezichtspuntencatalogus van Quist

Of er sprake is van een dringende reden wordt in beginsel beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Quist heeft naar aanleiding van de door de Hoge Raad in de verschillende uitspraken geformuleerde regels een gezichtspuntencatalogus opgesteld *welke* omstandigheden van het geval er in dat kader toe doen.⁴⁷⁰ Hij noemt in dat verband:

1. de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt;
2. de aard van de dienstbetrekking;
3. de duur daarvan;
4. de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld;
5. de persoonlijke omstandigheden, zoals (a) de leeftijd van de werknemer en (b) de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben.⁴⁷¹

Quist concludeert dat deze uit de Hoge Raad jurisprudentie gedestilleerde regels niet onverkort door de lagere rechtspraak wordt overgenomen.⁴⁷²

Naar mijn mening kan dan worden verklaard door het feit dat de vraag of er in het bewuste geval sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, in cassatie een gemengde beslissing is met een aanzienlijke feitelijke component. Deze component is wat betreft beoordeling voorbehouden aan de feitenrechter. Dat betekent naar mijn mening dat factoren 1 en 2 zien op een foute kwalificatie, c.q. een verkeerde toepassing van artikel 7:678 BW en 7:679 BW, en punten 3 t/m 5 op een uitvloeisel van artikel 6:2 BW, 6:248 BW en 7:611 BW: dit zijn omstandigheden die maken dat de redelijkheid en billijkheid een ontslag op staande voet onaanvaardbaar maken, ondanks een gedraging die op zichzelf ernstig genoeg is om een dringende reden op te leveren.

De werkgever zal in beginsel de punten 1 en 2 aan zijn ontslag op staande voet ten grondslag leggen. Op een werknemer die op staande

469. HR 14 september 2007, *RvdW* 2007, 763.

470. Quist 2007.

471. Quist 2007, p. 14.

472. Quist 2007, par. 4.1.

voet wordt ontslagen rust, in het kader van zijn verweer tegen het ontslag op staande voet, de stelplicht van de als in punt 3 t/m 5 bedoelde feiten en omstandigheden, alsmede van het feit dat die aan een rechtsgeldig ontslag op staande voet in de weg staan. Het zijn naar mijn mening geen omstandigheden die een (feiten)rechter ambtshalve moet toetsen zonder dat daarop een beroep is gedaan, omdat hij dan buiten het debat van partijen zou treden. Mogelijk verklaart dat ook waarom de lagere rechter niet opgemelde punten 1 t/m 5 altijd onverkort toepast.

Hieronder zullen de stelplicht en bewijslast van enkele veel voorkomende ontslagredenen worden besproken.

Werkverzuim als gevolg van werkweigering wegens gestelde, maar niet gebleken arbeidsongeschiktheid

Werkverzuim kan een dringende reden voor ontslag op staande voet opleveren. Dit is in beginsel niet het geval wanneer het werkverzuim het gevolg is van ziekte van de werknemer.⁴⁷³ De stelplicht en bewijslast van de verhindering wegens arbeidsongeschiktheid op grond van ziekte rusten in beginsel op de werknemer. De werknemer wordt daarbij geholpen door het systeem van de Wet Verbetering Poortwachter, waarbij de werkgever niet alleen de werknemer onverwijld door een deskundige op arbeidsongeschiktheid moet doen onderzoeken, maar zelfs een actief re-integratiebeleid moeten voeren. In veel gevallen kan het oordeel van de Arbo-arts als bewijs dienen. Artikel 7:629a BW vereist in het geval de Arbo-arts negatief omtrent de arbeidsongeschiktheid heeft beslist een second opinion van het UWV als voorwaarde voor de ontvankelijkheid van de loonvordering.

De werknemer dient, als gezegd, te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij ziek was. Vervolgens rust op de werkgever dan weer de bewijslast dat de werknemer toch *arbeidsgeschikt* was, lees: dat de werknemer met die aandoening gewoon kon werken.⁴⁷⁴ Ook wanneer de werkgever

473. HR 14 december 2001, NJ 2002, 58 (*H./BN International*) en HR 26 april 1996, NJ 1996, 489. Zie voor loondoorbetaling tijdens ziekte paragraaf 5.3.7.

474. HR 3 oktober 1997, NJ 1998, 83 (*Hardeman/Motel E3 Eindhoven Exploitatie BV*) HR 13 juni 1986, NJ 1986, 764). Dit is niet anders indien de werkgever ten tijde van de werkweigering in redelijkheid heeft mogen aannemen dat de werknemer niet arbeidsongeschikt was (vgl. onder meer HR 20 september 1991, NJ 1991, 768).

ten tijde van de ontslagaanzegging in redelijkheid heeft mogen aannemen dat de werknemer arbeidsgeschikt was, maakt dit niet anders.⁴⁷⁵

Indien de werkgever ongeoorloofde werkweigering als dringende reden voor ontslag op staande voet aanvoert en de werknemer zich daartegen verweert met een beroep op arbeidsongeschiktheid, moet de werkgever in beginsel bewijzen dat de werknemer arbeidsgeschikt was⁴⁷⁶. Dit is niet anders indien de werkgever ten tijde van de werkweigering in redelijkheid heeft mogen aannemen dat de werknemer *niet* arbeidsongeschikt was⁴⁷⁷.

Het verweer van de werknemer dat de werknemer wel degelijk arbeidsgeschikt is werkt rechtsverhinderend, omdat dan de verhindering wèl voor rekening en risico van de werknemer komt en de hoofdregel 'geen arbeid geen loon' geldt.

In paragraaf 5,3,7 is al aan de orde geweest dat de wetgever in artikel 7:629a BW van de werknemer verlangt dat hij een second opinion aanvraagt en die in de loonvorderingsprocedure overlegt.

In het arrest *Internationale Controle Maatschappij BV/H*⁴⁷⁸ heeft de rechtbank geoordeeld dat voorshands, behoudens tegenbewijs, moet worden aangenomen dat de op staande voet – wegens ongeoorloofd verzuim – ontslagen werknemer arbeidsongeschikt was, en dat de werkgever m.b.t. de vordering tot doorbetaling van loon tegenbewijs kon leveren door te bewijzen, evenals zij m.b.t. de vordering tot nietigverklaring van het ontslag had te doen, dat de werknemer in die periode arbeidsgeschikt was. Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van de rechtbank niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting dat zich hier de situatie voordoet als bedoeld in art. 7:629a tweede lid BW⁴⁷⁹ gezien het tijdsverloop en de aard van de ziekte (psychische aandoening) zoals deze blijkt uit het rapport van de door de Kantonrechter benoemde deskundige.

In het arrest *H/BN International BV*⁴⁸⁰ oordeelde de Hoge Raad dat werkverzuim van de werknemer in beginsel geen dringende reden voor

475. Zie onder meer HR 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 83.

476. HR 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 83 en HR 13 juni 1986, *NJ* 1986, 764.

477. HR 20 sept. 1991, *NJ* 1991, 768.

478. HR 5 oktober 2001, *NJ* 2001, 633.

479. De door het eerste lid voorgeschreven verklaring van door Lisv (thans UWV) benoemde deskundige hoeft niet te worden overgelegd ingeval zulks in redelijkheid niet van de werknemer kan worden gevergd.

480. HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 58.

ontslag op staande voet oplevert, indien de werknemer ten tijde van het werkverzuim arbeidsongeschikt was. Dit is niet anders in het geval dat de werkgever ten tijde van de ontslagaanzegging in redelijkheid heeft mogen aannemen dat de werknemer arbeidsgeschikt was. In beginsel dient de werkgever te bewijzen dat de werknemer ten tijde van het werkverzuim arbeidsgeschikt was⁴⁸¹.

Medische klachten en een dringende reden

Het feit dat een werknemer uitvalt met medische klachten kan onder bijzondere omstandigheden een dringende reden opleveren. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een werknemer die daarmee blijkt geeft in ernstige mate de voor de functie benodigde eigenschappen te missen. Een werknemster die als verkoopster is aangenomen en na een week met rugklachten uitvalt, omdat zij bij aanvang van het dienstverband een rugaandoening had waarbij zij niet langere tijd achtereen kan staan, had deze aandoening moeten melden, omdat deze haar ongeschikt maakte voor de bewuste functie van verkoopster. Onder omstandigheden kan het van een werknemer worden verwacht dat hij melding maakt van eerdere medische klachten, als gevolg waarvan hij geruime tijd arbeidsongeschikt is geweest.⁴⁸²

In dat geval zal de werknemer, die op staande voet is ontslagen, omdat hij kort na indiensttreding is uitgevallen met dezelfde – werkgerelateerde – klachten als gevolg waarvan hij bij een eerdere werkgever geruime tijd arbeidsongeschikt is verklaard, moeten stellen en bewijzen dat hij de eerdere arbeidsongeschiktheid heeft gemeld en/of dat hij ten tijde van de indiensttreding geen klachten (meer) had en dat hij ook niet de verwachting behoefde te hebben dat die spoedig na aanvang van de werkzaamheden zouden terugkeren.⁴⁸³ Het zal van het debat van partijen afhangen of dit moet geschieden door het leveren van bewijs of door tegenbewijs.

481. Zie bijvoorbeeld: HR 3 oktober 1997, NJ 1998, 83.

482. Vznr. Ktr Haarlem 15 augustus 2007, JAR 2007/256.

483. Zie ook Rb. Rotterdam 1 april 1999, JAR 1999/99; geen loon bij verzwijging ziekte bij indiensttreding; in casu had een ontslag op staande voet naar mijn mening eveneens rechtsgeldig geweest.

Werkweigering die niet is gelegen in (gestelde) ziekte of arbeidsongeschiktheid

Wanneer de werkweigering *niet* is gelegen in een door de werknemer gestelde ziekte van die werknemer, dient in beginsel de werknemer de rechtvaardigingsgrond voor zijn weigering te stellen en te bewijzen. De werkgever dient te stellen en te bewijzen dat de bewuste weigering, gelet op alle omstandigheden van het geval, een dringende reden oplevert.

De werknemer moet in de gelegenheid worden gesteld om uit te leggen *waarom* hij in de gegeven omstandigheden de opdracht heeft geweigerd.⁴⁸⁴ Komt dat onvoldoende uit de verf, dan kan aan de werkgever te bewijzen worden opgedragen dat hij de werknemer die gelegenheid wel degelijk heeft gegeven.⁴⁸⁵ Over deze rechtvaardiging is in de literatuur gedebatteerd.⁴⁸⁶

Het komt mij voor als een toepassing van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:2 BW, 6:248 BW en 7:611 BW. Immers, door aldus te handelen ontnemt de werkgever aan de werknemer de mogelijkheid om, alvorens tot ontslag over te gaan, zijn zijde van het verhaal te laten horen. Dan behoort bij de werkgever ook het volledige (bewijsrechtelijke) risico te liggen van het bestaan van de dringende reden en daarmee de geldigheid van het ontslag. De werkgever die geen hoor- en wederhoor toepast alvorens hij tot een ontslag op staande voet overgaat, kan dus in de procedure erachter komen dat hij *dacht* een dringende reden te hebben, doch na het horen van de reden van de werknemer die alsnog ziet verdampen. De enkele weigering van een werknemer de door de werkgever vastgestelde redelijke voorschriften omtrent controle bij ziekteverzuim na te leven, levert niet een dringende reden in de zin van art. 7:677 lid 1 BW op. Dat sluit echter de mogelijkheid niet uit dat de niet-naleving van de bedoelde voorschriften gepaard gaat met andere feiten en omstandigheden die, in onderlinge samenhang, wel het oordeel wettigen dat een dringende reden aanwezig is.⁴⁸⁷

484. HR 19 september 1980, *NJ* 1981, 131 m.nt. PAS.

485. HR 21 november 1980, *NJ* 1981, 143 m.nt. WHH.

486. Welke verspringsing Heemskerk in zijn noot onder HR 21 november 1980, *NJ* 1981 niet kan verklaren en die annotator Stein onder het arrest HR 19 september 1980, *NJ* 1981, 131 het zoekt in de goede trouw. Asser 2004a, p. 248 ziet deze twee arresten als een toepassing van de afwijking van de hoofdregel van artikel 150 Rv op grond van de redelijkheid en billijkheid *avant la lettre*.

487. HR 8 oktober 2004, *NJ* 2007, 480 m.nt. GHVV.

Ontslag op staande voet wegens diefstal; gebruik van bewijs verkregen door het gebruik van verborgen camera's

Wil een ontslag op staande voet wegens diefstal door een werknemer geldig zijn dan moet die (juridische kwalificatie) diefstal door de werknemer komen vast te staan.⁴⁸⁸ Er zal duidelijk moeten worden gesteld en bewezen dat *deze* bewuste werknemer zich aan diefstal of verduistering heeft schuldig gemaakt. Het feit bijvoorbeeld dat er bij een bedrijf gestolen wordt en de werknemer een strafblad heeft en het 'waarschijnlijk wel zal hebben gedaan' is daartoe onvoldoende.

Een methode om dat bewijs te kunnen leveren is het plaatsen van verborgen camera's. Op 1 januari 2004 is de wetgeving ten aanzien van de strafbaarstelling van het plaatsen van verborgen camera's aangescherpt. Artikel 139 f Sr. betreft opnamen op een niet toegankelijke plaats luidt sindsdien:

'Met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft:

- 1°. hij die, gebruik makende van een technisch hulpmiddel waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, opzettelijk en wederrechtelijk van een persoon, aanwezig in een woning of op een andere niet voor het publiek toegankelijke plaats, een afbeelding vervaardigt;
- 2°. hij die de beschikking heeft over een afbeelding welke, naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, door of ten gevolge van een onder 1° strafbaar gestelde handeling is verkregen.'

Artikel 441b Sr ziet op opnamen die heimelijk worden gemaakt op een voor publiek toegankelijke plaats en luidt sinds 1 januari 2004:

'Met hechtenis van ten hoogste twee maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft hij die, gebruik makende van een daartoe aangebracht technisch hulpmiddel waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, van een persoon, aanwezig op een voor het publiek toegankelijke plaats, wederrechtelijk een afbeelding vervaardigt.'

488. Zie bijvoorbeeld HR 26 januari 2001, *JAR* 2001/40 (*Wapenaar/Taxi Hofman*) en HR 24 maart 2006, *JAR* 2006/99 (*Elsinghorst/Middelkoop*).

Blijkens de parlementaire geschiedenis beoogt de wet inbreuken op de privacy tegen te gaan⁴⁸⁹. Het komt er op neer dat een werkgever, wil hij niet in strijd met één van deze twee artikelen handelen, op duidelijke wijze kenbaar maakt dat met de mogelijkheid van inzet van verborgen camera's rekening moet worden gehouden. Dat kan bijvoorbeeld gebeuren door middel van een mededeling aan de OR, een vermelding in de arbeidsovereenkomst, een brief op het prikbord in de kantine of een niet te missen aankondiging in het personeelsblad.⁴⁹⁰

Op grond van het arrest *Wennekes*⁴⁹¹ was een ontslag op staande voet op basis van heimelijke video-opnamen geoorloofd, indien er geen alternatieven zijn om diefstal door werknemers aan te tonen.⁴⁹² De Hoge Raad oordeelde in het arrest HR 21 juni 2002, NJ 2003, 690 – een zaak, waarin geen arbeidsverhouding aan de orde was – dat volgens de hoofdregel van art. 177 (oud) Rv op de gevolmachtigde de bewijslast rust van zijn stelling dat het bedrag waarvan vaststaat dat hij het als gevolmachtigde voor de volmachtgever had ontvangen, aan deze heeft afgedragen. Nu de gevolmachtigde de stelling dat hij commissie heeft betaald, heeft aangevoerd als grondslag van zijn verweer dat hij van zijn verplichting tot betaling is bevrijd, rustte de bewijslast van de betaling van de commissie op de gevolmachtigde.

Voormelde arresten dateren echter van vóór de invoering de Wet uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht (artikel 139f Sr). Sinds de inwerkingtreding daarvan dient een werkgever de *mogelijkheid* van heimelijk cameratoezicht op de werkvloer aan de werknemers kenbaar te maken.⁴⁹³ Voor een werkgever is het aan te raden een dergelijke bekendmaking te doen.

489. *Kamerstukken II* vergaderjaar 2000-2001, 27 732, nr. 3 (MvT), p. 1-3.

490. *Kamerstukken II* vergaderjaar 2000-2001, 27 732, nr. 7 (MvT), p. 1-4 en Koevoets 2006, p. 45-48.

491. HR 27 april 2001, NJ 2001, 421.

492. Zie over onrechtmatig verkregen bewijs ook Koevoets 2006, p. 82 ev. En over heimelijk cameratoezicht hoofdstuk 2 i.h.b. paragraaf 2.3.4.1.

493. In de in *RAR* 2005, 30 gepubliceerde uitspraak achtte de voorzieningenrechter die kenbaarheid niet aanwezig. In de in *RAR* 2006, 12 gepubliceerde uitspraak wordt die kenbaarheid wel aangenomen, nu de werkgever een daartoe strekkend protocol ter goedkeuring aan de OR heeft voorgelegd. Een ondubbelzinnige kennisgeving aan het personeel dat 'de werkgever zich in voorkomende gevallen het recht voorbehoudt om heimelijk camera's op te hangen op de werkvloer teneinde mogelijke onregelmatigheden op te sporen' zou in dat verband ook hebben volstaan.

De uitspraak van de kantonrechter te Zwolle⁴⁹⁴ is één van de eerste waar er na invoering van de nieuwe wet die het heimelijk ophangen van camera's in niet toegankelijke ruimten zonder dat de mogelijkheid dat hiertoe zou kunnen worden overgegaan, kenbaar is gemaakt aan de betrokkenen, in casu werknemers, strafbaar stelt⁴⁹⁵, over de vraag wordt beslist of heimelijk cameratoezicht op de werkplek is toegestaan. Aan het vooraf kenbaar maken is, aldus de kantonrechter, voldaan indien in de vergadering van de OR is gemeld dat in het vervolg heimelijk cameratoezicht zal plaatsvinden. Daarvan was in casu sprake, zodat de in artikel 139f Sr. vermelde wederrechtelijkheid niet aan de orde was.

De Kantonrechter Haarlem heeft geoordeeld dat de aanwezigheid van camera's op duidelijke wijze aan de werknemers kenbaar moet zijn gemaakt, hetgeen in die uitspraak niet het geval was, waardoor werknemers die overduidelijk diefstal c.q. verduistering in dienstbetrekking hadden gepleegd toch weer moesten worden teruggenomen en tewerkgesteld.⁴⁹⁶

Op de werknemer die geld heeft ontvangen voor zijn werkgever rust de stelplicht en bewijslast dat – wanneer vaststaat dat hij dat geld heeft ontvangen – hij dat ook heeft afgedragen.⁴⁹⁷ In het geval dat de werknemer het betreffende bedrag voor de werkgever heeft ontvangen, voor wat betreft het bewijs dat hij dat geld aan zijn werkgever heeft afgedragen en derhalve in beginsel van de administratie van deze laatste afhankelijk is, dat in beginsel op de *werkgever* de bewijslast rust dat het geld niet aan hem is afgedragen. Dit geldt ook in het geval dat de werkgever te dezer zake een geldvordering heeft ingesteld, zoals in deze zaak in conventie is geschied.⁴⁹⁸

Indien op een beeldopname te zien is dat een werknemer goederen wegneemt zal dit op zijn minst een *bewijsvermoeden* opleveren dat de bewuste werknemer zich aan diefstal schuldig heeft gemaakt. Blijkt echter dat hij daarvoor een goede reden had, dan kan dit bewijsvermoeden alsnog worden ontzenuwd.

494. Voorzieningenrechter te Zwolle (sector kanton – locatie Zwolle), 11 november 2005, *RAR* 2006, 12.

495. Zie hierover onder meer: Roelofs 2003, Ostendorf 2003, Van der Stroom 2001, p. 23/24; Koevoets 2004, p. 39 en Scheepstra en Estourgie 2006, 27.

496. Vzng. Rb Haarlem 22 december 2004, *RAR* 2005, 30.

497. HR 27 september 1996, *NJ* 1997, 42.

498. HR 22 januari 1993, *NJ* 1993, 665. Zie ook TVVS 1993/4, p. 106 (MGR).

In het arrest *Elsinghorst/Middelkoop*⁴⁹⁹ ging het op dat punt voor de werkgever mis, ondanks het feit dat op video te zien was dat Middelkoop en zijn echtgenote buiten werktijd goederen uit het magazijn van Elsinghorst haalden. De op het eerste gezicht verdachte omstandigheden bleken uiteindelijk zodanig genuanceerd dat de dringende reden alsnog niet kwam vast te staan. Hieruit blijkt weer eens dat het enkele feit dat op beeld is vastgelegd dat een werknemer eigener beweging buiten werktijd goederen uit het magazijn heeft gehaald nog niet dat *daarmee* ook een diefstal of een verduistering zonder meer vaststaat. Bewezen zal moeten worden dat hij dit heeft gedaan met het oogmerk zich deze goederen wederrechtelijk toe te eigenen.

Wanneer een werknemer wordt verdacht van het opzettelijk toe-eigenen van de door hem in de nachtkluis van de bank te deponeren dagopbrengsten, zal hij wanneer hij daarop op staande voet wordt ontslagen in het kader van *zijn* stelplicht voldoende gemotiveerd de stelling van de werkgever dat de bedoelde dagomzetten niet bij de bank zijn aangekomen moeten betwisten.⁵⁰⁰

Omdat, als gezegd, uit dergelijke beelden wel een *bewijsvermoeden* zou kunnen worden geput, kan van de werknemer in een dergelijk geval worden verwacht dat hij voldoende feiten en omstandigheden stelt en bewijst die dat bewijsvermoeden ontzenuwen. Hij zal dus een logische verklaring moeten stellen en zo nodig bewijzen voor zijn handelen. Deze route kan bijvoorbeeld goede diensten doen in het geval van een strafrechtelijke veroordeling, waarvan nog een appel of cassatie loopt.

Wanneer het gaat om vermeende diefstal of verduistering van 'zwart' geld (dat niet in de administratie van de werkgever verantwoord is), dient de bewijslast en daarmee het risico dat geen bewijs van de afdracht van de gelden geleverd kan worden, niet te rusten op de werknemer, maar op de werkgever, in wiens opdracht de werknemer heeft gehandeld.⁵⁰¹

De dringende reden betreft (mede) de privésfeer van de werknemer

De dringende reden voor een werkgever is ruim geformuleerd: zodanige eigenschappen en of gedragingen van de werknemer dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet langer kan gevegd. Dit kunnen

499. HR 24 maart 2006, JAR 2006/99.

500. HR 19 november 1999, NJ 2000, 103 (*R/cur. Escom*).

501. HR 4 mei 1984, NJ 1984, 609.

ook gedragingen of eigenschappen zijn die zich hebben voorgedaan of geopenbaard buiten werktijd. Dit kan zijn een personeelsfeest, maar ook een gedraging in privé-tijd die onverenigbaar is met de functie of met de door de werkgever uitgevaardigde en te handhaven beleid. Een werkgever kan daarbij inbreuk maken op de privé-sfeer van de werknemer door bepaald gedrag in privé-tijd te verbieden.

Bij de beantwoording van de vraag of een dergelijke inbreuk gerechtvaardigd is, dient, aldus de Hoge Raad⁵⁰², te worden onderzocht of de inbreuk makende handeling een legitiem doel dient en of is voldaan aan het noodzakelijkheidscriterium⁵⁰³, het proportionaliteitscriterium⁵⁰⁴ en het subsidiariteitscriterium.⁵⁰⁵ De stelplicht en de bewijslast van de werkgever die een dringende reden (mede) baseert op gedrag in de privé-tijd, zal moeten stellen en bewijzen dat aan die drie criteria is voldaan.

5.6.8 Conclusie

Een ontslag op staande voet heeft voor een werknemer⁵⁰⁶ verstrekkinge gevolgen. Hij raakt zijn baan kwijt en wordt schadelijktig. Ook hoeft hij niet te rekenen op een ww-uitkering. Dat betekent naar mijn mening dat op grond van artikel 7:611 BW van een werkgever kan worden verwacht dat hij voorafgaand aan het ontslag op staande voet zorgvuldig onderzoek doet, alvorens hij tot het geven van het ontslag op staande voet overgaat. Dat betekent enerzijds dat de werkgever de hem ter beschikking staande mogelijkheden om een ontslag op staande voet aan te tonen ook moet benutten en in het kader van de stelplicht (en bewijslast) in het geding brengen. Anderzijds betekent dit dat een werkgever

502. HR 14 september 2007, *RvdW* 2007, 763 (*A./Hyatt Aruba NV*).

503. Waaronder wordt verstaan de vraag of de gewraakte handeling een legitiem doel dient en of zij een geschikt middel is om dat doel te bereiken. Vgl. A-G Langemeijer in zijn conclusie vóór HR 14 september 2007, *RvdW* 2007, 763 (*A./Hyatt Aruba NV*).

504. Dit betreft de vraag of de inbreuk op het beschermde recht (in dit geval: de persoonlijke levenssfeer van de werkneemster) evenredig is in verhouding tot het belang van de werkgever bij het bereiken van het beoogde doel. Vgl. A-G Langemeijer in zijn conclusie vóór HR 14 september 2007, *RvdW* 2007, 763 (*A./Hyatt Aruba NV*).

505. Dit betreft de vraag of voor de werkgeefster redelijkerwijs een ander, voor de werkneemster minder belastend middel beschikbaar was om dit doel te bereiken. Vgl. A-G Langemeijer in zijn conclusie vóór HR 14 september 2007, *RvdW* 2007, 763 (*A./Hyatt Aruba NV*).

506. Omgekeerd zal het van de positie en de omstandigheden afhangen of en, zo ja, in hoeverre een ontslagname op staande voet voor een werkgever schade oplevert. Uiteraard geldt voor deze spiegelbeeldsituatie mutatis mutandis hetzelfde.

dit middel zelf zorgvuldig gebruikt waarvoor het bedoeld is, te weten als een ultimum remedium voor die situatie waarin het van een werkgever ècht niet langer kan worden gevegd dat hij de arbeidsovereenkomst laat voortbestaan. Hij dient daarbij alle omstandigheden van het concrete geval af te wegen en daarbij ook de persoonlijke omstandigheden van de betrokken werknemer te betrekken. Vervolgens dient hij dat volledig en zorgvuldig in de ontslagmededeling neer te leggen.

In geval van werkverzuim wegens arbeidsongeschiktheid zal de werknemer doorgaans geholpen worden door het systeem van de Wet Verbetering Poortwachter, waarbij de werkgever onverwijld na de ziekmelding dient te controleren en te beoordelen op arbeidsongeschiktheid. Aan de hand daarvan dient een reïntegratieplan te worden opgesteld. Het ligt op de weg van de werknemer om daaraan zijn medewerking te verlenen en, zonodig, die informatie te stellen die tot zijn domein behoort.

Wanneer de werkgever voor de bewijslevering van diefstal of fraude gebruik wenst te maken van een of meer verborgen camera's, dient hij dit tevoren te melden op straffe van onbruikbaarheid van de beelden als bewijsmateriaal.

III Einde van het dienstverband door opzegging door de werknemer of met wederzijds goedvinden

5.6.9 Vrijwillige ontslagname door opzegging of door een beëindigingsovereenkomst

De beëindiging van een arbeidsovereenkomst door de werknemer zelf kan voor een werknemer aanzienlijke consequenties hebben.⁵⁰⁷ Zo kan hij zijn recht op een ww-uitkering verspelen⁵⁰⁸ en ook kan een eventuele aanspraak op een ontslagvergoeding aldus verloren gaan. Op die manier kan tussen werkgever en werknemer een geschil ontstaan over de vraag of de werknemer daadwerkelijk en gewild ontslag heeft opgezegd of heeft ingestemd met een beëindigingvoorstel. Dat laatste is sedert de afschaffing van de (noodzaak tot de) zogenaamde 'pro-forma' ontbinding des te meer opportuun geworden.

507. Soms ook voor een werkgever, maar dat wordt doorgaans als een ondernemersrisico afgedaan.

508. Dat is met de wetwijziging van 1 oktober 2006 en het daarmee gedeeltelijk vervallen van de verwijtbaarheidstoets niet veranderd.

Primair wordt dit beheerst tot het civiele verbintenissenrecht⁵⁰⁹ dat bij gebreke van een bijzondere regeling⁵¹⁰ onverkort van toepassing is op het arbeidsovereenkomstenrecht. De jurisprudentie heeft daaraan in de loop der jaren een specifiek voor het arbeidsrecht geldende nadere invulling gegeven.

Jurisprudentie

In het arrest *Westhoff/Spronsen*⁵¹¹ oordeelde de Hoge Raad dat de eisen van de goede trouw⁵¹² in verband met de ingrijpende gevolgen die een eenzijdige ontslagneming op staande voet in beginsel voor de werknemer heeft, kunnen meebrengen dat de werkgever, hoezeer zij de betreffende uitingen als een ontslagneming heeft opgevat en mocht opvatten, de werknemer toch niet aan die ontslagneming mag houden indien er niet aan haar zijde sprake is van nadeel als in het onderdeel weergegeven. Dit zal, aldus de Hoge Raad, in het bijzonder het geval zijn indien de werknemer, toen hij deze uitingen deed, niet in staat was zijn wil te bepalen, omdat hij toen in een hevige gemoedsbeweging verkeerde of handelde onder de invloed van een stoornis van zijn geestvermogens.

Voor de uitleg van een beëindigingsovereenkomst geldt ook de Haviltextformule aldus het arrest *Stichting Zorg voor Bejaarden/Deurenberg*.⁵¹³ In het arrest *Ritico/De Stichting voor Maatschappelijke Dienstverlening in West Zeewsch-Vlaanderen*⁵¹⁴ bevestigt de Hoge Raad nog eens dat een werkgever zich ervan moet vergewissen of een werknemer heeft begrepen dat haar vrijwillige instemming met het ontslag werd gevraagd. Uit het tekenen 'voor ontvangst' van de ontslagbrief kan zulks niet worden afgeleid. Er is sprake van misbruik van omstandigheden indien werkgever wist of had moeten begrijpen dat werknemer door bijzondere omstandigheden bewogen werd tot het geven van instemming met beëindiging van arbeidsovereenkomst en de werkgever (desalniettemin) de instem-

509. Aanbod en aanvaarding en de leer van de wilsgebreken. Zie hieromtrent nader Asser-Hartkamp II (2004).

510. Zie over deze materie uitgebreid Konijn 1999 hoofdstuk 3.

511. HR 12 september 1986, NJ 1987, 267.

512. Thans: redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW en 6:248 BW.

513. HR 28 maart 1997, NJ 1997, 438.

514. HR 25 maart 1994, NJ 1994, 390.

ming van de werknemer bevorderde terwijl hetgeen hij wist of had moeten begrijpen hem daarvan had behoren te weerhouden.⁵¹⁵

Ook in het geval van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst door een werknemer bij een overdracht van onderneming dient dit te worden gedaan middels een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring.⁵¹⁶ De inhoud van de beëindigingsovereenkomst kan een 'package deal' bevatten, waarbij wordt afgezien van niet genoten vakantiedagen⁵¹⁷.

In het arrest *Keijzer/Frans Verhagen Couriers*⁵¹⁸ oordeelt de Hoge Raad dat de rechtbank niet blijk heeft gegeven van onjuiste rechtsopvatting door niet een schriftelijke bevestiging van de werknemer te verlangen en de zaak met behulp van andere bewijsmiddelen te toetsen aan de maatstaf dat wil een werkgever zijn werknemer aan een vrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst kunnen houden, sprake moet zijn van een verklaring of gedraging van de zijde van de werknemer die duidelijk en ondubbelzinnig is gericht op beëindiging van de arbeidsovereenkomst, terwijl bovendien de werkgever met redelijke zorgvuldigheid zich ervan moet hebben vergewist dat de werknemer inderdaad beëindiging van de arbeidsovereenkomst beoogt.

Wanneer een werknemer, die verklaarde ontslag te nemen, niet in staat was daartoe zijn wil te bepalen ten gevolge van een stoornis van zijn geestvermogens, kan het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, dat de werkgever, hoezeer hij ook de desbetreffende uitingen heeft opgevat en ook heeft mogen opvatten als een ontslagname, de werknemer daaraan houdt indien niet aan de zijde van de werkgever sprake is van (relevant) nadeel.⁵¹⁹

In het arrest *Grillroom Ramses II*.⁵²⁰ was het omgekeerde aan de hand. Hier was het de werknemer die stelde dat de *werkgever* (schadeplichtig) had opgezegd, waardoor de werknemer zou zijn verlost van een concurrentiebeding. Anders dan voor een werknemer gaat de ongelijkheidscompensatie niet op voor een werkgever: voor hem gelden de gewone regels van stelplicht en bewijslast (dus 150 Rv) en niet de strenge eis van een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werkgever. Ook

515. HR 5 februari 1999, NJ 1999, 652 (*Ameva/Van Verooij*).

516. HR 26 mei 2000, NJ 2000, 566 (*Veenendaal/Van Vuuren*).

517. HR 14 januari 2000, NJ 2000, 187 (*Bouwman/Stichting Research Instituut voor Bedrijfswetenschappen*).

518. HR 13 juli 2001, NJ 2001, 505.

519. HR 15 november 2002, NJ 2003, 60.

520. HR 10 juni 2005, NJ 2005, 395.

dient de werkgever bij het sluiten van een beëindigingsovereenkomst ten aanzien van de voor de werkgever kenbare aanzienlijke belangen die voor de werknemer op het spel stonden, de zorgvuldigheid die de werkgever onder deze omstandigheden tegenover zijn werknemer in acht behoorde te nemen ook daadwerkelijk in acht te nemen en aldus tegenover zijn werknemer geen mededelingen te doen omtrent een voor hem bestaande mogelijkheid tot toekomstige pensioenopbouw zonder zich van de juistheid van die mededelingen te overtuigen.⁵²¹

Stelplicht en bewijslast ontslagname werknemer

Aan een opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer worden bijzonder strenge eisen gesteld. Een werkgever die stelt dat een werknemer zelf ontslag heeft genomen of daarmee heeft ingestemd zal de daartoe benodigde rechtsfeiten moeten stellen en bij betwisting bewijzen. Hierna zal worden onderzocht welke rechtsfeiten dat zijn.

Blijkens het arrest HR 28 mei 1982, NJ 1983, 2 vereist een rechtsgeldige opzegging door de werknemer een ondubbelzinnige en duidelijke wilsuiting van die werknemer gericht op definitieve beëindiging van het dienstverband. Dit heeft te maken met de zeer ernstige gevolgen die zijn verbonden aan het vrijwillig beëindigen van een arbeidsovereenkomst, zoals het mislopen van een ww-uitkering. Dat betekent dat een werkgever zal moeten stellen en zo nodig bewijzen dat de werknemer zich van deze gevolgen bewust is en dit ook zo heeft gewild.

Er moet sprake moet zijn van een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring.⁵²² Dat vereiste houdt niet in dat de werknemer *met zoveel woorden* moet hebben verklaard dat hij de arbeidsovereenkomst opzegt. De opzegging kan ingevolge art. 3:37 lid 1 BW vormloos geschieden en in een of meer verklaringen besloten liggen. Of sprake is van een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring, is een vraag die sterk is verweven met de feiten.

De Hoge Raad heeft de bescherming van de werknemer ook wel gezocht in het stellen van eisen aan het gedrag van de werkgever in die zin dat de werkgever de werknemer alleen dan aan zijn verklaring mag

521. HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 (*Burger Marks/Albert Schweitzer Ziekenhuis*).

522. Zie bijvoorbeeld: HR 20 september 1991, NJ 1991, 785; HR 25 maart 1994, NJ 1994, 390; HR 8 april 1994, JAR 1994/95; HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 171; HR 28 april 1995, NJ 1995, 651; HR 19 april 1996, JAR 1996/116; HR 30 mei 1997, NJ 1997, 611; HR 26 mei 2000, JAR 2000/152.

houden indien hij zich ervan heeft vergewist dat de werknemer inderdaad ontslag wenste te nemen.⁵²³

Deze strenge maatstaf ter beantwoording van de vraag of een werknemer zijn dienstbetrekking vrijwillig heeft willen beëindigen, geldt niet voor de beantwoording van de vraag of een door *de werkgever* afgelegde verklaring strekt tot beëindiging van de dienstbetrekking. Een dergelijke verklaring dient, indien de werknemer deze heeft opgevat als gericht op de beëindiging van de dienstbetrekking maar de werkgever zich op het standpunt stelt dat die verklaring niet die strekking had, beoordeeld te worden aan de hand van de maatstaf van art. 3:33 en 3:35 BW: een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werkgever is niet vereist.⁵²⁴

IV *Gevolgen van opzegging: kennelijk onredelijk ontslag*

5.6.10 *Inleiding en wettelijk kader*

Artikel 7:681 BW bepaalt in het eerste lid dat de rechter aan een partij die al dan niet met inachtneming van de voor opzegging geldende bepaling kennelijk onredelijk opzegt aan de wederpartij steeds een vergoeding kan opleggen. In het tweede lid wordt, niet limitatief, een aantal gevallen opgesomd waarin een opzegging door de werkgever kennelijk onredelijk kan worden geacht. In het derde lid geschiedt dit voor opzegging door de werknemer. Een beding waarbij aan één van beide partijen de beslissing wordt overgelaten of de opzegging al of niet kennelijk onredelijk is opgezegd, is nietig (lid 4). Dit artikel is niet van toepassing op opzegging tijdens de proeftijd.⁵²⁵ Op dit artikel kan ook een beroep worden gedaan nadat de werknemer aanvankelijk de nietigheid van het ontslag ex artikel 6 jo. 9 BBA heeft ingeroepen, maar alsnog 'switcht' naar een instemming met de opzegging met een beroep op de schadeplichtigheid.⁵²⁶

523. Aldus A-G De Vries Lentsch-Kostense in de conclusie (punt 9) vóór HR 10 juni 2005, NJ 2005, 295 (*Grillroom Ramses II*) en Luttmer-Kat, Losbladige editie Arbeids-overeenkomst, aant. 17 en 18 bij art. 7:667 BW.

524. HR 10 juni 2005, NJ 2005, 295.

525. Artikel 7:676 lid 2 BW.

526. Zie bijvoorbeeld HR 7 juni 2002, NJ 2003, 125 m.nt. GHVV.

5.6.11 *Exclusiviteit of cumulatie met andere gronden?*

De regeling van artikel 7:681 t/m 7:683 BW voor het geval een der partijen de dienstbetrekking kennelijk onredelijk doet eindigen moet echter – gezien het specifieke toetsingscriterium, de genuanceerde uitwerking van de gevolgen en de korte verjaringstermijn – als uitputtend worden beschouwd in die zin dat naast deze regeling voor een toetsing van een ontslag aan art. 6:2 BW derde lid, resulterend in een herstel van de dienstbetrekking geen plaats is.⁵²⁷ De in de artikelen 7:681-7:683 BW vervatte regeling staat er niet eraan in de weg dat daarnaast schadevergoeding uit onrechtmatige daad wordt gevorderd in een geval waarin de aan de werkgever verweten gedraging ook, los van de vraag of het ontslag daardoor kennelijk onredelijk is, als een onrechtmatige daad kan worden aangemerkt.⁵²⁸

5.6.12 *Stelplicht en bewijslast formeel*

De partij die van oordeel is dat het ontslag kennelijk onredelijk is zal daartoe voldoende feiten en omstandigheden moeten stellen en draagt daarvan op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv ook de bewijslast.⁵²⁹ De ontslagen werknemer draagt de bewijslast van zijn stelling dat de werkgever de dienstbetrekking kennelijk onredelijk heeft doen eindigen. Dat geldt ook ingeval de grondslag van de vordering bestaat uit de stelling dat de opgegeven ontslagreden ‘vals’ is in de zin van niet bestaand. In dat geval dient de werkgever bij betwisting van de stellingen van de werknemer voldoende feitelijke gegevens ter staving van de opgegeven ontslagreden te verstrekken om de werknemer voor zijn bewijslevering voldoende aanknopingspunten te verschaffen. Laat de werkgever dat na, dan staat het de rechter vrij om daaraan de slotsom te verbinden dat de werkgever niet voldoende heeft weersproken dat het ontslag kennelijk onredelijk is, zodat (tegen)bewijs niet meer aan de orde komt.⁵³⁰

Van de werkgever kan dus worden gevergd dat hij bij zijn betwisting van de stellingen van de werknemer voldoende feitelijke gegevens ver-

527. HR II mei 1979, NJ 1979, 441.

528. HR 3 december 1999, NJ 2000, 235.

529. Zie bijvoorbeeld: Luttmer-Kat aant. 2 op artikel 7:681 BW, Kluwer Losbladige editie Arbeidsovereenkomst; Bosse 2003, p. 234.

530. HR 7 september 2001, NJ 2001, 616.

strekt ter staving van de opgegeven ontslagreden om de werknemer voor zijn bewijslevering aanknopingspunten te verschaffen.⁵³¹ Er rust dus naar mijn mening een verzwaarde stelplicht op de werkgever.

De *werknemer* zal echter steeds voldoende feiten en omstandigheden moeten stellen en bij betwisting bewijzen dat er in dit kader sprake is van hetzij een oneerlijke proceshouding van de andere partij (valse of voorgewende reden), dan wel een van een zodanige wanverhouding tussen de belangen van beide partijen dat hier hetzij een herstel van dienstbetrekking (7:682 BW) hetzij een financiële compensatie op zijn plaats is.

Daarbij verdient het naar mijn mening aanbeveling om te komen tot één uniforme berekening voor zowel de artikel 7:681 BW- als de artikel 7:685 BW-procedure. Het is naar mijn mening onwenselijk dat eenzelfde feitencomplex tot twee volkomen verschillende uitkomsten kan leiden, louter vanwege de gekozen procesrechtelijke route. De aanzet daartoe van het Hof Den Haag van 14 oktober 2008⁵³² is daartoe een stap in de goede richting.

In beginsel is er sprake van een toetsing *ex tunc*. Onder omstandigheden kunnen nadien opgetreden omstandigheden wel een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of dan wel zelfs een aanwijzing opleveren dat de opzegging kennelijk onredelijk is.⁵³³

Ook indien niet de beëindiging van de arbeidsovereenkomst maar de arbeidsongeschiktheid nadelige gevolgen voor de werknemer teweegbrengt, kan de werkgever op grond van art. 7:681 BW gehouden zijn die werknemer een vergoeding toe te kennen. Bij de beantwoording van de vraag welke vergoeding in geval van kennelijk onredelijk ontslag billijk is te achten, dient de rechter alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking te nemen. Met deze regel is onverenigbaar aan te nemen dat de zwaarte van de werkomstandigheden of het feit dat de werknemer als gevolg van zijn werk arbeidsongeschikt is geworden in het bewuste geval alleen dan tot een hogere vergoeding kan leiden indien die omstandighe-

531. HR 25 april 1986, NJ 1986, 624 (*Millenaar/Oerlemans*).

532. Hof Gravenhage 14 oktober 2008, (5x), LJN, BF 8136, 6720, 6790, 8122, 6960. Bij het ter perse gaan van dit proefschrift was nog niet bekend of andere hoven dit voorbeeld volgen.

533. HR 3 april 1992, NJ 1992, 412, HR 17 oktober 1997, NJ 1999, 266, HR 13 april 2001, NJ 2001, 408 waarbij wordt aangeknoopt bij de kantonrechttersformule, zij het dat er in totaal 30% wordt afgetrokken voor de procedure ter verkrijging van een ontslagvergunning en voor de opzegtermijn.

den bovenmatig zwaar waren of niet aan redelijke eisen voldeden en de arbeidsongeschiktheid daaraan kan worden toegerekend.⁵³⁴

De rechter *kan* aanknopen bij de kantonrechtersformule.⁵³⁵ Er zijn ook rechters die deze regeling expliciet niet van toepassing verklaren.⁵³⁶ Indien er een sociaal plan is hangt het ervan af of de werknemer ook aan dat plan gebonden is. Zo ja, dan is het de vraag of er nog een plaats is voor enige toetsing in het kader van artikel 7:681 BW. Naar mijn mening zou dat het geval kunnen zijn indien onverminderde naleving van het sociaal plan in het bewuste geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Is een werknemer niet aan dit plan gebonden, dan vormt het plan – indien dat is overeengekomen door tussenkomst van voldoende representatieve vakbonden – bij de beantwoording van de vraag of een in het kader van een reorganisatie gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, het feit dat de voor de werknemer getroffen voorziening in overeenstemming is met het Sociaal Plan, een aanwijzing dat die voorziening toereikend is, zij het dat de rechter zich niet kan onttrekken aan een beoordeling van de redelijkheid van de voorziening als die wordt betwist.⁵³⁷

5.6.13 *Stelplicht en bewijslast materieel*

De wetgever noemt slechts voorbeelden, waarbij een tweetal grondslagen kunnen worden onderscheiden: (i) de opzegging *zelf* is gedaan zonder opgave van redenen of met een voorgewende of valse reden en/of

534. HR 3 december 2004, NJ 2005, 119 (*Van Ree/Damco*).

535. Zie hierover bijvoorbeeld Losbl. Ed. Kluwer Arbeidsovereenkomst, (Luttmer-Kat.) t.a.p. aant 2. en op artikel 7:681 BW en HR 29 maart 1963, NJ 1963, 247; HR 2 januari 1970, NJ 1970, 155; HR 2 juni 1978, NJ 1979, 529; HR 30 november 1984, NJ 1985, 314; HR 12 mei 1989, NJ 1989, 496.

536. Zie bijvoorbeeld aanvankelijk Hof Den Haag 10 januari 2003, NJ 2003, 394. Echter, blijkens een mededeling van 14 oktober 2008 op rechtspraak.nl laat het Hof Den Haag weten dat het voortaan de kantonrechtersformule als uitgangspunt zal nemen. De uitkomst van de berekening volgens deze formule wordt vervolgens verlaagd met 30%. De verschillen tussen de ontbindingsprocedure (snel, geen toetsing door het UWV (voorheen: CWI) van de ontslagredenen) waarvoor de kantonrechtersformule is bedoeld en de kennelijk onredelijk ontslagprocedure (meestal toetsing door het UWV, in acht nemen van de opzegtermijn) en het criterium 'kennelijk onredelijk' rechtvaardigen naar het oordeel van het hof de verlaging met 30%. Zie ook de uitspraken Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, (5x), LJN, BF 8136, 6720, 6790, 8122, 6960. Bij het ter perse gaan van dit proefschrift was nog niet bekend of andere hoven dit voorbeeld volgen.

537. HR 14 juni 2002, NJ 2003, 324 m.nt. GHVV. Zie over dit arrest ook Alt 2002.

(2) de opzegging is vanwege de *gevolgen* voor de partij tot wie de opzegging is gericht kennelijk onredelijk.

De beoordeling of een opzegging kennelijk onredelijk is, wordt overgelaten aan de (feiten)rechter. Een ontslag kan ook kennelijk onredelijk zijn indien de werknemer geen financieel nadeel van die opzegging ondervindt.⁵³⁸ De vraag wanneer – in de zin van art. 7:681 lid 2 aanhef en onder b BW – mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging, dient te worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval en daarom niet, zoals de rechtbank in het onderhavige geval van opzegging i.v.m. bedrijfsbeëindiging deed, uitsluitend aan de hand van de vraag of de werkgever een afvloeiingsregeling had getroffen en diens financiële mogelijkheden daartoe.⁵³⁹

V *Ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen*

5.6.14 *Inleiding en wettelijke regeling*

Artikel 7:685 BW eerste lid bepaalt dat ieder der partijen te allen tijde bevoegd is zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden. Deze bevoegdheid kan niet worden weggecontracteerd.

Als gewichtige redenen worden beschouwd omstandigheden die een dringende reden als bedoeld in artikel 7:677 lid 1 BW zouden hebben opgeleverd indien de arbeidsovereenkomst deswege onverwijld opgezegd zou zijn, alsook veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen (lid 2).

Het verzoek wordt gedaan aan de ingevolge de tweede afdeling van de derde titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevoegde kantonrechter, dan wel aan de kantonrechter binnen wiens rechtsgebied de arbeid gewoonlijk wordt verricht (lid 3). Het verzoekschrift vermeldt de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt

538. HR 3 september 1993, NJ 1993, 715 en HR 17 oktober 1997, NJ 1999, 266.

539. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 260. (*Wagenmakers/Van Bruggen*).

verricht, alsmede de naam en de woonplaats of bij gebreke van een woonplaats in Nederland het werkelijk verblijf van de wederpartij (lid 4).

De kantonrechter kan, indien het verzoek verknocht is aan een zaak die tussen dezelfde personen al voor een andere rechter aanhangig is, de verwijzing naar die andere rechter bevelen (lid 5). De griffier zendt een afschrift van de beschikking, alsmede het verzoekschrift en de overige stukken van het geding ter verdere behandeling aan de rechter naar wie is verwezen. De behandeling vangt niet later aan dan in de vierde week volgende op die waarin het verzoekschrift is ingediend (lid 6).

Indien de rechter het verzoek inwilligt, bepaalt hij op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt (lid 7). Indien de rechter het verzoek inwilligt wegens veranderingen in de omstandigheden kan hij, zo hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt, aan een van de partijen ten laste van de wederpartij een vergoeding toekennen; hij kan toestaan dat de vergoeding op door hem te bepalen wijze in termijnen wordt betaald (lid 8).

Alvorens een ontbinding waaraan een vergoeding verbonden wordt, uit te spreken, stelt de rechter de partijen van zijn voornemen in kennis en stelt hij een termijn, binnen welke de verzoeker de bevoegdheid heeft zijn verzoek in te trekken (lid 9).

Indien de verzoeker dat doet, zal de rechter alleen een beslissing geven omtrent de proceskosten. Lid 9 is van overeenkomstige toepassing indien de rechter voornemens is een ontbinding uit te spreken zonder daaraan een door de verzoeker verzochte vergoeding te verbinden (lid 10). Tegen een beschikking krachtens dit artikel kan hoger beroep noch cassatie worden ingesteld (lid 11).

De rechtsvoorganger van artikel 7:685 BW, te weten artikel 1639w(oud) is ooit bedoeld voor uitzonderlijke gevallen en diende, aldus bijvoorbeeld Kamphuisen in 1956⁵⁴⁰, met grote terughoudendheid te worden gebruikt. Het liep echter anders. Zoals uit de overzichten die Scholtens over een lange tijd in het tijdschrift *ArbeidsRecht* heeft gepubliceerd⁵⁴¹, blijkt dat toepassing van deze procedure een enorme vlucht heeft genomen.

540. Kamphuisen 1956, p. 226.

541. Zie bijvoorbeeld: *ArbeidsRecht* nr. 3, 2005, p. 3-14, *ArbeidsRecht* nr. 2, 2004, *ArbeidsRecht* nr. 3, 2004, p. 3-14 p. 3-12, *ArbeidsRecht* nr. 2, 2003, p. 31-38, *ArbeidsRecht* nr. 3, maart 2001, p. 7-20, *ArbeidsRecht* nr. 2, febr. 2000, p. 3-16, *ArbeidsRecht* nr. 3, 1999, p. 4-14.

5.6.15 *Aard van de procedure*

De procedure ex artikel 7:685 BW is bedoeld als eenvoudige en snelle procedure. Een ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW op tegenspraak neemt doorgaans 6 weken in beslag. Hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten.

5.6.16 *Stelplicht in de 7:685-BW procedure*

Aangenomen moet worden dat ook hier geldt dat een partij die zich op een rechtsgevolg beroept daartoe voldoende feiten en omstandigheden moet stellen. Zoals in de volgende paragraaf nader uiteen zal worden gezet, is het bewijsrecht niet van toepassing en lopen dientengevolge stellen en het 'aannemelijk maken' feitelijk in elkaar over.

De partij die zich op een rechtsgevolg beroept moet *zoveel* stellen dat ook na de gemotiveerde betwisting door de wederpartij er nog voldoende overblijft om daaruit de conclusie te trekken dat een partij de bewuste feiten en omstandigheden voldoende aannemelijk heeft gemaakt. Dat zal in veel gevallen geen gemakkelijke opgave zijn en tot grote stapels papier over en weer leiden.

5.6.17 *Bewijsrecht niet van toepassing; aannemelijk maken*

Artikel 284 eerste lid Rv verklaart de negende afdeling (Bewijs) van de tweede titel van overeenkomstige toepassing op verzoekschriftprocedures, *tenzij de aard van de procedure zich daartegen verzet*. Zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis is de uitzondering van toepassing op spoedeisende procedures of procedures waarbij er alleen een verzoeker is en geen belanghebbende of de procedure ex artikel 7:685 BW.⁵⁴²

Rood wijst in dat kader op de beslissing van de Hoge Raad in het arrest 3 december 1982, *NJ* 1983, 182 waarin de daarin aangenomen feiten geen gezag van gewijsde voor wat betreft de daarin over en weer aangevoerde feiten en omstandigheden kregen.⁵⁴³ Daarop wordt voortgebouwd in het arrest HR 23 april 1993 *NJ* 1993, 505, waarin de Hoge Raad andermaal oordeelt dat de aard van de procedure als bedoeld in art. 7A:1639w(oud) niet wettigt te aanvaarden dat in een volgend geding

542. *Kamerstukken II* 1999/2000, nr. 3, p. 157-158 (MvT).

543. Rood 2002, hoofdstuk 2.

bindende kracht toekomt aan een beslissing als de onderhavige, vervat in een beschikking ingevolge voornoemde bepaling. De procedure wordt ook niet beschouwd als één waarin bindende kracht toekomt aan de daarin aan de orde geweest zijnde feiten en omstandigheden.⁵⁴⁴

Ook Ynzonides stelt dat de wetgever heeft bedoeld dat het bewijsrecht niet overeenkomstig mag worden toegepast.⁵⁴⁵ Dit betekent dat een regime geldt dat vergelijkbaar is met dat in kort geding: een partij dient zijn stellingen bij gemotiveerde betwisting door de wederpartij *aannemelijk* te maken. Dit betekent dat wel de stelplicht onverkort geldt, maar de rechter vrijer is in de waardering van de bewijsmiddelen. Het belangrijkste verschil is dat – individuele uitzonderingen daargelaten – in veruit de meeste gevallen kantonrechters een voldoende gespecificeerd en ter zake dienend bewijsaanbod afwijzen met de motivering dat de procedure zich niet leent voor een dergelijk diepgaand feitenonderzoek.⁵⁴⁶

544. HR 1 oktober 1999, *NJ* 1999, 738: ‘3.5 Het middel houdt tenslotte de klacht in dat het hiervoor weergegeven oordeel van de Rechtbank zich niet verdraagt met het oordeel van de Kantonrechter te Amsterdam van 15 augustus 1994 dat Lavos buiten staat was Alifriqui enige (passende) arbeid aan te bieden.

Laatstgenoemde beschikking werd gegeven op de voet van art. 7A:1639w (oud) BW. Nu de aard van de procedure als bedoeld in art. 7A:1639w niet wettigt te aanvaarden dat in een volgend geding bindende kracht toekomt aan een op de voet van die bepaling gegeven beslissing als de onderhavige, stond het de Rechtbank vrij te oordelen zoals zij heeft gedaan.’ Zie in dat verband ook HR 3 december 1982, *NJ* 1983, 182 (*Bravenboer/Van Rhee*). Verdere jurisprudentie waarin de Hoge Raad toepassing van het bewijsrecht in de ontbindingsprocedure uitsluit zijn onder meer HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 205 m.nt. PAS (*Boukacem/Martinair Holland*), HR 5 maart 1999, *NJ* 1999, 676, m nt. JBMV, HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 302 m.nt. PAS (*Kuijper/ING*).

545. Ynzonides 2000, p. 346-347.

546. Zie bijvoorbeeld Ktr. 's-Gravenhage 31 maart 2008, *JAR* 2008/134 (*Ad Hoc Beheer B.V./Zandvliet*): ‘8.3 (...) Ook hier geldt dat zonder nader onderzoek, waarvoor echter in deze procedure geen ruimte is, niet kan worden vastgesteld wie van partijen gelijk heeft (...)’. Ktr Eindhoven 10 april 2006, *JAR* 2006/107: ‘(...) 5.1. Boon kan worden toegegeven dat Zuidzorg haar verzoek nauwelijks feitelijk heeft onderbouwd. Bij de dagvaarding zijn gevoegd de arbeidsovereenkomst en een brief van Boon. Twee andere producties kwamen nadat er geen kennis meer van kon worden genomen. Dat is, tegen de achtergrond van alle aantijgingen aan het adres van Boon, erg mager. Boon op haar beurt, heeft een uitgebreid verweerschrift ingediend, met daarbij een groot aantal producties en hoewel de kwaliteit van een zaak niet wordt bepaald door de hoeveelheid producties, is het in een procedure als de onderhavige, waarin een uitgebreid feitenonderzoek niet mogelijk is, een bekend fenomeen dat stellingen die onderbouwing vinden in producties veel eerder het in deze procedures onvermijdelijke predikaat “aannemelijk” krijgen dan stellingen die op geen enkele wijze onderbouwd zijn (...)’

Volgens vaste jurisprudentie, aangeduid als de Baijings/Tulkens-leer, dienen *alle* vergoedingen betreffende het ontslag te worden voorgelegd aan en behandeld door de rechter die over het verzoek ex artikel 7:685 BW beslist, zodat er voor een nadere procedure, bijvoorbeeld ex artikel 6:162 BW of 7:681 BW, geen plaats is.⁵⁴⁷

5.6.18 *Is het wenselijk om het bewijsrecht uit te sluiten?*

De huidige procedure

Op dit moment is de procedure als volgt geregeld. De verzoeker dient een verzoekschrift in met producties op grond waarvan een datum voor een mondelinge behandeling wordt bepaald.⁵⁴⁸ Uiterlijk drie werkdagen voor de zitting kan de verwerende partij een verweerschrift met producties indienen. Vanwege die vaak korte termijn en de inhoud van dat verweerschrift en producties zal de verzoekende partij niet zelden op zoek gaan naar aanvullende producties, teneinde (die van) het verweerschrift te ontkrachten. Op of vlak voor de zitting kunnen dan nog zelfs de laatste producties naar voren komen. Er kan een ware wedloop van stukken ontstaan.⁵⁴⁹ Op de zitting zullen beide partijen doorgaans met verve betogen dat de juistheid van de stellingen uit de door hen overgelegde stukken blijkt.

De rechter zal dan vervolgens in beginsel zonder nadere bewijslevering beoordelen of gestelde feiten al dan niet aannemelijk zijn geworden. Deze beoordeling vertoont verwantschap met de wijze van beoordelen van gestelde feiten in kort geding. Daar is echter sprake van een ‘echte’ voorlopige procedure. Artikel 257 Rv bepaalt immers dat ‘beslissingen bij voorraad geen nadeel toebrengen aan de zaak ten principale’. Kortom een kort gedingvonnis kan worden ‘overruled’ door een uit-

547. Zie bijvoorbeeld: HR 24 oktober 1997, *JAR* 1997/248 (*Baijings*), HR 5 maart 1999, *JAR* 1999/73 (*Tulkens/FNV*) en HR 10 december 2004, *NJ* 2006, 214.

548. Anders dan bij een kort geding bij sommige rechtbanken het geval is, is daarbij niet noodzakelijk dat ook al de verhinderdata van de wederpartij wordt overgelegd.

549. Zie de hierboven al aangehaalde uitspraak Ktr Eindhoven 10 april 2006, *JAR* 2006/107, waarin de kantonrechter refereert aan de overvloed aan producties: ‘(...) en hoewel de kwaliteit van een zaak niet wordt bepaald door de hoeveelheid producties, is het in een procedure als de onderhavige, waarin een uitgebreid feitenonderzoek niet mogelijk is, een bekend fenomeen dat stellingen die onderbouwing vinden in producties veel eerder het in deze procedures onvermijdelijke predikaat “aannemelijk” krijgen dan stellingen die op geen enkele wijze onderbouwd zijn. (...)’.

spraak in de bodemzaak. Gelet op de hierboven genoemde Baijings/Tulkens-leer⁵⁵⁰ is er van enige voorlopigheid van een oordeel ex artikel 7:685 BW geen sprake. Het kan zelfs om aanzienlijke belangen gaan.⁵⁵¹ Vergoedingen van tienduizenden, soms zelfs honderdduizenden euro's kunnen voorkomen. Het elfde lid van dit artikel sluit bovendien hoger beroep en cassatie uit. Waar een werkgever als – doorgaans – de verzoekende partij op basis van het negende lid van artikel 7:685 BW een gelegenheid tot intrekking krijgt wanneer een vergoeding wordt opgelegd, kan de wederpartij van de verzoekende partij – doorgaans de werknemer – niets tegen een beschikking van de kantonrechter ondernemen. Dat betekent dus dat er sprake is van een procedure met de *proceskenmerken* van een 'voorlopige uitspraak' maar met een *uitspraak* die – voor de niet-verzoekende partij – definitief en onherroepelijk is. Dit is slechts anders wanneer de verzoekende partij alsnog van haar intrekkingsovereenkomst gebruik maakt.

Uitsluiting van het bewijsrecht onwenselijk

Als het gaat over de bedoeling van de wetgever bij artikel 7:685 BW dan spreekt men over de bedoeling van de wetgever in 1907. Destijds had de ontbindingsprocedure een ander karakter dan thans het geval is⁵⁵². De procedure is aanmerkelijk in gewicht en belang toegenomen door het toekennen aan de werknemer van aanzienlijke ontbindingsvergoedingen.

A-G Spier achtte het begin 2003 al moeilijk aanvaardbaar dat dergelijke ingrijpende beslissingen in één instantie worden beslist zonder deugdelijk feitenonderzoek.⁵⁵³ A-G Huydecoper⁵⁵⁴ vindt een dergelijke opvatting naar huidige maatstaven in het licht van de Baijings/Tulkens-

550. Zie bijvoorbeeld: HR 24 oktober 1997, *JAR* 1997/248 (*Baijings*), HR 5 maart 1999, *JAR* 1999/73 (*Tulkens/FNV*) en HR 10 december 2004, *NJ* 2006, 214.

551. Er wordt wel gesteld dat het gemiddelde dienstverband 11 jaar duurt en de gemiddelde 'gouden handdruk' ongeveer een jaarsalaris bedraagt. Zie NRC 25 oktober 2008 het artikel van Wilma van Hoeflaken 'Gouden handdruk meestal geen vetpot', waarin tevens wordt aangegeven dat de meeste ontslagvergoedingen liggen tussen de € 50.000,- en de € 100.000,- bruto. Dat het geen 'vetpot' zou zijn ziet op het grote verschil tussen netto en bruto (€ 50.000,- bruto is € 24.000,- netto).

552. Zie bijvoorbeeld hierover: Kuip 1993, p. 116. en Hovens 2005, p. 51.

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

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

leer⁵⁵⁵ van de Hoge Raad en gelet op het feit dat er geen hoger beroep of cassatie openstaat:

‘slecht is te rijmen met het uitgangspunt dat ook toetsing van aspecten rond de beëindiging van de dienstbetrekking die in de ontbindingsprocedure – door het summiere karakter daarvan – niet die aandacht hebben kunnen krijgen die daar in ander verband aan zou toekomen, daardoor toch van verdere beoordeling (kunnen) worden uitgesloten. De regeling hinkt in dat opzicht op twee gedachten die (...) niet gemakkelijk met elkaar in evenwicht zijn te brengen.’⁵⁵⁶

Castermans & Terlouw onderschrijven dit en wijzen met voorbeelden erop dat uitsluiting van het bewijsrecht er bovendien toe kan leiden dat de speciale bewijslastverdeling van artikel 10 AWGB niet wordt toegepast. Nu deze wetgeving een invulling is van de Europese bewijsregels ter zake van discriminatie, komt is het niet toepassen van die regel in strijd met die Europese bewijsregels.⁵⁵⁷

Hovens is van mening dat de jurisprudentie die onder meer het bewijsrecht in ontbindingsprocedures uitsluit, zou moeten worden herzien, nu het niet aangaat om in een procedure die ‘het dagelijks brood’ van de werknemer tot inzet heeft, partijen niet in de gelegenheid stellen hun stellingen te bewijzen door middel van het horen van getuigen.⁵⁵⁸ Hij is met Kuijer en Sagel van mening dat een dergelijke beperking, in combinatie met het appel en cassatieverbod in strijd is met artikel 6 EVRM.⁵⁵⁹

Dat komt mij als juist voor. Zoals in hoofdstuk 1, paragraaf 1.5.5 is aangegeven omvat het recht op een eerlijk proces onder meer:

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

555. Dit betreft de exclusieve werking van de procedure ex artikel 7:685 BW als het gaat om vergoeding ten gevolge van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, des dat daarnaast niet nog wegens datzelfde ontslag meer of andere schade kan worden gevorderd op grond van onrechtmatige daad o.i.d. Zie HR 24 oktober 1997, *JAR* 1997/248 (*Baijings*), HR 5 maart 1999, *JAR* 1999/73 (*Tulkens/FNV*) en recenter: HR 10 december 2004, *NJ* 2006, 214.

556. *JAR* 2004/168.

557. Castermans & Terlouw 2007, p. 196-209.

558. Hovens 2005, p. 53. Zie vervolgens daarmee weer instemmend de conclusie van A-G Spier sub 4.4 voor HR 12 september 2008, *LJN* BD6026.

559. Kuijer & Sagel 2001 en Hovens 2005, p. 53.

- het recht op gelijke proceskansen; dit heeft repercussie op het gebied van het bewijsrecht, maar ziet ook op de wijze waarop men in het geding betrokken wordt (het recht op een begrijpelijke procedure).⁵⁶⁰

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

Ook indien we dit recht beschouwen in het kader van een effectieve toegang tot de rechter als bedoeld in artikel 6 EVRM sluit dat het kunnen leveren van bewijs in. Artikel 6 EVRM garandeert immers tenminste één *volle* instantie, zodat wanneer hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten een partij die instantie dan ook wel ten volle moet kunnen benutten.⁵⁶¹ Daarbij behoort naar mijn mening dat een partij die gelijk heeft dat met alle middelen rechtens (dus ook door middel van het horen van getuigen of het benoemen van deskundigen) moet *kunnen* bewijzen. Anders kan de partij die geen gelijk heeft verhinderen dat zijn wederpartij dat krijgt door eenvoudig met een overvloed aan producties zand in de machine te gooien.

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

Ik ben het dan ook met voornoemde auteurs eens dat de wetgever hier een taak heeft. Het kan niet zo zijn dat er enerzijds beslist wordt over aanzienlijke belangen en aanzienlijke sommen geld en anderzijds een partij die – onderbouwd met stukken en een ter zake dienend bewijsaanbod – haar verzoek of verweer adstrueert en dit naar de prullenbak verwezen ziet met de mededeling ‘dat voor een nader feitenonderzoek in de 7:685 BW-procedure geen plaats is’. Dat klemt temeer daar de *verzoekende partij* nog de krachtens het negende lid van artikel 7:685 BW een termijn wordt vergund het verzoek in te trekken, doch de verwerende partij niet. Een *werkgever* die de uitspraak te gortig wordt,

560. Vgl. Smits 2008, p. 102.

561. Zie A. Knigge 1998, p. 22: uit artikel 6 EVRM volgt dat een verdragstaat een procedure zo dient in te richten en het rechterlijke apparaat zo te organiseren en de feitelijke omstandigheden voor rechtzoekenden zo te beïnvloeden dat de toegang tot de rechter ook werkelijk effectief is en er voor de rechtzoekende een reële mogelijkheid bestaat zijn aanspraken in rechte te effectueren. Zie op dit punt verder Alt 2002.

kan ervoor kiezen het verzoek alsnog in te trekken, waarna de werknemer in dienst blijft. De werknemer mag doorgaans niet het initiatief nemen om zelf ontbinding te vragen – zonder zicht op een andere betrekking, maar dan kan hij ook eenvoudig opzeggen – omdat hij dan door de kantonrechter als ‘gelukzoeker’ wordt aangemerkt en vervolgens door het UWV een uitkering wordt geweigerd, nu hij zelf ontslag heeft gevraagd. Dit zal alleen anders zijn in geval van een dringende reden gegeven door de werkgever aan de werknemer, maar ook dan kan de werknemer onmiddellijk opzeggen. Bovendien is die dringende reden voor de werknemer in een ontbindingsprocedure zonder bewijsrecht moeilijk aan te tonen. Het vragen van ontbinding door een werknemer levert – ten onrechte – nog altijd een groot risico op, als gevolg waarvan een werknemer in een apert onhoudbare situatie de kiezen op elkaar moet doen totdat de werkgever (eindelijk) actie onderneemt, dan wel de werknemer zelf een andere baan heeft gevonden.

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

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

tot bewijs toegelaten omdat hij niet aan zijn stelplicht heeft voldaan. Wanneer het er op aan komt moet het wel *mogelijk* zijn.

5.6.19 *Conclusie*

De heersende leer is op dit moment dat de negende afdeling van de tweede titel van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het bewijsrecht, niet van toepassing is op de procedure ex artikel 7:685 BW. Er is geen hoger beroep of cassatie mogelijk en bovendien bepaalt de Hoge Raad in de *Baijings/Tulkens*-leer dat artikel 7:685 BW exclusieve werking heeft des, dat het niet mogelijk is bij een onjuiste vaststelling van de feiten en daaruit voortvloeiende te lage vergoeding een (bodem) procedure voor de aanvullende schade uit hoofde van het ontslag op te starten.

Dat betekent dat aan een werknemer (en in voorkomende gevallen ook aan de werkgever wanneer de vergoeding te hoog is vastgesteld omdat het verwijtbare gedrag van de werknemer allen maar door getuigenbewijs had kunnen worden geleverd) enerzijds de mogelijkheid om die ene rechtsgang ten volle te benutten wordt onthouden, terwijl dit evenmin door het voeren van een andere procedure kan worden gecompenseerd. Het niet toepasselijk zijn van het bewijsrecht heeft ook implicaties voor de bewijsregeling van artikel 10 AWGB. Die kan daarvoor evenmin ten volle worden benut.

Geconcludeerd moet dan ook worden dat de huidige regeling niet aan de huidige minimale eisen van een civiele procedure voldoet. Het moet immers voor een partij dan ook, gelet op artikel 6 EVRM, mogelijk zijn om tenminste één instantie *ten volle* te benutten, waaronder ook dient te zijn begrepen het horen van getuigen en/of het benoemen van één of meer deskundigen. Nu die mogelijkheid ontbreekt is een dringend ingrijpen door de wetgever vereist.

VI *Ontbinding wegens wanprestatie*

5.6.20 *Inleiding en wettelijk kader*

Artikel 7:686 BW bepaalt dat de artikelen van de 9e afdeling (7:667-7:685 BW einde van de arbeidsovereenkomst) voor geen van beide partijen de mogelijkheid uitsluiten van ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst en van schadevergoeding.

De artikelen 6:265 BW⁵⁶² en verder zijn van overeenkomstige toepassing, zij het dat de ontbinding slechts door de rechter kan worden uitgesproken. Anders dan de procedure ex artikel 7:685 BW betreft het echter hier een dagvaardingsprocedure waarop de regels van stelplicht en bewijslast onverkort van toepassing zijn. Ook hoger beroep en cassatie staan open. Op een partij die stelt dat de andere partij toerekenbaar tekort is geschoten rust de stelplicht en bewijslast daarvan.

VII De procedure bij het UWV-WERKbedrijf ter verkrijging van een ontslagvergunning

5.6.21 *Inleiding en wettelijke procedure*

Een bestuursrechtelijke procedure

De regels ter zake van de stelplicht en bewijslast van de negende afdeling (Bewijs) van de tweede titel van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvorming gelden evenmin voor de procedure bij het UWV-WERKbedrijf (voorheen het CWI), hierna ook aangeduid met UWV. Deze procedure mondt uit in een besluit waarop de Awb van toepassing is.⁵⁶³ Voor de specifieke toepassing van het bestuursrecht verwijs ik hier korthedshalve naar het volgende hoofdstuk. Ik zal hier volstaan met de specifieke kenmerken van *deze* procedure. Er is geen sprake van een volledige bestuurlijke rechtsgang: bezwaar, beroep en hoger beroep zijn uitgesloten.

Een werkgever verzoekt een ontslagvergunning. De werknemer kan op grond van artikel 1:2 Awb als belanghebbende worden aangemerkt, nu hij een eigen en persoonlijk belang heeft bij het al dan niet weigeren of verlenen van de vergunning. Op het verzoek zijn de vereisten van de afdeling 4.1.1. van de Awb onverkort van toepassing⁵⁶⁴.

De procedure bij het UWV heeft een schriftelijk karakter, omdat dit sneller werkt bij grotere aantallen.⁵⁶⁵ Het sluit echter een mondelinge behandeling overigens niet uit.⁵⁶⁶ De bedoeling daarvan is, volgens de

562. Dit betreffen de regels voor ontbinding, schuldeiserverzuim, ingebrekestelling etc.

563. Van Drongelen & Van Rijs 2008, p. 143.

564. Van Drongelen & Van Rijs 2008, p. 144.

565. Van Drongelen & Van Rijs 2008, p. 146.

566. *Kamerstukken I* 1997-1998, 25 263, nr. 132b, p. 8 (MvA). Het UWV voert wel een actief en passief ontmoedigingsbeleid ten aanzien van mondelinge behandelingen

parlementaire geschiedenis, om de schijn van partijdigheid te voorkomen.⁵⁶⁷ Het systeem is, volgens de parlementaire geschiedenis, dat ‘de huidige praktijk van consultatie (op informele basis) van centrale organisaties van werkgevers en werknemers over het door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid te ontwikkelen ontslagbeleid zal worden gecontinueerd.’⁵⁶⁸ De mogelijkheden voor een werknemer die van mening is dat zijn ontslagvergunning ten onrechte is verleend zijn:

- een procedure tegen de (ex) werkgever op grond van artikel 7:682 BW tot herstel van de dienstbetrekking;
- een procedure ex artikel 7:681 BW tegen de (ex) werkgever tot een kennelijk onredelijk ontslag;
- een procedure ex artikel 6:162 BW op grond van onrechtmatige overheidswaard tegen de Staat der Nederlanden.

In alle gevallen dient dus de burgerlijke rechter te toetsen of een niet-rechterlijk college de Algemene Wet Bestuursrecht goed heeft toegepast. Bij gebreke van specifieke regels van stelplicht en bewijslast in het bestuursrecht en de weinig transparante structuur van de ‘informele behandeling’ is dit geen eenvoudige opgave. Een werknemer zal zich dan ook in een procedure ex artikel 7:681 en 7:682 BW naar mijn mening in veel gevallen noodgedwongen moeten beperken tot de stellingname dat de ontslagvergunning is verleend op grond van een valse of voorgevende reden.⁵⁶⁹

De werkgever kan bij een afwijzing zijn geluk opnieuw beproeven, bijvoorbeeld voorzien van een betere onderbouwing (indien dat de grond is geweest waarop het eerder is mis gegaan). De werkgever kan zich voorts tot de kantonrechter wenden ex artikel 7:685 BW teneinde de overeenkomst te laten ontbinden wegens gewichtige redenen. Vaak zal de verhouding door de uww-procedure er niet beter op zijn geworden.

567. Van Drongelen & Van Rijs 2008, p. 146 die dat afleiden uit de MvT. *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 11-19; Ik heb dat aldaar echter niet met zoveel woorden aangetroffen.

568. *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25 263, nr.3, p. 18 (MvT).

569. 7:681 BW tweede lid sub a.

5.6.22 *Het rapport van de Nationale Ombudsman*

In zijn onderzoek komt de Nationale Ombudsman tot een vernietigend oordeel omtrent de uwv-procedure.⁵⁷⁰ Uit dit onderzoek blijkt dat deze procedure, gezien vanuit de positie van de werknemer ronduit oneerlijk is:

‘De cwi-procedure scoort op vrijwel alle belangrijke vereisten voor een eerlijke procedure niet goed voor de werknemer. De werknemer bevindt zich in veel opzichten in vergelijking met de werkgever in een nadelige positie.’⁵⁷¹

Het uwv beschouwt de werkgever als ‘de klant’, maar dat geldt niet voor de werknemer. Verbeteringen van de procedure zijn daardoor vooral gericht geweest op de belangen van de werkgever. De werkgever krijgt voorts meer en actuelere informatie dan de werknemer over het verloop van de ontslagprocedure. Bovendien, als er van de kant van de werkgever onvoldoende informatie is om de aanvraag in behandeling te nemen, dan vraagt het uwv wél informatie op bij de werkgever. Maar als het verweer van de werknemer vragen oproept dan wint het uwv, in strijd met zijn verplichting om de relevante feiten te verzamelen, geen aanvullende informatie in bij de werknemer. Daarnaast komt het voor dat de werkgever buiten medeweten van de werknemer wordt voorgelicht door een medewerker van het uwv die vervolgens ook betrokken is bij de besluitvorming. Door het niet scheiden van deze functies ontstaat de schijn van partijdigheid die veelal in het nadeel van de werknemer uitvalt.⁵⁷²

Uit het rapport blijkt bovendien dat bij een elftal objectieve meetpunten de eerlijkheid van de procedure bij het uwv voor de werknemer steeds negatief uitvalt. Veel punten vallen voor de werkgever juist gunstig uit, terwijl op vijf punten er ook vanuit het belang van de werkgever wel iets te verbeteren valt. Uitdrukkelijk merkt de Nationale Ombudsman hier op dat de keuzes die bij de inrichting van de procedure zijn gemaakt hiervan de oorzaak zijn. Fouten in de procedure werken

570. ‘Naar een eerlijke ontslagprocedure’ rapport van de Nationale Ombudsman over de procedure bij de cwi d.d. 21 november 2007, 2007/260, p. III en IV, te vinden op http://www.ombudsman.nl/rapporten/grote_onderzoeken/2007cwi/documents/rapport2007-260.pdf.

571. Rapport Nationale Ombudsman 2007/260, p. II.

572. Rapport Nationale Ombudsman 2007/260, p. II.

nu eenmaal door in de uitvoering daarvan. Voor de volledigheid kan worden toegevoegd dat een soortgelijke vergelijking van de positie van de werkgever en de werknemer in de ontslagprocedure voor de rechtbank sector kanton, gelet op de voor die procedure geldende waarborgen, veel evenwichtiger zal uitvallen, aldus de Nationale Ombudsman. Onder verwijzing naar hetgeen in hoofdstuk 1, paragraaf 1.5.5 is gesteld, voldoet de procedure bij het UWV in zijn huidige vorm niet aan artikel 6 EVRM. In dat geval moet er immers sprake zijn van een ‘eerlijk proces’ als bedoeld in artikel 6 EVRM hetgeen mede omvat:

- het recht om gehoord te worden, dat wil zeggen om zich in voldoende mate over de zaak uit te laten;
- het recht op gelijke proceskansen; dit heeft repercussie op het gebied van het bewijsrecht, maar ziet ook op de wijze waarop men in het geding betrokken wordt (het recht op een begrijpelijke procedure);⁵⁷³

Zolang een mondelinge behandeling niet plaatsvindt en het UWV de werkgever als ‘klant’ ziet, wordt niet aan deze vereiste voldaan. Met name ontbreekt het dan ook aan gelijke proceskansen. Artikel 6 EVRM wordt hierna ook nog behandeld in het kader van de stelplicht en bewijslast in de procedure bij het UWV.

5.6.23 *Stelplicht en bewijslast procedure bij het UWV-WERKbedrijf*

Het UWV-WERKbedrijf (UWV) beslist op een verzoek aan de hand van het Ontslagbesluit (OB).⁵⁷⁴ Dat betekent dat voor wat betreft de formele, evenals de materiële kant het OB als leidraad dient voor de stelplicht en de bewijslast van partijen.

Artikel 6 BBA strekt ertoe in het belang van zowel de betrokken werknemer als van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag te voorkomen; een voorwaarde als de onderhavige strekt tot behartiging van deze belangen en mag aan de verleende toestemming worden verbonden (vgl. HR 3 mei 1991, NJ 1991, 705).

573. Vgl. Smits 2008, p. 102.

574. 7 december 1998, Strct. 1998, 238 met wijzigingen van 20 december 2001 (Strct. 2001, 249), 12 maart 2002 (Strct. 2002, 53), 10 september 2002 (Strct. 2002, 175), 7 januari 2003 (Strct. 2003, 5), 6 maart 2003 (Strct. 2003, 49), 13 december 2005 (Strct. 2005, 242) 6 december 2006 (Strct. 2006, 243).

De stelplicht dient te betreffen een van de in het OB genoemde gronden. Het OB noemt allereerst, in artikel art. 3:1, een *algemene* toetsingsmaatstaf: het UWV beoordeelt of het voorgenomen ontslag *redelijk* is.⁵⁷⁵ Zij neemt daarbij in aanmerking de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer, en andere belangen voor zover de navolgende regels dit inhouden. Dit betekent dat een werkgever die een ontslagverzoek indient altijd feiten en omstandigheden zal moeten stellen en met stukken zal moeten onderbouwen waarom in dit specifieke geval het ontslag deze redelijkheidstoets kan doorstaan. Het ligt dan op de weg van de werknemer om dit gemotiveerd te weerleggen.

De eerste bijzondere grond is het ontslag wegens *bedrijfseconomische redenen*. In geval van redenen van bedrijfseconomische aard moet de werkgever stellen en bij betwisting aannemelijk maken dat op grond hiervan één of meer arbeidsplaatsen dienen te vervallen. Een werkgever zal aan de hand van zijn bedrijfsgegevens, zoals jaarstukken en accountantsrapportage aannemelijk moeten maken dat er een financiële noodzaak bestaat voor het vervallen van specifieke arbeidsplaatsen en dat het ontslag niet kan worden voorkomen door natuurlijk verloop of overplaatsing.⁵⁷⁶

Voor zover het bij de te vervallen arbeidsplaatsen om uitwisselbare functies gaat, worden per leeftijdsgroep binnen een categorie uitwisselbare functies van de bedrijfsvestiging de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking gebracht, waarbij het aantal werknemers dat per leeftijdsgroep voor ontslag in aanmerking wordt gebracht voor zover mogelijk overeenkomt met de onderlinge verhouding van het aantal werknemers in elk van de leeftijdsgroepen binnen de betreffende categorie uitwisselbare functies. De in de eerste volzin bedoelde leeftijdsgroepen zijn de groepen van 15 tot 25 jaar, van 25 tot 35 jaar, van 35 tot 45 jaar, van 45 tot 55 jaar en van 55 jaar of ouder (4:2 OB eerste lid).

Artikel 5:1 eerste OB lid bepaalt dat toestemming op grond van het in onvoldoende mate voldoen van een werknemer aan de gestelde functie-eisen en ongeschiktheid voor zijn functie, slechts wordt verleend, indien:

- a. de werkgever deze ongeschiktheid aannemelijk heeft gemaakt; en
- b. is vastgesteld dat deze ongeschiktheid niet voortvloeit uit ziekte of gebreken van de werknemer; en

575. Zie ook nader over deze grond Van Drongelen & Van Rijs 2008, p. 157.

576. Van Drongelen & Van Rijs 2008, p. 146.

- c. de werkgever voldoende contact met de werknemer heeft gehad ten einde te trachten verbetering teweeg te brengen in diens functioneren; en
- d. aannemelijk is dat het disfunctioneren van de werknemer niet toe te schrijven is aan onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden van de zijde van de werkgever.

Met betrekking tot de vaststelling, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b (ziekte), wint het UWV, voor het verzoek om toestemming een arbeidsgehandicapte werknemer als bedoeld in de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten betreft, alvorens een beslissing te nemen, het advies in van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (lid 2).

Artikel 5:2 OB eerste lid bepaalt dat indien de werkgever als grond voor opzegging van de arbeidsverhouding aanvoert dat de werknemer tengevolge van ziekte of gebreken niet meer in staat is aan de gestelde functie-eisen te voldoen, de toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding slechts kan worden verleend, indien de werkgever:

- a. deze ongeschiktheid aannemelijk heeft gemaakt en aannemelijk is dat binnen 26 weken geen herstel zal optreden; en
- b. aannemelijk heeft gemaakt dat hij redelijkerwijs niet de mogelijkheid heeft de werknemer binnen 26 weken, indien nodig door middel van scholing, te herplaatsen in een aangepaste dan wel andere functie binnen de onderneming welke voor die werknemer als passend kan worden beschouwd.

De artikelen 3:2 en 4:2 Awb, waarin wordt bepaald dat het bestuursorgaan een onderzoeksplicht heeft respectievelijk de burger een informatielast⁵⁷⁷, zijn, nu het bestuursrecht op de procedure het UWV van toepassing is, leidraad voor de stelplicht en bewijslast. Echter, het onderzoek ex artikel 3:2 Awb van het UWV als bestuursorgaan is slechts zorgvuldig en deugdelijk indien voor dat onderzoek ook de werknemer op eenzelfde wijze in de gelegenheid is gesteld tot informatieverschaffing als de werkgever. Partijen dienen daarbij het recht te hebben te worden gehoord en de mogelijkheid te hebben daadwerkelijk bewijs door het horen van getuigen of het benoemen van een deskundige te leveren, bij gebreke waar-

577. Zie verder hoofdstuk 7, paragraaf 7.4.2 en 7.4.3.

van er geen sprake is van een effectieve toegang tot een rechter ex artikel 6 EVRM.⁵⁷⁸ Er moet sprake zijn van een onafhankelijke rechter ten overstaan van wie een partij ten volle kan worden gehoord. Daarnaast dient een partij, die dat wenst, op een zitting te kunnen worden gehoord. Dat betekent ook dat een partij die zijn gelijk door middel van het leveren van getuigenbewijs wil bewijzen, daartoe daadwerkelijk en effectief in de gelegenheid moet worden gesteld. Ook kan er, zoals hierboven en in paragraaf 1.5.5 al uiteengezet, sprake zijn van de afwezigheid van een eerlijk proces.⁵⁷⁹

Van dit alles is, zoals ook blijkt uit voornoemd rapport van de Nationale Ombudsman, geen sprake.⁵⁸⁰ Het betreft geen onafhankelijke rechter, maar een bestuursorgaan, dat bovendien de werkgever als zijn klant ziet. Anders dan bij 'normale' besluiten van bestuursorganen zijn bezwaar, beroep en hoger beroep uitgesloten.

Daartegen zou kunnen worden aangevoerd dat artikel 7:682 BW in het geval van een kennelijk onredelijke opzegging voorziet in de mogelijkheid herstel van dienstbetrekking te vorderen. In een dergelijke procedure is wel het bewijsrecht van toepassing en is bovendien hoger beroep en cassatie mogelijk. Dat laat echter onverlet dat een eenmaal met toestemming opgezegde arbeidsovereenkomst daadwerkelijk eindigt. De werkgever zal doorgaans inmiddels een andere werknemer op de functie hebben aangesteld. Ook zal de verhouding door de voortgezette procedure er niet beter op geworden zijn. Een werkgever zal dan, in het geval van een door de werknemer gewonnen procedure, na verloop van tijd gedwongen worden tegen zijn zin de werknemer weer in dienst te nemen. Dat is een wezenlijk ander uitgangspunt dan een werkgever die bij het UWV in het stof blijft. Niet alleen is de werknemer dan nog in dienst (en vaak nog gewoon aan het werk), maar ook zal een werkgever eerder geneigd zijn om dan maar te accepteren dat *deze* werknemer op zijn post blijft.

5.6.24 *Conclusie*

Op de procedure bij het UWV-WERKbedrijf (UWV) is het bestuursrecht van toepassing. Dat betekent dat de vrij-bewijsleer van toepassing

578. Zie hieromtrent paragraaf 5.6.18 met betrekking tot het kunnen benutten van tenminste één volle instantie.

579. Vgl. Smits 2008, p. 102.

580. Rapport Nationale Ombudsman 2007/260, p. I t/m IV.

is: een partij die zich op een rechtsgevolg beroept moet feiten en omstandigheden daaromtrent stellen en bij betwisting aannemelijk maken. De gronden waarop het *uwv* toetst staan in het Ontslagbesluit. Naast een algemene grond dat het ontslag ‘redelijk’ moet zijn kan dit ondermeer wegens bedrijfseconomische redenen of wegens ongeschiktheid voor de functie. Arbeidsongeschiktheid kan een grond zijn wanneer die langer dan twee jaar heeft geduurd. Ten aanzien van de bewijslastverdeling geldt de vrij-bewijsleer, doch die zou zó moeten orden ingevuld dat in elk geval de werkgever die feiten en omstandigheden moet bewijzen waarvan hij het rechtsgevolg (verlening van een ontslagvergunning) op baseert. Nu beroep op bestuursrechter en hoger beroep zijn uitgesloten dient, ingevolge artikel 6 *EVRM*, deze ene instantie ten volle te kunnen worden benut. Daaronder vallen niet alleen het recht om te worden gehoord, maar ook het recht om zijn gelijk te bewijzen. Ware dit anders, dan krijgt degene die het meeste papier inlevert gelijk. Ook gelet op het rapport van de Nationale Ombudsman dient deze procedure dringend revisie.

5.7 Conclusie hoofdstuk 5

Het civiele arbeidsrecht komt op diverse momenten hetzij door een wettelijke regel hetzij door een jurisprudentiële, de werknemer als ongelijke contractspartij in zijn stelplicht en bewijslast tegemoet.

Er wordt gebruikt gemaakt van een wettelijk vermoeden bijvoorbeeld met betrekking tot de aard en omvang van de arbeidsovereenkomst (7:610a en b *BW*) of ten aanzien van discriminatie.

Artikel 7:658 *BW* zorgt vooreen ‘echte’ omkering van de bewijslast in het geval een werknemer eerst bewijst dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden.

Een werkgever dient te stellen en te bewijzen dat hij een geldige reden voor ontslag op staande voet heeft gehad, ook al vordert *de werknemer* doorbetaling van loon.

Ten aanzien van arbeidsongevallen en beroepsziekten rust er sinds het arrest *Unilever/Dikmans* een verzwaarde stelplicht op de werkgever met betrekking tot de tot zijn domein behorende stukken. De werknemer wordt in zijn bewijslast terzake van het causaal verband tussen de opgetreden schade en het werk tegemoetgekomen door de zogenaamde ‘omkeringsregel’. Dat causaal verband wordt voorondersteld indien en voor zover aan drie vereisten is voldaan. Ten eerste dient er een blootstelling aan een gevaarlijke situatie vast te staan. Vervolgens dient vast

te staan dat een dergelijke blootstelling de schade tot gevolg *kan* hebben. Tenslotte dient de schade ook daadwerkelijk te zijn vastgesteld. Is aan deze drie voorwaarden voldaan dan wordt een bewijsvermoeden van causaal verband aangenomen, dat door de werkgever kan worden ontzenuwd middels het leveren van tegenbewijs.

Aldus kan worden geconcludeerd dat op die gebieden de werknemer wordt geholpen in zijn procespositie en dat de rechtsbescherming niet op een onacceptabel ongunstig niveau uitkomt.

Merkwaardigerwijs laten wetgever en rechter een dergelijke hulp na in onderdelen van het ontslagrecht, zodat deze conclusie voor dat onderdeel van het arbeidsrecht niet kan worden getrokken. Noch in de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW, noch in de procedure bij het UWV-WERKbedrijf geldt het civiele bewijsrecht. In de eerste procedure achtte de wetgever dat in strijd met de bedoeling (het spoedeisende karakter) van de procedure. De procedure bij het UWV-WERKbedrijf betreft een bestuursrechtelijke procedure, waarin de vrijbewijsleer geldt zoals in het bestuursrecht wordt gehanteerd. In beide gevallen is er geen appel of cassatie mogelijk. Juist omdat de belangen voor individuele werknemers in een ontslagprocedure aanzienlijk (kunnen) zijn, is het de vraag of dit wenselijk is. Het is de vraag of deze procedures de toets van artikel 6 EVRM kunnen doorstaan. Een partij die zijn gelijk door middel van getuigen kan bewijzen moet daartoe immers tenminste in een instantie de mogelijkheid hebben. Na een voltooide procedure bij het UWV-WERKbedrijf waarbij een ontslagvergunning is verleend waarmee is opgezegd, is een gang naar de kantonrechter mogelijk ex artikel 7:681 BW. De kantonrechter toetst dan een bestuursrechtelijk oordeel. In de ontbindingsprocedure houdt het na de ontbinding voor de werknemer op.

De conclusie is dan ook dat het civiele arbeidsrecht op onderdelen met betrekking tot de stelplicht en bewijslast adequate ongelijkheidscompensatie biedt. Tën aanzien van het ontslagrecht kunnen op dit punt aanzienlijke verbeteringen worden aangebracht, te beginnen bij de invoering van het bewijsrecht.

6 STELLEN EN BEWIJZEN IN HET BESTUURSPROCESRECHT VOOR AMBTENAREN

6.1 **Inleiding; plan van behandeling**

In dit hoofdstuk is de stelplicht en bewijslast aan de orde in het voor ambtenaren geldende bestuursprocesrecht. In dat verband wordt onderzocht in hoeverre dat bestuursprocesrecht – en in het bijzonder de regels van stelplicht en bewijslast – eigen regels kent ter compensatie van processuele en van machtsongelijkheid tussen procespartijen. Omwille van de context van het bestuursprocesrecht zal ik eerst aandacht besteden aan de toetsing van het besluit van een bestuursorgaan als kern van het bestuursprocesrecht (6.2) en de ongelijkheidscompensatie in het voor ambtenaren geldende bestuursprocesrecht (6.3). De stelplicht in het bestuursprocesrecht komt aan bod in paragraaf 6.4. Vervolgens komt de bewijslast aan de orde (6.5). De conclusie is opgenomen in paragraaf 6.6.

6.2 **Kern van het bestuursprocesrecht: toetsing van een besluit van een bestuursorgaan**

6.2.1 *Inleiding en begrippen*

Het bestuursrecht is het recht betreffende het handelen van het openbaar bestuur. Het is enerzijds een middel voor de overheid om de samenleving te besturen en beoogt aan de andere kant de burger waarborgen te bieden ten opzichte van het overheidsbestuur.¹ Daarnaast regelt het bestuursrecht ook het intern functioneren van het openbaar bestuur, onder meer door toepassing van het ambtenarenrecht.²

Artikel 107 tweede lid van de Grondwet bepaalt dat de wet algemene regels van bestuursrecht vaststelt. Bestuursbevoegdheid van een bestuursorgaan is gebaseerd op en gelimiteerd door de wet.³ Het begrip ‘wet’ dient ruim te worden opgevat. Het omvat niet alleen een wet in

1. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 1.
2. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 10.
3. Schlössels & Stroink 2006, p. 30 en p. 73-74.

formele zin, maar ook op basis daarvan tot stand gebrachte algemene maatregelen van bestuur en ministeriële verordeningen.⁴

Het voorwerp van bezwaar en beroep in het bestuursrecht is normaliter een besluit.⁵ Dit lijdt uitzondering voor het ambtenarenrecht, vide art 8:1 lid 2 Awb, dat bepaalt: ‘Met een besluit wordt gelijkgesteld een andere handeling van een bestuursorgaan waarbij een ambtenaar als bedoeld in artikel 1 van de Ambtenarenwet als zodanig of een dienstplichtige als bedoeld in hoofdstuk 2 van de Kaderwet dienstplicht als zodanig, hun nagelaten betrekkingen of hun rechtverkrijgenden belanghebbende zijn’. Wat onder een besluit in de zin van de Awb wordt verstaan, bepaalt artikel 1:3 Awb eerste lid: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Datzelfde artikel 1:3 Awb definieert tevens het begrip beschikking: een besluit dat niet van algemene strekking⁶ is, met inbegrip van de afwijzing van de aanvraag daarvan. Onder bestuursorgaan verstaat de Awb in artikel 1:1 eerste lid (a) een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld of (b) een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed. Het tweede lid noemt een aantal uitzonderingen. Afhankelijk van de beslisruimte die de wetgever aan het bestuursorgaan heeft gegeven, wordt gesproken over ‘vrije’ en ‘gebonden’ bestuursbevoegdheden.⁷

Besluiten kunnen worden onderscheiden in besluiten op aanvraag, waarbij het initiatief van de burger uitgaat en ambtshalve besluiten, waarbij het bestuursorgaan eigener beweging acteert. Belanghebbenden kunnen binnen zes weken in bezwaar opkomen tegen een besluit.⁸ Wie als belanghebbende in de zin van de Awb moet worden aangemerkt bepaalt artikel 1:2 Awb: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

Naast het nemen van besluiten verricht het bestuursorgaan ook feitelijke handelingen en neemt het deel aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer.⁹

4. Schlössels & Stroink 2006, p. 188.

5. MvT, *Kamerstukken II* 1991/1992, 22 495, nr. 3, p. 32; PG Awb II, p. 175.

6. Het besluit van algemene strekking laat ik hier verder buiten beschouwing. Zie daarover Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008 p. 185-187.

7. Schlössels & Stroink 2006, p. 94.

8. Artikel 7:1 Awb.

9. Schlössels & Stroink 2006, p. 48.

Zie voor een historisch overzicht van het ambtenarenbestuursprocesrecht het artikel van Bots in het TAR jubileumnummer.¹⁰

Gevolgen voor de rechtspleging

Het feit dat een besluit – of daarmee gelijkgestelde maatregel – als grondslag dient voor een procedure is bepalend voor de wijze waarop een bestuursrechtelijke procedure wordt gevoerd en voor de mogelijkheden die de bestuursrechter ter beschikking staan om zelf het materiële geschil op te lossen.

Anders dan de burgerlijke rechter, kan de bestuursrechter op dit moment¹¹ – afgezien van het aanhouden van de zaak teneinde partijen de gelegenheid geven de zaak te schikken – slechts het geschil definitief beslechten door het besluit in stand te laten, het besluit te vernietigen maar te bepalen dat de rechtsgevolgen in stand blijven, dan wel in de uitspraak de rechtspositie vast te leggen en de uitspraak in de plaats te stellen van het bestreden besluit.¹² Dat betekent dat de bestuursrechter in veel gevallen niet anders kan doen dan het besluit (op bezwaar) vernietigen met een opdracht om een nieuw besluit (op bezwaar) te nemen. Dit wordt wel gezien als de kern van het bestuursrecht.¹³ Dit nieuwe besluit kan vervolgens materieel dezelfde inhoud hebben als het bestreden besluit. De finale geschilbeslechting zal verder aan de orde komen in paragraaf 6.5.6.

6.2.2 *Rechtmatigheidstoetsing en vermoeden van rechtmatigheid*

Een besluit wordt getoetst op strijd met de wet, alsmede op strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (a.b.b.b).¹⁴ Van belang zijn daarbij in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Een bestuursorgaan dient deugdelijk onderzoek te verrichten in het kader van artikel 3:2 Awb en daarvan blijkt te geven in het besluit.

10. Bots 2008, p. 760-771.

11. Er zijn plannen om die mogelijkheid te verruimen. Zie in dit verband Schueler, Drewes e.a. 2007, alsmede Rop e.a. 2008.

12. Rop e.a. 2008, p. 13.

13. Rop e.a. 2008, p. 14.

14. Zie bijvoorbeeld: Tak 2008, p. 88 en par. 5:3.3.

De bestuursrechter toetst op grond van de feiten *ex tunc* in beginsel of het bestreden besluit had moeten worden genomen.¹⁵ Daaronder wordt verstaan dat er wordt gekeken naar de situatie ten tijde van het nemen van het besluit.¹⁶

Van bestuursrechtspraak wordt zowel in de Parlementaire Geschiedenis als in de literatuur gezegd dat die als grondslag heeft het vermoeden van rechtmatigheid van het bestuuroptreden.¹⁷ Al vóór de invoering van de Awb werd daarvan uitgegaan.¹⁸ Het vermoeden van rechtmatigheid betekent volgens de wetgever dat de bestuursrechter zich in beginsel ‘terughoudend’ moet opstellen bij de toetsing aan artikel 3:4 tweede lid Awb.¹⁹ Hij dient bij een belangenafweging alleen tot vernietiging over te gaan, indien het bestuursorgaan *redelijkerwijs niet kon menen* dat er sprake is van een evenredigheid tussen het doel en de gevolgen van het aangewende middel.²⁰

Evenmin is het de bestuursrechter toegestaan om door middel van het stellen van te scherpe eisen aan de motivering de grenzen van de marginale toetsing te overschrijden en daarmee de beleids- en beoordelingsvrijheid aan te tasten.²¹ Aldus is het de rechter verboden, indachtig de *Trias Politica*²² om op de stoel van het bestuursorgaan te gaan zitten.²³

Polak plaatst bij die terughoudende (marginale) toetsing van de bestuursrechter van besluiten met beleidsvrijheid enige kanttekeningen.

15. Schuurmans 2005, p. 275.

16. Zie bijvoorbeeld Schreuder-Vlasblom 2006, p. 25.

17. PG Awb II, p. 164. Zie voorts ook: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 571-572 en Van de Griend 2007, p. 69 en Schreuder-Vlasblom 2008, p. 34.

18. Zie in dit verband: Van Galen en Van Maarseveen 1978, p. 24 (punt 5). Zij spreken van een ‘weerlegbaar vermoeden’.

19. Artikel 3:4 Awb tweede lid schrijft voor dat de gevolgen van een besluit niet voor een of meer belanghebbenden onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

20. PG Awb I, p. 212.

21. Schueler 2006, p. 221.

22. Waaronder wordt verstaan een scheiding der machten zoals ooit bedacht door Charles Montesquieu. De *Trias Politica* houdt in dat de macht over drie gescheiden machten verdeeld wordt: (1) wetgevende macht, (2) de uitvoerende macht en (3) de rechterlijke macht. Scheiding van de machten betekent dat deze zich niet met elkaars discipline bemoeien. Een bestuursorgaan dient in dat verband te worden geduid als vallend onder de uitvoerende macht.

23. Vgl. Van Wijk Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 5 en p. 35-36, Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 214-217, Schlössels & Stroink 2006, p. 301, Schuurmans 2007 I, p. 276. Zie voor de rol de rechter bij de feitenvaststelling en de leer van Daalder & Schreuder-Vlasblom hierna ook paragraaf 6.4.9.

Hij wijst erop dat een marginale toetsing heel wel kan samengaan met een volle rechtmatigheidstoetsing. In zijn visie dient er terughoudend of marginaal te worden getoetst waar het overheidsorgaan een zekere beleidsvrijheid heeft.²⁴ Naar mijn mening dient dit zo te worden begrepen dat, waar het gaat om zuiver *beleid*, de rechter marginaal toetst, maar waar het gaat om *toepassing van de feiten en het recht* die toetsing ‘vol’ dient te zijn.

Korteweg-Wiers acht het rechtmatigheidsbeginsel ook voor het ambtenarenrecht van toepassing.²⁵ Riphagen stelt daarentegen dat de ‘ambtenarenrechter’ heden ten dage niet uitgaat, althans in zijn visie niet dient uit te gaan, van de gedachte ‘dat de overheid wel gelijk zou hebben’. Hij dient zich juist met een kritische blik te richten op de overheid, die doorgaans in verhouding tot de ambtenaar de sterkere partij is.²⁶ Velo koppelt aan dit vermoeden van rechtmatigheid de oorsprong van het feit dat voor een overheidswerkgever de preventieve toets voor civiele werkgevers, zoals is opgenomen in artikel 6 jo. 9 BBA, geldt.²⁷

Uit de door mij bestudeerde uitspraken van de CRvB heb ik niet kunnen constateren dat de CRvB dit vermoeden van rechtmatigheid ook in die mate toepast dat het als uitgangspunt neemt dat ‘de overheid wel gelijk zal hebben’.²⁸

Wel heb ik in een aantal gevallen in de jurisprudentie aangetroffen dat de bestuursrechter in ambtenarenzaken terughoudend toetst.²⁹ Een dergelijke toetsing lijkt verband te houden met de vraag of een bestuursorgaan ten aanzien van het bewuste besluit een discretionaire bevoegd-

24. Polak 2008, p. 1090.

25. Korteweg-Wiers 1994, p. 46.

26. Riphagen 1998, p. 140.

27. Velo 2006, p. 354-355.

28. Omdat andere rechterlijke instanties zoals CBB en de ABRvS buiten het bestek van dit onderzoek vallen, heb ik niet onderzocht of, en zo ja, in welke mate zij het vermoeden van rechtmatigheid wel toepassen.

29. Daarbij valt te denken aan een reorganisatiebesluit (bijvoorbeeld: CRvB 13 februari 1986, TAR 1986, 101 en CRvB 7 oktober 1993, TAR 1993, 242), een organisatiebesluit (bijvoorbeeld: CRvB 12 juli 1988, TAR 1988, 202), het opkomen tegen het niet toekennen van salarisverhogingen (bijvoorbeeld CRvB 15 mei 2003, TAR 2003, 165), de afwijzing van een sollicitant (bijvoorbeeld CRvB 8 augustus 2003, TAR 2003, 165). Daarnaast is een terughoudende toetsing vaste jurisprudentie bij functiewaardering (bijvoorbeeld CRvB 19 september 2002, TAR 2002, 167 en CRvB 26 juni 2008, TAR 2009, 14), de vaststelling van een functiebeschrijving (CRvB 26 juni 2008, TAR 2009, 14) en de vaststelling van een beoordeling (bijvoorbeeld CRvB 5 november 1998, TAR 1998, 191 en CRvB 6 oktober 2005, LJN AU4260 en TAR 2005, 179).

heid heeft.³⁰ Slechts wanneer een waardering *onhoudbaar* wordt geacht gaat de bestuursrechter dan tot vernietiging over, zo lijkt het althans. In hoofdstuk 7 zal ik onderzoeken hoe dat in het kader van de stelplicht en bewijslast moet worden geplaatst en hoe zich dat verhoudt met de in de volgende paragraaf nader besproken ongelijkheidscompensatie.

6.3 **Ongelijkheidscompensatie in het bestuursrecht**

6.3.1 *Inleiding*

Ook in het bestuursrecht hanteer ik de in hoofdstuk 1.1 geformuleerde definitie van ongelijkheidscompensatie. Daarmee worden in dit onderzoek twee afzonderlijke factoren aangeduid, te weten processuele- en machtsongelijkheid tussen partijen. Machtsongelijkheid betreft de *materiële* verhouding (overheids)werkgever-(overheids)werknemer. De processuele ongelijkheid ziet op de mate waarin een partij ten opzichte van haar wederpartij haar rechten geldend kan maken. Dit kunnen afzonderlijke factoren zijn, maar ook in elkaar overlopen. Verwezen wordt ook naar hoofdstuk 1, paragraaf 1.5.

Processuele ongelijkheid

Bestuursorganen zijn zogenaamde repeat-players. Zij hakken regelmatig met hetzelfde juridische en feitelijke bijltje, zodat zij goed in de materie thuis zijn. Zij kunnen de rechtsstrijd inhoudelijk sturen.³¹ De (zelf procederende) burger ziet de materie vaak voor het eerst. Dat betekent dat in dat geval de procederende partijen niet gelijkwaardig zijn. De wetgever heeft die ongelijkheid willen compenseren door:

- te zorgen voor laagdrempeligheid van de administratiefrechtelijke procedure: er wordt een laag griffierecht geheven en de in het ongelijk gestelde burger wordt doorgaans niet in de proceskosten veroordeeld. De burger behoeft geen ingewikkelde en hoogdravende stuk-

30. Zie bijvoorbeeld met zoveel woorden: Rb. Den Haag 10 mei 2007, *TAR* 2007, 133.

31. Zie voor de term repeat-players: Schlössels 2003, p. 143. Het bestuursorgaan zal daarvoor vaak vaste ambtenaren hebben die zeer goed ingevoerd zijn in de feitelijke en juridische materie.

- ken in te leveren. Hij kan volstaan met een bezwaarschrift waarin hij aangeeft waartegen hij opkomt en met welke gronden;³²
- te zorgen dat er geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt: in het bestuursrecht is het toegestaan om zonder advocaat te procederen. Aldus kan men zonder veel kosten zijn bezwaren tegen een besluit aan de bestuursrechter voorleggen;³³
 - te zorgen voor een actieve, niet lijdelijke rechter: de rechter mag en kan zelf onderzoek doen naar de feiten en zich actief opstellen. Hij mag naast de rechtsgronden ook de feiten aanvullen;³⁴
 - een bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid te laten gelden, zodat beter kan worden ingespeeld op de omstandigheden van het geval en in het bijzonder de ongelijkheid van partijen. Wanneer een partij in bewijsnood komt, kan de rechter die partij tegemoet komen zonder dat daarvoor een specifieke bewijsregel noodzakelijk is;³⁵
 - het invoeren van artikel 8:42 Awb waarin is bepaald dat het bestuursorgaan gehouden is om alle op de zaak betrekking hebbende stukken in het geding te brengen.

Deze punten worden in de literatuur door de jaren heen onderschreven.³⁶ Het is daarbij wel de vraag hoe ver de rechter mag gaan met het aanvullen van de feiten, gegeven de beperking van artikel 8:69 lid 1 Awb (dat de rechter uitspraak doet op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting).³⁷ Dit wordt verder behandeld in paragraaf 6.4.9.

De rechter kan ongelijkheidscompensatie bieden door de gronden ruim uit te leggen of door middel van het stellen van vragen met betrekking tot niet gestelde feiten. Hij kan ook actief op zoek gaan naar de feiten, hij kan getuigen horen en hij kan een deskundige benoemen.

32. PG Awb II, p. 176.

33. PG Awb II, p. 173-177.

34. PG Awb II, p. 173-177.

35. Schuurmans 2005, p. 43 en PG Awb II, p. 169 en 177.

36. Van Galen & Van Maarseveen 1978, p. 23, Allewijn & Ten Berge in Bestuursprocesrecht 1999, p. 29-30. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2002, 12^e druk p. 525 en 529. In de 13^e druk (2005) heb ik deze passage niet meer aangetroffen. In de 14^e druk (Van Wijk Konijnenbelt & van Male 2008, p. 569-570) wordt volstaan met de opmerking dat het voorheen wel aangenomen 'beginsel' van de ongelijkheidscompensatie op zijn retour lijkt te zijn, met een verwijzing naar Schlössels 2003 en Marseille 2007.

37. Schueler in: Bestuursprocesrecht 1999, p. 596-597.

Uiteraard zijn er wat dat betreft actievere en defensievere rechters.³⁸ Diverse auteurs wijzen erop dat de mate waarin de bestuurrechter aan de laagdrempeligheid en activiteit in de praktijk inhoud geeft, nog wel eens afwijkt van wat door de wetgever is beoogd. Schlössels wijt dat aan rechtspolitieke tendensen, die toepassing van ongelijkheidscompensatie belemmeren.³⁹ Hij signaleert dat het uitgangspunt van laagdrempeligheid wordt *beleden*, maar in de praktijk, wanneer zij zelf procederen grote procesrisico's lopen omdat de rechter in de praktijk lang niet altijd 'meedenkt'.⁴⁰ Schuurmans merkt op dat de bestuurrechter *op papier* een actieve rechter is. In de praktijk is hij echter niet snel geneigd om zich actief op te stellen door van zijn onderzoeksbevoegdheden gebruik te maken.⁴¹ Recent onderzoek heeft dit, voor wat betreft de rechter in beroep, bevestigd.⁴² Van Male vraagt zich af of de niet-verplichte procesvertegenwoordiging niet dient te worden heroverwogen.⁴³

Materiële ongelijkheid

Naast de processuele ongelijkheid dient ook te worden onderscheiden de materiële ongelijkheid, dat wil zeggen de machtsongelijkheid tussen overheidswerkgever en ambtenaar. In het kader van onderhavig onderzoek wordt die beperkt tot de stelplicht en bewijslast. Als gevolg van de machtsongelijkheid tussen partijen zal een werkgever in beginsel wat betreft de stelplicht en bewijslast een betere uitgangspositie hebben ter zake van rechtspositionele kwesties.

Zo zal een door een werkgever opgeroepen getuige minder problemen hebben te vertellen wat hij uit eigen ervaring weet over een ambtenaar dan omgekeerd. Het is een feit van algemene bekendheid dat werkgevers het doorgaans niet waarderen indien een werknemer in een gerechtelijke procedure voor een (ex) werknemer en tegen de werkgever getuigt. Dat is in het ambtenarenrecht niet anders. Ook de ambtenaar zal – te-

38. Vgl. Polak 2008, p. 1086-1089.

39. Schlössels 2003, p. 140.

40. Schlössels 2003, p. 150.

41. Schuurmans 2005, p. 226.

42. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 5: dat ziet op het bestuurs(proces)recht zoals gehanteerd door de rechtbanken in beroep, behoudens het vreemdelingenrecht en het belastingrecht, alsmede de bijzondere rechtsgangen met maar één instantie, zoals mededingingsrecht, telecommunicatierecht of beschikkingen die samenhangen met de verkeershandhaving.

43. Van Male 2007.

recht of niet – doorgaans vrezende voor zijn baan en dan toch maar niet tegen de eigen werkgever willen getuigen. Daardoor kan de houding van een aldus opgeroepen ambtenaar zijn dat hij zich het betrokken voorval (opeens) niet meer kan herinneren. Ook zal het niet zelden lastig zijn om aan te tonen hoe een bepaalde werksituatie is geweest.

In dat verband kan artikel 8:42 Awb, dat een bestuursorgaan verplicht binnen vier weken na de dag van de verzending van het beroepschrift aan het bestuursorgaan alle op de zaak betrekking hebbende stukken aan de rechtbank te zenden, goede diensten bewijzen. In dat beschikt de ambtenaar in beroep in beginsel over hetzelfde dossier als het bestuursorgaan. Zo kan het de hand leggen op stukken die het anders nooit in zijn bezit zou hebben gehad.

Een ander hulpmiddel om de materiële ongelijkheid te compenseren is het bewijsrecht. Indien de vrij-bewijsleer aldus wordt ingezet dat daarmee de materiële ongelijkheid zoveel mogelijk teniet wordt gedaan dan draagt dat ook bij aan de opheffing van de machtsongelijkheid en de daaruit voortvloeiende proceskansen voor de ambtenaar. Dit wordt in het volgende hoofdstuk nader onderzocht.

6.3.2 *Ongelijkheidscompensatie in het ambtenarenprocesrecht*

De vraag is in hoeverre de in het bestuursrecht aan de orde zijnde vormen van ongelijkheidscompensatie, naast de zuivere processuele (kennis)ongelijkheid waarvan hierboven wordt gesproken, die, eveneens hierboven besproken, machtsongelijkheid kunnen opheffen. Beide vormen van ongelijkheidscompensatie worden hierna behandeld aan de hand van de door Riphagen voor het ambtenarenrecht vertaalde algemene doctrine. Hij stelt dat de ongelijkheidscompensatie in het ambtenarenprocesrecht zijn weerslag vindt in:

1. een relatief grote toegankelijkheid;
2. de niet-lijdelijkheid van de rechter;
3. het zogenaamde vrij-bewijsbeginsel;
4. geen verplichte procesvertegenwoordiging;
5. openbaarheid;
6. rechtspraak in twee instanties.⁴⁴

44. Riphagen 2005, p. 189 en 1998, p. 138.

Castermans is een soortgelijke mening toegedaan.⁴⁵ Korteweg-Wiers c.s. stellen dat het ambtenarenrecht materieel eerder aansluiting zou moeten zoeken bij de rechtspraak van de kantonrechters in arbeidszaken en dat het ambtenarenrecht in zoverre een 'buitenbeentje' mag worden genoemd.⁴⁶ Zij achten, gelet op de lange duur van de bestuursrechtelijke procedures, mediation in ambtenarenzaken meer aangewezen.⁴⁷

Ad 1,4-6 Laagdrempeligheid van de rechtsgang in twee instanties en geen verplichte procesvertegenwoordiging

Procederen zonder kosten en risico op een kostenveroordeling is een voordeel

Wie niet verzekerd is voor rechtsbijstand en evenmin voor gefinancierde rechtshulp in aanmerking komt kan, wanneer rechtsbijstand verplicht is, voor hoge kosten komen te staan. Dat kan een partij ervan weerhouden om de gang naar de rechter te maken. In dit kader kan het dan ook zonder meer als voordeel worden aangemerkt wanneer die hoge kosten kunnen worden vermeden.

Wanneer een procedure weinig tot niets kost en wanneer geen verplichte bijstand van een advocaat noodzakelijk is, kan dit een ambtenaar zelfs uitnodigen om voor zijn recht op te komen in een situatie waarbij hij dat niet zou doen in het geval het hem veel geld zou kosten.⁴⁸ Dat kan ook averechts werken, bijvoorbeeld omdat men opkomt tegen de verplaatsing van het koffieapparaat naar de andere kant van de gang of de toewijzing van een andere werkkamer.

De laagdrempeligheid, lage kosten van griffiegeld en doorgaans niet het risico in de proceskosten te worden veroordeeld kunnen zonder meer als positief worden ervaren, wanneer dat leidt tot een effectieve rechtsbescherming voor de ambtenaar zonder dat dit aan zijn rechtspositie afbreuk kan doen.

45. Castermans 2003, p. 120.

46. Korteweg-Wiers c.s. 2003, p. 239.

47. Korteweg-Wiers c.s. 2003, p. 239, die aangeven dat 'de menselijke verhoudingen het niet verdragen om 5 jaar of langer te moeten procederen over de vraag of een ambtenaar al dan niet terecht wegens een reorganisatie is ontslagen of al dan niet is bevorderd naar een hogere salarisschaal'.

48. Zie Castermans 2003, p. 120, voor wie de vergelijking met de civiele rechter vanwege de toegankelijkheid en lage kosten in het voordeel van de bestuursrechter uitvalt.

Een ander voordeel van de laagdrempelige procedure is de eis dat het bestuursorgaan voorafgaand aan het nemen van een besluit de ambtenaar moet horen. Dat opent de mogelijkheid voor een debat tussen partijen, nog voordat het tot een juridische stellingname komt. Aldus kunnen in sommige gevallen langslpende juridische conflicten in de kiem worden gesmoord. Daarnaast is het mogelijk dat voorkomen wordt dat partijen tegenover elkaar in de rechtszaal komen te staan. Dit is een voorbeeld dat zou kunnen worden overgenomen in het civiele arbeidrecht.

Komt het desalniettemin tot een besluit waarmee de ambtenaar het niet eens is, dan zal het bestuursorgaan in bezwaar het aangevallen besluit moeten verdedigen en bestaat andermaal de mogelijkheid dat het bestuursorgaan, al dan niet geholpen door het advies van de bezwaarcommissie, tot inkeer komt. Voordat de zaak bij de rechter komt, zijn er dus al twee mogelijkheden geweest waarbij de ambtenaar het bevoegd gezag van de onjuistheid van het besluit heeft kunnen overtuigen.⁴⁹

De vraag kan echter worden gesteld of dit alles leidt tot ongelijkheidscompensatie als hierboven besproken. Het feit dat een procedure weinig kost leidt immers niet noodzakelijkerwijs tot opheffing van processuele- of machtsongelijkheid.

Nadeel van het systeem: formele rechtskracht

De Awb kent in artikel 6:7 een korte bezwaartermijn van 6 weken. Verstrekt die termijn ongebruikt, dan krijgt een besluit formele rechtskracht. Dit betekent dat het besluit zowel voor wat betreft de totstandkoming als de inhoud wordt vermoed rechtmatig te zijn en, behoudens uitzonderlijke gevallen⁵⁰, niet meer kan worden aangetast. Een voordeel daarvan is dat er snel zekerheid ontstaat omtrent de vraag of een besluit definitief is geworden. Een nadeel is dat het een ambtenaar ook dwingt om tegen *alles* op te komen wat in de toekomst voor de rechtspositie van belang kan zijn. Doet hij dat niet dan bestaat er een grote kans dat de schade niet meer te repareren is.

Te denken valt aan die situaties waarin de ambtenaar ervoor heeft gekozen de zaak niet op de spits te drijven door op te komen tegen een

49. Zo daar uiteraard sprake van is en er van uitgaande dat het bevoegd gezag voor de argumenten openstaat.

50. Verzocht kan worden aan het bestuursorgaan om op een besluit terug te komen. Dergelijke verzoeken worden terughoudend getoetst.

rechtspositionele maatregel. Daarnaast wreekt zich dit in die situaties waarin hij opkomt tegen een – in zijn ogen te lage – salariëring. Ook in dat laatste geval wordt immers dit opgevat als een verzoek om terug te komen op een eerder genomen besluit of reeks van besluiten waartegen de ambtenaar niet is opgekomen, zij het dat deze terughoudende toetsing in beginsel niet voor de toekomst geldt. Dit laatste is weer anders indien de ambtenaar ook voor de toekomst kansen heeft laten liggen.⁵¹ De formele rechtskracht is dus van rechtstreekse invloed op de mogelijkheden die de ambtenaar (nog) heeft om voor zijn rechtspositie op te komen en hoe dat vervolgens door de bestuursrechter wordt getoetst.

Een partij die een geschil met haar baas nu nog niet wil laten escaleren kan daar, wanneer de zaak later toch nog ontspoot, niet meer op terugkomen. Het beginsel van formele rechtskracht *verplicht* een ambtenaar die het niet eens is met een beoordeling, berisping, formele waarschuwing of overplaatsing dus dadelijk, binnen de termijn op te komen. Voor een deel zal dat dus een juridisering tot gevolg hebben. Voor een ander deel is aannemelijk dat dit leidt tot het prijsgeven van verweren tegen een onjuist besluit om de arbeidsverhouding niet (verder) onder druk te zetten.

Brenninkmeijer concludeert uit een eenvoudige rondvraag dat het overgrote deel van de ambtenaren nooit gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid van bezwaar en/of beroep.⁵² Hij pleit voor een dejuridisering van het arbeidsconflict.⁵³ Hij doelt kennelijk ook op het systeem van de Awb waarbij de ambtenaar tegen elk op rechtsgevolg gebaseerd rechtspositioneel besluit binnen 6 weken na verzending daarvan ook *moet* opkomen, op straffe van verval van rechten.⁵⁴

Naves wijst op de onwenselijkheid van het feit dat een rechtspositioneel besluit al na 6 weken formele rechtskracht krijgt. Hij ziet zich als rechter met een zekere regelmaat geconfronteerd met ambtenaren die voor het eerst in het kader van een ontslagbesluit opkomen tegen gronden die reeds door het onherroepelijk worden van eerdere besluiten on-

51. Bijvoorbeeld: CRvB 15 mei 2003, *TAR* 2003, 165.

52. Brenninkmeijer 2003, p. 28.

53. Brenninkmeijer 2003, paragraaf 4.1.

54. Indien niet tijdig, dus binnen 6 weken na verzending van het besluit, tegen het besluit is opgekomen krijgt het formele rechtskracht. Dit betekent dat het besluit voor wat betreft inhoud en totstandkoming geacht wordt rechtmatig te zijn. Zie voor het beroep formele rechtskracht Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 713-724.

aantastbaar zijn geworden. Hij vraagt zich af wat er dan voor de rechter nog bij een daadwerkelijk ontslag te toetsen valt en concludeert dat dit niets is.⁵⁵

Uit deze opmerkingen van Naves zou een onwetendheid van (een deel van de) ambtenaren ter zake van de gevolgen van formele rechtskracht voor later te nemen besluiten kunnen worden afgeleid.

Rood leerde reeds in de collegebanken dat het procederen tegen de eigen werkgever tijdens het dienstverband of de aanstelling vaak een (blijvende) verstoring van de arbeidsrelatie tot gevolg heeft.⁵⁶ Dat is niet anders in het geval van een ambtenaar die bezwaar maakt tegen zijn overplaatsing of tegen een beoordeling.⁵⁷ De ambtenaar wordt aldus in een lastig dilemma geplaatst. Niet bekend is hoeveel ambtenaren er uiteindelijk om die reden toch maar van bezwaar of beroep afzien.

Volgens Riphagen zou er voor wat betreft die 'harde' beroepstermijn van zes weken een 'escape' bestaan voor bijzondere gevallen.⁵⁸ Dat de termijn van 6 weken voor bezwaar of beroep niet 'hard' zou zijn, valt uit de jurisprudentie niet zonder meer af te leiden. Wil er sprake zijn van een verschoonbare termijnoverschrijding, dan dienen daar goede gronden voor te zijn.⁵⁹ In de praktijk is te laat veelal gewoon te laat⁶⁰.

55. Naves 2005, p. 74-75.

56. Zie in dit verband bijvoorbeeld de werknemer in CRvB 15 september 2005, TAR 2005, 178, waarin de werknemer eerst na het verlaten van de dienst in 2002 een schade als gevolg van een tijdens het werk opgelopen beenblessure in 1977 aanhangig maakte, kennelijk omdat hij eerder zijn ambtelijke aanstelling daarvoor niet op het spel wilde zetten.

57. Zie in dit verband bijvoorbeeld CRvB 1 augustus 2002, TAR 2002, 163, waarin een bezwaar tegen overplaatsing na een aantal opeenvolgende rechtspositionele besluiten uiteindelijk uitmondde in een ongeschiktheidsontslag.

58. Riphagen 2005, p. 190.

59. Bijvoorbeeld: CRvB 5 juli 2007, TAR 2007, 195, waarin de termijnoverschrijding verschoonbaar wordt geacht omdat het bestuursorgaan een nadere, buiten de 6 weken termijn vallende, termijn voor bezwaar had gegeven en de ambtenaar daarvan gebruik had gemaakt. Of, CRvB 19 april 2007, TAR 2007, 120: wanneer het bestuursorgaan niet kan aantonen wanneer het besluit is verzonden kan in casu niet worden gezegd dat de ambtenaar te laat beroep heeft ingesteld. Die stelt immers dat hij het besluit op een zodanige datum heeft ontvangen dat hij binnen de termijn is. De verschoonbaarheid ligt dus in deze voorbeeldzaken in de sfeer van het bestuursorgaan en niet in die van de ambtenaar. Ik ben geen voorbeelden tegengekomen in het TAR, maar er zijn naar mijn mening situaties te bedenken die zó klemmend zijn dat de overschrijding verschoonbaar is.

60. Zie bijvoorbeeld: Rb Den Haag 27 maart 2008, TAR 2008, 105, CRvB 11 november 2004, TAR 2005, 66, CRvB 9 maart 2000, TAR 2000, 61.

In dat verband zou een eerder besluit waartegen niet is opgekomen in ambtenarenzaken geen formele rechtskracht moeten krijgen maar (slechts) een bewijsvermoeden opleveren ten gunste van de juistheid van dat besluit, dat door de ambtenaar in de bewuste procedure door het leveren van tegenbewijs kan worden ontzenuwd. Aldus is een ambtenaar niet *verplicht* om tegen een besluit op te komen wanneer dat de verhoudingen op scherp zou stellen, omdat hij de onjuistheid daarvan in een latere procedure, bijvoorbeeld in het kader van een ontslag, door middel van het leveren van tegenbewijs nog zou kunnen aantonen. Dat vereist echter een fundamenteel ingrijpen door de wetgever en/of het loslaten door de rechter van het beginsel van formele rechtskracht bij ambtenaren. De vraag is of dat binnen het huidige bestel haalbaar is. Echter een ontslagzaak waartegen geen bewijs van de ondeugdelijkheid van de ontslaggronden meer mogelijk is, omdat de op dat ontslagbesluit gebaseerde (beoordelings)besluiten onherroepelijk zijn geworden, levert naar mijn mening een onwenselijke situatie op. Dat betekent immers dat een ambtenaar ter behoud van rechten een procedure tegen zijn werkgever moet beginnen, ook al acht hij dat, gelet op de toch al broze verhoudingen, eigenlijk op dat moment niet de beste oplossing. Dat werkt juridiserend en komt de onderlinge verhoudingen zelden ten goede.

Het ambtenarenprocesrecht is niet eenvoudig zelf te doen

Indien de ambtenaar zonder enige kennis van het (bestuurs)recht 'zijn recht kan halen'⁶¹, kan dat zeker als een voordeel worden beschouwd. Voorwaarde is dan wel dat die mogelijkheid ook reëel aanwezig is. Het ambtenarenprocesrecht is echter niet zó eenvoudig dat dit door een leek met succes kan worden doorgrond.⁶²

Velo spreekt in dit verband juist van lange en voor de ambtenaar kostbare procedures, waarbij hij het verstandig acht professionele rechtshulp in te roepen. Enerzijds is de gemiddelde ambtenaar in zijn visie onvoldoende thuis in zijn rechtspositieregeling en in de Awb om tijdig alle valkuilen te zien en anderzijds huren overheidswerkgevers in zijn ervaring meestal gespecialiseerde advocaten in om hun belangen te vertegenwoordigen. De (gratis) eerstelijnsrechtshulp die wordt geboden door vakbonden biedt in zijn visie geen uitkomst.⁶³

61. Gesteld dat hij ook een zaak heeft die *kan* worden gewonnen.

62. Van Male 2006, p. 50-51.

63. Velo 2006, p. 354-355.

Ik zie de niet-verplichte procesvertegenwoordiging, in elk geval voor het ambtenarenrecht, als een wijze die, mits optimaal toegepast, de *processuele* ongelijkheid tussen een zelf procederende ambtenaar en de overheid als repeat-player opheft, in die zin dat het resultaat uiteindelijk is alsof de bewuste ambtenaar met deskundige bijstand heeft geprocedeerd. Ik zie dat niet als een adequate wijze van ongelijkheidscompensatie die leidt tot het opheffen van *machtsongelijkheid* tussen de werkgever en de individuele ambtenaar. Het zegt nog niets over de vraag of een ambtenaar *materieel* zijn recht kan halen, ondanks het feit dat zijn werkgever alle voor een goede uitkomst van de procedure noodzakelijke troeven in handen heeft.

Openbaarheid van een procedure is een vereiste van artikel 6 EVRM. Rechtspraak in twee instanties zie ik niet als een vorm van ongelijkheidscompensatie. Het enkele feit dat een ambtenaar het in twee instanties kan proberen is evenmin iets dat aan ongelijkheidscompensatie bijdraagt.

Ad 2 De niet-lijdelijkheid van de rechter

Met de niet-lijdelijkheid van de rechter wordt bedoeld dat de bestuursrechter zelf naast de gronden ook de feiten mag aanvullen, zelf op onderzoek mag uitgaan en dus de burger kan helpen daar waar deze in procesrechtelijke zin tekortschiet.⁶⁴

Bij een niet-lijdelijke rechter kan ook worden gedacht aan het opheffen van een ongelijke positie van een ambtenaar die zonder deskundige rechtshulp procedeert. Opheffing van *machtsongelijkheid* zou in beginsel aan de orde kunnen zijn indien de rechter gebruik maakt van zijn onderzoeksbevoegdheden en daarmee feiten boven tafel krijgt waarover de ambtenaar niet kan beschikken maar wel voor zijn bewijsvoering nodig heeft.

Uit het rapport 'Feitenvaststelling in beroep'⁶⁵ blijkt dat de rechtbanken er in dat kader een 'zittingsgerichte benadering' op nahouden. Dat wil zeggen dat het vooronderzoek zich beperkt tot de vraag of het beroep ontvankelijk is.⁶⁶

64. PG Awb II, p. 175-176.

65. Welk onderzoek betrekking heeft op de regels van feitenvaststelling zoals de rechter die toepast in eerste aanleg. (Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 5) Er is dan ook uitsluitend dossierstudie gedaan bij de rechtbank (idem, p. 6).

66. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 168.

Uit datzelfde rapport blijkt dat de in dat onderzoek geïnterviewde personen aangeven dat de bestuursrechter (in de rechtbank) slechts weinig gebruik maakt van de gelegenheid om partijen schriftelijk op elkaars standpunten te laten reageren, bijvoorbeeld bij een re- en dupliek.⁶⁷ In 15% van de onderzochte gevallen heeft de bestuursrechter in beroep gebruik gemaakt van haar bevoegdheid ex artikel 8:45 Awb om stukken op te vragen en schriftelijk vragen te stellen.⁶⁸ Het verzoek om overlegging van nadere stukken is echter vrijwel altijd gericht aan verweerder die – in strijd met zijn plicht daartoe – niet het volledige dossier heeft aangeleverd.⁶⁹ Een enkele keer wordt ook aan eiser een vraag gesteld, doch dit ziet dan vrijwel altijd op diens ontvankelijkheid.⁷⁰

Uit het dossieronderzoek zoals dat in het kader van voormeld rapport is gedaan komt verder naar voren dat de bestuursrechter in beroep *nooit* partijen of getuigen hoort gedurende het vooronderzoek, *soms* stukken opvraagt en *zelden* een schriftelijke vraag stelt. In zoverre wordt in dat rapport geconcludeerd dat de bestuursrechter niet actief, maar lijdelijk is.⁷¹

Niet duidelijk is of deze lijn kan worden doorgetrokken naar de CRvB. Naar ik begrijp maakt de CRvB bij in persoon procederende ambtenaren meer gebruik van haar bevoegdheden, vooral in het voortraject (de onderzoeksfase). Omdat een dergelijke actieve houding naar de aard niet uit de gepubliceerde uitspraken blijkt – nu dat activiteiten zijn die zich in de onderzoeksfase en op de zitting afspelen en als zodanig niet in de uitspraak worden vermeld – heb ik de aard en omvang daarvan niet kunnen vaststellen.

Uit de uitspraak CRvB van 1 juni 2005⁷², zou kunnen worden afgeleid dat de CRvB, in het geval een partij wordt bijgestaan door een deskundige gemachtigde (in casu een advocaat), pas van zijn bevoegdheden overweegt gebruik te maken indien en voor zover de ambtenaar *eerst* voldoende heeft gesteld om tot bewijs te worden toegelaten.⁷³ De Raad overweegt:

67. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 203.

68. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 205.

69. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 206.

70. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 209.

71. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 212-213.

72. *JB* 2005, 237.

73. CRvB 1 juni 2005, *JB* 2005, 237.

‘In de procedure voor de bestuursrechter dienen partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen. Vervolgens kan de bestuursrechter, indien hij daartoe aanleiding ziet, gebruik maken van de in hoofdstuk 8 van de Awb neergelegde onderzoeksbevoegdheden. Nu appellant zijn stellingen niet met enig bewijsmateriaal heeft onderbouwd, was er voor de rechter geen aanleiding om van zijn onderzoeksbevoegdheden gebruik te maken. Van schending van artikel 6, eerste lid, van het EVRM in de zin van het recht op een eerlijk proces is geen sprake.’

Uit deze uitspraak zou kunnen worden afgeleid dat *met* deskundige bijstand een ambtenaar in beginsel niet kan volstaan met het enkele stellen van zijn gronden. Die dienen die voorzien te zijn van voldoende onderbouwing met bewijsmateriaal.

Volgens vaste rechtspraak van de CRvB worden fouten of nalatigheden van een gemachtigde in beginsel toegerekend aan degene die de gemachtigde heeft gevraagd zijn of haar belangen te behartigen.⁷⁴ Het is dus zaak om een procesgemachtigde met voldoende kennis van zaken in te schakelen.

Ad 3 Het vrij-bewijsbeginsel

Het derde kenmerk van ongelijkheidscompensatie is het vrij-bewijsbeginsel, waarbij wordt bedoeld op het feit dat de Awb geen expliciete regels kent met betrekking tot de verdeling van de bewijslast.⁷⁵

Een ambtenaar hoeft geen bewijs hoeft aan te bieden.⁷⁶ De rechter is in beginsel vrij om te bepalen wat de bewijsomvang is, hoe de bewijslastverdeling is, de keuze van de bewijsmiddelen en de bewijswaardering.⁷⁷ Niet valt uit te sluiten dat in sommige gevallen de rechter de bewijslast legt bij degene tot wiens domein de bewijsmiddelen behoren.⁷⁸

Wanneer dit systeem ertoe leidt dat de zelf procederende ambtenaar in dezelfde processuele positie wordt gebracht als dat hij een deskundige gemachtigde zou hebben ingeschakeld kan de vrij-bewijsleer bijdragen aan de compensatie van *processuele* ongelijkheid.

74. CRvB 6 januari 2009, LJV BH0375.

75. PG Awb II, p. 175-176. Riphagen 2005, p. 189.

76. Riphagen 2005, p. 191.

77. Vgl. bijvoorbeeld Schueler 1999, p. 595.

78. Vgl. Schuurmans 2005, paragraaf 4.5.3 en 5.5.3.

De hierboven bij punt 2 genoemde uitspraak van de CRvB van 1 juni 2005⁷⁹ gewezen in een zaak waarbij een ambtenaar procedeerde met bijstand van een advocaat, wijst op een systeem van stelplicht dat, wanneer er wel deskundige bijstand is, verwant is aan het systeem in het civiele recht en anderszins juist niet. Enerzijds dienen partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen en anderzijds merkt de CRvB op dat het bestuursprocesrecht, in tegenstelling tot het burgerlijk procesrecht, niet de formele bewijsopdracht kent.

Indien het vrij-bewijsstelsel meebrengt dat een ambtenaar *materieel* in zijn bewijspositie tegemoet wordt gekomen waar dat uit oogpunt van ongelijkheidscompensatie bepaaldelijk is vereist, omdat in casu de bewijslast of het bewijsrisico bij het bevoegd gezag wordt gelegd aangezien die beter het tegendeel van de stelling van de ambtenaar kan bewijzen, kan dit stelsel ook bijdragen aan compensatie van machtsongelijkheid. In het volgende hoofdstuk, dat over het materiële recht gaat, zal worden onderzocht of hiervan in de gepubliceerde jurisprudentie blijkt wordt gegeven.

Zie omtrent de vrij-bewijsleer nader paragraaf 6.5.2 waarin de specifieke kenmerken van dit stelsel nader wordt uitgewerkt.

6.3.3 *Conclusie ongelijkheidscompensatie*

Er is sprake van een laagdrempelige en goedkope procedure. Dit is zeker een voordeel. Nadeel is dat die procedure ook *moet* worden gebruikt op straffe van verval van rechten. Niet bekend is hoeveel ambtenaren uit vrees voor een verstoorde arbeidsverhouding toch afzien van het maken van bezwaar. Ook kan men zich afvragen of het bestuursprocesrecht en het ambtenarenrecht zich in de huidige vorm lenen voor het procederen zonder deskundige rechtshulp. Het ambtenarenrecht en ook het bestuursprocesrecht is niet zó eenvoudig dat dit in alle gevallen zonder deskundige hulp kan worden beoefend.

Laagdrempeligheid en daarop gebaseerde activiteit van de rechter leiden, mits optimaal toegepast, alleen tot opheffing van *processuele* ongelijkheid. Het heft in beginsel niet de machtsongelijkheid, dus de *materiële ongelijkheid* tussen partijen op. De niet-lijdelijkheid van de rechter, kan, nu bij verplichte rechtsvertegenwoordiging een aan artikel 150 Rv

79. CRvB 1 juni 2005, *JB* 2005, 237 (*LJN* AT 7174).

verwant stelsel geldt⁸⁰ mits maximaal benut, er naar mijn mening toe leiden dat een ambtenaar zonder dure deskundige bijstand in processueel opzicht tot hetzelfde resultaat komt als met die deskundige bijstand. Het is de vraag of dit ook kan bijdragen tot een *materiële* opheffing van de machtsongelijkheid tussen overheidswerkgever en ambtenaar. Dat zou in beginsel aan de orde kunnen zijn indien de rechter gebruik maakt van zijn onderzoeksbevoegdheden en daarmee feiten boven tafel krijgt waarover de ambtenaar niet kan beschikken maar wel voor zijn bewijsvoering nodig heeft.

Die materiële opheffing van machtsongelijkheid kan plaatsvinden wanneer in het kader van de vrij-bewijsleer de bewijslast in bepaalde gevallen bij het bestuursorgaan komt te liggen. Of, en zo ja, in hoeverre daar sprake van is, zal in het volgende hoofdstuk worden onderzocht. Een ambtenaar schiet daarentegen met een goedkope, laagdrempelige procedure weinig op wanneer hij die procedure vervolgens verliest, omdat hij niet weet wat er van hem in het kader van de stelplicht en bewijslast wordt verlangd.⁸¹

Daarnaast zou aan ongelijkheidscompensatie kunnen bijdragen de afschaffing van de formele rechtskracht voor besluiten jegens ambtenaren. In plaats daarvan zou het niet binnen 6 weken opkomen tegen besluiten een bewijsvermoeden kunnen opleveren waartegen de ambtenaar tegenbewijs zou kunnen leveren.

In hoeverre er in het ambtenarenprocesrecht sprake is van opheffing van machtsongelijkheid is ook een kwestie van materieel recht en wordt – voor wat betreft de stelplicht en bewijslast – nader onderzocht in het volgende hoofdstuk.

6.4 Stelplicht

6.4.1 *Inleiding, definitie en toetsing van de stelplicht*

In het bestuursrecht begint de strijd om de feiten bij de primaire besluitvorming door het bestuur en niet bij de rechter.⁸² Een burger zal bij het aanvragen van een besluit die feiten moeten aandragen die, gelet op

80. Te weten dat de partij die zich op een rechtsgevolg beroept daartoe voldoende feiten en omstandigheden moet stellen, alvorens de vraag aan de orde komt of de bestuursrechter de hem toegekende bevoegdheden zal inschakelen.

81. Van Male 2007.

82. Schuurmans 2004, p. 6.

het materiële recht, noodzakelijk zijn voor afgifte van dat besluit. Daarnaast rust er op een bestuursorgaan zowel bij een besluit op aanvraag als bij een ambtshalve besluit een onderzoeksplicht naar de feiten. Het wordt als de primaire taak van het bestuursorgaan gezien om de feiten vast te stellen.⁸³ De mate van beide plichten hangt, naast het materiële recht, af van het soort besluit. Indien het een besluit op aanvraag betreft, rust er een grotere informatielast op de burger. Bij een ambtshalve te nemen besluit komt de feitengaring in hoofdzaak neer op de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan, waarvan het horen (in het kader van de bedenkingen) van de burger in beginsel deel uitmaakt.

Ik versta, in lijn met mijn algemene definitie in hoofdstuk 3⁸⁴, onder stelplicht in het bestuursrecht het aanvoeren *bij de rechter* van die rechtsfeiten die nodig zijn voor het intreden van het door de eiser (of gedaagde) ingeroepen rechtsgevolg.⁸⁵ Zoals in paragraaf 6.5.1 verder uitgewerkt, zie ik bewijzen als het overtuigen *van de rechter*. Dat dient dus te worden onderscheiden van de informatielast en de onderzoeksplicht in de bestuursrechtelijke fase. Ten overstaan van een bestuursorgaan rust, in het kader van de terminologie van dit onderzoek, op de burger ex artikel 4:2 geen stelplicht of bewijslast, maar een *informatielast*.⁸⁶

Uitgaande van bovenstaande definitie, in hoeverre is er dan sprake van een stelplicht in het bestuursrecht? De Parlementaire Geschiedenis van de Awb neemt die wel met zoveel woorden aan:

‘(...) In een stelsel waarin de rechter de bevoegdheid heeft ambtshalve de feiten aan te vullen, is aan een wettelijk stelsel van materieel bewijsrecht niet of nauwelijks behoefte. Dat neemt niet weg, dat de rechter, afhankelijk van onder meer de verhouding tussen partijen, de aard van het geschil en de in het geding zijnde feiten, naar redelijkheid en billijkheid stelplicht en bewijslast over de partijen heeft te verdelen.(...)’

Artikel 8:69 Awb heeft een beperkte stelplicht geïntroduceerd, nu partijen in rechte de grondslag moeten stellen, waarop de rechter zijn beslissing moet baseren. Het eerste lid van dit artikel bepaalt immers dat

83. Zie onder meer: Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 214-217 en Schuurmans 2007 I, p. 276.

84. Par. 3.1.2.

85. Bij de rechter.

86. Dit begrip heb ik ontleend aan Willemsen 2005, p. 88 ev., die op p. 89 ook spreekt van een ‘gegevensverstrekkingplicht’.

de rechtbank uitspraak doet op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan (8:69, lid 2 Awb) en kan ambtshalve de feiten aanvullen (lid 3). In de uitspraak CRvB 28 november 2002 wordt geoordeeld:

‘3.3 Met betrekking tot de dan in een geval als het onderhavige als eerste te beantwoorden vraag of de betrokken ambtenaar aan asbest is blootgesteld geweest, geldt dat de ambtenaar die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept, voldoende feiten moet stellen en aannemelijk maken waaruit dat gevolg kan worden afgeleid. (...)’⁸⁷.

De eisen die de CRvB dus in dit geval aan de stelplicht stelt, zijn in enige mate verwant aan die in het civiele procesrecht.⁸⁸ Uit de op deze rechtsoverweging volgende zin:

‘De strekking van de hier toepasselijke, onder 3.1 weergegeven norm⁸⁹, leidt niet tot een andere opvatting’.

zou kunnen worden afgeleid dat het een norm betreft die ook buiten deze situatie (blootstelling aan asbest) meer als algemene norm kunnen gelden. Nu deze overwegingen, voor zover ik heb kunnen nagaan, slechts in een tweetal andere Mesothelioomzaken⁹⁰ zijn gehanteerd, kan uit deze jurisprudentie niet zonder meer worden afgeleid dat hier sprake is van een voor het gehele bestuursrecht geldende algemene regel.

Schuurmans is van mening dat deze regel weldegelijk (ook) in het bestuursrecht geldt, maar dat dit niet volledig tot uitdrukking komt in de artikelen 3:2 en 4:2 lid 2. Zij pleit ervoor om dit als hoofdregel in de Awb op te nemen. Ook zou dit kunnen worden opgelost indien de rechter zich daarover (meer) zou uitspreken.⁹¹

87. TAR 2003, 60. Het betrof een ambtenaar die aan mesothelioom was overleden. Zijn weduwe beriep zich op de omkeringsregel van het arrest *Unilever/Dikmans*. De CRvB verwerpt dat beroep onder formulering van de geciteerde regel. Uit de bewuste uitspraak kan niet worden begrepen dat die verdeling (uitsluitend) zou zien op de bestuurlijke fase, zodat naar mijn mening deze regel ziet op de stelplicht in beroep en hoger beroep bij de bestuursrechter.

88. Waar een dergelijke regel is verankerd in artikel 150 Rv.

89. Van artikel 7:658 BW.

90. CRVB 28 november 2002, TAR 2003, 78 en CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62.

91. Schuurmans 2005, p. 317-318.

In de literatuur wordt er voor het overige over de aanwezigheid van een stelplecht, zoals bedoeld in het kader van opgemelde definitie, verschillend gedacht. Schuurmans beantwoordt die vraag bevestigend, nu in het bestuursrecht de bestuursrechter alleen die gebreken van een besluit toetst waarop ook daadwerkelijk een beroep is gedaan.⁹² Zij geeft aan dat het begrip ‘stelplecht’ civielrechtelijk een andere lading heeft dan het begrip adstructieplecht in het bestuursrecht.⁹³

Anderen noemen als kenmerk van de bestuursrechtelijke bewijsleer juist het *ontbreken* van een stelplecht.⁹⁴

Schueler trekt het begrip breder. Hij is van mening dat in het bestuursrecht een (beperkte) ‘stelplecht’ bestaat, die al begint bij de voorbereiding van het primaire besluit.⁹⁵

Tak stelt dat een vorm van stelplecht in elk geval vóór de invoering van de Awb niet gold, doch vraagt zich af of dit onder de Awb nog wel wenselijk is. Hij pleit in elk geval voor wat hij noemt een *adstructieplecht* en wijst daarbij op het gevaar van de trechterwerking, te weten dat in eerste instantie niet aangevoerde gronden in een later stadium niet alsnog in de procedure kunnen worden ingevoerd.⁹⁶

6.4.2 *Ambtshalve besluit en onderzoeksplicht van het bestuursorgaan ex artikel 3:2 Awb*

Een bestuursorgaan heeft zowel bij het ambtshalve nemen van een besluit als bij het besluit op aanvraag een zelfstandige onderzoeksplicht op basis van artikel 3:2 Awb. Het moet alvorens tot het besluit te komen niet alleen deugdelijk onderzoek hebben gedaan, het moet ook op correcte wijze de feiten vaststellen die het in zijn oordeel mag of moet betrekken.⁹⁷ Bij besluiten op aanvraag heeft de burger daarnaast ook een informatielast⁹⁸, waarop ik in de volgende paragraaf zal terugkomen. Die informatielast bestaat in beginsel niet bij ambtshalve besluiten.⁹⁹

92. Schuurmans 2005 p. 66.

93. Schuurmans 2005, p. 66-67.

94. Ten Berge 1997, p. 211; Tak 1995, p. 164 en p. 208.

95. Schueler 1999, p. 608 en Schueler 2006, p. 234.

96. Tak 2008, p. 745, waarmee hij bedoelt dat een partij in elk geval de juistheid van zijn stellingen *aannemelijk moet maken*.

97. Zie bijvoorbeeld Tak 2008, punt 6.1.

98. Artikel 4:2 Awb.

99. Schuurmans 2005, p. 100.

De onderzoeksplicht van het bestuursorgaan ex artikel 3:2 Awb betekent dat het bestuursorgaan eigener beweging de nodige kennis vergaart om het voorgenomen besluit te kunnen nemen. Dit veronderstelt een *actieve* onderzoeksplicht van het bestuursorgaan, wat nog niet wil zeggen dat het bestuursorgaan zélf alle relevante gegevens zal moeten ‘produceren’.¹⁰⁰ Welke verplichting in concreto uit artikel 3:2 voortvloeit, hangt vervolgens af van:

- de aard van de uit te oefenen bevoegdheid;
- de vraag welke feiten en belangen relevant zijn voor de beslissing;
- de vraag welk deel van de gegevensvergaring voor rekening komt van de burger.¹⁰¹

Tot het onderzoek zal in de regel – als uitvoering van het zorgvuldigheidsbeginsel – het horen van de burger behoren.¹⁰² Ook kan daartoe behoren dat het bestuursorgaan advies vraagt van een externe adviseur. Of het bestuursorgaan daartoe ook *verplicht* is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Afgewogen moet worden het belang dat de burger heeft bij het inwinnen van advies, de praktijk die het bestuursorgaan met betrekking tot het vragen van advies pleegt te volgen en het mogelijke tijdsverlies en de kosten die met het inschakelen van een adviseur gemoeid zijn.¹⁰³

Het onderzoek mag niet louter bedoeld zijn om de voor het bestuursorgaan wenselijke uitkomst te legitimeren. Het onderzoek dient zorgvuldig te geschieden en – zo mogelijk – op basis van meetbare gegevens.¹⁰⁴ De wijze van het onderzoek moet passend zijn met oog op de beoordeling die door het bestuursorgaan moet worden voltrokken. Een algemene regel omtrent de mate van diepgang van het onderzoek kan derhalve niet worden gegeven.¹⁰⁵

100. Nicolai/Damen 2005, p. 365.

101. Nicolai/Damen 2005, p. 369.

102. Artikel 4:8 Awb .Schuurmans 2005, p. 50.

103. Nicolai/Damen 2005 p. 354.

104. CRvB 25 mei 1978, AB 1979, 48 (*Duidelijke vraagstelling?*) ARRvS 30 oktober 1984, AB 1985, 150 m.nt. Van der Veen (*Eenmalige uitkering Hoogevenen*) c.q. ARRvS 17 november 1977, AB 1978, 79 m.nt. De Goede.

105. Nicolai/Damen 2005, p. 373 ev.

6.4.3 *De plicht van de burger ex art. 4:2 tweede lid Awb om de voor de beslissing op aanvraag de noodzakelijke gegevens te verschaffen*

Artikel 4:2 tweede lid Awb bepaalt dat de aanvrager van een besluit de gegevens en bescheiden verschaft die voor de beslissing op aanvraag nodig zijn en waarover hij in redelijkheid de beschikking kan krijgen. Deze verplichting tot informatieverstrekking (informatielast) staat dus tegenover de verplichting ex artikel 3:2 Awb dat het bestuursorgaan ook bij de voorbereiding van een besluit op aanvraag de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en af te wegen belangen. Hoe deze plichten zich bij een besluit op aanvraag precies tot elkaar verhouden, is niet eenvoudig te bepalen. Het artikel beoogt een evenwichtige verdeling te geven van de lasten tussen burger en bestuursorgaan bij het vergaren van feiten.¹⁰⁶ Het bestuursorgaan zal niet uitsluitend mogen afgaan op hetgeen de burger aanbrengt, maar zal ook zelfstandig onderzoek naar de feiten moeten doen.¹⁰⁷

Laat de aanvrager na de voor het besluit benodigde gegevens te verstrekken dan is het bestuursorgaan in beginsel niet gehouden aanvullend onderzoek te doen. Het kan in dat geval de aanvraag buiten behandeling stellen of afwijzen.¹⁰⁸ Schuurmans duidt de situatie waarin de aanvrager onvoldoende informatie heeft ingeleverd als een *non liquet*. Zij ziet het verschaffen van informatie aan het bestuursorgaan als een (vorm van) bewijslevering.¹⁰⁹ Verwezen wordt te dezen naar paragraaf 6.5.3.

6.4.4 *De onderdelenfuijk van artikel 6:13 Awb*

Artikel 6:13 Awb bepaalt sinds 1 juni 2005 dat geen beroep bij de bestuursrechter¹¹⁰ kan worden ingesteld door een belanghebbende aan wie redelijkerwijs kan worden verweten dat hij geen zienswijzen als bedoeld in artikel 3:15 Awb naar voren heeft gebracht, geen bezwaar heeft gemaakt of geen administratief beroep heeft ingesteld.

Artikel 6:13 Awb geeft, aldus de MvT, voor nagenoeg het gehele bestuursrecht uitdrukking aan de gedachte dat de toegang tot de rechter

106. PG Awb I, p. 239.

107. PG Awb I, p. 204.

108. Schuurmans 2005, p. 54.

109. Schuurmans 2005, p. 56.

110. Ten tijde van dit onderzoek noemt de wet dit nog de 'administratieve rechter', maar dit wordt binnenkort gewijzigd.

slechts openstaat voor diegene die gebruik heeft gemaakt van een in de Awb gewaarborgde mogelijkheid om zijn probleem aan het bestuur voor te leggen. Artikel 6:13 Awb codificeert een beperkte berustingregel.¹¹¹ Dit uitgangspunt kan aan een belanghebbende, aldus de MvT, echter niet onder *alle* omstandigheden worden tegengeworpen, mede omdat in het bestuursprocesrecht zonder rechtsbijstand kan worden geprocedeerd. Indien een belanghebbende redelijkerwijs niet kan worden verweten dat hij zijn probleem niet in de bestuurlijke fase naar voren heeft gebracht, zal hij wel in beroep kunnen komen.¹¹²

De MvT geeft vervolgens niet aan onder *welke* omstandigheden het niet indienen van zienswijzen bijvoorbeeld verschoonbaar is. Het systeem werkt aldus dat men tegen alle onjuiste onderdelen van een besluit zienswijzen moet richten en tijdig in bezwaar moet komen. Alsdan mag de burger in beroep nog nadere gronden aanvoeren.¹¹³

Omdat er na de MvT onduidelijkheid bleef, heeft de minister van Justitie bij brief van 29 oktober 2004 nadere uitleg gegeven aan de reikwijdte van het nieuwe artikel 6:13 Awb:

‘Het artikel neemt voor het gehele bestuursrecht de functie over die artikel 20.6 Wet milieubeheer als gevolg van na inwerkingtreding van de Awb gevormde jurisprudentie heeft gekregen, namelijk de regel dat nieuwe argumenten of nieuw bewijs moeten voortbouwen op eerder, in de bestuurlijke fase ingebrachte zienswijzen of bedenkingen. Als gezegd geldt deze regel reeds thans ook buiten de context van artikel 20.6 Wet milieubeheer, maar werd zij tot op heden niet afgeleid uit artikel 6:13 Awb. In zoverre is dus slechts sprake van een formeel verschil, niet van een materieel verschil.

(...)

Voorts heeft de Commissie Evaluatie Awb II (de Commissie-Boukema) de volgende lijn aanbevolen: in beroep bij de bestuursrechter kan een belanghebbende geen onderdelen van een besluit aanvechten, die hij niet reeds in de bestuurlijke fase aan de orde heeft gesteld, tenzij dit laatste hem redelijkerwijs niet kan worden verweten. Tegen de onderdelen van het besluit die hij wel in de bestuurlijke fase aan de orde heeft gesteld, kan een belanghebbende in de fase van het beroep bij de rechter echter wel nieuwe beroepsgronden of nieuw bewijs aanvoeren. Bij dit alles maakt het geen verschil of de bestuurlijke fase de vorm

111. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 192.

112. MvT, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 421, nr. 3, p. 7. Zie ook Van de Griend 2007 paragraaf 3.4, Schueler 2006, p. 217-218, Nicolai/Damen 2006, 158, De Winter 2006, p. 122, Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 589.

113. MvT, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 421, nr. 3, p. 7-8.

heeft van een bezwaarschriftprocedure of van het inbrengen van zienswijzen in het kader van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure.

Wel kan de aard van het besluit verschil maken. Zo kan uit de aard van een besluit voortvloeien dat na een bepaald tijdstip ingebrachte gegevens buiten beschouwing moeten blijven. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij een subsidieaanvraag waarvoor een subsidieplafond geldt dat wordt verdeeld door onderlinge vergelijking en prioritering van de aanvragen. Voorts zal er in het algemeen in tweepartijenverhoudingen minder reden zijn om het inbrengen van nieuwe gegevens te beperken

dan in driepartijenrelaties. Een en ander is echter sterk afhankelijk van aard en inhoud van het besluit en moet derhalve noodzakelijkerwijs aan de rechtspraak worden overgelaten.

(...)

Blijft over de vraag, hoe de rechterlijke uitspraak moet luiden als een belanghebbende zonder geldige reden een onderdeel van een besluit aanvecht, dat hij in de bestuurlijke fase niet aan de orde heeft gesteld. Als gezegd pleegt de rechter dan in de context van de Wet milieubeheer en de huidige uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure te oordelen dat het beroep “in zoverre niet ontvankelijk is”. In andere gevallen – met name in gevallen waarin in sprake is van een bezwaarschriftprocedure of administratief beroep – volstaat de rechter als regel met de overweging, dat het argument of het bewijs buiten beschouwing moet blijven (bijvoorbeeld wegens strijd met een goede procesorde), hetgeen tot gevolg heeft dat het beroep op dat punt ongegrond is. Als gezegd maakt dit voor een appellant materieel geen enkel verschil: in beide gevallen wordt zijn argument of zijn bewijs niet inhoudelijk beoordeeld. De tekst van het nieuwe artikel 6:13 dwingt ook niet tot één van beide benaderingen, zodat beide verdedigbaar zijn. Hooguit kan men zeggen, dat het wenselijk zou zijn dat de hoogste bestuursrechters ook op dit formele punt één uniforme lijn zouden kiezen. Ook dit kan echter aan de rechtspraak worden overgelaten.¹¹⁴

De Commissie Evaluatie Awb II waarschuwt voor een te grote juridisering van de bestuurlijke voorfase en beveelt in dat verband het volgende aan:

‘De rechter dient gegevens, bewijsmiddelen of beroepsgronden die in beroep worden aangevoerd, niet buiten beschouwing te laten op de enkele grond, dat zij niet in de bestuurlijke fase zijn ingebracht, tenzij deze betrekking hebben op een onderdeel van het besluit dat in de bestuurlijke fase in het geheel niet is aangevochten.’¹¹⁵

114. *Kamerstukken II* 2004/05, 29421, nr. 11.

115. Commissie Evaluatie Awb II, p. 21 en 83-84.

Artikel 6:13 Awb ziet thans op *alle* besluitvorming in het bestuursrecht.¹¹⁶

Vóór de invoering van het huidige artikel was onduidelijk in hoeverre de CRvB een onderdelenfuik hanteerde.¹¹⁷ Uit de bovengenoemde brief van de minister van Justitie zou kunnen worden afgeleid dat de onderdelenfuik ook voor de CRvB geldt.

Hoe en wanneer werkt de onderdelenfuik van artikel 6:13 Awb?

Van de Griend merkt in dit verband op dat de huidige redactie, gelet op de daarbij door de minister gegeven toelichting, slechts kan worden uitgelegd door ervan uit te gaan dat de woorden ‘beroep’, ‘zienswijzen’, ‘bezwaar’ en ‘administratief beroep’ in artikel 6:13 Awb niet meer alleen betrekking hebben op *besluiten* maar ook op *besluitonderdelen*.¹¹⁸

Schreuder-Vlasblom is van mening dat het artikel al gevolgen heeft vanaf de voorfase van een besluit. In haar visie verliest de burger al zijn toegang op de bestuursrechter indien hij niet tijdig *inhoudelijke* zienswijzen indient.¹¹⁹ Ik begrijp Van de Griend aldus dat zij dit onderschrijft.¹²⁰

Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de onderdelenfuik al een aanvang neemt in het stadium van het indienen van zienswijzen, in die zin dat de zienswijzen in elk geval *inhoudelijk* moet zijn gericht tegen alle onderdelen van een besluit waartegen, in casu, de ambtenaar wenst op te komen.

De vraag is of de zelf procederende ambtenaar dat in voldoende mate kan overzien, nog daargelaten die gevallen waarin de ambtenaar het belang van zienswijzen in het geheel niet inziet (‘ze zoeken het maar uit, ik krijg toch geen gelijk’) en vervolgens eerst in een later stadium, bijvoorbeeld een ambtenaar na een verkregen ontslag, rechtshulp zoekt.

Een voorbeeld van een uitspraak waarin de CRvB de onderdelenfuik toepast is CRvB 25 juli 2007¹²¹:

116. Van de Griend 2007, p. 166 en Willemsen 2005, paragraaf 2.4.5.

117. Zie Van de Griend 2007, p. 144.

118. Van de Griend 2007, p. 179-180.

119. Schreuder-Vlasblom 2007, p. 140, waarin zij ook opmerkt dat het indienen van zienswijzen geen formele proceshandeling is en dus onvoldoende met waarborgen is omkleed.

120. Van de Griend 2007, p. 180-181, al uit zij in voetnoot 129 op p. 178 wel kritiek op Schreuder-Vlasblom, maar dat valt verder buiten het bestek van dit onderzoek.

121. AB 2007, 360. Zie voor de toepassing van de onderdelenfuik ook Rb Zutphen 28 september 2007, LJN BB5443.

‘Aan het besluit liggen – voor zover thans nog van belang – beslissingen van appellant ten grondslag over de hoge instap, de automatische versnelling en de aangepaste autostoel. Deze beslissingen kunnen worden beschouwd als onderdelen van een besluit als bedoeld in (de wetgeschiedenis van) artikel 6:13 van de Awb. Nu betrokkene tegen de beslissingen over de hoge instap en de automatische versnelling geen bezwaar heeft gemaakt, had de rechtbank het beroep in zoverre niet-ontvankelijk moeten verklaren. De rechtbank heeft dit niet onderkend. Dit betekent dat de aangevallen uitspraak, voor zover deze betrekking heeft op de hoge instap en de automatische versnelling, dient te worden vernietigd.’

Ten tijde van het afsluiten van dit onderzoek heb ik daaromtrent geen uitspraken kunnen vinden met betrekking tot het ambtenarenrecht.¹²²

6.4.5 *Waar vindt het debat over de feiten plaats?*

Anders dan in een civiele procedure speelt de feitengaring op grond van de artikelen 3:2 en 4:2 Awb zich in eerste instantie af ten overstaan van het bestuursorgaan.¹²³ Zoals hierna in paragraaf 6.4.9 verder wordt uitgewerkt wordt er in het bestuursrecht door een deel van de rechters en de bestuursrechtelijke auteurs van uitgegaan dat het bestuursorgaan de feiten vaststelt en de bestuursrechter zich beperkt tot de toetsing of het bestuursorgaan dat zorgvuldig heeft gedaan.¹²⁴ In beginsel toetst de CRvB de ter discussie staande feiten vol. Verwezen wordt verder naar paragraaf 6.4.9.

6.4.6 *Formele vereisten bezwaar- of beroepschrift*

Artikel 6:5 Awb bepaalt wat een geldig bezwaar- of beroepschrift minimaal dient in te houden. Dat is, naast de naam en adres van de indiener, dagtekening en omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar of beroep gericht is *de gronden* van het bezwaar of beroep. De Awb schrijft verder niets voor omtrent de inhoud of onderbouwing van

122. Ik heb daartoe rechtspraak.nl, de databank van de TAR en van AB onderzocht op zoekwoorden ‘onderdelenfuiik’, artikel 6:13, ‘overslaan bezwaar’ en ‘overslaan bezwaarfase’.

123. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 317.

124. Zie onder meer: Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 215 en Schuurmans 2007 I, p. 279.

het bezwaar. Artikel 6:6 Awb opent de mogelijkheid van herstel van verzuimen.¹²⁵

6.4.7 *Stelpllicht: materieel*

Ook in het bestuursrecht dient een partij die zich op een rechtsgevolg beroept de feiten en omstandigheden te stellen, waaruit de rechtsgevolgen waarop zij zich beroept, kunnen worden afgeleid. *Materieel*, dus met betrekking tot de vraag *welke feiten dat concreet betreft*, zijn er geen voorschriften waaraan een beroepschrift moet voldoen.

Ook in de bestuursrechtelijke handboeken is weinig concreets terug te vinden omtrent de vraag hoe de stelpllicht in een bezwaar- of in een beroepschrift dient te worden ingevuld.¹²⁶ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male laten zich daar niet specifiek over uit.¹²⁷ Tak definieert een bezwaar- of beroepschrift als ieder geschrift, waaruit blijkt dat de inzender het niet eens is met een besluit of handeling van het bestuur en daardoor in een bestuursrechtelijk proces een uitspraak wil verkrijgen van de instantie tot wie het gericht is.¹²⁸ Volgens Tak is het niet vereist dat een eiser uitvoerige juridische beschouwingen geeft, en evenmin is dat, in zijn visie, altijd wenselijk.¹²⁹ Tak stelt dat de rechter ook andere beroepsgronden kan hanteren dan die door de partijen gestelde én wijst op het feit dat in de Awb welbewust geen toetsingsgronden zijn opgenomen.

Deze opvatting, die ik niet bij andere schrijvers ben tegengekomen, komt neer op de vraag of de rechter *ultra petita* mag gaan en deze vraag wordt hierna in 6.4.10 behandeld.

Wanneer het debat ten overstaan van het bestuursorgaan is ingegeven door artikel 3:2 en 4:2 tweede lid Awb, zal dit in beroep en hoger

125. In dat verband is het bijvoorbeeld ook mogelijk om een 'leeg' bezwaar- of beroepschrift ('op nader aan te voeren gronden') in te dienen, waarna men nog de tijd krijgt om alsnog de gronden aan te vullen.

126. Korteweg-Wiers 2003, p. 267-270; Stuiver & Velo 2000, p. 189-194; Riphagen 1998, p. 141-143; Riphagen 2005, p. 192-194.

127. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, 2008 p. 549-566, i.h.b. §14 (Het aanvoeren van gronden en weren).

128. Tak 2008, p. 972.

129. Tak 2008, p. 983.

beroep¹³⁰ richting geven aan de stelplicht.¹³¹ De burger zal bijvoorbeeld moeten stellen dat en waarom het bestuursorgaan niet zorgvuldig onderzoek heeft gedaan. Ook kan in dat verband worden aangevoerd dat van de burger in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij stukken overlegt op basis waarvan het bestuursorgaan zijn aanvraag heeft afgewezen, bijvoorbeeld omdat die bij uitstek tot het domein van het bestuursorgaan zelf behoren.

Het bestuursorgaan dient in beroep op grond van artikel 8:42 Awb alle op de zaak betrekking hebbende stukken in het geding brengen.

6.4.8 *Het bewijsaanbod in het bestuursrecht*

Een bewijsaanbod behoort ook in het bestuursrecht tot de stelplicht. Er is geen wettelijke bepaling waaraan een bewijsaanbod dient te voldoen. Schuurmans komt tot de conclusie dat de algemene eisen, zoals die in het burgerlijk procesrecht aan een bewijsaanbod worden gesteld, ook in beginsel voor het bestuursprocesrecht gelden: het aanbod moet ter zake dienend zijn, het mag niet te vaag zijn en het dient tijdig te worden gedaan¹³².

Daarnaast lopen stelplicht en bewijslast – meer dan in het burgerlijk procesrecht – parallel. Partijen dienen eigener beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen, zoals blijkt uit CRvB 1 juni 2005¹³³.

‘(...) het bestuursprocesrecht [kent], in tegenstelling tot het burgerlijk procesrecht, niet de formele bewijsopdracht. In de procedure voor de bestuursrechter dienen partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen. Vervolgens kan de bestuursrechter, indien hij daartoe aanleiding ziet, gebruik maken van de in hoofdstuk 8 van de Awb neergelegde onderzoeksbevoegdheden (...)’

Waar de burgerlijke rechter in geval van een afdoende stelplicht en een ter zake dienend bewijsaanbod een bewijsopdracht geeft aan de

130. En overigens ook al in de bedenkingen- en bezwaarfase.

131. Vgl. Schuurmans 2004, p. 4 paragraaf 4.2, die deze artikelen schaaft onder de regels van materieel bewijsrecht.

132. Schuurmans 2005, p. 227.

133. *JB* 2005, 237.

partij op wie de bewijslast rust, doet de bestuursrechter, nu het bestuursrecht geen formele bewijsopdracht kent, doorgaans direct op het spontaan aangedragen bewijsmateriaal uitspraak. In zoverre zou kunnen worden gezegd dat men dan tevens aan bewijslevering doet. Stelpllicht en bewijslast vallen dan samen. Of, en zo ja, daarop een fase van *nadere* bewijslevering volgt, is ter beoordeling aan de rechter. De bestuursrechter is niet *verplicht* een ter zake dienend bewijsaanbod te honoreren. Een partij kan de getuigen ook eenvoudig mee naar de zitting nemen. Dit is echter geen garantie dat de bestuursrechter die getuigen ook daadwerkelijk hoort. De rechter hoeft een afwijzing niet te motiveren en mag er zelfs vanaf zien op basis van een door de rechter gegeven prognose van de uitkomst.¹³⁴ In zoverre verschilt het bestuursprocesrecht dus aanzienlijk van het burgerlijk procesrecht.¹³⁵

De CRvB jurisprudentie met betrekking tot honorering van een bewijsaanbod laat een wisselend beeld zien. In het geval van CRvB 30 juni 2005, *LJN AT86II* oordeelt de Raad bijvoorbeeld:

‘Naar het oordeel van de Raad heeft de rechtbank in haar brief van 11 maart 2003 ten onrechte aan de gemachtigde van appellant kenbaar gemaakt af te zien van het horen van getuigen met toepassing van artikel 8:63, tweede lid, van de Awb, omdat in dat stadium van het geding nog niet kon worden gezegd dat buiten twijfel was dat het horen van getuigen overbodig was. De tegen deze beslissing van de rechtbank gerichte grief slaagt.’¹³⁶

En van recentere datum:

‘In de aangevallen uitspraak is geen aandacht geschonken aan de aangemelde getuige. De Raad acht dit niet juist. Weliswaar heeft de rechtbank, gelet op de tekst van artikel 8:63, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) ten aanzien van het al dan niet horen van getuigen enige beoordelingsruimte, maar dit laat onverlet dat de rechtbank de beslissing om een getuige niet te horen dient te motiveren. Uit het voorgaande volgt dat sprake is van een motiveringsgebrek. De aangevallen uitspraak komt voor vernietiging in aanmerking wegens strijd met artikel 8:77, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb.’¹³⁷

¹³⁴. Schuurmans 2005, p. 228.

¹³⁵. Zie over het verschil uitvoering de noot van R.H. de Bock onder ABRvS 26 januari 2005, *AB* 2005, 374.

¹³⁶. Zie ook: CRvB 31 oktober 2006, *LJN AZ1824* en *AB* 2007, 74 m.nt. Bröring.

¹³⁷. CRvB 6 mei 2008, *AB* 2008, 243.

In andere gevallen oordeelt de CRvB:

‘De Raad verwerpt allereerst de in hoger beroep opgeworpen grief dat de rechtbank ten onrechte heeft geweigerd de door appellante meegebrachte getuigen ter zitting te horen. De Raad is van oordeel dat de beslissing van de rechtbank om gebruik te maken van de haar in artikel 8:63, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht gegeven bevoegdheid, de te dezen gegeven toetsing kan doorstaan. De Raad heeft daarbij in het bijzonder acht geslagen op de reeds in het procesdossier aanwezige gegevens. Voorts heeft de Raad in aanmerking genomen dat het appellante vrij stond getuigen ter zitting van de Raad mee te brengen dan wel op te roepen doch daarvan om haar moverende redenen heeft afgezien.’¹³⁸

Barkhuysen, Damen e.a. concluderen uit (een deel van) deze jurisprudentie dat het moeilijk te achterhalen is waarom een aanbod tot getuigenbewijs wordt afgewezen.¹³⁹

Zowel uit de uitspraak CRvB 1 juni 2005¹⁴⁰ als de overige hierboven geciteerde uitspraken van de CRvB blijkt dat de CRvB in beginsel verwacht dat als men over getuigen beschikt die men wil horen, men die ook meebrengt om ter zitting te kunnen worden gehoord. In civielrechtelijke zin bevindt men zich dan nog in de fase van de stelplicht, alhoewel men dat uiteraard doet met bewijsmiddelen. In het bestuursrecht lopen stelplicht en bewijslevering dus nog meer in elkaar over dan in het civiele recht.

Op het eerste gezicht lijkt er weinig verschil te bestaan tussen een rechter die een meegebrachte getuige hoort en een rechter die een partij een bewijsopdracht geeft naar aanleiding van een bewijsaanbod. In beide gevallen wordt immers de bij een procespartij bestaande behoefte dat haar getuigen worden gehoord bevredigd.

Toch is naar mijn mening er een wezenlijk verschil tussen een getuige die wordt gehoord naar aanleiding van een gerichte bewijsopdracht en een getuige die wordt gehoord omdat die door een partij mee naar de zitting is genomen. Het enkele feit dat de bestuursrechter in voorkomende gevallen genegen is om meegebrachte getuigen te horen is geen garantie dat een partij wat betreft bewijslevering op hetzelfde spoor zit als de rechter. Wanneer de rechter een bewijsopdracht geeft, dan geeft

138. CRvB 21 december 2004, *LJN AR8552*. Zie ook: CRvB 13 juli 2005, *LJN AU0935*, CRvB 3 januari 2006, *LJN AU9235* en recent: CRvB 29 april 2008, *AB 2008, 242*.

139. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 41.

140. *JB 2005, 237*.

die op voorhand een oordeel over de bewijslastverdeling waarin hij zich uitspreekt over de richting waarin het bewijs moet worden geleverd. Een rechter die een bewijsopdracht geeft, neemt daarbij de regie van de bewijsvoering in handen en geeft aan wat hij daarbij van belang acht voor het slagen van de procedure. De rechter geeft door middel van een bewijsopdracht richting aan de feitengaring in een zaak.

Dat gebeurt in beginsel¹⁴¹ niet in het geval een partij zelf getuigen meebrengt. Deze partij doet dat omdat zij een inschatting maakt omtrent wat de rechter *mogelijk* van belang zou kunnen achten voor de bewijsvoering. Of dat ook zo is, valt, zeker in het kader van de vrij-bewijsleer, moeilijk in te schatten. Vanuit oogpunt van voorspelbaarheid zou het dus de voorkeur verdienen wanneer ook de bestuursrechter zich naar aanleiding van een voldoende gespecificeerd aanbod zou uitlaten omtrent de bewijsvraag en -last en daarvan vervolgens de regie houdt.

Bij de rechtbank geschiedt zulks niet, ook niet door middel van een schriftelijke instructie, zo blijkt uit het onderzoek van Barkhuysen, Damen e.a.¹⁴² In hoeverre zulks wel gebeurt bij de CRvB heb ik uit de gepubliceerde uitspraken niet kunnen vaststellen.

6.4.9 *De rol van de bestuursrechter bij de feitenvaststelling*

Over de taak van de bestuursrechter bestaan twee verschillende opvattingen. In het 'objectieve model' fungeert de rechter als waarborg voor het bestuursrecht als samenhangend geheel. De rechter heeft daarbij slechts een controlerende taak. De hernieuwde rechtsvaststelling dient hij aan het bestuur over te laten.¹⁴³ Daartegenover staat het 'subjectieve model', dat meer de nadruk legt op de bescherming van de individuele aanlegger in het procesrecht.¹⁴⁴ Het huidige stelsel vertoont volgens Schreuder-Vlasblom 'een objectief vernietigingsberoep dat in toenemende mate subjectieve trekken vertoont'.¹⁴⁵ Het bestuursorgaan draagt

141. Dit is anders indien de rechter op voorhand via schriftelijke instructies daaromtrent nadere informatie heeft gegeven en aan de appellant of verweerder aangeeft hoe de bewijslast ligt en wat er door de rechter in dat verband van die partij wordt verwacht.

142. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 212-213.

143. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 30-31.

144. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 31-32.

145. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 34.

in haar visie zorg voor de feitingaring en de rechter toetst die nadien op zorgvuldigheid en volledigheid.¹⁴⁶

Deze op het objectieve model gebaseerde leer is door Schreuder-Vlasblom en Daalder in een artikel uit 2000 aanzet geweest voor een principiële discussie over de vraag aan wie de vaststelling van de feiten moet worden overgelaten, het bestuursorgaan of de rechter. Voormelde auteurs menen dat de rechter, wanneer het bestuursorgaan in gebreke is gebleven, dat feitenonderzoek niet moet overdoen, maar het bestuursorgaan opdracht moet geven nieuw onderzoek te doen. Het bestuur is daarop ingesteld, de rechter niet.¹⁴⁷

Deze opvatting is onder meer door De Bock bestreden. Zij stelt dat het juist de competentie van de rechter is om de feiten vast te stellen. Het niet zelf vaststellen van de feiten door de rechter is in haar visie in strijd met artikel 6 EVRM. Zij geeft aan dat de CRvB juist wel zelf de feiten vaststelt en zelf – zonodig – onderzoek doet.¹⁴⁸

Allewijn is van mening dat De Bock in dat kader de verschillen tussen de ABRvS en van de CRvB groter voorstelt dan ze zijn.¹⁴⁹

Ook Schuurmans signaleert in het geval van een marginale toetsing in beginsel problemen met artikel 6 EVRM. Zij acht een marginale toetsing van de bestuurlijke bewijsoordelen en de uiteindelijke feitenvaststelling in beginsel niet toelaatbaar.¹⁵⁰ In haar visie behoeven de verschillende opvattingen (wel of niet zelf toetsen van feiten door de bestuursrechter) niet tot verschillende uitkomsten te leiden. Heeft immers het bestuursorgaan de feiten onjuist of onzorgvuldig vastgesteld, dan zal het besluit door de bestuursrechter daarop worden vernietigd en zal het bestuursorgaan het werk over moeten doen.¹⁵¹

Van de Griend is eveneens van mening dat het in het licht van artikel 6 EVRM juist de primaire taak van de rechter – en dus ook van de bestuursrechter – is om (zelf) de feiten vast te stellen.¹⁵²

Barkhuysen, Damen e.a. concluderen met een verwijzing naar Widdershoven, Schlössels e.a.¹⁵³ dat beperkingen van rechterlijke controle

146. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 317. Zie ook: Schuurmans 2005, par. 3.3 t/m 3.6 en par. 6.4.6.

147. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 215.

148. De Bock 2000 en 2004.

149. Allewijn 2004, p. 282.

150. Schuurmans 2005, par. 6.4.6. en p. 284-293.

151. Schuurmans 2007 I, p. 277 en 285.

152. Zie onder meer: Van de Griend 2007, p. 59-91, i.h.b. p. 82.

153. Widdershoven, Schlössels e.a. 2001, p. 37.

op bestuurlijke feitenvaststelling zich ‘in de gevarezone van artikel 6 EVRM bevinden’ maar op grond van het arrest *Bryan/Verenigd Koninkrijk*¹⁵⁴ niet zonder meer ongeoorloofd zijn.

Schreuder-Vlasblom stelt in een recente publicatie dat de voortgaande ontvlechting tussen objectieve en subjectieve gedingen een gedegen discussie vereist over het object van de rechtspraak ten opzichte van de kern van het bestuursrecht. Anders gaat het bestuursprocesrecht met het bestuursrecht aan de haal in plaats van daaraan dienstbaar te zijn.¹⁵⁵

In het kader van het onderzoek betreffende de Derde Evaluatie Awb naar de mogelijkheden voor definitieve geschillenbeslechting is de vraag aan de orde geweest wat, in het kader van de feitenvaststelling, de rol van de rechter is. De geïnterviewde rechters verschilden op dit punt van mening. Slechts een deel van hen zag het als zijn taak om zelf de feiten vast te stellen.¹⁵⁶

In de visie van Schuurmans is er geen verschil tussen de bewijslast in de bestuurlijke en in de rechterlijke fase.¹⁵⁷ Volgens Asser is de rechter de enige neutrale instantie die iets kan doen aan een onafhankelijk en onpartijdig onderzoek naar de feitelijke achtergrond van conflicten en normen.¹⁵⁸

Schreuder-Vlasblom lijkt de door haar met Daalder in 2000 uiteengezette leer in weerwil van opgemelde kritische geluiden onverkort te handhaven.¹⁵⁹

Naar ik begriip wordt de leer Daalder & Schreuder-Vlasblom door de CRvB niet toegepast. Voor zover dat voor de lagere rechtspraak voor individuele rechters in het ambtenarenrecht wel zou gelden, wordt in dat geval miskend dat het ambtenarenrecht weinig met de uitoefening van bestuurstaken van het bestuursorgaan te maken heeft, zodat er geen noodzaak is, ook niet uit het oogpunt van de Trias Politica of vanuit specifieke deskundigheid om de feitenvaststelling ter exclusieve competentie te laten van het bestuursorgaan.

154. EHRM 22 november 1995. A 335 A par. 45.

155. Schreuder-Vlasblom 2008, p. 37.

156. Schueler, Drewes 2007, p. 117.

157. Schuurmans 2004, p. 7.

158. Asser 2006, p. 56. Zie in dat verband ook Asser 1999, p. 1251, waarin hij spreekt van een ‘contaminatie van het feit door het belang en de daarmee gepaard gaande vermenging van belang, feit en norm’. In die context is de rechter de onafhankelijke en onpartijdige derde die belang, feit en norm weer moet ontrafelen.

159. Schreuder-Vlasblom 2008, par. 4.2.

Daarbij is het naar mijn mening ook onwenselijk, indien de bestuursrechter slechts marginaal zou toetsen of het bestuursorgaan de feiten juist heeft vastgesteld, om, wanneer dat gebrekkig is gedaan, vervolgens het bestuursorgaan die feiten opnieuw te laten vaststellen. Wanneer een bestuursorgaan met een *eigen belang* de feiten moet vaststellen bestaat eens te meer het gevaar van, om met Asser te spreken, ‘contaminatie van het feit door het belang en de daarmee gepaard gaande vermenging van belang, feit en norm’.¹⁶⁰ De vraag daarbij is bovendien of die twee hoedanigheden (objectief bestuurder¹⁶¹ enerzijds en partij met een eigen belang anderzijds) wel goed te scheiden zijn.¹⁶² Er zijn situaties denkbaar dat de overheid als bestuursorgaan ‘twee petten op heeft’.

De CRvB hecht eraan dat het bestuursorgaan het dossier volledig in het geding brengt.¹⁶³ Daaruit kan worden afgeleid dat hij graag zelf het volledige beeld op tafel heeft. Dit kan ook gaan over de vraag of een bestuursorgaan voorafgaand aan het te nemen besluit een deugdelijk onderzoek heeft gedaan. Bij een ondeugdelijk onderzoek wordt veelal het bestuursorgaan opgedragen dit onderzoek (zelf) over te doen. De CRvB geeft daarbij soms een opdracht aan het bestuursorgaan, bijvoorbeeld om nader onderzoek te doen door middel van een onafhankelijke psychiater. De CRvB geeft aan op welke wijze dat moet gebeuren wil het onderzoek niet andermaal als ondeugdelijk worden beoordeeld.¹⁶⁴

6.4.10 *Onderzoeksbevoegdheden van de rechter bij de feitenvaststelling*

Mogelijkheden

Onverminderd de voormelde opvattingen over de feitenvaststelling door de rechter heeft *de wetgever* hem bij de feitenvaststelling een actieve rol toebedacht. De rechter kan zelf een vooronderzoek starten (afdeling 8.2.2. Awb) en daartoe een rechter-commissaris benoemen (artikel 8:12 Awb).

160. Asser 1999, p. 1251.

161. Zie bijvoorbeeld over besturen, bestuurstaak van de overheid en het bestuursrecht: Schlössels & Stroink 2006, p. 19-40.

162. Wat Polak 2008 betoogt ten aanzien van de toetsing van beleid (marginaal) en de wet (vol), is in zaken waarin een bestuursorgaan als bestuurder optreedt en dus beleidsvrijheid heeft, een noodzaak. Ten aanzien van vaststelling van *feiten* behoort dit primair tot de taak van een rechter, juist om contaminatie van feit en belang te voorkomen.

163. CRvB 19 september 2001, *JB* 2001, 283.

164. CRvB 8 mei 2008, *TAR* 2008, 166.

Zoals hierboven al aangegeven, is het de bedoeling van de wetgever geweest dat de bestuursrechter niet lijdelijk is, maar op zoek gaat naar relevante feiten tijdens het vooronderzoek en op de zitting. Er dient sprake te zijn van een actieve rechter die *dominus litis* is van de zaak.¹⁶⁵

Op basis van het tweede lid van artikel 8:69 Awb dient de bestuursrechter ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Krachtens het derde lid van dit artikel kan de rechter ambtshalve de feiten aanvullen. De rechter is op zoek naar de materiële waarheid.¹⁶⁶

Dat vindt zijn begrenzing in de regel dat de rechter slechts mag beslissen aan de hand van stukken, gegevens en inlichtingen waarvan partijen in het geding kennis hebben genomen en waarover partijen zich hebben kunnen uitlaten.¹⁶⁷ Ook artikel 6:13 Awb begrenst de rechter, nu hij niet gronden mag accepteren die eerder niet zijn aangevoerd en die zijn gericht tegen eerder niet aangevallen onderdelen van het besluit.

Hierboven hebben we al gezien in paragraaf 6.3.2, dat van die mogelijkheden in wisselende mate gebruik wordt gemaakt. Het hangt onder meer af van de instantie waarbij men procedeert. Verder kan een rol spelen of men zich heeft voorzien in deskundige bijstand. In dat laatste geval lijkt de CRvB zich op het standpunt te stellen dat partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk dienen te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal dienen aan te dragen. Vervolgens kan de bestuursrechter, indien hij daartoe aanleiding ziet¹⁶⁸, gebruik maken van de in hoofdstuk 8 van de Awb neergelegde onderzoeksbevoegdheden.¹⁶⁹

Mag de bestuursrechter ultra petita gaan?

De vraag is of de rechter buiten de door artikel 6:13 Awb bepaalde gevallen *ultra petita* mag gaan. De parlementaire geschiedenis geeft op dit

165. PG Awb II, p. 173.

166. Schueler 2006, nr. 659, p. 227-228.

167. Schueler 2006, p. 233.

168. CRvB 1 juni 2005, *JB* 2005, 237 m.nt. Wenders. Zie ook: Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 48-70.

169. CRvB 1 juni 2005, *JB* 2005, 237 m.nt. Wenders.

punt geen uitsluitel.¹⁷⁰ In de literatuur wordt daarover verschillend gedacht.¹⁷¹

De VAR-commissie Rechtsbescherming acht de rechter gebonden aan de grenzen van het besluit en van de afbakening door de appellant van het geschil.¹⁷² De onderzoekscommissie die in het kader van de Derde Evaluatie Awb heeft onderzocht in hoeverre de bestuursrechter tot definitieve beslechting van het geschil zou kunnen en zou moeten overgaan, spreekt naar aanleiding van de parlementaire geschiedenis van *de afschaffing* van de mogelijkheid ultra petita te gaan.¹⁷³

Zoals hierboven in paragraaf 6.4.1 al vermeld, vindt Tak dat dit mogelijk moet zijn.¹⁷⁴ Schlössels & Stroink achten het ultra petita gaan slechts in bijzondere gevallen geoorloofd. De ruimte zit in het feit dat de bestuursrechter ex artikel 8:69 eerste lid Awb niet alleen uitspraak doet op grond van het beroepsschrift, maar ook op basis van het verhandelde ter zitting. De rechter kan dan ‘doorvragen’ en nagaan wat een appellant nu precies met een grond heeft bedoeld. Of de rechter daartoe bereid is, valt te bezien, aldus voornoemde auteurs.¹⁷⁵

6.4.11 *Zijn er voor wat betreft de stelplicht verschillen in bezwaar, beroep en in hoger beroep?*

Zienswijzen en bezwaarfase

De informatielast van een burger begint volgens artikel 6:13 Awb reeds bij de zienswijzen.

De burger dient aan te geven op welke punten hij het niet eens is met het (voorgenomen) bestuursbesluit en op welke gronden. Dat geldt eveneens voor de bezwaarfase (artikel 6:5 eerste lid onder d Awb). De burger dient daarbij de tot het bewijsdomein van het bestuursorgaan

170. Vgl. PG Awb II, p. 663 vermeldt hierover in het kader van de MvT dat, gelet op de primaire functie van het bestuursrechtelijke geding, namelijk het bieden van rechtsbescherming, er geen reden is voor de rechter om buiten de vordering te treden.

171. Zie bijvoorbeeld De Bock 2004, p. 51 die stelt dat de bestuursrechter het bestreden besluit op alle denkbare gronden toetst en Van de Griend 2007, p. 24-25 die stelt dat de CRvB zich al enige jaren beperkt tot de juridische vertaling van het beroepsschrift en daar niet buiten treedt.

172. Rapport VAR Commissie Rechtsbescherming, Boom 2004, p. 107.

173. Schueler, Drewes 2007, p. 48.

174. Tak 2008, p. 745.

175. Schlössels & Stroink 2006, p. 327 en p. 342-344.

behorende feiten en omstandigheden gemotiveerd te betwisten.¹⁷⁶ De betrokkene heeft in bezwaar en/of beroep, met inachtneming van het in artikel 6:13 Awb bepaalde, nog de mogelijkheid om eigen verzuim ten aanzien van stelplicht en bewijslast te herstellen.¹⁷⁷ Artikel 6:5 Awb geeft ook eenduidige formele eisen (naam, adres dagtekening, omschrijving besluit waartegen wordt geageerd en gronden) voor bezwaar- én beroepschrift.

Beroep

De vereisten voor een beroepschrift wijken niet af van die van een bezwaarschrift. In het kader van de stelplicht van een partij kent de Awb een met artikel 21 Rv overeenstemmende bepaling in artikel 8:31 Awb: indien een partij niet voldoet aan de verplichting te verschijnen, inlichtingen te geven, stukken over te leggen of mee te werken aan een onderzoek als bedoeld in artikel 8:87, eerste lid, Awb kan de rechtbank daaruit de gevolgtrekkingen maken die haar geraden voorkomen. De stelplicht van een partij staat onder meer in artikel 8:28 Awb, 8:30 Awb en 8:45 Awb. Het bestuursorgaan dient daarnaast alle tot het dossier behorende stukken in te sturen (artikel 8:42 Awb). Dit geschiedt *nadat* de belanghebbende zijn gronden al heeft geformuleerd, zodat de vraag kan worden gesteld in hoeverre het aanbeveling verdient om zich het recht voor te behouden om nadere gronden aan te vullen indien en voor zover die stukken daartoe aanleiding geven. De rechter leidt immers het proces en kan een dergelijk voorbehoud naast zich neerleggen.

De rechtbank verschaft de belanghebbende vervolgens daarvan een afschrift. Artikel 8:29 Awb voorziet in een regeling voor het geval gewichtige redenen zich tegen inzending van de stukken zou verzetten. De bestuursrechter doet uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting (artikel 8:68 Awb eerste lid).

Inzet van het beroep is het *besluit op bezwaar*. De stelplicht is dan ook hierop gericht. Wordt het beroep gegrond verklaard dan leidt dat niet tot vernietiging van het *primaire besluit*.

176. Simon 2004, p. 288.

177. Simon 2004, p. 289.

Hoger beroep

In hoger beroep gelden soortgelijke eisen, nu hoofdstuk 8 van de Awb grotendeels van toepassing is op het hoger beroep.¹⁷⁸ Het voorwerp van hoger beroep is primair de uitspraak van de rechtbank in beroep. De CRvB stelt echter de herkansingsfunctie van het hoger beroep voorop, zodat in hoger beroep – met inachtneming van artikel 6:13 Awb – nog nieuwe gronden en feiten kunnen worden aangevoerd. Dit mag echter niet in strijd komen met het beginsel van de goede procesorde.¹⁷⁹

Is incidenteel hoger beroep mogelijk zonder zelf binnen de beroepstermijn te hebben geappelleerd?

De CRvB heeft op 22 oktober 2008¹⁸⁰ geoordeeld dat incidenteel appel, zoals dat in het civiele recht mogelijk is – ook nog buiten de appeltermijn – slechts in beperkte mate mogelijk is:

‘4.2.2. De omvang van het geding in hoger beroep wordt in beginsel bepaald door de gronden die de indiener van het hoger-beroepschrift tegen de aangevalen uitspraak heeft aangevoerd. Beroepsgronden, standpunten van het bestuursorgaan en standpunten van eventuele derden-partijen die door de rechtbank uitdrukkelijk en zonder voorbehoud zijn verworpen kunnen, voor zover de in hoger beroep aangevoerde gronden zich niet tot die oordelen van de rechtbank uitstrekken, in hoger beroep niet opnieuw aan de orde komen. Dit is slechts anders, indien sprake is van nauwe verwevenheid tussen een of meer gronden die de indiener van het hoger beroep heeft aangevoerd en een of meer door een andere partij bij wege van verweer naar voren gebrachte standpunten, dan wel indien van die andere partij redelijkerwijs niet kon worden gevergd zelf hoger beroep in te stellen, omdat zij daarbij geen – zelfstandig – belang had (vgl. de uitspraak van de Raad van 11 mei 2006, LJN AX8930). Van de vereiste nauwe verwevenheid is pas dan sprake, als de bestuursrechter een of meer van de door de indiener van het hoger beroep aangevoerde gronden niet adequaat kan beoordelen zonder tevens een oordeel te geven over een of meer van de in verweer naar voren gebrachte standpunten.’

178. Artikel 21 eerste lid Beroepswet.

179. Zie bijvoorbeeld CRvB 16 oktober 1998, AB 1999, 48 en Van de Griend 2007, hoofdstuk 4.

180. LJN BG1621.

Omdat niet zelden eerst *na* het verstrijken van de termijn voor hoger beroep bekend wordt aan een partij of de andere partij heeft geappelleerd en dus niet vóór het verstrijken van de appeltermijn kan worden getoetst of er van een nauwe verwevenheid als in hierbovengenoemde zin sprake is, zal een partij zekerheidshalve tegen elk onderdeel van de uitspraak in beroep tijdig hoger beroep moeten instellen. Dat kan dus appellen in de hand werken, waarbij het dan de vraag is of die weer worden ingetrokken wanneer is gebleken dat de andere partij in de uitspraak heeft berust.

6.4.12 *Trechterwerking en argumentatieve fuik*

Het zal nogal eens voorkomen dat een partij die in de bezwaarfase nul op het rekest heeft gekregen, zich in beroep voorziet van deskundige rechtsbijstand. De vraag die zich dan voordoet is of een appellant in beroep of in hoger beroep nog andere gronden c.q. nieuwe twistpunten aan de orde te stellen en nieuwe argumenten naar voren mag brengen. Dit wordt in de literatuur aangeduid als *trechterwerking of argumentatieve fuik*.¹⁸¹

Hiervoor is in punt 6.4.4 artikel 6:13 Awb aan de orde geweest. Die geeft een *onderdelenfuik*. Deze bepaling dwingt een belanghebbende vanaf het begin de hem ten dienste staande administratieve rechtsgang (volledig) te benutten. Nu artikel 6:13 Awb vergelijkbaar is met het grievensstelsel in het burgerlijk procesrecht – waarbij datgene waartegen geen grief is gericht – tussen partijen komt vast te staan – zal tegen alle onderdelen van het besluit, waarvan men het niet eens is, moeten opkomen. Aldus wordt ook voorkomen dat belanghebbenden eerst later in de procedure opeens kenbaar maken het er (ook) niet mee eens te zijn. Dit is naar mijn mening anders in het geval een belanghebbende tot dan toe in het gelijk is gesteld. Een partij die tot dan toe gelijk heeft gekregen zou zijn bezwaar immers hebben zien stranden wegens gebrek aan belang. De *argumentatieve fuik* ziet op het in beroep of in hoger beroep geen nieuwe argumenten mogen aanvoeren tegen een aangevallen besluit. Dat is dus iets *anders* dan dat tegen *onderdelen* van een besluit niet wordt opgekomen.

181. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 557-559, Tak 2008, deel I p. 728 ev., L. Damen, Voordracht congres Vijf jaar JB en Awb, Maastricht, 31 oktober 1998, A.T. Marseille 2001, p. 67-75 en Van de Griend 2007, p. 5-6.

In dit onderzoek beperk ik mij tot de behandeling van de wijze waarop de rechtbank sector bestuursrecht in beroep en in hoger beroep de Centrale Raad van Beroep met deze argumentatieve fuik omgaan. Op grond van het huidige artikel 6:13 Awb geldt dat indien in de bezwaarfase tegen een onderdeel van een besluit¹⁸² niet is opgekomen, dat gebrek in beroep niet kan worden hersteld. Voor het overige hanteert de CRvB in de verhouding bezwaar/beroep geen beperkingen ten aanzien van het aanvoeren van nieuwe gronden in beroep ten opzichte van de bezwaarfase.¹⁸³ Voor de CRvB kan dan ook niet van een *argumentatieve* fuik worden gesproken.¹⁸⁴ Veeleer is er sprake van een stelsel dat in enige mate verwant is aan het grievenstelsel: komt men niet op tegen een gedeelte van een uitspraak waarin een aparte op rechtsgevolg gebaseerde deelbeslissing is genomen, dan krijgt dat gedeelte formele rechtskracht en dat gedeelte kan dan niet in een later stadium alsnog bij het debat in beroep of hoger beroep worden betrokken.

De CRvB legt de grens voor wat betreft nieuwe grieven of weren in hoger beroep bij de mogelijkheid voor de wederpartij om daarop nog adequaat te kunnen reageren:

‘3.4. Naar aanleiding van de eerst ter zitting van de Raad geuite grief van appellante dat het bestuur heeft nagelaten te onderzoeken of zij herplaatst kon worden in een andere functie, overweegt de Raad dat appellante hiermee buiten de omvang van het geding is getreden. Door het tijdstip en wijze waarop appellante dit punt naar voren heeft gebracht, heeft zij het bestuur in de onmogelijkheid gebracht hierop adequaat te kunnen reageren. De Raad moet deze grief van appellante dan ook buiten beschouwing laten.’¹⁸⁵

6.4.13 *Bestuurlijke lus en stelplicht*

Teneinde de afdoening van geschillen door de rechter te bevorderen is het wetsontwerp ‘bestuurlijke lus Awb’¹⁸⁶ ingediend. Blijkens het ont-

182. Zie voor dit begrip nader onder meer Van de Griend 2007, p. 18-19: er moet sprake zijn van een te splitsen rechtsgevolg, bijvoorbeeld een op twee aparte tijdvakken betrekking hebbend uitkeringsbesluit.

183. Zie bijvoorbeeld Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 697-698 en CRvB 7 september 2004, *JB* 2004, 378 (*Lichtenvoorde*).

184. Zie ook Widdershoven, Schlössels e.a.2001, p. 123.

185. CRvB 17 april 2008, *TAR* 2008, 149.

186. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2007-2008, 31 352, nr. 2.

werp artikel 8:51a kan de rechtbank het bestuursorgaan in de gelegenheid stellen een gebrek in het bestreden besluit te herstellen, in plaats van dit besluit aanstonds te vernietigen.¹⁸⁷ Het is een bevoegdheid waar een bestuursorgaan gebruik van *kan* maken. Het is daartoe niet verplicht. Het bestuursorgaan kan aldus onder meer gebreken in *haar* stel-, informatie- of onderzoeksplicht ongedaan maken zonder dat dit tot vernietiging van het aangevallen besluit op bezwaar hoeft te leiden. Om de bestuurlijke lus te kunnen toepassen moet de bestuursrechter eerst bepalen dat het besluit op één of meer punten in strijd is met het recht.¹⁸⁸ Uiteraard komt het de effectiviteit en doorloop ten goede indien aldus knopen kunnen worden doorgehakt, in plaats van het besluit eerst te vernietigen, een nieuw besluit te nemen om vervolgens een compleet nieuwe bestuursgang door te maken.

De vraag is vervolgens of een dergelijke herstelmogelijkheid alleen zou moeten gelden voor (geringe) fouten in de besluitvorming van het bestuursorgaan.

6.4.14 *Stelpllicht: conclusie*

De feitengaring vindt ex artikel 3:2 Awb zowel bij ambtshalve besluiten als bij besluiten op aanvraag primair plaats bij het bestuursorgaan in het kader van de uit dat artikel voor het bestuursorgaan voortvloeiende onderzoeksplicht. Daarnaast bestaat er bij een besluit op aanvraag en ex artikel 4:2 Awb tweede lid ook een informatielast bij de belanghebbende. Hoe die twee zich bij een besluit op aanvraag tot elkaar verhouden, hangt af van de omstandigheden van het geval. De bestuursrechter toetst in beginsel dat onderzoek aan het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel.¹⁸⁹

Zowel Schueler, Schuurmans als Tak komen tot het oordeel dat er feitelijk weldegelijk sprake is van *een* vorm van stelpllicht, al kan die niet worden gelijkgesteld aan die van artikel 149 ev. Rv. Die stelpllicht ziet dus op het aanvoeren van gronden waarom en in welke mate besluit van het bestuursorgaan niet deugt, dan wel – zo mogelijk – het herstellen van verzuim ten aanzien van het verschaffen van de benodigde informatie in de bestuurlijke fase. Het bestuursorgaan is op basis van artikel 8:42 Awb gehouden om alle op de zaak betrekking hebbende

187. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2007-2008, 31 352, nr. 3 (MvT).

188. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2007-2008, 31 352, nr. 3, p. 6 (MvT).

189. Zie onder meer: Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000 en Schuurmans 2007 II.

stukken in het geding te brengen. Vervolgens heeft de rechter de mogelijkheid om zelf onderzoek te verrichten en ambtshalve de feiten aan te vullen. De rechter maakt echter in afnemende mate gebruik van en partijen worden in toenemende mate als gelijkwaardig aangemerkt.

Uit de uitspraak van de CRvB van 1 juni 2005¹⁹⁰, zou kunnen worden afgeleid dat in dat geval partijen *eerst* eigener beweging hun stellingen voldoende aannemelijk moeten maken en spontaan daarvoor het nodige bewijsmateriaal moeten aandragen. Als zij dat doen dan kan de rechter, als hij daartoe aanleiding ziet, gebruik maken van zijn onderzoeksbevoegdheden. Aldus kan de conclusie worden getrokken dat de aard en omvang van de stelplicht in het bestuursrecht – mogelijk met uitzondering voor de in persoon procederende ambtenaar – niet onderdoet voor die in het civiele recht.

Nu de rechter niet ‘ultra petita’ mag gaan volgens de meeste schrijvers zal hij de gronden van zijn bezwaar en beroep voldoende moeten aangeven en onderbouwen. Dit volgt ook uit artikel 6:13 Awb: tegen alle onderdelen van een besluit dient een klacht te worden gericht en bedenkingsen, bezwaar of beroep mogen niet worden overgeslagen.

De verplichting van artikel 8:42 Awb dat het bestuursorgaan *alle* op de zaak betrekking hebbende stukken in het geding brengt, kan in beginsel bijdragen aan de stelplicht van de burger doordat het aanknopingspunten daartoe verschaft. Kanttekening is wel dat niet valt na te gaan of, en zo ja, in welke mate die bepaling ook altijd in volle omvang wordt nageleefd.

6.5 Bewijslast

6.5.1 Inleiding

Plaats van het bewijsrecht in het kader van dit onderzoek

Overeenkomstig de definities uit paragraaf 4.2.1 afkomstig uit het burgerlijk procesrecht beschouw ik in het kader van het bestek van dit onderzoek bewijzen primair als de activiteit die ziet op het overtuigen met bewijsmiddelen *van de rechter*. Dat betekent dat naar mijn mening

190. CRvB 1 juni 2005, *JB* 2005, 237 m.nt. Wenders, waarbij de ambtenaar werd bijgestaan door een advocaat, zodat deze regel mogelijk uitzondering geldt voor het geval een ambtenaar in persoon procedeert.

daaronder dus niet rechtstreeks¹⁹¹ valt de informatielast als bedoeld in artikel 3:2 en 4:2 tweede lid Awb. Daarbij zij opgemerkt dat dit onderzoek zich beperkt tot het op ambtenaren van toepassing zijnde procesrecht, waarbij de Centrale Raad van Beroep het in beginsel toestaat dat in beroep of in hoger beroep alsnog bewijs wordt geleverd van de ondeugdelijkheid van het aan het besluit van het bestuursorgaan ten grondslag liggende feitencomplex. Over *die* bewijslast en bewijslevering wordt in dit onderdeel gesproken. Ik hanteer daarbij dus een andere begripsvorming dan Schuurmans in haar dissertatie, die, als ik het goed zie, in hoofdstuk 4 en 5 ook van bewijzen, bewijsrisico en bewijsvoeringlast¹⁹² spreekt ten overstaan van het bestuursorgaan.¹⁹³

Een bewijsoordeel volgt nadat partijen over en weer invulling hebben gegeven aan de stelplicht en spontaan bewijsmiddelen voor hun stellingen hebben aangedragen. Hierboven is al aangegeven dat in het bestuursrecht stelplicht en bewijslast meer parallel lopen dan in het burgerlijk procesrecht.

In beroep (maar ook in bezwaar) zal het doorgaans de ambtenaar zijn die zich op het standpunt stelt dat een jegens hem genomen besluit niet deugt. In het kader van de stelplicht zal het bestuursorgaan het bestreden besluit en het daarbij behorende dossier overleggen, alsmede een gemotiveerde betwisting van de door de ambtenaar aangevoerde gronden. Aan de bewijslast komt de rechter dan naar mijn mening eerst toe op het moment dat er een geschil over de feiten bestaat, waarbij over en weer voldoende is gesteld om tot bewijs te worden toegelaten. In hoger beroep kan het ook het bestuursorgaan zijn dat opkomt omdat het in beroep ongelijk heeft gekregen van de bestuursrechter.

6.5.2 *Vrij-bewijsleer*

Inleiding

In het bestuursprocesrecht geldt, naar algemeen wordt aangenomen, het beginsel van de vrij-bewijsleer. In hoofdstuk 8 van de Awb zal men

191. Zoals in paragraaf 7.53 nader uitgewerkt geven deze artikelen wel richting aan de bewijslast, nu het debat bij de bestuursrechter – de feitenvaststelling primair de taak van het bestuursorgaan is en niet van de bestuursrechter.

192. Zie voor deze uitdrukking Schuurmans 2005, p. 23.

193. Zij noemt bijvoorbeeld het horen van de belanghebbende bij een ambtshalve te nemen besluit 'gelegenheid geven tot tegenbewijs'.

dan ook vergeefs zoeken naar regels van *materieel* bewijsrecht, zoals betreffende de stelplicht, de bewijslast en de bewijswaardering.¹⁹⁴ Dit is een bewuste keuze van de wetgever geweest.¹⁹⁵ Overigens was dit geen trendbreuk met de situatie vóór de invoering van de Awb.¹⁹⁶ Veel meer dan enkele formele regels, bijvoorbeeld dat meegebrachte getuigen of deskundigen ter zitting moeten worden gehoord, vermeldt de Awb niet.¹⁹⁷ De wetgever achtte dat niet noodzakelijk, omdat de bestuursrechter in zijn bedoeling actief is in plaats van lijdelijk.¹⁹⁸ De rechter is, vanwege deze actieve rol, op grond van artikel 8:69 Awb derde lid bevoegd ambtshalve de feiten aan te vullen.¹⁹⁹

Hiermee is overigens niet gezegd dat de Awb het bewijs *geheel* heeft vrijgelaten. De Awb bevat een aantal bepalingen van *formeel* bewijsrecht ter zake van het oproepen van partijen (8:27 Awb), het vragen van informatie aan partijen en anderen (8:45 en 8:28 Awb), het oproepen van getuigen (8:33 en 8:46 Awb), het oproepen van deskundigen (8:34, 8:47 en 8:48 Awb) en het instellen van een plaatselijk onderzoek (art 8:50 en 8:51 Awb).

Het *materiële* bewijsrecht is (bijna) geheel vrijgelaten. Alleen artikel 8:69 bepaalt iets over de grenzen van de rechtsstrijd, te weten dat de rechtbank uitspraak doet op grond van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en ter zitting (lid 1), doch de rechtbank kan zowel ambtshalve rechtsgronden (lid 2) als feiten (lid 3) aanvullen. De wetgever heeft dat expliciet zo bedoeld, doch voegt daar wel aan toe 'dat de rechter, afhankelijk van ondermeer de verhouding tussen partijen, de aard van het geschil en de in het geding zijnde feiten, naar redelijkheid en billijkheid stelplicht en bewijslast over partijen heeft te verdelen'.²⁰⁰

Nu partijen in beginsel de omvang van het geding bepalen en de bestuursrechter niet buiten de aangevoerde gronden tegen het aangeval-

194. Zie voor de bedoeling van de wetgever hieromtrent Schuurmans 2005 p. 38-44.

195. Zie hierover uitgebreid: Schuurmans 2005, p. 41 ev.

196. Van Galen en Van Maarseveen 1978, p. 24 (punt 5) constateren dat het administratieve procesrecht (in 1978 dus) geen eigen bewijsmiddelenleerstuk kent. De vrijheid van de rechter is in hun visie slechts begrensd door het beginsel van ongelijkheidscompensatie.

197. Artt. 7:8 eerste lid en 8:60 vierde lid Awb.

198. PG Awb II, p.173 en 175.

199. *Kamerstukken II* 22 495, nr. 3, p. 37 (MvT).

200. *Kamerstukken II* 22 495, nr. 3, p. 37 (MvT); de wetgever beschouwt dit als het enige artikel waarin materieel bewijsrecht is opgenomen.

len besluit treedt, is het voor een partij van belang haar beroepsgronden juist en volledig aan te voeren.²⁰¹

Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat in het bestuursrecht de wetgever impliciet heeft gekozen voor de billijkheidstheorie.²⁰² Daarin wordt uiteen gezet dat de karakteristiek van het zoeken naar de materiële waarheid in het bestuursprocesrecht en het kenmerk van ongelijkheidscompensatie pleiten tegen het van toepassing verklaren van met name de materieelrechtelijke bepalingen van het civiele bewijsrecht, die immers uitgaan van gelijkwaardigheid van partijen en mede daardoor van een grotere partijautonomie.

Kan concludeert al in 1966 dat er weinig wettelijk is geregeld en dat daaromtrent nadere wetgeving zou moeten worden opgesteld.²⁰³ Hoogendijk-Deutsch heeft in 1992 een poging gedaan om bewijsregels op te stellen.²⁰⁴ Schueler zoekt het materiële bewijsrecht in bijzondere wetgeving en in de jurisprudentie.²⁰⁵ Simon ziet het bewijsrecht in het bestuurlijke proces als een afgeleide van de regeling in het materiële bestuursrecht.²⁰⁶ Het materiële recht bepaalt de bewijslastverdeling.²⁰⁷ Volgens Schuurmans verdelen in samenhang met de relevante materiële wetgeving de artikelen 3:2 en 4:2 Awb in beginsel de bewijslast in de bestuurlijke fase.²⁰⁸

Schuurmans merkt op dat als gevolg van het feit dat in beginsel het bestuursorgaan de feiten vaststelt, de jurisprudentie bewijsregels heeft ontwikkeld die zien op de besluitvormingsfase. De regels omtrent bewijslastverdeling in de bestuursrechtelijke fase zijn nog weinig tot ontwikkeling gekomen.²⁰⁹ Zij acht dat artikel 3:2 en 4:2 tweede lid Awb toch regels van materieel bewijsrecht stipuleren, omdat die artikelen als het ware per geval 'invullen' wat welke partij bij de totstandkoming

201. Zie hierover nader Schueler 2006, p. 205.

202. PG Awb II, p. 169 en 177. Zo ook: Schuurmans 2005, p. 43. De billijkheidsleer komt uitgebreid aan bod in hoofdstuk 2, paragraaf 2.6.

203. Kan 1966, p. 540-541.

204. Hoogendijk-Deutsch 1992, p. 308-323.

205. Schueler 1999, p. 595.

206. Simon 2004, p. 279.

207. Simon 2004, p. 281.

208. Schuurmans 2005, p. 241.

209. Schuurmans 2007 I, p. 278.

van een besluit moet aanvoeren.²¹⁰ In beroep geldt dan vervolgens dezelfde, althans een daarvan afgeleide, bewijslastverdeling.²¹¹

Simon is van oordeel dat bij de bewijslastverdeling en de waardering van het bewijs 'de rule of reason', dus het gezond verstand niet uit het oog mag worden verloren. Hij trekt daarbij de parallel met de redelijkheid en billijkheid als genoemd in artikel 150 Rv. De 'rule of reason' verschuift in bepaalde situaties de bewijslastverdeling ten nadele van de burger. Een partij die de schijn tegen heeft, zal die schijn dienen te ontzenuwen.²¹² Het gaat in zijn visie echter te ver om diegene met het bewijs te belasten die het beste in staat wordt geacht dit bewijs te leveren.²¹³ Simon verliest naar mijn mening uit het oog dat, nu in het burgerlijk procesrecht de objectiefrechtelijke theorie de heersende is, de redelijkheid en billijkheid de facto een dode letter is.²¹⁴

Voordelen

De rechter is in beginsel vrij bij de beantwoording van vragen omtrent de bewijsomvang, de bewijslastverdeling, de keuze van de bewijsmiddelen en de bewijswaardering.²¹⁵ Dat betekent, kort gezegd, dat er weinig is geregeld in de wet op dit punt en de rechter een grote mate van vrijheid heeft in het verdelen van de bewijslast, het bepalen van de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen alsmede de waardering van de bewijskracht. Als voordeel wordt genoemd dat, nu de overheid en burger in het bestuurlijke proces tegenover elkaar staan, de rechter aldus door zijn actieve rol bij het feitenonderzoek een vorm van ongelijkheidscompensatie kan bieden.²¹⁶

210. Schuurmans 2004, p. 4 en Schuurmans 2005, hoofdstuk 4 en 5.

211. Schuurmans 2005, p. 241-245.

212. Simon 2004, p. 287.

213. Simon 2004, p. 288.

214. Asser 2004a, p. 60. Zie hiervoor ondermeer paragraaf 2.8.

215. Zie hierover Van Galen & Van Maarseveen 1978, p. 45-50; Punt 1975; Schipper 1986; Hoogendijk-Deutsch 1992; Ten Berge 1997, p. 210; Tak 1995, p. 205; Meyes e.a. 1997, p. 107; Schueler in Bestuursprocesrecht 1999, 595-634 en Tak 2008, nr. 6.3.

216. Van Galen en Van Maarseveen 1978, p. 40.

Het bestuursorgaan dient bewijs te leveren van de juistheid van de feitelijke grondslag van het aangevallen besluit.²¹⁷ De bestuursrechter is gericht op het zoeken van de *materiële waarheid*.²¹⁸ Dit is ook de grondslag voor de vrij-bewijsleer en voor de niet-lijdelijkheid van de rechter.

Omdat de praktijk uiteindelijk niet zonder regels kan, zijn er in de loop der jaren ook in het bestuursprocesrecht regels ontstaan met betrekking tot het bewijs. Dit positieve bewijsrecht moet, aldus Schueler, veelal worden afgeleid uit de jurisprudentie of de gewoonte. Die behoefte aan regulering moet in zijn visie echter niet groter worden voorgesteld dan strikt noodzakelijk is. Schueler was aanvankelijk de mening toegedaan dat het vrij-bewijsstelsel mogelijkheden biedt voor ongelijkheidscompensatie en eigenlijk ook wel efficiënt is.²¹⁹

Nadelen

Schueler merkt in een recentere publicatie op dat een grote vrijheid van de rechter ook grote onduidelijkheid meebrengt omtrent hetgeen die rechter uiteindelijk met die vrijheid zal doen, hetgeen nadelig kan zijn voor de procespositie van een partij.²²⁰ Hij noemt het bestuursprocesrecht zelfs 'halfslachtig en lacuneus'. Het functioneert in zijn visie zeer matig als gevolg van het ontbreken van bewijsrecht, onduidelijkheid over de rechterlijke verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling, gebrekkige communicatie met partijen over het verloop van het proces, strikte begrenzing van het object van het geschil ongeacht waar het partijen echt om gaat, het achterwege laten van vooronderzoek en tenslotte vaak half afgemaakte geschilbeslechting waarna de zaak van voren af aan begint.

Schueler vraagt zich dan ook hardop af of het gek is dat partijen waar mogelijk kiezen voor de civiele rechter. Zij zouden dat in zijn visie ook doen in die gevallen waarin thans uitsluitend de bestuursrechter bevoegd is.²²¹ Het vooraf inschatten van een bewijsrisico wordt in zijn visie

217. Zie Schuurmans 2005, p. 50 en 88 ev. Dit geldt niet voor een op een aanvraag van de belanghebbende genomen besluit. Daar rust de bewijslast in principe op de burger. Ik laat deze categorie in het kader van dit onderzoek verder buiten beschouwing.

218. ТК 1991-1992, 22495, nr. 3, p. 32, 36, PG Awb II, p. 173, 175.

219. Schueler 1999, p. 597.

220. Schueler 2005, p. 32. Zijn kritiek betreft niet uitsluitend het (ontbreken van een) bewijsrecht.

221. Schueler 2007, p. 288.

erg moeilijk. Een partij die ‘spontaan’ bewijs moet leveren weet vaak niet aan de hand van welke maatstaf het bewijsmateriaal zal worden gewaardeerd.²²² Correctie tijdens het proces is dan niet (meer) mogelijk. Naast rechtsonzekerheid voor partijen belemmert een ontbreken van een goed instrumentarium voor de bepaling van de bewijsomvang en bewijslast de rechter in zijn streven naar finale beslechting van het geschil. De mogelijkheid van een tussenuitspraak die ontstaat bij de invoering van de bestuurlijke lus dient in zijn visie dan ook te worden benut voor een expliciete en op het geval toegespitste tijdige verdeling van de bewijslast. Een partij dient dus tijd te worden gegund om alsnog met bewijs te komen.²²³

Schuurmans acht de billijkheidsleer niet in het belang van de rechtszekerheid en ziet niet in waarom de in het burgerlijk recht op die leer geuite kritiek niet voor het bestuursrecht zou opgaan. Schuurmans pleit voor een soortgelijk systeem als het civiele recht in het bestuursrecht. Zij behandelt vervolgens een aantal ‘vuistregels’ die kunnen worden gehanteerd.²²⁴ Waar zij over het formuleren van ‘bewijsregels’ spreekt, doelt zij primair op regels die zien op de feitengaring door het bestuursorgaan.²²⁵

Opgemerkt zij dat deze kritiek in beginsel in zijn algemeenheid wordt gegeven op ‘het gehele stelsel van bewijsrecht’. Dat behoeft wel enige nuance, nu er verschillen zijn aan te wijzen tussen de hier verder niet behandelde overige bestuurlijke appelrechters en de CRvB.

Bewijsvermoeden en ontzenuwing daarvan op hetzelfde moment getoetst

Zoals hierboven in paragraaf 6.4.8 al is aangegeven, is het systeem blijkens CRvB 1 juni 2005²²⁶ als volgt:

‘(...) het bestuursprocesrecht [kent], in tegenstelling tot het burgerlijk procesrecht, niet de formele bewijsopdracht. In de procedure voor de bestuursrechter dienen partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen. Ver-

222. Schueler 2008, p. 451. Hij doelt hier kennelijk op het mee naar de zitting brengen van getuigen in de hoop dat daarmee afdoende bewijs wordt geleverd zonder dat op voorhand een duidelijke bewijsopdracht is gegeven.

223. Schueler 2008, p. 451.

224. Schuurmans 2005, p. 45.

225. Schuurmans 2006, p. 37-43.

226. *JB* 2005, 237.

volgens kan de bestuursrechter, indien hij daartoe aanleiding ziet, gebruik maken van de in hoofdstuk 8 van de Awb neergelegde onderzoeksbevoegdheden (...)'

Ook voor de CRvB gaat dus op dat een partij die 'spontaan' bewijs moet leveren vaak niet weet, aldus Schueler, aan de hand van welke maatstaf het bewijsmateriaal zal worden gewaardeerd.²²⁷ Een rechterlijk verzoek aan partijen om nader bewijs aan te dragen is een grote uitzondering.²²⁸

Waar toepassing wordt gegeven aan de omkeringsregel – bijvoorbeeld bij de analoge toepassing van artikel 7:658 BW – vindt de toetsing van de vraag of er een bewijsvermoeden kan worden aangenomen en of dat door het aangesproken bestuursorgaan in afdoende mate is ontzenuwd, op hetzelfde moment plaats. Dit blijkt onder meer uit CRvB 12 mei 2005, TAR 2005, 112. Aldus moet het bestuursorgaan zich dus niet alleen afvragen of er door de ambtenaar voldoende is gesteld en (daarmee) bewijs is geleverd om een bewijsvermoeden aan te nemen, maar het dient tevens ook een inschatting te maken of daartegen voldoende is gesteld en of bewijsmiddelen zijn aangedragen om dat vermoeden te ontzenuwen. Dit geldt mutatis mutandis ook voor de ambtenaar. In combinatie met de vrijheid die de vrij-bewijsleer de bestuursrechter geeft, zal de bewijsrechtelijke inschatting geen eenvoudige opgave zijn.

Bij het ontbreken van een interlocutoire bewijsopdracht vallen de fases van stellen en bewijzen in beginsel samen. Aldus heeft de betrokken partij eerst achteraf, aan de hand van de bewijswaardering, antwoord op de vraag of zij voldoende heeft gesteld en of zij aan de op haar rustende bewijslast heeft voldaan. Bij gebreke van een verplichting om op een gespecificeerd bewijsaanbod in te gaan, bestaat de mogelijkheid dat een partij zich weliswaar uitput in bewijslevering vooraf, maar achteraf op een verkeerd spoor blijkt te zitten, waardoor die bewijslevering alsnog niet het gewenste resultaat heeft. Zelfs voor professionele rechtshulpverleners is het dan, in het bijzonder wanneer 'harde' bewijsregels ontbreken, moeilijk om op basis van het voorhanden zijnde bewijsmateriaal in te schatten is of een zaak haalbaar is. Gelet op de termijn van 6 weken voor bezwaar, beroep en hoger beroep in het bestuursrecht, zal de keuze dan al gauw zijn om 'het maar te proberen'.

227. Schueler 2008, p. 451.

228. Schuurmans 2007 II, p. 116.

Waardering van getuigenbewijs door de bestuursrechter

Schuurmans signaleert een wijze van waarderen van getuigenbewijs die, indien die opgaat in ambtenarenzaken, zorgelijk moet worden genoemd. Zij concludeert dat in de bestuursrechtelijke jurisprudentie doorgaans weinig bewijskracht wordt toegekend aan getuigenbewijs. Zij betoogt dat de bewijskracht van getuigenbewijs in de ogen van de bestuursrechter dikwijls zo zwak zou zijn dat het getuigenbewijs geen doorslaggevende factor kan zijn, zodat de bestuursrechter daaraan voorbij kan gaan. Getuigen zouden belang hebben bij een bepaalde uitkomst van de zaak, de verklaringen zijn achteraf opgesteld of daartegen kan een ambtsedig proces-verbaal staan en veel overig schriftelijk bewijs.²²⁹

Een ambtenaar die getuigen wil doen horen, kan die getuigen het beste mee naar de zitting nemen. Doorgaans zal de rechter zich – als gezegd – dan nog niet over de bewijsvraag hebben uitgelaten en is hij niet gehouden om die getuigen ook te horen. Expliciete uitspraken van de CRvB ten aanzien van de waardering van getuigenbewijs zoals Schuurmans signaleert, heb ik niet aangetroffen, zodat die mogelijk betrekking hebben op het hier niet aan de orde zijnde gedeelte van het bestuursprocesrecht.

6.5.3 *Bewijslastverdeling*

Ondanks de vrij-bewijsleer zijn er *enige* bewijsregels aan te wijzen. In enkele gevallen zijn die terug te vinden in de materiële wet. Daarnaast geeft het *soort* besluit ook enige richting aan de bewijslast. Bij een ambts-halve te nemen besluit berust de bewijslast op grond van artikel 3:2 Awb in principe op het bestuursorgaan.²³⁰ Bij een besluit op aanvraag rust die ex artikel 4:2 in principe op de burger.²³¹ Daarnaast is er nog een aantal vuistregels voor bewijslastverdeling aan te wijzen. Het één en ander zal hieronder nader worden beschouwd.

Ook in het bestuursrecht kan een bestuursorgaan zoveel hebben gesteld dat voorshands bewezen (of aannemelijk) is dat het bestuursorgaan het bij het rechte eind heeft, doch de betrokkene in de gelegenheid wordt gesteld om tegenbewijs te leveren. De rechter is daartoe niet verplicht.²³²

229. Schuurmans 2005, p. 229-230.

230. Vgl. Schuurmans 2005, paragraaf 4.1. in combinatie met paragraaf 6.3.2.

231. Vgl. Schuurmans 2005, paragraaf 5.1. in combinatie met paragraaf 6.3.2.

232. Zie hierover Schuurmans 2005, p. 103 ev.

Ambtshalve te nemen besluit

In beginsel rust de bewijslast bij een ambtshalve te nemen besluit op het bestuursorgaan. In beroep en hoger beroep is er immers sprake van een afgeleide van de verplichting ex artikel 3:2 Awb om een deugdelijk en zorgvuldig onderzoek te doen naar de feiten die voor het besluit en de daarbij af te wegen belangen van belang zijn.²³³ Hierboven is in paragraaf 6.4.2 al nader ingegaan op de manier waarop het bestuursorgaan verder aan dat onderzoek invulling moet geven. Deel van het onderzoek in het kader van een ambtshalve te nemen besluit kan zijn het tijdig horen van de belanghebbende en het geven van gelegenheid om tegen het besluit zienswijzen aan te voeren.²³⁴

De bewijslast kan op basis van de materiële wet, het beroep op een zelfstandige norm of de billijkheid ook liggen bij de belanghebbende. Daarbij kan sprake zijn van een volledige omkering van een bewijslast of van een bewijsvermoeden met de mogelijkheid van het leveren van tegenbewijs.²³⁵ Wanneer een belanghebbende een zelfstandig verweer voert draagt hij daarvan in beginsel de bewijslast.²³⁶

Besluit op aanvraag

Ook bij een besluit op aanvraag is de bewijslastverdeling in beroep en in hoger beroep een afgeleide van de verplichting in de bestuursrechtelijke fase. De aanvrager dient ex artikel 4:2 Awb de voor de toewijzing van zijn aanvraag benodigde gegevens aan het bestuursorgaan te verschaffen. Dit dient overigens in samenhang te worden beschouwd met de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan ex artikel 3:2 Awb. Zie hierboven paragraaf 6.4.3. In beginsel rust de bewijslast van deze feiten op de aanvrager. Wanneer het bestuursorgaan vervolgens de aanvraag afwijst, staat de CRvB in ambtenarenzaken en zaken betreffende de sociale zekerheid toe dat de burger alsnog nieuw bewijs aanvoert dat het besluit ex tunc onrechtmatig is. Daaruit volgt dus dat in die gevallen

233. Vgl. Schuurmans 2005, p. 87. Schueler 2008, p. 449.

234. Schuurmans 2005, paragraaf 4.2.3 spreekt in dat kader van het bieden van gelegenheid tot het leveren van tegenbewijs. Deze terminologie sluit echter niet aan bij de terminologie in het kader van dit onderzoek, nu bewijzen in het kader van dit onderzoek inhoudt het overtuigen van de rechter (en dus niet het bestuursorgaan).

235. Schuurmans 2005, par. 4.4.1.

236. Schuurmans 2005, p. 113-119.

in beroep en hoger beroep nog kan worden rechtgezet wat de burger in de bestuurlijke fase heeft verzuimd aan te voeren.

Vuistregels bij de verdeling van de bewijslast afwijkend van artikel 3:2 en 4:2 Awb

De hoofdregel dat een partij die zich op een rechtsgevolg beroept de bewijslast draagt van de daaraan ten grondslag liggende feiten geldt ook in het bestuursrecht.²³⁷

Bewijsnood komt doorgaans voor rekening van de partij die daarin terecht komt, tenzij de stukken die deze bewijsnood zouden kunnen ledigen tot het domein van de andere partij behoren.²³⁸ Een partij die het feitenonderzoek van het bestuursorgaan heeft bemoeilijkt, bijvoorbeeld doordat die door eigen toedoen niet meer over de benodigde stukken beschikt, draagt de bewijslast.²³⁹ Daarnaast kan als vuistregel worden genoemd dat de partij die belang heeft bij een bepaald feit, daarvan de bewijslast draagt.²⁴⁰ Een andere vuistregel is dat de partij in wier bewijsdomein het feit ligt, daarvan de bewijslast draagt.²⁴¹ Verder kan worden genoemd de regel dat de partij die zich op een uitzondering of een verandering beroept daarvan de bewijslast draagt.²⁴² Tenslotte kan als vuistregel worden genoemd dat de partij die het vermoeden heeft gewekt dat een feit zich heeft voorgedaan, de bewijslast draagt van het tegendeel.²⁴³

Het blijven echter vuistregels en de vrij-bewijsleer brengt mee dat de bestuursrechter in beginsel vrij is in het opleggen van de bewijslastverdeling. Daarbij speelt ook een rol wat de aard van een besluit is. Gaat het om een belastend besluit, zoals een disciplinaire maatregel dan zal het bestuursorgaan de grondslag van dat besluit voldoende moeten onderbouwen, terwijl een ambtenaar die vindt dat hij nog beter beoordeeld moet worden bouwstenen moet aandragen om dat standpunt te onderbouwen. De vuistregel dat de partij in wier bewijsdomein het feit ligt, daarvan de bewijslast draagt, kan bijdragen aan ongelijk-

237. Schuurmans 2005, p. 317-318.

238. Schuurmans 2005, p. 123 en 201.

239. Schuurmans 2005, paragraaf 4.5.1 en 5.5.1.

240. Schuurmans 2005, paragraaf 4.5.2 en 5.5.2.

241. Schuurmans 2005, paragraaf 4.5.3 en 5.5.3.

242. Schuurmans 2005, paragraaf 4.5.4 en 5.5.4.

243. Schuurmans 2005, paragraaf 4.5.5 en 5.5.5.

heidscompensatie. De overige vuistregels zijn gebaseerd op de hoofdregel dat op een partij die zich op een rechtsgevolg beroept, de bewijslast daarvan rust. Deze vuistregel kan als pendant worden beschouwd van de verzwaarde stelplicht in het burgerlijk procesrecht.

6.5.4 *Bewijsfuik*

Van een bewijsfuik wordt gesproken wanneer de bestuursrechter in beroep of in hoger beroep geen nader bewijs toelaat omdat het bestuursorgaan daar met zijn afweging in de bestuurlijke fase geen rekening mee heeft kunnen houden. Toepassing van de bewijsfuik was aan de orde in de *Silicose II*²⁴⁴ uitspraak. In het verleden werd die bewijsfuik voornamelijk gehanteerd in hoger beroep door de Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State en niet door de Centrale Raad van Beroep²⁴⁵. Ook uit recente jurisprudentie blijkt dat de CRvB het voor het eerst in beroep overleggen van een deskundigenrapport in het kader van de bewijsvoering niet uitsluit.²⁴⁶ Uit de nieuwe redactie van artikel 6:13 Awb en de toelichting daarop van de minister van Justitie bij brief van 29 oktober 2004²⁴⁷ volgt dat het nieuwe 6:13 Awb dat gebruik door de bestuursrechter nog verder inperkt:

‘(...) Voorts heeft de Commissie Evaluatie Awb II (de Commissie-Boukema) de volgende lijn aanbevolen: in beroep bij de bestuursrechter kan een belanghebbende geen onderdelen van een besluit aanvechten, die hij niet reeds in de bestuurlijke fase aan de orde heeft gesteld, tenzij dit laatste hem redelijkerwijs niet kan worden verweten. Tegen de onderdelen van het besluit die hij wel in de bestuurlijke fase aan de orde heeft gesteld, kan een belanghebbende in de fase van het beroep bij de rechter echter wel nieuwe beroepsgronden of nieuw bewijs aanvoeren.

(...).

Wel kan de aard van het besluit verschil maken. Zo kan uit de aard van een besluit voortvloeien dat na een bepaald tijdstip ingebrachte gegevens buiten be-

244. ABRvS 28 juni 1999, *AB* 1999, 360 m.nt msv. Zie over dit arrest ook: E.J. de Lange-Bekker in *JB Select*, SDU 2004, p. 207-226.

245. CRvB 23 juli 1996, *RSV* 1997, 17; CRvB 20 maart 2002, *JB* 2002, 129 m.nt. EvdL, CRvB 9 januari 2003, *TAR* 2003, 62, CRvB 20 augustus 2003, *AB* 2004, 13 m. nt. HBR en CRvB 18 februari 2004, *JB* 2004, 163. Zie ook: Schuurmans 2005, 255 en Willemsen 2005, p. 91.

246. CRvB 15 mei 2008, *TAR* 2008, 168.

247. *Kamerstukken II* 2004/05, 29421, nr. II, p. 2-3.

schouwing moeten blijven. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij een subsidieaanvraag waarvoor een subsidieplafond geldt dat wordt verdeeld door onderlinge vergelijking en prioritering van de aanvragen.

(...)

Tegen besluiten waarbij de uniforme openbare voorbereidingsprocedure niet wordt toegepast, staat als regel bezwaar open (art. 7:1 Awb). Ook in deze gevallen past de rechter als gezegd, afhankelijk van de aard van het besluit, thans soms een “argumentatieve fuik” of “bewijsfuik” toe. Ook voor deze gevallen is het de bedoeling van het nieuwe artikel 6:13, dat deze “fuiken” slechts kunnen worden toegepast, voor zover de voor het eerst bij de rechter aangevoerde argumenten of bewijsmiddelen betrekking hebben op een onderdeel van het besluit dat in de bestuurlijke fase in het geheel niet aan de orde is gesteld. Er is dus, nogmaals, op dit punt materieel geen verschil tussen gevallen waarin de openbare voorbereidingsprocedure is toegepast en gevallen waarin dit niet is geschied. Zo’n verschil is ook niet wenselijk, reeds omdat, zoals tijdens het debat ook werd opgemerkt, er besluiten zijn die soms wel en soms niet openbaar worden voorbereid. (...)’

Willemsen leidt hieruit af dat moet worden afgewacht of dit regeringsstandpunt zal leiden tot afschaffing van de bewijsfuik.²⁴⁸

Volgens Schueler bestaat er voor een aantal terreinen (zoals de sociale zekerheid en het ambtenarenrecht) een andere benadering, waarin de bewijsvoering over de feiten tijdens de behandeling van het beroep bij de rechter nog zo volledig mogelijk is.²⁴⁹

Nu echter de minister van Justitie met zoveel woorden stelt dat ook voor de gevallen waarin thans een bewijs- of argumentenfuik wordt gehanteerd het de bedoeling van het nieuwe artikel 6:13 Awb is, dat deze ‘fuiken’ slechts kunnen worden toegepast, voor zover de voor het eerst bij de rechter aangevoerde argumenten of bewijsmiddelen betrekking hebben op een onderdeel van het besluit dat in de bestuurlijke fase in het geheel niet aan de orde is gesteld, volgt hieruit naar mijn mening dat de bewijsfuik met het nieuwe 6:13 Awb de facto is afgeschaft. Nieuw bewijs aanvoeren tegen een onderdeel dat eerder niet is aangevallen en waartegen niet meer kan worden opgekomen is immers zinloos.

248. Willemsen 2005, p. 101.

249. Schueler 2006, p. 230 en 232, nr. 668.

6.5.5 *Onrechtmatig verkregen bewijs*

In afwijking van de strikte toetsingsmaatstaf voor bewijsmateriaal die in het strafrecht wordt gehanteerd, gelden in het ambtenarentuchtrecht ruimere maatstaven. Volgens vaste jurisprudentie is het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen slechts dan niet toegestaan indien zij zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.²⁵⁰

In de uitspraak CRvB 13 maart 2008 oordeelt de Raad over het verweer dat het aan een strafontslag ten grondslag gelegde bewijs onrechtmatig verkregen zou zijn:

‘4.2. Wat betreft de stelling dat het tegen appellant gehanteerde bewijsmateriaal onrechtmatig verkregen is en daarom uitgesloten zou moeten worden wijst de Raad erop dat in afwijking van de strikte toetsingsmaatstaf voor bewijsmateriaal die in het strafrecht wordt gehanteerd, in het ambtenarentuchtrecht ruimere maatstaven gelden. Immers, volgens vaste jurisprudentie (zie onder andere CRvB 22 januari 2004, LJN AO3220) is het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen slechts dan niet toegestaan indien zij zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. Naar het oordeel van de Raad is daarvan in dit geval geen sprake. De Raad kan niet inzien dat het onrechtmatig zou zijn dat de korpsbeheerder de tip, afkomstig van een als betrouwbaar gekenschetste informant, dat appellant handelde in vuurwerk serieus heeft genomen en dat in het kader van het daarna gevolgde opsporingsonderzoek met toestemming van de officier van justitie meer ingrijpende opsporingsmiddelen zijn gebruikt.’²⁵¹

In een zaak tegen een agent die onvoldoende distantie zou hebben gehad van criminele activiteiten verdachte personen en die bezwaar maakte tegen gebruikmaking van – aan hem niet bekende – tapverslagen uit het strafdossier voor het ontslagbesluit, oordeelde de CRvB:

‘Zoals de Raad reeds eerder heeft geoordeeld, zie bijvoorbeeld de uitspraak van 28 november 1995, JB 1995/329, is het gebruik van bepaalde bewijsmiddelen

250. Zie onder andere CRvB 28 november 1995, RSV 1996/89 (*zwarte telefoonhandel*); CRvB 29 januari 2002, RSV 2002/234 (*blauw kasboek*), CRvB 22 januari 2004, LJN AO3220 en CRvB 13 maart 2008, TAR 2008, 122.

251. LJN BC7462 en TAR 2008, 122.

slechts dan niet toegestaan, indien zij zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.²⁵²

Echter, wanneer in een bijstandszaak zonder aanleiding en onaangekondigd een huisbezoek wordt gedaan en daarbij bewijs van samenwoning – en dus van bijstandsfraude –, wordt aangetroffen, wordt dit bewijs als ‘onrechtmatig verkregen’ buiten beschouwing gelaten. Vervolgens wordt een op dit bewijs gebaseerd besluit vernietigd en aan betrokkene met wettelijke rente de uitkering hersteld. Aan betrokkene wordt schadevergoeding toegekend.²⁵³

Volgens Nicolai/Damen is dit leerstuk in het administratieve recht nauwelijks ontwikkeld.²⁵⁴ Zij concluderen op grond van HR 1 juli 1992, NJ 1994, 621 m.nt. Scheltema, dat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep de lat wat lager leggen dan de Hoge Raad als belastingrechter.²⁵⁵ In civiele zaken heeft de wetgever het oordeel of iets als onrechtmatig bewijs moet worden aangemerkt aan de rechter overgelaten.²⁵⁶ Dit komt erop neer dat bewijs slechts onrechtmatig is indien het door misdrijf is verkregen. De wetgever heeft daarbij voor ogen gehad het arrest *Driessen/Van Gelder*²⁵⁷ welk arrest later is bevestigd door het arrest *Slempkes/Nol*.²⁵⁸

Bij de CRvB is de leer aldus dat het wel zozeer indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid kan worden verwacht, dat bewijs niet snel als onrechtmatig zal worden aangemerkt. Dit blijkt ook uit de hierna volgende jurisprudentie met betrekking van het gebruik van niet tevoren kenbaar gemaakt heimelijk cameratoezicht.

Bewijslevering door middel van verborgen camera's

Voor wat betreft heimelijk cameratoezicht gelden de artikelen 139 f Sr en 441b Sr voor niet kenbaar gebruik van camera's. Dit is in paragraaf

252. CRvB 22 januari 2004, LJV AO 3220.

253. CRvB 8 juni 2007, LJV BA8377.

254. Nicolai/Damen 2003, p. 352.

255. Nicolai/Damen 2003, p. 352.

256. Parl. Gesch. Bewijsrecht, p. 107.

257. HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850.

258. HR 7 februari 1992, NJ 1993, 78.

5.6.7 reeds voor het civiele arbeidsrecht aan de orde geweest. De (lagere) civiele rechter past dat, zoals in paragraaf 5.6.7 is aangegeven, ook toe en sluit aldus zonder waarschuwing vooraf²⁵⁹ aan de werknemer verkregen materiaal uit. Uit een recente reeks uitspraken van de CRvB lijkt die daarover een andere opvatting te hebben:

‘(...)3.8. Volledigheidshalve zal de Raad nog ingaan op de vraag of ondanks het feit dat geheim cameratoezicht in dit geval geoorloofd is op grond van de Wbp, appelland zich heeft schuldig gemaakt aan overtreding van artikel 441b Sr. (...)’

Blijkens de MvT bij het wetsvoorstel waarbij de huidige tekst is vastgesteld, is de term “wederrechtelijk” in dit artikel opgenomen om het heimelijk gebruik van camera’s door de overheid in het belang van de opsporing en nationale veiligheid van strafbaarstelling ingevolge artikel 441b Sr uit te sluiten en voorts om het mogelijk te maken dat de rechter een afweging maakt in het geval van conflicterende grondrechten, bijvoorbeeld het recht op privacy versus het recht op vrije nieuwsgaring. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer is aandacht besteed aan heimelijk cameratoezicht door werkgevers in relatie tot de begrippen “kenbaarheid” en “wederrechtelijkheid”. Uit de verslagen van die behandeling zou kunnen worden opgemaakt dat de regering het doen van een mededeling aan de ondernemingsraad dat in het bedrijf heimelijk cameratoezicht plaatsvindt voldoende vindt om aan de eis van “kenbaarheid” te voldoen. Wat daarvan en van de in dit geval gedane mededeling van appelland aan het dagelijks bestuur van de ondernemingsraad verder zij, uit die verslagen blijkt tevens dat in situaties waarin cameratoezicht niet kenbaar is gemaakt, het aan de rechter is om te beoordelen of er al dan niet sprake is van wederrechtelijkheid. Naar het oordeel van de Raad is ook in deze situatie, waarin strikt genomen zich niet de in de MvT gegeven voorbeelden voordoen, ruimte om te beoordelen of appelland wederrechtelijk heeft gehandeld. Nu blijkens hetgeen hiervoor is overwogen in dit geval het heimelijk cameratoezicht past binnen de grenzen van de Wpb, heeft appelland niet wederrechtelijk gehandeld en zich naar het oordeel van de Raad niet schuldig gemaakt aan het wederrechtelijk vervaardigen van een afbeelding als bedoeld in artikel 441b Sr²⁶⁰.

259. Waarbij kan worden gedacht aan een mededeling aan de OR of in een circulaire *dat* er camera’s kunnen worden ingezet. Niet noodzakelijk is dat wordt aangegeven waar of wanneer. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 732, nr. 7, p. 1-2 en Koevoets 2006, p. 45-48.

260. CRvB 10 juli 2008, TAR 2008, 141. Zie verder soortgelijke RET-zaken van gelijke datum: LjN BD8065, LjN BD 7972, LjN BD 7931, LjN BD 8045, LjN BD 8039, LjN BD 7994 en LjNBD 8026.

In de bewuste MvT²⁶¹ wordt daarover echter aangegeven dat die uitzondering (in het belang van de opsporing en nationale veiligheid) uitsluitend ziet op opsporingsambtenaren en veiligheidsdiensten:

‘In de tweede plaats meent vno-ncw dat het kenbaarheidsvereiste eenzijdig wordt benadrukt en dat daardoor voorbij zou worden gegaan aan het feit dat heimelijk cameratoezicht op zich niet wederrechtelijk hoeft te zijn. vno-ncw stelt zich op het standpunt dat het niet vooraf kenbaar zijn van incidenteel (tijdelijk) cameratoezicht teneinde gevallen van fraude of diefstal te kunnen opsporen niet wederrechtelijk is.

Ook dit oordeel wordt door mij niet onderschreven. In de diverse kamerstukken (bijvoorbeeld in de memorie van toelichting en de nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2000/01, 27 732, nrs. 3 en 5) wordt uitgebreid aandacht besteed aan de verschillende bestanddelen die deel uitmaken van de delictomschrijvingen van artikel 441b en 139f Wetboek van Strafrecht (Sr). Daarin wordt eveneens aangegeven wat de redenen zijn voor het opnemen van het bestanddeel wederrechtelijk in beide voorgestelde strafbepalingen. Kort gezegd is bij het opnemen van het bestanddeel wederrechtelijk gedacht aan het gebruik van verborgen camera’s door de overheid (opsporingsambtenaren en inlichtingen- en veiligheidsdiensten) en onder omstandigheden door journalisten ter uitvoering van het recht op vrije nieuwsgaring. Het standpunt van vno-ncw dat hieronder ook valt het gebruik van verborgen camera’s door de werkgever zonder dat de werknemer vooraf is geïnformeerd over het mogelijke gebruik van camera’s deel ik derhalve niet.’

Daaruit volgt naar mijn mening dat de uitzondering op de meldingsplicht vooraf uitsluitend geldt voor opsporingsambtenaren en inlichtingen- en veiligheidsdiensten en *niet* voor (overheids)werkgevers die (zelf) fraude willen opsporen. Temeer daar een melding van het gebruik van camera’s *in zijn algemeenheid* kan plaatsvinden, zelfs aan de OR, en niet exact hoeft te worden aangegeven *waar of wanneer* die camera’s worden opgehangen, is de uitleg van de CRvB van de wetsgeschiedenis voor discussie vatbaar. Naar mijn mening zal ook een overheidswerkgever zich aan de meldingsplicht moeten houden op straffe van onrechtmatigheid van het aldus verkregen bewijs.

261. *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2002-2003, 27 732, nr. 57c, p. 2.

6.5.6 *Bestuurlijke lus, bewijsopdracht en finale geschilbeslechting*

Zoals hierboven al aangegeven maakt de invoering van de bestuurlijke lus het mogelijk voor de bestuursrechter om een tussenuitspraak te doen. Schueler pleit ervoor om die te benutten om aan een partij op wie de bewijslast rust een vastomlijnde bewijsopdracht te geven. Een andere mogelijkheid zou zijn om meer gebruik te maken van comparities ter instructie van de bewijslast en de wijze waarop daaraan in de visie van de rechter dient te worden voldaan.²⁶² Indien er in een tussenuitspraak duidelijkheid ontstaat over wie wat dient te bewijzen, zal het de rechter vaker mogelijk zijn om een geschil finaal te beslechten.²⁶³

Aanvullend daarop zou naar mijn mening kunnen worden gedacht aan een schriftelijke instructie door de rechter aan partijen (zoals thans in het civiele recht voorafgaand aan de comparitie gebeurt) waarin de rechter op basis van de stukken reeds een voorlopig oordeel geeft over de te verwachten bewijslastverdeling. Dat dient dan wel op een zodanig tijdstip te gebeuren dat de partij die bewijs moet verzamelen daar nog in redelijke mate de tijd voor krijgt.

Voor alle opties geldt naar mijn mening dat, indien wordt vastgehouden aan de niet-lijdelijkheid van de rechter en de laagdrempeligheid van de bestuursrechtelijke procedure, die procedure zo dient te worden ingericht dat de burger ook daadwerkelijk in staat wordt gesteld om 'zijn recht te kunnen halen'. Wil men de vrij-bewijsleer in zijn huidige vorm handhaven, dan is naar mijn mening onontkoombaar dat de rechter partijen tijdig inlicht over hoe de bewijslast in de onderhavige situatie in zijn visie moet worden verdeeld en hoe partijen daaraan zouden moeten voldoen.

Finale geschilbeslechting

De Centrale Raad van Beroep tracht in voorkomende gevallen tot finale geschillenbeslechting te komen door zaken aan te houden totdat partijen de zaak hebben geregeld of door middel van het opnemen van een overweging ten overvloede, waarmee het bestuursorgaan in feite moeilijk anders kan besluiten dan door de CRvB is beoogd. Een voor-

²⁶² Vgl. Schueler, Drewes e.a. 2007, p. 167.

²⁶³ Schueler 2008, p. 454.

beeld van een dergelijke overweging ten overvloede is te vinden in CRvB 21 augustus 2008:

‘De Raad overweegt geheel ten overvloede dat hetgeen resteert als plichtsverzuim zich niet in betekenende mate onderscheidt van de situatie van appellantes collega B, die, naast het op de afdeling gebruikelijke vrije gedrag met de gebruikers-ID, de verschuldigde leges voor ondertrouw en uittreksels van de burgerlijke stand ten behoeve van het huwelijk van haar tante niet heeft afgerekend. Het dagelijks bestuur heeft die collega wegens plichtsverzuim een schriftelijke berisping gegeven.’²⁶⁴

In 6.2.1 is al aan de orde geweest dat de kern van het bestuursrecht is dat de rechter een besluit op bezwaar vernietigt en dat het bestuursorgaan vervolgens een nieuw besluit op bezwaar neemt. In verband met de Derde evaluatie van de Awb is geïnventariseerd welke factoren in het bestuursrecht worden geacht te belemmeren dat de bestuursrechter – behoudens de gevallen als genoemd in paragraaf 6.2.1²⁶⁵ – het geschil zelf volledig beslecht. De beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur staan aan de finale geschilbeslechting door de bestuursrechter in de weg. Het bestuur beschikt over de benodigde inhoudelijke deskundigheid ter zake en de rechter niet. Ook wordt genoemd het verschil in toetsingsmoment (ex nunc voor het bestuur en ex tunc voor de rechter). Daarnaast is het mandaat van de vertegenwoordigers van het bestuursorgaan vaak onvoldoende om tot een oplossing van het geschil te kunnen komen. Ook zijn er procedurele en formele belemmeringen. Voorts worden nog als belemmeringen genoemd de belangen van derden, die zelf geen partij zijn, de doorlooptijden van beroepsprocedures, de werklastverdeling tussen rechter en bestuur en de vrees dat het bestuur zijn werk aan de rechter overlaat. Tenslotte heeft ook het zittingsgerichte werken de aandacht voor het vooronderzoek verzwakt.²⁶⁶

De vraag die voor dit onderzoek van belang is, is in hoeverre deze punten voor de verhouding overheidswerkgever-ambtenaar in dezelfde

264. *LJN BE9129*, Zie ook: CRvB 13 december 2001, *TAR* 2002, 54.

265. Te weten het geschil definitief te beslechten door het besluit in stand te laten, het besluit te vernietigen maar te bepalen dat de rechtsgevolgen in stand blijven, dan wel in de uitspraak de rechtspositie vast te leggen en de uitspraak in de plaats te stellen van het bestreden besluit (Rop e.a. 2008, p. 13).

266. Schueler, Drewes 2007, p. 163.

mate opgeld doen als de kwestie waarin het bestuursorgaan (meer) als bestuurder optreedt.

Allereerst verschilt de verhouding overheidswerkgever-ambtenaar in zoverre van de rol van het bestuursorgaan als bestuurder dat derdenwerking (of zelfs een werking *erga omnes*) niet aan de orde is. Het ontslag of een berisping van een ambtenaar raakt in beginsel niet de belangen van derden. Het betreft immers een tweezijdige, op een contract lijkende, relatie.

De *Trias Politica*²⁶⁷ is voor ambtenarenzaken evenmin een probleem. Ook hier zal niet het beleid aan de orde zijn, maar de vraag of de rechtspositionele maatregel op zijn plaats is.

Het feit dat de rechter doorgaans slechts een *juridische* achtergrond heeft²⁶⁸, verschilt niet van de burgerlijke rechter. Het is dan in beginsel aan partijen om de rechter in het kader van de stelplicht voldoende voor te lichten. In het kader van de bewijslast kan de rechter, zo nodig, een deskundige benoemen die hem nader voorlicht. Zeker in ambtenarenzaken, waarbij het buiten het rechtspositionele (dus juridische) om *medische* zaken gaat, kan niet zonder meer worden gezegd dat het *bestuursorgaan* een bijzondere kennisvoorsprong heeft op de rechter. Ook die zal zich immers moeten laten voorlichten door artsen of door arbeidskundigen. Niet valt in te zien waarom het onderzoek daarvan bij uitsluiting zou moeten worden voorbehouden aan het bestuursorgaan en waarom dat niet door de rechter aan de hand van de regels van stelplicht en bewijslast zou kunnen.

De toetsing *ex tunc/ex nunc* behoeft in ambtenarenzaken geen probleem op te leveren. Ook de burgerlijke rechter toetst of een gegeven ontslag nietig is *ex tunc*. Wanneer de rechter een arbeidsovereenkomst ontbindt doet hij dat niet met terugwerkende kracht. Dat mag hij ook niet doen. Ook dit is dus een beoordeling *ex nunc*.

Procedurele belemmeringen en overige punten zijn evenmin argumenten waarom de bestuursrechter – indien de wetgever hem daartoe de mogelijkheid geeft – niet vaker zelf de knoop kan doorhakken met betrekking tot een ontslag, een berisping in verband met de hoogte van bezoldiging of toekenning van een schadevergoeding. De doorlooptijden worden daardoor aanmerkelijk bekort indien men bedenkt dat de zaak niet terugverwezen wordt maar zelf wordt afgedaan. Na terugver-

267. Vgl. Rop e.a. 2008, p. 15.

268. Vgl. Rop e.a. 2008, p. 15.

wijzing kan immers weer beroep en hoger beroep worden ingesteld. Bij afdoening door de rechtbank staat alleen hoger beroep open. Bij afdoening door de CRvB staat geen rechtsmiddel open. Uiteraard hangt dit wel samen met het stellen van eisen aan de stelplicht en bewijslast van partijen, alsmede het ‘aan zich houden’ van de bewijsvraag.

Naar mijn mening leveren geen van de als belemmering aangemerkte punten in ambtenarenzaken een probleem op voor de bestuursrechter – anders dan het huidige *systeem* – waardoor hij zich genoodzaakt zou moeten voelen om zich te beperken tot een vernietiging van het besluit met een opdracht aan het bestuursorgaan om een nieuw besluit te nemen. Er kan dus een eenvoudige systeemwijziging plaatsvinden waardoor het debat in het ambtenarenrecht zich verplaatst naar de bestuursrechter en waarbij de bestuursrechter het aangevallen besluit niet alleen vernietigt, maar vervolgens de zaak ook zelf afdoet.

6.5.7 *Handhaving van het huidige stelsel, invoering van een eigen bewijsstelsel of aansluiting bij het burgerlijk procesrecht?*

Is het huidige systeem achterhaald?

Blijkens de parlementaire geschiedenis zijn de vertrekpunten van het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht traditioneel verschillend. In het bestuursprocesrecht heeft van oudsher de rechtmatigheidstoetsing *ex tunc* van het besluit als product van de eenzijdige rechtsvaststelling door het bestuursorgaan in een situatie van *ongelijkwaardigheid* centraal gestaan. Het burgerlijk procesrecht is destijds opgezet als een kader voor een effectieve beslechting van een rechtsstrijd *ex nunc* tussen twee *gelijkwaardige* partijen in het kader van de tussen die partijen bestaande rechtsbetrekking.²⁶⁹

De parlementaire geschiedenis concludeert begin jaren '90 van de vorige eeuw dat het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht naar elkaar toegroeien. Daarbij is sprake van een wederzijdse beweging en wederzijdse beïnvloeding.²⁷⁰ Sinds die tijd is die ontwikkeling doorgegaan. De vraag is dan vervolgens of die twee continenten elkaar inmiddels niet zijn genaderd.

269. PG Awb II p. 176.

270. PG Awb II p. 177.

Schuurmans verbaast zich dat de wetgever heeft gekozen voor de billijkheidstheorie.²⁷¹ Dat heeft echter te maken met de opzet van de wetgever tot niet-lijdelijkheid van de bestuursrechter en tot laagdrempeligheid van de procedure. De rechter moet de zelf procederende burger kunnen helpen. Het huidige stelsel is dus gebaseerd op het uitgangspunt dat de rechter *niet* lijdelijk is, de feiten mag aanvullen en zelfstandig onderzoek mag (en zou moeten) doen.²⁷²

Onderzoek heeft uitgewezen dat de lagere bestuursrechter zich in de praktijk niet zelden minder actief opstelt dan de wetgever in 1994 voor ogen heeft gehad.²⁷³ Indien we daarbij de invoering in 2002 van de in beginsel verplichte comparitie van partijen in het burgerlijk procesrecht beschouwen, waardoor de burgerlijke rechter zich voor wat betreft feitengaring op de zitting actief kan opstellen, lijken de twee continenten zich inderdaad op dat punt redelijk tot elkaar te zijn genaderd.

Het bewijsrecht is in het bestuursrecht nog steeds geënt op de initiële bedoeling van de wetgever in 1994. Gelet op de zeer stevige kritiek op het huidige bewijsstelsel²⁷⁴ kan de vraag worden gesteld of dit stelsel wel in zijn huidige vorm moet worden gehandhaafd. De commissie Ilsink heeft de wetgever in overweging om in hoofdstuk 8 Awb een regeling van het bewijsrecht op te nemen.²⁷⁵

Naar een gematigd objectiefrechtelijk systeem in het bestuursrecht?

De vraag is dan vervolgens op welke manier dat dient te gebeuren. Voor het gehele bestuursrecht gaan stemmen op om de situatie voor wat betreft het bewijsrecht meer af te stemmen op de wijze waarop de bestuursrechter zich opstelt.

Pieters bepleit overeenkomstige toepassing van artikel 177 Rv (oud), thans 150 Rv voor het bestuursrecht.²⁷⁶

Schuurmans zoekt het meer in een opdracht aan de rechter om zich duidelijker uit te spreken dat een partij de bewijslast draagt voor feiten die ten grondslag liggen aan het rechtsgevolg waarop zij zich beroept. Ook zou de wetgever dat in de Awb kunnen opnemen. Een incorporatie

271. Schuurmans 2005, p. 45.

272. Zie hierover onder meer: Schuurmans 2005, p. 41.

273. Zie Marseille 2004 en 2007 en Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 213-216.

274. Vgl. Bijvoorbeeld Schueler 2007, p. 288 en zie verder hiervoor paragraaf 6.5.2.

275. Eindrapport commissie Ilsink, p. 69.

276. Pieters 1996, p. 41-45.

van artikel 150 Rv zou alleen werkelijk duidelijkheid brengen indien de materiële wetgeving zodanig wordt geredigeerd dat die daar op aansluit.²⁷⁷

Barkhuysen, Damen e.a., hebben in dat kader een model uitgedacht voor feitenvaststelling in beroep. Dit model houdt in de eerste plaats rekening met het feit dat de feitenvaststelling niet op gespannen voet mag staan met de staatsrechtelijke positie van de rechter ten opzichte van het bestuur. De primaire verantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling die ten grondslag ligt aan besluiten ligt bij het bestuur. Ook mag het systeem niet in strijd zijn met het EVRM en het EG-recht. Dat betekent, aldus voornoemde auteurs, dat een partij een reële mogelijkheid moet hebben om een rechterlijk eindoordeel te vragen over de in geschil zijnde feiten. Partijen dienen reële bewijsmogelijkheden te hebben. Tenslotte dient dit model in overeenstemming te zijn met de bedoeling van de wetgever met betrekking tot ongelijkheidscompensatie en een actieve, niet-lijdelijke rechter.

Dit model is een opdracht aan de bestuursrechter om meer te handelen in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever. De rechter moet de burger meer gaan helpen bij zijn procedure door het aanwenden van zijn onderzoeksbevoegdheden, maar de burger ook, indien de eisende partij in de visie van de rechter de voor het geschil relevante feiten onduidelijk of niet-overtuigend naar voren heeft gebracht, expliciet daartoe in de gelegenheid stellen. De rechter moet desgevraagd een oordeel geven over de juistheid van het in het besluit vastgestelde feiten. De rechter dient vervolgens aan de hand van het beschikbare feitenmateriaal de knoop door te hakken. Eventuele nadere feitenvaststelling dient, in verband met tijd onder regie van de rechter plaats te vinden. In het bijzonder betekent dit, volgens genoemde auteurs, dat er situaties zijn waarin de rechter zijn eigen onderzoeksbevoegdheden moet aanwenden, bijvoorbeeld in het geval de bewijslevering in redelijkheid niet van een eisende partij kan worden gevergd. In ieder geval moet een rechter gemotiveerd reageren op een verzoek van een partij om aanwending van de rechterlijke onderzoeksbevoegdheden.

Daarnaast betekent dit, aldus voornoemde auteurs, dat de rechter in beginsel niet kan volstaan met een marginaal oordeel over de feitenvaststelling zoals gedaan door het bestuursorgaan. De rechter zal, desgevraagd, een oordeel moeten geven over de juistheid van de in het be-

277. Schuurmans 2005, p. 317-320.

sluit vastgestelde feiten, dus zal in feite vol moeten toetsen. Dit lijdt uitzondering indien daartoe specialistische kennis noodzakelijk is. Alsdan zal de rechter dit nadrukkelijk moeten motiveren. Bij een geschil over de feiten is de rechter in beginsel gehouden de knoop over de feiten door te hakken. De auteurs kiezen voor een eenvormig bestuursprocesrecht voor alle soorten geschillen. Daarbij dient er goede voorlichting te worden. Dit geldt niet voor bewijsbeslissingen, nu die vergaand worden beïnvloed door het materiële recht.²⁷⁸

Onderzocht zou kunnen worden in hoeverre de rechterlijke macht de aanbevelingen van Barkhuysen, Damen c.s.²⁷⁹, mede gelet op de huidige werklust en -druk, kan en wil overnemen. In het bijzonder is daarbij van belang de vraag of de bestuursrechter bereid en in staat is om alsnog invulling te geven aan de bedoeling van de Awb als niet-lijdelijke rechter.²⁸⁰ Ook komt mij als cruciaal punt over dat de rechter de feiten vaststelt en dat bewijslevering onder zijn regie plaatsvindt.

Bezwaar blijft dan nog naar mijn mening dat aan de (toepassing van de) vrij-bewijsleer op zichzelf niets verandert, zodat het voor een burger, ook als hij wordt bijgestaan door een deskundige gemachtigde, moeilijk op voorhand in te schatten zal zijn of zijn zaak in bewijstechnische zin haalbaar zal zijn. 'The proof of the pudding is in the eating' moet dan veelal de conclusie zijn.

Ook het feit dat er geen duidelijke bewijsopdracht wordt gegeven, maar de ambtenaar het beste getuigen mee naar de zitting kan nemen, geeft op voorhand onvoldoende duidelijkheid hoe de bewijsvraag uiteindelijk komt te liggen en hoe de ambtenaar daaraan het beste kan voldoen. Het risico blijft dan, als gezegd, dat de ambtenaar zich uitput in het leveren van getuigenbewijs, terwijl hij daarmee niet op hetzelfde spoor zit als de bestuursrechter. Door de vrij-bewijsleer blijft het zelfs voor een deskundige gemachtigde gissen. Het geven van een expliciete bewijsopdracht kan zulks voorkomen. Door de bewijsvraag aldus inzichtelijk te maken in de jurisprudentie wordt die niet alleen voor partijen narekenbaar, maar ook in volgende gevallen beter te voorspellen.

278. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, par. II.4, p. 331-336.

279. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 331-340.

280. PG II Awb, p. 174-177.

Een proces- en bewijsrecht speciaal voor ambtenaren

Zoals hiervoor al aangegeven, spelen er in het ambtenarenrecht in beginsel geen belangen van derden. Er is ook geen sprake van een bestuurstaak in eigenlijke zin. Veeleer is er sprake van een overheidswerkgever als partij met een (eigen) belang, zoals ook een civielrechtelijke werkgever dat heeft. Voorts is er geen bijzondere kennis aan de orde die meebrengt dat de feitengaring zou moeten worden overgelaten aan het bestuursorgaan. Evenmin valt in te zien waarom de bewijslevering niet onder regie van een rechter kan plaatsvinden volgens kenbare bewijsrechtelijke regels.

Aldus beschouwd, zijn naar mijn mening geen bezwaren tegen een procesrecht, waarbij een systeem wordt ingevoerd, waarbij stelplicht en bewijslast ten overstaan van de rechter hebben te gelden, waarbij de rechter de regie van de bewijsopdracht aan zich houdt en die uiteindelijk ook definitief de knoop doorhakt.

Daarbij past dan een (gematigd) objectiefrechtelijke leest geschoeid stelsel met duidelijke materiële bewijsregels voor, waaronder ik versta regels die met zoveel woorden een bewijsrisico voor de feiten ter onderbouwing van een bepaald rechtsgevolg bij een partij neerleggen.²⁸¹ Niet alleen maakt dat de inschatting van de haalbaarheid voor volgende gevallen beter, maar tevens dwingt het de bestuursrechter zich rekenschap te geven van de bewijsregel, aan die bewijsregel toepassing te geven en de uitspraak op dat punt deugdelijk te motiveren.

6.6 Conclusie

Op grond van artikel 3:2 en 4:2 Awb bestaat er een onderzoeksplicht van het bestuursorgaan en, bij besluiten op aanvraag, een informatielast van de burger.

De bewijslastverdeling bij de bestuursrechter vindt naar analogie van artikel 3:2 en 4:2 Awb plaats. Dat betekent dat bij ambtshalve te nemen besluiten het bestuursorgaan in beginsel de bewijslast heeft van de aan dat besluit ten grondslag liggende feiten. Bij een besluit op aanvraag rust de bewijslast van die feiten in beginsel op de aanvrager.

²⁸¹. Een voorbeeld van een dergelijke duidelijke bewijsregel is de regel dat de bewijslast van een gesteld disfunctioneren in beginsel op de (overheids)werkgever berust. Thans wordt dit omzeild doordat een beoordeling wordt vastgesteld, waartegen door de ambtenaar in beginsel weinig in te brengen is. Zie nader paragraaf 7.6.5.

Daarop zijn uitzonderingen mogelijk, waarvoor door Schuurmans enkele vuistregels zijn ontwikkeld.

Uit recent onderzoek bij de rechtbanken is gebleken dat van de bedoeling van de wetgever om een laagdrempelige procedure voor de burger te creëren, met een actieve rechter en waarbij verplichte procesvertegenwoordiging niet nodig is, in die instantie niet zelden onvoldoende tot haar recht komt. In beroep is de rechter in veel gevallen wel lijdelijk en maakt hij van zijn bevoegdheden zelden gebruik. Dit lijkt anders te zijn in hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep, waar, naar verluidt, de rechters zich actiever opstellen, maar vervolgens in een aantal gevallen wel terughoudend toetsen wanneer het bestuursorgaan een bepaalde beleidsvrijheid heeft.

Er is een vorm van bewijslast in het bestuursrecht, die enige verwantschap heeft met artikel 150 Rv in die zin dat een partij die zich op een rechtsgevolg beroept in beginsel de bewijslast van de feiten draagt die aan dat rechtsgevolg ten grondslag liggen. Die regel is echter niet in de Awb terug te vinden en komt in de jurisprudentie slechts incidenteel voor.

In het kader van de Derde evaluatie van de Awb zijn aanbevelingen gedaan om de feitenvaststelling (stelplicht en bewijslast, alsmede de rol van de bestuursrechter daarbij) bij de rechtbanken meer in overeenstemming te brengen met de bedoeling van de wetgever ten tijde van de totstandkoming van de Awb. Die aanbevelingen kunnen een aantal knelpunten oplossen. Zij veranderen niets aan het vrij-bewijsstelsel, welk stelsel een inschatting door de burger, omtrent de haalbaarheid van een zaak op basis van het voorhanden zijnde bewijsmateriaal, moeilijk maakt. Ook rechtshulpverleners kunnen alsdan lastig inschatten in hoeverre een procedure voor een cliënt haalbaar is. Die inschatting is weer van belang enerzijds om onnodige belasting van het systeem te voorkomen en anderzijds om de ambtenaar die zich van (dure) professionele rechtshulp voorziet – omdat het ambtenarenrecht niet (altijd) eenvoudig te doorgronden is – te behoeden voor onnodige kosten.

‘The proof of the pudding is in the eating’. Aldus zal de lage drempel en het geringe procesrisico aanleiding kunnen zijn voor de ambtenaar om het dan in de meeste gevallen maar te proberen. Daarbij kan het zelfs zo zijn dat, gelet op die mate van voorspelbaarheid van de kansen en de kosten van een professionele rechtshulpverlener, de ambtenaar er dan uiteindelijk voor kiest om het dan maar *zelf*, dus zonder rechtsbijstand, te proberen.

Ik opteer dan ook voor een op de (gematigd) objectiefrechtelijke leest geschoeid stelsel met duidelijke materiële bewijsregels. Niet alleen maakt

dat de inschatting van de haalbaarheid beter, maar tevens dwingt het de bestuursrechter zich rekenschap te geven van de bewijsregel, daaraan toepassing te geven en in de uitspraak een deugdelijke motivering te geven.

Ten aanzien van de aan het bestuursprocesrecht toegeschreven processuele ongelijkheidscompensatie ziet die er onder meer op de zelf procederende ambtenaar in dezelfde positie brengen als had hij zich voorzien van (kostbare) deskundige bijstand. Ten aanzien van de compensatie van processuele en machtsongelijkheid kan (ook) worden gedacht aan een andere bewijslast dan de regel 'de steller bewijst'. In het volgende hoofdstuk zal worden onderzocht of, en zo ja, in hoeverre in het kader van de stelplicht en bewijslast daarvan sprake is.

7 STELPLICHT EN BEWIJSLAST PER ONDERWERP IN HET AMBTENARENRECHT

7.1 **Beginselen en definities**

7.1.1 *Inleiding*

In dit hoofdstuk wordt onderzocht of, en zo ja, in welke mate door middel van een afwijkende stelplicht of bewijslast processuele en machtsongelijkheid tussen overheidswerkgever en ambtenaar kunnen worden weggenomen of teruggedrongen en op welke manier zoveel mogelijk wordt voorkomen dat de rechtsbescherming op een onacceptabel ongunstig niveau uitkomt. Daarvan is sprake in het geval een partij *zonder* die compensatie zijn zaak nooit ‘rond’ zou kunnen krijgen, als gevolg waarvan een door de wetgever of jurisprudentie gelegitimeerde gerechtvaardigde aanspraak illusoir zou worden.

In het vorige hoofdstuk is aan de orde geweest dat in het bestuursrecht zoals dat voor ambtenaren geldt een vorm van stelplicht bestaat. Ook is gebleken dat die stelplicht voor een aanzienlijk gedeelte parallel loopt met de bewijslevering, nu het bestuursrecht geen formele bewijsopdracht kent.

De vrij-bewijsleer laat de rechter in beginsel vrij in de keuze wie hij met bewijslevering belast. In het merendeel van de door mij bestudeerde uitspraken van de CRvB waarin een bewijsvraag aan de orde kwam, beperkt de bestuursrechter zich tot een feitelijke waardering van de voorhanden zijnde bewijsmiddelen, inclusief de naar de zitting meegebrachte getuigen. Dit sluit echter nadere bewijslevering niet uit.¹ Beoordeeld wordt dan of de appellant een bepaalde stellingname al dan niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt.² In sommige gevallen kan daaruit een algemene bewijsregel worden gedestilleerd.

Soms wordt ook expliciet een bewijsregel geformuleerd. Dit is bijvoorbeeld het geval in CRvB 28 november 2002³, waarin wordt bepaald dat de ambtenaar die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept

1. Vgl. CRvB 1 juni 2005 *JB* 2005, 237 m.nt. Wenders.

2. Bijvoorbeeld CRvB 22 mei 2008, *TAR* 2009, I.

3. CRvB 28 november 2002, *TAR* 2003, 60.

voldoende feiten dient te stellen en aannemelijk dient te maken waaruit dat rechtsgevolg kan worden afgeleid. Deze regel vertoont overeenkomsten met artikel 150 Rv, welk artikel stelt dat op de partij die zich op een rechtsgevolg beroept de bewijslast rust, tenzij uit een bijzondere regel of uit de redelijkheid en billijkheid een andere bewijslast voortvloeit. Schuurmans is van mening dat deze regel ook voor het gehele bestuursrecht geldt.⁴

In dit hoofdstuk wordt per onderwerp onderzocht of de jurisprudentie regels van stelplicht en bewijslast formuleert. In aanvulling daarop zal, waar geen expliciete regels zijn af te leiden aan de hand van de door Schuurmans ontwikkelde vuistregels⁵, worden getracht bewijsregels te herleiden. Behandeld worden in dit hoofdstuk de aanstelling als ambtenaar (7.2), de ambtelijke bezoldiging (7.3), gelijke behandeling (7.4), overheidsaansprakelijkheid voor dienstongevallen en beroepsziekten (7.5) en het einde van de aanstelling (7.6).

7.1.2 *Definities*

Ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet 1929 (Aw) is degene die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn.⁶ De verplichting om salaris te betalen maakt geen deel uit van de kwalificatie.⁷ De aanstelling is de rechtshandeling waarmee een bestuursorgaan de dienstbetrekking van een ambtenaar tot stand brengt.⁸ Een aanstelling kan geschieden in tijdelijke dienst of in vaste dienst. Het tweede lid van artikel 1 Aw verstaat onder openbare dienst 'alle diensten en bedrijven door den Staat en de openbare lichamen beheerd'. Onder bezoldiging wordt verstaan het salaris van een ambtenaar, vermeerderd met toeslagen, zoals vakantiegeld.⁹

4. Schuurmans 2005, p. 317-318.

5. Zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.5.3.

6. Artikel 1 Aw eerste lid. Zie ook Van Zutphen 1991, hoofdstuk 5.

7. Van Zutphen 1991, p. 78, Ag 's-Gravenhage 8 maart 1984, TAR 1984, 95, CRVB 12 november 1987, TAR 1988, 14.

8. Mulder 2005, p. 31.

9. Vgl. Verhulp 2005a, p. 108.

7.2 **Ambtelijke aanstelling**

7.2.1 *Inleiding en wettelijk kader*

Aanstelling

De rechtspositie van de ambtenaar wordt blijkens artikel 109 van de Grondwet bij wet geregeld. Die wet betreft artikel 1 van de Ambtenarenwet 1929. Lid 1 daarvan bepaalt dat ambtenaar in de zin van deze wet degene is, die is *aangesteld* om in *openbare dienst* werkzaam te zijn.¹⁰ Een soortgelijke bepaling is terug te vinden in artikel 11, lid 1 onder a CAR/UWO.

De aanstelling dient per besluit te geschieden, te weten de *akte van aanstelling*. Artikel 12 ARAR bepaalt wat er in een akte van aanstelling van een rijksambtenaar dient te staan. Artikel 5 ARAR bepaalt dat aanstelling geschiedt in vaste of in tijdelijke dienst. Vrijwel alle arbeidsrechtelijke auteurs rekenen het ambtenarenrecht tot het arbeidsrecht.¹¹ Een ambtelijke aanstelling is een eenzijdige rechtshandeling. Een arbeidsovereenkomst is naar de aard een tweezijdige rechtshandeling.

In de praktijk zal geen aanstelling van een ambtenaar plaatsvinden tegen diens uitdrukkelijke wil. Sterker nog: de aan te stellen kandidaat zal hetzij middels sollicitatie uitdrukkelijk hebben verzocht voor een dergelijke functie, hetzij zijn gepolst en vervolgens na gebleken instemming voor die functie worden benoemd.¹² Ook zal er doorgaans zijn onderhandeld over het bij de functie behorende salaris.

Naar civielrechtelijke maatstaven gemeten, komt er aldus (telkens) een overeenkomst tot stand voordat het uiteindelijke aanstellings- of benoemingsbesluit wordt genomen. Zie hierover ook Mulder. Hij geeft aan dat het juridische verschil tussen de civiele tweezijdige overeenkomst en de eenzijdige aanstelling nauwelijks praktische betekenis heeft. Het is immers onomstreden dat uit een aanstelling voor de ambtenaar geen rechten en plichten kunnen voortvloeien wanneer hij niet

10. Zie voor de aard en achtergrond van de ambtelijke aanstelling Van Zutphen 1991, p. 68-115 en Mulder 2005, p. 31-66.

11. Van Peijpe, 1998, p. 23 m.nt. noot 13, die aangeeft dat slechts Berghuis, *Het rechtskarakter der ambtenaarsverhouding* (1937), p. 65 en Van Urk, *Ambtenarenrecht* (1938) een andere mening zijn toegegaan.

12. Van Zutphen 1991, p. 74-74 en Van Waegeningh 2008, p. 685-686.

zelf met de aanstelling heeft ingestemd.¹³ De vraag is in hoeverre dit opgaat als men bedenkt dat alle op de rechtspositie ziende besluiten eenzijdig worden genomen, ook die waar in het arbeidsrecht een contractuele barrière bestaat.¹⁴

Een CAO bij de overheid komt ook door onderhandeling met de vakbonden tot stand en is dus het *resultaat* van onderhandelingen, doch wordt vervolgens eenzijdig als een rechtspositioneel besluit vastgesteld, als gevolg waarvan het weer niet als een ‘echte’ CAO wordt beschouwd. De wet CAO is daarop niet van toepassing.

Overigens is het mogelijk om zonder aanstellingsbesluit de ambtelijke status te verwerven.¹⁵

Krachtens artikel 8:4, aanhef en onder d, van de Awb is beroep uitgezonderd tegen een besluit tot benoeming of aanstelling. Dit lijdt uitzondering indien beroep wordt ingesteld door een ambtenaar als bedoeld in artikel 1 van de Aw als zodanig of een dienstplichtige als zodanig. Dat betekent dat voor een toegang tot de bestuursrechter de ambtelijke hoedanigheid vereist is. Nu daarvan bij een afwijzing op een sollicitatie geen sprake is, is de burgerlijke rechter de bevoegde rechter om hiertegen op te komen. Een afwijzend besluit op een sollicitatie naar een functie als rechterlijk ambtenaar wordt gelijkgesteld met een besluit als bedoeld in artikel 8:4, aanhef en onder d, van de Awb.¹⁶

Openbare dienst

Een tweede vereiste is dat de aanstelling dient te geschieden in *openbare dienst*, dat wil zeggen alle diensten en bedrijven die door de Staat en openbare lichamen worden beheerd Artikel 1 lid 2 Aw. Niet is ambtenaar, in de zin van deze wet degene, met wie een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht is gesloten. (artikel 1 lid 3 Aw). De aanstelling moet *gericht zijn* op het werkzaam zijn in openbare dienst. Niet van belang is of een ambtenaar *daadwerkelijk* werkzaamheden uitvoert.¹⁷ Het

13. Mulder 2002, p. 31.

14. Zoals bij ontslag, of eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden.

15. CRvB 30 januari 1990 TAR 1990, 74, CRvB 3 maart 1994, TAR 1994, 103, CRvB 30 maart 2000, TAR 2000, 65 en CRvB 30 mei 2002, TAR 2003, 52.

16. CRvB 14 juli 2006, LJN AY4812 en TAR 2007, 94 en CRvB 6 oktober 2008 LJN BF8157.

17. Vgl. Stuiver 2007, p. 5.

begrip openbare dienst wordt ruim uitgelegd¹⁸. Een gastmedewerker aan een universiteit heeft geen publiekrechtelijk karakter en kan dus niet worden aangemerkt als een ambtelijke rechtspositie.¹⁹ Een medewerker van een door de overheid bestierde stichting kan werkzaam zijn in openbare dienst.²⁰ Wanneer een instelling de status van openbare dienst verliest, zijn de aldaar werkzame personen dus geen ambtenaar meer in de zin van artikel 1 van de Aw.²¹

Onder omstandigheden kan ook een privaatrechtelijke rechtspersoon, zoals een stichting, een publieke rechtspersoon zijn, waarin ambtenaren in openbare dienst werkzaam zijn. Daarvan is sprake indien (1) de overheid een overwegende invloed heeft op de samenstelling van het bestuur en de benoeming van de bestuursleden, (2) de overheid een belangrijke invloed heeft op de financiën, (3) de overheid een rol speelt in het personeelsbeleid en (4) een aantal besluiten moet worden goedgekeurd door of namens de overheid.²²

Aanstelling in tijdelijke of in vaste dienst

Aanstelling geschiedt in tijdelijke of in vaste dienst.²³ Wanneer dit niet uit de akte van aanstelling blijkt, zal aan de hand van de feiten en omstandigheden van het concrete geval moeten worden afgeleid of er sprake is van een tijdelijke aanstelling dan wel van een aanstelling voor onbepaalde tijd.²⁴ Aanstelling in tijdelijke dienst kan vervolgens weer

18. Rb Leeuwarden 21 oktober 2002, *TAR* 2002, 171.

19. CRvB 7 juni 2007, *TAR*, 2007, 178.

20. Zie CRvB 13 mei 1993, *TAR* 1993, 148, waarin de invloed van de provincie overigens onvoldoende werd geacht om de bewuste stichting in casu tot de openbare dienst te rekenen.

21. CRvB 6 september 2007, *TAR* 2007, 196 (*Blijdorp*). Overigens doet de CRvB wel uitspraak *alsof* de betrokkene nog ambtenaar was in de zin van artikel 1 Aw. Deze uitspraak lijkt op gespannen voet te staan met CRvB 22 februari 2001, *TAR* 2002, 77 en CRvB 31 januari 2002, *TAR* 2002, 89 waarin is overwogen dat gelet op het gesloten stelsel van ontslaggronden, een ambtenaar niet door langdurige detachering (of privatisering) de ambtelijke status kan verliezen. Van der Heijden & Jellinghaus 2008, p. 44-45 achten deze discrepantie onwenselijk.

22. Van Zutphen 1991, p. 92-93. Zie ook Korteweg-Wiers 2003, p. 233 en Van der Heijden & Jellinghaus 2008, p. 43.

23. Artikel 12 lid 1 sub d ARAR.

24. CRvB 27 juli 1960, *AB* 1961, 323 en CRvB 10 maart 1988, *TR* 1988, 105. Zie verdere onder meer: Van Zutphen 1991, p. 165.

geschieden voor bepaalde of onbepaalde tijd.²⁵ Een tijdelijke aanstelling kan voor Rijksambtenaren bijvoorbeeld alleen worden verleend op de in artikel 6 lid 2 ARAR limitatief genoemde gronden.

Ook in het ambtenarenrecht geldt dat slechts drie aanstellingen voor bepaalde tijd achtereenvolgens mogen worden gesloten met een maximum van 36 maanden in totaal.²⁶

Indien een gedetacheerde ambtenaar een ambtelijke rechtsverhouding heeft met het inlenende orgaan, dan dient deze detachering gelijkgesteld te worden met een proeftijdaanstelling. Het besluit om de betrokkene na afloop van de proeftijd geen vervolgaanstelling te verlenen, dient met de vereiste zorgvuldigheid tot stand te komen en voldoende deugdelijk te worden gemotiveerd.²⁷

Nadere voorschriften bij AMvB

Artikel 125 AW bepaalt voorts dat (verdere) voorschriften bij AMvB worden vastgesteld. Dat is voor rijksambtenaren voor wat betreft de materiële rechtspositie gebeurd in het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR).

De bezoldiging is geregeld in het Bezoldigingsbesluit Burgerlijke Rijksambtenaren 1984 (BBRA), behalve voor categorieën rijksambtenaren, voor wie bezoldiging bij wet of bij afzonderlijke maatregel van bestuur is geregeld.

Voor gemeenteambtenaren is de wettelijke verplichting vervat in de Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling (CAR), welke regeling weer is uitgewerkt in een Uitwerkingsovereenkomst (UWO). In de literatuur worden deze twee regelingen vaak gezamenlijk aangeduid als CAR/UWO. Daarnaast kunnen bijvoorbeeld nog worden genoemd het besluit Algemene Rechtspositie Politie (BARP) en het Algemeen Militair Ambtenarenreglement (AMAR).

Eerst indien een arbeidsvoorwaardenakkoord is vertaald in regelgeving kan de ambtenaar daaraan rechtspositionele aanspraken ontleenen.²⁸

25. Artikel 6 lid 1 ARAR.

26. Vgl. artikel 6 ARAR lid 7 en 8. Zie ook CRvB 10 april 2008, TAR 2008, 138. Dit wordt wel aangeduid met 'de Flexwet'.

27. CRvB 14 februari 2008, TAR 2008, 109, CRvB 17 april 2003, TAR 2003, 123 en CRvB 11 november 2004, TAR 2005, 9.

28. CRvB 20 maart 2003, TAR 2003, 119.

Proeftijdaanstelling

Anders dan in het civiele recht (artikel 7:652 BW), waar de proeftijd voor arbeidsovereenkomsten van 2 jaar of langer maximaal 2 maanden mag duren en voor kortere dienstverbanden maximaal 1 maand, is het toegestaan, kan op grond van bijvoorbeeld artikel 6 tweede lid sub a ARAR of artikel 8:12:1 van de CAR/UWO een proeftijdaanstelling worden aangegaan voor maximaal 2 jaar. Daar staat tegenover dat een ambtenaar in beginsel dezelfde ontslagbescherming geniet gedurende de proeftijdaanstelling als voor andere ambtenaren die voor bepaalde tijd zijn aangesteld, zij het dat een tussentijdse beëindiging van een proeftijdaanstelling wegens onvoldoende functioneren terughoudend wordt getoetst.²⁹

De toetsing van een besluit tot het niet verlenen van een vaste aanstelling na een proeftijd is eveneens een terughoudende. Naast toetsing aan geschreven of ongeschreven rechtsregels of aan algemene rechtsbeginselen moet antwoord gegeven worden op de vraag of betrokkene aan redelijkerwijs te stellen verwachtingen heeft voldaan.³⁰ Reeds in 1995 oordeelde de CRvB³¹:

‘Gelet op ’s Raads vaste jurisprudentie ten aanzien van beëindiging van proeftijdaanstellingen kan tot een niet-verlengen van de aanstelling worden besloten, wanneer de ambtenaar niet heeft beantwoord aan de verwachtingen die het bestuursorgaan stelt en die het redelijkerwijs mag stellen.’

Hoewel een proeftijdaanstelling na de maximale twee jaar kan worden verlengd met de periode waarin een ambtenaar wegens ziekte verhinderd is geweest de arbeid te verrichten, is het bevoegd gezag daartoe niet verplicht. Het ziekteverzuim kan zelfs een rol spelen bij het niet verder verlengen van de aanstelling. Het met een voldoende continuïteit, zonder langdurig ziekteverzuim, vervullen van de functie behoort tot hetgeen een bestuursorgaan redelijkerwijs van een ambtenaar mag verwachten.³²

29. CRvB 7 juli 1994, TAR 1994, 183.

30. CRvB 17 december 1998, TAR 1999, 37.

31. Pres. CRvB 3 oktober 1995, TAR 1995, 277.

32. CRvB 18 maart 2004, LJN AO7610 en TAR 2004, 90 en CRvB 19 juni 2008, TAR 2009, II.

Waar de ambtenaar *tijdens* de proeftijdaanstelling meer rechten heeft dan zijn civiele collega, is zijn positie na ommekomst van de bepaalde tijd even onzeker.

7.2.2 *Stelplicht en bewijslast aanstelling en conclusie*

Doorgaans zal er een schriftelijk aanstellingsbesluit voorhanden zijn. Eiser kan in dat geval eenvoudig zijn ambtelijke status stellen door overlegging van de ambtelijke aanstelling. De discussie kan zich dan verplaatsen naar de vraag of aan de kwalificatie is voldaan, bijvoorbeeld omdat niet aan de aanstelling *in openbare dienst* is voldaan.³³

Wanneer een formeel aanstellingsbesluit ontbreekt, dienen er voldoende duidelijke aanwijzingen te zijn om aan te nemen dat het in de bedoeling heeft gelegen om een ambtenaar per een bepaalde datum als ambtenaar aan te stellen en voor welke periode.³⁴ Het is slechts in zeer uitzonderlijke gevallen mogelijk om een ambtelijke status aan te nemen zonder aanstellingsbesluit.³⁵ In dat geval dient volgens de CRvB te blijken van een aan de zijde van het betrokken orgaan levende bedoeling om een dergelijke verhouding tot stand te brengen, dan wel feiten en omstandigheden waaruit de betrokken werknemer heeft mogen begrijpen dat een aanstelling tot ambtenaar feitelijk had plaatsgevonden.³⁶ De bedoeling van de ambtenaar wordt van weinig belang geacht.³⁷ De bedoeling van het bevoegd gezag hoeft niet uitdrukkelijk te blijken maar kan uit de feiten en omstandigheden worden afgeleid.³⁸

De aanstelling blijft bestaan zolang de ambtenaar niet ontslag is verleend langs een van de daartoe in de wet en regelgeving vastgelegde grondslagen. Langdurige detachering brengt niet het verlies van de ambtelijke status mee.³⁹ Dat betekent dus dat, voor de kwalificatie, niet langer hoeft te worden gesteld dat de ambtenaar ook daadwerkelijk

33. Zoals in de situatie van een aanstelling als gastonderzoeker bij een universiteit. Vgl. CRvB 7 juni 2007, TAR 2007, 178.

34. CRvB 3 maart 1994, TAR 1994, 103 en 30 maart 2000, TAR 2000, 65.

35. CRvB 30 januari 1990 TAR 1990, 74, CRvB 3 maart 1994, TAR 1994, 103, CRvB 30 maart 2000, TAR 2000, 65 en CRvB 30 mei 2002, TAR 2003, 52.

36. CRvB 30 januari 1990, TAR 1990, 74.

37. Van Zutphen 1991, p. 83. Het Haviltex-criterium kan dus niet analoog worden toegepast.

38. CRvB 11 januari 1940 AB 1940, 492 en CRvB 8 juni 1966, AB 1966, 649 en Van Zutphen 1991, p. 83.

39. CRvB 22 februari 2001, AB 2001, 203 m.nt. HH.

in de openbare dienst *werkzaam* is. Voldoende is dat hij daartoe is *aangesteld*.⁴⁰ Gesteld en aannemelijk dient dan ook te worden gemaakt dat de ambtenaar bij aanvang is aangesteld om werkzaam te zijn in de openbare dienst. Voor het aannemen van een aanstelling in vaste dienst dient daadwerkelijk aan de vereisten daarvoor te worden voldaan. De CRvB beschouwt bij gelijkblijvende onderzoekswerkzaamheden verschillende formele werkgevers niet zonder meer als opvolgende werkgevers in die zin dat aldus een aanstelling voor onbepaalde tijd is ontstaan.⁴¹

Ten aanzien van de aanstelling hangt het er van af of er sprake is van een besluit op aanvraag of een ambtshalve besluit. Doorgaans zal het een ambtenaar zijn die stelt dat er een aanstelling heeft plaatsgevonden of zou moeten plaatsvinden. Van de aan dit rechtsgevolg ten grondslag liggende feiten en omstandigheden zal de stelplicht en bewijslast naar mijn mening op de ambtenaar rusten.⁴²

Een dergelijk stelsel is dus niet vergelijkbaar met het civiele arbeidsrecht dat in artikel 7:610a en 7:610b BW bewijsvermoedens betreffende de aard en omvang van de arbeidsovereenkomst stipuleert en de werknemer dus een processuele voorsprong verschaft. Voor de vraag of er sprake is van een aanstellingsbesluit is, zal dat, gelet op het feit dat dit doorgaans schriftelijk zal geschieden, weinig problemen opleveren. Een regeling als artikel 7:610a BW kan dus worden gemist. Dat is naar mijn mening anders voor wat betreft de *omvang* (artikel 7:610b BW) alsmede de *inhoud* van de aanstelling. In een dergelijk geval zou een processuele tegemoetkoming vergelijkbaar met artikel 7:610 b BW of een inhoudelijke beperking als bedoeld in 6:248 BW (aanvullende en derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid) of 7:613 BW op zijn plaats zijn. Een dergelijke, vergelijkbare compensatie heb ik in de jurisprudentie van de CRvB niet aangetroffen.⁴³

Volgens vaste jurisprudentie vloeit uit de omstandigheid, dat een ambtenaar in tijdelijke dienst voor bepaalde tijd is aangesteld, voort dat het bestuursorgaan niet gehouden is die aanstelling na afloop van de gestelde termijn te verlengen of om te zetten in een vaste aanstelling,

40. Vgl. Mulder 2005, p. 33.

41. CRvB 19 juli 2007, TAR 2008, 9 en CRvB 21 december 2006, TAR 2007, 50.

42. Vgl. Schuurmans p. 317-318.

43. Blijkens bijvoorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 24 juni 2004, TAR 2004, 145, onderzoekt de bestuursrechter of het besluit tot eenzijdige functiewijziging een deugdelijke juridische en feitelijke grondslag heeft.

tenzij er een verplichting bestaat tot voortzetting van het dienstverband, dan wel het niet verlengen in strijd zou komen met enige regel van ongeschreven recht.⁴⁴

Daaruit volgt dat een ambtenaar, die stelt dat zijn aanstelling ten onrechte niet is verlengd of niet is omgezet in een aanstelling voor onbepaalde tijd, moet stellen dat dit besluit in strijd zou komen met enige regel van ongeschreven recht (a.b.b.b.). In dat geval is niet zonder meer eenduidig te bepalen op wie in een dergelijk geval de bewijslast rust. Wanneer zou worden aangenomen dat het niet verlengen of het niet omzetten als een besluit kan worden aangemerkt, dan zal dat niet zelden een ambtshalve besluit zijn. Ingevolge artikel 3:2 Awb zal dan op het bestuursorgaan de verplichting liggen om aan te tonen dat het een zorgvuldig onderzoek heeft gedaan en op basis daarvan een juist besluit heeft genomen. Ook zal in het geval van een beroep op het gelijkheidsbeginsel – dat door de ambtenaar voldoende concreet is onderbouwd – het bestuursorgaan met de gegevens moeten komen waaruit volgt dat dit concrete beroep op het gelijkheidsbeginsel niet opgaat.

Uit de door mij bestudeerde jurisprudentie heb ik geen knelpunten kunnen ontdekken – anders dan van algemene aard, zoals in het vorige hoofdstuk behandeld –, op grond waarvan specifieke maatregelen in het kader van ongelijkheidscompensatie zijn vereist.

7.3 **Bezoldiging**

7.3.1 *Wettelijk kader*

Doorgaans brengt de aanstelling van een ambtenaar een recht op bezoldiging mee.⁴⁵ Het ARAR bepaalt in artikel 12a dat het salaris van een ambtenaar in de akte van aanstelling wordt vermeld. Voor rijksambtenaren bepaalt het Bezoldigingsbesluit burgerlijke rijksambtenaren 1984 (BBRA⁴⁶) hoe het geldende salaris moet worden vastgesteld. Artikel 5 BBRA eerste lid bepaalt dat het salaris van de ambtenaar wordt bepaald aan de hand van de voor hem geldende salarisschaal. Het is niet toege-

44. CRvB 5 juni 2003, LJN AH9041 en TAR 2003, 171 en CRvB 31 januari 2008, TAR 2008, 101.

45. Verhulp 2005a, p. 108 noemt als voorbeeld van onbezoldigde ambtenaren sommige leden van de vrijwillige brandweer of een aanstelling ‘buiten bezwaar’ (dus zonder bezoldiging) bij universiteiten.

46. Artikel 4 t/m 12.

staan een ambtenaar in een lagere schaal in te delen zonder hem eerst te ontslaan. Op basis van artikel 17 BBRA kunnen aan een ambtenaar toeslagen en andere vergoedingen worden toegekend. Aan een ambtenaar kan slechts salarisverhoging als bedoeld in artikel 7 eerste en tweede lid BBRA worden toegekend indien en voor zover de voor hem geldende salarisschaal dat toelaat.⁴⁷ Voor gemeenteambtenaren verwijst het CAR in artikel 3:1 naar lokaal vastgestelde bezoldigingsregels. Krachtens artikel 123 Aw verjaart een rechtsvordering ter zake van bezoldiging na vijf jaar.

7.3.2 *Bezoldiging tijdens ziekte*

Artikel 14 ARAR en artikel 3:11 lid 4 CAR/UWO bepalen dat een ambtenaar geen bezoldiging ontvangt over de periode 'gedurende welke hij in strijd met zijne verplichtingen opzettelijk nalaat zijn dienst te verrichten'.

De vraag doet zich vervolgens voor wat rechtens is indien de werknemer dit *niet* opzettelijk nalaat. In het verleden heeft de CRvB uitgeemaakt dat de ambtenaar dan in beginsel recht houdt op doorbetaling van loon, maar dat eventueel elders verdiend salaris in mindering mag worden gebracht.⁴⁸

Hierop past nog wel enige nuancering. Indien een werknemer *als gevolg van ziekte* zijn arbeid niet kan uitoefenen, heeft hij recht op doorbetaling van zijn bezoldiging.⁴⁹ A contrario volgt daaruit dat de ambtenaar die niet werkt, omdat hij *denkt* nog arbeidsongeschikt te zijn geen loon ontvangt indien komt vast te staan dat hij over die periode arbeidsgeschikt was.

Met betrekking tot de doorbetalingsverplichtingen tijdens ziekte verschilt, blijkens artikel 37 ARAR, de duur van de doorbetalingsverplichting niet wezenlijk van die van een civiele werknemer, al kan die soms gunstiger uitpakken. Waar de hoogte en de duur van de aanvulling tot 100% bij civiele werknemers afhangt van een CAO of individuele afspraak, hangt die bij een ambtenaar af van de toepasselijke rechtspositieregeling.

Op basis van een STAR-akkoord mag de bezoldiging tijdens ziekte niet meer dan 170% van de bezoldiging over de eerste twee jaar van de ziekte

47. Korteweg-Wiers e.a. 2003, p. 127.

48. CRvB 20 september 1960, AB, p. 71 m.nt. L.B.

49. Artikel 37 ARAR en artikel 7:3 CAR/UWO. Stuiver 2007, p. 212.

bedragen. Voor de sector Rijk is vastgesteld dat dit het eerste jaar 100% is en het tweede jaar 70%. Voor centrale overheden is dit te vinden in artikel 37 eerste tot en met derde lid ARAR. Ten aanzien van decentrale overheden is de hoofdregel ter zake van bezoldiging tijdens ziekte te vinden in artikel 7:1 eerste lid onder a CAR/UWO. Die regeling is iets ongunstiger, nu de eerste zes maanden 100% van de bezoldiging moet worden doorbetaald, de tweede 90% en na 12 maanden 75%. Voor de tijd dat een zieke werknemster (ook) met zwangerschapsverlof is, telt dit verlof niet mee voor de duur van de aanvulling.⁵⁰ Wanneer de ziekte door een dienstongeval of een beroepsziekte is ontstaan blijft het recht op volledige loondoorbetaling bestaan.⁵¹ Dat betekent dus in beginsel 100% van de bezoldiging.⁵² Dit geldt ook voor psychische ziekte indien die is opgetreden als gevolg van excessieve werkomstandigheden.⁵³

Deze doorbetalingsverplichting van de volledige bezoldiging is niet absoluut. Indien tijdens ziekte een rechtspositiebesluit (in casu het Besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren) wordt gewijzigd op het punt van doorbetaling tijdens ziekte, kan de betrokken ambtenaar zich niet met vrucht op de oude regeling beroepen indien dat niet in het kader van overgangsrecht in die nieuwe regeling is opgenomen.⁵⁴

Door mij zijn geen bijzondere regels van stelplicht of bewijslast in de jurisprudentie aangetroffen, zodat de hoofdregel dat de partij die zich op een rechtsgevolg beroep daaromtrent de rechtsfeiten zal moeten stellen en zondig bewijzen hier aan de orde zal zijn. Zo zal een ambtenaar die stelt dat er sprake is van een psychische beroepsziekte moeten stellen en bij betwisting bewijzen dat er sprake is geweest van excessieve arbeidsomstandigheden. Verwezen wordt verder naar paragraaf 7.5, waarin de dienstongevallen en beroepsziekten aan de orde komen.

7.3.3 *Inhouding van bezoldiging*

Van een geschorste ambtenaar kan, wanneer een schorsing als disciplinaire straf wordt gebruikt, tijdens de schorsing zijn bezoldiging geheel

50. CRvB 27 april 2007, TAR 2007, 123, CRvB 7 juni 2007, TAR 2007, 129 en CRvB 7 juni 2007, TAR 2007, 185.

51. Artikel 35 ARAR en artikel 7:3 CAR/UWO.

52. CRvB 16 december 2004, TAR 2005, 39, waarin overigens de beroepsziekte RSI niet kwam vast te staan.

53. CRvB 28 maart 2002, TAR 2003, 35.

54. CRvB 3 januari 2008, TAR 2008, 89.

of gedeeltelijk worden ingehouden.⁵⁵ Wanneer schorsing als ordemaatregel wordt gebruikt ligt inhouding van de bezoldiging minder voor de hand.

Inhouding kan ook plaatsvinden als disciplinaire straf.⁵⁶ Dit kan gebeuren door het niet uitbetalen van een of meer werkdagen, maar ook door het onthouden van een indeling in een hogere schaal of indeling in een lagere schaal. Uiteraard dient het bevoegd gezag de verplichting om de gedragingen die ten grondslag liggen aan het disciplinaire besluit te stellen en voldoende te onderbouwen⁵⁷, waarna het aan de ambtenaar is om de strafwaardigheid daarvan te ontzenuwen.⁵⁸ Het geen gevolg geven aan de opdracht om voortgangsgesprekken met de re-integratieadviseur te voeren en het niet tijdig terugkeren van vakantieverlof vormt aan betrokkene toe te rekenen plichtsverzuim. In dat geval acht de CRvB een straf van inhouding van 10% van salaris gedurende zes maanden niet onevenredig.⁵⁹

7.3.4 *De hoogte van de bezoldiging*

De hoogte van de bezoldiging zal doorgaans blijken uit een inschaling met bijbehorende trede.⁶⁰ Bepalend is doorgaans de *zwaarte* van de functie. In beginsel volgt uit die inschaling wat het loon van de ambtenaar moet zijn.

Er kan een geschil over de hoogte van de bezoldiging ontstaan wanneer er een functiewijziging plaatsvindt, hetzij in geval van reorganisa-

55. Verhulp 2005a, p. 119.

56. Artikel 81 eerste letter ARAR. Zie CRvB 29 juni 2006, TAR 2006, 154, waarin deze maatregel overigens in casu niet zonder nader medisch onderzoek had mogen plaatsvinden. Zie ook CRvB 2 oktober 2003, TAR 2004, 72.

57. Waartoe het krachtens artikel 3:2 Awb voldoende onderzoek dient te doen.

58. Zie bijvoorbeeld: CRvB 1 augustus 2002, TAR 2002, 163: '(...) de Raad is voorts van oordeel dat appellant in zijn schriftelijke verantwoording van 14 februari 1997 en in bezwaar (impliciet) heeft toegeven dat hij regelmatig te laat kwam. Bij dit alles kan aan een latere ontkenning door appellant, zonder in te gaan op de vele details in de rapportage, geen betekenis toekomen.'

4.5. Aangezien de Raad niet tot het oordeel heeft kunnen komen dat de opgelegde straf als onevenredig moet worden aangemerkt, kan het bestreden besluit van 15 oktober 1997 in rechte stand houden en komt dit onderdeel van uitspraak 2 voor bevestiging in aanmerking

59. CRvB 23 mei 2007, TAR 2007, 148.

60. Artikel 6 lid 1 BBRA.

tie, hetzij doordat er aan een ambtenaar meer taken worden opgedragen dan in de functiebeschrijving zijn opgenomen.

Functie waardering en -beschrijving

Functiewaardering is het op systematische wijze rangordnen van functies door het bevoegd gezag, waarbij op grond van de zwaarte van de functie – objectief vast te stellen door middel van een systeem – de hoogte van de bezoldiging.⁶¹ Voor de diverse overheden bestaan er verschillende systemen van functiewaardering. Gezien het doel van functiewaardering (geobjectiveerde niveaubepaling) is er bij het bestuursorgaan geen plaats voor een belangenafweging.⁶²

Functiewaardering kan worden getoetst door de bestuursrechter. Volgens vaste rechtspraak van de CRvB is de rechterlijke toetsing van functiewaardering en ook van functiebeschrijving een terughoudende, in die zin dat de rechter zich, naast de overigens in aanmerking komende toetsing, moet beperken tot de vraag of de in geding zijnde waardering op onvoldoende gronden berust. Dit laatste betekent dat pas tot vernietiging van de bestreden waardering kan worden overgegaan indien deze als *onhoudbaar* moet worden aangemerkt. Daarvoor is ontoereikend de enkele omstandigheid dat een andere waardering op zichzelf verdedigbaar is.⁶³ Bij het waarderen van functies wordt het bestuur een ruime mate van vrijheid gelaten. Dit neemt niet weg dat de waardering moet worden gemotiveerd en dat indien die waardering met concrete argumenten wordt bestreden het bestuursorgaan ook concreet op die argumenten moet ingaan en zo nodig de oorspronkelijk gegeven motivering moet aanvullen. Hieraan worden nog zwaardere eisen gesteld indien een deskundige bezwaaradviescommissie gemotiveerd aangeeft waarom de waardering niet ongewijzigd gehandhaafd kan worden.⁶⁴

61. Janssen & Verhoeven 2008, p. 171.

62. CRvB 3 juni 1999, TAR 1999, 121.

63. Bijvoorbeeld: CRvB 3 juni 1999, TAR 1999, 121, CRvB 1 december 2005, LJN AV6117 en TAR 2006, 87, CRvB 26 juni 2008, TAR 2009, 14, CRvB 27 november 2008, LJN BG 7101 en CRvB 22 januari 2009, LJN BH1665. Zie verder over dit onderwerp: Korteweg-Wiers 2003 e.a. p. 129-137 en Janssen & Verhoeven 2008, par. 5.2.

64. CRvB 1 april 2004, TAR 2005, 4.

De invoering van een functiewaarderingssysteem is niet appellabel.⁶⁵ Indien het niet gaat om de beschrijving van de feitelijk uitgevoerde werkzaamheden, maar om de door het bevoegd gezag aan de betrokken functionaris opgedragen werkzaamheden, gegeven de inrichting van de organisatie zoals die het bevoegd gezag voor ogen staat, brengt dat mee dat de rechterlijke toetsing van de organieke functiebeschrijving eveneens met terughoudendheid moet plaatsvinden. Voor vernietiging van een dergelijke functiebeschrijving kan slechts aanleiding bestaan indien deze in rechte *onhoudbaar* moet worden geacht.⁶⁶

Functiewaardering vindt op individueel niveau plaats aan de hand van een *functiebeschrijving*. Een functiebeschrijving is een appellabel besluit⁶⁷ en ook in dit geval toetst de CRvB terughoudend wanneer het gaat om organieke functies die zijn vastgesteld in samenhang met de totale organisatieopbouw. Zie bijvoorbeeld CRvB 26 juni 2008, TAR 2009, 14:

‘3.1. Met betrekking tot de in geding zijnde functiebeschrijving stelt de Raad voorop dat het hier toepasselijke functiewaarderingssysteem de zwaarte weegt van organieke functies in samenhang met de totale organisatieopbouw. Bij het vaststellen van de functiebeschrijvingen komt daarom aan de staatssecretaris beleidsvrijheid toe. Anders dan bij zogenoemde mens-functiebeschrijvingen gaat het hier niet om de beschrijving van de feitelijk uitgevoerde of feitelijk opgedragen werkzaamheden, maar om de door de staatssecretaris aan de betrokken functionaris opgedragen werkzaamheden, gegeven de inrichting van de organisatie zoals die de staatssecretaris voor ogen staat. Wel voorziet het toepasselijke functiewaarderingssysteem in de mogelijkheid structureel opgedragen taken op te nemen in een (persoonlijk) aanhangsel dat onlosmakelijk deel uitmaakt van de functiebeschrijving, maar daarvan is in het geval van appellanten geen sprake. Dit brengt mee dat de rechterlijke toetsing van de organieke functiebeschrijving met terughoudendheid moet plaatsvinden.

3.2. Uit de stukken is de Raad gebleken dat de functie van appellanten in 1999 nog volop in ontwikkeling was en dat de functie blijkens de gegevens van de onderzoeksmomenten in 2001 en 2003 steeds zwaarder is geworden. Eenzelfde ontwikkeling kan worden waargenomen bij de functie van C-Afd. RI.’

65. Janssen & Verhoeven 2008, p. 171.

66. CRvB 30 juni 2005, LJV AT9173, CRvB 3 januari 2008, LJV BC1682 en CRvB 30 oktober 2008, LJV BG4622.

67. CRvB 11 oktober 2004, TAR 2005, 4

Wanneer het echter de beschrijving van een nieuwe functie betreft, waarvan de aard en omvang bij aanvang (groefunctie) niet vaststaat, toetst de CRvB vol:

‘3.1.1. Appellant bestrijdt de opvatting van de rechtbank dat de feitelijk uitgevoerde werkzaamheden beslissend zijn voor de juistheid van de functiebeschrijving. Hij betoogt dat bij de UvA een stelsel van organieke functies wordt gehanteerd. Daarbij wijst hij erop dat volgens artikel 1.2, aanhef en onder h, van het ten tijde in geding geldende Rechtspositiereglement Universiteit van Amsterdam, het begrip functie wordt omschreven als het samenstel van werkzaamheden door het personeelslid te verrichten krachtens en overeenkomstig hetgeen hem door het College van Bestuur is opgedragen. Appellant acht doorslaggevend dat bij de aanvang van gedaagdes dienstbetrekking als [naam functie] in de omschrijving van haar takenpakket stond dat haar was opgedragen de OR bij het voorbereiden van OR-beleid te ondersteunen.

3.1.2. (...)

3.2. De Raad overweegt in de eerste plaats dat de rechtbank in de aangevallen uitspraak terecht ervan is uitgegaan dat de feitenvaststelling die blijktens de omstreden functiebeschrijving heeft plaatsgevonden volledig op haar houdbaarheid in rechte dient te worden getoetst. Voor een terughoudende benadering als door appellant bepleit ziet ook de Raad derhalve geen grond.

3.3. De Raad overweegt verder dat het ook naar zijn oordeel aannemelijke gegevens dat in de UvA een stelsel van organieke functies wordt toegepast het volgende onverlet laat.

3.3.1. Zoals tussen partijen niet in geschil is ging het bij de functie van [naam functie] toentertijd om een nieuwe functie. Weliswaar is aan gedaagde in die functie een aantal taken opgedragen waaronder de in 3.1.1 vermelde taak de OR te ondersteunen bij het voorbereiden van OR-beleid, maar uit het aan het slot van 1.1 gegeven citaat volgt dat de inhoud van die functie niet vaststond. Dit laatste zou in de ogen van appellant klaarblijkelijk eerst het geval zijn indien na een half jaar gedaagdes werkzaamheden (opnieuw) bezien en definitief beschreven zouden worden. De Raad leidt hier met gedaagde uit af dat de desbetreffende functie als een groefunctie moest worden beschouwd, waaronder de Raad in het onderhavige geval een functie verstaat waarin een bepaalde taak of bepaalde taken na een zekere tijd een zwaarder gewicht kunnen hebben gekregen dan appellant heeft voorzien bij de aanstelling van de betrokkene in die functie.’⁶⁸

68. CRvB 4 september 2003, TAR 2004, 20.

Die volle toetsing geldt ook voor de ambtenaar die er structureel extra werkzaamheden bij heeft gekregen ten opzichte van zijn oorspronkelijke functiebeschrijving.⁶⁹

Bij de waardering van een functie is slechts uitgangspunt de *inhoud* van de functie, zoals beschreven in de vastgestelde functiebeschrijving. Vermelding daarin van een functie- of opleidingseis heeft in beginsel slechts een indicatieve betekenis. Tegen dit onderdeel van een functiebeschrijving is ook geen bezwaar en beroep mogelijk.⁷⁰

Stelplicht en bewijslast beroep op gelijkheidsbeginsel en bezoldiging

Betreft het dus een functiebeschrijving die deel uitmaakt van een stelsel van organieke functies, dan moet de ambtenaar dus stellen en bewijzen dat deze functiebeschrijving *onhoudbaar* is. Betreft het een beschrijving van een nieuwe functie, niet vastgesteld in het kader van een stelsel, of gaat het om een functie die aanmerkelijk is verzaamd, dan dient de ambtenaar te stellen en te bewijzen dat de functiebeschrijving *onjuist* is.

Vanuit het perspectief van de stelplicht en bewijslast geredeneerd, is het in beginsel de ambtenaar die zich op het rechtsgevolg beroept dat hij onjuist is ingeschaald of dat de functie onjuist (te laag) is gewaardeerd. Dit vertoont – zelfs indien niet expliciet een beroep wordt gedaan op het gelijkheidsbeginsel – verwantschap met een beroep op gelijke behandeling c.q. het gelijkheidsbeginsel.⁷¹ Gelijke arbeid dient immers gelijk te worden gehonoreerd.

Het ligt dan op de weg van de ambtenaar om – in zijn visie – vergelijkbare gevallen aan te dragen die anders worden gewaardeerd. In een dergelijk geval zal het dan op de weg van het bevoegd gezag liggen om aan te tonen dat en waarom die overige gevallen niet gelijk(waardig) zijn. De ambtenaar die zich op schending van gelijke behandeling beroept, kan volstaan met het noemen van die gevallen, waarna het op de weg van het bestuurorgaan ligt om de onjuistheid daarvan aan te tonen:

‘De Raad kan zich niet met appellants stellingname omtrent de bewijslastverdeling verenigen. Hij stelt voorop dat gedaagde bij zijn beroep op het gelijkheidsbeginsel heeft voldaan aan de op hem rustende plicht concrete in essentie gelijke

69. Rechtbank Den Haag 10 februari 2006, TAR 2006, 62.

70. CRvB 10 augustus 2006, TAR 2007, 160.

71. Zie hoe dit in zijn werk gaat bijvoorbeeld CRvB 4 december 2008, LJN BG 7024: de ambtenaar beroept zich blijkens r.o. 4.1.2 op referentiefuncties.

gevallen te noemen van ongehuwde militairen, die anders zijn behandeld dan hij. Waar appellant niet betwist dat sprake is van twee gelijke gevallen maar stelt dat in die gevallen een – incidenteel gemaakte – fout is gemaakt, is het niet aan gedaagde om nóg meer vergelijkbare gevallen aan te dragen, doch moet appellant zijn stelling dat in de genoemde twee gevallen sprake is geweest van een fout onderbouwen.⁷²

Omdat de bezoldiging een duuraanspraak betreft die in een geding omtrent de hoogte daarvan niet alleen betrekking heeft op het verleden maar ook op de toekomst zal men bij de toetsing een onderscheid dienen te maken naar het verleden en de toekomst.⁷³ Wat betreft de toekomst zal het in de regel niet met een evenwichtige en zorgvuldige belangenafweging verenigbaar zijn dat een besluit waarbij ten onrechte geen of een te lage aanspraak is toegekend blijvend aan de verzoeker wordt tegengeworpen.⁷⁴

7.3.5 *Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en aanbieding van passend ander werk*

Inleiding

Een ambtenaar die in een bepaalde functie of betrekking is aangesteld kan niet zonder meer een andere functie worden opgedragen. Daarvoor is een rechtspositionele basis noodzakelijk.⁷⁵ Die is onder meer te vinden in artikel 49h ARAR, waarin is vereist dat het bestuursorgaan een dienstbelang aantoot.⁷⁶ Zie ook artikel 15:110 en 15:111 CAR/UWO en artikel 20 AMAR (Algemeen militair ambtenarenreglement), artikel 77 Bard (Burgerlijk ambtenarenreglement defensie), artikel B.5 CAP (Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling Provincies) en artikel 64 Barp (Besluit algemene rechtspositie politie).

72. CRvB 19 juni 2003, TAR 2003, 175.

73. CRvB 1 februari 2001, TAR 2001, 43 en JB 2001, 78, CRvB 15 mei 2003, TAR 2003, 169.

74. CRvB 30 maart 2006, TAR 2006, 91.

75. Zie Van der Heijden en Jellinghaus 2008, p. 63.

76. Van der Heijden en Jellinghaus 2008, p. 63 en CRvB 29 april 2004, TAR 2005, 16 en CRvB 21 december 2005, TAR 2006, 38.

Andere functie bij reorganisatie

Evenals in het civiele arbeidsrecht kan ook in het ambtenarenrecht de organisatie wijzigen, als gevolg waarvan het noodzakelijk kan worden dat een ambtenaar passend ander werk aanvaard. Dit zal zich nog al eens voordoen in het kader van een reorganisatie. In het ARAR is de reorganisatie apart geregeld in hoofdstuk VII (artikel 49 a t/m q). Wat in het kader van een reorganisatie onder een passende functie moet worden verstaan, wordt bepaald in artikel 49h ARAR:

Artikel 49h

1. Van een passende functie als bedoeld in artikel 49g is sprake indien de herplaatsingskandidaat naar het oordeel van Onze Minister beschikt over de kennis en kunde die noodzakelijk worden geacht om de functie naar behoren te kunnen uitoefenen danwel indien de herplaatsingskandidaat naar het oordeel van Onze Minister binnen redelijke termijn om-, her- of bijgeschoold kan worden, en deze functie hem in verband met zijn persoonlijkheid, zijn omstandigheden en de voor hem bestaande vooruitzichten, redelijkerwijs kan worden opgedragen.
2. Bij het eerste lid geldt de beperking dat uitsluitend sprake kan zijn van een passende functie indien de voor de functie geldende salarisschaal niet meer dan twee schalen lager is dan de salarisschaal die geldt voor de herplaatsingskandidaat.
3. Onze Minister kan de herplaatsingskandidaat plaatsen op een functie waarvan de geldende salarisschaal meer dan twee schalen lager is dan de salarisschaal die geldt voor de herplaatsingskandidaat indien er bijzondere omstandigheden zijn die zulks rechtvaardigen en indien de herplaatsingskandidaat daarmee instemt.
4. Bij een herplaatsing met toepassing van het derde lid zijn de artikelen 49k en 49n van overeenkomstige toepassing

Dat betekent dat een Rijksambtenaar op grond van deze regeling een functie mag worden aangeboden die twee schalen lager ligt dan de oude functie. Voor een functie die meer dan twee schalen lager ligt, zijn bijzondere omstandigheden noodzakelijk alsmede de instemming van de ambtenaar.

Overigens blijkt de praktijk wel wat genuanceerder te liggen, zoals blijkt uit de zaak van boventallig verklaarde adjunct kabinetchef bij het Parket van de P-G:

‘3.3. De vraag of het aanbod van 4 februari 2003 een passende functie betrof beantwoordt de Raad eveneens bevestigend.

3.3.1. De Raad wijst er daarbij op dat het inmiddels sedert 19 maart 2002 lopende herplaatsingstraject nog geen resultaat had gehad. Appellant was voor enige functies van een hoger niveau dan schaal 10 afgewezen en er was geen uitzicht op een dergelijke voor appellant passende functie. Voorts kan er niet aan voorbij gezien worden dat sedert de benoeming van appellant in de functie van adjunct-kabinetschef, in het algemeen voor benoeming in functies van salarisniveau 11 of 12 een hogere opleiding geëist wordt dan waarover appellant beschikt. In aanmerking genomen voorts dat ingevolge artikel 49h, tweede lid, van het ARAR en het SBK-OM2 ook functies met een niveau van twee salarisschalen lager als passend kunnen worden aangemerkt, dat appellants opleiding voor de functie van senior-juridisch medewerker adequaat was en de hoofdadvocaat-generaal tevreden was over de resultaten van appellants werkzaamheden, ziet de Raad niet in dat deze functie niet passend zou zijn.

3.3.2. Het tijdvak waarin de minister primair naar functies op het niveau van schaal 12 of schaal 11 behoorde te zoeken, mocht de minister na de inmiddels verstreken tijd dan ook als geëindigd beschouwen.

3.3.3. Appellant stelt eveneens ten onrechte dat het aanbod tijdens ziekte werd gedaan, aangezien appellant met ingang van 3 februari 2003 hersteld was verklaard, hetgeen door middel van een second opinion is bevestigd. Appellant heeft overigens nimmer laten blijken dat zijn gezondheidstoestand hem belemmerde om op een goede wijze op het aanbod te reageren.

3.4. De Raad ziet ook overigens niet in dat de minister onvoldoende inspanningen heeft gedaan om appellant te herplaatsen. De Raad wijst erop dat appellant geen functies heeft genoemd waarop hij ten onrechte niet is benoemd en dat hij tegen de afwijzing van zijn sollicitaties geen rechtsmiddelen heeft aangewend. Appellant heeft voorts steeds de ondersteuning genoten van professionele begeleiders en is tijdens het outplacementtraject op zijn verzoek vrijgesteld van werkzaamheden.⁷⁷

In dat geval wordt na een jaar met de status van herplaatsingskandidaat en de afwijzing voor enige functies met een hogere schaal uiteindelijk van de ambtenaar verwacht dat hij dan maar instemt met een lagere functie.

77. CRvB 1 februari 2007, TAR 2007, 96.

Ook moeten er voldoende herplaatsingsinspanningen worden verricht.⁷⁸ De inspanningsverplichting tot herplaatsing van een wegens reorganisatie met ontslag bedreigde ambtenaar rust op beide partijen. De ambtenaar mag zich niet louter afwachtend opstellen maar moet ook zelf actief zoeken.⁷⁹

Voor andere dan Rijksambtenaren is minder expliciet geregeld waarmee bij reorganisatie in het kader van passend ander werk genoegen moet worden genomen. Het CAR/UWO kent slechts een bepaling ter zake van ontslag wegens reorganisatie (artikel 8:1) alsmede de hierna te behandelen artikelen 15:110 en 15:111.

Het AMAR kent evenmin een dergelijke reorganisatieafdeling. In artikel 43 AMAR eerste lid wordt bepaald dat ontslag wegens overtolligheid indien er voor hem geen functie beschikbaar is of wegens ongeschiktheid voor de functie slechts kan plaatsvinden indien het naar het oordeel van de minister na een zorgvuldig onderzoek niet mogelijk is gebleken de militair binnen zijn krijgsmachtdeel, of indien dit niet mogelijk is bij een ander krijgsmachtdeel, een andere, mede in verband met zijn persoonlijkheid en omstandigheden passende, functie toe te wijzen, dan wel indien hij een zodanige functie weigert te aanvaarden. In het onderzoek wordt de mogelijkheid tot bij- of omscholing van de militair betrokken.

Omdat het gaat om een discretionaire bevoegdheid van het bevoegd gezag wordt een besluit tot reorganisatie terughoudend getoetst.⁸⁰

Het aanbod moet reëel en voldoende concreet zijn.⁸¹ Een ambtenaar moet uit dat aanbod in redelijkheid kunnen afleiden wat de aard, omvang en zwaarte van de functie is.

Wanneer geen passende arbeid bij de eigen overheidswerkgever voorhanden is, moet invulling gegeven worden aan de verplichting te bevorderen dat betrokkene zou worden ingeschakeld bij passende arbeid buiten de openbare dienst van de betrokken overheidswerkgever.⁸²

78. Bijvoorbeeld: CRvB 29 augustus 2004, *TAR* 2005, 50.

79. CRvB 8 december 1994, *TAR* 1995, 35.

80. Zie onder meer CRvB 13 februari 1986, *TAR* 1986, 101 en CRvB 7 oktober 1993, *TAR* 1993, 242.

81. CRvB 11 juli 1996, *TAR* 1996, 156.

82. CRvB 9 augustus 2007, *TAR* 2008, 19.

Passend ander werk buiten reorganisatie

Artikel 58 ARAR en artikel 15:111 UWO bepalen dat een ambtenaar kan worden verplicht tijdelijk andere werkzaamheden te verrichten, mits die werkzaamheden hem redelijkerwijs kunnen worden opgedragen. Voor een tijdelijke opdracht tot het uitvoeren van ander werk eist artikel 58 ARAR niet dat het dienstbelang dit vereist. Bepalend is slechts of het om passend werk gaat en dit in redelijkheid van de ambtenaar kan worden gevergd.⁸³

Artikel 57 ARAR en artikel 15:110 UWO bepalen dat een ambtenaar op eigen verzoek (lid 1) of – onder bepaalde omstandigheden – wanneer het dienstbelang dat vordert, verplicht (lid 2) is een andere passende functie te aanvaarden.

Eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden zonder functiewijziging

Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden buiten reorganisatie is in beginsel mogelijk wanneer de te wijzigen voorwaarde een wettelijke basis ontbeert:

‘Kenmerk van de ambtelijke rechtspositie is, dat deze eenzijdig wordt vastgesteld en eenzijdig kan worden gewijzigd – zij het niet naar willekeur en met inachtneming van grenzen als in bovenomschreven toetsing aangeduid.

Een en ander betekent dat ook toegekende bijzondere financiële aanspraken – binnen de aangegeven grenzen – kunnen worden gewijzigd en beëindigd.

Naar het oordeel van de Raad is gedaagde met de in het bestreden besluit aangegeven afbouw van de reiskostenvergoeding van eiseres binnen die grenzen gebleven.⁸⁴

Ten aanzien van die redelijkheidstoetsing had de CRvB overwogen:

‘De Raad stelt allereerst vast dat er tussen partijen geen verschil van mening is dat eiseres louter op de grond van de toepasselijke rechtspositionele regelingen van de provincie Drenthe geen recht toekomt op een reiskostenvergoeding. Ook voor het verleden staat vast dat er sprake was van vergoeding extra legem. Dat impliceert dat getoetst dient te worden of van het besluit tot afbouw van de reiskostenvergoeding moet worden gezegd dat gedaagde niet in redelijkheid

83. Verhulp 2005a, p. 129-131. Zie ook: CRvB 10 maart 2005, TAR 2005, 75.

84. CRvB 28 september 1989, TAR 1989, 220.

hiertoe heeft kunnen besluiten dan wel anderszins in strijd met enig algemeen rechtsbeginsel of algemeen beginsel van behoorlijk bestuur heeft gehandeld.

Voor de beantwoording van die vraag acht de Raad van belang dat eiseres met ingang van 1 juli 1975 in ambtelijke dienst is aangesteld en dat dientengevolge vanaf dat moment de – zoals opgemerkt extra legem – reiskostenvergoeding als een emolument deel is gaan uitmaken van haar ambtelijke rechtspositie.⁸⁵

Ook uit CRvB 19 april 2007, TAR 2007, 163 volgt dat eenzijdige wijziging van een arbeidsvoorwaarde mogelijk is in het geval die arbeidsvoorwaarde een wettelijke basis ontbeert:

‘4. Appellant heeft ter zitting nog de vraag opgeworpen of de minister bevoegd is om de onderhavige wijziging in de berekening van de loonsuppletie aan te brengen. Naar vaste jurisprudentie van de Raad is een uitvoeringsorgaan in beginsel bevoegd om over te gaan tot herstel van een eventuele verkeerde toepassing van de wettelijke voorschriften. In aanmerking genomen dat aan het onderhavige herstel geen terugwerkende kracht is gegeven, ziet de Raad geen grond om de wijze waarop de minister gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid in strijd te achten met enige regel van (on)geschreven recht.’

Uit de schaarse verdere jurisprudentie blijkt dat eenzijdige wijzigingen van arbeidsvoorwaarden buiten reorganisatie, wanneer die niet in strijd zijn met enig bezoldigingsbesluit, stevast worden getoetst aan de a.b.b.b.⁸⁶ Zo kan het rechtszekerheidsbeginsel zich er tegen verzetten dat een reeds bij aanstelling als salariscomponent te onderkennen en als zodanig ook onderkende toelage wordt ingetrokken.⁸⁷

Reorganisatie met nieuwe functiebeschrijvingen en -waarderingen terughoudend getoetst

Het is denkbaar dat reorganisaties met opheffing van (de) bestaande functies en met het creëren van nieuwe worden gebruikt als middel voor het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden. Zowel een organisatie-

85. CRvB 28 september 1989, TAR 1989, 220.

86. Door mij is gezocht in de registers van de TAR op ‘eenzijdige wijziging’, ‘wijziging arbeidsvoorwaarden’ en ‘eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden’. Zie bijvoorbeeld verder CRvB 10 april 2003, TAR 2003, 138.

87. CRvB 27 augustus 1998, TAR 1998, 152.

besluit⁸⁸, als een reorganisatiebesluit⁸⁹, als de vaststelling van een functiebeschrijving en vervolgens de functiewaardering worden allen door de bestuursrechter krachtens vaste jurisprudentie terughoudend getoetst omdat het bestuursorgaan ter zake beleidsvrijheid heeft. Terughoudende toetsing betekent dat de bestuursrechter naast de wet en de a.b.b.b. toetst of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het aangevallen besluit heeft kunnen komen, c.q. of de vaststelling of waardering *onhoudbaar* is.

Waar de eenzijdige wijziging in het civiele arbeidsrecht zwaarwichtige redenen vereist (7:613 BW), dan wel wordt getoetst aan de aanvullende en derogerende werking van artikel 6:2, 6:248 BW en van artikel 7:611 BW, kan de ambtenaar in een aantal gevallen slechts met succes iets beginnen als de maatregel jegens hem *onhoudbaar* is. Wanneer echter de aangeboden functie binnen de normen als die van 49h ARAR als ‘passend’ worden ervaren, kan een weigering bovendien een verwijtbare werkloosheid in de zin van artikel 24 tweede lid sub b. ww⁹⁰ opleveren.

Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor een ambtenaar die erachter komt dat de aldus door een organieke systeemwijziging nieuw beschreven functie de facto hetzelfde werk en verantwoordelijkheid meebrengt als een beter ingeschaalde en betaalde collega.

Conclusie eenzijdige wijziging

Eenzijdige wijziging lijkt in sommige situaties voor een overheidswerkgever eenvoudiger te realiseren te zijn dan voor een civiele werknemer. In de praktijk kan dit verschil minder groot zijn dan het lijkt doordat er op een werkgever bij reorganisatie en overtolligheid een zware herplaatsingsinspanning bestaat alvorens tot ontslag mag en kan worden overgegaan. Daarbij dienen overheidswerkgever en ambtenaar zich over en weer actief op te stellen.

88. CRvB 12 juli 1988, TAR 1988, 202.

89. CRvB 13 februari 1986, TAR 1986, 101 en CRvB 7 oktober 1993, TAR 1993, 242.

90. Deze bepaling luidt: ‘De werknemer is verwijtbaar werkloos geworden indien: (...)

b. de dienstbetrekking is beëindigd door of op verzoek van de werknemer zonder dat aan de voortzetting ervan zodanige bezwaren waren verbonden, dat deze voortzetting redelijkerwijs niet van hem kon worden gevegd.’ Zie in dat verband Rb Almelo 26 juni 1997, TAR 1997, 197, waarin – onder het toen geldende regime – een korting op een werkloosheidsuitkering werd opgelegd, op grond van het weigeren van een passend geachte, maar aanzienlijk lagere functie.

In het geval van een reorganisatie waarin de huidige functies worden opgeheven en nieuwe worden gevormd, waarvoor men moet solliciteren of opteren, schuilt het gevaar dat, door de terughoudende toetsing van functiebeschrijvingen, functiewaarderingen en de eis om tot wel twee schalen lager te accepteren, aldus een eenzijdige functiewijziging kan worden doorgevoerd, waartegen een ambtenaar weinig kan inbrengen. Hij zal immers van elk van de stappen, waartegen hij wil opkomen, moeten stellen en bewijzen dat dit besluit jegens hem *onhoudbaar* is. Dit lijdt uitzondering in het geval van een nieuwe (groeifunctie) of een functieverzwarende na dat een functiebeschrijving is opgesteld.

Beter zou het naar mijn mening zijn om in al die gevallen de drietrapsraket van *Stoof/Mammoet II*⁹¹ in te voeren. Aldus wordt daarin niet alleen de redelijkheid van het voorstel en de vraag of dit van de ambtenaar kan worden geveerd getoetst, maar ook de reorganisatie zelf aan de hand van het beginsel van goedwerkgeverschap.

7.3.6 *Stelplecht en bewijslast van een aanspraak op bezoldiging en eenzijdige wijziging*

Voor de vraag of een bezoldiging juist is of terecht is ingehouden, gelden de normale regels ter zake van stelplecht en bewijslast in het bestuursrecht. Wanneer het een ambtshalve besluit betreft dan rust de stelplecht en bewijslast ter zake van de juistheid van het besluit in beginsel op het bestuursorgaan. Betreft het een besluit op aanvraag (bijvoorbeeld tot het toekennen van een hogere bezoldiging) dan geldt dat de ambtenaar die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept voldoende feiten dient te stellen en aannemelijk dient te maken waaruit dat rechtsgevolg kan worden afgeleid.⁹² Hij zal dus moeten stellen dat de bezoldiging ten onrechte te laag is of ten onrechte is ingehouden. Wanneer er medisch onderzoek noodzakelijk is en de ambtenaar werkt daaraan niet mee dan kan dat grond zijn voor inhouding van de bezoldiging.⁹³

Ten aanzien van de inhouding van de bezoldiging bij wijze van disciplinaire sanctie wordt te dezen verwezen naar paragraaf 7.6.6.

Met betrekking tot de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden betreft het een ambtshalve besluit. In beginsel zal de bewijslast van de juistheid van het besluit en van de noodzaak daartoe bij het bestuursor-

91. HR II juli 2008 *RvdW* 2008, 725.

92. Vgl. Schuurmans 2005, p. 317-318.

93. CRvB 06 maart 1986, *TAR* 1986, 126.

gaan liggen. In die situaties waarin de bestuursrechter terughoudend toetst zal de ambtenaar moeten stellen en bewijzen dat de wijziging onhoudbaar is. Voor het overige zal het op de weg van de overheidswerkgever liggen om te stellen en te bewijzen dat een aangeboden functie passend is en dat de betrokken ambtenaar deze in de gegeven omstandigheden niet had mogen weigeren. Het ligt dan vervolgens op de weg van de ambtenaar om aan te tonen waarom dat in casu niet juist is.

Als gezegd zou het aan te bevelen zijn dat de criteria van het arrest *Stoof/Mammoet II*⁹⁴ worden ingevoerd, omdat in dat geval de werkgever moet stellen en bewijzen dat de wijziging niet in strijd is met het beginsel van goedwerkgeverschap en ook dat het door hem als passend aangemerkte aanbod ook *redelijk* is. De ambtenaar zal dan feiten en omstandigheden moeten aandragen waarom dit in casu in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd.

7.4 **Gelijke behandeling**

7.4.1 *Inleiding en wettelijk kader*

Op basis van artikel 1 GW dienen allen die zich in Nederland bevinden gelijk te worden behandeld. Discriminatie op welke grond dan ook is niet toegestaan. Artikel 3 GW bepaalt dat alle Nederlanders op gelijke voet in openbare dienst benoembaar zijn. In het bestuursrecht toetst de bestuursrechter aan het gelijkheidsbeginsel.

Artikel 125h ARAR houdt een verbod in om onderscheid in arbeidsvoorwaarden te maken op grond van de aard van de aanstelling (vast of tijdelijk).

Ook een ambtenaar of zelfs een sollicitant voor een ambtelijke functie kan zich wenden tot de Commissie Gelijke behandeling (CGB). De Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGB), en Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) zijn zowel op civiele werknemers als op ambtenaren van toepassing. Daarnaast ziet deze wetgeving op sollicitanten.

Dit betekent dat het in hoofdstuk 5 paragraaf 5.4.1 t/m 5.4.5 gestelde ook op ambtenaren van toepassing is. Ook hier komt de vraag aan de

94. HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 725.

orde hoe zich de (implementatie van) de Bewijsrichtlijn⁹⁵ zich verhoudt tot het stelsel van stelplicht en bewijslast in het bestuursrecht.

Toepassing van het gelijkheidsbeginsel

Ook op basis van het gelijkheidsbeginsel dient een bestuursorgaan gelijke gevallen gelijk te behandelen. Dat betekent overigens niet dat een bestuursorgaan niet op grond van *beleid* mag differentiëren, wanneer daarvoor valide argumenten aanwezig zijn. Een goed voorbeeld daarvan is de positieve discriminatie van vrouwen en minderheden bij de aanname van ambtenaren. Dit mag echter niet leiden tot indirecte discriminatie⁹⁶. Het probleem bij een beroep op dit beginsel is nogal eens dat gevallen veelal niet (geheel) gelijk zijn en aldus niet goed vergelijkbaar zijn. Vaak zijn de verschillen tussen de twee gevallen zodanig relevant dat de beschikkingen niet gelijk hoeven uit te vallen. De rechter grijpt voornamelijk in als hij een *ongerechtvaardigde ongelijkheid* constateert⁹⁷.

Een beroep op het gelijkheidsbeginsel strandt indien:

- het op relevante punten geen gelijke gevallen betreft;
- het beweerdelijk gelijke geval overduidelijk fout en/of in strijd met de wet is;
- het bestuursorgaan kan aantonen dat het inmiddels een ander beleid is gaan voeren;
- het beweerdelijk gelijke geval is beslist door een ander bestuursorgaan.

Het gelijkheidsbeginsel betekent dus dat binnen ‘een beleid’ gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld⁹⁸. Foute besluiten kunnen aldus niet leiden tot een wijziging van het beleid. De ambtenaar die zich op schending van gelijke behandeling beroept, kan volstaan met het noemen van die gevallen, waarna het op de weg van het bestuursorgaan ligt om de onjuistheid daarvan aan te tonen:

95. Zie hoofdstuk 5 paragraaf 5.4.5.

96. HR 18 februari 1998, AB 1998 281 (uitkering eenoudergezinnen) geeft een richtlijn om na te gaan of een wettelijke regeling deze toets kan doorstaan.

97. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 333.

98. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 334.

‘De Raad kan zich niet met appellants stellingname omtrent de bewijslastverdeling verenigen. Hij stelt voorop dat gedaagde bij zijn beroep op het gelijkheidsbeginsel heeft voldaan aan de op hem rustende plicht concrete in essentie gelijke gevallen te noemen van ongehuwde militairen, die anders zijn behandeld dan hij. Waar appellant niet betwist dat sprake is van twee gelijke gevallen maar stelt dat in die gevallen een – incidenteel gemaakte – fout is gemaakt, is het niet aan gedaagde om nóg meer vergelijkbare gevallen aan te dragen, doch moet appellant zijn stelling dat in de genoemde twee gevallen sprake is geweest van een fout onderbouwen. Dat kan appellant onder meer doen door aan te tonen dat er naast gedaagde in de bewuste periode andere ongehuwde militairen zijn uitgezonden die eveneens hun buitenlandtoelage – terecht – zagen vervallen. Daartoe is appellant des te meer gehouden nu de zich onder de gedingstukken bevindende brief van 27 oktober 1997 van de commandant Netherlands armed forces support agency Germany aan de commandanten van de vijf legerbases in Duitsland de indruk wekt dat er meer aan de hand is dan twee incidentele fouten en derhalve gedaagdes stelling lijkt te steunen.’⁹⁹

7.4.2 *Stelplicht en bewijslast gelijke behandeling in het ambtenarenrecht.*

Naast een beroep op het gelijkheidsbeginsel kan een ambtenaar zich ook beroepen op meer specifieke wetgeving op het gebied van gelijke behandeling. De parlementaire geschiedenis van de artikelen 6a WGB, artikel 10 AWGB en artikel 6:646 achtste lid BW sluit de implementatie van de bewijslastrichtlijn voor het bestuursrecht niet uit:

‘Omdat het bestuursrecht geen regels kent ter verdeling van de bewijslast en de bestuursrechter wordt toegedacht niet lijdelijk te zijn en zelfs een actieve onderzoekstaak is toebedeeld, brengen de aard en het karakter van het bestuursrecht mee, dat de bestuursrechter ook nu al ten aanzien van de bewijslastverdeling kan handelen in de geest van artikel 4, eerste lid, van de onderhavige richtlijn. De regering heeft dan ook geen reden gezien om de procedure bij de bestuursrechter van de implementatie van de bewijsrichtlijn uit te zonderen, in welke mogelijkheid artikel 4, derde lid, van de richtlijn voorziet. Ook uit een oogpunt van uniformiteit op het onderhavige terrein van gelijke behandeling is het wenselijk het regime voor het civiele recht en voor het bestuursrecht zoveel mogelijk gelijk te doen zijn. Daarnaast bevordert een wettelijke bepaling de kenbaarheid van de onderhavige norm. Het feit dat de onderhavige bewijslastregel

99. CRvB 19 juni 2003, TAR 2003, 175.

hier van toepassing wordt geacht, laat de onderzoeksbevoegdheid van de bestuursrechter, zoals hiervoor beschreven, onverlet.¹⁰⁰

Aldus betekent dit in concreto dat ook de ambtenaar moet kunnen volstaan met het stellen en zo nodig aannemelijk maken van die feiten en omstandigheden die duiden op onderscheid, waarna het aan de overheidswerkgever is om het aldus ontstane vermoeden van verboden onderscheid te ontzenuwen.

De CRvB geeft er niet met zoveel woorden blijk van dat er voor ambtenaren sprake is van een bewijsvermoeden, dat door de werkgever moet worden ontzenuwd.¹⁰¹ De verklaring lijkt te worden gevonden in het feit dat in het bestuursrecht stelplicht en bewijslast bij gebreke van een formele bewijsopdracht in beginsel met elkaar samenvallen.¹⁰² Dat betekent ook dat het voldoen aan het bewijsvermoeden en de ontzenuwing daarvan al in die – overlappende – fase door partijen moet hebben plaatsgevonden.

Het oordeel van de CGB in het kader van de stelplicht en bewijslast

In het civiele recht is hierboven¹⁰³ de conclusie getrokken dat een oordeel van de CGB waarin – na onderzoek – gemotiveerd staat aangegeven op welke wijze er onderscheid wordt gemaakt en waarom dat in de visie van de commissie ongeoorloofd is, een welkome bouwsteen zijn in het kader van de op die eiser rustende stelplicht en bewijslast. Die partij kan dan mogelijk zelfs verwijzen naar dit oordeel en de motivering daarvan.

De vraag die vervolgens kan worden gesteld is of dit ook zo werkt in het ambtenarenrecht. Het systeem van het bestuursrecht speelt daar-

100. *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 026 nr. 3.

101. CRvB 9 augustus 2007, *TAR* 2008, 4. Vgl. ook CRvB 19 april 2007, *TAR* 2007, 162, waarin eenvoudig wordt gesteld dat 'er van indirecte discriminatie geen sprake is omdat onweersproken is gesteld dat de groep universitair docenten voor meer dan de helft uit vrouwen bestaat'. Ook daaruit kan niet worden afgeleid dat de bestuursrechter met een bewijsvermoeden werkt dat dient te worden ontzenuwd. Op rechtspraak.nl geeft een zoekopdracht met CGB 6 'hits' voor de CRvB. In geen van de aldus gevonden uitspraken wordt kenbaar in bewijsrechtelijke zin iets gedaan met het advies van de CGB. De *TAR* geeft 15 'hits' en vertoont hetzelfde beeld. Het intoetsen van de woorden 'gelijke behandeling' geeft voor de CRvB 9 'hits'. Deze laatste uitspraken betreffen echter geen van allen het ambtenarenrecht.

102. Zie hiervoor uitgebreid hoofdstuk 6 par. 6.4.8.

103. Hoofdstuk 5, paragraaf 5.4.7.

bij een belangrijke rol. Met name het besluitbegrip en het feit dat tegen een besluit binnen 6 weken moet worden opgekomen op straffe van formele rechtskracht¹⁰⁴ zijn bepalend voor de wijze waarop de rechtsbescherming is vormgegeven. Aan een bestuursorgaan kan weliswaar worden verzocht om terug te komen op een besluit, maar dat wordt door de bestuursrechter terughoudend getoetst.¹⁰⁵ Van een ambtenaar kan in dat geval worden verwacht dat hij bij dit verzoek nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden worden vermeld die zulk een terugkomen kunnen rechtvaardigen.¹⁰⁶

Waar in het civiele recht bijvoorbeeld met terugwerkende kracht tot vijf jaar te weinig ontvangen loon kan vorderen, loopt men in het bestuursrecht dan aan tegen het feit toekenning van salaris en voor beroep vatbaar besluit is, waartegen men doorgaans niet zal zijn opgekomen, zodat dit besluit formele rechtskracht heeft. Aanspraak maken op hoger loon of een hogere schaal met terugwerkende kracht zal dan worden aangemerkt als een verzoek om terug te komen op een onaantastbaar geworden besluit. Dit alles brengt mee dat in het ambtenarenrecht niet de uitspraak van de CGB kan worden afgewacht alvorens de actie tegen de overheidswerkgever wordt opgestart. Daarmee verspeelt de ambtenaar zijn aanspraak over de reeds vervallen termijnen van bezoldiging, die hij, ware hij een civiele werknemer over de afgelopen vijf jaar zou hebben kunnen vorderen.

Het is vaste jurisprudentie van de CRvB dat een uitspraak van de CGB geen nieuw feit is dat grond is om voor het verleden terug te komen op een onherroepelijk besluit.¹⁰⁷ Ratio daarachter lijkt te zijn dat hetgeen bij de CGB is aangevoerd ook in bezwaar en in beroep had kunnen worden aangevoerd.¹⁰⁸ Dat zou kunnen worden begrepen in die zin dat de bestuursrechter van oordeel is dat de bestuursrechtelijke bescherming tot een gelijkkluidend oordeel zou kunnen komen, bijvoorbeeld door een beroep te doen op het gelijkheidsbeginsel. Vooralsnog kan daarvan naar mijn mening eerst sprake zijn wanneer een ambtenaar

104. Daaronder wordt verstaan dat het besluit voor wat betreft totstandkoming en inhoud wordt vermoed rechtmatig te zijn.

105. CRvB 5 januari 2004, *LJN AO2035* en *TAR 2004*, 47 en CRvB 22 februari 2007, *TAR 2007*, 99.

106. CRvB 29 mei 2008, *TAR 2009*, 7.

107. CRvB 1 augustus 2000, *TAR 2000*, 140, CRvB, 22 november 2001, *TAR 2002*, 39, CRvB 20 februari 2003, *TAR 2003*, 112 en CRvB 30 maart 2006, *TAR 2006*, 91.

108. CRvB 20 februari 2003, *TAR 2003*, 112.

kan aantonen welke gevallen vergelijkbaar zijn. Daartoe zouden nu juist de onderzoeksbevoegdheden van de CGB uitkomst kunnen bieden

De CRvB is, omdat het een duurovereenkomst betreft, *voor de toekomst* minder terughoudend.¹⁰⁹ Dit lijdt vervolgens weer uitzondering in het geval een ambtenaar jarenlang in een situatie heeft berust en kansen om tegen besluiten te ageren heeft laten passeren.¹¹⁰

Doorgaans zal er ten tijde van het nemen van een besluit (nog) geen oordeel van de CGB voorhanden zijn. De route zal dan moeten zijn om desalniettemin alvast bezwaar te maken en separaat daaraan een procedure bij de CGB te starten, om later in beroep of hoger beroep een uitspraak te kunnen inbrengen. Bij aanvang van de procedure valt dan nog niet in te schatten of het oordeel van de CGB positief uitvalt of juist desastreus is voor de uitkomst van de procedure. Ook kunnen dan uiteraard nog niet die feiten en omstandigheden worden meegenomen die uitsluitend uit het onderzoek blijken dat de CGB nog moet gaan uitvoeren.

In een ontslagzaak zal er doorgaans voldoende tijd zijn om een procedure te voeren bij de CGB. Het betreft dan immers een afgerond feitencomplex, dat in beginsel geen terugwerkende kracht heeft en waarover doorgaans vele jaren wordt geprocedeerd. In een dergelijk geval kan een oordeel van de CGB wel bijdragen aan de stelplicht en bewijslast van de ambtenaar in een procedure die stelt dat zijn ontslag berust op een ongeoorloofd onderscheid.

Jurisprudentie met als inzet het oordeel van de CGB

Ook in het bestuursrecht is een positief oordeel van de CGB nog geen garantie voor een gewonnen zaak bij de bestuursrechter. Omdat immers het aangevallen besluit voorwerp van debat is, kan dat besluit ook om andere redenen door de rechter in stand worden gelaten.

Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van de docente die weigert langer handen te schudden.¹¹¹ Anders dan in de zaak tegen de gemeente Rotterdam¹¹², ging het hier om een docente die al in dienst was, kort

109. Zie: CRvB 1 februari 2001, TAR 2001, 43 en CRvB 30 maart 2006, TAR 2006, 91.

110. Zie: CRvB 27 augustus 1998, TAR 1998, 153, CRvB 27 augustus 1998, TAR 1999, 2 en CRvB 15 mei 2003, TAR 2003, 169.

111. Rb Utrecht 30 augustus 2007, TAR 2007, 197 (ontslag lerares wegens het weigeren van het schudden van handen), in welk geval er een vertrouwensbreuk werd aangenomen die aan verdere samenwerking in de weg stond.

112. Rb. Rotterdam (civiele kamer) 6 augustus 2008, JAR 2008/234.

na de verlenging van een aanstelling voor een jaar, per email aankondigde dat zij besloten had mannen niet langer een hand te zullen geven. Dit leidde tot een schorsings- en ontslagbesluit. De CGB oordeelde dat er ten aanzien van het ontslag verboden onderscheid was gemaakt.¹¹³ Blijkens rechtsoverweging 2.18 van die uitspraak beroept eiseres zich uitdrukkelijk op dat verboden onderscheid. De rechtbank oordeelt in dat verband dat er als gevolg van de handelwijze (het aankondigen geen handen meer te willen geven aan mannen) een zodanig ernstige verstoring van de arbeidsrelatie is ontstaan en een zodanige impasse dat er sprake is van redenen van gewichtige aard, onder meer gelegen in ernstig verstoorde verhoudingen en gebrek aan vertrouwen. De rechtbank oordeelt voorts dat de vraag die aan de CGB voorlag een andere was dan aan de rechtbank is voorgelegd.¹¹⁴ In hoger beroep klaagt de betrokken docente dat de rechtbank ten onrechte voorbij is gegaan aan het oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling in deze zaak, te weten dat de school verboden indirect onderscheid maakt op grond van godsdienst bij de arbeidsomstandigheden door de eis te stellen dat docenten bij het begroeten een hand geven. De CRvB oordeelt vervolgens:

‘7.6. De Raad is van oordeel dat bij de beantwoording van de vraag of in dit geval terecht is vastgesteld dat sprake was van gewichtige redenen die het ontslag van betrokkene konden rechtvaardigen niet uitsluitend acht kan worden geslagen op de maatschappelijke ophef die rondom de kwestie van het handen schudden is ontstaan. (...)

7.7. De Raad gaat met partijen ervan uit dat het niet geven van een hand in het openbaar aan een persoon van het andere geslacht een gedraging is waarmee iemand, mede gelet op het karakter en op de betekenis van godsdienstige voorschriften en regels, rechtstreeks uiting kan geven aan zijn of haar islamitische geloofsovertuiging, hetgeen valt onder het begrip godsdienst, zoals bedoeld in de Awgb.

(...)

7.9. De Raad is van oordeel dat de bedoelde begroetingsregel, nu deze hoofdzakelijk mensen met een bepaalde godsdienstige overtuiging raakt, een indirect

113. CGB 2006-220 en 221.

114. Rb Utrecht 30 augustus 2007, TAR 2007, 197 (ontslag lerares wegens het weigeren van het schudden van handen), in welk geval er een vertrouwensbreuk werd aangenomen die aan verdere samenwerking in de weg stond.

onderscheid naar godsdienst oplevert en voorts dat het bijbrengen van respectvolle omgangsvormen zoals hiervoor beschreven een legitiem doel dient. Het middel – het hanteren van een uniforme begroetingsregel – is naar het oordeel van de Raad ook geschikt om dat legitieme doel te bereiken.

7.10. Het geschil spitst zich dan ook toe op de vraag of het middel passend en noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken. Volgens de Raad gaat het daarbij om een afweging van de belangen van de stichting en de school en het belang van personen zoals betrokkene, die moeten worden beschermd tegen ongelijke behandeling vanwege hun godsdienst. De Raad neemt daarbij in aanmerking dat de geloofsuiting waarvoor bescherming wordt verlangd zich in de openbaarheid manifesteert en dat daarbij anderen zijn betrokken. De weigering om in voorkomende gevallen een hand te geven en de redengeving die betrokkene daarvoor geeft – zij ervaart het schudden van handen met volwassen mannen vanuit haar geloofsovertuiging als seksuele intimidatie – kan door de ander als confronterend en onaangenaam worden ervaren en de onderlinge relaties onder druk zetten. In het geval van betrokkene doet zich dit niet alleen voor bij mannelijke collega's en bij leerlingen, voor wie betrokkene een voorbeeldfunctie heeft, maar ook extern, bij ouders en derden die bij de school zijn betrokken. Ten opzichte van deze laatste groepen is de leerkracht in de eerste plaats de vertegenwoordiging van de school en aldus bezien ziet de begroetingsregel direct op de wijze van functievervulling van de ambtenaar. In de gegeven omstandigheden is de Raad van oordeel dat een zo veel groter gewicht toekomt aan het belang van de school om ter voorkoming van segregatie en ter bevordering van de duidelijkheid in een multiculturele schoolgemeenschap uniformiteit op de wijze, zoals dat is gebeurd, te stellen boven diversiteit, dat de uniformiteit in begroetingswijze passend en noodzakelijk is te achten.

7.11. Voor zover betrokkene heeft aangegeven dat de stichting niet alleen in strijd heeft gehandeld met de Awgb maar ook met artikel 6 van de Grondwet en, met name, Protocol 12 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de Richtlijn 2000/78/EG overweegt de Raad het volgende. In aanmerking genomen dat de Awgb beoogt met het verbod van discriminatie wegens godsdienst uitvoering te geven aan de godsdienstvrijheid zoals bedoeld in bijvoorbeeld de Grondwet, levert toetsing aan voornoemde regelgeving geen ander resultaat op dan is weergegeven in 7.10.¹¹⁵

De bestuursrechter (sector bestuursrecht van de rechtbank) toetst in beroep, anders dan de civiele rechter in de Rotterdamse zaak niet kenbaar

115. CRvB 7 mei 2009, *LJN* B12440.

(eerst) of er ten aanzien van dit besluit sprake is van een verboden onderscheid om vervolgens te onderzoeken of de (overheids)werkgever daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond heeft. De CRvB doet dit in hoger beroep alsnog en oordeelt dat er sprake is van een legitiem doel van de school voor het betrokken onderscheid.

De uitspraak CRvB 25 november 1999, TAR 2000, 12 is vergelijkbaar met HR II juli 2008, NJ 2008, 578 (*M/Movir*). Net als in de *Movir*-zaak komt de rechter, aan wie wordt gevraagd om rechtsgevolgen te verbinden aan een voor de werknemer positief oordeel van de cgb, zelfstandig toetsend, tot een ander oordeel dan de cgb. Het betrof een officier van justitie die in deeltijd werkte en die, verwijzend naar het oordeel van de cgb d.d. 22 december 1997 (oordeel 97-142), met een beroep op artikel 125g van de Ambtenarenwet (Aw) een tegemoetkoming in de ziektekosten verzocht als ware zij voltijds in dienst. Anders dan de cgb oordeelt de CRvB dat er van een verboden onderscheid geen sprake was nu daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.

7.4.3 *Conclusie gelijke behandeling en aanbevelingen*

De parlementaire geschiedenis van de artikelen 6a wgb, artikel 10 Awgb en artikel 6:646 achtste lid bw sluit de implementatie van de bewijslastrichtlijn voor het bestuursrecht niet uit. Dit betekent in concreto dat ook de ambtenaar moeten kunnen volstaan met het stellen en zo nodig aannemelijk maken van die feiten en omstandigheden die duiden op onderscheid, waarna het aan de overheidswerkgever is om het aldus ontstane vermoeden van ongeoorloofd onderscheid te ontzenuwen.

De CRvB geeft er niet met zoveel woorden blijk van dat er voor ambtenaren in bovengenoemde gevallen sprake is van een bewijsvermoeden, dat door de werkgever moet worden ontzenuwd.¹¹⁶ Een mogelijke verklaring hiervoor is de vrij-bewijsleer en de wijze waarop de

¹¹⁶ CRvB 9 augustus 2007, TAR 2008, 4. Vgl. ook CRvB 19 april 2007, TAR 2007, 162, waarin eenvoudig wordt gesteld dat 'er van indirecte discriminatie geen sprake is omdat onweersproken is gesteld dat de groep universitair docenten voor meer dan de helft uit vrouwen bestaat'. Ook daaruit kan niet worden afgeleid dat de bestuursrechter met een bewijsvermoeden werkt dat dient te worden ontzenuwd. Op rechtspraak.nl geeft een zoekopdracht met cgb 6 'hits' voor de CRvB. In geen van de aldus gevonden uitspraken wordt kenbaar in bewijsrechtelijke zin iets gedaan met het advies van de cgb. De TAR geeft 15 'hits' en vertoont hetzelfde beeld. Het intoetsen van de woorden 'gelijke behandeling' geeft voor de CRvB 9 'hits'. Deze laatste uitspraken betreffen echter geen van allen het ambtenarenrecht.

CRvB daaraan invulling geeft. In de uitspraak van de CRvB van 1 juni 2005¹¹⁷ bepaalde de Raad dat partijen *eerst* eigener beweging hun stellingen voldoende aannemelijk moeten maken en spontaan daarvoor het nodige bewijsmateriaal moeten aandragen alvorens de bestuursrechter toe komt aan de vraag of hij van zijn in de Awb vervatte onderzoeksbevoegdheden zoals het horen van getuigen of het benoemen van deskundigen toekomt. Met het ‘spontaan daarvoor het nodige bewijsmateriaal aandragen’ wordt ook verstaan het – zo nodig – meebrengen van getuigen naar de zitting. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat stellen en bewijzen in het bestuursrecht zoals dat voor ambtenaren geldt in veel gevallen met elkaar samenvallen, zodat de bestuursrechter na de spontane bewijslevering dadelijk overgaat tot het waarderen *daarvan* en niet toekomt aan het voorshands bewezen verklaren van een verboden onderscheid dat door de werkgever door middel van tegenbewijs kan worden ontzenuwd.

In het civiele recht kan een werknemer met het opstarten van een procedure wachten tot dat de cGB positief een oordeel heeft gegeven op het verzoek van de werknemer en de werkgever bovendien niet bereid is gebleken om vrijwillig aan de uitspraak te voldoen. Die positieve uitspraak kan daarbij bovendien een belangrijke bouwsteen zijn bij de stelplicht en bewijslast van de werknemer ten aanzien van zijn plicht tot het bewijzen van die bouwstenen die het vermoeden van een ongeoorloofd onderscheid opleveren.

In het bestuursrecht maakt het feit dat het voorwerp van de procedure een besluit is dat formele rechtskracht krijgt wanneer daar niet binnen 6 weken tegen opgekomen wordt dat men binnen die termijn moet opkomen. Een uitspraak van de cGB levert, naar vaste jurisprudentie van de CRvB, geen nieuw feit op, op basis waarvan een besluit met formele rechtskracht kan worden opgebroken.

Dit betekent dat in sommige gevallen een uitspraak van de cGB niet kan worden afgewacht (waardoor de voordelen van de onderzoeksbevoegdheid van de cGB en daarmee het voordeel voorde stelplicht wanneer de resultaten daarvan zijn vervat in het oordeel niet kunnen worden benut bij aanvang van de procedure) en in andere gevallen – wanneer men er eerst later achter komt dat er sprake is van ongeoorloofd onderscheid en dit eerst kan aantonen door middel van een oordeel van de cGB – een aldus naar aanleiding van dit oordeel opgestarte

117. CRvB 1 juni 2005, *JB* 2005, 237 m.nt. Wenders.

procedure als gevolg van de formele rechtskracht en de terughoudende toets van procedures die moeten worden aangemerkt als gericht tegen een verzoek om op een onherroepelijk besluit terug te komen, geen terugwerkende kracht heeft.

Voorts valt als gevolg van het feit dat doorgaans stelplicht en bewijslast parallel lopen (geen bewijsopdracht, getuigen mee naar de zitting nemen) een partij aan de hand van het debat zelf een inschatting moet maken of hij aan de stelplicht en bewijslast van het vermoeden van ongeoorloofd onderscheid heeft voldaan en of zijn wederpartij dat voldoende heeft ontzenuwd.

Aldus lijkt een oordeel van de cgb in bestuursrechtelijke procedures niet in dezelfde mate als bewijsmiddel te (kunnen) worden gebruikt, als in civielrechtelijke procedures. Dat heeft in hoofdzaak te maken met de opzet van het bestuursrecht, dat uitgaat van het besluitbegrip en van het beginsel van formele rechtskracht.

Deze knelpunten zouden kunnen worden opgelost indien de formele rechtskracht niet (zo strikt) zou worden toegepast als thans het geval is. Dit komt er de facto op neer dat de bestuursrechter een uitspraak van de cgb wel als een nieuw feit zou moeten behandelen, alsook dat de terughoudende toetsing voor op ongeoorloofd onderscheid gebaseerde besluiten met terugwerkende kracht tot de verjaringsgrens van 5 jaar van de baan zou moeten zijn. Voor lopende procedures zou die, in afwachting van de procedure bij de cgb moeten worden geschorst.

7.5 **Overheidsaansprakelijkheid voor dienstongevallen en beroepsziekten**

7.5.1 *Inleiding*

In dit onderdeel wordt onderzocht hoe de bescherming van de ambtenaar tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten voor wat betreft de stelplicht en bewijslast vorm heeft gekregen. Daarbij dient te worden bedacht dat op artikel 7:658 BW door een ambtenaar niet *rechtstreeks* een beroep kan worden gedaan. Artikel 7:615 BW sluit immers titel 10 van Boek 7 van het BW toepassing daarvan op ambtenaren uit.

In het vorige hoofdstuk is aan de orde geweest dat toepassing van de vrij-bewijsleer in het bestuursprocesrecht tot gevolg heeft gehad dat de bestuursrechter incidenteel bewijsregels heeft geformuleerd. Eén van die bewijsregels betreft de (gedeeltelijke, analoge) toepassing door de

bestuursrechter van artikel 7:658 BW.¹¹⁸ Daarbij zal worden onderzocht of, en zo ja, in hoeverre de regels van stelplicht en bewijsrecht afwijken van die in het civiele arbeidsrecht.

7.5.2 *Wettelijk kader en definities*

In de Aw is geen met artikel 7:658 BW vergelijkbare bepaling opgenomen. Wel bepaalt artikel 125ter Aw dat het bevoegd gezag en de ambtenaar verplicht zijn zich als een goed werkgever en een goed ambtenaar te gedragen.¹¹⁹ In rechtspositionele regelingen zijn wel enkele relevante bepalingen te vinden.

Het ARAR definieert in artikel 35 lid 1 aanhef en onder c een *beroepsziekte* als een ziekte welke in overwegende mate haar oorzaak vindt in de aard van de aan de ambtenaar opgedragen werkzaamheden of in de bijzondere omstandigheden, waaronder deze moesten worden verricht, en welke niet aan zijn schuld of onvoorzichtigheid is te wijten. Onder d. van datzelfde lid verstaat het ARAR onder *dienstongeval* een ongeval, welke in overwegende mate zijn oorzaak vindt in de aard van de aan de ambtenaar opgedragen werkzaamheden of in de bijzondere omstandigheden waaronder deze moesten worden verricht, en niet aan zijn schuld of onvoorzichtigheid is te wijten. Het CAR/UWO spreekt in artikel 7:5 slechts van ‘arbeidsongeschiktheid in en door de dienst’.

7.5.3 *Twee complementaire stelsels*

In geval van een beroepsziekte of dienstongeval in de zin van het ARAR kan op grond van de artikelen 37 en 38 ARAR aanspraak worden gemaakt op doorbetaling van bezoldiging c.q. een aanvulling op de wao-uitkering. Artikel 7:5 CAR/UWO kent een vergelijkbare bepaling. Indien de ziekte van een ambtenaar voortvloeit uit een dienstongeval of een tijdens zijn werkzaamheden opgelopen beroepsziekte, kunnen de naar het oordeel van de minister noodzakelijk gemaakte kosten van geneeskundige behandeling of verzorging die voor rekening van de ambtenaar blijven worden vergoed.¹²⁰ Artikel 69 ARAR bepaalt dat de minister de ambtenaar naar billijkheid schadeloos kan stellen, kosten kan vergoe-

118. CRvB 22 juni 2000, TAR, 2000, 112, m.nt. K. Festen-Hoff

119. Deze bepaling vertoont dus verwantschap met artikel 7:611 BW.

120. Artikel 48 van het ARAR.

den of een geldelijke tegemoetkoming verlenen. Andere rechtspositiebepalingen bevatten soortgelijke bepalingen.¹²¹

In verschillende rechtspositieregelingen is een vergoedingensysteem opgenomen, waarbij aan de ambtenaar die een dienstongeval of een beroepsziekte is overkomen, een aanvulling op zijn salaris wordt betaald zolang hij nog in dienst is en daarnaast aanvulling op zijn arbeidsongeschiktheidsuitkering ontvangt na ontslag en vergoeding van de noodzakelijk gemaakte kosten van geneeskundige behandeling of verzorging. Ook een immateriële schadevergoeding behoort tot de mogelijkheden.¹²²

Vegter duidt dit systeem aan als vergoeding op 'no-faultbasis'.¹²³ De schade die dan nog overblijft, kan worden vergoed op basis van *foutaansprakelijkheid*. Dit ziet op de (gedeeltelijke) incorporatie van de normen van 7:658 BW, 6:170 BW of 6:162 BW door de CRvB en komt pas aan de orde wanneer die schade van een ambtenaar niet op andere wijze vergoed wordt.¹²⁴

Verhulp concludeert dat het, kort samengevat, er op lijkt dat op het punt van schade die de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft geleden, er geen verschil meer bestaat tussen werknemers en ambtenaren.¹²⁵

7.5.4 *Schadevergoeding voor dienstongevallen en beroepsziekten krachtens rechtspositionele regelingen (de no-faultbasis van Vegter)*

Het betreft hier een vorm van risicoaansprakelijkheid.¹²⁶ De werkgever hoeft geen verwijt te treffen of een zorgplicht te hebben geschonden. Zoals hierboven besproken, kan op basis van artikel 35 c en d van het ARAR een (rijks) ambtenaar die een beroepsziekte als een ziekte of ongeval overkomt, aanspraak maken op suppletie en vergoeding van kosten, indien die ziekte of dat ongeval:

121. Zie bijvoorbeeld artikel 7:5 CAR/UWO, of het Besluit inzake ziekte en arbeidsongeschiktheid voor onderwijspersoneel primair en voortgezet onderwijs, d.d. 21 december 1995, artikel 6.

122. Vgl. 28 juni 2007, TAR 2007, 192.

123. Vegter 2005, p. 199.

124. Zie bijvoorbeeld ook CRvB 22 juni 2000, TAR 2000, 112, en de daarvan telkens herhaalde norm, zoals aangehaald in CRvB 8 mei 2002, TAR 2002, 140 (*Gebeten gestraftenbewaarder*) r.o. 2.1: Zie ook Vegter 2005, p. 175.

125. Verhulp 2005a, p. 127-128.

126. Vegter 2005, p. 199.

- a hetzij in overwegende mate haar of zijn *oorzaak* vindt in de *aard* van de aan de ambtenaar opgedragen werkzaamheden, of in de *bijzondere omstandigheden*, waaronder deze moesten worden verricht,
 b en *niet aan zijn schuld of onvoorzichtigheid* is te wijten.

Ad a in overwegende mate zijn oorzaak vinden in de aard van het werk of de bijzondere omstandigheden

Onder ‘in overwegende mate’ wordt verstaan dat de ziekte of het ongeval voor meer dan 50% geacht te zijn veroorzaakt door de werkomstandigheden.¹²⁷

Feitelijk gaat het ambtenarenrecht uit van een soort ‘maatman’ die op de werkvloer een normale weerstand moet hebben tegen de dagelijkse werkomstandigheden¹²⁸. Dit aspect lijkt in recente jurisprudentie wat minder een rol te spelen.¹²⁹ In CRvB 5 januari 2006¹³⁰ werden de RSI-klachten in hoofdzaak toegeschreven aan het veelvuldig en langdurig verrichte beeldschermwerk, terwijl gesteld nog gebleken is dat er andere factoren aan de orde zijn geweest die de klachten hebben kunnen veroorzaken.¹³¹

De andere grond voor aansprakelijkheid is de situatie dat kan worden vastgesteld dat er sprake is geweest van bijzondere omstandigheden. Volgens vaste jurisprudentie van de CRvB geldt voor de toepassing van regelingen als de onderhavige allereerst dat de in het werk of de werkomstandigheden gelegen bijzondere factoren, die de arbeidsongeschiktheid zouden hebben veroorzaakt, moeten worden geobjectiverd.¹³² Wanneer de arbeidsongeschiktheid in sterkere mate van *psychische* aard is, zal in meerdere mate sprake moeten zijn van factoren die

127. KB 17 december 1975, *Stb.* 1975, 704.

128. Deze figuur komt ten dele overeen met de maatman die ik in hoofdstuk 5, paragraaf 5.5.14 en 5.5.21 introduceer: in het kader van de zorgplicht ben ik van mening dat, nadat is vastgesteld wat een gemiddelde maatman in de bewuste functie aan moet kunnen, vervolgens moet worden onderzocht of *deze* werknemer of ambtenaar daar (nog) wel tegen bestand is. Nu voor de no-faultbasis de verwijtbaarheid niet speelt, zal dit dus aan de orde komen bij de analoge toepassing van artikel 7:658 BW.

129. Festen-Hoff 2004, p. 576.

130. TAR 2006, 42.

131. Zie vergelijkbaar: CRvB 16 december 2004, TAR 2005, 39.

132. CRvB 3 oktober 1996, TAR 1996, 200 CRvB 28 maart 2002, TAR 2003, 35 en CRvB 4 mei 2006, TAR 2007, 19.

in verhouding tot dat werk of die werkomstandigheden – objectief bezien – een buitensporig karakter dragen.

De vraag of – objectief bezien – sprake was van werkzaamheden of werkomstandigheden die een abnormaal en excessief karakter droegen, is een juridische kwalificatie, die voorafgaat aan de vraag of er sprake is van een causaal verband tussen de opgetreden psychische klachten en de werkzaamheden.¹³³ De CRvB formuleert het aldus:

‘Volgens vaste rechtspraak van de Raad (CRvB 21 januari 1999, LJN AA 8682, TAR 1999, 53) is voor het ontstaan van een aanspraak op suppletie als thans in geding vereist dat, naar gelang de ziekten of gebreken in sterkere mate van psychische aard zijn, in meerdere mate sprake zal moeten zijn van bijzondere factoren, die niet alleen deel uitmaken van of in rechtstreeks verband staan met het werk of de werkomstandigheden, maar die in verhouding tot dat werk of die werkomstandigheden – objectief beschouwd – een abnormaal of excessief karakter dragen.’¹³⁴

De CRvB oordeelt dat bij het aannemelijk maken van buitensporige werkomstandigheden er geen bewijslast ‘omklapt’ richting overheids-werkgever:

‘Volgens vaste jurisprudentie van de Raad (zie uitspraken van 3 oktober 1996, LJN ZB6417, TAR 1996, 200 en van 28 maart 2002, LJN AE5579, TAR 2003, 35) geldt voor de toepassing van regelingen als de onderhavige allereerst dat de in het werk of de werkomstandigheden gelegen bijzondere factoren, die de arbeidsongeschiktheid zouden hebben veroorzaakt, moeten worden geobjectiveerd. Wanneer de arbeidsongeschiktheid in sterkere mate van psychische aard is, zal in meerdere mate sprake moeten zijn van factoren die in verhouding tot dat werk of die werkomstandigheden – objectief bezien – een buitensporig karakter dragen.

6.4. De Raad volgt betrokkene niet in de grief dat, nu hij een begin van aannemelijkheid ten aanzien van de buitensporige werkomstandigheden heeft gemaakt, de bewijslast bij de Minister ligt. Volgens vaste jurisprudentie van de Raad ligt het op de weg van de ambtenaar die in aanmerking wenst te komen voor een aanvulling als hier aan de orde, om voldoende feiten aan te dragen ter onderbouwing van zijn stelling dat van dergelijke omstandigheden sprake is.’¹³⁵

¹³³. CRvB 10 maart 2005, TAR 2005, 80.

¹³⁴. CRvB 26 mei 2004, TAR 2005, 19.

¹³⁵. CRvB 4 mei 2006, TAR 2007, 19, Rvb 14 juli 1983, TAR 1984, 8, CRvB 20 november 1986, TAR 1987, 28 en CRvB 18 april 2002, TAR 2002, 123.

Dit criterium vindt buiten gevallen van psychische schade, afgemeten aan de bekend geworden gevallen, weinig toepassing.¹³⁶ Er wordt dus niet gekeken naar wat *deze* werknemer aankan, maar wat een gemiddelde, gezonde en stabiele ambtenaar moet kunnen dragen.¹³⁷ Zwaar weer op het werk is onvoldoende voor aansprakelijkheid.¹³⁸ Daartoe zijn bijkomende omstandigheden nodig.¹³⁹ Die waren aanwezig in CRvB 23 maart 2006.¹⁴⁰ Het vertonen van een videofilm over seksuele intimidatie als gevolg waarvan bij de betrokken ambtenaar een jeugdtrauma wordt ‘getriggerd’ kan niet als abnormaal of excessief worden geïdentificeerd. De ambtenaar wordt geacht daartegen te kunnen.¹⁴¹ Dat geldt ook voor een politiemans die werd blootgesteld aan krakersrellen.¹⁴² Het stelselmatig en meedogenloos door het afdelingshoofd op een zijspoor worden gerangeerd waartegen de het bevoegd gezag ondanks dringende verzoeken niets heeft gedaan, verdient de kwalificatie abnormale en excessieve factor.¹⁴³

Een telefonische bedreiging van een bijstandsambtenaar is in de ogen van de CRvB evenmin aan te merken als een abnormale of excessieve werksituatie. Bedreiging hoort, aldus de CRvB, bij het werk van een bijstandsambtenaar.¹⁴⁴

Vegter constateert dat de CRvB bij een gestelde beroepsziekte in feite toch toetst op foutaansprakelijkheid, waarbij er eerst moet worden vastgesteld of er sprake is van excessieve of abnormale werkomstandigheden, waarna wordt nagegaan of de ziekte van de ambtenaar in overwegende mate is veroorzaakt door de werkomstandigheden.¹⁴⁵

136. Festen-Hoff 2004, p. 574.

137. Zie CRvB 3 oktober 1996, TAR 1996, 200 (*KNO-arts Slotervaartziekenhuis*).

138. CRvB 20 november 1986, TAR 1987, 28 (*Op den Berg*), CRvB 6 december 1990, TAR 1991, 33 (Directeur abattoir). CRvB 15 oktober 1992, TAR 1992, 259, (*verpleger huis van bewaring*). Zie CRvB 3 oktober 1996, TAR 1996, 200 (*KNO-arts Slotervaartziekenhuis*) en CRvB 18 april 2002, TAR 2002, 123 (naar buitenland vertrokken ambtenaar).

139. CRvB 29 maart 2001, TR 2001, 74 (Nijmeegse agent tijdens krakersrellen) en CRvB 7 juli 1994, TAR 1994, 10 (Chef technische dienst Van Abbemuseum).

140. TAR 2006, 90. In casu werd de ambtenaar jarenlang intensief en stelselmatig gepest zonder dat een leidinggevende ingreep.

141. CRvB 3 november 2005, TAR 2006, 21.

142. CRvB 29 maart 2001, TAR 2001, 74.

143. CRvB 9 mei 1994, TAR 1994, 151.

144. CRvB 16 maart 2006, TAR 2006, 113.

145. Vegter 2005, p. 203-205, verwijzend naar CRvB 12 februari 1987, TAR 1987, 83.

Ad b Niet te wijten aan de schuld of onvoorzichtigheid van de ambtenaar

Voor aanneming van werkgeversaansprakelijkheid op no-faultbasis dient tevens het ongeval of de beroepsziekte niet aan de eigen schuld of onvoorzichtigheid van de betrokken ambtenaar te wijten te zijn. Hier geldt kennelijk niet het onder meer in het arrest *Bayar/Wijnen Groothandel in Vlees B.V.*¹⁴⁶ nog eens onderstreepte ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met een machine de gebruiker ervan licht ertoe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is.¹⁴⁷

Het gaat hier om een alles-of-niets-situatie: heeft de ambtenaar *enige* mate van schuld dan krijgt hij niets.¹⁴⁸ Het gaat hier niet om juridische schuld, zoals het maken van een verkeersfout, maar om onvoorzichtig handelen, omdat aldus de schade niet meer in overwegende mate is te vinden in de aard van het werk of de bijzondere omstandigheden daarvan.¹⁴⁹

Festen-Hoff signaleert dat de CRvB in de loop van de jaren wel wat verruiming en versoepeling heeft laten zien. Zij stelt dat het tekortschieten van de overheidswerkgever in de zorgplicht voor de veiligheid op het werk kan worden vertaald in 'bijzondere omstandigheden'.¹⁵⁰ De vraag kan dan ook worden gesteld wat de rechtvaardiging is om de lat zó hoog te leggen dat voornoemde ervaringsregel dat een werknemer in de dagelijkse sleur niet altijd de benodigde zorgvuldigheid in acht neemt die ter voorkoming van ongevallen noodzakelijk is¹⁵¹, in dit kader geen toepassing vindt. Kennelijk moet dat dan worden opgevangen met de hierna te behandelen aansprakelijkheid naar analogie van het BW.

146. HR 11 november 2005, NJ 2008, 460.

147. Zie ook: HR 14 april 1978, NJ 1979, 245; HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 m.nt. PAS; HR 18 september 1998, NJ 1999, 45; HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663; HR 9 juli 2004, JAR 2004/190

148. Festen-Hoff 2004, p. 577.

149. Festen-Hoff 2004, p. 577.

150. Festen-Hoff 2004, p. 538, verwijzend naar circulaire van het ministerie van Binnenlandse Zaken. Zij merkt daarbij op dat dit uit uitspraken van de CRvB niet valt af te leiden.

151. Zie bijvoorbeeld: HR 11 november 2005, *RvdW* 2005, 124 en HR 13 juli 2007, *RvdW* 2007, 689. En overigens ook buiten het arbeidsrecht, zie bijvoorbeeld: HR 26 september 2003, NJ 2003, 660.

7.5.5 *Toepassing van de normen van de artikelen 7:658, 6:162 en 6:170 BW*

Complementair aan de in paragraaf 7.5.4 besproken regeling kan de ambtenaar voor de schade die hij niet uit hoofde van de daar besproken regeling vergoed krijgt, zijn geluk beproeven met een beroep op de artikelen 7:685, 6:162 en 6:170 BW.

Aanvankelijk hanteerde de CRvB de norm dat er sprake diende te zijn van materiële en immateriële schade van een zodanige aard dat die schade in redelijkheid voor vergoeding in aanmerking dient te komen.¹⁵² Daarin kwam een kentering door de uitspraak van de CRvB van 22 juni 2000¹⁵³, waarin de Centrale Raad van beroep overweegt dat de ambtenaar recht heeft op vergoeding van de schade die hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoont dat het zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden van de ambtenaar op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrichten van die werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, of aantoont dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.

Anders dan bij de no-faultaansprakelijkheid dient de overheidswerkgever te zijn tekortgeschoten in de *zorgplicht* voor de veiligheid van de werkplek. Deze zorgplicht kan ook geacht te zijn overgedragen aan een andere autoriteit, bijvoorbeeld in het geval van een uitgezonden militair.¹⁵⁴

Die zorgplicht kan ook weer niet zo ruim worden opgevat dat van de werkgever wordt verlangd op voorhand bescherming te bieden tegen alle denkbare wrijvingen en (samenwerkings-)problemen die zich op de werkvloer kunnen voordoen. De in het werk of de werkomstandigheden gelegen bijzondere factoren die de schade zouden hebben veroorzaakt, moeten worden geobjectiveerd.

152. CRvB 7 maart 1985, TAR 1985, 96 en CRvB 9 december 1993, TAR, 1994, 34 en Vegter 2005, p. 179.

153. TAR 2000, 112. Zie voorts in gelijke zin bijvoorbeeld: CRvB 25 oktober 2001, TAR 2002, 21, CRvB 12 september 2002, TAR 2003, 26, CRvB 9 oktober 2003, TAR 2004, 9, CRvB 9 december 2004, TAR 2005, 33, CRvB 8 september 2005, TAR 2005, 177, CRvB 2 maart 2006, TAR 2006, III.

154. CRvB 27 april 2007, TAR 2007, 165 (Naar Joegoslavië uitgezonden militair).

Zo is er bijvoorbeeld geen aansprakelijkheid wanneer een agent zich bij het schoonmaken van zijn wapen in zijn hand schiet.¹⁵⁵

Ook wanneer het misgaat in de uitoefening van de primaire taak waarvoor de ambtenaar is aangenomen (het opruimen van mijnen) is er niet zonder meer sprake van een schending van de zorgplicht. In de visie van de CRvB ziet die zorgplicht op het op veilige wijze inrichten van de te verrichten concrete mijnopruimingswerkzaamheden en strekt zich niet uit tot de beleidsmatige vraag of een operationele noodzaak bestond om ter plaatse mijnen te ruimen. De opdracht mijnen te ruimen kan op zichzelf niet onrechtmatig zijn nu appellant met het oog op het verrichten van die werkzaamheden was uitgezonden.¹⁵⁶

Evenmin achtte de CRvB de zorgplicht geschonden bij een door een gevangene gebeten gevangenebewaarder.¹⁵⁷

De zorgplicht werd wel geschonden geacht in het geval een ambtenaar tijdens een verplichte sportdag werd geraakt door een bal van een afstand van 2 meter. Daarbij werd deelname aan een sportdag gerekend onder de uitoefening van de werkzaamheden.¹⁵⁸

Ook de CRvB stelt hoge eisen aan de wijze waarop de overheids-werkgever aan de zorgplicht invulling dient te geven.¹⁵⁹

Wanneer de gestelde schade het gevolg is van psychisch letsel, zal in meerdere mate sprake moeten zijn van factoren die in verhouding tot dat werk of die werkomstandigheden – objectief bezien – een *buitensporig karakter* dragen.¹⁶⁰

Toch geen volledige gelijkstelling met artikel 7:658 BW

Zoals hierna in paragraaf 7.5.7 verder wordt behandeld gaat de gelijkstelling met het civiele arbeidsrecht slechts ten dele op omdat het be-

155. CRvB 6 april 2006, TAR 2006, III.

156. CRvB 5 juni 2003, TAR 2003, 160.

157. CRvB 8 mei 2002, TAR 2002, 140: naast artikel 115 AMAR, waarin is bepaald dat de Minister de bevoegdheid heeft naar billijkheid de militair schadeloos te stellen, kosten te vergoeden of overigens een geldelijke tegemoetkoming te verstrekken, bestaat geen aanleiding voor analoge toepassing van een aan het civiele recht ontleende schadevergoedingsverplichting.

158. CRvB 11 december 2003, TAR 2004, 31.

159. Festen-Hoff 2004, p. 582. Zij concludeert dan ook dat er sprake is van een duidelijke parallel tussen de HR jurisprudentie en die van de CRvB. Zie bijvoorbeeld ook: CRvB 8 juni 2006, TAR 2006, 139 m.nt. Festen-Hoff.

160. CRvB 25 oktober 2007, TAR 2008, 55.

stuursrecht van een ander bewijsstelsel (gebaseerd op de vrij-bewijsleer) uitgaat. Met name acht de CRvB de jurisprudentie van de Hoge Raad, zoals bijvoorbeeld het arrest *Unilever/Dikmans*¹⁶¹ niet van toepassing op ambtenaren, vanwege dat afwijkende stelsel van bewijsrecht¹⁶².

Van Maanen wijst erop dat de ambtenaar in materieel en normatief opzicht een vergelijkbare rechtspositie heeft, maar doordat hij op het bestuursrecht is aangewezen, loopt hij tegen 'klantonvriendelijke' kenmerken van de procedure op. Hij doelt daarbij onder meer op de leer van de formele rechtskracht en opteert hetzij voor toepassing van het civiele recht op dienstongevallen en beroepsziekten hetzij op aanpassing van het bestuursprocesrecht.¹⁶³

Artikel 6:170 BW

Ten aanzien van aanknopning door de CRvB bij de kwalitatieve risico-aansprakelijkheid voor ondergeschikten van artikel 6:170 BW overweegt deze dat het een bestuursorgaan eveneens gehouden acht tot vergoeding aan de ambtenaar van de schade, die een gevolg is van een aan het bestuurorgaan toe te rekenen optreden van een ander, indien deze schade is veroorzaakt door een als een onrechtmatige gedraging aan te merken fout van een onder de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan of van een ander tot de betrokken rechtspersoon behorend bestuursorgaan werkzame persoon, indien de kans op de fout is vergroot door de taakopdracht aan die persoon en indien dat bestuursorgaan of een ander tot bedoelde rechtspersoon behorend bestuursorgaan zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.¹⁶⁴

7.5.6 *Analoge toepassing van artikel 7:611 BW?*

Een ambtenaar dient zich op basis van artikel 125ter Aw te gedragen als een goed ambtenaar betaamt.¹⁶⁵

161. HR 17 november 2000, NJ 2001, 596.

162. CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62, welke uitspraak wordt geciteerd en behandeld in paragraaf 7.5.7.

163. Van Maanen 2001, p. 41- 44.

164. CRvB in de uitspraak van 25 oktober 2001, TAR 2002, 21. In casu achtte de CRvB de functionele band tussen de opgedragen werkzaamheden en het 'gevaarlijke geintje' van de collega (het aan de benen van een motorkap trekken) niet aanwezig.

165. Zie ook artikel 50 ARAR eerste lid en 15.11 CAR/UWO.

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat analoog aan art. 7:6II BW in het artikel 125ter Aw geregeld is dat het bevoegd gezag en de ambtenaar verplicht zijn zich als een goed werkgever en een goed ambtenaar te gedragen. Zo wordt tevens benadrukt dat de normen van goed werkgeverschap en goed ambtenaarschap in zekere zin elkaars spiegelbeeld zijn. Artikel 125ter is algemeen geformuleerd, hetgeen betekent dat deze bepaling van toepassing is op alle ambtenaren in de zin van de Ambtenarenwet (tenzij door artikel 2 van de Ambtenarenwet uitgesloten).

Een belangrijk deel van de uitspraken over het goed werkgeverschap in het civiele arbeidsrecht heeft (mede) betrekking op de wijze van besluitvorming door de werkgever. De verwachting is dat het goed werkgeverschap van het bevoegd gezag met name zal worden ingekleurd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het zal door het bevoegd gezag en de bestuursrechter nader worden ingevuld in concrete situaties.¹⁶⁶

De vraag die vervolgens kan worden gesteld is of in het ambtenarenrecht deze norm analoog aan artikel 7:6II BW wordt gebruikt voor arbeidsongevallen en beroepsziekte die aan het werk zijn gerelateerd, maar waarbij de werkgever over de werplek geen zeggenschap heeft gehad. Te denken valt bijvoorbeeld aan verkeersongevallen tijdens werktijd.

In artikel 115 AMAR, is bepaald dat de Minister de bevoegdheid heeft naar billijkheid de militair schadeloos te stellen, kosten te vergoeden of overigens een geldelijke tegemoetkoming te verstrekken. Naast het bepaalde in dat artikel bestaat, aldus de CRvB, geen ruimte voor analogische toepassing van artikel 7:6II BW.¹⁶⁷ Artikel 69 ARAR en artikel 15:1:25 bevatten aan artikel 115 AMAR verwante bepalingen.

In CRvB 26 mei 2005¹⁶⁸, vordert een (gewezen) ambtenaar die invalide is geworden als gevolg van de inslag van een antitankraket tijdens uitzending naar voormalig Joegoslavië naast de reeds toegekende voorzieningen extra vergoeding in verband met het mislopen van een carrière en de daarbij behorende inkomensontwikkeling. Onder verwijzing naar TAR 2002, 140 en TAR 2005, 33 overweegt de Raad dat naast artikel 115 AMAR geen aanleiding bestaat voor analoge toepassing van aan het civiele recht ontleende schadevergoedingsverplichting als neergelegd in artikel 7:6II van het burgerlijk wetboek. Artikel 115 kan worden gezien als uitdrukking van de norm van goed werkgeverschap, maar

166. *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 436, nr. 3, p. 18-19.

167. CRvB 19 september 2002, TAR 2003, 26.

168. CRvB 26 mei 2005, TAR 2005, 97.

geeft betrokkene geen aanspraak op volledige vergoeding van de restschade. Er is geen sprake van een risicoaansprakelijkheid. Om betrokkene naar billijkheid tegemoet te komen, blijft ter discretie van het bevoegd gezag. In dit geval kon toepassing van die bepaling, gelet op hetgeen betrokkene reeds was toegekend, in redelijkheid achterwege blijven.¹⁶⁹

Ook een beroep van een agent die tijdens een teambuilding een ongeval overkomt omdat hij van een rijdende quad¹⁷⁰ afspringt wordt door de CRvB verworpen.¹⁷¹ Dit geldt ook voor de uitspraak CRvB 9 december 2004.¹⁷²

Tot aan heden heeft die invulling door de bestuursrechter in gevallen waarin een rechtspositionele regeling niet voorziet in vergoeding van de schade en buiten de analoge toepassing van artikel 7:658 BW, nog niet tot een analoge toepassing van artikel 7:611 BW voor arbeidsongevallen en beroepsziekten geleid. Analoge toepassing van voornoemd artikel zou, aldus de CRvB, meebrengen dat er een risicoaansprakelijkheid van de werkgever zou ontstaan.¹⁷³ Gelet op de recente jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de verzekeringsplicht ter zake van deelname van werknemers tijdens werktijd aan het verkeer¹⁷⁴, is het de vraag of dit standpunt van de CRvB niet zou moeten worden herzien.

7.5.7 *Stelplicht en bewijslast dienstongevallen en beroepsziekten*

Vooropgesteld zij dat het een besluit betreft op aanvraag. Een ambtenaar kan¹⁷⁵ ex artikel 8:73 Awb accessoir aan een vernietigd besluit schadevergoeding vragen. Hij kan daarnaast ook een zuiver schadebe-

169. Zie in gelijke zin: CRvB 8 mei 2002, *TAR* 2002, 140.

170. Een voertuig dat het midden houdt tussen een vierwielige motorfiets en een omgebouwde motormaaier.

171. CRvB 2 maart 2006, *TAR* 2006, III.

172. CRvB 9 december 2004, *TAR* 2005, 33.

173. CRvB 9 december 2004, *TAR* 2005, 33. (*Toeters en bellen*). Zie over deze uitspraak: Festen-Hoff 2005 en Andelbeek 2008 p. 44-47. Zie ook Festen-Hoff 2008, p. 697-698.

174. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 5.5.28. HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 176 en 178, HR 12 december 2008, *RvdW* 2009, 35.

175. Hij kan zich voor wat betreft de schade, in plaats van het uitlokken van een zuiver schadebesluit ex artikel 8:73 Awb, ook direct tot de burgerlijke rechter wenden. Zie Schueler 2005, p. 82.

sluit uitlokken.¹⁷⁶ De CRvB verstaat daaronder elke definitieve beslissing van een bestuursorgaan betreffende een verzoek om vergoeding van schade die een ambtenaar als zodanig heeft geleden.¹⁷⁷ Het betreft dus een besluit op aanvraag. Daarbij, en in de daaropvolgende procedure bij de bestuursrechter, dient de ambtenaar het bestaan en de omvang van zijn schade te stellen en aannemelijk te maken, alsmede dat die schade in causaal verband staat tot het vernietigde besluit c.q. het gewraakte overheidshandelen.¹⁷⁸

Artikel 4:2¹⁷⁹ en 3:2¹⁸⁰ Awb zijn ook hier van toepassing en dienen dus bij het voorbereiden en nemen van een zuiver schadebesluit in acht te worden genomen.¹⁸¹ Vanaf het begin dient de aanvrager dus al aan zijn informatielast ter zake van zijn schade en van het causaal verband te voldoen.¹⁸²

De ambtenaar die om schadevergoeding heeft verzocht, dient voldoende feiten aan te voeren – en deze zoveel mogelijk met bewijsstukken te onderbouwen – waaruit kan worden afgeleid dat hij tijdens zijn werkzaamheden substantieel aan asbest is blootgesteld. Daarbij geldt dat de aanvrager van het schadebesluit het bestuursorgaan in ieder geval voldoende concrete aanknopingspunten moet bieden om op zinvolle wijze een onderzoek naar de beweerde blootstelling te kunnen instellen.¹⁸³

Zowel wat betreft de aard en omvang schade als op het gebied van het causaal verband dient de ambtenaar voldoende te stellen.¹⁸⁴ Daar-

176. Hiermee wordt bedoeld een zelfstandig, dus los van in een lopende procedure genomen of te nemen besluit ter zake van geleden schade. Onder *onzuivere of onzelfstandige* schadebesluiten wordt verstaan die besluiten die deel uitmaken van een besluit dat primair betrekking heeft op iets anders (bijv. een vergunning, een vrijstelling of een maatregel). Vgl. Schueler 2005, p. 37.

177. Ravels 1996, p. 422.

178. Dit verzoek kan al in de hoofdzaak worden gedaan. Reeds dan zal dit verzoek voldoende gemotiveerd moeten worden gedaan wil het niet aanstonds worden afgewezen. Vgl. Schueler 2005, p. 33.

179. De verplichting van de aanvrager om voldoende informatie te verstrekken om de aanvraag in behandeling te kunnen nemen.

180. De verplichting van het bestuursorgaan om voorafgaand aan het te nemen besluit deugdelijk onderzoek naar de feiten te doen.

181. CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62. De CRvB overweegt met zoveel woorden dat de stelplicht van appellant berust op artikel 4:2, tweede lid, Awb. Zie ook: Schueler 2005, p. 67 en Van Vliet & Van Dijk 2005.

182. Schueler 2005, p. 67.

183. CRvB 26 juni 2007, TAR 2007, 130.

184. Schueler 2005, p. 30-31.

naast dient volgens Schueler een voldoende gespecificeerd en ter zake doend bewijsaanbod te worden gedaan.¹⁸⁵

De bestuursrechter is met betrekking tot de stelplicht en bewijslast niet gebonden aan de jurisprudentie van de Hoge Raad in civiele zaken:

‘2.3.2. In de bewoordingen “in de uitoefening van zijn werkzaamheden” is tot uitdrukking gebracht dat er tussen de uitoefening van de werkzaamheden en de schade causaal verband moet bestaan. Volgens vaste rechtspraak van de Raad (zie CRvB 12 maart 1998, TAR 1998, 78) acht de Raad een dergelijk causaal verband (eerst) aanwezig indien er een voldoende mate van waarschijnlijkheid bestaat dat de werkzaamheden en/of werkomstandigheden van de betrokken ambtenaar de bij die ambtenaar aan het licht getreden ziekte daadwerkelijk hebben veroorzaakt. In het onderhavige geval dient de Raad derhalve te beoordelen of er een voldoende mate van waarschijnlijkheid bestaat dat de bij appellante manifest geworden oogziekte is veroorzaakt door de werkzaamheden en/of werkomstandigheden bij het ziekenhuis gedurende de tijd dat zij in het laboratorium werkzaam was.

2.3.3. De Raad volgt appellante niet in de door haar met verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad betrokken stelling dat zij kan volstaan met de stelling dat zij is blootgesteld aan methanol, waarna op gedaagde de verplichting rust aan te tonen dat hij de nodige veiligheidsmaatregelen heeft getroffen ter voorkoming van schadelijke gevolgen van deze blootstelling. Met betrekking tot de door appellante in dit verband genoemde arresten van de Hoge Raad merkt de Raad op zich, gegeven de verschillen in stel- en bewijsplicht van partijen in het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht, daaraan niet gebonden te achten. Naar het oordeel van de Raad is het aan appellante om aannemelijk te maken dat zij schade heeft geleden in de uitoefening van haar werkzaamheden door feiten en omstandigheden aan te dragen waaruit blijkt dat sprake is van de voldoende mate van waarschijnlijkheid als onder 2.3.2 bedoeld.¹⁸⁶

De omstandigheid dat het bestuursorgaan moet aantonen dat het zijn verplichtingen is nagekomen, neemt niet weg dat de betrokkene, zo mogelijk, moet aangeven in welk opzicht het bestuursorgaan tekort is ge-

185. Schueler 2005, p. 31. Het is de vraag wat de bestuursrechter met dit aanbod doet, gelet op de vaste jurisprudentie dat getuigen mee naar de zitting moeten worden genomen. Mogelijk dat Schueler meer het oog heeft op een aanbod tot het leveren van bewijs door middel van het benoemen van een of meer deskundigen.

186. CRvB 19 september 2002, TAR 2003, 25 (*Birdshot*). Zie ook CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62.

schoten en/of welke verplichtingen door het bestuursorgaan niet zijn nageleefd.¹⁸⁷

In CRvB 9 januari 2003, *TAR* 2003, 62 zet de CRvB het systeem zoals het dat ten aanzien van beroepsziekten hanteert, nader uiteen:

‘(...) Indien sprake is van een zuiver schadebesluit betreffende schade die door de ambtenaar beweerdelijk in de uitoefening van zijn dienstbetrekking is geleden, hanteert de Raad, zoals is overwogen in zijn uitspraak van 22 juni 2000¹⁸⁸, de navolgende norm, die hij ook tot uitdrukking gebracht ziet in het thans in artikel 7:658 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde: voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften, heeft de ambtenaar recht op vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoont dat het zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden van de ambtenaar op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrichten van die werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, of aantoont dat de schade in belangrijke mate een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar. In de bewoordingen “in de uitoefening van zijn werkzaamheden” is tot uitdrukking gebracht dat er tussen de uitoefening van de werkzaamheden en de schade causaal verband moet bestaan. Volgens vaste rechtspraak¹⁸⁹ acht de Raad zulk een causaal verband (eerst) aanwezig indien er een voldoende mate van waarschijnlijkheid bestaat dat de werkzaamheden en/of werkomstandigheden van de betrokken ambtenaar de bij die ambtenaar aan het licht getreden ziekte daadwerkelijk hebben veroorzaakt. Met betrekking tot de dan in een geval als het onderhavige als eerste te beantwoorden vraag of de betrokken ambtenaar aan asbest is blootgesteld geweest, geldt dat de verzoeker om schadevergoeding, die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept, voldoende feiten moet stellen en aannemelijk maken waaruit dat gevolg kan worden afgeleid. Deze verplichting berust op artikel 4:2, tweede lid, van de Awb, waarin is bepaald dat de aanvrager de gegevens en bescheiden verschaft die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Aan de door appellante bedoelde jurisprudentie van de burgerlijke rechter moet – wat er zij van de uitleg die appellante daaraan geeft – worden voorbijgegaan vanwege de verschillen in stel- en bewijsplicht van partijen in het burgerlijke proces en in het bestuursproces. Voorts vloeit uit artikel 3:2 van de Awb de verplichting van het bestuursorgaan voort, bij de voorbereiding van de beslissing op de aanvraag

187. CRvB 10 maart 2003, *TAR* 2003, 85.

188. CRvB, 9 januari 2003, *TAR* 2000, 112.

189. Zie CRvB 12 maart 1998, *TAR* 1998, 78.

de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten. Hoe beide verplichtingen zich tot elkaar verhouden, is in belangrijke mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Voorop staat evenwel dat de aanvrager het bestuursorgaan voldoende concrete aanknopingspunten moet bieden om op zinvolle wijze een onderzoek naar de beweerde blootstelling te kunnen instellen. Aan het onderzoek worden vervolgens hogere eisen gesteld naarmate de feiten en omstandigheden waar het om gaat meer in de sfeer van het bestuursorgaan dan in de sfeer van de betrokken ambtenaar zijn gelegen.

3.6. (...)

3.8. Naar het oordeel van de Raad heeft appellante, met hetgeen zij tegenover gedaagde heeft gesteld en aannemelijk gemaakt, vooralsnog in zodanige mate de waarschijnlijkheid van blootstelling aan asbest aangetoond dat het op de weg van gedaagde lag bij het bestreden besluit voldoende feiten en omstandigheden aan te dragen om de beweerde blootstelling te weerleggen. Om de navolgende redenen is gedaagde daarin niet geslaagd.

(...)

3.10. De Raad komt derhalve tot de slotsom dat gedaagde bij het voorbereiden en het nemen van het bestreden besluit heeft gehandeld in strijd met het in artikel 3:2 van de Awb neergelegde zorgvuldigheidsbeginsel. (...).¹⁹⁰

De aanvrager dient dus voldoende aanknopingspunten te verschaffen voor het bestuursorgaan om onderzoek te kunnen doen naar de aard en omvang van de klachten. Dit leidt dus tot de volgende stappen:

- a. Volgens vaste jurisprudentie wordt in de bewoordingen *'in de uitoefening van zijn werkzaamheden'* tot uitdrukking is gebracht dat er tussen de uitoefening van de werkzaamheden en de schade causaal verband moet bestaan.¹⁹¹
- b. Dat verband acht de CRvB (eerst) aanwezig indien er een voldoende mate van waarschijnlijkheid bestaat dat de werkzaamheden en/of de werkomstandigheden van de betrokken ambtenaar de bij die ambtenaar aan het licht getreden ziekte daadwerkelijk hebben veroorzaakt.¹⁹²

190. CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62.

191. Zie bijvoorbeeld 19 september 2002, TAR 2003, 25 (*Birdshot*) en 26 (*Rij-instructeur met whiplash*), CRvB 28 november 2002, TAR 2003, 60, CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62 en CRvB 8 juni 2006, TAR 2006, 139. Zie ook over deze laatste uitspraak Festen-Hoff 2007.

192. Zie CRvB 12 maart 1998, TAR 1998, 78, welke uitspraak in latere uitspraken telkens wordt aangehaald.

- c. Daarvoor is ook van belang of, en zo ja, in welke mate het bevoegd gezag op die causaliteit verweer heeft gevoerd.¹⁹³
- d. Voorts vloeit uit artikel 3:2 Awb voort de verplichting van het bestuursorgaan bij de voorbereiding van de beslissing op de aanvraag de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten.¹⁹⁴ Hoe beide verplichtingen zich tot elkaar verhouden, is in belangrijke mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹⁹⁵
- e. Voorop staat echter dat de aanvrager het bestuursorgaan voldoende concrete aanknopingspunten moet bieden om op een zinvolle wijze een onderzoek naar de beweerdelijke blootstelling¹⁹⁶ te kunnen instellen. Aan het onderzoek worden vervolgens hogere eisen gesteld naarmate de feiten en omstandigheden waar het om gaat meer in de sfeer van het bestuursorgaan dan van de betrokken ambtenaar zijn gelegen.¹⁹⁷

Anderzijds weegt de CRvB in de opgemelde zaak van 9 januari 2003, TAR 2003, 62 ook de verklaringen en bewijsmiddelen die de erven van het slachtoffer in het geding hebben gebracht en concludeert daaruit dat er sprake is geweest van een blootstelling die onvoldoende door het bestuursorgaan is weerlegd. De CRvB voert dus *daarnaast* ook het debat over de bewijsvraag aan de hand van de geproduceerde stukken.

Vervolgens wordt de zaak dan toch nog terugverwezen voor een nieuw besluit op bezwaar, waarbij vervolgens de vraag aan de orde komt of er sprake is van een schending van de zorgplicht. Het zou aanbeveling verdienen indien de rechter de zaak in beroep of hoger beroep aan zich zou kunnen houden in plaats van terug te verwijzen naar het bestuursorgaan. Dat zou kunnen indien hij een tussenbeschikking kan nemen, waarbij de zaak wordt aangehouden (vgl. de bestuurlijke lus) om partijen in de gelegenheid te stellen nader bewijs te leveren en vervolgens de stellingen aan te vullen, waarna daaromtrent een definitieve einduitspraak zou kunnen worden gegeven.

193. Zie bijvoorbeeld: CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62.

194. CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62, r.o. 3.5 en CRvB 8 juni 2006, TAR 2006, 139. Zie over dit laatste arrest Festen-Hoff 2007.

195. CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62.

196. In casu aan asbest.

197. CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62, r.o. 3.5.

Toepassing van de omkeringsregel.

Voor de aard en werking van de omkeringsregel wordt hier verwezen naar hoofdstuk 5, paragraaf 5.5.6 en 5.5.7. Het komt er op neer dat een ambtenaar een blootstelling aan een gevaarlijke situatie of een gevaarlijke stof dient te stellen die een beroepsziekte *kan* veroorzaken en deze blootstelling zo nodig zal moeten bewijzen, alsmede zal dienen te bewijzen dat die ziekte daadwerkelijk bij hem is geconstateerd.

Beroep op de omkeringsregel gehonoreerd

In enkele gevallen heeft ook de CRvB een beroep op deze regel gehonoreerd. Het betreffen twee asbestzaken en een dienstongeval met een Porsche die te gladde banden had.¹⁹⁸ In de asbestzaak wijst de CRvB een beroep op eigen schuld als gevolg van rookgedrag af.¹⁹⁹ De rechtbank Den Haag acht toepassing van de omkeringsregel eerst aan de orde bij een blootstelling van tenminste 25 vezeljaren.²⁰⁰

In het geval van een vaststaande blootstelling aan blauwe asbest (die mesothelioom veroorzaakt) en wanneer vervolgens mesothelioom optreedt, wordt aansprakelijkheid aangenomen, ondanks een mogelijke blootstelling elders.²⁰¹ Zie in dit verband ook Festen-Hoff die erop wijst dat het stelsel van stelplicht en bewijslast bij arbeidsongevallen en beroepsziekten materieel overeenkomt met het civiele recht, al plaatst de CRvB het debat in de sleutel van artikel 8:69 Awb.²⁰²

Beroep op de omkeringsregel verworpen

Daarnaast strandt een beroep op de omkeringsregel ook met grote regelmaat. Een appellante kan bijvoorbeeld niet volstaan met de stelling dat zij is blootgesteld aan een gevaarlijke stof (methanol), waarna op gedaagde de verplichting rust aan te tonen dat hij de nodige veiligheidsmaatregelen heeft getroffen ter voorkoming van schadelijke gevolgen

198. CRvB 12 september 2002, TAR 2003, 24, CRvB 5 september 2002, TAR 2003, 22. CRvB 12 mei 2005, TAR 2005, 112.

199. CRvB 12 mei 2005, TAR 2005, 112.

200. Rb Den Haag 2 december 2005, TAR 2006, 14 m.nt. Festen-Hoff.

201. CRvB 26 juni 2007, TAR 2007, 130.

202. Festen-Hoff 2008, p. 700.

van deze blootstelling.²⁰³ De CRvB acht zich, als gezegd, in ambtenarenzaken niet aan de bewijsrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad inzake artikel 7:658 BW gebonden, vanwege de verschillen in stelen bewijsplicht van partijen in het burgerlijk procesrecht en in het bestuursprocesrecht.²⁰⁴

In CRvB 8 juni 2006, TAR 2006, 139 doet een ambtenaar die stelt door haar werk RSI te hebben opgelopen andermaal vergeefs een beroep op de ‘omkeringregel’, zij het dat het bestuursorgaan een opdracht krijgt om nog nader onderzoek te doen.

Festen-Hoff²⁰⁵ merkt op dat de CRvB zich bij zijn oordeel of de arbeidsgerelateerdheid van de klachten voldoende aannemelijk is geworden, in de eerste plaats baseert op de mening van medici²⁰⁶ en dat aspecten als de aard van de werkzaamheden en arbeidsomstandigheden, ondanks het feit dat daarop veel is aan te merken, op zich onvoldoende zijn. De uitspraak van CRvB 5 januari 2006²⁰⁷, waarin de CRvB de omkeringsregel leek te volgen, is dan ook in haar visie een uitzondering.

In het geval van CRvB 19 september 2002, diende de CRvB te beoordelen of er een voldoende mate van waarschijnlijkheid bestaat dat de bij appellante manifest geworden oogziekte is veroorzaakt door de werkzaamheden en/of werkomstandigheden bij het ziekenhuis gedurende de tijd dat zij in het laboratorium werkzaam was. Vegter concludeert uit deze uitspraak en uit de uitspraak CRvB 28 maart 2002²⁰⁸ dat de bestuursrechter niet erg geneigd lijkt te zijn om een ambtenaar met een beroepsziekte tegemoet te komen.²⁰⁹

Naar mijn mening laat de CRvB een vergelijkbare toets zien als de Hoge Raad doet. De Hoge Raad eist drie cumulatieve vereisten voor toepassing(i) Een werknemer moet tijdens zijn werk blootgesteld zijn

203. CRvB 19 september 2002, TAR 2003, 25 (*Birdshot*). Zie voor het vervolg van deze zaak CRvB 6 juli 2006, TAR 2006, 158: de CRvB acht de overgelegde rapportages onvoldoende om een causaal verband tussen de blootstelling en de schade aan te nemen. Zowel de rechtspositionele als de op 7:658 BW gebaseerde schade wordt afgewezen.

204. CRvB 19 september 2002, TAR 2003, 25 (*Birdshot*) en CRvB 28 november 2002, TAR 2003, 60.

205. Festen-Hoff in haar noot onder CRvB 8 juni 2006, TAR 2006, 139.

206. CRvB 16 december 2004, TAR 2005, 39, r.o. 4.2.2, LfN: AU5304 r.o. 4.2, LfN: AY6584, r.o. 3.4-3.6.

207. CRvB 5 januari 2006, TAR 2006, 42.

208. CRvB 28 maart 2002, TAR 2003, 35. In casu werden de omstandigheden niet excessief genoeg geacht.

209. Van Maanen, *JB* 2002, 339, Castermans 2003, p. 123 en Bier 2002, p. 377-379.

aan voor de gezondheid gevaarlijke situatie. (2) Deze blootstelling moet de gestelde beroepsziekte *kunnen* veroorzaken. (3) De gestelde beroepsziekte moet aan de hand van diagnoses in rechte vaststaan. In de hierboven besproken uitspraak CRvB 8 juni 2006, TAR 2006, 139 is niet voldaan aan de hier als (3) genoemde eis: de CRvB acht onvoldoende aanknopingspunten aanwezig om hier van RSI te kunnen spreken en is van mening dat daarnaar nader onderzoek moet worden gedaan. Wel een toepassing van de omkeringsregel dus, maar niet is aan alle eisen voldaan. Wel blijft de bewijsvraag lastiger in te schatten vanwege toepassing van de vrij-bewijsleer.

Jurisprudentie overige dienstongevallen

In CRvB 15 april 2005, TAR 2005, 95 gaat een invalkracht op een tafeltje staan om een bovenraam te openen. De CRvB acht de zorgplicht van de werkgever niet geschonden omdat er ook benedenramen open konden om te ventileren. Er was dus, aldus de CRvB, geen enkele noodzaak om (ook) de bovenramen te openen, zodat er geen instructieplicht was of een plicht tot het verschaffen van hulpmiddelen. In het civiele recht is deze zaak vergelijkbaar met het arrest *Tahmasebi/Shell*.²¹⁰

Psychische schade

Naast een beroep op de rechtspositionele regelingen is de werkgeversaansprakelijkheid analoog aan artikel 7:658 BW voor zuiver psychisch letsel ook in het ambtenarenrecht mogelijk.²¹¹ De CRvB overweegt ter zake:

‘2.2. Het geschil spitst zich toe op de vraag of gedaagde appellant aanvullende voorzieningen, vergoedingen en schadeloosstellingen heeft mogen onthouden. In dit verband heeft appellant gewezen op een reeks van – door hem als “mobbing” omschreven – pesterijen van de zijde van collega’s, waartegen zijns inziens door de dienstleiding onvoldoende is opgetreden. Gedaagde daarentegen is van mening dat niet is gebleken van excessieve werkomstandigheden, dat sprake is van een aantal in de persoon of de privé-sfeer van appellant gelegen risicofac-

²¹⁰. HR 7 december 2007, NJ 2007, 643.

²¹¹. Zie hieromtrent uitvoerig Vegter 2005 hoofdstuk 4. Zie ook Van Vliet & Van Dijk 2005.

toren en dat een causaal verband tussen het werk en de arbeidsongeschiktheid (dus) niet is aangetoond.

2.3. Zoals de Raad eerder heeft overwogen (zie CRvB 8 september 2005, LJN AU2896, TAR 2005, 177), strekt de zorgplicht van de werkgever zich mede uit tot het voorkomen van werkomstandigheden die psychisch ziekmakend zijn. Dit laat onverlet, dat oorzakelijk verband moet bestaan tussen het werk of de werkomstandigheden en de psychische schade. De in het werk of de werkomstandigheden gelegen bijzondere factoren, die de schade zouden hebben veroorzaakt, moeten worden geobjectiveerd.

Wanneer de gestelde schade in sterkere mate van psychische aard is, zal in meerdere mate sprake moeten zijn van factoren die in verhouding tot dat werk of die werkomstandigheden – objectief bezien – een buitensporig karakter dragen. Een zelfde maatstaf pleegt de Raad te hanteren waar het gaat om aanvullende voorzieningen bij arbeidsongeschiktheid die beweerdelijk in en door de dienst is ontstaan (CRvB 3 oktober 1996, LJN AK6235, TAR 1996, 200; CRvB 28 maart 2002, LJN AE5579, TAR 2003, 35).²¹²

In voornoemde uitspraak werden ‘aanvullende voorzieningen, vergoedingen en schadeloosstellingen’ verzocht. Zo er toch nog twijfel zou bestaan of de eis van buitensporige werkomstandigheden ook in het kader van de aansprakelijkheid op *faultbasis* (dus analoog aan 7:658 BW) wordt toegepast neemt navolgende uitspraak naar mijn mening elke twijfel daaromtrent weg:

‘De Raad stelt vast dat het appellant te doen is om schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen. Dit beweerdelijk onrechtmatig handelen ziet enerzijds op schending van de zorgplicht van de werkgever (CRvB 22 juni 2000, LJN: AB0072, TAR 2000/112 en JB 2000/232), anderzijds op aan de werkgever toe te rekenen onrechtmatige daden van zijn ondergeschikte (CRvB 25 oktober 2001, LJN: AD6369, TAR 2002/21 en JB 2001/326). Wat betreft de bejegening die appellant bij de Koninklijke landmacht heeft ervaren, stelt de Raad voorop dat de zorgplicht van de werkgever zich mede uitstrekt tot het voorkomen van werkomstandigheden die psychisch ziekmakend zijn. Zoals de Raad reeds eerder heeft overwogen (CRvB 8 september 2005, LJN: AU2896 en TAR 2005, 177), wordt hetgeen door de Hoge Raad der Nederlanden in diens arrest van 11 maart 2005 (LJN: AR6657, ABN AMRO Genève) is overwogen met betrekking tot de toepassing van artikel 7:658 van het Burgerlijk Wetboek in het civiele arbeidsrecht,

212. CRvB 23 maart 2006, TAR 2006, 90.

door de Raad naar de strekking ook voor het ambtenarenrecht onderschreven. Overigens kan de zorgplicht niet zo ruim worden opgevat dat van de werkgever wordt verlangd op voorhand bescherming te bieden tegen alle denkbare vrijvingen en (samenwerkings-)problemen die zich op de werkvloer kunnen voordoen. De in het werk of de werkomstandigheden gelegen bijzondere factoren die de schade zouden hebben veroorzaakt, moeten worden geobjectiveerd. Wanneer de gestelde schade in sterkere mate van psychische aard is, zal in meerdere mate sprake moeten zijn van factoren die in verhouding tot dat werk of die werkomstandigheden – objectief bezien – een buitensporig karakter dragen.²¹³

In geval van een beroep op psychisch letsel als gevolg van bejegening door collega's op het werk strekt de zorgplicht van de werkgever zich tevens uit tot voorkomen van werkomstandigheden die psychisch ziekmakend zijn. Deze is echter niet zo ruim dat van de werkgever wordt verlangd bescherming te bieden tegen *alle* denkbare samenwerkingsproblemen. De omstandigheden moeten dus objectief bezien een *buitensporig karakter* dragen. Daarnaast dient er een oorzakelijk verband te bestaan tussen het werk of de werkomstandigheden en de psychische schade.²¹⁴

In CRvB 4 mei 2005 volgt de CRvB de ambtenaar niet in zijn stelling dat nu hij een begin heeft gemaakt met het aantonen van aanneemelijkheid ten aanzien van de buitensporige werkomstandigheden, de bewijslast bij de minister ligt.²¹⁵

De eis van de buitensporige omstandigheden gaat er van uit dat een psychische predispositie²¹⁶ in de vorm van een mindere belastbaarheid zonder meer voor rekening en risico van de ambtenaar komt. Dat miskent naar mijn mening echter de op een werkgever analoog aan artikel 7:658 BW rustende zorgplicht dat *deze* ambtenaar op *deze* werkplek niet wordt blootgesteld aan een voor *zijn* gezondheid onveilige werksituatie. Ook hier zou moeten gelden dat allereerst moet worden vastgesteld wat voor de bewuste functie in medische en arbeidsomstandigheden-technische zin in redelijkheid van de ambtenaar kan en mag worden

213. CRvB 15 februari 2007, *TAR* 2007, 87. Zie ook: CRvB 8 september 2005, *TAR* 2005, 177.

214. CRvB 3 oktober 1996, *TAR* 1996, 200; CRvB 28 maart 2002, *TAR* 2003, 35 en CRvB 15 februari 2007, *TAR* 2007, 87.

215. CRvB 4 mei 2005, *TAR* 2007, 19.

216. Rb Amsterdam 10 januari 1995, *TAR* 1995, 108; zie ook Vegter, 2005, p. 203 en Van Vliet & Van Dijk 2005.

verwacht, waarna moet worden onderzocht of, en zo ja, in hoeverre *deze* ambtenaar in redelijkheid (nog) aan deze eisen voldoet.²¹⁷

Bovendien lijkt het begrip buitensporige omstandigheden te worden geobjectiveerd, terwijl de zorgplicht ex artikel 7:658 BW naar mijn mening nu juist een subjectieve beoordeling vereist. Een redenering dat de andere ambtenaren die onder dezelfde werk- en prestatiedruk moesten werken geen burn-out hebben gekregen, ziet in dat verband voorbij aan de op de overheidswerkgever rustende onderzoeksplicht ten aanzien van de veiligheid en belastbaarheid van *deze* ambtenaar.

Tenslotte zal het in een cultuur waarin de te behalen norm van bovenaf wordt opgelegd en het niet halen daarvan zal worden beschouwd als een onvoldoende functioneren – zonder dat die norm ook is getoetst op objectieve en subjectieve veiligheid in voornoemde zin – voor een ambtenaar welhaast ondoenlijk zijn om aan te tonen dat de omstandigheden buitensporig zijn. Als het ‘normaal’ is dat iedereen overwerkt, werk mee naar huis neemt en er dan nog achterstanden ontstaan, dan zal een ambtenaar die als gevolg daarvan een burn-out krijgt niet kunnen aantonen dat hier sprake is van ‘buitensporige omstandigheden’.

Wanneer artikel 7:658 BW op ambtenaren analoog wordt toegepast, dan zal dat inhouden dat de zorgplicht ook ten aanzien van psychische belasting op een gelijke wijze wordt ingevuld en kan de huidige koers van de Centrale Raad van Beroep naar mijn mening niet worden gehandhaafd.

Proportionele aansprakelijkheid.

In CRvB 12 mei 2005, TAR 2005, 112 is proportionele aansprakelijkheid aan de orde. Het betreft een scheepmaker op de rijkswerf die was blootgesteld aan asbest en die longcarcinoom ontwikkelde. Omdat betrokkene tevens rookte werd aanvankelijk (immateriële) schade voor 50% (berekend naar een mate van invaliditeit van 30%) vergoed. Met toepassing van de omkeringsregel oordeelt de CRvB dat het causaal verband tussen blootstelling en ziekte een gegeven is, tenzij het bestuursorgaan aanneemelijk maakt dat de schade ook zonder die blootstelling zou zijn ontstaan. Evenmin als in de uitspraak CRvB 5 september 2002²¹⁸ heeft het bestuursorgaan hieraan voldaan, aldus de CRvB. Wetenschappelijke ge-

217. Zie hoofdstuk 5 paragraaf 5.5.21.

218. TAR 2003, 22.

gevens zijn daarvoor onvoldoende. Het rookgedrag en dus het beroep op eigen schuld kan, aldus de CRvB, bij de toepassing van deze norm – bijvoorbeeld door vermindering van de vergoedingsplicht – geen rol spelen nu dit niet wordt aangemerkt als opzet of bewuste roekeloosheid, zodat het beroep op eigen schuld wordt verworpen.

Hier wijkt het ambtenarenrecht dus niet wezenlijk af van het hiervoor in hoofdstuk 5, paragraaf 5.5.12 beschreven stelsel. Mogelijk speelt in dit specifieke geval een rol dat het beleid van het Ministerie van Defensie in het geval van roken en asbestblootstelling is om aan beide factoren evenveel waarde toe te kennen bij het bepalen van de causaliteit. Het ontstaan van de longcarcinoom is derhalve voor 50% aan het roken toe te rekenen en voor 50% aan de asbestblootstelling.²¹⁹ Dat zou dus kunnen worden begrepen als dat het aangesproken bestuursorgaan erkent dat er sprake is van een causaal verband.

Is het wenselijk om het onderzoek van een dienstongeval of een beroepsziekte aan de werkgever zelf over te laten?

Zoals hierboven geciteerd wordt in CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62 vindt de feitenvaststelling in beginsel ten overstaan van het bestuursorgaan plaats. Het is daarbij aan de ambtenaar is om ‘voldoende concrete’ *aanknopingspunten* te verschaffen om ‘op zinvolle wijze onderzoek naar de blootstelling aan een voor de gezondheid gevaarlijke situatie te kunnen instellen’.

De bestuursrechter toetst kennelijk of partijen aan hun verplichting hebben voldaan. Heeft de ambtenaar niet aan zijn verplichting voldaan, dan behoeft het bestuursorgaan niet meer of ander onderzoek te doen. Heeft de ambtenaar dat wel, dan hangt het van de vraag af in wiens domein de feiten en omstandigheden liggen om te bepalen aan welke eisen het onderzoek van het bestuursorgaan dient te voldoen. De feitenvaststelling vindt aldus in beginsel plaats door en bij het bestuursorgaan en de bestuursrechter toetst of, en zo ja, in hoeverre dat bestuursorgaan dat deugdelijk en zorgvuldig heeft gedaan. Dit wordt kennelijk ingegeven door het besluit, zoals dat in het bestuursrecht voorwerp van debat is.

Anderzijds toetst de bestuursrechter ook zelf de wederzijdse standpunten van partijen en toetst hij *niet uitsluitend* of het bestuursorgaan een deugdelijk onderzoek heeft gedaan. In dat verband is niet volledig hel-

219. CRvB 12 mei 2005, TAR 2005, 112 r.o. 1.3.1.

der waar de grens tussen beide activiteiten kan worden getrokken. In dat verband zou toepassing van een (aan het civiele recht verwant) stelsel van stelplicht en bewijslast met een benoeming door de rechter van een onafhankelijke deskundige de procedure aanzienlijk verduidelijken.

Aan het overlaten van de feitengaring en -vaststelling aan een bestuursorgaan kleven, zeker waar het om een – afgeleide – civiele aansprakelijkheid van de partij die het onderzoek moet doen jegens de andere partij (het slachtoffer), bezwaren. In het civiele recht wordt met een zekere regelmaat een door één partij geproduceerd deskundigenrapport terzijde geschoven omdat de andere partij bij dat onderzoek niet zou zijn betrokken en de deskundige eenzijdig zou zijn geïnstrueerd. Niet zelden wordt er dan in het kader van een bewijsopdracht door de rechter een nieuw deskundigenbericht aan een door de rechter benoemde onafhankelijke deskundige gelast, waarbij door *beide* partijen bij dat onderzoek gelijkkelijk input kan worden gegeven.

Het zou naar mijn mening dan ook aanbeveling verdienen indien de bestuursrechter de bewijsvoering aan zich zou kunnen houden en daarover de regie zou kunnen voeren, bijvoorbeeld door het benoemen van een onafhankelijke deskundige. Het zal in beroep en hoger beroep voor een ambtenaar niet eenvoudig zijn om aan te tonen dat het bestuursorgaan een ondeugdelijk onderzoek heeft gedaan. In dat kader dient in het oog te worden gehouden dat bij dienstongevallen en beroepsziekten nu juist de relevante informatie in beginsel tot het domein van het bestuursorgaan behoort.²²⁰

7.5.8 *Bestuursrechter of de burgerlijke rechter?*

Competentieperikelen

De bestuursrechter oordeelt bij uitsluiting over de onrechtmatigheid van appellabele besluiten.²²¹ Indien een bestuursrechtelijke gang openstaat of heeft opengestaan maar niet is gebruikt, verklaart de burger-

220. Vgl. mijn pleidooi in hoofdstuk 5 paragraaf 5.5.15 voor een verzwaarde stelplicht in het kader van artikel 7:658 BW in de fase waarin de werknemer moet stellen en bewijzen dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden.

221. Schueler 2005, p. 3.

lijke rechter zich in beginsel onbevoegd.²²² Het moet gaan om een rechtsgang die met voldoende waarborgen is omgeven.²²³ Een geschil over een onrechtmatige schorsing, ontslag of overplaatsing behoort dus bij uitsluiting tot het domein van de bestuursrechter.

Voor wat betreft de rechtmatigheid van een besluit, dient dus in beginsel de gehele bestuursrechtelijke rechtsgang te worden uitgeput, alvorens de burgerlijke rechter bevoegd is, tenzij dat in redelijkheid niet van de burger kan worden verlangd.²²⁴ Voor wat betreft de *aard en hoogte* van de schadevergoeding als gevolg van het onrechtmatige besluit kunnen zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter als bevoegde rechter worden aangemerkt.

Tegelijk met een oordeel over de onrechtmatigheid kan een ambtenaar ex artikel 8:73 Awb een schadebesluit uitlokken. Een ambtenaar kan ook eerst procederen over de rechtmatigheid van een besluit en nadien een zuiver²²⁵ schadebesluit uitlokken. De ambtenaar kan voor een beslissing omtrent die aard en omvang van de schade er ook voor kiezen om in plaats van de bestuursrechter de civiele rechter te adiëren.²²⁶

De wetgever heeft met artikel 8:73 Awb niet beoogd de gang naar de burgerlijke rechter uit te sluiten.²²⁷ Bij een afwijzing van een zuiver

222. HR 26 juni 1964, NJ 1965, 2 m.nt. GJS (*Willemse*), HR 25 november 1977, NJ 1978, 255 m.nt. MS (*Plassenschap Loosdrecht*), HR 28 februari 1992, NJ 1992, 301 m.nt. MS (*Changoe*) en HR 17 december 2004, NJ 2005, 361.

223. HR 28 februari 1992, NJ 1992, 301 m.nt. MS (*Changoe*), HR 17 december 1999, NJ 2000, 87 (Groningen/Raatgever) en HR 15 november 2002, NJ 2003, 617, m.nt. MS (*Staat/Zevenbergen*).

224. Zie HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 171 (*Verhoeven c.s. tegen Lammers c.s. en de gemeente Heeze-Leenden*): Van betrokkenen kon niet worden gevergd om de bestuursrechter verder te adiëren dan zij hebben gedaan. Echter: HR 7 mei 2004, NJ 2005, 131: voor een uitzondering op het beginsel van de formele rechtskracht in een geval als het onderhavige waarin de procedure bij de bestuursrechter niet heeft geleid tot de vernietiging van het bestreden bestuursbesluit, is alleen dan plaats indien moet worden geoordeeld dat in de procedure bij de bestuursrechter is gehandeld in strijd met een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer gesproken kan worden van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak.

225. Hiermee wordt bedoeld een zelfstandig, dus los van een lopende procedure genomen of te nemen, besluit ter zake van geleden schade. Onder *onzuivere* of *onzelfstandige* schadebesluiten wordt verstaan die besluiten die deel uitmaken van een besluit dat primair betrekking heeft op iets anders (bijv. een vergunning, een vrijstelling of een maatregel). Vgl. Schueler 2005, p. 37.

226. HR 17 december 1999, NJ 2000, 87 (*Groningen/Raatgever*) en HR 15 november 2002, NJ 2003, 617, m.nt. MS.

227. MvT II 1991-1992, nr. 3, p. 149.

schadebesluit kan (nog) een beroep op de burgerlijke rechter worden gedaan en hoeft niet het administratiefrechtelijke traject van bezwaar, beroep en hoger beroep te worden afgelopen.²²⁸

Die mogelijkheid staat *niet* (meer) open wanneer de bestuursrechter de claim al heeft afgewezen.²²⁹ De Hoge Raad heeft zich niet expliciet uitgesproken of, en zo ja, in hoeverre de civiele rechter reeds bevoegd is wanneer nog niet vaststaat dat de overheidswerkgever jegens de betrokken ambtenaar onrechtmatig heeft gehandeld.

Koetsier is van mening dat toegang tot de civiele rechter slechts mogelijk is indien de bestuursrechter de onrechtmatigheid heeft vastgesteld.²³⁰

Vegter²³¹ verwijst naar de rechtbank Rotterdam²³² die geen probleem maakte, zolang maar niet twee keer eenzelfde schade wordt vergoed

Soms kan ook een rechtmatig overheidshandelen tot schadeplichtigheid leiden. Dat wordt in het bestuursrecht ook wel aangeduid als nadeelcompensatie. Een bestuursorgaan kan slechts een appellabel schadebesluit nemen wanneer de schade is veroorzaakt door een appellabele oorzaak of indien een wettelijk voorschrift of een behoorlijk bekendgemaakte beleidsregel daarvoor een grondslag geeft.²³³ In de overige gevallen is de beslissing op een verzoek om nadeelcompensatie onder het huidige recht geen appellabel besluit, zodat daartegen geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. In dat geval dient de civielrechtelijke weg te worden gevolgd.

Voor al het andere overheidshandelen dan schade veroorzaakt door een appellabel besluit is de burgerlijke rechter bij uitsluiting bevoegd van een geschil omtrent onrechtmatig overheidshandelen kennis te nemen. Dat betekent dat ook schade als gevolg van feitelijk handelen in beginsel bij de burgerlijke rechter moet worden gevorderd.

Castermans is van mening dat de ambtenaar beter af is bij de bestuursrechter. Het is goedkoper en eenvoudiger dan het burgerlijk (proces) recht.²³⁴

228. HR 17 december 1999, NJ 2000, 87 (*Groningen/Raatgever*). Schueler 2005, p. 84-85.

229. Vegter 2005, p. 178, verwijzend naar het arrest *Groningen/Raatgever* een niet gepubliceerde uitspraak Hof Amsterdam 14 november 2002, rolnr. 02/226.

230. Koetsier 2003, p. 51-51.

231. Vegter 2005, p. 178.

232. Rb. Rotterdam 6 augustus 2003, *Letsel & schade* 2003 nr. 3, p. 37-40.

233. ARRvS 14 mei 1986, AB 1986, 568, m.nt. PCEvW (*Metroschade Rotterdam*) en ABRvS 3 april 2000, AB 2000, 222, m.nt. MSV.

234. Castermans 2003, p. 120.

Schueler acht het bewijsrecht onvoldoende.²³⁵

Ik ben het wat dat betreft met Schueler eens. Het feit dat het bestuursrecht met de vrij-bewijsleer werkt en in beginsel niet werkt met een bewijsopdracht waarbij de regie over de bewijslevering aan de rechter wordt voorbehouden, geef ik de voorkeur aan de burgerlijke rechter boven de bestuursrechter.

7.5.9 *Voorontwerp overheidsaansprakelijkheidsrecht*

Er bestaan plannen om de overheidsaansprakelijkheid ingrijpend te wijzigen.²³⁶ Blijkens de memorie van toelichting op het voorontwerp ziet deze regeling op twee vormen van overheidsaansprakelijkheid, te weten nadeelcompensatie (rechtmatige overheidsdaad) en overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidsdaad.²³⁷

Het voorontwerp overheidsaansprakelijkheidsrecht bepaalt in een nieuw toe te voegen artikel 8:89 Awb dat in het geval de schade wordt veroorzaakt door een besluit waarover de Centrale Raad van Beroep of de belastingkamer van de Hoge Raad in enige of hoogste instantie oordeelt, de bestuursrechter bij uitsluiting bevoegd is (eerste lid). In de *overige* gevallen is de bestuursrechter bevoegd voor zover de gevraagde vergoeding ten hoogste € 5.000 bedraagt met inbegrip van de tot aan de dag van het verzoek verschenen rente, en onverminderd het recht van de belanghebbende om op grond van andere wettelijke bepalingen schadevergoeding te vragen (tweede lid). Het zelfstandig schadebesluit als toegang tot de bestuursrechter zal verdwijnen. Daarvoor in de plaats komt een verzoekschriftprocedure.²³⁸

Schueler acht het op zichzelf een stap vooruit om de bestuursrechter exclusief bevoegd te maken. In zijn visie dient het verkrijgen van met elkaar tegenstrijdige uitspraken zoveel mogelijk te worden tegengegaan. Hij ziet echter onder meer als nadeel dat het bewijsrecht in het bestuursprocesrecht onvoldoende is geregeld.²³⁹ Ook andere schrijvers hebben

235. Schueler 2007, p. 293.

236. Zie hieromtrent ook *NJB* 15 juni 2007, p. 1498-1500. De regeling betreft zowel de rechtmatige als de onrechtmatige overheidsdaad. Dit voorontwerp is onder meer te vinden op: http://www.ser.nl/~media/DB_Deeladviezen/2000%202009/2007/20071004_wetsvoorstel.ashx.

237. http://www.ser.nl/~media/DB_Deeladviezen/2000%202009/2007/20071004_wetsvoorstel.ashx, pagina 9.

238. Zie nader: Schlössels 2007.

239. Schueler 2007, p. 293.

kritiek op dit voorstel geuit.²⁴⁰ Deze kritiek betreft in hoofdzaak het compromiskarakter en het ontbreken van een langere termijnvisie²⁴¹, zodat ik die argumentatie hier verder buiten beschouwing laat.

Dit ontwerp verandert de positie voor een ambtenaar die zijn overheidswerkgever aanspreekt uit hoofde van een dienstongeval of een beroepsziekte, omdat het voor vorderingen hoger dan € 5.000 de pas afsnijdt naar de bestuursrechter. Het betreft immers noch een aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad, noch een aansprakelijkheid uit hoofde van een onrechtmatig besluit. Het zal doorgaans een vordering betreffen die de € 5.000,= te boven gaat, zodat indachtig het nieuwe artikel 8:89 Awb tweede lid dat bepaalt:

‘In de overige gevallen is de bestuursrechter bevoegd voor zover de gevraagde vergoeding ten hoogste € 5.000 bedraagt met inbegrip van de tot aan de dag van het verzoek verschenen rente, en onverminderd het recht van de belanghebbende om op grond van andere wettelijke bepalingen schadevergoeding te vragen.’

Aldus is in beginsel de burgerlijke rechter aangewezen om kennis te nemen van dergelijke vorderingen. Een zuiver schadebesluit valt in de nieuwe regeling niet onder lid 1 van dat nieuwe artikel 8:89 Awb, dat luidt:

‘In geval de schade wordt veroorzaakt door een besluit waarover de Central Raad van Beroep of de belastingkamer van de Hoge Raad in enige of hoogste instantie oordeelt, is de bestuursrechter bij uitsluiting bevoegd.’

Vanuit het oogpunt van bewijsrecht kan dit worden toegejuicht. In dat verband zou het dan voorkeur verdienen om ook het civiele bewijsrecht integraal van toepassing te verklaren, inclusief de toepassing van de omkeringsregel.

240. Zie onder meer: Polak 2007, Schlössels 2007, Barkhuysen 2007, Jurgens 2007, De Graaf & Marseille 2007 en Van Ravels 2008.

241. Zoals de toedeling van een vordering boven de € 5.000,= aan de burgerlijke rechter.

7.5.10 *Naar een risicoaansprakelijkheid voor dienstongevallen en beroepsziekten in het ambtenarenrecht?*

In hoofdstuk 5, paragraaf 5.5.32 is aangegeven dat er thans vanuit het oogpunt van de stelplicht en bewijslast gezien, sprake is van een niet-eenvoudige regeling. Niet alleen is er de regeling van 7:658 BW in vier trappen. Ook neemt de regeling van artikel 7:611 BW voor werkgerelateerde ongevallen, waarbij de werkgever geen zeggenschap heeft over de plaats van het ongeval, een grote vlucht. Weliswaar wordt laatstgenoemd artikel niet (zonder meer) analoog toegepast, maar de vraag kan worden gesteld of niet (ook) op dit punt een gelijkstelling met het civiele recht zou moeten plaatsvinden. Derhalve is daar de vraag gesteld of dit stelsel niet kan worden vereenvoudigd.

Faure en Hartlief noemen in dat verband als mogelijkheden de directe schadeverzekering en de Extra Garantieregeling Beroepsziekten (EGB)²⁴². In het eerste geval is de werkgever verzekerd tegen alle werkgerelateerde schade die een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden overkomt. In het andere geval wordt een collectieve publiekrechtelijke regeling in het leven geroepen waarop werknemers en ambtenaren in het geval van een arbeidsongeval en beroepsziekte een beroep kunnen doen.²⁴³

De vraag die zich dan voordoet of er niet ook voor ambtenaren een directe schadeverzekering voor *alle* werkgerelateerde schade zou kunnen worden ingevoerd. Bij de no-faultbasis is reeds sprake van een risicoaansprakelijkheid en is de vraag of de overheidswerkgever haar zorgplicht heeft geschonden niet aan de orde. Voor de aansprakelijkheid op faultbasis betekent dit dat de aansprakelijkheid analoog aan 7:658 BW ook zou moeten geschieden op basis van een risicoaansprakelijkheid. Het onderscheid fault/no-faultbasis komt naar de aard alsdan te vervallen, nu in beginsel voldoende is dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden.

Het criterium voor risicoaansprakelijkheid: werkgerelateerde schade

Het criterium zou dan, evenals in het BW, moeten zijn dat de schade *werkgerelateerd* is. De schade moet zijn geleden in de uitoefening van zijn

242. Faure & Hartlief 2006, p. 179-207, zie ook Faure & Hartlief 2001.

243. Faure & Hartlief 2006, p. 179-207.

werkzaamheden. Daaronder zou in beginsel *alles* moeten vallen dat een werknemer in redelijkheid tijdens de reguliere arbeidstijd gehouden is te doen uit hoofde van de uitoefening van zijn werkzaamheden. *Buiten* de reguliere arbeidstijd zou de schade moeten zijn ontstaan als gevolg van een uitdrukkelijke of stilzwijgende opdracht van de werkgever. Het moet dus ook in dit geval gaan om schade die de ambtenaar in de uitoefening van de werkzaamheden heeft geleden.

Zoals hierboven weergegeven ziet de 7:611 BW-aansprakelijkheid op zaken waarbij de schade in de uitoefening van de werkzaamheden heeft plaatsgevonden, maar waar de werkgever geen zeggenschap heeft over de werkplek en evenmin vanuit de zorgplicht ex artikel 7:658 BW andere maatregelen dient te nemen (verkeer, eigen auto, thuissituatie etc.).

Algehele verzekeringsplicht overheidswerkgever voor werkgerelateerde schade werknemer

Voor verkeersongevallen tijdens werktijd of welke gerelateerd zijn aan het werk heeft de Hoge Raad al een verzekeringsplicht aangenomen.²⁴⁴ Naar mijn mening zou het aanbeveling verdienen indien dat voor het *gehele* werkgeversaansprakelijkheidsrecht – dus ook voor ambtenaren – zou gelden. De premie zal dan afhankelijk zijn van het te lopen risico en van de maatregelen die de overheidswerkgever genomen heeft om de risico's zoveel mogelijk tegen te gaan.

Vereenvoudiging stelplicht en bewijslast

Het vestigen van een risicoaansprakelijkheid – behoudens opzet of bewuste roekeloosheid – betekent dat de disculpatiemogelijkheid van de overheidswerkgever ten aanzien van de zorgplicht geheel komt te vervallen en dus ook de daarbij behorende stelplicht en bewijslast daarvan van de werkgever en de stelplicht van de schending daarvan door de ambtenaar.

Wat dan ook verdwijnt is de uiterst grillige, en aan een ambtenaar die het overkomt niet uit te leggen, situatie, dat niet – uitsluitend – bepalend is voor de vraag of de werknemer zijn schade vergoed krijgt of het ongeval arbeidsgerelateerd is en voor wat de *no-faultbasis* betreft,

244. HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 178 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*) en *RvdW* 2008, 176 (*Maasman/Akzo Nobel*).

ook de eis dat de ambtenaar ter zake van het ongeval of de beroepsziekte geen verwijt kan worden gemaakt.

In dat verband zou een voorstel voor een nieuw, op 7:658 BW gestoeld rechtspositioneel artikel in de diverse rechtspositionele regelingen er aldus kunnen uitzien:

1. De dienst is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de ambtenaar zijn werkzaamheden doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.
2. De dienst is jegens de ambtenaar aansprakelijk voor de schade die de ambtenaar in of in verband met de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoonst dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.
3. De dienst is gehouden het krachtens het tweede lid op hem rustende risico afdoende te verzekeren.
4. Van de leden 1, 2 en 3 en van hetgeen titel 3 van Boek 6, bepaalt over de aansprakelijkheid van de werkgever kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken.

Daarnaast zullen dan de diverse rechtspositionele besluiten nadere regelingen moeten treffen voor de (inkomens)schade die de ambtenaar lijdt als gevolg van het feit dat het dienstongeval of de beroepsziekte. Feitelijk zullen dat – in financiële zin – communicerende vaten zijn, nu een suppletierегeling op een lager loon voor passend werk of als aanvulling op een maandelijks uitkering uit hoofde van arbeidsongeschiktheid van rechtstreekse invloed is op de hoogte van de door de ambtenaar te lijden schade als gevolg van een dienstongeval of een beroepsziekte.

7.5.11 *Conclusie overheidswerkgeversaansprakelijkheid*

Er is sprake van een analoge toepassing van artikel 7:658 BW. In enkele gevallen past de CRvB ook de omkeringsregel toe. Analoge toepassing van de jurisprudentie van de Hoge Raad ex artikel 7:658 BW wordt ver-

worpen, evenals analoge toepassing van artikel 7:611 BW. Artikel 4:2²⁴⁵ en 3:2²⁴⁶ Awb zijn ook hier van toepassing en dienen dus bij het voorbereiden en nemen van een zuiver schadebesluit in acht te worden genomen.²⁴⁷

Vanaf het begin dient de aanvrager dus al bewijs van zijn schade en van het causaal verband te leveren.²⁴⁸ De ambtenaar die om schadevergoeding heeft verzocht, dient voldoende feiten te stellen – en deze zoveel mogelijk te onderbouwen – waaruit kan worden afgeleid dat hij tijdens zijn werkzaamheden substantieel aan asbest is blootgesteld. Daarbij geldt dat de aanvrager van het schadebesluit het bestuursorgaan in ieder geval voldoende concrete aanknopingspunten moet bieden om op zinvolle wijze een onderzoek naar de beweerde blootstelling te kunnen instellen.

De eis van ‘buitensporige omstandigheden’ kan ertoe leiden dat een persoonlijke predispositie voor risico komt van de ambtenaar.

Ook in het bestuursrecht bestaat de mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid. Artikel 115 ARAR kan worden gezien als uitdrukking van de norm van goed werkgeverschap, maar dit artikel geeft betrokke geen aanspraak op volledige vergoeding van de restschade.

Ook in het ambtenarenrecht kunnen worden gedacht aan een risicoaansprakelijkheid voor de schade die een ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft geleden. Dit zou een aanmerkelijke vereenvoudiging van de stelplicht en bewijslast tot gevolg kunnen hebben.

7.6 Ontslag

7.6.1 *Inleiding en wettelijk kader*

In het ARAR zijn ter uitvoering van artikel 125 Aw de ontslagbepalingen te vinden in de artikelen 80 t/m 104a.²⁴⁹ In het CAR/UWO in hoofdstuk 8, zijn dat de artikelen 8:1 t/m 8:17.²⁵⁰ Een ambtenaar kan van rechts-

245. De verplichting van de aanvrager om voldoende informatie te verstrekken om de aanvraag in behandeling te kunnen nemen.

246. De verplichting van het bestuursorgaan om voorafgaand aan het te nemen besluit deugdelijk onderzoek naar de feiten te doen.

247. CRvB 9 januari 2003, TAR 2003, 62. De CRvB overweegt met zoveel woorden dat de stelplicht van appellant berust op artikel 4:2, tweede lid, Awb. Zie ook: Schueler 2005, p. 67.

248. Schueler 2005, p. 67.

249. In het bijzonder artikel 93 ARAR.

250. In het bijzonder artikel 8:15:3 CAR/UWO.

wege worden ontslagen, bijvoorbeeld omdat de tijd waarvoor de aanstelling is aangegaan, is verstreken. Aan een ambtenaar kan ook op eigen verzoek²⁵¹ ontslag worden verleend. Evenals de aanstelling kan ook een ontslag alleen door middel van een eenzijdige rechtshandeling door het bevoegd gezag worden gegeven.²⁵² Een ambtenaar kan dus zelf geen ontslag nemen, doch dient dit steeds te verzoeken, waarna het aan het bevoegd gezag is om dat te verlenen.²⁵³ Daarnaast kunnen zowel de ambtenaar in vaste dienst als in tijdelijke dienst ongevraagd ontslag worden gegeven.

7.6.2 *Ontslag op eigen verzoek*

Het ontslag op eigen verzoek is geregeld in artikel 94 ARAR respectievelijk 8:1 en 8:11 CAR/UWO.

Een ontslagname mag niet onder dwang, bijvoorbeeld van een dreiging met een aangifte bij de politie, worden gedaan.²⁵⁴ Ook moet worden gewaakt voor de opwelling van het moment.

Uit de houding of gedraging van de ambtenaar behoort te worden afgeleid dat hij daadwerkelijk de wil heeft om ontslag te nemen. Er moet dus sprake zijn van een onmiskenbare op beëindiging van de ambtelijke aanstelling gerichte wil en dus van een reëel ontslagverzoek.²⁵⁵

Niet is toegestaan een ambtenaar aan een schriftelijk stuk te houden waarin staat dat hij bij het niet voldoen aan bepaalde afspraken/normen ontslag neemt. Een van de voorwaarden voor het bestaan van een ontslagverzoek is dat het tot een eigen en in vrijheid genomen besluit van de ambtenaar kan worden herleid. Daarvan is geen sprake in het geval betrokkene het ontslag niet (meer) wenste. Op die grond kan dan ook geen (geldig) ontslag op eigen verzoek worden verleend.²⁵⁶

251. Artikel 94 en 94a ARAR en artikel 8:1 en 8:11 CAR/UWO.

252. Van Zutphen 1991, p. 234.

253. Weigering van een verzocht ontslag is ook mogelijk, aldus Stuiver 2007, p. 51. Anders: Van Zutphen 1991, p. 234, die uit het imperatief gesteld artikel 94 eerste lid ARAR en CRvB 31 maart 1988, TAR 1988, 121 afleidt dat een verzocht ontslag ook *wordt* verleend en afwijzing niet mogelijk is.

254. Hetgeen moet worden onderscheiden van de situatie dat de ambtenaar, geconfronteerd met aankomend strafontslag 'de eer aan zichzelf houdt'.

255. CRvB 13 mei 2004, TAR 2004, 163. Zie ook Van Zutphen 1991, p. 239.

256. CRvB 3 januari 2008, TAR 2008, 86. Zie ook CRvB 4 december 1986, TAR 1987, 34.

Van een verzoek om ontslag is sprake indien uit het gedrag of de houding van de ambtenaar behoort te worden afgeleid dat hij de wil heeft om een ontslagverzoek te doen.²⁵⁷

Nu het rechtsgevolg waarop in casu het bevoegd gezag zich beroept, te weten dat de ambtenaar heeft bedoeld zelf ontslag te nemen, wordt ingeroepen door het bevoegd gezag, rusten de stelplicht en bewijslast van die stelling op het bevoegd gezag.

Het ontslag dient op een wilsuïting te berusten. Het is denkbaar dat sprake is van een 'defecte' wil. Het bestuursorgaan zal zich er daarom van moeten overtuigen dat de betrokkene daadwerkelijk ontslag wil nemen en zo dit niet het geval is, het verzoek dienen af te wijzen. Voor zover er sprake is van een defecte wil als gevolg van een psychische stoornis, is van belang of die stoornis zodanig was dat de betrokken ambtenaar de gevolgen van het ontslagverzoek niet kon inzien.²⁵⁸ Er moet ook daadwerkelijk op alle punten van het ontslag overeenstemming zijn bereikt.²⁵⁹ Een *schriftelijk* verzoek is niet vereist.²⁶⁰ Een ontslagverzoek van de ambtenaar kan ook uit feitelijk handelen worden afgeleid.²⁶¹

Dit behoort naar mijn mening overigens tot de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan als bedoeld in artikel 3:2 Awb. In dat kader zal het bevoegd gezag zich ervan moeten vergewissen of een ontslag daadwerkelijk en ondubbelzinnig door de ambtenaar wordt gewild.²⁶² Voor het overige zal op de ambtenaar de stelplicht en bewijslast rusten van zijn stelling dat hij het ontslag niet werkelijk heeft gewild en op het bestuursorgaan dat het behoorlijk heeft geverifieerd of de ambtenaar daadwerkelijk ontslag heeft willen aanvragen.

7.6.3 *Ontslag anders dan op eigen verzoek*

Ambtenaren kunnen om verschillende redenen onvrijwillig worden ontslagen. Denkbaar zijn ontslag²⁶³:

257. Zie ook nader: Stuiver 2007, par. 3.5.

258. CRvB 15 augustus 1996, *TAR* 1996, 173 en Rb. 's-Gravenhage 15 april 2003, *TAR* 2003, 16.

259. CRvB 25 juli 2002, *TAR* 2002, 162.

260. CRvB 29 oktober 1998, *TAR* 1999, 4. CRvB 25 juli 2002, *TAR* 2002, 162.

261. CRvB 25 juli 2002, *TAR* 2002, 162.

262. Vgl. Van Zutphen 1991, p. 239-243.

263. Opsomming ontleend aan Apol e.a. 2005, p. 144-145.

- a. wegens verlies van benoembaarheid;
- b. wegens het verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens bij de sollicitatie;
- c. wegens ondercuratelestelling;
- d. wegens lijfswang wegens schulden;
- e. wegens veroordeling tot vrijheidsstraf wegens misdrijf of wegens ernstig plichtsverzuim;
- f. wegens opheffing betrekking, overtolligheid wegens reorganisatie of inkrimping van het personeel;
- g. wegens bezwaren tegen verplaatsing;
- h. na non-activiteit of na buitengewoon verlof van lange duur;
- i. wegens functioneel leeftijdsontslag of een daaraan verwante regeling;
- j. wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd;
- k. wegens blijvende ongeschiktheid of onbekwaamheid anders dan wegens ziekte of gebreken;
- l. wegens blijvende ongeschiktheid op grond van ziekte of gebreken;
- m. uit vaste dienst tijdens of aan het einde van de proeftijd, dan wel na expiratie van bepaalde tijd;
- n. uit vaste dienst om een reden niet in het ambtenarenreglement genoemd.

Daarbij dient wel te worden bedacht dat een ambtenaar in vaste dienst uitsluitend op basis van een rechtspositionele ontslaggrond kan worden ontslagen.²⁶⁴ Het bestuursorgaan heeft de vrijheid in de keuze van de ontslaggrond.²⁶⁵ Op basis van hetzelfde feitencomplex mogen meerdere ontslaggronden alternatief aan het ontslag ten grondslag worden gelegd.

Ontslag wegens gronden gelegen in de persoonlijke sfeer van de ambtenaar

Grond a (verlies van benoembaarheid) spreekt voor zich.²⁶⁶ Er zal ook doorgaans weinig inhoudelijke discussie bestaan betreffende de aanwezigheid van deze grond.

²⁶⁴. Stuiver 2007, p. 62.

²⁶⁵. CRvB 29 juli 1993, TAR 1993, 204 en CRvB 18 augustus 1994, TAR 1994, 210.

²⁶⁶. Zie omtrent deze grond nader Van Zutphen 1991, p. 286-288. Zie ook CRvB 18 december 2003, TAR 2004, 150.

Grond b (verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens bij sollicitatie) betreft verzwijging van voor de functie essentiële informatie. Het enkele feit dat bij een sollicitatie geen vragen mogen worden gesteld over de gezondheidstoestand van de sollicitant (Wet medische keuringen) betekent niet dat de sollicitant onder geen enkele omstandigheid gehouden is relevante informatie over zijn gezondheid uit eigen beweging te verstrekken. Plicht tot spreken bestaat waar het gaat om feiten of omstandigheden die zijn medische situatie betreffen en die een reële bedreiging kunnen vormen voor het voldoen aan specifieke eisen die de functie stelt.²⁶⁷ Indien de verzwegen informatie onverenigbaar is met de aanstelling laat de CRvB het ontslag in stand.²⁶⁸ Ook kan het verzwijgen dat men in de vorige betrekking herplaatsingskandidaat was leiden tot een vertrouwensbreuk op grond waarvan een ontslag stand houdt.²⁶⁹ Het verstrekken van onjuiste gegevens of het wekken van een onjuiste voorstelling van zaken kan zelfs bijdragen aan of leiden tot een strafontslag.²⁷⁰

Grond c. (ondercuratelestelling) lijkt, gelet op het feit dat gepubliceerde jurisprudentie ontbreekt, vrij zelden problemen te geven.²⁷¹

Grond d. (lijfswang en schulden), openbaart zich in de jurisprudentie meestal in de vorm van een ontslag wegens een door derden gelegd loonbeslag²⁷². Lijfswang komt nog zelden voor.²⁷³

Grond e. (onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling of ernstig plichtsverzuim) Zowel een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling als ernstig plichtsverzuim kan een grond zijn voor ontslag. Het zal van de aard en de ernst van de veroordeling of van het plichtsverzuim afhangen of dit een valide ontslaggrond is. Ook zal de aard van de func-

267. CRvB 26 april 2007, TAR 2007, 124. In casu rechtvaardigt het vermoeden van het hebben van een aandoening die betrokkene niet had mogen verzwijgen nog niet tot ontslag, maar dit vermoeden had het bestuursorgaan tot nader onderzoek dienen te bewegen.

268. Zie bijvoorbeeld CRvB 14 december 1995, TAR 1996, 33.

269. CRvB 2 juni 2005, TAR 2005, 126.

270. CRvB 22 mei 2008, TAR 2009, 1. In casu had de betrokken ambtenaar overigen ook tijdens werktijd zich bezig gehouden met autohandel via de door de werkgever verstrekte voorzieningen.

271. Zie nader: Van Zutphen 1991, p. 290-291.

272. Zie bijvoorbeeld CRvB 29 november 1988, TAR 1989, 26, CRvB 22 november 2001, TAR 2002, 53. Zie verder Van Zutphen 1991, p. 292.

273. De enige in de TAR gepubliceerde uitspraak gaat over het verkrijgen van verlof door de HTM tot het toepassen van lijfswang: Pres. Rb. Den Haag 13 mei 1991, TAR 1991, 159.

tie kunnen meebrengen dat er sneller sprake is van een grond voor ontslag. Het kan daarbij gaan om activiteiten gepleegd in privé-tijd.²⁷⁴

Het bestuursorgaan zal dit naar behoren in het ontslagbesluit moeten motiveren.²⁷⁵ Een ambtenaar die zich schuldig maakt aan plichtsverzuim kan op grond van artikel 80 ARAR en 8:13 CAR/UWO worden gestraft. De zwaarste straf op grond van artikel 81 lid 1 ARAR en artikel 8:13 CAR/UWO is een strafontslag.

Grond f: (ontslag wegens opheffing betrekking, overtolligheid wegens reorganisatie of inkrimping van personeel). Reorganisaties bij rijks- en lokale overheden verschillen van elkaar. In het ARAR is hoofdstuk 7 bepalend. Men tracht de rijksambtenaar zoveel mogelijk te herplaatsen.²⁷⁶ Bij gemeentelijke en andere overheden zijn toepasselijk artikel 8:4 en 8:4:1 CAR/UWO. Daar wordt reorganisatieontslag verleend wegens opheffing van de functie of op basis van overtolligheid.

In beide situaties dient er door het bestuursorgaan voor de betrokken ambtenaar te worden gezocht naar een passende andere functie alvorens tot ontslag kan worden overgegaan.²⁷⁷ Artikel 49g ARAR legt op het bevoegd gezag de verplichting om de overtollige ambtenaar binnen 18 maanden tenminste één passende functie aan te bieden.²⁷⁸ Artikel 8:4:1 bepaalt dat een ontslag op grond van artikel 8:4 CAR/UWO slechts kan plaatsvinden indien herplaatsing in een andere functie met passende werkzaamheden binnen de openbare dienst van de gemeente na zorgvuldig onderzoek niet kan plaatsvinden, dan wel dat de ambtenaar deze passende werkzaamheden heeft geweigerd. Een passende functie kan ook zijn gelegen in zijn eigen geprivatiseerde functie.²⁷⁹

In het geval van een reorganisatieontslag dient het bevoegd gezag aan de ambtenaar tenminste binnen 18 maanden één passende functie

274. CRvB 6 mei 2004, TAR 2005, 17: plichtsverzuim bestond uit in privé-tijd plegen van een poging tot doodslag door middel van het inrijden met een auto op een medewerker van een restaurant en het mishandelen en bedreigen van medewerkers van dat restaurant.

275. Zie bijvoorbeeld CRvB 7 december 2006, TAR 2007, 47.

276. Vgl. Stuver 2007, p. 65.

277. Vgl. Stuver 2007, par. 4.3. ev. (sector Rijk) en 4.7 (sector gemeenten).

278. Vgl. CRvB 2 oktober 2003, TAR 2004, 26 in welk geval het reorganisatieontslag van de ambtenaar bij gebreke van een aangeboden functie werd vernietigd.

279. CRvB 24 maart 2005, TAR 2006, 1.

aan te bieden.²⁸⁰ Dit lijdt uitzondering indien het onmogelijk is gebleken een dergelijke functie te bieden.²⁸¹

Grond g en h: ontslag wegens bezwaar tegen overplaatsing of wegens terugkeer na lang buitengewoon verlof

Bezwaar tegen verplaatsing (ad g.) spreekt verder voor zich. Indien de dienst naar een ander deel van het land wordt verplaatst is niet iedereen in staat te volgen. Terugkeer na buitengewoon verlof van lange duur (ad. h.) kan tot gevolg hebben dat er voor de bewuste ambtenaar inmiddels geen plaats of functie meer is.

Grond k: ontslag wegens blijvende ongeschiktheid of onbekwaamheid anders dan wegens ziekte of gebreken

Ongeschikt is de ambtenaar die behept is met eigenschappen van karakter, geest of gemoed waardoor hij zich op een bepaalde manier gedraagt of op een bepaalde manier handelt die hem ongeschikt maken voor de functie.²⁸²

Onbekwaam is de ambtenaar die bij herhaling ervan blijk heeft gegeven een gebrek aan kennis en/of kunde te beschikken, als gevolg waarvan de ambtenaar in redelijkheid niet langer kan worden gehandhaafd in zijn functie.²⁸³ Onbekwaamheid kan worden gezien als een bijzondere vorm van ongeschiktheid.²⁸⁴

Ongeschiktheid kan blijken uit een reeks gedragingen, maar kan ook worden afgeleid uit een enkele gedraging.²⁸⁵ Dit behoeven geen gedragingen te zijn tijdens werk, maar deze gedragingen kunnen ook worden gepleegd in de privésfeer of -tijd.²⁸⁶ De ongeschiktheid moet echter het door hem beklede ambt betreffen.²⁸⁷ Het betreft een discretionaire

280. CRvB 2 oktober 2003, *TAR* 2004, 26.

281. Rb 's-Gravenhage 1 juni 2007, *TAR* 2007, 135.

282. CRvB 23 januari 1976, *TAR* 1976, 103 en Rb 's-Gravenhage 9 maart 1999, *TAR* 1999, 82. Zie ook Schaap 2008, p. 705-707.

283. Stuiver 2007, p. 117, Korteweg-Wiers c.s. 2003, p. 203 en Van Zutphen 1991, p. 267-268.

284. Van Zutphen 1991, p. 268.

285. Van Zutphen 1991, p. 271.

286. Van Zutphen 1991, p. 272. Zie bijvoorbeeld recent: CRvB 6 maart 2008, *TAR* 2008, 118 (*Rijden onder invloed Marechaussee buiten diensttijd*).

287. Van Zutphen 1991, p. 273.

ontslaggrond, zodat het bevoegd gezag niet tot ontslag *hoeft* over te gaan bij functionele ongeschiktheid. Het kan de ambtenaar ook passend ander werk aanbieden.

Een ongeschiktheidsontslag op basis van het ontbreken van eigenschappen, mentaliteit en instelling die voor het op goede wijze vervullen van de functie vereist zijn – moet worden aangetoond aan de hand van concrete gedragingen van de ambtenaar. Van een dergelijk ontslag zal in het algemeen niet eerder sprake kunnen zijn dan nadat de ambtenaar door het bevoegd gezag op zijn functioneren of gedrag is aangesproken en in de gelegenheid is gesteld dit te verbeteren.²⁸⁸

Er zal voorts een belangenafweging moeten plaatsvinden.²⁸⁹

In de jurisprudentie gaat het minder vaak om ongeschiktheid of onbekwaamheid in de zin van gebrek aan kennis of vakbekwaamheid²⁹⁰, maar veeleer om een *onjuiste attitude*, zoals eigenzinnigheid²⁹¹, gebrek aan communicatie, ‘rijpheid’ en ‘zelfinzicht’²⁹² grensoverschrijdend gedrag tegenover vrouwelijke collega’s²⁹³, voor een goede vervulling van de functie noodzakelijke eigenschappen, mentaliteit en instelling²⁹⁴, een onvoldoende hulpvaardige houding ten opzichte van patiënten²⁹⁵ en omgang in de privésfeer met iemand met een criminele achtergrond.²⁹⁶ De wegens gebrek aan kennis of vakbekwaamheid ontslagen ambtenaren betreffen niet zelden de hoger opgeleide personen, zoals rechters in opleiding²⁹⁷ of een hoogleraar.²⁹⁸

Uit feiten en/of omstandigheden zal moeten blijken welke bezwaren het bevoegd gezag tegen de ambtenaar heeft.²⁹⁹ Het moet die bezwaren

288. CRvB 6 januari 2005, *LJN AS2575* en CRvB 10 januari 2008, *LJN BC2308*. Zie ook: Schaap 2008, p. 708-711.

289. Van Zutphen 1991, p. 278.

290. Vgl. Korteweg-Wiers 2003, p. 205.

291. CRvB 27 september 2001, *TAR 2001*, 158.

292. CRvB 3 mei 2007, *TAR 2007*, 172.

293. CRvB 15 maart 2001, *TAR 2001*, 62 en CRvB 4 december 2003, *TAR 2004*, 30 (*Stalkende politieagent*).

294. CRvB 6 november 2003, *TAR 2004*, 28.

295. Ag Amsterdam 30 mei 1984, *TAR 1984*, 188.

296. CRvB 27 mei 1999 *TAR 1999*, 120 en CRvB 10 mei 2007, *TAR 2007*, 176.

297. CRvB 13 april 2006, *TAR 2006*, 119 (*Rio Breda*), CRvB 9 maart 2006, *TAR 2006*, 2006, 89 (*Rio Den Haag*), CRvB 6 oktober 2005, *TAR 05*, 179. CRvB 26 mei 2005, *TAR 2006*, 3. (*Rio Rotterdam*).

298. CRvB 1 februari 2007, *TAR 2007*, 95 (*Hoogleraar TU Delft*).

299. CRvB 26 januari 1972, *AB 1973*, 134 en CRvB 19 oktober 2006, *TAR 2007*, 78.

met concrete voorbeelden kunnen onderbouwen.³⁰⁰ Dit is voor wat bewijsmiddelen betreft in principe vormvrij.³⁰¹

Er dient dus een dossier te worden opgebouwd.³⁰² Die dossieropbouw dient in veel gevallen vergezeld te gaan van een verbetertraject. Er zal moeten worden bekeken wat de functie omvat en vereist. Vervolgens dient te worden vastgesteld wat er bij de uitvoering door de bewuste ambtenaar aan schort. Daarna zal een traject dienen te worden ingezet met tenminste twee maal een evaluatiegesprek, waarbij de ambtenaar de gelegenheid krijgt zijn functioneren te verbeteren. Een dergelijke evaluatie kan plaatsvinden in een beoordeling. Ook dient hem eventueel op punten scholing te worden aangeboden. Indien het functioneren niet verbetert, dient de ambtenaar ruim voor het aflopen van het verbetertraject te worden gewaarschuwd dat bij het uitblijven van verbetering ontslag kan volgen.³⁰³

Na afloop van het traject kan in een evaluatiegesprek de eindconclusie worden getrokken.³⁰⁴ De duur van het traject is afhankelijk van de aard en inhoud van de functie.³⁰⁵

Een dergelijk traject is het meest effectief indien het verwijten betreffen met betrekking tot verbeterbare kennis, kunde en vaardigheden. Betreft het de hierboven genoemde onjuiste attitude, dan dient de ambtenaar uiteraard in voldoende mate in de gelegenheid te worden gesteld die attitude – zo mogelijk – bij te stellen. Lukt dat niet, bijvoorbeeld omdat karakters van volwassenen eenmaal nog moeilijk kunnen worden veranderd, dan zal het verbetertraject in dat geval worden benut voor het opbouwen van het dossier. Wanneer, zoals in CRvB 19 oktober 2006³⁰⁶, het een situatie betreft, waarbij het gestelde gebrekkige functioneren niet is gelegen in de karakterstructuur van de ambtenaar en dus mogelijk nog (meer) kan worden bijgestuurd, heeft vernietiging van

300. CRvB 10 april 1986, *TAR* 1986, 147 en CRvB 2 september 1986, *TAR* 1986, 248.

301. Van Zutphen 1991, p. 275 en CRvB 26 januari 1972, *AB* 1973, 134, CRvB 8 juni 1979, *AB* 1980, 287.

302. Van Zutphen 1991, p. 275.

303. Van Zutphen 1991, p. 276.

304. Zie bijvoorbeeld: CRvB 19 oktober 2006, *TAR* 2007, 78: stukken bieden onvoldoende grondslag voor de conclusie dat betrokkene is tekortgeschoten in zijn functioneren. Niet gebleken van voldoende verbeterkansen.

305. Zie bijvoorbeeld *Stuiver* 2007, p. 117 die een doorlooptijd hanteert van een jaar met gesprekken met tussenpozen van drie maanden.

306. CRvB 19 oktober 2006, *TAR* 2007, 78.

het aangevallen besluit op bezwaar zin. Anders betreft het slechts uitsstel van executie.

Ontslag wegens ongeschiktheid voor zijn functie betekent: de functie die laatstelijk voor het ziek worden vervulde en niet de tijdelijk in het kader van het herplaatsingsproces vervulde functie.³⁰⁷ Dat kan soms cru uitpakken: in het geval een ambtenaar, werkzaam bij Defensie, om medische redenen niet langer inzetbaar is voor uitzending naar buitenlandse missies – terwijl die eis wel voor iedereen geldt – is ontslag toegestaan, ook als de ziekte of het gebrek in en door de dienst is ontstaan.³⁰⁸

Bij medische arbeidsongeschiktheid past geen ontslag wegens ongeschiktheid anders dan wegens ziekte of gebrek.³⁰⁹ Soms worden ontslaggronden uit het BW analoog toegepast. De CRvB laat een ontslag wegens dringende redenen als bedoeld in de artikelen 7:678 en 7:679 BW in stand. De bewuste ambtenaar weigerde in het kader van pogingen haar na problemen en ziekte weer te re-integreren hardnekkig te voldoen aan de redelijke opdracht te gaan werken op andere locatie van de school waar veel werk voorhanden was.³¹⁰

In die gevallen, waarin aanwijzingen voorhanden zijn dat de ongeschiktheid van een ambtenaar (mede) voortkomt uit of samenhangt met een ziekte of gebrek of waarin gereede twijfel bestaat of het onvoldoende functioneren van een ambtenaar wordt veroorzaakt door het ontbreken van eigenschappen, mentaliteit en instelling die voor het op goede wijze vervullen van een functie vereist zijn dan wel door ziekte of gebreken, dient het bevoegd gezag onderzoek te doen naar het bestaan van een eventuele medische oorzaak van de ongeschiktheid.³¹¹

Volgens Schaap toetst de CRvB marginaal of het bestuursorgaan terecht stelt van zijn ontslagbevoegdheid wegens ongeschiktheid gebruik te maken. Hij leidt dat af uit de terughoudende wijze van toetsen van een beoordeling.³¹² Zie hiervoor uitgebreid paragraaf 7.6.5. Schaap motiveert dat met de stelling dat de rechter toch niet kan toetsen of de ambtenaar nu wel of niet deugdelijk die beleidsnotitie heeft opgesteld.

307. CRvB 8 augustus 2003, *TAR* 2003, 193.

308. CRvB 5 juni 2003, *TAR* 2003, 16.

309. CRvB 12 april 2007, *TAR* 2007, 104.

310. CRvB 18 september 2003, *TAR* 2004, 23.

311. CRvB 25 februari 1999, *LJN* AK6535, *TAR* 1999, 71) en CRvB 12 april 2007, *LJN* BA3020.

312. Schaap 2008, p. 706.

Het is aan het bestuursorgaan te bepalen aan welke eisen een beleidsnotitie dient te voldoen.³¹³

Vanuit het oogpunt van ongelijkheidscompensatie lijkt dit minder wenselijk. Aldus heeft een overheidswerkgever het veelal in zijn macht om eenvoudig te stellen dat een ambtenaar niet geschikt is voor zijn functie en bij gebreke van passende andere functies moet worden ontslagen. Juist hier moet worden gewaakt voor al te eenvoudig voor waar aangenomen stellingen van het bevoegd gezag. Bij gemotiveerde betwisting door de ambtenaar zal de bewijslast bij het bestuursorgaan moeten rusten, niet alleen van de ondeugdelijkheid van – in casu – de beleidsnotitie, maar ook dat de betrokken ambtenaar voldoende mogelijkheden heeft gehad zich de vaardigheden aan te leren die nodig zijn om een nota te schrijven die aan de eisen voldoet, alsmede dat de gevraagde standaard ook gangbaar is binnen de organisatie. Bij gebreke daarvan zal immers elke mogelijkheid van een ambtenaar om zich tegen een ongeschiktheidsontslag te verweren illusoir worden, waarmee de rechtsbescherming onder een acceptabel niveau dreigt te geraken.

Situatieve arbeidsongeschiktheid

Van situatieve arbeidsongeschiktheid wordt wel gesproken wanneer een ambtenaar inmiddels weer arbeidsgeschikt is gesteld voor zijn eigen werkzaamheden, maar niet kan re-integreren op zijn eigen werkplek omdat dit weer tot een hernieuwde uitval zal leiden. Vaak heeft dit te maken met een arbeidsconflict met de directe meerdere. De vraag die in een dergelijk geval eerst moet worden beantwoord – alvorens ontslag in beeld kan komen – is of er geen passend ander werk voorhanden is, bijvoorbeeld op een andere afdeling of onder een andere chef. Een ambtenaar moet dan wel meewerken aan het vinden van een goede oplossing.³¹⁴ De CRvB acht aangenomen situatieve arbeidsongeschiktheid op zichzelf genomen een arbeidsongeschiktheid op grond van ziekte of gebrek, zodat dit niet een grond kan zijn voor een ontslag wegens ongeschiktheid anders dan ziekte of gebrek.³¹⁵

313. Schaap 2008, p. 706.

314. CRvB 10 juni 1999, TAR 1999, 122.

315. CRvB 4 augustus 2005, TAR 2005, 144. Zie ook Schaap 2008, p. 711.

Grond l: ontslag wegens blijvende ongeschiktheid op grond van ziekte of gebreken

Sinds de invoering van de Wet Verbetering Poortwachter kan een ontslag wegens arbeidsongeschiktheid, gelijk in het civiele arbeidsrecht, eerst na 24 maanden plaatsvinden. Voordien moet de overheidswerkgever een deugdelijk herplaatsingsonderzoek hebben uitgevoerd. De inzet is steeds herplaatsing in een 'passende functie'. Dit herplaatsingsonderzoek dient zelfs plaats te vinden indien de ambtenaar voor 80-100% is afgekeurd.³¹⁶ Eerst wanneer het verrichten van *enige* arbeid als volstrekt hypothetisch moet worden beschouwd, kan een dergelijk herplaatsingsonderzoek achterwege blijven.³¹⁷ De ambtenaar dient in redelijkheid mee te werken aan onderzoek naar eventuele ziekte of gebreken. Weigert hij dat zonder daarvoor een genoegzame grond aan te voeren, dan dient voor zijn rekening en risico te komen dat geen eenduidig en overtuigend antwoord is verkregen op de gestelde vraag of er sprake is van een ongeschiktheid op grond van een ziekte of gebrek.³¹⁸

Volgens vaste rechtspraak van de Raad dienen bepalingen als hier aan de orde betreffende het herplaatsingsonderzoek door het betrokken bestuursorgaan nauwgezet in acht te worden genomen. Van het uitvoeren van een herplaatsingsonderzoek kan slechts worden afgezien als het verrichten van arbeid wegens de gezondheid van betrokkene als louter hypothetisch moet worden beschouwd. Dit betekent dat het bestuursorgaan concrete gegevens moet overleggen over de re-integratie van de betrokken ambtenaar.³¹⁹

Grond m: ontslag uit vaste dienst tijdens of aan het einde van de proeftijd, dan wel na expiratie van bepaalde tijd

Tijdens of aan het eind van de proeftijd kan een ambtenaar worden ontslagen. Het besluit om na het eind van een proeftijdaanstelling niet tot aanstelling in vaste dienst over te gaan is appellabel. De bestuursrechter toetst of de betrokken ambtenaar niet aan 'de in redelijkheid te stellen eisen of verwachtingen heeft voldaan'.³²⁰

316. CRvB 17 juli 2003, TAR 2004, 19.

317. CRvB 22 januari 2004, TAR 2004, 57.

318. CRvB 8 mei 2008, TAR 2008, 165.

319. CRvB 25 februari 2004, LJN AO4714 en CRvB 13 januari 2009, LJN BH2843

320. CRvB 18 maart 2004, TAR 2004, 90.

Een van rechtswege expireren van een aanstelling voor bepaalde tijd levert *op zichzelf* geen appellabel besluit op. Wel zou kunnen worden opgekomen tegen de weigering om de aanstelling niet te verlengen of om te zetten in een vaste aanstelling.

Grond n: ontslag op overige gronden

Artikel 99 ARAR en artikel 8:8 CAR/UWO bieden de mogelijkheid voor een ontslag ‘op andere gronden’. Deze grond wordt nog wel eens gebruikt wanneer de ambtenaar van de situatie geen verwijt kan worden gemaakt, maar men toch, vanwege bijvoorbeeld een incompatibilité d’humeurs, van elkaar af wil. Ook kan deze ontslaggrond worden gebruikt wanneer beide partijen schuld hebben aan de situatie.

Net als bij artikel 7:685 BW kan een ontslagvergoeding aan de orde komen. Die dient tenminste gelijk te zijn aan wachtgeld. De CRvB acht de kantonrechtersformule niet aan de orde, nu die formule is ontwikkeld voor gevallen van loonderving waarin niet (mede) door ambtelijke rechtspositieregelingen wordt voorzien.³²¹ Volgens Stuiver is de praktijk echter een andere en wordt die formule weldegelijk als referentiepunt voor een vergoeding gebruikt.³²²

Naar vaste jurisprudentie dienen redenen van gewichtige aard in overwegende mate betrekking te hebben op de persoon van betrokkene en zijn directe werksituatie.³²³ Ook kan deze ontslaggrond worden toegepast wanneer sprake is van een impasse die redelijkerwijs slechts kan worden doorbroken door beëindiging van de dienstbetrekking.³²⁴

De weigering een passende functie te aanvaarden waartoe het aanbod is gedaan zonder dat daarvoor – zoals hiervoor is gebleken – een deugdelijke grond aanwezig is, kan niet worden aangemerkt als een van de hier bedoelde omstandigheden. Recentelijk heeft de CRvB het mogelijk gemaakt om primaire en subsidiaire ontslaggronden in een besluit op te nemen.

De uitleg van een beëindigingsovereenkomst doet ook de CRvB aan de hand van het Haviltex-criterium:

321. CRvB 9 december 2004, TAR 2005, 34; CRvB 22 februari 2007, TAR 2007, 88; CRvB 12 april 2007, LJV BA 4242.

322. Stuiver 2007, p. 46.

323. CRvB 1 mei 1986, TAR 1986, 153 en CRvB 19 oktober 2006, TAR 2007, 78.

324. Bijvoorbeeld CRvB 9 december 2004, TAR 2005, 34.

‘3.3. De Raad stelt voorop dat de overeenkomst de neerslag vormt van afspraken die tussen partijen zijn gemaakt over de beëindiging van het ambtelijk dienstverband. In de tussen appellante en het college bestaande ambtenaarrechtelijke rechtsverhouding moeten deze afspraken worden aangemerkt als een nadere regeling inzake de uitoefening van de aan het college toekomende ontslagbevoegdheid. Aan deze ontslagregeling zijn partijen gebonden op grond van het beginsel van de rechtszekerheid, dat niet alleen voor de overheid maar ook voor de ambtenaar geldt. Dit beginsel brengt voor het bestuursorgaan met zich dat het – behoudens hier niet ter zake doende uitzonderingen – bij zijn besluitvorming de gemaakte afspraken in acht dient te nemen (CRvB 4 november 2004, LJN AR6107 en TAR 2005, 8). Bij de uitleg van een overeenkomst zoals hier aan de orde komt het, anders dan appellante heeft bepleit, niet uitsluitend aan op de bewoordingen van hetgeen in de overeenkomst is bepaald, maar ook op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan die bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.’³²⁵

Volgens vaste jurisprudentie brengt het beginsel van een behoorlijke belangenafweging met zich dat een ontslagverlening op overige gronden in het algemeen gepaard dient te gaan met toekenning van een aanspraak (garantie) op een uitkering die tenminste gelijk dient te zijn aan het voor de ambtenaar geldende totaal van uitkeringen berekend op basis van de werkloosheidswet (ww) en de voor hem geldende bovenwettelijke uitkeringen bij werkloosheid, als ware als gevolg van het ontslag geen sprake van verwijtbare werkloosheid als bedoeld in artikel 24 van de ww.³²⁶

7.6.4 *Stelplicht en bewijslast ontslaggronden*

Vooropgesteld dient te worden dat een ontslag anders dan op verzoek een ambtshalve besluit van een bestuursorgaan betreft. Wanneer er meerdere ontslaggronden op basis van hetzelfde feitencomplex mogelijk zijn mag het bestuursorgaan kiezen, zij het dat het dan wel die grond duidelijk moet motiveren:

‘4.4. (...) is de Raad van oordeel dat, zoals hij al eerder heeft overwogen (CRvB 18 augustus 1994, TAR 1994, 210 en 8 april 1999, RAWb 1999/142), in een geval

³²⁵. CRvB 22 mei 2008, TAR 2008, 171.

³²⁶. Bijvoorbeeld: CRvB 10 maart 2005, LJN AT0135 en CRvB 2 maart 2006, LJN AV 3953.

waarin ook andere gronden voor ontslag zijn aan te wijzen, het bestuursorgaan bij een samenloop van ontslaggronden een zekere keuzevrijheid toekomt. Wel moet de grond voor de gedane keuze duidelijk kunnen worden gemotiveerd.³²⁷

In beginsel heeft het bestuursorgaan de bewijslast met betrekking tot de juistheid van de aan het ontslag ten grondslag liggende feiten en omstandigheden. Het is dan aan de ambtenaar om in bezwaar, in beroep en in hoger beroep gemotiveerd te stellen dat de gronden onjuist zijn. Dat zal in een aantal gevallen, zoals bij het verlies van benoembaarheid, een onherroepelijke veroordeling of een vaststaand ernstig plichtsverzuim een voor de ambtenaar heilloze weg zijn. Dergelijke feiten kunnen immers moeilijk worden ontkend. Hooguit zou kunnen worden gesteld dat het ontslag een te zwaar middel zou zijn, gelet op de veroordeling of het plichtsverzuim.

Bij een ongeschiktheidsontslag zal er doorgaans een traject met één of meer negatieve beoordelingen vooraf zijn gegaan, zodat het bestuursorgaan kan volstaan met het overleggen van die beoordelingen met als conclusie dat daaruit de ongeschiktheid voor de functie volgt en dus ontslag moet volgen. Ook kunnen één of meer disciplinaire maatregelen als grondslag dienen voor een ongeschiktheids- of zelfs een disciplinair ontslag. Deze twee 'voortrajecten' zullen hierna afzonderlijk worden behandeld.

Een ontslag op de hierboven onder sub l. genoemde grond, namelijk de reden dat de betrokken ambtenaar 'niet langer de juiste man op de juiste plaats was' dient voldoende met feiten en omstandigheden te worden onderbouwd. In het geval van CRvB 11 januari 2007³²⁸ had het bevoegd gezag noch zijn stelling dat betrokkene niet de juiste persoon is om (mede) leiding te geven aan de noodzakelijk geachte verander- en verbetertrajecten bij werkgever, noch zijn stelling dat betrokkene bij de medewerkers en de Ondernemingsraad onvoldoende vertrouwen geniet om adequaat sturing te kunnen geven aan die trajecten, afdoende onderbouwd met concrete feiten, blijkend uit een deugdelijke verslaglegging van relevante gegevens.

Blijkens CRvB 10 mei 2007³²⁹, rust er op een werknemer die van fraude (voorraadmanipulatie) wordt verdacht, een stelplicht om reeds in zijn verantwoording uit te leggen waarom de door de staatssecretaris

327. CRvB 10 juni 2004, TAR 2004, 164.

328. CRvB 11 januari 2007, TAR 2007, 68.

329. CRvB 10 mei 2007, TAR 2007, 127.

– op zichzelf terecht – geconstateerde onregelmatigheden in de administratie niet de betekenis hadden die er aanvankelijk aan is toegekend.

Strafontslag mag niet uitsluitend gebaseerd zijn op statistisch bewijs omdat daarmee onvoldoende aannemelijk is geworden dat de ambtenaar de misdrijven ook daadwerkelijk heeft gepleegd.³³⁰

In geval van een ontslag op overige gronden wegens onverenigbaarheid van karakters betreft dat een voor de rechtspositie zodanig ingrijpend besluit dat dient te worden zorg gedragen voor (vastlegging van) gegevens die het besluit in voldoende mate onderbouwen.³³¹

Gegevens verkregen uit – niet aangekondigd – rechercheonderzoek kunnen bewijsmiddel zijn, omdat zij niet zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.³³² Verklaringen van collega's en resultaten van een huiszoeking mogen als bewijs voor een strafontslag worden gebruikt.³³³

Bij een ontslag op andere gronden, te weten onverenigbaarheid van karakters dient, gelet op het ingrijpende karakter daarvan, zorg gedragen te worden voor (vastlegging van) gegevens die het besluit in voldoende mate onderbouwen.³³⁴

Reorganisatie

Naar vaste jurisprudentie kan in het algemeen tegen een (besluit tot) reorganisatie niet met vrucht rechtstreeks beroep ingevolge de Ambtenarenwet 1929 worden ingesteld en zal bij rechterlijke toetsing van een uit zodanige reorganisatie voortvloeiend (ontslag)besluit die reorganisatie als vaststaand moeten worden aangenomen.

Er zijn uitzonderingen denkbaar, bijvoorbeeld in het geval een reorganisatiebesluit wegens strijd met enig algemeen verbindend voorschrift of algemeen beginsel van behoorlijk bestuur in het te toetsen geval als onverbindend moet worden aangemerkt c.q. buiten toepassing had moeten blijven. De rechter dient bij die (indirecte) toetsing van het reorganisatiebesluit een grotere terughoudendheid in acht te nemen dan

330. CRvB 19 juni 2003, TAR 2003, 176.

331. CRvB 21 februari 2008, TAR 2008, 112.

332. Rb. Den Haag 6 september 2007, TAR 2007, 183.

333. CRvB 15 juni 2006, TAR 2006, 72.

334. CRvB 21 februari 2008, TAR 2008, 112.

bij de ‘normale’ toetsing van het rechtstreeks bestreden besluit. Voor het onverbindend achten of buiten toepassing laten van een reorganisatiebesluit dient de strijd met een algemeen verbindend voorschrift of een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur met een grotere evidentie in het oog te springen dan voor een nietigverklaring van het rechtstreeks bestreden besluit vereist is.³³⁵

Bij de toetsing van de ontslagbevoegdheid speelt de vraag of betrokkene inderdaad niet kon worden herplaatst. Waar de sollicitatie plaats vond in het kader van het herplaatsingonderzoek was niet de vraag of betrokkene geschikt was voor de functie maar of deze passend voor hem was. Dat was het geval, zodat de afwijzing van sollicitatie geen stand houdt en het bestuursorgaan niet bevoegd was tot ontslagverlening.³³⁶ Boventallig verklaring vanuit een functie die men niet meer vervult is niet mogelijk.³³⁷

7.6.5 *Beoordelingen en functioneringsgesprekken*

Inleiding

Aan een ontslag gaat niet zelden een periode vooraf waarin de ambtenaar over verschillende tijdvakken op zijn functioneren is beoordeeld. Een slechte beoordeling kan als grondslag dienen voor bijvoorbeeld een ongeschiktheidsontslag. Ook een beoordeling is een besluit van een bestuursorgaan, waartegen binnen 6 weken na verzending in bezwaar moet worden gekomen. Bij gebreke daarvan krijgt het besluit formele rechtskracht. Dat laatste betekent dat een besluit zowel voor wat betreft de inhoud als de totstandkoming wordt geacht rechtmatig te zijn. In een latere ontslagprocedure kan de ambtenaar dan dus niet met enige kans op succes betogen dat de beoordeling onjuist is. Het systeem maakt dus dat het van het grootste belang is dat een ambtenaar tijdig tegen een onjuiste beoordeling opkomt.

335. CRvB 13 februari 1986, TAR 1986, 101.

336. CRvB 24 mei 2006, TAR 2006, 150.

337. CRvB 12 februari 2009, LJN BH2924.

De toetsing geschiedt aan de hand van de feitelijke werkzaamheden van de ambtenaar en niet aan zijn organieke functie.³³⁸ De beoordelaar moet een voldoende mate van objectiviteit hebben.³³⁹

Een functioneringsgesprek levert geen appellabel besluit op, ook al wordt daarvan een verslag gemaakt.

Stelplicht en bewijslast

De eerste vraag is dan wie de juistheid van de inhoud van de beoordeling moet bewijzen. Een beoordeling betreft in beginsel³⁴⁰ een ambtshalve besluit. De stelplicht en bewijslast van de juistheid van de daaraan ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden liggen dus in beginsel³⁴¹ bij het bestuursorgaan.

Bij een *positieve* beoordeling die een ambtenaar nóg positiever wenst zal het op de weg van de ambtenaar liggen om aanknopingspunten te verschaffen waarom hij nog beter zou moeten worden beoordeeld.

Problemen doen zich in hoofdzaak voor in het geval een *negatieve* beoordeling wordt gegeven, in het bijzonder wanneer die wordt gevolgd door een ontslagbesluit wegens onvoldoende functioneren.

Wanneer een beoordeling negatieve elementen bevat ligt het op de weg van de beoordelaar om aan te tonen dat deze waarderingen op voldoende gronden berusten.³⁴² Volgens vaste jurisprudentie³⁴³ is de toetsing van de inhoud van een negatieve beoordeling ook *beperkt* tot de vraag of gezegd moet worden dat de beoordeling op onvoldoende gronden berust. De Raad overwoog³⁴⁴:

338. Stuiver 2007, p. III.

339. CRvB 28 april 1978, AB 1978, 501; CRvB 4 januari 1985, TAR 1985, 60, CRvB 19 mei 1988, TAR 1988, 145 CRvB 26 september 2002, TAR 2003, 54.

340. Een ambtenaar kan uiteraard om een beoordeling vragen, maar heeft in beginsel geen invloed op de eigenlijke totstandkoming daarvan. Ik zou het dan toch willen scharen onder de ambtshalve besluiten.

341. Wanneer een ambtenaar stelt dat de beoordeling niet 'goed' maar 'uitmuntend' zou moeten gelden dan dient hij daarvoor feiten en omstandigheden te stellen en te bewijzen.

342. CRvB 13 mei 1982, AB 1982, 503, CRvB 5 november 1998, TAR 1998, 191 en Stuiver 2007, p. 110.

343. CRvB 5 november 1998, TAR 1998, 191, CRvB 13 juli 2006, TAR 2007, 3 en CRvB 13 december 2007, 2008, 78. Zie voor een voorbeeld waarin de beoordeling wordt vernietigd wegens animositeit met de beoordelaar CRvB 26 september 2002, TAR 2003, 54.

344. CRvB 5 november 1998, TAR 1998, 191.

‘Appellant heeft in hoger beroep – kort gezegd – naar voren gebracht dat bij het opmaken van de beoordeling onvoldoende rekening is gehouden met externe factoren en voorts dat ter ondersteuning van de negatieve waarderingen in de beoordeling onvoldoende concrete feiten en omstandigheden zijn aangedragen.

Met betrekking tot de toetsing van de inhoud van de beoordeling overweegt de Raad dat die, volgens zijn vaste jurisprudentie, is beperkt tot de vraag of gezegd moet worden dat de beoordeling op onvoldoende gronden berust. Naar de Raad reeds eerder heeft uitgemaakt moet in gevallen van negatieve oordelen als uitgangspunt gelden dat het op de weg van het betrokken bestuursorgaan ligt in rechte genoegzaam aan te tonen dat die waardering niet op onvoldoende gronden berust. In overeenstemming met evenbedoelde jurisprudentie merkt de Raad voorts nog op, dat niet beslissend is of elk feit dat ter adstructie van een waardering boven elke twijfel verheven is en dat zelfs niet van doorslaggevend belang is of bepaalde feiten onjuist blijken te zijn vastgesteld of geïnterpreteerd. Het gaat erom of in het totale beeld van de in beschouwing genomen gezichtspunten de gegeven waarderingen de evenbedoelde toetsing kunnen doorstaan.’³⁴⁵

In geval van negatieve oordelen geldt dus het uitgangspunt dat het betrokken bestuursorgaan aannemelijk moet maken dat die negatieve waardering *niet* op onvoldoende gronden berust. Daarbij is niet beslissend of elk feit ter adstructie van een waardering boven elke twijfel verheven is, en zelfs is niet van doorslaggevend belang of bepaalde feiten onjuist blijken te zijn vastgesteld of geïnterpreteerd. Het gaat erom of in het totale beeld van de in beschouwing genomen gezichtspunten de gegeven waarderingen deze toetsing kunnen doorstaan.³⁴⁶ Vooropgesteld zij dat kwalificaties in een beoordeling aan de hand van concrete feiten dienen te worden gestaafd.³⁴⁷ Bij een negatieve beoordeling rust de bewijslast op het bestuursorgaan waarbij gelet moet worden op het *totale beeld*.³⁴⁸

Daarbij zal het op de weg van de ambtenaar liggen om – gemotiveerd – aan te voeren (aanknopingspunten te verschaffen) dat de beoordeling *wel* op onvoldoende gronden berust. Ook wanneer de ambtenaar *alle* door het bestuursorgaan aan de beoordeling ten grondslag gelegde feiten weerlegt, dan nog kan de beoordeling vanwege dat totale beeld in stand

345. Zie ook: CRvB 1 september 2005, *TAR* 2006, 49.

346. CRvB 1 mei 2003, *TAR* 2003, 145, CRvB 2 juni 2005, *TAR* 2006, 4, CRvB 13 juli 2006, *LJN* AY5H7 en *TAR* 2007, 3 en CRvB 18 september 2008, *LJN* BF4860. CRvB 3 mei 2007, *TAR* 2007, 172 en CRvB 25 april 2007, *TAR* 2007, 173.

347. Zie CRvB 15 mei 2003, *TAR* 2003, 156.

348. CRvB 3 april 2003, *TAR* 2003, 122.

blijven.³⁴⁹ Dit totale of algemene beeld kan verder nog uit het dossier blijken.³⁵⁰ Indien een beoordeling achteraf wordt ingetrokken is dit niet een nieuw feit of novum op basis waarvan met succes kan worden verzocht om terug te komen op het ongeschiktheidsontslag.³⁵¹

Indien het om een onvoldoende beoordeling gaat van het kwantitatief functioneren, kan het onder omstandigheden op de weg van de beoordeelde liggen om, als hij de meest gereede partij is, met feiten te staven dat hij kwantitatief *wel* voldoende heeft gefunctioneerd.³⁵² Daarbij komt dat de toetsing van een beoordeling in het onderhavige kader door de Raad terughoudend geschiedt.³⁵³ Ten aanzien van procedurele fouten bij de totstandkoming van de beoordeling hangt het van de aard daarvan af of dit gevolgen heeft voor die beoordeling:

‘4.II. De Raad stelt voorop dat in de rechtspraak grote betekenis pleegt te worden toegekend aan een in rechte onaantastbaar geworden beoordeling (bijvoorbeeld CRvB 6 maart 2008, LjN BC6939). Daarbij verdient opmerkelijk dat de rechter de inhoud van een vastgestelde beoordeling slechts terughoudend kan toetsen. Voor een beoordeelde is daarom van belang dat de voorschriften over de totstandkoming van een beoordeling zo goed mogelijk worden nageleefd. Dat neemt niet weg dat het (ook) in het kader van de besluitvorming inzake een beoordeling denkbaar is dat het niet inacht nemen van een vormvoorschrift niet behoeft te leiden tot vernietiging van de beoordeling. Dat kan het geval zijn, zoals ook tot uitdrukking is gebracht in artikel 6:22 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), indien blijkt dat de beoordeelde door de schending van het vormvoorschrift niet is benadeeld.’³⁵⁴

349. CRvB 2 juni 2005, TAR 2006, 4. Zie ook: CRvB 1 februari 2007, TAR 2007, 95 (*Hoogleraar TU Delft*).

350. CRvB 1 februari 2007, TAR 2007, 95 (*Hoogleraar TU Delft*). In die zaak was de beoordelingsmethodiek onjuist toegepast, waardoor de beoordeling sneuvelde. De zaak werd door de CRvB echter gesauveerd op basis van het ‘algemene beeld’ uit het dossier, dat het ontslag kon dragen.

351. CRvB 28 september 2006, TAR 2007, 9. Zie ook: CRvB 4 december 2003, TAR 2004, 85 en 3 april 2003 TAR 2003, 122: door geen functioneringsgesprekken te houden is weliswaar in strijd met de voorschriften gehandeld, maar dat betekent niet dat geen beoordeling mag worden opgemaakt. Bij negatieve beoordeling rust bewijslast op bestuursorgaan waarbij gelet moet worden op het totale beeld. In casu berust de beoordeling niet op onvoldoende gronden.

352. CRvB 13 januari 2006, LjN AW4592.

353. Zie bijvoorbeeld: CRvB 23 oktober 2008, LjN BG359I.

354. CRvB 25 juni 2008, LjN BD5395.

Een beoordeling kan sneuvelen wegens onvoldoende motivering, zoals in CRvB 9 maart 2006:

‘3.3. Voor wat betreft de inhoud van de beoordeling stelt de Raad voorts vast dat volgens vaste jurisprudentie in geval van negatieve oordelen zoals hier, het uitgangspunt geldt dat het betrokken bestuursorgaan aan de hand van concrete feiten aannemelijk moet maken dat die negatieve waardering niet op onvoldoende gronden berust. In de bestreden beoordeling zijn weliswaar concrete voorbeelden genoemd, maar appellant heeft in zijn bezwaarschrift die voorbeelden gemotiveerd bestreden en daar voorbeelden van goed functioneren tegenover geplaatst. De Raad constateert dat gedaagde in zijn beslissing op bezwaar, evenmin als genoemde commissie in haar advies, in het geheel niet is ingegaan op hetgeen appellant inhoudelijk tegen de beoordeling naar voren heeft gebracht. Volstaan is met de overweging dat niet is gebleken dat de beoordeling inhoudelijk op onjuiste gronden berust. Daarmee is het bestreden besluit niet naar behoren gemotiveerd. Dat op de hoorzitting mogelijk wel gesproken is over hetgeen appellant had ingebracht tegen de beoordeling maakt dat niet anders.’³⁵⁵

Het is mogelijk om een beoordeling met succes op *inhoudelijke* gronden een beoordeling heeft aangevochten, maar de jurisprudentie is schaars.³⁵⁶ Een ambtenaar maakt wat dat betreft meer kans in het geval een beoordeling niet volgens de daartoe gestelde (formele) regels is opgesteld.³⁵⁷ Overigens kan ook in dat geval op basis van het ‘totale beeld’ het ontslag in stand blijven omdat dit beeld uit het dossier blijkt.³⁵⁸

Het verschaffen van aanknopingspunten van de ondeugdelijkheid van een beoordeling zal voor een ambtenaar niet altijd eenvoudig zijn. In de zaak CRvB 13 december 2007³⁵⁹ oordeelt de CRvB bijvoorbeeld:

‘De door appellant overgelegde verklaringen van een aantal op het ministerie werkzame ambtenaren acht de Raad, evenals de rechtbank, niet zodanig dat deze de beoordeling kunnen aantasten. Deze verklaringen betreffen in het algemeen

355. *LJN* AV3953.

356. Ik heb alleen CRvB 10 januari 2008, *LJN* BC2308 kunnen vinden.

357. Bijvoorbeeld CRvB 2 oktober 2008, *LJN* BF8138.

358. CRvB 1 februari 2007, *TAR* 2007, 95 (*Hoogleraar TU Delft*). In die zaak was de beoordelingsmethodiek onjuist toegepast, waardoor de beoordeling sneuvelde. De zaak werd door de CRvB echter gesauveerd op basis van het ‘algemene beeld’ uit het dossier, dat het ontslag kon dragen.

359. CRvB 13 december 2007, *TAR* 2008, 78.

positieve ervaringen met appellant op slechts een beperkt gebied en zijn niet afkomstig van personen die zich een goed beeld konden vormen van het functioneren van appellant over de gehele lijn. De algemene strekking van deze verklaringen stemt ook overeen met de beoordeling op het gezichtspunt: contacten/gedrag, te weten dat appellant zich gedraagt als een vriendelijk en aardig persoon en dat in sociaal opzicht zijn gedrag jegens klanten en collega's correct is.'

Schaap acht het logisch dat een beoordeling slechts marginaal wordt getoetst, nu de rechter niet kan beoordelen of een ambtenaar zijn werk goed heeft gedaan. Het is aan het bestuursorgaan om te beoordelen aan welke eisen een beleidsnotitie moet voldoen en de rechter kan niet meer doen dan te kijken of die eisen niet al te onredelijk zijn. Het is dan ook aan het bestuursorgaan om te beoordelen of, gelet op de eisen, de beleidsnotitie van voldoende kwaliteit is. De rechter kan dat in zijn visie slechts marginaal toetsen.³⁶⁰

Een vergelijking met het civiele recht

Wat betreft het materiële rechtsgevolg is een ontslagprocedure op basis van ongeschiktheid 'anders dan' met een daaraan ten grondslag liggende negatieve beoordeling(en), vergelijkbaar met de civielrechtelijke procedure die volgt na een ontslag op staande voet. In beide gevallen is er immers sprake van een eenzijdig besluit van de werkgever de arbeidsovereenkomst te beëindigen – na de werknemer vooraf daarover te hebben gehoord –, waarin eerst *achteraf* de validiteit van die eenzijdige beëindiging door de rechter wordt getoetst.³⁶¹

Voor een werkgever worden als dringende redenen beschouwd zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werkgever, die ten gevolge hebben dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.³⁶² Bij ongeschiktheid leidt het functioneren tot de conclusie dat aanstelling op korte tijd behoort te eindigen.

³⁶⁰. Schaap 2008, p. 706.

³⁶¹. Normaal gebeurt dat in een civiele ontslagprocedure vooraf. Dit is alleen in het geval van een ontslag op staande voet of in het geval het BBA niet van toepassing is anders.

³⁶². Artikel 7:678 bw. Die daden, eigenschappen of gedragingen hoeven niet verwijtbaar te zijn.

Procedureel worden de verschillen zichtbaar indien we de beide procedures vanuit het perspectief van stelplicht en bewijslast beschouwen. Daarbij wordt de civiele werkgever in een streng regime geplaatst en dient hij in te staan voor de validiteit en deugdelijkheid van zijn opzegging. Dat strenge regime ontbreekt bij een ongeschiktheidsontslag indien dat wordt onderbouwd met één of meer beoordelingen waarin het functioneren van de ambtenaar als onvoldoende wordt beoordeeld. Die beoordelingen worden terughoudend getoetst aan de hand van het ‘totale’ beeld dat daar uit blijkt.

De civiele werknemer in bewijsrechtelijk perspectief

Hoewel de *werknemer* na een door de werkgever gegeven ontslag op staande voet een procedure als eisende partij tegen zijn werkgever dient in te stellen, kan die werknemer volstaan met het enkele *stellen* dat er bij gebreke van een (tijdig medegedeelde) dringende reden geen sprake is van een geldig ontslag op staande voet. De werkgever is gehouden de dringende reden te stellen en te bewijzen, omdat de reden rechtsverhinderend is.³⁶³ Dit vloeit dit overigens ook uit artikel 7:677 BW voort³⁶⁴ en is vaste jurisprudentie.³⁶⁵

De werknemer heeft wel een stelplicht in die zin dat hij het verweer moet voeren, maar in beginsel geen bewijslast van de feiten en omstandigheden die aan dat verweer ten grondslag liggen.

De *omvang* van die stelplicht en bewijslast wordt in het civiele recht bepaald door de gegeven ontslagmededeling. Die fungeert als een soort ‘tenlastelegging’. Datgene wat aan het ontslag ten grondslag is gelegd, moet worden bewezen en moet vervolgens ook nog kunnen worden gekwalificeerd als een dringende reden in de zin van artikel 7:678 of 7:679 BW. De *facto* begint de stelplicht en bewijslast van de werkgever al bij de formulering en de vorm van de ontslagmededeling.

363. Asser 2004a, p. 243.

364. Asser 2004a, p. 243.

365. Zie bijvoorbeeld: HR 28 november 1969, NJ 1970, 139, HR 26 april 1974, NJ 1975, 103, HR 4 december 1981, NJ 1982, 605 m.nt. PAS, HR 14 mei 1982, NJ 1982, 604 m.nt. PAS, HR 21 mei 1982, NJ 1982, 605, m.nt. PAS, HR 15 oktober 1982, NJ 1983, 355, HR 13 april 1984, NJ 1985, 231 m.nt. WHH, HR 17 januari 1986, NJ 1986, 732, HR 13 juni 1986, NJ 1986, 764 m.nt. PAS, HR 12 mei 1989, NJ 1989, 596, HR 27 september 1996, NJ 1997, 42.

Uit het arrest *Y/Willemse Jansplaats Assurantiën*³⁶⁶ blijkt dat, indien van een door de werkgever als ‘dringende reden’ voor ontslag aan de werknemer medegedeeld feitencomplex, na betwisting door de werknemer, slechts een gedeelte in rechte komt vast te staan, het ontslag niettemin zal kunnen gelden als te zijn verleend om een dringende, onverwijld medegedeelde reden indien:

- a. het vorenbedoelde gedeelte op zichzelf beschouwd kan worden als een dringende reden voor ontslag op staande voet,
- b. de werkgever heeft gesteld, en ook aannemelijk is, dat hij de werknemer ook op staande voet zou hebben ontslagen indien hij daarvoor niet meer grond zou hebben gehad dan in rechte is komen vast te staan, en
- c. dit laatste voor de werknemer in het licht van de gehele inhoud van die aanzegging en de overige omstandigheden van het geval ook duidelijk moet zijn geweest.

Dat betekent dus dat aan de formulering van de ontslagredenen bijzondere aandacht moet worden besteed en hoge eisen worden gesteld. Van elke afzonderlijke reden moet worden aangegeven dat die *op zichzelf* reeds voor de werkgever of werknemer een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert, doch *zeker* in combinatie met de andere redenen. De schriftelijke vastlegging of bevestiging van de mededeling helpt de werkgever te bewijzen *dat* de ontslagmededeling is gedaan en wat de exacte *inhoud* daarvan is geweest.

Een ontslag op staande voet is *materieel* gezien zonder meer een zeer ingrijpende vorm van ontslag. De gevolgen zijn doorgaans ook ernstig. Te denken valt aan het verlies van een ww-uitkering, een acute inkomensval en aan moeite met het vinden van een nieuwe baan. Opgemelde door de Hoge Raad geformuleerde strenge maatstaf zal ongetwijfeld zijn ingegeven door die ernstige gevolgen en de daarbij in acht te nemen zorg van een werkgever dit instrument niet lichtvaardig te gebruiken en zijn ontslagmededeling dan ook grondig te motiveren. Het behoeft geen betoog dat dit te maken heeft met de materiële ongelijkheidscompensatie tussen werkgever en werknemer.

366. HR 16 juni 2006, NJ 2006, 340; zie ook HR 1 september 2006, *RvdW* 2007, 777, (*X/Buwa Schoonmaakdiensten*) welke uitspraak alleen online is gepubliceerd. De Hoge Raad herhaalt hier de regel uit het arrest *Y/Willemse Jansplaats Assurantiën*.

De ambtenaar in bewijsrechtelijk perspectief

Een ongeschiktheidsontslag als gevolg van disfunctioneren kan zeer ingrijpend zijn, in het bijzonder wanneer daar door het bevoegd gezag aan gekoppeld wordt dat dit ontslag als ‘oneervol’ wordt aangemerkt en aan het UWV een briefje wordt gestuurd dat, in de visie van het bevoegd gezag, er sprake is van ‘schuld of toedoen’ aan het ontslag.³⁶⁷ Maar ook een eervol ontslagen ambtenaar heeft een probleem bij het vinden van een volgende baan wanneer hij wegens disfunctioneren is ontslagen. Niet zelden worden procedures over een negatieve beoordeling en een daarop gebaseerd ontslag gecombineerd uitgeprocedeerd. In de ontslagprocedure is weliswaar het voorwerp van het debat het ontslagbesluit, maar dat zal doorgaans volstaan met verwijzing naar de negatieve beoordeling, eveneens een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb.

Een ambtenaar die zich geconfronteerd ziet met een ongeschiktheidsontslag ‘anders dan’ heeft kortere of langere tijd daarvoor doorgaans één of meer negatieve beoordelingen ontvangen. Heeft hij die beoordelingen onherroepelijk laten worden, dan heeft verweer tegen het ontslag feitelijk geen zin meer, nu die beoordelingen formele rechtskracht hebben gekregen en dus voor wat betreft inhoud en totstandkoming als juist moeten worden aangemerkt. Een ontslagbesluit zal dan niet meer inhouden dan een verwijzing naar die beoordelingen.

Wanneer de beoordelingen nog *niet* onherroepelijk zijn dan kunnen de procedures daartegen vooruitlopen op het ontslagbesluit. Ook kan er sprake zijn van één negatieve beoordeling die kort vóór het ontslagbesluit is genomen. Dan lopen de procedures goeddeels parallel. In elk geval zal het zwaartepunt van een dergelijk ontslag niet bij het ontslagbesluit liggen, maar bij de beoordeling(en). De stelplicht en bewijslast van de feiten en omstandigheden die aan de beoordeling – en dus indirect aan het ontslag – ten grondslag liggen berusten bij het bestuursorgaan. In dat verband laten de ‘totale beeld’-jurisprudentie, zoals hierboven besproken, alsmede de terughoudende toetsing zich niet

367. Dit was bijvoorbeeld in aanvang het geval in de uitspraak CRvB 13 december 2007, TAR 2008, 78. Een rol kan spelen dat de overheidswerkgever nog wel eens eigenrisicodrager is. Een eervol ontslagen ambtenaar blijft dus via ww en bovenwettelijke regelingen op het budget van de overheidswerkgever drukken. Een oneervol ontslagen ambtenaar doet dat niet, want die zal een ww-uitkering doorgaans worden geweigerd.

zonder meer verklaren. Per saldo komt de bewijslast van de ondeugdelijkheid van de beoordeling dan toch nog bij de ambtenaar te liggen.

In het kader van de bewijspositie (welke ambtenaar wil er ten fa-veure van een collega tegen zijn werkgever getuigen) waarin de ambte-enaar zich kan bevinden, zal het niet eenvoudig zijn om (voldoende) ‘character witnesses’ te vinden die dat algemene beeld kunnen weerleg- gen. Zo kon bijvoorbeeld de ambtenaar die dit poogde te doen door het overleggen van adhesiebetuigingen daarmee niet volstaan, omdat die niet afkomstig waren van personen die zich een goed beeld konden vormen van het functioneren van de ambtenaar over de gehele lijn³⁶⁸.

‘4.3. Met betrekking tot de toetsing van de inhoud van een beoordeling over- weegt de Raad dat die volgens zijn vaste jurisprudentie (CRvB 5 november 1998, LJN ZB 7954, TAR 1998, 191) is beperkt tot de vraag of gezegd moet worden dat de beoordeling op onvoldoende gronden berust. Daarbij geldt als uitgangs- punt dat in geval van negatieve oordelen het betrokken bestuursorgaan aanne- melijk moet maken dat die negatieve waardering niet op onvoldoende gronden berust. Daarbij is niet beslissend of elk feit ter adstructie van een waardering boven elke twijfel verheven is, en zelfs is niet van doorslaggevend belang of be- paalde feiten onjuist blijken te zijn vastgesteld of geïnterpreteerd. Het gaat er om of in het totale beeld van de in beschouwing genomen gezichtspunten de ge- geven waarderingen de evenbedoelde toetsing kunnen doorstaan.

4.4. Met inachtneming hiervan is de Raad, met de rechtbank, van oordeel dat de negatieve kwalificaties in de beoordeling over het geheel genomen met vol- doende objectieve gegevens en concrete voorbeelden zijn onderbouwd. Ook in- dien een aantal van de in het dossier opgesomde voorbeelden van disfunctione- ren vallen buiten de beoordelingsperiode, dan nog blijft er voldoende over om de beoordeling te onderbouwen.

4.5. De door appellant overgelegde verklaringen van een aantal op het ministerie werkzame ambtenaren acht de Raad, evenals de rechtbank, niet zodanig dat deze de beoordeling kunnen aantasten. Deze verklaringen betreffen in het algemeen positieve ervaringen met appellant op slechts een beperkt gebied en zijn niet af- komstig van personen die zich een goed beeld konden vormen van het functione- ren van appellant over de gehele lijn. De algemene strekking van deze verklarin- gen stemt ook overeen met de beoordeling op het gezichtspunt: contacten/ gedrag, te weten dat appellant zich gedraagt als een vriendelijk en aardig persoon en dat in sociaal opzicht zijn gedrag jegens klanten en collega’s correct is.’

368. CRvB 13 december 2007, 2008, 78 (*X/Minister van Algemene Zaken*).

Vanuit het perspectief van ongelijkheidscompensatie en de ingrijpendheid van de gevolgen van een ongeschiktheidsontslag, zouden naar mijn mening daaraan dezelfde of vergelijkbare eisen moeten worden gesteld als de Hoge Raad stelt aan de mededeling van de dringende reden, des dat wanneer er een aantal feiten en omstandigheden in combinatie een ontslaggrond vormen, die ook allen door de werkgever gesteld en bij betwisting bewezen moeten worden. Dit geldt temeer in het geval het ontslagbesluit volstaat met verwijzing naar de negatieve beoordeling. Dit werkt dan door in die beoordeling: komen de daarin aan het disfunctioneren aangevoerde omstandigheden slechts ten dele vast te staan, dan sneuvelt daarmee in beginsel het ontslagbesluit, wanneer dat immers de *gehele* beoordeling als uitgangspunt heeft genomen.

Overigens kan uit CRvB 26 juni 2008³⁶⁹ worden afgeleid dat, wanneer niet alle in het kader van een disciplinair ontslag verweten en als plichtsverzuim aan te merken gedragingen zijn komen vast te staan, door de CRvB getoetst wordt of hetgeen wel is komen vast te staan (nog wel) het gegeven strafontslag kan dragen. Het is dus de vraag wat het verschil in benadering tussen een disciplinair ontslag en een ongeschiktheidsontslag rechtvaardigt. Bij een disciplinair ontslag zal het niet zelden gaan om verwijtbare acties, hetgeen bij ongeschiktheid in mindere mate aan de orde hoeft te zijn. Juist in dat geval vereist naar mijn mening de ongelijkheidscompensatie dat een ambtenaar hier in zijn stelplicht en bewijslast tegemoet wordt gekomen.

Disciplinaire straffen als voortraject voor ontslag en strafontslag

Het bevoegd gezag kan indien en voor zover er sprake is van enig plichtsverzuim een straf opleggen. Daarbij dient het bevoegd gezag aannemelijk te maken dat de aan de ambtenaar verweten gedraging berust op voldoende feitelijke grondslag. De feiten waar het om gaat dienen als vaststaand te worden aangemerkt en betreffen feiten die de ambtenaar kunnen worden toegerekend. Daarnaast dient het plichtsverzuim de ambtenaar te kunnen worden toegerekend: hij dient schuld aan de gedraging te hebben. Dit alles dient het bevoegd gezag te stellen en aannemelijk te maken.

In het ambtenarentuchtrecht gelden niet de strikte bewijsregels van het strafrecht. Wel is noodzakelijk dat op basis van deugdelijk vastge-

369. TAR 2008, 123.

stelde gegevens de overtuiging is verkregen dat de ambtenaar zich aan de verweten gedraging heeft schuldig gemaakt.³⁷⁰

Met belastende verklaringen van collega's dient door het bevoegd gezag voorzichtig te worden omgegaan. In beginsel zal het nodig zijn de inhoud van zulke verklaringen in een nader onderzoek te verifiëren en na te gaan of op grond van meer objectieve gegevens kan worden vastgesteld dat betrokkene zich schuldig heeft gemaakt aan de hem verweten gedragingen.³⁷¹

Plichtsverzuim kan aangenomen worden op grond van de verklaring van één leidinggevende.³⁷² Aan in kracht van gewijsde gegane strafrechtelijke vonnissen en arresten heeft de wetgever bewust en weloverwogen onaantastbare bewijskracht willen toekennen, waaraan de militaire ambtenarenrechter onvoorwaardelijk is gebonden. De rechter kan niet treden in het verzoek van eiser om te onderzoeken of hij ten onrechte veroordeeld is wegens een drugsdelict.³⁷³ Gedragingen mogen worden vastgesteld aan de hand van strafrechtelijk onderzoek zodat intern onderzoek achterwege kan blijven.³⁷⁴

Het hangt van de ernst van het plichtsverzuim en van de verdere omstandigheden van het geval af of dit plichtsverzuim tot een strafontslag leidt.³⁷⁵

Volgens vaste jurisprudentie van de CRvB is statistisch bewijs³⁷⁶ van fraude, diefstal of verduistering onvoldoende voor het aannemen van plichtsverzuim.³⁷⁷

Voorts dient de te straffen persoon op het moment van bestraffing nog wel de status van ambtenaar te hebben. Er moet sprake zijn van

370. Zie bijvoorbeeld voor een zaak waarin dat niet lukte: CRvB 20 februari 2008, TAR 2008, III. Zie ook de hierboven genoemde 25 juni 2008, TAR 2008, 123.

371. CRvB 6 maart 2008, TAR 2008, 120.

372. CRvB 14 december 2006, TAR 2007, 48.

373. Rb. 's-Gravenhage 27 maart 2003, TAR 2003, 87.

374. CRvB 29 maart 2007, TAR 2007, 103.

375. In CRvB 29 augustus 2002, TAR 2003, 48 was er weliswaar sprake van ernstig plichtsverzuim doch werd strafontslag onevenredig geacht omdat gedaagde in eerdere gedragingen van appellant nooit aanleiding heeft gevonden tot het treffen en enige maatregel of straf. Voorwaardelijk ontslag wel passende reactie.

376. Dat wil zeggen bewijs dat niet rechtstreeks een diefstal aantoonst maar een relatie tracht te leggen tussen het dienstrooster en het plaatsvinden van diefstallen, verduisteringen enz.

377. CRvB 7 augustus 2003, TAR 2003, 87 en CRvB 19 juni 2003, TAR 2003, 191.

een evenredigheid tussen de verweten gedraging en de op te leggen straf. Recidive kan daarbij een rol spelen.

Het bestuursorgaan zal moeten bewijzen met het geheel van de ter beschikking staande gegevens dat de betrokkene de verweten gedraging ook *heeft* verricht. Daarbij geldt niet alleen de vrij-bewijsleer, maar is de CRvB ook ruim in het toelaten van de *soort* bewijsmiddelen. Niet alleen observaties door een recherchebureau maar ook registraties van de verborgen camera zijn door de CRvB in het verleden toelaatbaar geacht. Voor dit onderwerp zie hiervoor nader hoofdstuk 6 paragraaf 6.5.5.

Volgens vaste jurisprudentie vormt de aanwezigheid van een alcoholprobleem op zichzelf geen verontschuldigende factor bij de beoordeling van een onder invloed van (overmatig) alcoholgebruik begaan plichtsverzuim. Dit kan slechts anders zijn indien het overmatig gebruik van alcohol en/of medicijnen zou moeten worden toegeschreven aan een niet door die middelen veroorzaakt psychisch defect waardoor betrokkene niet in staat moet worden geacht zijn wil ten aanzien van het gebruik van alcohol en/of medicijnen in vrijheid te bepalen, zodat hij voor de gevolgen daarvan niet zonder meer te allen tijde verantwoordelijk gehouden zou mogen worden.³⁷⁸

Als gezegd, met beschuldigende verklaringen van collega's dient door de dienstleiding voorzichtig te worden omgegaan; zij kunnen immers slechts goed op hun waarde geschat worden tegen de achtergrond van de bestaande verhoudingen in de desbetreffende groep medewerkers. In beginsel zal het dus nodig zijn de inhoud van zulke verklaringen in een nader onderzoek te verifiëren en na te gaan of op grond van meer objectieve gegevens kan worden vastgesteld dat de betrokkene zich daadwerkelijk heeft schuldig gemaakt aan hetgeen hem verweten wordt.³⁷⁹

Anders dan bij beoordelingen en ongeschiktheidontslagen moeten de gronden waarop een disciplinair ontslag gebaseerd is 'hard' zijn. Het zou in dat verband aan te raden zijn indien bovendien hetzelfde strakke regime, zoals hierboven is aanbevolen voor ontslag op basis van disfunctioneren, ook zou gelden voor disciplinaire maatregelen en voor een strafontslag. Ook hier geldt immers dat een dergelijk ontslag vergaande gevolgen heeft in de uitkerings sfeer, alsmede voor het verdere verloop van de carrière van de betrokkene. In dat verband dienen hoge

378. CRvB 30 januari 2005, TAR 2003, 65.

379. CRvB 6 maart 2008, TAR 2008, 120.

eisen te worden gesteld aan bewijsvoering, welke worden losgekoppeld van het partijbelang van het bestuursorgaan van werkgever.

7.7 Normalisering

7.7.1 *Inleiding*

In het kader van de Wet Overheidspersoneel Onder de Werknemersverzekeringen (oow)³⁸⁰ is een traject in gang gezet wat ook wel wordt aangeduid als ‘normalisering van de ambtelijke rechtspositie’. Daarin wordt de vraag aan de orde gesteld of de ambtelijke status niet moet worden opgeheven. Aan ambtenaren zou dan een civiele arbeidsovereenkomst worden aangeboden.

In december 1998 bracht de Raad voor het Overheidspersoneelsbeleid (ROP) daarover advies uit aan de minister van Binnenlandse Zaken. De conclusie was dat het ‘natuurlijke’ moment voor afschaffing van de ambtelijke status op dat moment nog niet was aangebroken. De ROP vroeg zich af of de conversiekosten van de operatie zouden opwegen tegen de baten. Wel constateerde de ROP dat het zinvol is op de ingeslagen weg van geleidelijke normalisatie door te gaan. De verschillende elementen van normalisatie moesten ieder op hun eigen merites en effecten worden gezien, tegen de achtergrond dat de overheid een bijzondere werkgever is en blijft.³⁸¹

Op 20 september 2005 is het rapport ‘Buitengewoon Normaal’ van de Interdepartementale werkgroep ‘Normalisatie rechtspositie overheidspersoneel’ aan de Tweede kamer.³⁸² Onder *volledige normalisatie* van de rechtspositie van het overheidspersoneel verstaat het IBO-rapport afschaffing van de eenzijdige ambtelijke aanstelling en het onder het Burgerlijk Wetboek (BW) brengen van het overheidspersoneel.³⁸³ Overheidswerknemers zullen dan werkzaam zijn op basis van een tweezijdige arbeidsovereenkomst. Hieruit volgt automatisch dat voortaan normale collectieve arbeidsovereenkomsten (CAO’s) zouden worden afgesloten op

380. Besluit van 15 juli 1993, Kamerstukken II 1992-1993, 22 800 VII, 82. Zie voor een historisch overzicht van de normalisering ook Niessen 2001, p. 335-337.

381. Raad voor het Overheidspersoneelsbeleid (1998). Advies van de raad voor het overheidspersoneelsbeleid inzake de ambtelijke status. Den Haag, 16 december 1998, nr. 17.

382. Dit rapport is te vinden op http://www.albedaleerstoel.nl/downloads/ibo_6.pdf

383. IBO-rapport p. 9. (par 1.2).

basis van de Wet op de CAO. De rechtsbescherming van het overheids-personeel zal in dit model zijn opgedragen aan de burgerlijke rechter en niet langer aan de bestuursrechter ('ambtenarenrechter'). Volledige normalisatie houdt een structuurverandering in, waarbij het publiekrechtelijke ambtenarenrecht wordt vervangen door het (grotendeels) privaatrechtelijke arbeidsrecht.³⁸⁴

Het rapport noemt bij volledige³⁸⁵ normalisering de navolgende voordelen c.q. verbeteringen:

- De overstap van een eenzijdige publiekrechtelijke aanstelling op een privaatrechtelijk arbeidscontract betreft overheidswerknemers daadwerkelijk bij de totstandkoming van hun arbeidsovereenkomst.
- Voor alle werknemers in Nederland gaat één rechtssysteem gelden.
- Alle werknemers worden in beginsel gelijk behandeld.
- Het arbeidsrecht en de arbeidsverhoudingen in Nederland worden overzichtelijker en transparanter.
- Doordat één rechtssysteem gaat gelden, kan de arbeidsmobiliteit tussen de overheid, ZBO's en de sector bedrijven verbeteren.
- De regeldrukke vermindert, doordat zowel bij algemene wetgevings-trajecten als na de afsluiting van CAO's niet langer een vertaalslag naar het ambtenarenrecht hoeft te worden gemaakt.³⁸⁶

Gedeeltelijke aanpassing ziet in hoofdzaak op het incorporeren van het CAO-systeem in de ambtelijke verhoudingen.³⁸⁷

De Raad voor het overheidspersoneel (ROP) heeft zich desgevraagd over het IBO-rapport uitgelaten.³⁸⁸ Zij signaleert ondermeer als voordelen dat de arbeidsverhoudingen in Nederland gelijkwaardiger, overzichtelijker en transparanter worden. Er komt een principiële gelijkheid tussen overheidswerkgever en overheidswerknemer tot stand, welke meer recht doet aan de moderne arbeidsverhoudingen. De op dit moment nog geldende eenzijdige aanstelling lijkt geen recht te doen aan de op-

384. IBO-rapport p. 9 (par 1.2).

385. Zij het dan dat voor leden van de rechterlijke macht en Hoge colleges van Staat en de benoemde politieke ambtsdragers een bijzondere regeling zou moeten blijven gelden in de visie van het IBO-rapport.

386. IBO-rapport, p. 33.

387. IBO-rapport, p. 36-37.

388. Advies van de Raad voor het Overheidspersoneel (ROP) d.d. 26 juni 2006, CAOP advies nr. 27.

vattingen en verhoudingen in de huidige samenleving. Een individuele, tweezijdige arbeidsovereenkomst als moderne arbeidsrelatie lijkt hierdoor logischer.³⁸⁹ Als nadeel noemt de Raad het onder meer de te verwachten omvangrijke regelgeving- en uitvoeringsoperatie (administratief, organisatorisch en technisch), met name bij de invoering, in relatie tot het ontbreken van de noodzaak om wezenlijke knelpunten in de bestaande ambtelijke structuur op te lossen die nopen tot volledige normalisatie. De voordelen worden volgens het rapport slechts bereikt wanneer een zorgvuldig traject en een gedegen voorbereiding in acht genomen wordt.³⁹⁰

Dit heeft de discussie opnieuw opgelaaid tussen de voor- en tegenstanders.³⁹¹

7.7.2 *Normalisering bezien in het kader van de stelplicht en bewijslast*

Niessen stelt zonder enige nadere onderbouwing:

‘De ambtenarenrechter is gewend om zowel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als bestuurlijke overwegingen in zijn beoordeling mee te betrekken. Dat moet je niet willen inruilen voor civiele rechtspraak³⁹².

Deze stelling is, vanuit de kritiek die er op het bestuursprocesrecht wordt geuit³⁹³, niet zonder meer duidelijk. Ook valt niet zonder meer in te zien dat de ambtelijke rechtspositie zodanig van zijn civiele collega verschilt dat de specifiek voor het bestuursrecht ingebouwde, op de Trias Politica gebaseerde, waarborgen vereist zijn.

Ook een civiele werkgever zal wel eens moeten reorganiseren, overplaatsen, aannemen of ontslaan. Ook daar zal – als het goed is – beleid van een werkgever mee gemoeid zijn. Wat echter beoordeeld moet worden, is de vraag hoe te oordelen ten aanzien van *deze* rechtsverhouding werkgever-werknemer. De vraag die vervolgens moet worden beant-

389. ROP-rapport p. 5.

390. ROP rapport, p. 6.

391. Zie: Niessen 2005, p. 557-563, i.h.b. p. 563, Coolen 2006, p. 3-10, i.h.b. p. 9, Van Bon 2006, p. 533-534, Sprengers 2005, p. 25-27, Sprengers 2006, p. 68-73, Velo 2006, p. 354-358, Van Peijpe 2005, De Witte-van den Haak 2008 en Van der Heijden 2008.

392. Zie bijvoorbeeld Niessen 2005 en ook opgenomen in L.C.J. Sprengers (red.), *Heeft de ambtelijke status nog toekomst?* CAOP 2005-18, p. 29, punt 5.

393. Zie hieromtrent bijvoorbeeld hoofdstuk 6, par. 6.3.2 en par. 6.5.2 en de daaar aangehaalde auteurs.

woord is bij welk rechtstelsel *deze* (bilaterale) rechtsrelatie tussen de ambtenaar en zijn werkgever het beste is gediend. Nog daargelaten dat het civiele recht vage normen kent als 6:2 en 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) en het arbeidsrecht het pendant daarvan in de vorm van artikel 7:611 BW (goedwerkgeverschap en goedwerknemerschap) zie ik niet in wat het bezwaar is van Niessen.

Van Peijpe pleit voor een minder rigide toepassing van het bestuursprocesrecht in ambtenarenzaken. Dit zou moeten leiden tot een definitieve oplossing van het conflict. Daartoe bieden, in zijn visie de kantonrechter of een speciaal voor het arbeidsrecht in het leven te roepen arbeidsgerecht, betere mogelijkheden. Hij ziet maar één goede reden voor afschaffing van de ambtenarenstatus, te weten toepassing van het commune arbeidsprocesrecht in plaats van het bestuursprocesrecht.³⁹⁴

Naves wijst op het nadeel van het verkrijgen van formele rechtskracht van besluiten in ambtenarenzaken indien daar niet binnen 6 weken tegen wordt opgekomen en concludeert daaruit dat dit onder omstandigheden een conflictopwekkend karakter heeft, daarbij kennelijk doelend op het feit dat wanneer tegen een besluit – op straffe van verval van rechten – moet worden opgekomen, daarmee het conflict wordt gejuridiseerd.³⁹⁵

Velo vraagt zich af of ambtenaren zich realiseren dat hun rechtpositie in het geheel niet zo goed is als vaak gedacht werd. Op veel punten blijft die bescherming zonder geldige reden achter bij die van de civiele werknemers.³⁹⁶

Sprengers heeft zich reeds in zijn dissertatie een pleitbezorger van harmonisatie tussen werknemers en ambtenaren betoond. Hij achtte het toen pragmatisch om een arbeidsrecht voor alle werknemers in Nederland na te streven of die nu bij een private werkgever werkzaam zijn of bij de overheid.³⁹⁷ Hij wijst naar aanleiding van het IBO rapport naar de verschillen in rechtsbescherming en op het CAO-overleg, waardoor er meer flexibiliteit in het arbeidsvoorwaardenoverleg optreedt.³⁹⁸ Daarbij is het in zijn visie ook van belang om na te gaan of voor de bijzondere positie van de overheid (werkgever en wetgever tegelijk) op onderdelen aparte regels nodig zijn.³⁹⁹

394. Van Peijpe, 2005, p. 404-405.

395. Naves 2005, p. 74-75.

396. Velo 2006, p. 354-358.

397. Sprengers 1998, hoofdstuk 13 i h.b. p. 693-694.

398. Sprengers 2006, p. 68-69. Zie ook Sprengers 2005, p. 25-27.

399. Sprengers 2006, p. 73.

Naar mijn mening dienen in elk geval de door mij gesignaleerde knelpunten op procesrechtelijk terrein te worden meegewogen bij de vraag of, en zo ja, in hoeverre het wenselijk is om de ambtelijke status te handhaven. Vervolgens dient daarbij ook de vraag te worden gesteld of aanpassing van het huidige stelsel (en dus ook van het bestuursprocesrecht) op een zodanige wijze mogelijk is dat die knelpunten kunnen worden opgelost. Wanneer dat niet of niet in afdoende mate mogelijk is⁴⁰⁰ kan dat naar mijn mening een valide reden zijn om het ambtenarenrecht onder het civiele arbeidsrecht te brengen c.q. het ambtenarenrecht af te schaffen.

Mijn voorkeur zou ook overigens uitgaan naar één stelsel van rechtsbescherming, geschoeid op de gematigd objectiefrechtelijke leer, waarbij de knelpunten van beide disciplines zijn weggenomen. Zeker nu er gesproken wordt over herziening van het civiele ontslagrecht, zou dat in één keer kunnen worden meegenomen.

7.8 Conclusie hoofdstuk 7

Op de ongelijkheidscompensatie die het huidige bestuursprocesrecht biedt, valt nog wel iets af te dingen. Waar de wetgever aanvankelijk een niet-lijdelijke rechter heeft beoogd die gebruik maakt van allerhande onderzoeksbevoegdheden, neigt de lagere bestuursrechter meer naar een lijdelijk model. Maar ook al zou *die* processuele ongelijkheid als gevolg van een adequaat ingrijpen van de hogere bestuursrechter volledig worden gecompenseerd, dan brengt dit nog niet zonder meer een compensatie mee van de *materiële* machtsongelijkheid tussen overheidswergever en ambtenaar. Zo toetst de bestuursrechter op een aantal punten waar het bestuursorgaan een beleidsvrijheid heeft terughoudend, waardoor de bewijslevering van het bestuursorgaan wordt verlicht ten nadele van de ambtenaar. Dit komt onder meer voor bij een organieke functiebeschrijving, bij functiewaardering en bij de toetsing van negatieve beoordelingen.

In het geval van dienstongevallen en beroepsziekten is er een bewijsregel geformuleerd, die overeenkomt met artikel 7:658 BW. Artikel 7:611 wordt niet analoog toegepast. Voor militairen geldt een verwant artikel 115 AMAR. In sommige gevallen past ook de Centrale Raad van

400. Bijvoorbeeld omdat zaken als de formele rechtskracht, alsmede terughoudende toetsing door de bestuursrechter in het geval van beleidsvrijheid van het bestuursorgaan voor het ambtenarenrecht niet kunnen worden versoepeld of afgeschaft.

Beroep de omkeringsregel toe. Analoge toepassing van door de Hoge Raad op grond van artikel 7:658 BW geformuleerde jurisprudentie verwerpt de CRvB met een beroep op het afwijkende bewijsstelsel. Materieel komt de uitkomst echter grotendeels op hetzelfde neer.

In het ontslagrecht en voor zaken als beoordelingen en disciplinaire maatregelen is een jurisprudentie ontstaan, die het de ambtenaar in dit huidige stelsel niet eenvoudig maakt om tegen deze zaken met succes op te komen. Wanneer een deel van de in een beoordeling genoemde voorbeelden eenvoudig niet waar blijkt te zijn, blijft de beoordeling desalniettemin overeind vanwege het 'algemene beeld' dat daaruit blijkt. Juist *daar* schiet dan ook de materiële ongelijkheidscompensatie tekort, nu de CRvB beoordelingen en ongeschiktheidontslagen terughoudend toetst en het voor een ambtenaar welhaast een onmogelijke opgave wordt om een gefingeerde slechte beoordeling in rechte met succes aan te vechten.

In het kader van een toch van het civiele recht sterk afwijkend bewijsrecht en de forse kritiek daarop van diverse auteurs, lijkt het aan te bevelen, in de discussie rond de normalisering van de ambtelijke status, ook deze, bestuursprocesrechtelijke, argumenten in de discussie te betrekken.

8 VERGELIJKING EN AANBEVELINGEN

8.1 Inleiding

Dit onderzoek gaat over de opheffing van processuele en/of materiële ongelijkheid tussen (proces)partijen in het arbeidsrecht en ambtenarenrecht door middel van een van de hoofdregel ('wie stelt bewijst') afwijkende regel.

In hoofdstuk 3 en 4 is aan de orde geweest dat het burgerlijk procesrecht in beginsel uitgaat van de gelijkwaardigheid van partijen. Dat wil niet zeggen dat er op het gebied van stelplicht en bewijslast geen vormen van ongelijkheidscompensatie zijn aan te wijzen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de wijze waarop het bewijsrecht is vormgegeven, maar ook gebeurt dit door middel van wettelijke regels en jurisprudentie. Omdat het materiële recht uiteindelijk de bewijslastverdeling bepaalt moeten specifieke bewijsregels in het arbeidsrecht zelf worden gezocht. Die zijn, zo blijkt uit hoofdstuk 5, op diverse plaatsen te vinden.

Zo kennen de artikelen 7:610a BW en 7:610b BW een bewijsvermoeden van de aard en omvang van de arbeidsovereenkomst. Op het gebied van gelijke behandeling bestaat een bewijsvermoeden. Bij arbeidsongevallen en beroepsziekten geldt zelfs een, voor wat de zorgplicht van de werkgever betreft, volledige omkering van de bewijslast. Een werkgever dient na ontslagverlening op staande voet in de door de werknemer aangespannen loonvorderingsprocedure te stellen en te bewijzen dat hij een dringende reden had voor ontslag op staande voet en dat hij die ook onverwijld aan de werknemer kenbaar heeft gemaakt.

In het bestuursrecht wordt de ongelijkheidscompensatie in beginsel geacht in het bestuursprocesrecht te zijn geïncorporeerd, door middel van een niet-lijdelijke bestuursrechter en een laagdrempelige procedure zonder verplichte procesvertegenwoordiging.

Hoewel ook in het ambtenarenrecht de materiële wet bewijsregels kan stipuleren, zal daar vergeefs naar worden gezocht. Behoudens de jurisprudentie ter zake van dienstongevallen en beroepsziekten, die de omkering van de bewijslast uit het civiele recht (artikel 7:658 BW) deels overneemt, zijn duidelijke regels ten aanzien van stelplicht en bewijslast moeilijk uit zijn uit bestuursrechtelijke beslissingen te destilleren. Ge-

volg daarvan is ook dat moeilijk is vast te stellen of en zo ja in hoeverre er ongelijkheidscompensatie plaatsvindt door een afwijkende stelplecht en/of bewijslast.

8.2 **Stellen en bewijzen in het burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht**

In het burgerlijk procesrecht geldt het systeem van artikel 149 en 150 Rv. Een partij die zich op een rechtsgevolg beroept, dient de daaraan ten grondslag liggende feiten niet alleen te stellen, maar ook, in beginsel, te bewijzen. Dit lijdt uitzondering indien een bijzondere (bewijs)regel anders bepaalt.

De feitengaring in het bestuursrecht vindt ex artikel 3:2 Awb zowel bij ambtshalve besluiten als bij besluiten op aanvraag primair plaats bij het bestuursorgaan in het kader van de uit dat artikel voor het bestuursorgaan voortvloeiende onderzoeksplicht. Daarnaast bestaat er bij een besluit op aanvraag en ex artikel 4:2 Awb tweede lid ook een informatielast bij de belanghebbende. Hoe die twee zich bij een besluit op aanvraag tot elkaar verhouden, hangt af van de omstandigheden van het geval. De bestuursrechter toetst in beginsel dat onderzoek aan het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel.¹ Deze bepalingen hebben ook hun doorwerking in het bewijsrecht.

In enkele uitspraken over mesothelioom² komt een aan artikel 150 Rv verwante norm voor. Hoewel deze norm niet door de CRvB in andere uitspraken is herhaald, zou deze regel voor het gehele bestuursprocesrecht moeten gelden en als zodanig in de Awb zou moeten worden opgenomen.

Een voordeel in het bestuursrecht is artikel 8:42 Awb dat bepaalt dat binnen vier weken na de dag van verzending van het beroepschrift aan het bestuursorgaan, dit orgaan de op de zaak betrekking hebbende zaken aan de rechtbank toezendt. Aldus rust er op het bestuursorgaan een plicht om het gehele dossier over te leggen.

Een ambtenaar kan weliswaar getuigen mee naar de zitting nemen, maar bij gebreke van een expliciet bewijsoordeel in de vorm van een be-

1. Zie onder meer: Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000 en Schuurmans 2007 II.

2. Bijvoorbeeld: CRvB 28 november 2002, TAR 2003, 60, waarin wordt bepaald dat de ambtenaar die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept voldoende feiten dient te stellen en aannemelijk te maken waaruit dat rechtsgevolg kan worden afgeleid.

wijsopdracht valt niet altijd goed is te voorspellen of de getuigen het door de bestuursrechter verlangde bewijs kunnen leveren.

8.3 **Vergelijkingen per onderwerp**

Arbeidsovereenkomst versus ambtelijke aanstelling

Ten aanzien van de aard en de omvang van de arbeidsovereenkomst voorziet de wet in een wettelijk vermoeden van de aard en omvang van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:610a en b BW). Dit dwingt de werkgever naar burgerlijk recht de afspraken zo goed mogelijk vast te leggen. Schriftelijkheid is geen vereiste, hetgeen bij een overeenkomst voor bepaalde tijd, gelet op de gevolgen voor de werknemer daarvan, minder wenselijk is.

De ambtelijke aanstelling dient ook in beginsel schriftelijk te zijn vastgelegd, zodat, zolang de aanstelling en inhoud niet van elkaar afwijken, de (vermeende) ambtenaar daarmee eenvoudig kan aantonen wat zijn rechtspositie is. Indien hij stelt dat hij meer of andere rechten heeft, dan rusten op hem de stelplicht en bewijslast daarvan. Dat laatste is bij de werknemer naar burgerlijk recht niet anders. Een bewijsvermoeden schept niet meer dan een processuele handreiking. De bewijslast blijft op de werknemer rusten.

Loon versus bezoldiging

In beide rechtsgebieden gelden vergelijkbare regelingen ten aanzien van aanspraken op loon, ook in verband met ziekte en verhindering. Ook de stelplicht en bewijslast verschillen materieel niet wezenlijk. De partij die een recht geldend wil maken, draagt daarvan de stelplicht en de bewijslast. Verschil is dat een civiele werknemer die van mening is dat hij te weinig loon heeft ontvangen dat in beginsel nog over vijf jaar kan terugvorderen van zijn werkgever. De toekenning van een salaris aan een ambtenaar is een besluit waartegen binnen zes weken bezwaar moet worden ingesteld. Komt men er na die termijn achter dan zal aan het bestuursorgaan moeten worden verzocht terug te komen op het eerdere besluit. Omdat het besluit naar aanleiding hiervan door de bestuursrechter vervolgens marginaal wordt getoetst, zal een dergelijke vordering in veel gevallen stranden. Met name komt dat aan de orde bij de gelijke behandeling, wanneer uit een uitspraak van de Commissie

Gelijke Behandeling blijkt dat er sprake is van een verboden onderscheid ten aanzien van het loon.

Gelijke behandeling

In het civiele arbeidsrecht kan de werknemer zich op een in de verschillende antidiscriminatiewetten opgenomen bewijsvermoeden beroepen. Hij kan volstaan met het stellen en zo nodig bewijzen van feiten en omstandigheden waaruit blijkt dat er onderscheid is gemaakt, waarna de werkgever dit vermoeden van verboden onderscheid door het leveren van tegenbewijs dient te ontzenuwen.

Indien de werkgever stelt een rechtvaardigingsgrond te hebben dan betreft dit een zelfstandig verweer, waarvan hij de volledige bewijslast draagt. Dit alles komt voort uit implementatie van de bewijslastrichtlijn. Een uitspraak van de CGB kan de partij die in een civiele procedure stelt dat er sprake is van een ongeoorloofd onderscheid helpen in het voldoen aan haar stelplicht en in haar bewijslast. Een werknemer naar burgerlijk recht kan eerst een oordeel van de CGB uitlokken en vervolgens goed beslagen ten ijs de procedure aanvangen.

In het ambtenarenrecht vallen stelplicht en bewijslast grotendeels samen omdat de bewijsopdracht vrijwel niet voorkomt. Dat betekent dat na sluiting van het debat door de bestuursrechter in het kader van de uitspraak wordt onderzocht of een ambtenaar aan het bewijsvermoeden heeft gedaan en vervolgens of het bestuursorgaan dat bewijsvermoeden voldoende heeft ontzenuwd. Dat stelt hoge eisen aan het inschattingvermogen van beide partijen ten aanzien van de vraag of zijn voldoende hebben gesteld en aan bewijsmiddelen hebben voorgedragen.

Daarnaast geldt, zoals hierboven al aangegeven, het beginsel van formele rechtskracht, alsmede de terughoudende toetsing in het geval wordt verzocht terug te komen op een onherroepelijk besluit. Dat betekent in concreto dat een uitspraak van de CGB niet kan worden afgewacht en tijdig bezwaar moet worden ingesteld. Een uitspraak van de CGB is bovendien geen novum op basis waarvan een heroverweging van een besluit plaatsvindt. Dit lijdt uitzondering voor toekomstige bezoldigingsaanspraken. Waar echter de civiele werknemer tot 5 jaar terug kan vorderen, loopt de ambtenaar die er pas later achter komt dat er sprake is van ongeoorloofd onderscheid of die afwacht totdat hij een uitspraak van de CGB dus tegen formele rechtskracht en de terughoudende toets van dergelijke besluiten aan. Aldus lijkt de ambtenaar niet optimaal gebruik te kunnen maken van de onderzoeksmogelijkheden

die de cgb biedt en lijkt het moeilijker om met terugwerkende kracht te weinig betaalde bezoldiging te vorderen.

Werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten

In het civiele arbeidsrecht worden arbeidsongevallen en beroepsziekten beoordeeld krachtens artikel 7:658 BW. In het ambtenarenrecht past de CRvB dit artikel analoog toe, hetgeen in sommige gevallen betekent dat ook de omkeringsregel als bedoeld in het arrest *Unilever/Dikmans*³ wordt toegepast.

Het traject van stellen en bewijzen verplaatst zich in het bestuursrecht in beginsel 'naar voren', te weten naar de besluitfase, waarin het bestuur een onderzoeksplicht heeft ex artikel 3:2 Awb en, bij besluiten op aanvraag, een burger een informatielast ex artikel 4:2 Awb.⁴ De bestuursrechter toetst onder meer of het onderzoek door het bestuursorgaan zorgvuldig heeft plaatsgevonden. De bestuursrechter gaat na of het bestuursorgaan een zorgvuldig en deugdelijk onderzoek heeft gedaan en of het aangevallen besluit voldoende is gemotiveerd. Daarbij zal de bestuursrechter er in beginsel van uitgaan dat bij ambtshalve beslissingen de bewijslast op het bestuursorgaan rust en bij besluiten op aanvraag bij de aanvrager. In dat verband kan de ambtenaar in beroep en hoger beroep nog wel nieuwe argumenten en bewijsstukken aandragen, zodat het debat daarnaast ook een wat meer contradictoir karakter krijgt.

Artikel 7:611 BW wordt in het civiele arbeidsrecht onder meer gebruikt voor werkgeversaansprakelijkheid waarbij niet aan het werkplekvereiste van artikel 7:658 BW is voldaan. De CRvB, wijst, hoewel er inmiddels een pendant van dit artikel 7:611 BW is vastgelegd in art. 125ter Aw, analoge toepassing van dit artikel voor arbeidsgerelateerde schade af. Voor militairen bestaat in artikel 115 AMAR overigens een mogelijkheid om dergelijke schade (deels) vergoed te krijgen.

Einde van de arbeidsovereenkomst versus van de aanstelling

De civielrechtelijk ontslagroutes via het UWV-WERKbedrijf en via de kantonrechter ex 7:685 BW zijn beide wat betreft stelplicht en bewijslast gebrekkig. In geen van beide procedures⁵ krijgt de werknemer

3. HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt DA.

4. Schuurmans 2005, hoofdstuk 3, onder meer paragraaf 3.4.

5. Met uitzondering van een enkele kantonrechter die dit probleem onderkent.

daadwerkelijk de mogelijkheid om zijn gelijk door middel van het horen van getuigen of het benoemen van deskundigen aan te tonen. Slechts in een procedure uit kennelijk onredelijk ontslag of na nietig ontslag tot doorbetaling van loon is het gewone bewijsrecht van toepassing.

In het ambtenarenrecht zal in beginsel de stelplicht en bewijslast van onvoldoende functioneren op de overheidswerkgever rusten. De CRvB past in dat kader de 'algemene beeld' leer toe en toetst negatieve beoordelingen terughoudend, waardoor de stelplicht en bewijslast van de *onhoudbaarheid* van het besluit alsnog bij de ambtenaar komen te liggen.

Conclusie

Op onderdelen wordt in het civiele arbeidsrecht op adequate wijze de tussen werkgever en werknemer bestaande processuele ongelijkheid gecompenseerd. Met name in het ontslagrecht (7:685 BW-procedure en CWI-procedure) schiet die bescherming tekort.

In het ambtenarenrecht lijkt het bestuursprocesrecht, dat in 1994 is ingevoerd om te gelden voor het gehele bestuursrecht, op onderdelen voor een ambtenaar minder gunstig uit te pakken. Zo dwingt het feit dat een besluit binnen 6 weken, bij gebreke van tijdig bezwaar, formele rechtskracht krijgt, een ambtenaar feitelijk tot actie, ook al kan hij zijn gelijk op dat moment nog niet bewijzen of zou hij liever niet (op dat moment) de strijd met zijn werkgever willen aangaan. Ook brengt een terughoudende toetsing in het geval een bestuursorgaan beleidsvrijheid heeft, op sommige punten (bijvoorbeeld bij een negatieve beoordeling) meer dat het aanvechten van het besluit niet altijd eenvoudig zal zijn, omdat de ambtenaar in dat geval zal moeten aantonen dat het besluit *onhoudbaar* is.

Waar een bestuursorgaan zelf onderzoek moet doen naar de eigen aansprakelijkheid bestaat het risico dat dit niet altijd met de vereiste objectiviteit plaatsvindt.⁶

8.4 **Aanbevelingen**

8.4.1 *Aanbevelingen civiele arbeidsrecht*

Aan de stelplicht en bewijslast van het civiele recht kan op onderdelen nog wel iets worden verbeterd. Zo zou voor de arbeidsovereenkomst

6. Asser 2006, p. 56.

voor bepaalde tijd een eis van schriftelijkheid in de wet moeten worden opgenomen. Ten aanzien van de werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW dient naar mijn mening een verzwaarde stelplicht voor de werkgever te worden aangenomen ter zake van de tot zijn domein behorende stukken betreffende de werksituatie en de inventarisatie van de risico's door die werkgever. Daarnaast dient de omkeringsregel wat dat betreft in zijn huidige vorm te worden gehandhaafd.

Verder acht ik het onwenselijk indien de discussie over het causaal verband een tweede maal terug komt, te weten wanneer vaststaat dat er een causaal verband is tussen de schade en de uitoefening van de werkzaamheden en ook dat de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden. In die situatie dient niet aan de orde te komen de vraag of de schade ook was ingetreden als de maatregelen wel door de werkgever waren genomen. Voorts dient bij het onderzoek van de werkgever ex artikel 7:658 BW naar de veiligheid van de werkplek ook de persoon van de werknemer te worden betrokken. Wanneer de risico's van het werk zijn geïnventariseerd, dient te worden onderzocht of het werk veilig is voor *deze* betrokken werknemer.

Tenslotte zou het vestigen van een risicoaansprakelijkheid de stelplicht en bewijslast aanmerkelijk vereenvoudigen.

Gelet op de aard en omvang van de belangen die er op het spel staan en gelet op de Baijings/Tulkens-leer, die bepaalt dat alle vergoedingen betreffende een ontslag in de 7:685 BW-procedure aan de orde moet komen, dient het bewijsrecht op die procedure van toepassing te worden verklaard. Dit klemmt temeer daar hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten. In een dergelijke situatie schrijft artikel 6 EVRM voor dat er minstens één rechtsgang volledig moet kunnen worden benut. Daarvan is naar mijn mening geen sprake indien een partij die haar gelijk door middel van getuigen wil bewijzen daartoe niet de gelegenheid krijgt. Ook in strijd met artikel 6 EVRM acht ik in dat verband de aanbeveling van de kring van kantonrechters ten aanzien van de marginale toetsing van een door representatieve vakbonden goedgekeurd sociaal plan in het geval van een ongebonden werknemer. Een werknemer die geen opdracht heeft gegeven om namens hem te onderhandelen en dus niet civielrechtelijk gebonden is aan een door een derde gesloten overeenkomst moet ten volle kunnen stellen en bij betwisting bewijzen dat in *zijn geval* de door de werkgever aangeboden regeling van het sociaal plan niet een billijke vergoeding oplevert in de zin van artikel 7:685 BW. In dat verband dient niet bij voorbaat vast te staan – behoudens marginale toetsing – wat de kantonrechter gaat beslissen.

Tenslotte dient de procedure bij het UWV-WERKbedrijf te worden aangepast op een zodanige wijze dat aan de bezwaren van de Nationale Ombudsman tegemoet wordt gekomen.

8.4.2 *Aanbevelingen ambtenarenrecht*

In het ambtenarenrecht zou het bestuursprocesrecht zodanig moeten worden aangepast, dat een ambtenaar niet wordt geconfronteerd met besluiten waartegen, op straffe van verval van alle rechten, bezwaar moet worden ingesteld. In dat geval kan een ambtenaar zich eerst wenden tot de CGB (net als zijn civiele collega) en kan er vervolgens – wanneer een positief oordeel is verkregen – gepoogd worden met terugwerkende kracht over 5 jaar te weinig betaald loon te vorderen, zonder dat dit strandt op de formele rechtskracht.

Dat geldt mutatis mutandis ook voor andere rechtspositionele besluiten, zoals een negatieve beoordeling.

Voorts zouden voor een ongeschiktheidsontslag ‘anders dan’ voor wat betreft stelplicht en bewijslast dezelfde eisen moeten gelden als die van een ontslag op staande voet van een civiele werknemer. Gelet op de ernst van het debat en de gevolgen dient een werkgever in te staan voor de juistheid en volledigheid van de gronden die via een onvoldoende beoordeling aan een dergelijk ontslag ten grondslag zijn gelegd.

Arbeidsovereenkomst versus ambtelijke aanstelling

Ten aanzien van de aard en de omvang van de arbeidsovereenkomst voorziet de wet in een wettelijk vermoeden van de aard en omvang van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:610a en b BW). Dit dwingt de civielrechtelijke werkgever de afspraken zo goed mogelijk vast te leggen. Schriftelijkheid is geen vereiste, hetgeen bij een overeenkomst voor bepaalde tijd, gelet op de gevolgen voor de werknemer daarvan, minder wenselijk is.

De ambtelijke aanstelling dient in beginsel schriftelijk te zijn vastgelegd, zodat, zolang de aanstelling en inhoud niet van elkaar afwijken, de werknemer daarmee eenvoudig kan aantonen wat zijn rechtspositie is. Indien hij stelt dat hij meer of andere rechten heeft, dan rust op hem de stelplicht en bewijslast daarvan. Dat laatste is bij de civiele werknemer niet anders. Een bewijsvermoeden schept niet meer dan een processuele handreiking. De bewijslast blijft op de werknemer rusten.

Loon versus bezoldiging

In beide disciplines gelden vergelijkbare regelingen ten aanzien van aanspraken op loon, ook in verband met ziekte en verhindering. Ook de stelplicht en bewijslast verschillen materieel niet wezenlijk. De partij die een recht geldend wil maken draagt daarvan de stelplicht en de bewijslast.

Gelijke behandeling

In het civiele arbeidsrecht kan de werknemer zich op een in de verschillende antidiscriminatie wetten opgenomen bewijsvermoeden beroepen. Hij kan volstaan met het stellen en zo nodig bewijzen van feiten en omstandigheden waaruit blijkt dat er onderscheid is gemaakt, waarna de werkgever dit vermoeden van verboden onderscheid door het leveren van tegenbewijs dient te ontzenuwen. Indien de werkgever stelt een rechtvaardigingsgrond te hebben dan betreft dit een zelfstandig verweer, waarvan hij de volledige bewijslast draagt. Dit alles komt voort uit implementatie van de bewijslastrichtlijn. Een uitspraak van de CGB kan de partij die in een civiele procedure stelt dat er sprake is van een ongeoorloofd onderscheid helpen in haar stelplicht en zelfs in haar bewijslast. Een civiele werknemer kan eerst een oordeel van de CGB uitlokken en vervolgens goed beslagen ten ijs de procedure opstarten.

In het ambtenarenrecht geldt het beginsel van formele rechtskracht, alsmede de terughoudende toetsing in het geval wordt verzocht terug te komen op een onherroepelijk besluit. Dat betekent in concreto dat een uitspraak van de CGB niet kan worden afgewacht en tijdig bezwaar moet worden ingesteld. Een uitspraak van de CGB is bovendien geen novum op basis waarvan een heroverweging van een besluit plaatsvindt. Dit lijdt uitzondering voor toekomstige bezoldigingsaanspraken. Waar echter de civiele werknemer tot 5 jaar terug kan vorderen, loopt de ambtenaar dus tegen formele rechtskracht en de terughoudende toets van dergelijke besluiten aan. Aldus kan de ambtenaar niet optimaal gebruik maken van de onderzoeksmogelijkheden die de CGB biedt.

Werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten

In het civiele arbeidsrecht worden arbeidsongevallen en beroepsziekten beoordeeld krachtens artikel 7:658 BW. In het ambtenarenrecht past de CRvB dit artikel analoog toe, hetgeen in sommige gevallen betekent dat

ook de omkeringsregel wordt toegepast. Omdat het bewijsstelsel in het bestuursrecht afwijkt van dat in het burgerlijk procesrecht, missen de door de Hoge Raad gewezen arresten ex artikel 7:658 BW in het ambtenarenrecht toepassing, aldus de vaste jurisprudentie van de CRvB.

Het traject van stellen en bewijzen verplaatst zich in het bestuursrecht 'naar voren', te weten naar de besluitfase, waarin het bestuur een onderzoeksplicht heeft ex artikel 3:2 Awb en, bij besluiten op aanvraag, een burger een informatielast ex artikel 4:2 Awb.⁷ De bestuursrechter toetst of het onderzoek door het bestuursorgaan zorgvuldig heeft plaatsgevonden. Waar dus in het civiele recht primair de rechter toetst of een partij aan haar stelplicht en bewijslast heeft voldaan, gaat de bestuursrechter na of het bestuursorgaan een zorgvuldig onderzoek heeft gedaan en of het aangevallen besluit voldoende is gemotiveerd. Daarbij zal de bestuursrechter er in beginsel van uitgaan dat bij ambtshalve beslissingen de bewijslast op het bestuursorgaan rust en bij besluiten op aanvraag bij de aanvrager.

Artikel 7:611 BW wordt in het civiele arbeidsrecht onder meer gebruikt voor werkgeversaansprakelijkheid waarbij niet aan het werkplekvereiste van artikel 7:658 BW is voldaan. De CRvB wijst analoge toepassing van dit artikel af. Voor militairen bestaat in artikel 115 AMAR echter een variant hierop.

In beide gevallen zou er kunnen worden geopteerd voor een risicoaansprakelijkheid.

Einde van de arbeidsovereenkomst versus van de aanstelling

De civielrechtelijk ontslagroutes via het UWV-WERKbedrijf en via de kantonrechter ex 7:685 BW ontberen beiden toepassing van het civiele bewijsrecht. In geen van beide procedures krijgt de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid om zijn gelijk door middel van het horen van getuigen of het benoemen van deskundigen aan te tonen. Slechts in een procedure uit kennelijk onredelijk ontslag of na nietig ontslag tot doorbetaling van loon is het gewone bewijsrecht van toepassing.

In het ambtenarenrecht zal in beginsel de stelplicht en bewijslast van onvoldoende functioneren op de overheidswerkgever rusten. De wijze waarop de CRvB bij de toetsing van beoordelingen daaraan invulling geeft, maakt dat het voor de ambtenaar vrijwel onmogelijk is om de

7. Schuurmans 2005, hoofdstuk 3, onder meer paragraaf 3.4.

onjuistheid van de beoordeling aan te tonen. Zelfs indien hij van *alle* aan die beoordeling ten grondslag liggende feiten de onjuistheid aantoonst, dan nog telt ‘het algemene beeld’. Weliswaar kan een ambtenaar getuigen mee naar de zitting nemen, maar bij gebreke van een expliciet bewijsoordeel in de vorm van een bewijsopdracht is niet altijd goed in te schatten of de getuigen het door de bestuursrechter verlangde bewijs leveren. Dat valt eerst achteraf uit de uitspraak op te maken.

8.5 Conclusie

Aan de stelplicht en bewijslast van het civiele recht kan op onderdelen nog wel iets worden verbeterd. Zo zou voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een eis van schriftelijkheid in de wet moeten worden opgenomen. De regeling van de werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW voldoet – uitgaande van een verzwaarde stelplicht voor de werkgever ter zake van de tot zijn domein behorende stukken betreffende de werksituatie en de inventarisatie van de risico’s door die werkgever- en omkeringsregel maar is erg ingewikkeld. Wenselijk zou zijn indien dit zou worden vervangen door een risicoaansprakelijkheid voor alle arbeidsgerelateerde schade (behoudens veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid).

Aldus verdwijnt dan ook de onwenselijke discussie over het causaal verband ten tweede male, te weten wanneer vaststaat dat er een causaal verband is tussen de schade en de uitoefening van de werkzaamheden en ook dat de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden. In die situatie dient niet aan de orde te komen de vraag of de schade ook was ingetreden als de maatregelen wel door de werkgever waren genomen. Voorts dient bij het onderzoek van de werkgever ex artikel 7:658 BW naar de veiligheid van de werkplek ook de persoon van de werknemer te worden betrokken. Indien de risico’s van het werk zijn geïnventariseerd dient te worden onderzocht of het werk veilig is voor *deze* betrokken werknemer.

Gelet op de aard en omvang van de belangen die er op het spel staan en gelet op de Baijings/Tulkens-leer, die bepaalt dat alle vergoeding betreffende een ontslag in de 7:685 BW procedure aan de orde moet komen, dient het bewijsrecht op die procedure van toepassing te worden verklaard. Tenslotte dient de procedure bij UWV-WERKbedrijf te worden aangepast op een zodanige wijze dat partijen gelijke kansen hebben.

Naar mijn mening is één procesrecht voor het *gehele* bestuursrecht in de huidige wijze waarop daaraan uitvoering wordt gegeven niet de meest gunstige situatie. Feitelijk wordt daar in de praktijk ook al invul-

ling aan gegeven doordat de Centrale Raad van Beroep op bepaalde procesrechtelijke vraagstukken onderdelen anders beslist dan bijvoorbeeld de Raad van State. Niet valt in te zien waarom die lijn niet zou kunnen worden doorgetrokken, in die zin dat typisch op de bestuurs-taak geënte begrippen uit het bestuursrecht, zoals de formele rechtskracht en de terughoudende toetsing van een besluit in het geval een bestuursorgaan beleidsvrijheid heeft, wat minder strikt in het ambtenarenrecht worden doorgevoerd.

Naar één stelsel

Wanneer men toch bezig is met veranderen, kan men zelfs denken aan het opstellen voor één, allesomvattend stelsel geldend voor zowel civiele als overheidswerknemers. Daar waar het ontslagrecht in het civiele recht nog altijd onder vuur ligt en de eenzijdige aanstelling van de ambtenaar in de visie van velen ook zijn langste tijd gehad heeft zou één stelsel een goede uitkomst zijn. Dat zou dan wel een stelsel moeten zijn met de stelplicht en bewijslast op civielrechtelijke leest geschoeid en waarbij de rechter uiteindelijk het laatste woord heeft. Dat de rechter in het ambtenarenrecht op de stoel van het bestuur gaat zitten zal immers niet snel aan de orde zijn.

9 SUMMARY

Inequality compensation concerning the obligation to submit facts and the onus of proof in civil employment law and civil service law. Towards one uniform system?

Chapter 1

The relationship between employer and employee – if no compensation is made – is hardly ever equal. In this respect the civil employment law does not differ fundamentally from the civil service law. This is why the key focus of this thesis is on inequality compensation. In this respect both systems will be dealt with in the further chapters on the basis of the applicable procedural law. Inequality compensation is to be understood as the elimination of both procedural and material inequality. This thesis tackles the question to what extent procedural law, and then in particular the rules concerning the obligation to submit facts and the onus of proof, can provide such compensation.

No *absolute right* arises from article 6 European Convention on Human Rights to submit evidence (for instance via the examination of witnesses). On the other hand, the European Court of Human Rights did recognise the possibility that the refusal to have witnesses examined of one of the litigants by the Court may lead to a breach of article 6 European Convention on Human Rights. The Court is not obliged to accept *all* produced evidence, but is at liberty to select which means of evidence are relevant to the outcome of the dispute.

The question that is fair to ask – and that it still unanswered by the European Court of Human Rights – is whether or not an *exclusion* of the rules of evidence in legal proceedings that are not subject to appeal or judicial review and are not followed either by ‘proceedings on the merits’ in order to determine the final and conclusive civil rights and obligations, such as dissolution proceedings pursuant to Section 7:685 Dutch Civil Code, does indeed meet the requirements of article 6 European Convention on Human Rights. In connection with this it must also be stressed that an additional element of the right to attend a court session and the right to a (fair) verbal examination within the meaning

of article 6 European Convention on Human Rights is the obligation of the Court to state the grounds. The extent of such obligation to state the grounds depends on the nature of the decision and must therefore be assessed per individual case at all times (according to the judgment of the European Court of Human Rights). A decisive factor for the extent of the obligation to state the grounds is which effective legal remedy can be used against it. After all, the decision must be verifiable.

Chapter 2

In order to investigate how the onus of proof can be allocated best, this chapter sets forth which theories have been developed in this respect over the centuries, and which theory has been applied to which system. The following theories have been discussed: the theory of the unfounded affirmatives, the subjective onus of proof allocation theory, the (moderately) objective onus of proof allocation theory, the procedural law theory or the doctrine of reasonableness and fairness of Anema and the opinion of Giesen. In our country the moderately objective onus of proof allocation doctrine has ultimately been adopted for the civil (procedural) law. The correction according to the principles of reasonableness and fairness (*redelijkheid en billijkheid*) of the 'unless' formula of Section 150 Dutch Code of Civil Procedure must be considered more or less as a dead letter. The ultimate fine-tuning is found in particular in the *special rule* in objective law, which does not only include a legal provision but also a legal rule developed by the (Supreme) Court.

The administrative system (cf. chapter 6) has every characteristic of the doctrine of reasonableness and fairness. This theory, which leaves it to the discretion of the Court to decide upon whom the onus of proof shall fall in the concrete case, makes the allocation of the onus of proof unpredictable.

This is why, within the scope of predictability, the protection of legal interests and the economy of proceedings, I prefer the moderately objective onus of proof allocation system, also in the administrative law. As far as I am concerned, a recommendation could be that, more than is the case today, there must be a sanction for a deceitful litigation attitude. Any party of whom it has been firmly established that it has deliberately made false statements with respect to an assertion that is important for its claim does not fulfil its obligation to submit facts with respect to such claim and should therefore no longer be allowed to prove its (further) assertions regarding such claim.

Chapter 3

The civil procedural law itself hardly provides any (rules of) inequality compensation regarding the obligation to submit facts. Section 21 Dutch Code of Civil Procedure determines that parties are obliged to submit the facts that are important for the decision completely and truthfully. Section 149 Dutch Code of Civil Procedure determines that the Court can only found its decision on those facts and circumstances (except for empirical rules and facts of common knowledge) that have been submitted to the Court, have become known to the Court and have been firmly established. Apart from this, Sections 22 and 843a can be mentioned as special provisions within the scope of the obligation to submit facts in which at the request of the Court, respectively of the other party, a party can be held to submit certain information to the Court.

The material law prescribes for which facts a party has an obligation to submit facts. This means that primarily the employment law itself must be scrutinized to see if and, if so, to what extent, an employee or employer has an obligation to submit facts that deviates from the principal rule.

What the exact *scope* is of such obligation to submit facts is also connected with what the other party has brought forward. A litigant may be (considerably) hampered in its obligation to submit facts because the facts and circumstances that the litigant needs in order to meet its obligation to submit facts belong to the domain of the other party. As a rule, such other party will have no interest in bringing forward – of its own accord – documents that are self-incriminating. If one were to leave this at the expense and risk of the claimant, this may lead to an inequality in chances of success in legal proceedings. If as a result the legal protection arrives at an unacceptably unfavourable level, this calls for compensation. In some cases such compensation is provided by law and sometimes by case law as well.

Chapter 4

On the other hand, the civil procedural law itself provides for (rules of) inequality compensation in the allocation of the *onus of proof*. Section 150 Dutch Code of Civil Procedure prescribes the onus of proof allocation. The onus of proof falls to a party regarding the facts forming the basis of a specific legal consequence, unless provided otherwise pur-

suant to a special rule or the principle of reasonableness and fairness. Given the fact that the last-mentioned exception is hardly ever applied, one must therefore investigate on the basis of objective law (law and case law) whether or not there is a special rule that implies a deviating onus of proof allocation. Apart from this, by means of presumptive evidences, the Court has the possibility, without requiring any further deviating legal rule, to support to some extent a party who has the onus of proof pursuant to the principal rule of Section 150 Dutch Code of Civil Procedure. In that case the Court considers it evidenced for the time being that the facts asserted by said party are ‘true’. In that case, if evidence (of the opposite) is submitted, the Court may entrust the other party with the evidence in rebuttal. A special variant thereof is the so-called ‘reversal rule’. This does not mean, however, that the *risk* of evidence is thus shifted to the other party. Producing evidence in rebuttal is effected by refuting the presumptive evidence. This is a lighter form than the production of evidence by a party who is entrusted with the risk of evidence. If the evidence in rebuttal is successful, it involves that the (usually claiming) party with whom the risk of evidence rested – pursuant to Section 150 Dutch Code of Civil Procedure – will have to produce such evidence after all.

Chapter 5

At various moments the civil employment law, either by a legal provision or by case law, accedes to the employee in his capacity as unequal contracting party in his obligation to submit facts and the onus of proof. Section 7:658 Dutch Civil Code contains a ‘real’ reversal of the onus of proof in the event that an employee proves first that he has suffered damage in the performance of his work. Apart from this, use is made of a legal presumption, for instance with respect to the nature and scope of the contract of employment (7:610a and b), or with respect to a forbidden distinction. This means that the employee may suffice by asserting and proving those facts and circumstances from which the forbidden distinction can be derived or which are necessary for the presumption of the nature and scope of the contract of employment. It is then up to the employer to refute such presumptive evidence. The idea behind this is to give the employee a procedural lead, but then again not more than that.

In case of instant dismissal the risk of evidence rests with the employer. An employer must assert and prove that it did have a valid ground for instant dismissal, even if the employee claims continued salary payment.

As regards accidents at work and occupational diseases a more stringent obligation to submit facts rests with the employer with respect to the documents belonging to its domain since the ruling *Unilever/Dikmans*¹.

Finally, the employee is supported in its obligation to submit facts and onus of proof regarding the causality between the damage occurred and the work by the so-called 'reversal rule'. Such causality is presupposed if and insofar as three requirements have been fulfilled. First of all an exposure to a dangerous situation must be firmly established. Subsequently it must be firmly established that such an exposure *may* cause the damage. Subsequently the damage must also be actually established. If these three conditions have been fulfilled, a presumptive evidence of causality is assumed, which can be refuted by the employer by producing evidence in rebuttal.

Neither in the dissolution proceedings pursuant to Section 7:685 Dutch Civil Code, nor in the procedure before the UWV WERKbedrijf (the Dutch Unemployment Benefit Agency & Employment Office) the civil law of evidence applies. In the first proceedings the legislator considered this to be in breach of the intention (the urgent nature) of the proceedings. The procedure before the UWV WERKbedrijf refers to administrative proceedings, in which the principle of freedom of evidence applies as is applied in the administrative law. In neither case, appeal or judicial review is possible. Especially because the interests for individual employees in dismissal proceedings are or may be considerable, the question is whether or not this is desirable. In a procedure before the UWV WERKbedrijf it is possible to bring the case before the Subdistrict Court Judge pursuant to Section 7:681 Dutch Civil Code. The Subdistrict Court Judge will then review an administrative decision. In the dissolution proceedings the dissolution marks the end for the employee. Therefore it remains to be seen if these proceedings can stand the test against article 6 European Convention on Human Rights. After all, a party who can prove its case by means of witnesses must have the possibility to do so before at least one legal body.

1. Supreme Court of the Netherlands 17 November 2000, *NJ* 2001, 596.

Chapter 6

Pursuant to Sections 3:2 and 4:2 General Administrative Law Act there is an obligation to conduct an investigation on the part of the governmental body and, in case of decisions on an application, an obligation to provide information on the part of the citizen.

The onus of proof allocation before the Administrative Court takes place by analogy with Sections 3:2 and 4:2 General Administrative Law Act. This means that, in principle, in case of decisions to be made in its official capacity, the governmental body has the onus of proof of the facts forming the basis of such decision. In case of a decision on an application the onus of proof of such facts falls upon the applicant, in principle. Exceptions are possible, for which purpose a few rules of thumb have been developed in literature.

There is something to be said against the inequality compensation provided by the current procedural administrative law. Where the legislator has initially striven for a Court that is not passive and that makes use of all kinds of investigative powers, the lower Administrative Court rather has a tendency towards a passive model. From recent investigation it has become evident that the intention of the legislator to create low-threshold proceedings for the citizen with an active Court and in which mandatory legal representation in court is not necessary, is not always complied with by the lower Administrative Court. In most cases the lower Administrative Court is by all means passive and hardly ever makes use of its powers. The higher Administrative Court (Central Board of Appeal) seems to act more in the spirit of the legislator.

There is a form of onus of proof in the administrative law that has some degree of affinity with Section 150 Dutch Code of Civil Procedure in the sense that a party who relies on a legal consequence has the onus of proof of the facts forming the basis of such legal consequence, in principle. This rule, however, cannot be prominently retrieved, neither in the General Administrative Law Act, nor in case law.

Within the scope of the Third evaluation of the General Administrative Law Act, recommendations were made to bring the establishment of the facts (obligation to submit facts and onus of proof, as well as the role of the Administrative Court in this respect), more in harmony with the intention of the legislator at the time of drawing up the General Administrative Law Act. Such recommendations may resolve a number of sticking points, but allow the Administrative Court discretionary powers for the time being. They do not change the principle of freedom

of evidence whatsoever, which makes it difficult for a citizen to predict the chance of success of a case on the basis of the available means of evidence. 'The proof of the pudding is in the eating'. Thus, the low threshold and the minor litigation risk may prompt the citizen to give it a try in most cases. This is why I opt for a system that is founded on the (moderately) objective onus of proof allocation format with crystal clear material rules of evidence. Not only will this make it easier to predict the chance of success, but it will also force the Administrative Court to be aware of the rule of evidence, to apply it and to state a thorough motivation in its decision. All this calls for a review of the manner in which the legal protection of the civil servant towards the authorities is shaped, all the more so because apparently the lower and higher Administrative Court seem to adopt a different attitude towards the civil servant.

Chapter 7

Due to the fact that the Administrative Court does not always define rules of evidence with so many words, it is harder to deduce the onus of proof per subject from case law. In the event of accidents at work and occupational diseases a rule of evidence has been defined that is in accordance with Section 7:658 Dutch Civil Code. Section 7:611 is not applied in a comparable manner. For the military a related Section 115 Military Civil Service Regulations applies. In some cases the Central Board of Appeal applies the reversal rule as well. Comparable application of case law expressed by the Supreme Court of the Netherlands pursuant to Section 7:658 Dutch Civil Code dismisses the Central Board of Appeal by relying on the deviating evidence system.

In many cases the rule of thumb that the party who relies on a legal consequence has the obligation to submit facts and onus of proof of the facts and circumstances forming the basis of such legal consequence also applies in civil service law.

In a number of cases in which the onus of proof with application of aforementioned rules of thumb would fall upon the government employer, but a discretionary power is in place, the Administrative Court is hesitant when it comes to review. For instance, a negative appraisal will remain in force if the 'overall picture' that becomes evident from such appraisal affirms such appraisal, even if the civil servant refutes most or even all facts and circumstances forming the basis of such appraisal. A negative appraisal is hesitantly reviewed against the overall

picture. This makes it difficult for a civil servant to challenge an – unjustified or even fictitious – negative appraisal followed by a dismissal due to lack of capability.

Within the scope of rules of evidence, which still deviate considerably from the civil law, and the strong criticism in this respect from various authors, it seems advisable in the discussion around the normalization of the official status to involve these procedural administrative-law arguments in the discussion as well.

Chapter 8

In civil employment law any procedural inequality existing between employer and employee is adequately compensated on some aspects. In specific sections of dismissal legislation such protection falls short. For instance, the civil rules of evidence do not apply in the 7:685 Dutch Civil Code proceedings, neither in the procedure before the *uwv WERK-bedrijf* within the scope of the Extraordinary Decree on Labour Relations. No rules of evidence means no compensation due to a deviating onus of proof.

In the civil service law there is something to be said against the inequality compensation enshrined in the administrative law, due to the manner in which in particular the lower Administrative Court puts it into practice.

In this respect the Administrative Court itself should establish the facts, allocates the onus of proof or examines witnesses, and does not refer the case back to the governmental body.

Recommendations regarding civil employment law

In civil employment law improvements can be made on some aspects. For instance a written form requirement ought to be included in the law for fixed-term contracts of employment. With respect to the employer's liability pursuant to Section 7:658 Dutch Civil Code a more stringent obligation to submit facts for the employer must be assumed concerning the documents belonging to its domain regarding the working situation and the identification of the risks by such employer. Apart from this, the reversal rule in this respect must be maintained in its current form. Another option would be to consider a liability for risks.

Furthermore I consider it undesirable if the discussion about the causality is repeated a second time, notably once it has been firmly es-

established that there is a causality between the damage and the performance of the work, and also that the employer has acted in breach of its obligation to provide due care. In that situation the question at stake must not be whether or not the damage had also occurred if the measures had indeed been taken by the employer. Furthermore, in the investigation of the employer pursuant to Section 7:658 Dutch Civil Code into the safety of the workplace, the person of the employee must also be taken into account. If the risks of the work has been identified, it must be investigated if the work is safe for *this particular* employee involved.

Given the nature and scope of the interests that are at stake and given the Baijings doctrine, which determines that all compensation in connection with dismissal must be dealt with in the 7:685 Dutch Civil Code proceedings, the rules of evidence must be declared applicable to such proceedings. Finally the procedure before the UWV WERKbedrijf must be adjusted such that parties have equal chances of success.

Recommendations regarding civil service law

In my opinion, one procedural law for the *entire* administrative law in the manner in which it is currently put into practice is not the most favourable situation. Factually this is already put into practice due to the fact that on certain procedural-law issues the Central Board of Appeal makes a decision on some aspects that differs from, for instance, the Dutch Council of State. It should develop further along this road. Furthermore it is difficult to understand – for the civil service law – why in certain situations in which the employer has the onus of proof, in principle, due to discretionary power, the Court reviews only with hesitation. Also in civil service law it would be an option to consider a liability for risks.

Towards one system

In this respect one could even opt for setting up one comprehensive system that is applicable both to employees under private law and civil servants. Where in civil law the dismissal legislation is still under fire and the unilateral appointment of the civil servant is allegedly also at its last legs in the view of many, one system would be a good outcome. In my opinion this ought to be a system with the obligation to submit facts

9 SUMMARY

and onus of proof founded on a civil-law format and in which ultimately the Court has the final say.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Akkermans 1997

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij een onzeker causaal verband*, (diss. Tilburg) Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Akkermans 2002

A.J. Akkermans, *De omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband*, (oratie vU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

Allewijn e.a. 1999

D. Allewijn e.a. (red), *Bestuursprocesrecht*. Deventer: Kluwer 1999.

Allewijn 2004

D. Allewijn, 'Centrale Raad en Afdeling: materiële beslechting als bindend element', *NTB* 2004-8, p. 281-287.

Alt 2002

H.J.W. Alt, 'Het sociaal plan en marginale toetsing anno 2002', *Arbeids-Recht* 2002-8/9, p. 72-80.

Alt 2004

H.J.W. Alt, 'Bewijslastverdeling werkgevers-aansprakelijkheid voor RSI: gelijk oversteken; een reactie', *ArbeidsRecht* 2004-6/7, p. 32- 36.

Amtenbrink & Vedder 2005

F. Amtenbrink en H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005.

Andelbeek 2008

W. Andelbeek, *Schadevergoeding bij arbeidsongevallen en beroepsziekten van de ambtenaar*, Tilburg: Celsus Juridische Uitgeverij 2008.

Apol e.a. 2005

G.R.A. Apol, J.C. van der Hoek en P. de Vos (red.), *Praktijkids Ambtenarenrecht 2005/2006*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2005.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Asscher-Vonk 1997

I.P. Asscher-Vonk, 'Compensatie van ongelijkheid tussen werknemers', in: L. Betten (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, (*Liber Amoricum prof. M.G. Rood*), Deventer: Kluwer 1997, p. 1 t/m 10.

Asscher-Vonk en Hendriks 2005

I.P. Asscher-Vonk en A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Anema 1940

A. Anema, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, V Van bewijs, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1940.

Asser/Anema/Verdam 1953

A. Anema, m.m.v. P.J. Verdam, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, V Van bewijs, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953.

Asser 1991

W.D.H. Asser, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken. Heiligt het doel de bewijsmiddelen?* Preadvies NVPR, Deventer: Kluwer 1991.

Asser 1992

W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 1992.

Asser 1998

W.D.H. Asser, *Rechtspraakoverzicht Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 1998.

Asser 1999

W.D.H. Asser, 'Da mihi facta – zorg voor feiten in het civiele proces' (Jaarrede NJV), *NJB* 1999-27, p. 1251-1256.

Asser 2003

W.D.H. Asser, 'De bewijslastverdeling in verband met artikel 7:658 lid 2 BW' in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.) *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer 2003.

Asser 2004 a

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

Asser 2004 b

W.D.H. Asser, 'Bewijslastverdeling in het arbeidsrecht', *SMA* 2004-II/12, p. 488-493.

Asser 2006

W.D.H. Asser, 'Ten Afscheid' in Y.E. Schuurmans, *Bewijzen en beslissen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 45-56.

Asser/Groen/Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans, Interimrapport Fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Asser/Groen/Vranken 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans, Eindrapport Fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Asser-Hartkamp I

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht 4-I, Verbintenissenrecht, de verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser-Hartkamp II

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht 4-II, Verbintenissenrecht, algemene leer der overeenkomsten*, bewerkt door A.S. Hartkamp, Deventer: Kluwer 2005.

Asser-Hartkamp III

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht 4-III, Verbintenissenrecht, de verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2006.

Asten, Van 2007

M.H.M. van Asten, 'Seksuele intimidatie. Bewijs het maar!', *Arbeid Integraal* 2006-2, nr. 2, p. 17-24.

Bakels/Asscher-Vonk & Bouwens 2007

H.L. Bakels, I.P. Asscher-Vonk en W.H.A.C.M. Bouwens, *Schets van het Nederlands Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer, 2007.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Baltussen 2000

M.F. Baltussen, 'De arbeidsovereenkomst: institutie of contract', *Arbeids-Recht*, 2000-4, p. 21-24.

Barents 2002

R. Barents, *Gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, Deventer: Kluwer 2002.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', In: T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, en J.M. Verschuren, *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, Den Haag: Boom 2004, p. 7-113.

Barkhuysen 2007

T. Barkhuysen, 'Het consumentenperspectief op het voorontwerp – Enkele kritische vragen', *NJB* 2007-32, p. 2024-2026.

Barkhuysen, Damen e.a. 2007

T. Barkhuysen, L.J.A Damen e.a., *Derde evaluatie van de algemene wet bestuursrecht 2006. Feitenvaststelling in beroep*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Beltzer 2008

R.M. Beltzer, 'Wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens de Hoge Raad: de kluwen (deels) ontward', *TAR* 2008-1, p. 5-7.

Bier 1988

L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1988.

Bier 2002

L. Bier, 'De schade van de ambtenaar', *VR*, 2002, p. 377-379.

Blokzijl & Van Coevorden 2004

A.R. Blokzijl en R.S. van Coevorden, 'Niet elke "gelijke behandeling" wordt gelijk behandeld', *ArbeidsRecht* 2004-6/7. p. 37-43.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Bock, De 2000

R.H. de Bock, 'De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de Afdeling Bestuursrechtspraak', *Jbplus* 2000, p. 66-77.

Bock, De 2004

R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Böhmer 2004

L. Böhmer, 'Naar een landelijk comparitiebeleid' *Advocatenblad* 2004-5, p. 207-209.

Bolt & Spier 1996

A.T Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (preadvies NJV), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Bon, Van 2006

B. van Bon, 'Het ambtenarenrecht en het arbeidsrecht, wiens gras is het groenst?' *TAR* 2006-10, p. 531-541.

Bonneur 2007

J.E. Bonneur, 'Bewijs in gelijkloonzaken', *Trema* 2007-9, p. 375-381.

Boot 1998

G.C. Boot, 'Weerlegbare rechtsvermoedens', *ArbeidsRecht* 1998-10, p. 5-10.

Boot 2004

G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, (diss. Leiden) 2005, Den Haag: SDU Uitgevers 2004.

Bosse 2003

C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.

Bots 2008

A.M.M.M. Bots, '15 jaar TAR, 25 jaar ambtenaren(bestuurs)procesrecht', *TAR* 2008-12, p. 760-771.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Brenninkmeijer 2003

A.F.M. Brenninkmeijer, *Effectieve conflictoplossing bij individuele arbeidsconflicten* (inaugurele rede) Den Haag 2003, p. 9-45.

Broekhuijsen-Molenaar 2008

A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, 'De werkgever als een maatman in het arbeidsrecht', *VrA* 2008-3, p. 33-46.

Bröring/Van Montfort & Winter

H.E. Bröring, A.J.G.M. van Montfort & H.B. Winter in: Allewijn e.a. (red.) *Bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 501-543.

Bungener 2008

A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2008.

Burri 2004

S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: SDU 2004.

Cancian-van Ballegooijen 2004

N. Cancian-van Ballegooijen, 'Alles of niets?! Werkgeversaansprakelijkheid en schuldverdeling bij beroepsziekten', *Arbeidsrecht* 2004-4, 18, p. 8 - 14.

Castermans 2003

A.G. Castermans, 'Harmonisatie van de aansprakelijkheid van de civiele werknemer en de overheidswerknemer jegens de werknemer' in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.) *Aansprakelijkheid in beroep of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 113-125.

Castermans 2008

A.G. Castermans, 'Door meten tot weten', in: A.G. Castermans, L.S.J. Houben, K.J.O. Jansen. P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis en L. Reurich (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 3-13.

Castermans & Terlouw 2005

A.G. Castermans en A.B. Terlouw, 'Werving en selectie/gelijke behandeling' in: C.J. Loonstra en W.A. Zondag (red.) *SDU Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: SDU 2007-2008, p. 27-96.

Castermans & Terlouw 2007

A.G. Castermans en A.B. Terlouw 'Bewijs van discriminatie' in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse Privaatrecht I*, Deventer: Kluwer 2007, p. 191-208.

Charbon 2007

P.A. Charbon, 'Verschuiving van de bewijslast bij seksuele intimidatie', *ArbeidsRecht* 2007-2, p. 8-12.

Charlier 2006

L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektezaken (I)', *L & S* 2006-3, p. 5-20.

Coolen 2006

G.L. Coolen, 'De ambtelijke status: verder normaliseren of afschaffen?' *TAR* 2006-1, p. 3-10.

Crommelin 2007

R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van rechtsgronden. De betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van artikel 48 (oud) Rv.* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.

Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000

E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul; de vaststelling van de feiten in het bestuursprocesrecht', *NTB* 2000-7, p. 214-221.

Damen (red.) 2005

L.J.A. Damen (red.) *Bestuursrecht deel 1*, Den Haag: BoomJuridische Uitgevers 2005.

Damen (red.) 2006

L.J.A. Damen (red.) *Bestuursrecht deel 2*, Den Haag: BoomJuridische Uitgevers 2006.

Delfos-Roy 2007

Y.L.L.A.M Delfos-Roy, 'Samenloop van artikel 7:611 en artikel 7:658 BW in: Houben e.a. (red.), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 2007, p. 89-108.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Dijk, Van 2002

Chr.H. van Dijk, *Werkgeversaansprakelijkheid een stand van zaken*, *TVP*, 2002, nr. 1, p. 7.

Dijk, Van & Van Hoof e.a. 1998

P. van Dijk en G.J.H. van Hoof (red.), *Theory and Practise of the European Convention on Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International 1998.

Dijksterhuis-Wieten 1983

H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, *Waar of niet? Inleiding tot het bewijsrecht in civiele zaken*, Deventer: Kluwer 1983.

Dommering-v Rongen 1998

L. Dommering-van Rongen, 'recensie oratie T. Hartlief', *NTBR* 1998-5, p. 154.

Drongelen, Van & Van Rijs 2003

J. van Drongelen en A.D.M. van Rijs, *De ontslagpraktijk van de cwi*, Deventer: Kluwer 2003.

Ekelmans 2007

J. Ekelmans, *De exhibitieplicht in kort bestek*, Zutphen: Paris 2007.

Esveld, Van 1952

N.E.H van Esveld, 'Het sociale vraagstuk', *De Gids* 115, jaargang 1953.

Fase 1997

W.P.J.M. Fase *Collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en contractueel evenwicht* in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, (*Liber Amoricum prof. M.G. Rood*), Deventer: Kluwer 1997, p. 11-24.

Faure en Hartlief 2001

M.G. Faure en T. Hartlief, 'Directe schedeverzekerings bij beroepsziekten als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering', in: M. Faure en T. Hartlief (red.) *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 77-104.

Faure & Hartlief 2006

M.G. Faure en T. Hartlief, 'Compensatie voor beroepsziekten en de zorg voor een betere arbeidsomstandigheden' in: S. Klosse (red.), *Had Geers het geweten! Arbeid en gezondheid. Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming*, Deventer: Kluwer 2006, p. 179-196.

Festen-Hoff 2004

K. Festen-Hoff, 'Rechtspositionele vergoedingen en volledige schadevergoeding bij dienstongeval of beroepsziekte', *TAR* 2004, p. 569-585.

Festen-Hoff 2005

K. Festen-Hoff, 'Toeters en bellen; goed werkgeverschap bij risicovolle functies', *TAR* 2005, p. 299-304.

Festen-Hoff 2007

K. Festen-Hoff, 'Werkgeversaansprakelijkheid voor RSI: bewijs van arbeidsgerelateerdheid', *TAR* 2007-9, p. 511-516.

Festen-Hoff 2008

K. Festen-Hoff, 'Niet langer: de misdeelde ambtenaar? 25 jaar schadevergoeding bij arbeidsongeval en beroepsziekte', *TAR* 2008-12, p. 694-703.

Van Galen & Van Maarseveen 1978

A.G. van Galen & H.Th.J.F. van Maarseveen, *Rechtsbeginselen van administratief procesrecht, Preadvies Vereniging voor Administratief Recht*, Geschriften van de VAR LXXXII, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978.

Geers 1997

A.J.C.M. Geers, 'Ongelijkheidscompensatie door het subsidiëren van arbeid', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht, (Liber Amoricum prof. M.G. Rood)*, Deventer: Kluwer 1997, p. 25-38.

Giesen, 2001,

I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001.

Graaf de, Schuurmans & Tollenaar 2007

K.J. de Graaf, Y.E. Schuurmans en A.J. Tollenaar, 'Een nieuw denkmiddel voor feitenvaststelling', *JB-plus* 2007, p. 3-15.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Graaf, de & Marseille 2007

K.J. de Graaf en A.T. Marseille, 'Een weg uit het doolhof? – Het voorontwerp overheidsaansprakelijkheid gewogen', *NJB* 2007-32, p. 2010-2017.

Griend, Van de 2007

B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Grünebaum 1904

A. Grünebaum, *Het Karakter van den Bewijslast in het Burgerlijk Geding* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: De Bussy 1904.

Gundt 2009

N. Gundt, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009.

Hartkamp 1990

A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Hartlief 1997

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 1997.

Hartlief 2002

T. Hartlief, 'Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik en de verhouding tussen art. 7: 658 BW en 7: 611 BW', *RM Themis*, 2002-2 p. 67-83.

Hartlief 2005

T. Hartlief, 'Asbest en aansprakelijkheid: de reikwijdte van rechtspraak omtrent werkgeversaansprakelijkheid', *AV&S* 2005-2, p. 41-49.

Heerma van Voss 1992

G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1992.

Heerma van Voss 1999

G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1999.

Heerma van Voss 2007

G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Heerma van Voss 2008

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, nr. 7 V, Bijzondere overeenkomsten Arbeidsrecht, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008.

Helm, Van der 2003

J.J. van der Helm, 'Ambtenaar en aansprakelijkheid' in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.) *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 3-19.

Hendriks 2003

A.C. Hendriks, *Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte*, Deventer: Kluwer 2003.

Heuvel, Van den 1997

L.H. van den Heuvel, 'Ongelijkheidscompensatie bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid', in: L. Betten (red.), *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het recht, (Liber Amoricum prof. M.G. Rood)*, Deventer: Kluwer 1997, p. 39-52.

Heijden, Van der 1997 a

P.F. van der Heijden, 'Een nieuwe rechtsorde van de arbeid', *NJB* 1997-40, p. 1837-1844.

Heijden, Van der 1997 b

P.F. van der Heijden 'Ongelijkheden in beweging' in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het recht, (Liber Amoricum prof. M.G. Rood)*, Deventer: Kluwer 1997, p. 53-66.

Heijden, Van der & Noordam 2001

P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van sociale rechtsvorming en hun werking* (preadv. NJv), Deventer: Kluwer 2001.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Heijden, Van der 2008

P.F. van der Heijden, 'Ambtelijke status: nuttig, noodzakelijk of overbodig?', *Bestuurswetenschappen* 2008-1, p. 30-35.

Heijden, Van der & Jellinghaus 2008

P.F. van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus, *Ambtenaar, sollicitatie en aanstelling*, Apeldoorn: Maklu 2008.

Hoogenboom 1983

T. Hoogenboom, 'De arbeidsbescherming en ongelijkheidscompensatie door de rechter', in: M.G. Rood (red.) *Arbeid in kort geding*, Deventer: Kluwer 1983, p. 57-76.

Hoogendijk-Deutsch 1992

S.V. Hoogendijk-Deutsch, 'Beginselen van behoorlijk bewijs in administratieve rechtspraak', *RM Themis* 1992-7, p. 308-323.

Hovens 2005

F.J.H. Hovens, *Het Civiele hoger beroep* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2005.

Ilsink, eindrapport commissie

Commissie Evaluatie Awb 111, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, Den Haag: Boom, 2007.

Janssen & Verhoeven 2008

W.H. Janssen en A.J.F.A Verhoeven, *Rechten en plichten van de ambtenaar*, Apeldoorn: Maklu 2008.

Jaspers 1997

A.Ph.C.M. Jaspers, 'Naar een nieuwe balans tussen werkgeversgezag en werknemersrecht', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht, (Liber Amoricum prof. M.G. Rood)*, Kluwer, Deventer: Kluwer 1997, p. 81-94.

Jellinghaus 2003

S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden in het bijzonder na een fusie of overname* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.

JooDe, De 2001

E.H. de JooDe, 'De virtuele werkplek', *ArbeidsRecht* 2001-6/7, p. 14-19.

Jurgens 2007

G.T.J.M. Jurgens, 'Schadevergoeding als pilot voor differentiatie in het bestuursrecht', *NTB* 2007-7, p. 257-259.

Kamphuisen 1956

P.W. Kamphuisen, *De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden: Universitaire Pers 1956.

Kan 1966

J.M. Kan, 'Bewijzen in het administratief recht' *RM Themis* 1966, p. 519-541.

Kas & Van Osch 2004

K. Kas en H.W. van Osch, 'Bewijslastverdeling werkgeversaansprakelijkheid bij RSI: wat eerst, stelplicht of zorgplicht?', *ArbeidsRecht* 2004-3, p. 26-33.

Kehrer-Bot & Bruyninckx 2005

C.S. Kehrer-Bot en E.L.J. Bruyninckx, 'Eenzijdig wijziging van arbeidsvoorwaarden: eenduidige benadering door rechters gewenst', *ArbeidsRecht* 2005, nr. 26.

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003.

Klaassen 1997

C.J.M. Klaassen, 'Een nieuw arbeidsongevallenrecht?', *SR* 1997-10, p. 280-284.

Klaassen 2000

C.J.M. Klaassen, *Schadeveroorzakend handelen in functie* (oratie Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Klaassen 2002

C.J.M. Klaassen, 'Spreken is Zilver, zwijgen is fout. De waarheidsplicht van artikel 21 NRV', *NJB* 2002-30, p. 1450-1458.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Knigge 1998

A. Knigge, *Effectieve toegang tot het civiele geding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Koetser 2003

M.B. Koetser, *Overheid en schadevergoeding*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Koevoets 2004

M.M. Koevoets, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht' *ArA* 2004-3, p. 39.

Koevoets 2006

M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Konijn 1999

Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999.

Koning 1997

F. Koning 'Ongelijkheidscompensatie en doorwerking', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, (*Liber Amoricum prof. M.G. Rood*), Deventer: Kluwer 1997, p. 95-106.

Korteweg-Wiers 1994

M.J.S. Korteweg-Wiers, 'De Algemene Wet Bestuursrecht ter vervanging van titel II van de Ambtenarenwet', *NJB Special*, nr. 1, 7 jan. 1994, p. 45-48.

Korteweg-Wiers c.s. 2003

M.J.S. Korteweg-Wiers, P.M.B. Schrijvers en K.F.A.M. Weijling, *Hooflijnen van het ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Krispijn & Oskam 2008

A.E. Krispijn en P. Oskam, 'Werkgeversaansprakelijkheid. Brengt recente rechtspraak ons een stap verder?', *TVP* 2008-3, p. 83-96.

Kuijjer & Sagel 2001

M. Kuijjer en S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appèlverbod ex art. 7:685 lid II BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001-2, p. 50-57.

Kuip 1993

S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden*, (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 1993.

Laat, De 2006

J.J.M. de Laat, 'De rechtsvermoedens van het bestaan en de omvang van de arbeidsovereenkomst', *SR* 2006-9, p. 263-270.

Laat, De 2008

J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008.

Land-Eggens 1933

N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, deel VI, Bewijs*, bewerkt door J. Eggens, Haarlem: De Erven F. Bohn 1933.

Lange-Bekker, De 2004

E.J. de Lange-Bekker in: *JB Select* 2004, p. 207-226.

Langelaar 1997

K. Langelaar, 'In beginsel moet ieder de door hemzelf geleden schade dragen (Asser-Hartkamp 4-III), waarom eigenlijk', *NJB* 1997-34, p. 1581-1587.

Lanting 2005

B.B.B. Lanting, 'Sociale zekerheid' in: E. Verhulp (red.), *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 141-184.

Lewin 2007

G.C.C. Lewin, 'Hoe zwaar weegt de verzwaarde stelplicht?', *Praktisch Procederen* 2007-3, p. 82-84.

Lindenbergh 2000

S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Tjeenk Willink 2000.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Loonstra 2003

C.J. Loonstra, 'De (spannings)relatie tussen art. 7:658 en art. 7:611 BW' in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.): *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 91-112.

Loonstra & Zondag 2004

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'Bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht' in: K.F. Haak e.a. (red.): *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 53-82.

Loonstra & Zondag 2008

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

Maanen, Van 2001

G.E. van Maanen, 'De rechtspositie van de ambtenaar bij arbeidsongevallen en beroepsziekten', in: M. Faure en T. Hartlief (red.) *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2001 p. 31-45.

Male, Van 2006

R.M. van Male, 'Glazige blikken: het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging', *NTB* 2006-2, p. 50-51.

Margetson 2005

N.J. Margetson, 'Bewijslastverdeling in geval van schade door RSI: Een duivels dilemma', *Praktisch Procederen* 2005-5, p. 161-167.

Marseille 2001

A.T. Marseille, 'Hoe bezwaren tegen een besluit de beroepsprocedure kunnen overleven', *JBplus* 2001-2, p. 67-75.

Marseille 2003

A.T. Marseille, 'De dagelijkse praktijk van het hoger beroep bij de Afdeling Bestuursrechtspraak', *NJB* 2003-21, p. 1062-1069.

Marseille 2004

A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop van bestuursrechtelijke beroepsprocedures*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004.

Marseille 2007

A.T. Marseille, 'De bestuursrechter en diens vrijheid. Van actief naar lijdelijk (en weer terug?)', *Trema* 2007-10, p. 423-431.

Marseille/De Graaf/Smit 2007

A.T. Marseille, K.J. de Graaf, A.J.H. Smit, m.m.v. A. Middelkamp, *Ruimte voor rechtsvorming*, Den Haag 2007.

Meijers 1958

E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers 1958.

Mierlo, Van & Bart 2002

A.I.M. van Mierlo & F.M. Bart, *Parlementaire Geschiedenis Herziening Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Mierlo, Van en Van Dam-Lely 2003

A.I.M. van Mierlo en J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2003.

Moltzer 1903

J.P. Moltzer, 'Behoort het bepaalde in art. 1902 B.W. bij de herziening van ons bewijsrecht gehandhaafd te blijven?' *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1903, p. 518 v.v.

Moltzer 1904

J.P. Moltzer, *Van bewijs in het algemeen en van schriftelijk bewijs: een beoordeling der ontworpen eerste twee titels van ons toekomstig burgerlijk bewijsrecht*, Den Haag: Boekhandel vh. Belinfante? 1904, p. 25-39;

Moor-van Vugt c.s. de 2003

A.J.C. de Moor-van Vugt, R.H. Happé, J. de Hullu, L.H.A.M. Kemperman-Boeren en J.B.M. Vranken, 'Het is niet nodig hetodeloos oneens te zijn', *Trema* 2003-5, p. 169-176.

Mulder 2005

G.J. Mulder, 'Aanstelling en ontslag' in: E. Verhulp (red), *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 31-66.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Naves 2005

H.C. Naves, 'De ambtenaar en zijn besluiten' in: L.C.J. Sprengers (red.), *Heeft de ambtelijke status nog toekomst?* Den Haag, CAOP 2005-18, p. 74-75.

Nicolai/Damen 2006

P. Nicolai bewerkt door L.J.A. Damen, *Ontvankelijkheid* (hoofdstuk 4) in: L.J.A. Damen e.a. (red.) *Bestuursrecht deel 2*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 157-160.

Niessen 2001

C.R. Niessen, 'Het einde van de normalisering van de ambtelijke rechtsverhouding', *SR* 2001-12, p. 335-339.

Niessen 2005

C.R. Niessen, 'Grenzen aan verdere normalisering van de ambtelijke rechtspositie', *TAR* 2005-12, p. 557-563.

Noordam 1997

F.M. Noordam, 'Een kontje van de wetgever', In: L. Betten e.a., *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997 p. 107-120.

Ostendorf 2003

K. Ostendorf, 'Uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht en de consequenties daarvan op de werkplek' *SR* 2003-10, p. 309-310.

Peijpe, Van 1998

T. van Peijpe, in: J. Riphagen en T. van Peijpe, *Schets van het Nederlands ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 1998.

Peijpe, Van 2005

T. van Peijpe, 'AW of BW?', *SMA* 2005-9, p. 403-405.

PG Awb I

E.J. Daalder en G.R.J. de Groot, *Parlementaire geschiedenis Algemene wet bestuursrecht Eerste Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samson 1993.

PG Awb II

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, *Parlementaire geschiedenis Algemene wet bestuursrecht Tweede Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samson 1994.

Pieters 1996

G.F. Pieters, 'De bewijspositie van partijen in het bestuursrecht', *NTB* 1996, p. 41-52.

Pitlo/Hima & Rutgers 2004

Pitlo, *Het Nederlands burgerlijk recht, deel 7, Bewijs*, bewerkt door T.R. Hidma en G.R. Rutgers, Deventer: Kluwer 2004.

Polak 2007

J.E.M. Polak, 'Goede polderoplossing -Maar slot op toekomst van de bestuurlijke rechtsbescherming', *NJB* 2007-32, 1683, p. 2018-2023

Polak 2008

J.E.M. Polak, 'Enkele aspecten van rechterlijk toetsing van overheids-handelen', *NJB* 2008-18, p. 1084-1092.

Polak, Ravels e.a. 2008

J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravels, A.A. van Rossum, B.J. Schueler, M.K.G. Tjepkema, C. Waling en R.J.G.M. Widdershoven, 'Overheids-aansprakelijkheid anno 2008: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A*, 2008-47, p. 101-126.

Pront-van Bommel 1994

S. Pront-van Bommel, 'Onrechtmatig verkregen bewijs', in: *In de sfeer van administratief recht*, (Konijnenbelt-bundel), Utrecht: Lemma 1994, p. 345-363.

Pront-van Bommel 2002

S. Pront-van Bommel, *Bestuursrechtspraak. Voorstellen voor modernisering van de bestuursrechtspraak* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

Ravels 1996

B.P.M. Ravels, 'Recente ontwikkelingen op het gebied van het schade-vergoedingsrecht in ambtenarenzaken', *TAR* 1996, p. 421-437.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Ravels 2008

B.P.M. Ravels, 'Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)', *NTB* 2008-18, p. 134-146.

Reek, Van den 1997

W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht*, (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Reisig 2005

D. Reisig, *Het aanbod van getuigenbewijs*, (diss. Amsterdam UVA) Amsterdam 2005.

Riphagen 1998

J. Riphagen, 'Rechtbescherming', in: T. Van Peijpe en J. Riphagen, *Schets van het Nederlands Ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 136-174.

Riphagen 2005

J. Riphagen, 'Rechtbescherming' in: E. Verhulp (red.), *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 187-224.

Roelofs 2003

L.C. Roelofs, 'Verborgene cameratoezicht op de werkplek: straks nog toelaatbaar?' *ArbeidsRecht* 2003-10, p. 21-27.

Rop e.a. 2008,

A.C. Rop, E.D.C. Looke en R.W.J. Struijk, *Definitieve geschilbeslechting (preadviezen jonge VAR 2007)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

Roest 2008

C.J. Roest, *De bewijslast in RSI-zaken*, Tilburg: Celsus Juridische Uitgeverij 2008.

Rood 1981

M.G. Rood, 'Vage normen in het sociaal recht', in: *Gratia commercii: opstellen aangeboden aan Prof. mr. Van Oven*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

Rood 1983

M.G. Rood (red.) *Arbeid in kort geding*, Deventer: Kluwer 1983, p. 57-76.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Rood 1982-1

M.G. Rood, *Gelijkheden in beweging*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1982.

Rood 1982-2

M.G. Rood. 'Over de goede werkgever en de goede werknemer' *SMA* 1982-7/8, p. 498-502.

Rood 1986

M.G. Rood (red.), *Vijftig jaar sociaal recht in Leiden*, Deventer 1986.

Rood 2000

M.G. Rood, *Introductie in het sociaal recht*, Deventer: Gouda Quint 2000.

Rutgers, Flach, Boon Parl. Gesch. 1988

G.R. Rutgers, R.J.C. Flach en G.J. Boon, *Parlementaire Geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988.

Quist 2007

J.P. Quist, 'De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?', *ArA* 2007-1, p. 4-46.

Schaap 2008

P.J. Schaap, 'Rechterlijke toetsing wegens functionele ongeschiktheid (als blijktens uit 25 jaargangen TAR)', *TAR* 2008-12, p. 704-712.

Scheepstra en Estourgie 2006

R.E.G. Scheepstra en C.M. Estourgie, 'Verborgen cameratoezicht op de werkplek: toelaatbaar?' *ArbeidsRecht* 2006-5, p. 8-II.

Scheltema 1939

F.G. Scheltema, *Nederlandsch Burgerlijk Bewijsrecht*, voltooid door H.J. Scheltema, Zwolle: Tjeenk Willink 1939.

Scheltema & Scheltema 2003

M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Schlössels 2003

R.J.N. Schlössels, 'Ongelijkheidscompensatie in het bestuursproces. Mythe of vergeten rechtsbeginsel?', in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-Van Leeuwen en Th.J.M. Mertens, *De rechter bewaakt over toezicht en rechters*, Deventer: Kluwer 2003, p. 139-164.

Schlössels & Stroink 2006

R.J.N. Schlössels en F.A.M. Stroink m.m.v. C.L.G.F.H. Albers en S. Hillegers, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Schlössels 2007

R.J.N. Schlössels, 'Het voorontwerp Nadeelscompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten. Verbeteringen op basis van een pragmatische visie of bevrozing van de rechtsontwikkeling?', *Gst.* 2007, nr. 7281, p. 503-517.

Schmeitz & Elenbaas 2006,

N. Schmeitz en A. Elenbaas, 'Stelplicht en bewijslast bij werkgeversaansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW', *Arbeid Integraal*, 2006-2, p. 37-45.

Schmidt auf Altenstadt, von 2002

P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Opening van Zaken', *TCR* 2002-1, p. 10.

Schreuder-Vlasblom 2001

M. Schreuder-Vlasblom, *De awb; het bestuursprocesrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 2001.

Schreuder-Vlasblom 2008

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2008.

Schreuder-Vlasblom 2007

M. Schreuder-Vlasblom, 'Artikel 6:13 Awb: van berustingsbepaling tot koekoeksjong', *Jbplus* 2007, p. 134-153.

Schueler 1999

B.J. Schueler 'Bewijs' in: Allewijn e.a. *Bestuursprocesrecht 1999*, p. 595-634.

Schueler 2005

B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb. Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*, Deventer: Kluwer 2005.

Schueler 2006

B.J. Schueler 'Beroep bij de rechter', in: L.J.A Damen e.a., *Bestuursrecht deel 2*, Den Haag, BoomJuridische Uitgevers 2006, p. 193-267.

Schueler 2007

B.J. Schueler, 'De onrechtmatige overheidsdaad in het Voorontwerp Schadevergoeding', *NTB* 2007-8, p. 287-297.

Schueler 2008

B.J. Schueler, 'Last van de vrije bewijsleer' in: G.H. Addink (red.), *Grensverleggend bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 443-457.

Schueler, Drewes e.a. 2007

B.J. Schueler, J.K. Drewes, F.T. Groenewegen, W.G.A. Hazewindus, A.P. Klap, V.M.Y. van 't Lam, B.K. Olivier, E.M. Vogelesang-Stoute, *Definitieve geschilbeslechting door de bestuursrechter* (Deelrapport Derde Evaluatie Awb), Den Haag: BoomJuridische Uitgevers 2007.

Schuurmans 2004

Y.E. Schuurmans, 'Bewijslastverdeling in een bestuursrechtelijke context', *NTB* 2004-1, p. 1-9.

Schuurmans 2005

Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht*, (diss. Amsterdam vU), Deventer: Kluwer 2005.

Schuurmans 2006

Y.E. Schuurmans, 'De behoefte aan bewijsregels in het bestuursrecht' in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2005, p. 31-43.

Schuurmans 2007 I

Y.E. Schuurmans, 'Een vergelijking tussen de uitgangspunten van het civiele en het bestuursrechtelijke bewijsrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 273-291.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Schuurmans 2007 II

Y.E. Schuurmans, 'De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger, *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 115-142.

Schuurmans 2008

Y.E. Schuurmans, Titel bijdrage, in R.J. Verschoof, H.M.M. Steenberghe en Y.E. Schuurmans, *De regiefunctie van de rechter* NVP, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 45-47.

Simon 1999

H.J. Simon, 'Bewijzen in het bestuursrecht', in: *Jbplus* 1999, p. 25-39.

Simon 2004

H.J. Simon, 'Bestuursrecht en bewijs', in: E.C.H.J. van der Linden en F.A.M. Stroink (red.), *JB Select, jurisprudentie bestuursrecht*, Den Haag: SDU Uitgevers 2004.

Slooten 1999

J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

Snijders/Klaassen/Meijer 2007

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Snijders/Wendels 2003

H.J. Snijders en A.Wendels, *Civiel Appel*, Deventer: Kluwer, 2003.

Spier e.a. 2006

J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen, R.D. Vriesendorp, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006.

Sprengers 1998

L.C.J. Sprengers, *De Wet op de ondernemingsraden bij de overheid* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1998.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Sprengers 2003

L.C.J. Sprengers, *Collectieve belangen- uiteenlopende geschillen* (oratie), Den Haag: CAOP 2003.

Sprengers 2005

L.C.J. Sprengers, 'Een voetreis naar...?' in: L.C.J. Sprengers (red.), *Heeft de ambtelijke status nog toekomst?*, CAOP Den Haag 2005, p. 16-27.

Sprengers 2006

L.C.J. Sprengers, 'Wie A zegt moet ook B zeggen', *TAR* 2006-2, p. 63-73.

Star Busmann-Rutten 1972

C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, bewerkt door L.E.H. Rutten m.m.v. W.H. Ariëns, Haarlem: De Erven F. Bohn 1972.

Stroink 2000

F.A.M. Stroink, *Kern van de Bestuursrechtspraak*, Den Haag: Elsevier 2000.

Stroom, Van der 2003

M.P. van der Stroom, 'Camera's op de werkvloer', *Juridisch Up to date* 2003-23/24, p. 23-24.

Stuiver & Velo 2000

H.S.P. Stuiver en Th.A. Velo, *Aspecten van Ambtenarenrecht*, Den Haag: SDU Uitgevers 2000.

Stuiver 2007

H.S.P. Stuiver, *Aspecten van Ambtenarenrecht*, Editie 2007/2008, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Stijnen 2008

R. Stijnen, 'Artikel 8:69 Awb en de taak van de bestuursrechter', *Jbplus* 2008-1, p. 40-66.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Swelheim 2005

A.J. Swelheim, 'De Hoge Raad en de omkeringsregel in het arbeidsrecht', in: S.F. Sagel en E. Verhulp (red.) *Voor De Laat: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 119-131.

Tak 2002

A.Q.C. Tak, 'Rechters met slappe knieën', *NJB* 2002-30, p. 1459-1462.

Tak 2008

A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008.

Thesingh 1961

H. Thesingh, *De grondslagen van de bewijslast in de civiele procedure* (diss. Groningen), Den Haag: Jongbloed 1961.

Tjittes 1994

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

Trap 2007

J.J. Trap, 'De Hoge Raad na Groen/Schoevers: what's new?', *Arbeidsrecht* 2007-4, p. 21-28.

Uyl, Den 2005

X.J. den Uyl, 'Materiële gelijkwaardigheid van rechtspositie moet uitgangspunt van normalisatie zijn', in: L.C.J. Sprengers (red.), *Heeft de ambtelijke status nog toekomst?*, Den Haag: CAOP 2005, p. 40-43.

Veegens-Wiersma 1973

D.J. Veegens en K. Wiersma, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973.

Veegens/Korthals Altes/Groen 2005

D.J. Veegens, E. Korthals Altes en H.A. Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005.

Vegter 2002

M.S.A. Vegter, *JAR Verklaard*, 6 september 2002, p. 12-16.

Vegter 2005

M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever* (diss. Amsterdam vU 2005), Den Haag: SDU Uitgevers 2005.

Vegter 2006

M.S.A. Vegter, 'Werkgeversaansprakelijkheid voor psychisch letsel op grond van art. 7:658 BW', *WPNR* 2006, nr. 6653, p. 101-109.

Velo 2006

Th. Velo, 'Mindere of verminderende rechtsbescherming van de ambtenaar in vergelijking tot de werknemer in het civiele arbeidsrecht', *SR* 2006-12, p. 354-358.

Verburgh 1970

M.J.P. Verburgh, *De bewijslastverdeling in de zestiger jaren*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970.

Verhulp 1999

E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

Verhulp 2005a

E. Verhulp 'De materiële rechtspositie van de ambtenaar', in: E. Verhulp (red), *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 107-140.

Verhulp 2005b

E. Verhulp, 'Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!', *SR* 2005-3, p. 87-95.

Verschoof 2004

R.J. Verschoof, 'De praktijk van de comparitie na antwoord', *Trema* 2004-8, p. 339-345.

Visser 1997

G.J. Visser, 'Stellen en bewijzen: de drie stadia en enkele van hun consequenties', *TCR* 1997-4, p. 73-77.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Vliet, Van & Van Dijk 2005

A.C.M. van Vliet en T.J.J. van Dijk, 'Aansprakelijkheid voor beroepsziekten; Centrale Raad van Beroep steeds meer in lijn met Hoge Raad', *O&A*, 2005-6, p. 196-209.

Vries, De 1999

B. de Vries, 'Uitzondering of hoofdregel? De uitsluiting van hoger beroep ex artikel 7:685 BW en de derde fase van de herziening burgerlijk procesrecht', *AA* 1999-7/8, p. 515-524.

Vroe, De 2001

L.J. de Vroe, 'Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en de uitholling van art. 7:613 BW', *ArbeidsRecht* 2001-2, p. 22-26.

Vroe, De 2004

L.J. de Vroe, 'Eenzijdige functiewijziging: táxiííííí ... !', *ArbeidsRecht* 2004-1, p. 3-8.

Waegeningh, Van 2008

S. van Waegeningh, 'De afbakening van het ambtenaarschap ten opzichte van andere arbeidsverhoudingen', *TAR* 2008-12, p. 685-693.

Water, Van de 2001

R. van de Water, 'Bewijslastverdeling bij beroepsziekten', *ArbeidsRecht* 2001-12, p. 13-17.

Widdershoven, Schlössels e.a. 2001

R.J.G.M. Widdershoven, R.J.N. Schlössels e.a., *Hoger beroep*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2001.

Widdershoven 2008

R.J.G.M. Widdelhoven, 'De redelijke termijn in het ambtenarenrecht', *TAR* 2008-12, p. 778-788.

Wiel van der 2004

B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Wiersma 2002

H.W. Wiersma, 'Inhaalmanoeuvres van het burgerlijk procesrecht', *NJB*, 2002-I, p. 6-20.

Willemsen 2005

P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuurlijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Utrecht), Kluwer: Deventer 2005.

Winter 2006

H.B. Winter, 'De toegang tot de rechtsbescherming voorwerp van het geschil', in: L.J.A. Damen e.a. (red.) *Bestuursrecht deel 2*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 109-127.

Witte de-van den Haak 2008

M.B. de Witte-van den Haak, 'Het beste van twee werelden', *TAR* 2008-12, p. 677-684.

Wolff, De 1999

D.J.B. de Wolff, *De Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1999.

Wolff, De 2007

D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007.

Wulffraat-Van Dijk 1995

M.S.E. Wulffraat-Van Dijk, *Feitenonderzoek door de bestuursrechter*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Van 2008

H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 2008.

Ynzonides 2000

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

Ijsselmuiden 1994

Th. S. Ijsselmuiden, 'Bewijzen in het belastinggeschil', *R.M. Themis* 1994-2, p. 51-70.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Zeilemaker 2008

K. Zeilemaker, 'De rol van de getuige in het ambtenarenproces', *TAR* 2008-12, p. 772-777.

Zondag 2006

W.A. Zondag, 'Wikken en wegen bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden', *ArA* 2006-3, p. 4-54.

Zutphen, Van 1991

A.H. van Zutphen, *De rechtspositie van de rijksambtenaar* (diss. Leiden)
Den Haag: VUGA 1991.

Zwemmer 2005

J.P.H. Zwemmer, 'Rechtsvermoeden omvang arbeidsduur, een updating', *ArbeidsRecht* 2005-10, p. 15-20.

TREFWOORDENREGISTER

Verwezen wordt naar paragraafnummers

A

- Aannemelijk maken 4.2.1, 5.6.17
Aanstelling 7.2
Afvloeiingsregeling 5.6.13
Alternatieve causaliteit 5.5.12, 7.5.7
Ambtelijke status 7.2.1, 7.2.2, 7.7.1, 7.7.3, 7.8
Ambtenaar (definitie) 7.2.1
Arbeidsduur 5.2.4
Arbeidsomstandigheden 5.5.3, 5.5.9, 5.5.15, 5.5.17, 5.5.19, 5.5.28, 5.5.29, 5.6.23, 7.5.7
Arbeidsongeval 5.5.3, 5.5.7 t/m 5.5.10, 5.5.13, 5.5.16, 5.5.18, 5.5.32, 5.7, 7.5.1, 7.5.6, 8.1, 8.3.4
Arbeidsongeschiktheid 5.6.7, 5.6.8, 5.6.12, 5.6.24, 7.5.2, 7.5.4, 7.5.7, 7.6.3
Arbeidsovereenkomst
– bepaalde tijd 5.6, 5.6.1, 5.6.2
– kwalificatie 5.2.1
– rechtsvermoeden aard 5.2.3
– rechtsvermoeden omvang 5.2.4
Arbeidsvoorwaarden 1.5.2, 5.2.7, 5.2.8, 5.6.1, 5.6.2, 7.4.1
Argumentatieve fuik 6.4.12, 6.5.4

B

- Beoordeling 7.6.5
Beroepsziekte 5.5.1 t/m 5.5.9, 5.5.11 t/m 5.5.13, 5.5.16, 5.5.29, 5.5.32, 5.7, 7.1.1, 7.5, 7.5.1 t/m 7.5.10, 8.3.4
Bewuste roekeloosheid 5.3.10, 5.5.1, 5.5.2, 5.5.10, 5.5.12, 5.5.24 t/m 5.5.32, 7.5.5, 7.5.7
Bewijsfuik 6.5.4
Bewijslast (definitie) 1.2, 4.1 ev., 6.5 ev.
Bewijsrichtlijn 5.4.1, 5.4.5, 5.4.6, 7.4.2
Bewijzen (definitie) 4.2.1, 6.5.1

TREFWOORDENREGISTER

Bezoldiging 7.3, 7.3.1 t/m 7.3.5, 8.3.2

Billijkheidstheorie 2.6, 2.8 t/m 2.11, 6.5.2, 6.5.7, 7.1.1

C

Causaal verband 4.7, 5.5.1, 5.5.4 t/m 5.5.16, 5.5.21, 5.5.27, 5.5.31, 5.5.31, 7.5.7, 7.5.10, 8.4.1

D

Disciplinaire maatregelen 7.6.6, 7.8,

Dienstongeval 7.5, 7.5.1, 7.5.4, 7.5.7, 7.8, 8.1

Dringende reden 5.3.5, 5.6.3 t/m 5.6.8, 5.6.14, 7.6.3, 8.1

E

Eenzijdige wijziging

– ex artikel 7:613 BW 5.2.7, 5.2.8, 5.2.10

– buiten 7:613 BW 5.2.9, 5.2.10

– in het ambtenarenrecht 7.3.5, 7.3.6

G

Gelijke behandeling 5.4.1 t/m 5.4.8, 7.4.1, 7.4.2, 8.3.3

Goed werkgeverschap 5.5.19, 5.5.28, 7.5.6, 7.5.10

H

Haviltex-criterium 5.2.1, 5.2.5, 5.6.1, 5.6.9

K

Kennelijk onredelijk ontslag 5.6.10 t/m 5.6.13, 5.6.21, 8.3.5

L

Loon 5.3 ev.

doorbetaling 5.3.3 t/m 5.3.7, 5.3.11

matiging 5.3.8 t/m 5.3.11

opschorting 5.3.4

M

Matiging zie: loon

N

Normalisering ambtelijke status 7.7.1 t/m 7.7.4

O

- Objectiefrechtelijke theorie 2.4, 2.8, 2.10, 2.11, 5.5.6, 6.5.1
- Omkeringsregel
- definitie 4.7, 5.5.6
 - toepassing op 7:65⁸ BW 5.5.1, 5.5.7, 5.5.9, 5.5.13, 5.5.15, 5.5.16, 5.5.30, 5.7.8.4.1
 - en stelplicht 3.5.3
 - in het ambtenarenrecht 7.5.7, 7.5.10, 7.8, 8.3.4
- Ongelijkheidscompensatie 1.4, 15.2 t/m 1.5.3, 2.1, 2.9, 2.10, 3.1.1, 4.4, 4.4.1, 4.5, 4.9, 5.1, 5.2.7, 5.2.9, 5.2.10, 5.6.9, 5.2.10, 5.6.9, 6.1, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.3, 6.4.10, 6.4.13, 6.5.2, 6.5.3, 6.5.7, 7.7.4, 7.8, 8.1, 8.3.6, 8.4.2
- Onderdelenfuik 6.4.4
- Ongeoorloofd verzuim 5.6.7
- Onrechtmatig verkregen bewijs 4.2.2, 6.5.5
- Ontbinding ex artikel 7:685 BW 5.6.14 t/m 5.6.19
- Ontslag op staande voet 5.3.5, 5.3.6, 5.3.11, 5.6.5 t/m 5.6.8, 8.1
- Openbare dienst 7.2.1
- Opzegging 5.3.5, 5.3.8, 5.3.9, 5.6.1, 5.6.3 t/m 5.6.12
- Opzet of bewuste roekeloosheid zie bewuste roekeloosheid

P

- Plichtsverzuim 7.3.2, 7.6.6
- Proportionele aansprakelijkheid 5.5.12, 5.5.16, 7.5.7, 7.5.10

R

- Rechtmatigheidstoetsing 6.6.2
- Roekeloosheid zie bewuste roekeloosheid

S

- Schadevergoeding 5.4.7, 5.5.10, 5.5.11, 5.5.17, 5.6.6, 5.6.11, 5.6.20, 7.5.3 t/m 7.5.10, 7.6.3
- Stelplicht (definitie) 3.1.2, 6.4.1
- Schorsing 5.3.8, 7.3.3, 7.5.8
- Sociaal Plan 5.6.12, 8.4.1
- Staking en doorbetaling van loon 5.3.1, 5.3.5, 5.3.11

T

- Taxi-Hofman criterium 5.2.8, 5.2.9
- Tegenbewijs 4.8
- Trechterwerking 6.4.1, 6.4.12

TREFWOORDENREGISTER

V

Vakantie 5.3.1

Vakantiedagen 5.6.9

Vermoeden (rechterlijk) 4.6, 4.7

Vermoeden (wettelijk) 3.4.5, 4.5, 4.6, 4.7, 5.2.2, 5.2.3, 5.2.4

Vermoeden van rechtmatigheid 6.2.2

Verzwaarde stelplicht 2.7, 3.5.1, 3.5.2, 5.3.10, 5.4.6, 5.5.7, 5.5.9, 5.5.14, 5.5.15,
5.5.19, 5.6.13, 5.7, 7.5.7, 8.4.1

Vrij-bewijsleer 1.2, 1.5.1, 2.10, 5.6.24, 5.7, 6.5.2, 6.5.3, 6.5.6, 6.5.7, 7.1.1, 7.5.1,
7.6.6

W

Waarheidsplicht (21Rv) 2.10, 3.1.2, 3.2.1, 3.2.2, 3.4.2, 3.4.6, 3.6, 5.3.5, 5.3.10,
5.4.7, 5.4.8, 5.5.9, 5.5.15, 6.4.11

Werkgeversaansprakelijkheid 5.5.1 t/m 5.5.32, 7.5.1 t/m 7.5.10, 8.3.4

Z

Zorgplicht 5.5.17 t/m 5.5.23, 7.5.5 t/m 7.5.7

CURRICULUM VITAE

Jan Wouter Alt werd geboren op 13 maart 1964 te Leiden. Na het Stedelijk Gymnasium te Leiden (1976-1982) volgde hij de studie Nederlands recht aan de Universiteit Leiden (augustus 1982-mei 1989) met als afstudeerrichting privaatrecht. Sinds september 1989 werkt hij als advocaat in Den Haag. In december 2001 voltooide hij de Grotius-opleiding arbeidsrecht. Zijn werkterreinen zijn het arbeidsrecht, het burgerlijk procesrecht, het algemene verbintenissenrecht en civiele cassaties.

