

ANNOTATIE

# Een OJ'tje: oftewel hoe een strafrechtelijke vrijspraak niet aan civielrechtelijke aansprakelijkheid in de weg hoeft te staan

*mr. dr. J.H. Even*

*Annotatie bij Gerechtshof Amsterdam, 15-08-2017,  
ECLI:NL:GHAMS:2017:3291 (AR-2018-0357)*

## **1 Inleiding**

Op 3 oktober 1995 was het unanieme oordeel van de jury snel bereikt: O.J. Simpson is 'not guilty'. Hij was strafrechtelijk niet schuldig bevonden aan de moord op zijn ex-vrouw Nicole Brown Simpson en haar vriend Ronald Goldman. Anderhalf jaar later, op 4 februari 1997, stelde een andere jury eveneens unaniem vast dat Simpson civiel aansprakelijk was jegens de nabestaanden van Brown en Goldman, vanwege de moord op hen. Hij diende deze nabestaanden in totaal een bedrag van ruim USD 30 mio te betalen aan 'compensatory and punitive damages'. Hoe is deze ogenschijnlijke vorm van rechterlijke schizofrenie te verklaren? Ik kom hier dadelijk op terug.

## **2 Het Hof Amsterdam**

De werknemer was sinds 1997 in dienst bij KLM, werkzaam als Teamlid Bagageprocessen. Hij diende zich uit hoofde van zijn functie in een beveiligd gebied van de luchthaven Schiphol te begeven. Hij had een vertrouwensfunctie in de zin van de Wet veiligheidsonderzoeken en beschikte o.a. over de vereiste verklaring van Geen Bezwaar van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst. In 2013 werd hij aangehouden op verdenking van overtreding van de Opiumwet (handel en invoer van cocaïne) en deelneming aan een criminele organisatie. Hij gebruikte hiervoor zijn positie op Schiphol. Hij werd in dat verband in eerste aanleg strafrechtelijk veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 24 maanden.

KLM verzocht ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair gebaseerd op ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer (dus geen transitievergoeding). Dat verzoek werd door de kantonrechter gehonoreerd. De werknemer kwam hiertegen in appèl. Hij ontkende

schuldig te zijn: er rustte slechts een verdenking op hem. Hij verwachtte bovendien dat hij in het door hem ingestelde hoger beroep in de strafrechtelijke procedure zou worden vrijgesproken, omdat hij onschuldig was. Hij stelde dat te kunnen bewijzen door het in het geding brengen van stukken die in de strafzaak in hoger beroep aan de orde zouden komen. Vanwege dit hoger beroep was de strafrechtelijke veroordeling nog niet onherroepelijk. En zolang hij niet onherroepelijk was veroordeeld, zo stelde de werknemer, diende te worden uitgegaan van de onschuldpresumptie. Die gold volgens hem ook in het arbeidsrecht. KLM had volgens de werknemer moeten wachten op de uitkomst van de strafzaak in hoger beroep. Dat gold temeer omdat KLM geen loon meer hoefde te betalen. De strafrechtelijke verdenking was volgens de werknemer geen reden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst over te gaan.

Het hof wilde hier niet aan. Het was van oordeel dat de strafrechtelijke verdenking, gezien de ernst van de strafbare feiten in combinatie met de vertrouwensfunctie van de werknemer, een redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst opleverde, bestaande in verwijtbaar handelen of nalaten, zodanig dat van KLM in redelijkheid niet kon worden gevegd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het handelen van de werknemer was zelfs ernstig verwijtbaar, zodat hij terecht niet voor een transitievergoeding in aanmerking was gekomen.

Het hof betrok in dat oordeel het feit dat de werknemer was veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 24 maanden, waarbij die veroordeling was gebaseerd op een gedetailleerde bewijsmotivering die zó veel vragen oproep over de bewering van de werknemer dat hij onschuldig was, dat van hem mocht worden gevegd nader in te gaan op de gebezigde bewijsmiddelen. Dat deed hij te laat en te oppervlakkig. Dat de werknemer tegen het strafvonnis in hoger beroep was gegaan, deed onvoldoende afbreuk aan de kracht van de verdenking. Dit betekent dat voorbij werd gegaan aan het verzoek van de werknemer om te wachten op de uitkomst van de strafrechtelijke procedure in hoger beroep. Ook ging het hof voorbij aan het bewijsaanbod van de werknemer. De werknemer had gedurende de looptijd van de procedure genoeg gelegenheid gehad bewijs in het geding te brengen, terwijl hij onvoldoende concreet had weergegeven over welke specifieke punten hijzelf en zijn partner zouden kunnen getuigen.

### **3 Vrijspraak en toch aansprakelijk / geen kracht van gewijsde strafrechtelijk vonnis en toch definitieve civiele ontbinding**

Hoe kon het zijn dat O.J. Simpson strafrechtelijk was vrijgesproken van de verdenking van moord, terwijl hij civielrechtelijk aansprakelijk werd geacht voor de door die moord opgetreden schade? Het antwoord op die vraag is eigenlijk vrij simpel. Het heeft te maken met de maatstaf van de bewijswaardering. Om strafrechtelijk veroordeeld te kunnen worden in de Verenigde Staten moet het 'beyond a reasonable doubt' vast staan dat de betrokken persoon zich daadwerkelijk aan het hem verweten delict schuldig heeft gemaakt. Anders gezegd, er moet sprake zijn van een zeer grote mate van waarschijnlijkheid dat hij het heeft gedaan. Om civielrechtelijk aansprakelijk te zijn in de Verenigde Staten, moeten de verweten gedragingen

aan de hand van ‘preponderance of evidence’ komen vast te staan. Eenvoudig gezegd moet het waarschijnlijker zijn dat hij het heeft gedaan dan dat hij het niet heeft gedaan. De hoge strafrechtelijke bewijsorde kon de openbare aanklager in de zaak van Simpson niet nemen, de lagere civielrechtelijke bewijsorde kon wel worden genomen.

### 3.1 Bewijzen in straf- en civielrecht

In Nederland volgt slechts een strafrechtelijke veroordeling als ‘wettig en overtuigend’ is bewezen dat de betrokken persoon het hem ten laste gelegde heeft gedaan (art. 338 Sv). Ook die Nederlandse lat ligt hoog. Of zoals dat wel wordt geformuleerd: beter tien schuldigen vrijgesproken dan één onschuldige veroordeeld.[1] Het strafrecht gaat in dat verband uit van onschuldpresumptie: een persoon is onschuldig tot het tegendeel is bewezen. Die presumptie is in artikel 6 lid 2 EVRM geborgd: *‘een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan’*. Daarbij komt dat een verdachte niet hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling: het verbod op zelfincriminatie (art. 29 Sv). De verdachte kan er daardoor bijvoorbeeld voor kiezen te zwijgen, ook wanneer politie en justitie aandringen op beantwoording van voor de waarheidsvinding alleszins plausible vragen. De verdachte wordt op die wijze bewijsrechtelijk beschermd: hij hoeft in principe niets te doen, want zolang politie en justitie onvoldoende wettig en overtuigend bewijs weten te produceren, zal hij worden vrijgesproken (art. 352 Sv). Op de verdachte rust in principe geen bewijslast.[2] Daar staat tegenover dat politie en justitie over een heel arsenaal aan opsporingsmethoden beschikken waardoor ‘de waarheid’, ondanks het mogelijke gebrek aan medewerking van de verdachte, alsnog aan het licht kan komen, dat wil zeggen waardoor potentieel alsnog wettig en overtuigend bewijs kan worden geleverd. Op die manier houdt het systeem van enerzijds (ook bewijsrechtelijke) bescherming van de verdachte en anderzijds de opsporingsbevoegdheden van politie en justitie zich in balans.

Dit (bewijs)systeem geldt niet in het civiele recht. Het civiele bewijssysteem rust op een samenspel van stelplicht en bewijslast. Het begint met enkele basisprincipes in artikel 21 e.v. Rv, van toepassing op zowel dagvaardings- als verzoekschriftprocedures. Hieruit volgt onder meer dat de partijen feiten volledig en naar waarheid moeten aandragen en dat de rechter bevoegd is de partijen te verzoeken stellingen toe te lichten of bescheiden in het geding te brengen. Wel dient daarbij te worden bedacht dat de rechter op grond van artikel 24 Rv de nodige lijdelijkheid heeft te betrachten. Het is aan de procespartijen om feiten te stellen en de omvang van het rechtsgeding te kaderen. De rechter dient zich in principe binnen dat door de partijen gecreëerde speelveld te bewegen. Als door een partij gestelde feiten onvoldoende worden betwist, staan deze op grond van artikel 149 Rv in principe vast. Dat artikel bepaalt immers dat, tenzij de wet anders voorschrijft, een rechter die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen *‘die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften van [afdeling 9 titel 2 Rv] 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 als vaststaand beschouwen, 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.’* Deze bepaling, en meer in het algemeen het bepaalde in

voornoemde afdeling, is gezien de schakelbepaling uit artikel 284 Rv tevens van toepassing op verzoekschriftprocedures, tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet. Op de relevantie hiervan in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst kom ik later terug. Het bepaalde in artikel 149 Rv wijkt sterk af van het in het strafrecht gehanteerde uitgangspunt aangaande bewijslast en bewijsrisico, waarin immers het niet betwisten van het gestelde in de tenlastelegging – bijvoorbeeld door het zwijgen van de verdachte als uitvloeisel van het verbod op zelfincriminatie – *niet* leidt tot het bewezen zijn van een stelling. Als in het civiele recht gemotiveerde feitelijke stellingen in de optiek van de rechter wél voldoende door de wederpartij zijn betwist, en door de eerste partij concreet is aangeboden die stellingen te bewijzen, dan zal als hoofdregel de partij die zich op de rechtsgevolgen die uit die stellingen voortvloeien beroept in de gelegenheid worden gesteld daadwerkelijk tot bewijs ervan over te gaan (art. 150 Rv). De vervolgvraag is of de bewijswaardering in het civiele en het strafrecht gelijk of vergelijkbaar is.

In het strafrecht wordt de bewijslat, hoewel abstract geformuleerd, wettelijk vormgegeven: in artikel 338 Sv wordt immers gesproken van *overtuigend bewijs*,<sup>[3]</sup> waarbij overigens wordt gedebatteerd of dit niet beter kan worden gewijzigd in de reeds gehanteerde maatstaf dat het ten laste gelegde feit *buiten redelijke twijfel* is komen vast te staan.<sup>[4]</sup> Een civielrechtelijk pendant hiervan bestaat niet; artikel 152 Rv bepaalt slechts dat de waardering van het bewijs aan de rechter is overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt. De vraag is dan ook hoe die civiele bewijslat luidt. In haar dissertatie stelt De Bock de volgende bewijslat voor: *‘[e]en feit is voor de civiele rechter bewezen wanneer uit de beschikbare bewijsmiddelen redelijkerwijs kan worden afgeleid dat het feit zich heeft voorgedaan, en uit die bewijsmiddelen niet even goed kan worden afgeleid dat hetgeen de wederpartij met betrekking tot dat feit stelt, zich heeft voorgedaan, terwijl zich evenmin de situatie voordoet dat bewijsmateriaal dat redelijkerwijs verwacht mocht worden, ontbreekt.*<sup>[5]</sup> Dit lijkt wel enigszins op de ‘preponderance of evidence’ uit de Verenigde Staten.<sup>[6]</sup> Asser zegt het korter, maar m.i. op soortgelijke wijze: voor de civiele rechter is het voldoende om ‘*een redelijke mate van zekerheid*’ te hebben dat het desbetreffende feit zich heeft voorgedaan.<sup>[7]</sup> Deze lat ligt lager dan de bewijslat in het strafrecht. Om het in getallen uit te drukken: Giessen heeft eens voorgesteld om de bewijswaarderingsmaatstaf in civiele zaken te stellen op meer dan 50% waarschijnlijkheid als op ‘aannemelijkheid’ wordt getoetst, op meer dan 75% als de gebruikelijke civiele maatstaf wordt gehanteerd en op ongeveer 90% bij de strafrechtelijke maatstaf.<sup>[8]</sup>

Het ligt in deze omstandigheden in de rede dat als de ene procespartij de ander verwijt zich aan een strafrechtelijk feit schuldig te hebben gemaakt, en dat feit is wettig en overtuigend komen vast te staan in een strafrechtelijke procedure, de civiele rechter dat oordeel volgt. Als immers de hoge strafrechtelijke bewijslat is behaald dan is de lagere civiele lat dat al zeker. Het zal geen verrassing zijn dat de wetgever daar net zo over dacht, waar in artikel 161 Rv wordt bepaald dat een in kracht van gewijsde gegaan, op tegenspraak gewezen vonnis waarbij de Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, dwingend bewijs van dat feit oplevert. Hoewel van dwingend bewijs kan worden afgeweken in geval van tegenbewijs (art. 151 lid 2 Rv), zal dat in de praktijk niet snel aan de orde zijn.

### 3.2 Hof Amsterdam

Weer terug naar het Hof Amsterdam. Hoewel de strafrechtelijke procedure zich nog in hoger beroep bevond, en er dus nog geen sprake was van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis als bedoeld in artikel 161 Rv, is de veroordeling van de werknemer in eerste instantie toch een sterke indicatie dat de werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan het hem ten laste gelegde verwijt. De werknemer moet dan van goede huize komen om in een civiele procedure een andere uitkomst af te dwingen.[9] De werknemer zal dan ten minste op gedetailleerde wijze moeten kunnen uitleggen waarom de strafrechtelijke veroordeling in eerste instantie niet klopt, en waarom het voor de hand ligt dat die veroordeling in appèl op andere dan om technische redenen ongedaan zal worden gemaakt. Het is namelijk niet zo dat de strafrechtelijke (bewijs)regels, zoals de onschuldpresumptie en het verbod op zelfincriminatie, zo maar binnenboord worden gehaald als in een civiele procedure een strafrechtelijk relevant verwijt – oftewel een delictueel verwijt – wordt gemaakt. Het is dus ook niet zo dat, hangende het strafrechtelijke hoger beroep, de onschuldpresumptie aan een civiele toewijzing in de weg staat. De onschuldpresumptie, als vastgelegd in artikel 6 lid 2 EVRM, is (anders dan de algemene regeling van art. 6 lid 1 EVRM) niet geschreven voor een civiele procedure; ze is immers van toepassing bij ‘vervolgning’.[10] De onschuldpresumptie wordt bijvoorbeeld ook niet genoemd door Smits, die de civiele procedure in het licht van artikel 6 EVRM heeft beschouwd.[11] Sterker nog: een strafrechtelijke vrijspraak ‘bij gebrek aan bewijs’ hoeft er niet aan in de weg te staan dat civielrechtelijk dezelfde feiten voor bewezen kunnen worden verklaard, zeker in het geval dat het bewijs van het strafrechtelijke verwijt niet ‘rond’ komt bij een zwijgende verdachte.[12] In het civiele recht wordt, als reeds aangegeven, immers van een partij verwacht voldoende gemotiveerd op stellingen van de wederpartij in te gaan.

### 3.3 Artikel 6 lid 2 EVRM

Toch is met het voorgaande de kous niet helemaal af. Hoewel artikel 6 lid 2 EVRM in principe geen horizontale werking heeft – het is gericht tot de staat[13] – kan het wel degelijk van invloed zijn in die horizontale verhouding, óók in civiele procedures, als de kwestie eenmaal aan een rechter wordt voorgelegd. Artikel 6 lid 2 richt zich namelijk wel degelijk tot rechterlijke instanties (als onderdeel van de staat).[14] Wanneer kan artikel 6 lid 2 EVRM dan een rol spelen in een civiele procedure en wat is zijn rol dan? Artikel 6 lid 2 EVRM kan een rol spelen in een civiele zaak, als – zoals de situatie in deze geannoteerde zaak – naast die civiele procedure ook gelijktijdig een strafrechtelijke procedure loopt waarmee een link bestaat.[15] Zie bijvoorbeeld recentelijk de conciërge van een school die strafrechtelijk werd vervolgd én vrijgesproken van verdenking van seksueel misbruik van een minderjarige leerling, maar op basis van dezelfde feiten wel is ontslagen.[16] In die ontslagprocedure moet de rechter (als onderdeel van de staat, die gehouden is art. 6 lid 2 EVRM op te volgen) volgens het EHRM de onschuldpresumptie respecteren, ongeacht het feit dat de rechter een oordeel velt in een separate civiele, disciplinaire of andere procedure. Toepassing van artikel 6 lid 2 EVRM betekent uitdrukkelijk *niet* dat de civiele procedure moet worden opgeschort totdat de strafrechtelijke procedure is afgerond.[17] Toepassing betekent evenmin dat de uitkomsten in

de civiele en strafrechtelijke zaak hetzelfde moeten zijn: er mag volgens het EHRM in principe rekening worden gehouden met een onderscheid *'on the basis of a less strict burden of proof'*.<sup>[18]</sup> Wel betekent toepassing van de onschuldpresumptie dat elke rechter binnen zijn eigen domein moet blijven. Dat brengt met zich dat de civiele rechter (zolang de betrokken persoon niet is veroordeeld krachtens een in kracht van gewijsde gegaan vonnis) zich dient te onthouden van beslissingen die strekken tot strafrechtelijke conclusies.<sup>[19]</sup> De civiele rechter kan in zo'n geval dus niet vaststellen dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan overtreding van – bijvoorbeeld – het bepaalde in artikel 310 Sr. Wel kan de civiele rechter zonder gevaar op overtreding van artikel 6 lid 2 EVRM – en dat was doorslaggevend in de zaak ten aanzien van de conciërge – een arbeidsrechtelijk verwijt honoreren, hoewel dat feit is gebaseerd op exact dezelfde feiten als in de strafrechtelijke procedure, als de arbeidsrechtelijke kwalificatie niet identiek is aan het strafrechtelijke verwijt. De conciërge was in de onderhavige zaak strafrechtelijk vrijgesproken van 'sexual harassment' maar op basis van dezelfde feiten ontslagen vanwege 'harassment'. En 'harassment' is niet uitsluitend een strafrechtelijke kwalificatie: *'Read in the context of the present disciplinary proceedings, the choice of words implies that the disciplinary authorities formed the opinion that the applicant's physical contact with the minor amounted to harassment but they did not comment on whether it could also be classified as sexual harassment within the meaning of criminal law.'* <sup>[20]</sup> In dat verband acht het EHRM het van belang dat de civiele rechter zich zorgvuldig uitdrukt, om de schijn te voorkomen dat het civiele oordeel tevens een strafrechtelijke conclusie bevat: *'The Court has repeatedly stressed the importance of the choice of words by public authorities both in the context of the criminal trial and in parallel or subsequent proceedings.'* <sup>[21]</sup>

Dit geschetste systeem, dat volgt uit artikel 6 lid 2 EVRM, wordt in de nationale jurisprudentie gevolgd. Ik permitteer mij in dat verband een lang citaat uit een relatief recente uitspraak van de Hoge Raad in een belastingzaak waaruit dit helder blijkt:<sup>[22]</sup>

*'Uit de rechtspraak van het EHRM leidt de Hoge Raad af dat het in artikel 6, lid 2, EVRM neergelegde vermoeden van onschuld niet is beperkt tot procedures betreffende een 'criminal charge', maar zich kan uitstrekken tot een daarop volgende bejegening door een bestuurlijke autoriteit of gerechtelijke procedure die op zichzelf bezien niet onder de reikwijdte van artikel 6, lid 2, EVRM valt (zoals een procedure betreffende een belastingaanslag). In laatstbedoelde gevallen dient de belanghebbende te stellen en te bewijzen dat een voldoende verband ('link') bestaat tussen de strafrechtelijke procedure en de latere bejegening door een bestuurlijke autoriteit of de latere gerechtelijke procedure. Een dergelijk verband is bijvoorbeeld aanwezig als (...). Uit de rechtspraak van het EHRM volgt tevens dat een strafrechtelijke vrijspraak niet eraan in de weg hoeft te staan dat in een latere gerechtelijke procedure de gedragingen waarvan de belanghebbende is vrijgesproken, als gevolg van minder strenge bewijsregels of op grond van aanvullend bewijs bewezen worden verklaard, mits de rechterlijke autoriteiten door hun optreden, de motivering van hun beslissing of de door hen gebruikte bewoordingen geen twijfel doen ontstaan over de juistheid van een vrijspraak van hetgeen de verdachte in de strafzaak werd verweten (vgl. HR 20 maart 2015, nr. 13/03959, ECLI:NL:HR:2015:643, BNB 2015/173, rechtsoverweging 2.6.6).'*

### 3.4 Toepassing van het voorgaande in het arbeidsrecht

Het voorgaande betekent dat, als zowel een strafrechtelijke als een civielrechtelijke procedure loopt aangaande dezelfde feitelijke verwijten, de civiele rechter er verstandig aan doet duidelijk te maken dat de kwalificaties in die civiele procedure los staan van het strafrecht. Om die reden is het arrest van de Hoge Raad van 19 februari 2016 inzake Autocentrum Zuid Nederland (JAR 2016/87), waarin duidelijk wordt gemaakt dat de term ‘diefstal’ bij een ontslag op staande voet niet betekent dat het gaat om de strafrechtelijke term diefstal, een gelukkige.[23] De civiele rechter moet zo ver mogelijk blijven van strafrechtelijke kwalificaties. In dat verband doet de werkgever er uiteraard ook verstandig aan geen (zuiver) strafrechtelijke verwijten aan het ontslag op staande voet of het ontbindingsverzoek ten grondslag te leggen. Zo lijkt het mij handig noch verstandig te schrijven dat de werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan overtreding van artikel 310 Sr jegens de werkgever. Gelijktijdig hoeft het ook geen schimmig woordenspel te worden. Ik zie – zeker in het licht van voornoemd arrest van de Hoge Raad – geen reden om een zaak inhoudelijk en/of bewijstechnisch anders te behandelen, waarin de werkgever de werknemer enerzijds verwijt ‘zonder toestemming, zonder goede reden en zonder daartoe bevoegd te zijn de inhoud van de kluis, bestaande uit chartaal geld, mee naar huis te hebben genomen’, dan een zaak waarin anderzijds de werkgever de werknemer verwijt dat ‘hij het geld uit mijn kluis heeft gestolen’. Dat stelen – diefstal – een strafrechtelijke connotatie heeft, maakt dat niet anders, zolang de rechter maar duidelijk maakt dat het hier niet om de strafrechtelijke pendant ervan gaat.

#### **4 Bewijs in ontbindingszaken**

Voor 1 juli 2015 – de inwerkingtreding van het WWZ-ontslagrecht – was het bewijsrecht niet van toepassing op procedures strekkende tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder de vigeur van artikel 7:685 (oud) BW. Die procedure was volgens de Hoge Raad op snelheid gericht, en hoger beroep was in principe uitgesloten. Dat is sedert genoemde datum gewijzigd, blijkens de beschikking van de Hoge Raad van 23 december 2016 inzake *Mediant* (JAR 2017/19): *‘Gelet op art. 284 lid 1 Rv moet als uitgangspunt worden aanvaard dat de wettelijke bewijsregels van overeenkomstige toepassing zijn in ontbindingsprocedures als hier bedoeld. In de regel kan niet worden gezegd dat de aard van de zaak zich hiertegen verzet. Voorts is de ratio van de hiervoor in 3.15 genoemde rechtspraak (een spoedige beslissing omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst) niet meer onverkort van toepassing omdat naar huidig recht rechtsmiddelen openstaan tegen een beslissing op een ontbindingsverzoek.’*

De bewijsnorm is door de Hoge Raad vervolgens nader gedefinieerd in de al genoemde zaak *Decor*: *‘De toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels brengt onder meer mee 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. Daarbij verdient opmerking dat voor bewijs in het burgerlijk procesrecht niet steeds is vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan, maar kan volstaan dat deze voldoende aannemelijk worden. Het vorenstaande is niet anders in het geval dat de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt.’*

Dat is dus een lichtere norm dan de besproken strafrechtelijke norm (het ‘overtuigende

bewijs'), waarin een feit 'buiten redelijke twijfel' moet komen vast te staan. Dat in het civiele recht niet dezelfde bewijsnorm geldt als in het strafrecht lijkt mij ook logisch. De zwart-wit benadering van het strafrecht 'beter tien schuldigen vrijgesproken dan één onschuldige veroordeeld' gaat niet (althans, in elk geval niet in gelijke mate) op in het civiele recht. Daar speelt veeleer de gedachte, door Wiarda onder verwijzing naar Polak onder woorden gebracht:[24] *'In de civielrechtelijke verhouding is steeds, en dat in principiële tegenstelling tot de strafrechtelijke verhouding, ieder te veel voor de ene partij een te weinig voor de andere partij.'* Ook heeft de civiele partij niet dezelfde onderzoekscapaciteiten als politie en justitie, die immers beschikken over allerlei onderzoeks- en opsporingsmethoden. Dat betekent enerzijds dat van een civiele partij in redelijkheid niet evenveel bewijs kan worden verwacht als van politie en justitie en anderzijds dat er minder reden is in civiele zaken tot een soortgelijke 'processuele ongelijkheidscompensatie' over te gaan.[25] Ik heb, tot slot, geen werkelijk[26] begrip voor de consequentie dat een delictueel verwijt zoals het stelen/verduisteren van bijvoorbeeld enkele pakken printpapier van de werkgever bewijstechnisch anders moet worden benaderd dan het niet-delictuele verwijt dat de werknemer keer op keer te laat op het werk verschijnt. Beide feiten leveren als bewezen (aan de hand van dezelfde maatstaf) in principe hetzelfde resultaat op: een beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de e-grond.

Tegen die achtergrond heb ik de – overigens fraai geformuleerde en gemotiveerde, en in de literatuur positief ontvangen[27] – beschikking van 12 juli 2011 onder oud 'ontbindingsrecht' van de kantonrechter te Brielle nooit helemaal begrepen (JIN 2011/595). De kantonrechter schreef, bij een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst gebaseerd op de verdenking van fraude en misbruik van opiaten het volgende: *'Van een werkgever mag in geval van een delictueel verwijt worden verwacht dat hij aan de ontbindingsrechter een zoveel mogelijk uitgewerkt dossier voorlegt met daarin de nodige overtuigingsstukken. Het gaat in deze categorie niet zozeer om aannames en redeneringen maar om schriftelijke getuigenverklaringen, documenten en andere gegevensdragers (bijvoorbeeld video-opnames) waaruit blijkt dat de verweten gedraging met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid is gepleegd.'* Met de eerste zin ben ik het grondig eens, maar ten aanzien van het tweede gedeelte legt de kantonrechter m.i. de bewijsrechtelijke lat te hoog. De kantonrechter liet weten dat er geen reden is om bij niet-delictuele verwijten zo'n lat te hanteren. Bij die categorie zal hij *'eerder geneigd zijn om tot ontbinding, al dan niet met vergoeding, te besluiten ook al dient het oordeel te zijn gebaseerd op aannames en niet op hard bewijs'*. Een door de kantonrechter opgegeven reden voor deze aanpak – *'[d]e werkgever is in de categorie van de delictuele verwijten zowel onderzoeker, aanklager, beslisser en uitvoerder van de sanctie (te weten: beëindiging van het dienstverband)'* – overtuigt mij evenmin, omdat de werkgever nu eenmaal niet de bevoegdheden heeft van politie en justitie – met wie de kantonrechter de werkgever ten onrechte vergelijkt – en dus bijvoorbeeld geen huiszoeking kan arrangeren of kan kijken op de bankrekeningen van de werknemer. Overtuigender (hoewel dit in mijn beleving ook niet beslissend had moeten zijn) waren de door de kantonrechter aangedragen processuele redenen voor deze aanpak. De kantonrechter memoreerde dat ontbindingszaken (oude stijl) bedoeld waren te komen tot relatief snelle beslissingen en zich er niet voor leenden om bijvoorbeeld getuigen te horen, terwijl hoger beroep niet was toegestaan. Zou de werkgever gekozen hebben voor het middel



ontslag op staande voet – een voor de hand liggende optie bij dergelijke stevige verwijten – dan zou wel aan de hand van de gebruikelijk civiele bewijsregels en met toepassing van hoger beroep kunnen worden onderzocht of de verweten gedragingen (met voldoende mate van zekerheid) gebeurd zouden zijn.

## 5 Tot slot

De door de Kantonrechter Brielle genoemde bewijsproblemen spelen onder het huidige recht niet meer. Dat betekent dat ook voor ‘delictuele verwijten’ de gewone civiele bewijsregels moeten worden toegepast, zoals nader geduid door de Hoge Raad in *Mediant* en *Decor*. Let wel: hiermee zeg ik niet dat ik toe wil naar een situatie waarin zaken worden afgedaan in de trant van ‘waar rook is, is vuur’. Helemaal niet. Maar ik verwacht wel dat de rechter ook de werknemer die van een delictueel verwijt wordt beticht kritisch benadert en geen genoegen neemt met bijvoorbeeld ‘een zwijgende werknemer’ als uitvloeisel van algemene strafrechtelijke noties als onschuldpresumptie. Sterker nog, de civiele rechter dient het liefst zo veel mogelijk weg te blijven van het bezigen van strafrechtelijke kwalificaties, waaronder termen als onschuldpresumptie. Het Hof Amsterdam heeft in de hier besproken zaak terecht zo’n kritische houding aangenomen. Evenzeer terecht heeft het hof niet gewacht op de uitkomst in de strafrechtelijke procedure, en is het verre gebleven van strafrechtelijke kwalificaties.

*mr. dr. J.H. Even*

### Noten

[1] G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2014, p. 756.

[2] Corstens 2014 p. 758-759. Hierop is een nuance mogelijk, met name waar het feiten of omstandigheden betreft die het strafbare gedrag zouden kunnen rechtvaardigen of die de verwijtbaarheid van de verdachte teniet kunnen doen. Zie A.R. Hartmann, ‘Het bewijs in het bestuursrecht en het strafrecht. Een korte interne rechtsvergelijking’, *AA* 48 (1999) 4, p. 222.

[3] Ik laat hier buiten beschouwing dat in het strafrecht tevens *wettig* bewijs vereist wordt, terwijl in het civiele recht krachtens art. 152 Rv als hoofdregel alle bewijsmiddelen (vrij bewijsstelsel) zijn toegestaan.

[4] De discussie dat deze maatstaf mogelijk beter gecodificeerd kan worden, laat ik liggen. Ik verwijs dienaangaande naar M.M. Dolman, ‘Vrijspraken zijn geen veroordeling’, *Strafblad* 2017/62.

[5] R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: Over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, p. 218.

[6] De Bock 2011, p. 219.

[7] Asser Procesrecht/Asser 3 2013/264.

[8] Zie hierover met bronverwijzing: De Bock 2011, p. 206. Ik merk op dat – nog los van het antwoord op de vraag of zo'n zekerheidsmeting uitvoerbaar is – in het licht van de beschikking van de Hoge Raad van 16 februari 2018 in *Decor* (JAR 2018/72), en zeker ook par. 3.25 van de conclusie van A-G De Bock bij die beschikking, het maar de vraag is of het verschil in zekerheidsmeting tussen aannemelijkheid en de gebruikelijke civiele norm juist is.

[9] Zie in die zin ook H.J.W. Alt, *Stelplicht en bewijslast in het nieuwe arbeidsrecht*, (Monografieën Sociaal Recht nr. 71), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 301.

[10] Vergelijk in dit verband de discussie in het tuchtrecht. Hoewel tuchtrecht in principe onder het bereik van art. 6 EVRM valt, valt het in principe uitsluitend onder het lichtere civiele regime en niet onder het zwaardere strafrechtelijke regime. Zie hierover M.F.J.N. van Osch, 'Bewijslevering en bewijsmaatstaf in het advocatentuchtrecht. De tuchtrechter als factchecker?', *NJB* 2017/1756. Waar de tuchtrechtspraak eerder als 'delictueel' dient te worden aangemerkt dan de civiele rechtspraak, geldt de conclusie dat art. 6 lid 2 EVRM niet van toepassing is m.i. *a fortiori* voor de ontbindingsrechter. Dit met de nuance die ik onder het kopje 'Art. 6 lid 2 EVRM' zal geven.

[11] P. Smits, *Artikel 6 en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

[12] Het is bovendien mogelijk dat hetgeen in de gehele tenlastelegging staat niet kan worden bewezen en dus vrijspraak volgt. Hetgeen wat wél is bewezen kan civielrechtelijk wel degelijk relevant zijn.

[13] Zie Smits 2008, p. 26. Om die reden vind ik het niet juist dat rechters het in ontslagprocedures soms hebben over de 'onschuldpresumptie' in de verhouding tussen werkgever (niet zijnde een overheidsorgaan) en werknemer. Zie bijvoorbeeld expliciet Ktr. Amersfoort 17 september 2008, *JAR* 2008/267. Het verwijzen naar de onschuldpresumptie is ook helemaal niet nodig. Het civiele bewijsrecht volstaat: de werkgever die zich op een rechtsgevolg beroept naar aanleiding van een delictueel verwijt, zal op grond van het bepaalde in art. 150 Rv de bewijslast daarvan op zich moeten nemen en het bewijsrisico dragen.

[14] Zie Smits 2008, p. 26 en 27.

[15] In een andere situatie kan art. 6 lid 2 EVRM ook een rol spelen, namelijk in de situatie dat een persoon definitief niet strafrechtelijk is veroordeeld, maar vervolgens aan een andersoortige (civiele of administratiefrechtelijke) procedure is onderworpen met als doel op basis van dezelfde feiten een niet-strafrechtelijke maatregel jegens hem af te dwingen. Denk aan een strafontslag nadat de persoon in kwestie strafrechtelijk is vrijgesproken. In die niet-strafrechtelijke procedure moet dan duidelijk worden uitgegaan van de strafrechtelijke onschuld van de persoon in kwestie. Dat betekent echter niet dat het strafrechtelijke oordeel moet worden gevolgd ten aanzien van het niet-bewezen zijn van bepaalde feiten. Zie bijvoorbeeld CRvB 8 juni 2017, *USZ* 2017/350: 'Voor de constatering van plichtsverzuim dat tot het opleggen van een disciplinaire straf aanleiding kan geven is volgens vaste rechtspraak van de Raad (uitspraak van 15 september 2011, *ECLI:NL:CRVB:2011:BT1997*) noodzakelijk dat op grond

van de beschikbare, deugdelijk vastgestelde gegevens de overtuiging is verkregen dat de betrokken ambtenaar de hem verweten gedragingen heeft begaan. Het gegeven dat appellant door de strafrechter wegens gebrek aan bewijs is vrijgesproken van het hem ten laste gelegde betekent volgens vaste rechtspraak van de Raad (uitspraak van 15 maart 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW0297) niet dat geen sprake kan zijn van plichtsverzuim dat tot het opleggen van een disciplinaire maatregel aanleiding kan geven. De bestuursrechter beoordeelt de merites van het door de minister gestelde plichtsverzuim van appellant in beginsel los van wat de rechter in het strafproces heeft geoordeeld en overwogen.’ Hierbij kan de kanttekening worden geplaatst dat de Centrale Raad van Beroep volgens annotator H.J. Simon scherper had mogen en moeten motiveren waarom deze bevindingen niet strijdig zijn met de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM. Zie voor een dergelijke verplichting tot motivering ook EHRM 23 januari 2018, 60392/08, *Case of Seven v Turkey*, par. 56.

[16] EHRM 23 januari 2018, 15374/11, *C v Turkey*.

[17] Zie bijvoorbeeld EHRM 28 maart 2017, 45028/07, *Ceskun v Turkey*, par. 48. Anders M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers. De bevoegdheid van werkgevers tot opsporing en sanctionering* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 146.

[18] Zie bijvoorbeeld par. 37 van EHRM 19 april 2011, 50172/06, *Case of Erkol v Turkey*. Zie tevens recent EHRM 23 januari 2018, 60392/08, *Case of Seven v Turkey*, par. 51: ‘The Court reiterates that even exoneration from criminal responsibility does not, as such, preclude the establishment of civil or other forms of liability arising out of the same facts on the basis of a less strict burden of proof (...)’.

[19] Zie bijvoorbeeld par. 38 van EHRM 19 april 2011, 50172/06, *Case of Erkol v Turkey*. Zie tevens EHRM 23 januari 2018, 60392/08, *Case of Seven v Turkey*, par. 51 en 52.

[20] EHRM 23 januari 2018, 15374/11, *C v Turkey*, par. 41.

[21] Zie bijvoorbeeld EHRM 28 maart 2017, 45028/07, *Ceskun v Turkey*, par. 48.

[22] HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:958.

[23] En om dezelfde reden acht ik het minder verstandig om, zoals bijvoorbeeld de Kantonrechter Limburg heeft gedaan, zonder een strafrechtelijke veroordeling te beslissen dat de werknemer ‘zich schuldig heeft gemaakt aan het in art 240b lid 1 Sr omschreven misdrijf’. Zie Rb. Limburg 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2771.

[24] Zie hierover met bronverwijzing: De Bock 2011, p. 203, voetnoot 44.

[25] Zie over de processuele ongelijkheidscompensatie Alt 2017, p. 4 e.v.

[26] Wellicht met de nuance dat ik me kan voorstellen dat hoe groter het betrokken belang, hoe hoger de bewijsmaatstaf ligt, hoewel ik dat gevolg alleen in uiterste situaties te billijken zou vinden. Zie over de variabele bewijsmaatstaf De Bock 2011, p. 205 en 206.

[27] Zie H.H.A. ter Huurne en M.J. Keuss, 'Fraude en de grenzen van zorgvuldig onderzoek', *TAP* 2012/1, p. 17.