

‘Hard’ bewijs voor ontslaggronden versus de beoordelingsvrijheid van de werkgever

ArbeidsRecht 2018/23

In de Decor-beschikking staat de d-grond centraal. Om die reden zal in deze bijdrage allereerst worden ingegaan op de toetsingsmaatstaf van disfunctioneren voordat de Wwz in werking trad en aan de eisen die aan het bewijs daarvan werden gesteld. Daarna wordt ingegaan op disfunctioneren als ontslaggrond onder de Wwz en de verwarring die er blijkt de rechtspraak is geweest over de vraag welke eisen onder het nieuwe recht aan het door de werkgever te leveren bewijs moeten worden gesteld. Vervolgens wordt de Decor zaak behandeld, met het verlossende antwoord van de Hoge Raad op de vraag hoe ‘hard’ het bewijs voor ontslaggronden tegenwoordig dient te zijn, welke beoordelingsruimte de werkgever hierbij heeft en welk belang in dat verband moet worden gehecht aan het oude Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels ontslagtaak UWV 2012.

1. Maatstaf bij disfunctioneren vóór inwerkingtreding van de Wwz

Voor de inwerkingtreding van de Wwz op 1 juli 2015 kon de werkgever van een disfunctionerende werknemer nog kiezen tussen een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter of een ontslagprocedure bij het UWV. Afhankelijk van de gekozen ontslagroute gold een andere maatstaf.

1.1 Ontbindingsprocedure wegens disfunctioneren bij de kantonrechter

Koos de werkgever voor de ontbindingsprocedure, dan moest sprake zijn van een ‘gewichtige reden’. Volgens art. 7:685 lid 2 BW (oud) waren dat enerzijds omstandigheden, die een dringende reden zouden hebben opgeleverd in de zin van art. 7:677 lid 1 BW, anderzijds waren dat ‘veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen’.

De rechter had een behoorlijke mate van vrijheid bij de beoordeling van de vraag of aan laatstgenoemde maatstaf was voldaan. Bovendien kon de rechter met de ‘kantonrechtersformule’ een ontbindingsverzoek, gebaseerd op een niet al te sterk ontslagdossier, toch toekennen en dit euvel gladtrekken door toepassing van een hogere C-factor.

1.2 Ontslagprocedure wegens disfunctioneren bij het UWV

De andere mogelijkheid was een ontslagprocedure bij het UWV. Na verkregen toestemming van het UWV kon de werkgever de arbeidsovereenkomst vervolgens opzeggen

op grond van art. 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA).

Het UWV toetste de ontslagaanvraag aan het Ontslagbesluit.² De wijze waarop het UWV het Ontslagbesluit toepaste was neergelegd in de Beleidsregels ontslagtaak UWV van 2012.³

Art. 3:1 Ontslagbesluit gaf een algemene toetsingsmaatstaf, namelijk of het voorgenomen ontslag ‘redelijk’ was. Blijkens diezelfde bepaling nam het UWV daarbij in aanmerking ‘de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer, en andere belangen voor zover de navolgende regels dit inhouden’. Op grond van art. 5:1 lid 1 Ontslagbesluit kon bij gesteld disfunctioneren de toestemming door het UWV worden verleend ‘indien:

- de werkgever deze ongeschiktheid aannemelijk heeft gemaakt, en
- is vastgesteld dat deze ongeschiktheid niet voortvloeit uit ziekte of gebreken van werknemer, en
- de werkgever voldoende contact met de werknemer heeft gehad teneinde te trachten verbetering teweeg te brengen in diens functioneren, en
- aannemelijk is dat het functioneren van de werknemer niet toe te schrijven is aan onvoldoende zorg voor de arbeidsverhoudingen van de zijde van de werkgever’.

Deze maatstaf van het UWV was dus veel concreter dan de door de kantonrechters gehanteerde maatstaf van ‘veranderingen in de omstandigheden’ – daardoor leek de lat bij het UWV (die immers ook geen correctie mogelijkheden had zoals het toekennen van een flinke vergoeding) ook bepaald hoger te liggen. Dat zal beslist een van de redenen zijn geweest dat werkgevers in geval van disfunctioneren veelal de gang naar de kantonrechter verkozen boven die van de gang naar het UWV.

2. Bewijs in ontslagzaken vóór de Wwz

Onder het oude ontslagrecht waren rechters in de ontbindingsprocedures volgens vaste rechtspraak, met name vanwege ‘de aard van de procedure’, niet gebonden aan de wettelijke bewijsregels. Het ging erom dat de stellingen aannemelijk werden gemaakt. Hiertegen bestond veel kritiek, nu juist tegen de ontbindingsbeschikkingen geen hoger beroep openstond, terwijl het toch meestal ging om ingrijpende beslissingen.

Het UWV hanteerde eveneens de aannemelijkheidsmaatstaf, getuige ook de formulering van art. 5:1 Ontslagbesluit; blijkens het gestelde sub a en sub d moesten de ongeschiktheid en het geen verband houden met onvoldoende zorg van de werkgever ‘aannemelijk’ worden gemaakt.

¹ Mevrouw mr. A.M. van Cappelle is advocaat bij Avanc Arbeidsrecht.

² Besluit van 7 december 1998, *Stcrt.* 1998, 238.

³ Besluit beleidsregels ontslagtaak UWV 2012, *Stcrt.* 2012, 16614.

De Beleidsregels ontslagtaak UWV 2012 bevestigden deze aannemelijkheidsmaatstaf ondubbelzinnig in het hoofdstuk over disfunctioneren⁴:

“Er hoeven geen “harde” bewijzen op tafel te komen om aan te tonen dat sprake is van disfunctioneren. Voldoende is dat de werkgever het disfunctioneren aannemelijk maakt. Het UWV kan aan de hand van hetgeen werkgever heeft aangevoerd en hetgeen werknemer daar tegenin heeft gebracht, tot het oordeel komen dat bepaalde stellingen voldoende aannemelijk zijn geworden om ontslag te rechtvaardigen. Dat betekent dat het disfunctioneren wel voldoende concreet moet zijn gemaakt. Daartoe kan de werkgever allerlei gegevens overleggen. Dit kan gaan om correspondentie uit het personeelsdossier, gespreksverslagen, een functiebeschrijving, de arbeidsovereenkomst, overzichten over loopbaanbegeleiding en – ontwikkeling, opleidingen, trainingen en evaluatiegesprekken, enzovoort.”

3. Maatstaf bij disfunctioneren sinds de Wwz

3.1 Voldragen grond

Met de Wwz werd beoogd het ontslagstelsel eerlijker, eenvoudiger, sneller en minder kostbaar te maken. In dat verband is het ontslagrecht geconcentreerd in het BW en de daarop gebaseerde regelgeving en zijn het BBA en het Ontslagbesluit (alsmede de Beleidsregels ontslagtaak UWV) komen te vervallen. Volgens art. 7:669 lid 1 BW moet sprake zijn van een redelijke grond en bovendien moet herplaatsing binnen een redelijke termijn niet mogelijk zijn dan wel niet in de rede liggen. De ontslaggronden zijn vrij uitvoerig uitgewerkt in lid 3, waarbij voorts sprake moet zijn van een zogenaamde ‘voldragen grond’, als gevolg waarvan de rechter niet meer kan volstaan met toetsing aan het meer abstracte criterium van ‘gewichtige redenen’ zoals onder het oude ontslagrecht volstond.

3.2 Ontbinding op de d-grond

De kantonrechter kan op grond van art. 7:671b lid 1 sub a BW juncto art. 7:669 lid 1 en lid 3 sub d BW de arbeidsovereenkomst ontbinden indien sprake is van ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid. Daarbij dient aan de volgende criteria te worden voldaan:

- de ongeschiktheid is geen gevolg van ziekte of gebreken van de werknemer;
- de werkgever dient de werknemer hiervan tijdig in kennis te hebben gesteld;
- de werkgever dient de werknemer in voldoende mate in de gelegenheid te hebben gesteld zijn functioneren te verbeteren;
- de ongeschiktheid mag niet het gevolg zijn van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer;

⁴ Beleidsregels ontslagtaak UWV, Hoofdstuk 25, par. 3.

- herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, is niet mogelijk althans ligt niet in de rede.

Deze criteria (net als de andere criteria in art. 7:669 BW) zijn ontleend aan het oude Ontslagbesluit. Hoewel de formulering hier en daar is aangepast, is met de geformuleerde ontslaggronden in art. 7:669 BW geen wijziging beoogd ten opzichte van het Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels ontslagtaak UWV.⁵

4. Bewijs in ontslagzaken sinds de Wwz

Blijkens de rechtspraak en de vakliteratuur⁶ bestond verwarring over de vraag of met de invoering van de Wwz – en daarmee ook de mogelijkheid van hoger beroep – nog steeds als uitgangspunt had te gelden dat het bewijsrecht niet van toepassing was in ontbindingsprocedures. Geldt nog steeds de aannemelijkheidstoets? Of zou voortaan hard bewijs moeten worden geleverd?

4.1 Rechtspraak laat wisselend beeld zien

In de rechtspraak heerste de tendens dat het disfunctioneren slechts aannemelijk gemaakt moest worden. De Kantonrechter Alkmaar nam in zijn beschikking van 6 april 2016⁷ echter tot uitgangspunt dat in Wwz-zaken het bewijsrecht van toepassing is, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. In dit geval verzette de aard van de zaak zich er volgens de kantonrechter niet tegen en dat betekende dat de werkgever zijn stellingen moest bewijzen. De kantonrechter nam hiermee afstand van het in februari 2016 door het Hof Arnhem-Leeuwarden en het Hof 's-Hertogenbosch gevolgde uitgangspunt, onder verwijzing naar de voorheen geldende Beleidsregels ontslagtaak UWV, dat de werkgever ermee kan volstaan *aannemelijk te maken* dat sprake is van disfunctioneren.⁸ Volgens de Kantonrechter Alkmaar was gebleken dat de werkgever verscherpte kwaliteitseisen was gaan stellen aan het productieproces. Het had daarom op de weg van de werkgever gelegen om de werknemer, door een adequaat verbetertraject of gerichte scholing, in staat te stellen aan die verscherpte eisen te voldoen. Dit heeft de werkgever niet gedaan, aldus de kantonrechter. De kantonrechter wees het ontbindingsverzoek af. Ook het Hof Den Haag overwoog in een uitspraak in 2016⁹ dat het bewijsrecht van toepassing was omdat de aard van de procedure zich hier niet tegen verzette. Daaraan voegde het hof toe dat dit overigens niet betekent dat het gestelde disfunctioneren met 100% zekerheid dient te komen vast te staan; of het gestelde disfunctioneren is bewezen, hangt af van de mate van concreetheid en onderbouwing van de stellingen van de werkgever in samenhang met de mate van concreetheid en onderbouwing van de betwisting van de werknemer en

⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 98 (MvT).

⁶ Onder meer K.G.F. Van der Kraats, ‘Bewijzen vermoede de waarheid, althans de procedure? Toepasselijkheid van het bewijsrecht in het kader van de Wwz’, *ArbeidsRecht* 2014/59.

⁷ Rb. Noord-Holland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8420.

⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761 en Hof 's-Hertogenbosch 25 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:705.

⁹ Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2430.

voorts van het aanwezige bewijsmateriaal. Hier achtte het hof niet bewezen dat sprake was van disfunctioneren, onder meer omdat de kritiek zich toespitste op nieuwe werkzaamheden, waarvoor de werknemer onvoldoende inwerktijd was gegund.

Het Hof 's-Hertogenbosch¹⁰ oordeelde in de Decor zaak dat Decor 'voldoende aannemelijk' had gemaakt dat sprake was van ongeschiktheid voor de functie. Al met al was het in de rechtspraak door het wisselende beeld niet duidelijk of het bewijsrecht nu wel of niet van toepassing was en dat maakte het wenselijk dat de Hoge Raad uitsluitsel zou geven.

4.2 Mediant

Nog geen paar weken nadat het Hof 's-Hertogenbosch in de Decor zaak uitspraak had gedaan, heeft de Hoge Raad in de Mediant-beschikking¹¹ geoordeeld dat als uitgangspunt moet worden aanvaard dat de wettelijke bewijsregels op grond van art. 284 Rv in beginsel ten volle van toepassing zijn in ontbindingsprocedures.

Duidelijke taal, maar hoe verhoudt dit uitgangspunt zich tot de aannemelijkheidstoets uit het oude Ontslagbesluit? Er was met de invoering van het nieuwe ontslagrecht toch immers geen wijziging beoogd ten aanzien van dit besluit?

5. De casus van Decor Handelsmaatschappij B.V.

De Hoge Raad geeft hierover duidelijkheid in de recente beschikking betreffende Decor Handelsmaatschappij B.V.

5.1 De casus

Het betrof een werknemer (geboren in 1957) die op 1 juni 1990 bij de werkgever, een leverancier van bouwproducten, in dienst was getreden als productieleider. In de loop der jaren was het bedrijf aanzienlijk gegroeid. De werknemer was inmiddels facilitair manager, maar de werkgever was niet tevreden over de managementvaardigheden van deze werknemer en bood hem een andere passende functie aan, te weten die van facilitair uitvoerder. De werknemer stelde een voorwaarde aan de aanvaarding van die functie (namelijk erkenning door de werkgever dat geen sprake was van disfunctioneren) maar de werkgever accepteerde deze voorwaarde niet en werknemer meldde zich vervolgens ziek. Decor verzocht ontbinding, primair op de d-grond, hetgeen door de kantonrechter werd afgewezen. Het Hof 's-Hertogenbosch achtte de d-grond wel aannemelijk en oordeelde dat de kantonrechter het ontbindingsverzoek ten onrechte had afgewezen.

5.2 Hof 's-Hertogenbosch

Het hof overwoog in zijn uitspraak dat de criteria voor de d-grond zijn ontleend aan het oude Ontslagbesluit en dat met invoering van art. 7:669 lid 3 aanhef en onder d (en e en g) BW geen wijziging is beoogd ten opzichte van het Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels ont-

slagtaak UWV. Onder verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz voegde het hof daaraan toe:

“Een werkgever zal dus niet ieder afzonderlijk kritiekpunt op het functioneren hoeven te bewijzen: hij heeft een eigen beoordelingsvrijheid die echter wel de toets der kritiek moet kunnen doorstaan voor wat betreft de redelijkheid daarvan. Om die reden kan een werkgever in de regel volstaan met het aannemelijk maken van de hier aan de orde zijnde ontslaggrond (de “d-grond”).”

(Onder meer) tegen dit aannemelijkheidsoordeel van het hof werd beroep in cassatie ingesteld.

5.3 Hoge Raad

Met verwijzing naar de Mediant-beschikking oordeelt de Hoge Raad dat de toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels onder meer meebrengt 'dat de werkgever de aan zijn ontbindingsverzoek ten grondslag liggende feiten en omstandigheden zal moeten stellen en, bij voldoende gemotiveerde betwisting door de werknemer, zal moeten bewijzen'. De Hoge Raad tekent daarbij aan dat dit niet impliceert dat steeds is vereist dat de feiten en omstandigheden 'onomstotelijk' komen vast te staan, maar kan volstaan dat deze voldoende aannemelijk worden. De Hoge Raad verwijst daarbij naar de zeer lezenswaardige conclusie van de advocaat-generaal De Bock, waarin uitvoerig wordt stil gestaan bij het gegeven dat sommige feiten naar hun aard nu eenmaal sterk zijn verweven met oordelen of interpretaties en daarom slechts kunnen worden bewezen door aannemelijk te maken dat zij redelijkerwijs zijn af te leiden uit andere, meer 'harde' feiten.¹²

De Hoge Raad onderscheidt de toepasselijkheid van het wettelijke bewijsrecht van de vraag of voldaan is aan de maatstaf van de d-grond, namelijk dat sprake is van ongeschiktheid tot het verrichten van de bedongen arbeid. Blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz heeft de werkgever bij de vraag of sprake is van ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid 'een zekere mate van beoordelingsruimte'. De Hoge Raad verwijst daarbij naar de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz,¹³ zoals opgenomen in r.o. 3.4.4 van de beschikking:

“Ook voor beslissingen die een werkgever neemt over niet-bedrijfseconomische ontslagen (anders dan wegens langdurige arbeidsongeschiktheid) geldt dat er ruimte moet zijn voor een werkgever om dergelijke beslissingen te kunnen nemen. (...) Het is dus in eerste instantie aan de werkgever om bijvoorbeeld te beoordelen of een werknemer nog voldoet aan de eisen die aan een functie worden gesteld of te beoordelen of verwijtbaar gedrag van een werknemer reden kan zijn voor ontslag. Ook hier geldt echter dat de kantonrechter niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal overgaan als het duidelijk is

10 Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4919.

11 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:998 (Mediant).

12 Conclusie A-G De Bock 13 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1058, onder 3.29.

13 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 44-45.

dat een werkgever, gezien de aangevoerde argumenten voor het ontslag, niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, of zelf ook blaam treft.”

Het voorgaande dient de rechter volgens de Hoge Raad in een ontbindingsprocedure bij zijn oordeelsvorming te betrekken, *‘door te onderzoeken of, uitgaande van de feiten en omstandigheden die – zo nodig na bewijslevering – zijn komen vast te staan, in redelijkheid kan worden geoordeeld dat sprake is van de door de werkgever aangevoerde ontslaggrond, in dit geval dus van disfunctioneren van de werknemer als bedoeld in art. 7:669 lid 3, onder d, BW’*. Volgens de Hoge Raad had het hof deze maatstaf aangelegd.

De Hoge Raad oordeelde voorts dat het hof had onderkend dat het oude Ontslagbesluit en het daarop gebaseerde Besluit Beleidsregels ontslagtaak UWV met de invoering van de Wwz zijn komen te vervallen. *‘Dat sluit echter niet uit’*, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.4.7, *‘dat de rechter bij zijn oordeelsvorming of sprake is van een van de ontslaggronden van art. 7:669 lid 3 BW, acht slaat op de in deze oude regelgeving vervatte gezichtspunten’*. De Hoge Raad motiveert dit opnieuw met verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis waaruit zoals gezegd valt af te leiden dat op dat punt geen wijziging is beoogd.

5.4 **Decor-beschikking ook van toepassing op andere ontslaggronden**

Blijkens de formulering van zowel de aangehaalde passage uit de kamerstukken in r.o. 3.4.4 (‘niet-bedrijfseconomische ontslagen (anders dan wegens langdurige arbeidsongeschiktheid)’) als van de geciteerde overweging van de Hoge Raad in r.o. 3.4.7 (‘een van de ontslaggronden’) hebben werkgevers bedoelde beoordelingsvrijheid dus niet alleen ten aanzien van de d-grond, maar ook ten aanzien van de e- en de g-grond, en daarnaast – lijkt mij – ook voor de fata morgana van de c-grond (veelvuldig ziekteverzuim).

6. **Beoordelingsruimte voor de werkgever die aantoonbaar de vereiste stappen heeft gezet**

In de Decor-beschikking geeft de Hoge Raad duidelijkheid over de wijze waarop de rechter in een ontbindingsprocedure de ontslaggronden (met uitzondering van de a- en de b-grond) moet toetsen. De aan het ontbindingsverzoek ten grondslag liggende feiten en omstandigheden zullen – bij gemotiveerde betwisting door de werknemer – door de werkgever moeten worden bewezen, met inachtneming van de wettelijke bewijsregels. Een marginale toetsing is dus niet aan de orde. Echter, waar het gaat om de maatstaf van de aangevoerde ontslaggrond (oftewel: wat leveren de feiten op?), heeft de werkgever een zekere mate van beoordelingsruimte; de rechter zal aan de hand van de vaststaande feiten moeten beoordelen of *in redelijkheid kan worden geoordeeld dat sprake is van de door de werkgever aangevoerde ontslaggrond*. Bij hun oordeelsvorming mogen rechters acht slaan op de gezichtspunten zoals die zijn opgenomen in het Ontslagbesluit en de Beleidsregels ontslagtaak UWV 2012, ook al is deze regelgeving inmiddels komen te vervallen.

De toekomst zal uitwijzen of de Decor-beschikking werkgevers niet alleen meer houvast, maar ook meer ruimte biedt in ontbindingsprocedures. Zij zal voor een werkgever in ieder geval een extra stimulans zijn om ervoor te zorgen dat hij kan bewijzen dat alle noodzakelijke stappen behorende bij de specifieke ontslaggrond zijn gezet; hij zal hiervoor worden beloond met enige beoordelingsruimte bij de vraag of vervolgens aan de bij de betreffende ontslaggrond behorende maatstaf is voldaan.