



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Nooit recht op WW na strafontslag?

Damsteegt, A.; Lanting, B.B.B.

Published in:

Een trip langs de hagen van het sociale zekerheidsrecht: liber amicorum voor prof. mr. J. Riphagen

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Damsteegt, A., & Lanting, L. (2011). Nooit recht op WW na strafontslag? In B. B. B. Lanting, S. S. M. Peters, & M. Westerveld (Eds.), Een trip langs de hagen van het sociale zekerheidsrecht: liber amicorum voor prof. mr. J. Riphagen (pp. 85-101). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <http://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

EEN TRIP LANGS DE HAGEN

van het socialezekerheidsrecht

Liber amicorum voor prof. mr. J. Riphagen

Onder redactie van:
Mr. dr. drs. B.B.B. Lanting
Mr. dr. S.S.M. Peters
Prof. mr. M. Westerveld

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2011

© 2011 B.B.B. Lanting, S.S.M. Peters en M. Westerveld (red.) / Boom
Juridische uitgevers

Omslagfoto: Dirk Gillissen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

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

ISBN 978-90-8974-439-5
NUR 825

www.bju.nl

INHOUDSOPGAVE

LIJST VAN AFKORTINGEN	vii
EEN TRIP LANGS DE HAGEN van het socialezekerheidsrecht	1
STELSEL IN BEWEGING	
1 Verwijtbare werkloosheid en incentivering: two is company, three is none <i>Robert Knegt</i>	5
2 Activerend sociaal recht, een rechtsgebied op het snijvlak <i>Mies Westerveld</i>	19
3 Dynamiek en bescherming: waar liggen de grenzen? <i>Saskia Klosse en Saskia Peters</i>	35
VOETANGELS EN KLEMMEN	
4 De loonsanctie <i>Edith Franssen</i>	51
5 Volg het spoor terug <i>Jaap van Slooten</i>	65
6 Een gat in het vangnet <i>Willem Bouwens</i>	73
RECHTSBESCHERMING	
7 Nooit recht op WW na strafontslag? <i>Anita Damsteegt en Linda Lanting</i>	85
8 De omvang van het geding en ongelijkheidscompensatie <i>Pieter Fluit</i>	103

9	Schadevergoeding na arbeidsongeval en beroepsziekte <i>Wim Eshuis</i>	117
----------	--	-----

**SUPRANATIONALE NORMSTELLING,
NATIONALE VORMGEVING**

10	Grensoverschrijdend socialezekerheidsrecht: Nederland en het Hof van Justitie <i>Frans Pennings</i>	135
-----------	---	-----

11	Socialezekerheidsrecht en mededingingsrecht <i>Eddy Dijt</i>	149
-----------	---	-----

12	De internationaalrechtelijke grenzen van re-integratie <i>Malva Driessen</i>	161
-----------	---	-----

BIBLIOGRAFIE VAN JAAP RIPHAGEN	177
---------------------------------------	-----

OVER DE AUTEURS	185
------------------------	-----

LIJST VAN AFKORTINGEN

AAW	Algemene Arbeidsongeschiktheidswet
Abbb	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
Abw	Algemene Bijstandswet (1996)
AKW	Algemene Kinderbijslagwet
AOW	Algemene Ouderdomswet
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
AWW	Algemene Weduwen- en Wezenwet
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	Collectieve arbeidsovereenkomst
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CWI	Centrum voor Werk en Inkomen
EC	Europese Commissie
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EGB	Extra Garantierегeling Beroepsrisico's
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ESH	Europees Sociaal Handvest
EVRM	Europees Verdrag van de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
FML	Functionele Mogelijkheden Lijst
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
IAO	Internationale Arbeidsorganisatie
ILO	International Labour Organization
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en Politieke Rechten
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
Mb-SZW	Maatregelenbesluit socialezekerheidswetten
Mw	Mededingingswet
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
OPS	Organisch Psycho Syndroom
PEMBA	Wet Premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheid
RWW	Rijksgroepregeling Werkloze Werknemers
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid

EEN TRIP LANGS DE HAGEN

SUWI	Wet Structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen
SZR	Socialezekerheidsrecht
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WAZ	Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen
WGA	Werkhervatting Gedeeltelijk Arbeidsgeschikten
Wet REA	Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten
Wet WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WIJ	Wet Investeren in Jongeren
WMO	Wet maatschappelijke ondersteuning
Wulbz	Wet uitbreiding loondoorbetalingsverplichting bij ziekte
WVG	Wet Voorzieningen Gehandicapten
WW	Werkloosheidswet
WWB	Wet Werk en Bijstand
WWV	Wet Werkloosheidsvoorziening
Zvw	Zorgverzekeringswet
ZW	Ziektewet

7 Nooit recht op WW na strafontslag?

Anita Damsteegt en Linda Lanting

Inleiding

De relatie tussen ontslag en het recht op werkloosheidsuitkering (verder: WW-uitkering) vormt het onderwerp van de dissertatie van Jaap Riphagen.¹ Hierin heeft hij niet alleen de relatie tussen het civiele ontslagrecht en de toenmalige WW behandeld, maar ook stil gestaan bij de relatie tussen het ambtenarenontslagrecht en het recht op wachtgeld, zoals dat destijds voor ambtenaren was geregeld in onder andere het Rijkswachtgeldbesluit.² Vanuit wetenschappelijk oogpunt was dat een interessante exercitie, maar omdat ambtenaren destijds van de WW waren uitgezonderd en na ontslag in aanmerking konden komen voor wachtgeld was een gedetailleerde beschouwing van de relatie ambtenarenontslagrecht en recht op een WW-uitkering voor de praktijk minder van belang.³ Aangezien ambtenaren inmiddels al tien jaar onder de WW vallen, maar nog altijd een eigen ontslagstelsel kennen verdient een meer gedetailleerde analyse van deze samenhang zeker de aandacht. Gezien onze achtergrond en persoonlijke band met Jaap zal het niet verbazen dat wij in deze bijdrage de relatie tussen (ambtenaren)ontslagrecht en verwijtbare werkloosheid aan de orde stellen.⁴

Op grond van art. 24 lid 1 aanhef jo. lid 2 onder a WW (verder: a-grond) is de werknemer verwijtbaar werkloos geworden, indien aan de werkloosheid een dringende reden in de zin van art. 7:678 BW ten grondslag ligt en de werknemer ter zake een verwijt kan worden gemaakt. Er wordt dus expliciet verwezen naar een bepaling in het civiele ontslagrecht, maar niet naar het ambtenarenontslagrecht. In de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de WW waarbij de verwijtbaarheidstoets werd versoepeld, is door de Minister opgemerkt dat verwijtbaarheid op de a-grond ten aanzien van ambtenaren het duidelijkst aanwezig is als er sprake is van strafontslag of een daarmee naar aard en strekking vergelijkbaar ontslag: de reden voor een dergelijk ontslag is uit de aard der zaak de ernstige misdraging van de ambtenaar.⁵ In deze bijdrage zullen wij ons beperken tot de situatie van strafontslag, ofschoon we niet uitsluiten dat

¹ J. Riphagen, *Ontslag en het recht op WW-uitkering* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1985.

² Besluit van 31 augustus 1959, *Stb.* 1959, 319. Dit besluit regelt thans nog de aanspraken van zogenoemde 'bestaande wachtgelders'.

³ Het recht op wachtgeld was destijds gekoppeld aan de ontslaggrond. Een strafontslag gaf nimmer recht op wachtgeld of ontslaguitkering.

⁴ Jaap Riphagen is een van de twee promotores van Linda Lanting en was referent bij het proefschrift van Anita Damsteegt.

⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30370, nr. 3. p. 27.

ook andere gronden voorkomende in de rechtspositiereglementen tot verwijtbaarheid op de a-grond kunnen leiden.⁶

De CRvB heeft in zijn uitspraken van 18 februari 2009⁷ overwogen dat het – met het oog op de rechtszekerheid – in de rede ligt om aan de art. 7:677 en 7:678 BW in het kader van de WW geen andere toepassing te geven dan tot uitdrukking komt in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Het feit dat een betrokkene in dienst is van een overheidswerkgever vormt geen aanleiding om een andere maatstaf aan te leggen.⁸ De vraag komt op of het onverkort moeten toepassen van de criteria voor ontslag op staande voet ontleend aan het civiele ontslagrecht leidt tot interpretatieproblemen wanneer een ambtenaar na een strafontslag een WW-uitkering aanvraagt. Om die vraag te kunnen beantwoorden, zullen we hieronder eerst uiteenzetten, wanneer sprake is van verwijtbare werkloosheid en daarna ingaan op de voorwaarden voor een strafontslag. In de twee daarop volgende paragrafen besteden wij aandacht aan enkele aspecten van het ambtenarenontslagrecht, die van invloed kunnen zijn op de verwijtbaarheidstoets bij een strafontslag. Wij sluiten af met een conclusie in de laatste paragraaf.

Verwijtbaarheid wegens een dringende reden

Uit de 18 februari-uitspraken van de CRvB volgt dat ter beantwoording van de vraag of aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt, wordt aangesloten bij de rechtspraak van de Hoge Raad. Dit betekent dat niet alleen moet worden getoetst of sprake is van zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die tot gevolg hebben dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst voort te laten duren, maar ook moet worden beoordeeld of deze gedraging voor de betreffende werkgever in de specifieke situatie en in de specifieke werkrelatie een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert. Tot de elementen die moeten worden gewogen bij de beoordeling van de vraag of de werkloosheid het gevolg is van een dringende reden behoort dus ook de subjectiviteit van de dringende reden, in onderlinge samenhang gezien met de aard en ernst van de gedraging en de andere relevante aspecten, zoals de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld,

⁶ Zie voor een bespreking welke van deze andere ontslaggronden mogelijk tot verwijtbaarheid op de a-grond kunnen leiden B.B.B. Lanting, 'De aansluiting tussen het ambtenarenontslagrecht en het herziene artikel 24 WW', in: A.T.J.M. Jacobs en F.J.L. Pennings (red.) *Een inspirerende Fase in het sociaal recht.*, Zutphen: Paris 2007, p. 251-263.

⁷ Zie o.m. *LJN* BH2387, *USZ* 2009/68 m.n. Boot.

⁸ CRvB 2 april 2010, *LJN* BM1153; *USZ* 2010/131 m.nt. Lanting; *RSV* 2010/162 m.nt. Rebel.

alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, waaronder zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben.⁹

Het vorenstaande brengt mee dat voor de beantwoording van de vraag of een ambtenaar verwijtbaar werkloos is geworden, de volgende vier criteria gelden: 1) er moet sprake zijn van een objectief dringende reden, 2) de reden moet subjectief dringend zijn, 3) de reden moet onverwijld en duidelijk worden meegedeeld (mededelingsplicht) en het ontslag moet (vrijwel) terstond ingaan (onverwijldheid), en 4) de persoonlijke omstandigheden van de ambtenaar moeten bij de beschouwing worden betrokken.¹⁰

Strafontslag

Alvorens een vertaalslag te kunnen maken naar de vraag of strafontslag in een concreet geval tot verwijtbaarheid op de a-grond leidt, zullen we eerst aangeven welke vragen beantwoord moeten worden in het kader van strafontslag.

In de eerste plaats moet worden onderzocht of en aannemelijk worden gemaakt dat de ambtenaar de verweten gedraging(en) heeft begaan. Vervolgens moet worden gezien of deze gedraging(en) zijn aan te merken als (zeer ernstig) plichtsverzuim. Daarna wordt getoetst of de gedraging(en) aan de ambtenaar zijn toe te rekenen en of de opgelegde straf van (onvoorwaardelijk) ontslag niet onevenredig is aan het vastgestelde plichtsverzuim. In het navolgende laten we zien of en zo ja, op welke wijze eerdergenoemde criteria voor ontslag op staande voet worden meegewogen in het kader van een procedure tot oplegging van een (onvoorwaardelijk) strafontslag. Tevens zullen we bezien wat dit betekent voor de beantwoording van de vraag of sprake is van verwijtbare werkloosheid.

Heeft de ambtenaar de verweten gedraging begaan?

In veel zaken waarin aan de ambtenaar strafontslag is verleend, zal duidelijk zijn dat de ambtenaar de verweten gedraging heeft begaan. Denk aan de situatie dat een politieambtenaar dronken achter het stuur van zijn surveillancewagen wordt aangetroffen. Dat neemt niet weg dat er ook situaties kunnen zijn waarin door de ambtenaar wordt betwist dat hij de verweten gedraging heeft begaan bijvoorbeeld in geval van fraude en diefstal. Dit is in het civiele ontslagrecht – en dus voor de toetsing van de WW – niet veel anders. Zie als voorbeeld een recent gewezen arrest van het Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen.¹¹ Een begeleidster van een gehandicapte man is ontslagen, omdat zij de man op zijn mond zou hebben geslagen. De enige die daarover iets kan verklaren is de – verstandelijk gehandicapte – man zelf. Naar het (voorlopige)

⁹ Hoge Raad 12 februari 1999, *JAR* 1999/102 (Schrijver/Van Essen).

¹⁰ Asser/G.J.J. Heerma van Voss, *Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008; § 49. R.M. Beltzer, *Ontslag op staande voet*, Deventer: Kluwer 2004, p. 12 t/m 15.

¹¹ Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen 29 juni 2010, *LJN* BN0569.

oordeel van het Gerecht is onvoldoende gebleken van het bestaan van een dringende reden en is het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig.

Zoals hiervoor is aangegeven, is voor een ontslag op staande voet onder meer vereist dat de dringende reden onverwijld en duidelijk aan de wederpartij wordt meegedeeld. De ratio hiervan is dat de werknemer meteen weet welke gedraging hem wordt verweten en dat hij hierop kan reageren. Hij kan bijvoorbeeld aanvoeren dat hij nooit degene kan zijn geweest die een greep uit de kas heeft gedaan, omdat hij zich op het tijdstip van de diefstal elders bevond. Ook de overheidswerkgever zal de ambtenaar die hij verdenkt van plichtsverzuim moeten meedelen van welke gedragingen hij wordt beticht. In dit opzicht zal voldaan zijn aan de mededelingsplicht ex art. 7:677 BW.

Voor een ontslag op staande voet geldt dat de aan de werknemer meegedeelde dringende reden de ontslaggrond ‘fixeert’.¹² De hem aangezegde reden moet dus op zichzelf een dringende reden kunnen opleveren. Dit betekent dat de rechter bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet nauw zal moeten aansluiten bij de grond waarop het ontslag is aangezegd. In het geval de werkgever de werknemer ontslag op staande voet had verleend wegens verduistering, overwoog de Hoge Raad dat onbegrijpelijk is, hoe het door de rechtbank aangenomen verzuim de aan het ontslag ten grondslag gelegde verduistering kan opleveren, nu voor verduistering opzet is vereist en de rechtbank niet heeft vastgesteld dat daarvan sprake is.¹³

Ook voor de ambtenaar is van belang dat het bewijs aansluit bij het verweten plichtsverzuim. Dit blijkt uit het geval waarin betrokkene werd verweten te laat van huis te zijn vertrokken. Vast was komen te staan dat hij te laat op zijn werk was verschenen, maar niet ook dat hij te laat van huis was gegaan, zodat het verweten gedrag niet was komen vast te staan.¹⁴ Aan het ontslagbesluit gaat echter een voornemen vooraf. De zienswijze van de ambtenaar op het voornemen biedt het bestuursorgaan onder meer de mogelijkheid de aan het strafontslag ten grondslag te leggen redenen te verbeteren. Bovendien kan het bestuursorgaan in de beslissing op bezwaar de motivering verbeteren, zodat er enig verschil kan bestaan tussen de oorspronkelijke reden voor het bestuursorgaan om het voornemen tot strafontslag te doen en het uiteindelijke ontslagbesluit.¹⁵ De fixatie van de ontslagredenen kan dus op een iets later moment plaatsvinden. Verondersteld mag worden dat de CRvB bij de beoordeling of aan de werkloosheid van een ambtenaar een dringende reden ten grondslag ligt, de in de beslissing op bezwaar neergelegde reden tot uitgangspunt zal nemen. Uiteraard dient een civiele werkgever ook voldoende zorgvuldig onderzoek te verrichten alvorens ontslag op staande voet te verlenen,

¹² Zie o.m. HR 24 april 2009, *LJN* BH0387.

¹³ HR 26 januari 2001, *LJN* AA9664, *JAR* 2001/40 (*Taxi Hofman*).

¹⁴ CRvB 10 juli 2008, *LJN* BD7796.

¹⁵ Vgl. CRvB 2 januari 1990, *TAR* 1990/51, hierin overwoog de Raad “Bedoelde elementen waren evenwel in de tenlastelegging niet opgenomen en zijn evenmin vermeld in het bestreden besluit waarin naar die tenlastelegging wordt verwezen.”

maar het vereiste van onverwijde mededeling lijkt toch mee te brengen dat de werkgever daarin enigszins beperkter is dan de overheidswerkgever die een onvoorwaardelijk strafontslag verleent. Stel dat een werknemer ontslag op staande voet wordt verleend wegens het plegen van diefstal van geld, terwijl niet vast is komen te staan dat hij zelf de diefstal heeft gepleegd, maar wel dat hij voor een collega op de uitkijk stond en derhalve daaraan medeplichtig was. De werknemer heeft zich in dat geval niet schuldig gemaakt aan de hem verweten gedraging, zodat – in navolging van het Taxi Hofman-arrest – geoordeeld zou kunnen worden dat niet is voldaan aan de criteria voor een ontslag op staande voet.

Een ambtenaar daarentegen die in het voorgenomen ontslagbesluit wordt beschuldigd van diefstal maar naar aanleiding van zijn zienswijze blijkt dat hij slechts op de uitkijk stond, zal strafontslag worden verleend op die grond. Dit (procedurele) verschil kan ons inziens meebrengen dat de toetsing voor de ambtenaar nadeliger kan uitpakken dan voor de civiele werknemer. Niet goed voorstelbaar is immers dat als een ontslag op staande voet civielrechtelijk geen stand heeft gehouden, omdat niet voldaan is aan dit element, in het kader van de WW toch geoordeeld zou worden dat de werknemer verwijtbaar werkloos is geworden. Aan de andere kant zal bij de beoordeling of een ambtenaar verwijtbaar werkloos is geworden in ieder geval de aan het ontslagbesluit ten grondslag liggende redenen als uitgangspunt hebben te gelden, zodat een wijziging van de motivering (ten opzichte van het voornemen) van het ontslag op zichzelf mogelijk is.

Valt de verweten gedraging te kwalificeren als plichtsverzuim?

Een volgende vraag is of de verweten gedraging plichtsverzuim oplevert. Hiervan is sprake in geval van het overtreden van enig voorschrift of het doen of nalaten van iets dat een goed ambtenaar in gelijke omstandigheden behoort na te laten of te doen. De opsomming van gedragingen, die op grond van art. 7:678 lid 2 BW een dringende reden kunnen opleveren, zullen veelal ook kunnen leiden tot strafontslag. In dat opzicht zijn er volgens ons nauwelijks verschillen tussen het civiele ontslagrecht en het ambtenarenontslagrecht. Omgekeerd is evenwel denkbaar dat een bepaalde gedraging van een ambtenaar ernstig plichtsverzuim oplevert dat een (onvoorwaardelijk) strafontslag rechtvaardigt, maar wanneer een vergelijkbare gedraging door een werknemer is begaan, dat een ontslag op staande voet niet zal rechtvaardigen. Zo werd het niet opgeven van rente over buitenlandse spaarrekeningen door een belastingambtenaar aangemerkt als zeer ernstig plichtsverzuim dat een onvoorwaardelijk strafontslag rechtvaardigde.¹⁶ Hetzelfde gold voor een belastingambtenaar die jarenlang haar aangifteplicht niet juist vervulde.¹⁷ Een werknemer die knoeit met zijn belastingaangifte zal daarvoor niet op staande voet worden ontslagen, maar ook lang niet iedere

¹⁶ CRvB 6 april 2006, *LJN* AW1847.

¹⁷ Rechtbank Maastricht 25 november 2008, *LJN* BG6340.

‘willekeurige’ ambtenaar die dat doet zal een onvoorwaardelijk strafontslag kunnen krijgen. Waar het vooral om gaat is de relatie tussen de misdraging en de functie van de ambtenaar. Een belastingambtenaar die zijn belastingaangifte niet correct verricht, schaadt immers het aanzien van de Belastingdienst.

Uit het voorgaande blijkt al dat ook gedragingen in de privésfeer als plichtsverzuim kunnen worden aangemerkt. Er dient dan wel een voldoende relatie te bestaan tussen de gedragingen en de functie van de ambtenaar.¹⁸ Bij veel van de functies die ambtenaren uitoefenen zal hiervan overigens al redelijk snel sprake kunnen zijn. Zo was de CRvB van oordeel dat terecht strafontslag was verleend aan een marechaussee wegens buiten diensttijd dronken rijden. Het rijden met een dusdanig hoog alcoholpromillage, waardoor een strafrechtelijke transactie niet mogelijk was, deed volgens de CRvB afbreuk aan de geloofwaardigheid en integriteit van betrokkene die belast was met het opsporen van strafbare feiten.¹⁹ Het illegaal bezit van wapens en munitie door een advocaat-generaal, die eerder de functie van (vuur)wapenofficier van justitie had vervuld, rechtvaardigde eveneens onvoorwaardelijk strafontslag.²⁰ Ook aan een buitendienstmedewerker van een gemeente belast met de verwijdering van zwerfafval, waaronder drugssporen, mocht onvoorwaardelijk strafontslag worden verleend, toen op zijn privéadres een illegale hennepkwekerij was aangetroffen.²¹

Een duidelijke lijn in de lagere civiele rechtspraak is volgens Sagel en Verhulp dat misdragingen die uitsluitend in de privésfeer van de werknemer zijn gelegen in beginsel naar hun aard niet als zodanig ernstig worden aangemerkt dat zij als dringende reden kwalificeren.²² Zij verwijzen daarbij naar een uitspraak waarin de Kantonrechter te Groenlo besliste dat de strafrechtelijke veroordeling wegens verkrachtingen gepleegd voorafgaand aan zijn indiensttreding door een directeur van een verzorgingshuis gedragingen betrof die niet in relatie tot het dienstverband stonden, zodat deze in arbeidsrechtelijk opzicht niet zodanig ernstig waren dat zij als dringende reden kwalificeerden.²³ Dit neemt niet weg dat ook in het arbeidsrecht in bijzondere gevallen misdragingen in de privésfeer kunnen leiden tot een terecht gegeven ontslag op staande voet dan wel ontbinding van de arbeidsovereenkomst zonder toekenning van een vergoeding. Evenals in het ambtenarenrecht dient er dan een duidelijk verband te bestaan tussen de functie van de werknemer en de misdraging in privé, zodat de

¹⁸ Zie M.J.S. Korteweg-Wiers e.a., *Hoofdpijnen van het ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2003, p. 166.

¹⁹ CRvB 6 maart 2008, *TAR* 2008/118.

²⁰ CRvB 15 oktober 2009, *TAR* 2010/2.

²¹ CRvB 28 september 2006, *LJN* AY9666.

²² S.F. Sagel en E. Verhulp, ‘Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?’, in: R.A.A. Duk e.a., *Voor De Laet de Hoge Raad*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 34, Deventer: Kluwer 2005, p. 90.

²³ Ktr. Groenlo 5 juni 1997, *JAR* 1997, 219.

misdraging zijn weerslag heeft op de geloofwaardigheid van de werknemer.²⁴ Zo werd de arbeidsovereenkomst van een buurtmeester werkzaam voor een woningcorporatie door de kantonrechter ontbonden zonder toekenning van een vergoeding vanwege hennepsteelt en diefstal van stroom.²⁵

De omstandigheid dat aan een ambtenaar gelet op zijn functie soms strenge eisen met name op het punt van integriteit worden gesteld dan aan een werknemer, waardoor bepaalde misdragingen (in de privésfeer) een ambtenaar eerder aangerekend worden dan een werknemer komt nogmaals aan de orde bij de beschrijving van het vierde criterium de persoonlijke omstandigheden.

Toerekenbaarheid

De overheidswerkgever dient na te gaan of het plichtsverzuim de ambtenaar (volledig) kan worden toegerekend. De vraag of bepaalde handelingen zijn aan te merken als toerekenbaar plichtsverzuim is naar vaste jurisprudentie een vraag naar de juridische kwalificatie van het feitencomplex.²⁶ Toerekenbaarheid impliceert dat de overheidswerkgever dient na te gaan of de ambtenaar de onjuistheid van zijn normschendend gedrag kende dan wel behoorde te kennen. In de tweede plaats dient de ambtenaar schuld te hebben aan het hem verweten plichtsverzuim. In het ambtenarentuchtrecht wordt evenals in het strafrecht uitgegaan van het adagium ‘geen straf zonder schuld’.²⁷

Dat sprake is van ontoerekenbaar plichtsverzuim wordt overigens niet snel aangenomen door de CRvB.²⁸ Indien de overheidswerkgever geen indicaties heeft dat er sprake is van geen of een verminderde toerekenbaarheid en de ambtenaar hier zelf ook geen beroep op doet, is een onderzoek hiernaar niet noodzakelijk.²⁹ Zodra er echter aanwijzingen zijn dat de ambtenaar niet (volledig) toerekeningsvatbaar was ten tijde van het plegen van het plichtsverzuim, dan zal de overheidswerkgever er verstandig aan doen een medisch en/of psychologisch onderzoek in te stellen naar de toerekenbaarheid. Dit geldt ook wanneer de ambtenaar zich beroept op verminderde toerekenbaarheid. Het is evenwel vaste jurisprudentie van de CRvB dat zaken als een alcohol- of drugsprobleem, een verslaving etc. op zichzelf niet een verontschuldiging vormen voor het onder invloed daarvan begaan van

²⁴ D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: SDU 2010, p. 251.

²⁵ Kantonrechter Rotterdam 5 november 2003, *JAR* 2003/288. Uit deze beschikking van de kantonrechter blijkt niet of de arbeidsovereenkomst is ontbonden wegens een dringende reden dan wel verandering in de omstandigheden. Zie ook: HR 14 september 2007, *LJN* BA5802 (Hyatt-arrest).

²⁶ Zie CRvB 19 januari 2006, *TAR* 2006/106.

²⁷ Zie A.H. van Zutphen, *De rechtspositie van de rijksambtenaar. Aanstelling en ontslag* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1991, p. 405 en M.J.S. Korteweg-Wiers e.a., *Hoofdlijnen van het ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2003, p. 166.

²⁸ Zie A.G. Haverkamp, ‘Strafontslag’ in: P.J.J.M van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus (red.), *Ontslag en WW*, Reeks Integraal Ambtenarenrecht, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu, p. 246.

²⁹ P.J. Schaap, ‘Artikel 80 ARAR-commentaar’ in: <www.kennisbankrechtspositieambtenaren.nl>.

plichtsverzuim. Een uitzondering is echter mogelijk als het overmatig alcohol- of drugsgebruik werd veroorzaakt door een psychisch defect, waardoor de ambtenaar niet in staat werd geacht zijn wil in vrijheid te kunnen bepalen.³⁰

Het antwoord op de vraag in hoeverre het plichtsverzuim aan de ambtenaar kan worden toegerekend is van belang voor het oordeel of het strafontslag de hierna bij stap 4 te bespreken evenredigheidstoets doorstaat. Met andere woorden het aspect van de toerekenbaarheid maakt onderdeel uit van de evenredigheid.³¹

In de opvatting van de Hoge Raad is verwijtbaarheid geen absoluut vereiste. Volgens de Hoge Raad hangt het af van de aard van de dringende, voor het ontslag op staande voet aangevoerde reden en, aangenomen dat niet reeds die aard meebrengt dat de eis van verwijtbaarheid moet worden gesteld, van de afweging van de concrete omstandigheden van het geval, of het verweer van de werknemer dat de aangevoerde dringende reden niet toereikend is voor een ontslag op staande voet omdat die gedraging hem niet verweten kan worden, doel kan treffen.³² Naar aanleiding van deze jurisprudentie van de Hoge Raad merkt Stein op dat het antwoord op de vraag of sprake moet zijn van verwijtbaarheid tweeledig is, omdat enerzijds wordt gesteld dat verwijtbaarheid van de werknemer geen vereiste is voor ontslag op staande voet, anderzijds dat bij de beoordeling van de dringendheid van de ontslaggrond met de verwijtbaarheid van de gedragingen van de werknemer rekening dient te worden gehouden.³³ Niettemin is de heersende leer dat voor een ontslag op staande voet verwijtbaarheid geen vereiste is. Om die reden heeft de wetgever bij de herformulering van de a-grond gemeend dat verwijtbaarheid als afzonderlijk element bij de a-grond opgenomen diende te worden.³⁴ Verondersteld kan worden dat als in het kader van het strafontslag is komen vast te staan dat de gedraging de ambtenaar kan worden verweten, dit in beginsel ook zo is in het kader van de beantwoording van de vraag of de ambtenaar verwijtbaar werkloos is geworden.³⁵

³⁰ CRvB 14 maart 1996, *TAR* 1996/92, CRvB 28 mei 2009, *LJN* BI7032 en CRvB 19 februari 2009, *TAR* 2009/105. Zie tevens de noot van P.J. Schaap bij de twee laatste uitspraken in *TAR* 2009, p. 511-514, waarin hij stelt dat de CRvB het leerstuk inzake toerekenbaarheid als gevolg van ziekte/verslavingen verder verwijnd.

³¹ Zie A.G. Haverkamp, 'Strafontslag' in: P.J.J.M van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus (red.), *Ontslag en WW*, Reeks Integraal Ambtenarenrecht, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010, p. 248.

³² HR 3 maart 1989, *NJ* 1989, 549 (Choabi-NS) en HR 29 september 2000, *JAR* 2000/223 (Van D/Nutricia). Zie tevens R.M. Beltzer, *Actualiteiten Sociaal recht. Rechtspraak Ontslag op staande voet*, Deventer: Kluwer 2004, p. 17.

³³ Zie de noot van P.A. Stein bij HR 3 maart 1989, *NJ* 1989, 549 (Choabi-NS).

³⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30370, nr. 20, p. 2.

³⁵ Zie voor een uitzondering (ten aanzien van de a-grond zoals die luidde tot 1 oktober 2006) P.J. Schaap, 'Strafontslag en toch WW-uitkering', *TAR* 2010, nr. 5, p. 241-244.

Toetsing aan abbb in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel

De omstandigheid dat een ambtenaar plichtsverzuim heeft gepleegd, brengt nog niet mee dat strafontslag verleend kan worden. De rechtspositiereglementen kennen verschillende disciplinaire maatregelen die kunnen worden opgelegd in geval van plichtsverzuim, zoals een schriftelijke berisping, geldboete, inhouding van salaris of een al dan niet voorwaardelijk ontslag. Bij de beslissing voor de keuze van de te hanteren maatregel, dient de overheidswerkgever de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. Met name het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb speelt een cruciale rol. Het strafontslag mag niet onevenredig zijn aan het de ambtenaar verweten plichtsverzuim. Er dient dus een belangenafweging plaats te vinden tussen het dienstbelang en het persoonlijke belang van de ambtenaar tot voortzetting van de dienstbetrekking. Hierbij zal niet alleen de ernst van het plichtsverzuim moeten worden meegewogen, maar ook de mate waarin dit de ambtenaar valt toe te rekenen. De mate en ernst van het plichtsverzuim worden – zoals eerder opgemerkt – mede bepaald door de functie die de ambtenaar uitoefent.

De verplichting zich als een goed ambtenaar te gedragen, brengt mee dat het te verwachten gedrag kan verschillen al naar gelang de aard van de door de ambtenaar beklede functie. Dit geldt ook voor een civiele werknemer. Een sprekend voorbeeld is dat van een huishoudelijke hulp in dienst van een verzorgingstehuis. Zij was daar 21 jaar werkzaam en werd op staande voet ontslagen wegens het stelen van een pen. Uit hoofde van haar functie kwam zij in de kamers van de bewoners van het verzorgingstehuis op het moment dat die bewoners er niet waren. Zij bekleedde dus een vertrouwensfunctie. De loonvordering werd dan ook afgewezen.³⁶ Naar ons oordeel speelt dit aspect bij een overheidswerkgever vaker een rol. Aan veel functies van ambtenaren is inherent dat hoge eisen worden gesteld met betrekking tot integriteit en het nakomen van voorschriften bij de uitoefening van hun bevoegdheden, mede gelet op de uitstraling van hun gedrag op de organisatie als geheel. Te denken valt aan politieambtenaren, belastingambtenaren en medewerkers van een penitentiaire inrichting. Dit kan een aspect zijn bij de beoordeling of de opgelegde maatregel van strafontslag evenredig is.³⁷ Het feit dat een ambtenaar met zijn gedrag schade kan toebrengen aan de geloofwaardigheid van de dienst, alsmede aan het vertrouwen dat deze dienst in zijn medewerkers dient te kunnen stellen, kan – zoals in het besproken voorbeeld van de dronken marechaussee – meebrengen dat gedragingen die feitelijk plaatsvinden in de privésfeer niettemin leiden tot onvoorwaardelijk strafontslag. De CRvB benadrukte dat het gedrag van eerdergenoemde belastingambtenaar die bij zijn aangifte onder meer zijn vermogen in het buitenland had verzwegen, in zijn effect ook geenszins beperkt is tot de privésfeer. Denk in dit verband ook aan de

³⁶ Kantonrechter 's-Hertogenbosch 10 februari 2003, *LJN* AG8026.

³⁷ Zie o.m. CRvB 2 maart 2006, *LJN* AV3950.

onlangs vastgestelde stelregels over hoe ambtenaren zich mogen bewegen op internet. Kern hiervan is dat ambtenaren moeten beseffen dat zij altijd ‘ambassadeur zijn van hun organisatie’.³⁸

Bij de evenredigheidstoets zijn verder van belang de duur van het dienstverband en de staat van dienst van de ambtenaar. Enerzijds kan het jarenlang goed hebben gefunctioneerd ertoe leiden dat een onvoorwaardelijk strafontslag in een bepaalde situatie in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Het ongemandateerd bekijken van documenten van collega’s op de server door een systeembeheerder in een penitentiaire inrichting leverde wel plichtsverzuim op, maar de CRvB oordeelde dat de straf van onvoorwaardelijk ontslag onevenredig was, omdat betrokkene niet was gewaarschuwd en zich tijdens een lang dienstverband nooit eerder aan plichtsverzuim had schuldig gemaakt.³⁹ Ook het welbewust in strijd met de werkinstructies lozen van mogelijk vervuild water op grasland door een composteringsmedewerker van een stadskwekerij werd gezien als plichtsverzuim. Eerdere gedragingen van betrokkene hadden echter nooit aanleiding gegeven tot enige maatregel of disciplinaire bestraffing en aan een ingezet ‘verbetertraject’ was nooit uitvoering gegeven, zodat een onvoorwaardelijk strafontslag niet passend werd geacht.⁴⁰

Anderzijds kan een lang dienstverband ook in het nadeel van de ambtenaar uitvallen, omdat juist van een ervaren ambtenaar een bepaald gedragspatroon mag worden verwacht.⁴¹ Zoals vermeld, moet ook in het arbeidsrecht naar de persoonlijke omstandigheden, zoals de leeftijd en de (financiële) gevolgen die een ontslag op staande voet voor de werknemer kan hebben worden gekeken. Toen een verkoopchef/plaatsvervangend bedrijfsleider van een HEMA-filiaal na een dienstverband van 35 jaar op zijn laatste werkdag twee blikken motorolie (ter waarde van f 4,95 per stuk) meenam zonder te betalen, werd ontslag op staande voet verleend. De Hoge Raad was van oordeel dat de rechtbank de persoonlijke omstandigheden van betrokkene had moeten meewegen. De Hoge Raad wees daarbij op de lengte van het dienstverband, het feit dat eerdere vergrijpen waarvan HEMA hem verdacht niet waren vast komen te staan en de zeer nadelige financiële gevolgen voor betrokkene, omdat hij door het ontslag op staande voet niet meer in aanmerking kwam voor een gunstige vertrekregeling.⁴²

Wanneer de ambtenaar eerder is gewaarschuwd voor hetzelfde gedrag of daarvoor al eerder disciplinair is bestraft, terwijl hij zijn gedrag niet heeft

³⁸ Uitgangspunten online communicatie rijksambtenaren, juli 2010.

³⁹ CRvB 9 oktober 2008, *LJN* BG1074.

⁴⁰ CRvB 29 augustus 2002, *TAR* 2003/21.

⁴¹ Rb. Rotterdam 8 april 2003, *TAR* 2003/88. Zie tevens A.G. Haverkamp, Hoofdstuk 9 Strafontslag in: P.J.J.M van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus (red.), *Ontslag en WW*, Reeks Integraal Ambtenarenrecht, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010, p. 250.

⁴² HR 21 januari 2000, *JAR* 2000, 45 (HEMA-arrest).

verbeterd kan dit reden zijn een zwaardere straf evenredig te achten.⁴³ In het arbeidsrecht vormt een voorafgaande waarschuwing aan de individuele werknemer dan wel het hele personeelsbestand in de lagere rechtspraak vrijwel altijd een verzwarende omstandigheid die veel gewicht in de schaal legt bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden, aldus Sagel en Verhulp. Dit kon meebrengen dat ogenschijnlijk onschuldige misstappen, zoals het eten van een aangebroken zakje pinda's door een cateringmedewerker, als dringende reden kan worden gekwalificeerd.⁴⁴

Omgekeerd kan het feit dat een ambtenaar of werknemer niet is gewaarschuwd tot gevolg hebben dat een strafontslag onevenredig wordt geacht dan wel dat niet is voldaan aan de criteria voor ontslag op staande voet. Een overheidswerkgever had de ambtenaar in het verleden herhaaldelijk aangesproken op ongewenst gedrag, maar had daarin niet eerder aanleiding gezien een disciplinaire maatregel op te leggen. Vervolgens werd het verleende strafontslag onevenredig geacht.⁴⁵

Als de gedraging gelet op het dienstbelang zwaarwegend genoeg is voor strafontslag, zal een persoonlijk belang van de ambtenaar, maar ook zijn goede staat van dienst er niet snel toe leiden dat het strafontslag onevenredig wordt geacht. Een groepsleider in een penitentiaire inrichting liet in strijd met de interne regels gedetineerde X op zijn verzoek voor een geintje (stoeipartij) korte tijd zonder toezicht in een afgesloten ruimte bij de als extra kwetsbaar gekwalificeerde en jongere pupil Y. Y voelde zich niet meer veilig en vroeg overplaatsing aan. De groepsleider betuigde zijn spijt, wees op zijn goede staat van dienst en de ernst van de gevolgen van het strafontslag voor hem. De CRvB was niettemin van oordeel dat deze omstandigheden niet een zodanig gewicht in de schaal leggen dat gezegd moet worden dat de rechtbank de opgelegde straf niet in stand had mogen laten vanwege strijd met het evenredigheidsbeginsel.⁴⁶

Persoonlijke belangen van de ambtenaar zoals de wens tot voortzetting van het dienstverband en het verlies aan bezoldiging en uitzicht op WW-uitkering behoeven als feiten van algemene bekendheid niet zo'n heel uitvoerige onderbouwing. Haverkamp stelt dat de CRvB aan deze persoonlijke belangen niet veel woorden vuilmaakt en zich, als het plichtsverzuim ernstig genoeg is voor strafontslag, tot de opmerking beperkt dat dit aan het oordeel niet kan afdoen of dat de gevolgen, die niet hoeven worden onderschat, voor rekening

⁴³ CRvB 22 mei 1990, *TAR* 1990/156.

⁴⁴ Pres. Rb. Haarlem 17 oktober 2000, *JAR* 2001, 9. Zie tevens S.F. Sagel en E. Verhulp, 'Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet' in: R.A.A. Duk (red.), *Voor De Laaf: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 89. Zie echter Rb. Haarlem 2 januari 2008, *JAR* 2008/26, waarin het eten van enkele cashewnootjes uit een openstaand bakje dat bestemd was om te worden weggegooid, mede gelet op de persoonlijke omstandigheden van betrokkene, het ontslag op staande voet niet rechtvaardigde.

⁴⁵ CRvB 29 augustus 2002, *TAR* 2003/21.

⁴⁶ CRvB 3 juni 2010, *LJN* BM7206.

van de ambtenaar komen.⁴⁷ De motiveringsplicht die de Hoge Raad de feitenrechter ter zake van de dringende reden oplegt gaat in dit opzicht volgens ons (veel) verder. De rechter zal in zijn overwegingen op kenbare wijze aandacht moeten besteden aan de door de werknemer aangevoerde persoonlijke omstandigheden. Sagel en Verhulp stellen dat de rechter daarbij niet zal kunnen volstaan met standaardoverwegingen als dat ‘de gedraging van de werknemer zodanig ernstig is dat sprake is van een dringende reden en dat hetgeen overigens is aangevoerd daaraan niet afdoet’.⁴⁸ In de zaak van de dronken marechaussee overwoog de CRvB daarentegen dat de persoonlijke omstandigheden waarop appellant zich heeft beroepen, zoals het feit dat hij first offender is, een goede staat van dienst heeft en spijt heeft betuigd, naar het oordeel van de CRvB onvoldoende afdoen aan het oordeel dat betrokkene terecht wegens ernstig plichtsverzuim was ontslagen. Of al dan niet met een standaardoverweging wordt volstaan met betrekking tot persoonlijke omstandigheden wil echter nog niet zeggen dat de weging van de persoonlijke omstandigheden daadwerkelijk verschilt en tot een andere uitkomst leidt.

Ook de opstelling van de ambtenaar tijdens de plichtsverzuimprocedure is van belang. Indien de ambtenaar het plichtsverzuim ruiterlijk erkent en berouw toont, is dit voor de evenredigheid niet zonder belang, maar zoals de casus van de groepsleider en de dronken marechaussee aantonen, betekent dit niet altijd dat een strafontslag onevenredig is. Een lang tijdsverloop tussen het geconstateerde plichtsverzuim en het niet voortvarend opereren bij het nemen van disciplinaire maatregelen, kunnen ertoe leiden dat de overheidswerkgever alleen nog een minder zware straf en dus geen onvoorwaardelijk ontslag mag opleggen. In het civiele arbeidsrecht leidt het niet voortvarend genoeg handelen van de werkgever ertoe dat niet is voldaan aan de subjectiviteit van de dringende reden. Een cultuur waarin op de werkvloer bepaald laakbaar gedrag door de leidinggevende (stilzwijgend) wordt gedoogd, zal ertoe leiden dat een minder zware straf kan worden opgelegd. In eerdergenoemde uitspraak van de CRvB van 2 april 2010 vormde het gegeven dat de leidinggevendenden een bepaalde cultuur gedoogden en niet (voldoende) corrigerend waren opgetreden jegens de politieambtenaar een indicatie dat geen sprake was van een dringende reden.⁴⁹

Er zijn zoals hierboven besproken tal van criteria te geven aan de hand waarvan kan worden bepaald of een straf van ontslag wel of niet evenredig is. Daarnaast

⁴⁷ Zie A.G. Haverkamp, ‘Strafonslag’ in: P.J.J.M van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus (red.), *Ontslag en WW*, Reeks Integraal Ambtenarenrecht, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu, p. 250. Zie tevens CRvB 30 oktober 2003, *LJN AN8057*.

⁴⁸ S.F. Sagel en E. Verhulp, ‘Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet’ in: R.A.A. Duk (red.), *Voor De Laet: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 104.

⁴⁹ CRvB 2 april 2010, *LJN BM1153*; *USZ 2010/131 m.nt. Lanting*; *RSV 2010/162 m.nt. Rebel*.

blijft het natuurlijk enigszins casuïstisch.⁵⁰ Ten aanzien van de vraag of in een bepaalde situatie ontslag op staande voet gerechtvaardigd is, biedt de Hoge Raad voldoende duidelijke richtlijnen, waardoor het wel meevalt met de door sommigen genoemde ‘onvoorspelbaarheid’ van de dringende reden.⁵¹

Ontbrekende elementen bij toetsing strafontslag

Uit het eerder beschreven stappenplan bij toetsing van strafontslag blijkt dat de eis van onverwijld kennisgeving van de dringende reden voor ontslag en de fixatie van de ontslaggrond niet op een gelijke wijze wordt toegepast bij de beoordeling of een strafontslag rechtsgeldig is gegeven. Ook de eis van subjectiviteit van de dringende reden, waarbij het volgens de CRvB gaat om de vraag of de werkgever voortvarend de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft nagestreefd, komt niet op dezelfde wijze terug in een strafontslagprocedure. Dit blijkt onder meer uit de uitspraak die ziet op de vraag of een leraar verwijtbaar werkloos is geworden, nadat hij was ontslagen omdat was gebleken dat hij in bezit was van kinderporno.⁵² De Raad overwoog dat in casu geen sprake was van een dringende reden, omdat de werkgeefster ondanks de erkenning door appellant dat de politie bij hem thuis een door hem vervaardigde cd-rom met kinderporno heeft aangetroffen niet te kennen heeft gegeven te streven naar een onverwijld beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Evenmin was de werkgeefster onmiddellijk overgegaan tot schorsing van appellant. Eerst na ruim drie maanden heeft de werkgeefster een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend wegens een verandering van omstandigheden, waarbij bovendien nog opzegtermijn van drie maanden in acht diende te worden genomen.

De Awb brengt daarentegen mee dat een overheidswerkgever een ambtenaar kenbaar moet maken dat hij voornemens is hem strafontslag te verlenen. De ambtenaar kan hierop vervolgens zijn zienswijze geven, waarna de overheidswerkgever (al dan niet voorwaardelijk) overgaat tot het verlenen van strafontslag. Alvorens een dergelijk besluit te nemen, zal de overheidswerkgever immers zorgvuldig onderzoek dienen te hebben verricht. Wel bevatten de ambtenarenreglementen de mogelijkheid om de ambtenaar te schorsen tijdens een dergelijk onderzoek. Hoewel vanuit het oogpunt van strafontslag een overheidswerkgever ook niet onnodig mag talmen en een adequate opstelling dienaangaande mag worden verwacht, lijkt er wel een zekere discrepantie te bestaan tussen de eis van onverwijldheid in geval van een ontslag op staande voet en de in acht te nemen zorgvuldigheidseisen voor een strafontslag.⁵³ De

⁵⁰ Zo ook M.J.S. Korteweg-Wiers e.a., *Hoofdpijnen van het ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2003, p. 168.

⁵¹ S.F. Sagel en E. Verhulp, ‘Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet’ in: R.A.A. Duk (red.), *Voor De Laet: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 85.

⁵² CRvB 2 september 2010, *LJN* BN6055.

⁵³ Zie A.G. Haverkamp, ‘Strafontslag’ in: P.J.J.M van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus (red.), *Ontslag en WW*, Reeks Integraal Ambtenarenrecht, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010, p. 251.

minister heeft gesteld dat bij de beoordeling of sprake is van verwijtbare werkloosheid betekenis kan worden toegekend aan de omstandigheid of de misdraging van de ambtenaar zodanig ernstig was dat hij voorafgaand aan het ontslag is geschorst.⁵⁴ De vraag is welke betekenis de CRvB hecht aan een schorsing voorafgaand aan een ontslag. In dit verband is de KLM-uitspraak van belang.⁵⁵ Het UWV had de uitkering geweigerd, omdat betrokkene had kunnen weten dat zijn gedrag, te weten het plegen van een strafbaar feit waardoor hij niet meer in het bezit was van de verklaring van geen bezwaar (VGB) met als gevolg dat hij zijn werkzaamheden op Schiphol niet kon blijven verrichten, tot ontslag zou leiden. De CRvB overwoog dat niet anders kan worden geoordeeld dan dat niet is gebleken van een zo ernstige gedraging van betrokkene dat voor KLM een situatie was ontstaan die een ontslag op staande voet rechtvaardigde. De CRvB kwam tot dit oordeel, omdat KLM zelf nimmer heeft overwogen betrokkene op staande voet te ontslaan. Nadat KLM bij brief van 29 mei 2006 was bericht dat het bezwaar tegen de intrekking van de VGB ongegrond was verklaard, heeft KLM nog tot 16 augustus 2006 gewacht met het indienen van het ontbindingsverzoek. Daaruit kan naar het oordeel van de CRvB niet anders worden geconcludeerd dan dat KLM, tenminste subjectief, geen reden aanwezig heeft geacht voor een onverwijld beëindiging van de arbeidsovereenkomst met betrokkene wegens een dringende reden. Opvallend daarbij is dat het feit dat de werknemer bij brief van 7 juni 2006 is bericht dat gestreefd zou worden naar een beëindiging van het dienstverband en de werknemer in afwachting van de ontbindingsprocedure vrijgesteld bleef van de verplichting werkzaamheden te verrichten, niet in die overweging is betrokken. De vraag is of de CRvB als socialezekerheidsrechter anders zal oordelen bij schorsing van een ambtenaar. Een overheidswerkgever dient zich dus te realiseren dat als hij het ongewenst zou vinden dat zijn ambtenaar een WW-uitkering krijgt na verleend strafontslag, hij bij de ontslagprocedure rekening moet houden met de eis dat de werkgever een onverwijld einde van de dienstbetrekking dient na te streven. Dit zal niet altijd even makkelijk zal zijn, omdat de overheidswerkgever moet balanceren tussen de eis van onverwijldheid (gelet op WW) en zorgvuldigheidseisen van de Awb in het kader van het strafontslag.

Eigen karakter AW-zaken

Strafontslag kan ook voorwaardelijk worden verleend. Maakt de ambtenaar zich opnieuw schuldig aan plichtsverzuim, dan wordt beoordeeld of het gepleegde plichtsverzuim uitvoering van de eerder opgelegde voorwaardelijke straf rechtvaardigt en is er naast die beoordeling geen plaats meer voor een evenredigheidstoetsing. Het bestuursorgaan dient wel de voor de tenuitvoerlegging van de voorwaardelijke straf in aanmerking te nemen

⁵⁴ *Kamerstukken II 2005/06, 30370, nr. 3, p. 27.* Als gevolg van de vierde nota van wijziging is de wettekst anders komen te luiden dan het oorspronkelijke wetsvoorstel.

⁵⁵ CRvB 18 februari 2009, *LJN* BH2392.

belangen af te wegen.⁵⁶ Een (relatief) klein vergrijp zou dus kunnen leiden tot het intreden van het strafontslag. Wat betekent dit voor de vraag of een ambtenaar verwijtbaar werkloos is geworden? De situatie doet denken aan de civiele ‘druppel die de emmer doet overlopen-doctrine’. Beltzer wijst erop dat deze doctrine vooral een rol speelt bij overtreding van voorschriften.⁵⁷ Een enkele overtreding van een voorschrift zal meestal geen dringende reden opleveren, maar volharding in de overtreding wel. Bij een dergelijk geval zal bij de beoordeling of het bij herhaling niet voldoen aan op zichzelf redelijke opdrachten een dringende reden opleveren, tevens onder meer de persoonlijke omstandigheden van de werknemer moeten worden betrokken.⁵⁸ In het geval van de ambtenaar is dan het plichtsverzuim na het voorwaardelijk strafontslag te beschouwen als de druppel die de emmer doet overlopen. Nu een belangenafweging van de tenuitvoerlegging van een voorwaardelijk strafontslag nog wel mogelijk is, kan daarbij – net als bij een ontslag op staande voet – de (gewijzigde) persoonlijke omstandigheden van de ambtenaar nog wel bij de beoordeling worden betrokken. Voor de beoordeling of sprake is van verwijtbare werkloosheid lijkt in dit opzicht weinig verschil te bestaan tussen de civiele werknemer en de ambtenaar.

Een andere vraag, waarover de CRvB zich onlangs heeft uitgelaten, betreft het zogenoemde *contre coeur*-besluit. De staatssecretaris van Financiën had een belastingambtenaar strafontslag verleend wegens plichtsverzuim, bestaande uit onder meer het doen van onjuiste aangifte. Op dat moment werd de ambtenaar werkloos. De rechtbank oordeelde echter dat het strafontslag onevenredig was aan het plichtsverzuim. Om te voorkomen dat de ambtenaar tot de werkvloer moest worden toegelaten, heeft de minister een voorlopige voorziening gevraagd, welke door de voorzieningenrechter van de CRvB werd afgewezen. In hoger beroep oordeelde de CRvB dat het strafontslag wel terecht was gegeven. In de tussenliggende periode is de ambtenaar wel weer toegelaten tot zijn werkzaamheden. Nadat de CRvB het oordeel van de rechtbank had vernietigd, heeft de minister de aan de uitspraak van de CRvB verbonden gevolgen ingeroepen. De ambtenaar had door de werkhervatting een nieuw recht op WW-uitkering opgebouwd en werd dus opnieuw werkloos. Doorwerking van een maatregel is in een dergelijk geval niet aan de orde. De vraag was echter of het UWV terecht de gedragingen die hebben geleid tot het oorspronkelijk ontslag en de daaruit voortvloeiende eerste werkloosheid mag meenemen bij de beoordeling van de vraag of betrokkene na het ‘tweede ontslag’ verwijtbaar werkloos is geworden. Die vraag beantwoordde de CRvB bevestigend. Hij overwoog daartoe onder meer dat de reden dat de ambtenaar weer werkzaamheden is gaan verrichten uitsluitend was gelegen in de niet schorsende werking van de uitspraak van de rechtbank en – na de afwijzing van het verzoek om een voorlopige voorziening – de gehoudenheid van de minister om aan die

⁵⁶ CRvB 9 oktober 2008, *LJN* BG1078.

⁵⁷ R.M. Beltzer, *Ontslag op staande voet*, Deventer: Kluwer 2004, p. 27.

⁵⁸ HR 20 juni 2003, *JAR* 2003/179 (Wickel/Klene).

uitspraak uitvoering te geven. Hij acht van belang dat de staatssecretaris nimmer te kennen heeft gegeven zijn standpunt ten aanzien van het plichtsverzuim, de daarmee samenhangende ernstige schending van het vertrouwen en de onwenselijkheid om betrokkene nog langer op de werkplek toe te laten, te verlaten. Dat er ten aanzien van de verrichte werkzaamheden van betrokkene in de periode van werkhervatting geen verwijten zijn gemaakt, doet – aldus de CRvB – aan de aard en de ernst van de gedragingen van betrokkene die hebben geleid tot het oorspronkelijk verleend ontslag niet af.⁵⁹ Door het verschil in ontslag- en procesrecht zal een dergelijke situatie zich bij een civiele werknemer niet voordoen. Het opmerkelijke is dat als de ambtenaar voor een andere werkgever was gaan werken en vervolgens werkloos was geworden, de gedragingen niet meer zouden kunnen worden betrokken bij latere werkloosheid. Toch is het goed verdedigbaar dat de gedragingen in casu wel kunnen worden meegenomen. Het zou immers ook een vreemde uitkomst zijn als de overheidswerkgever de kosten van werkloosheid van deze ambtenaar zou moeten dragen, terwijl hij zich van meet af aan op het standpunt heeft gesteld dat de gedragingen strafontslag rechtvaardigen.

Conclusie

Verwijtbaarheid op de a-grond ten aanzien van ambtenaren is het duidelijkst aanwezig als er sprake is van strafontslag, aldus de minister. De vraag is of – gelet op de wijziging van de wettekst en de uitleg die de Raad daaraan in zijn uitspraken heeft gegeven – strafontslag per definitie leidt tot verwijtbaarheid op de a-grond. In deze bijdrage hebben wij ons afgevraagd of het onverkort moeten toepassen van de criteria voor ontslag op staande voet ontleend aan het civiele ontslagrecht leidt tot interpretatieproblemen wanneer een ambtenaar na een strafontslag een WW-uitkering aanvraagt. Toen we al brainstormend op Jaap zijn oude werkkamer ons deze vraag stelden, hadden we de indruk dat er zodanige verschillen bestaan tussen de criteria voor strafontslag en ontslag op staande voet, dat die gevolgen zouden hebben voor de verwijtbaarheidstoets. Materieel gezien vertonen de criteria waaraan getoetst moet worden bij strafontslag dan wel ontslag op staande voet evenwel veel overeenkomsten. Wij veronderstellen dat in de meeste gevallen waarin de ambtenaar (rechtsgeldig) strafontslag is verleend ook sprake is van een dringende reden in de zin van art. 7:678 BW en dus van verwijtbare werkloosheid op de a-grond. Niettemin is denkbaar dat in bepaalde situaties een strafontslag toch niet tot verwijtbare werkloosheid leidt.

Wij denken hierbij in de eerste plaats aan de situatie dat het bestuursorgaan niet op korte termijn is overgegaan tot het verlenen van strafontslag of dat strafontslag niet onverwijld door de overheidswerkgever kon worden verleend. Uit de KLM- en kinderporno-uitspraak lijkt te moeten worden geconcludeerd

⁵⁹ CRvB 15 september 2010, *LJN* BN7152; *USZ* 2010/303 m.nt. S.F.H. Jellinghaus.

dat de opstelling van de werkgever bij de vraag of aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt van groot belang is. Een voortvarend handelende overheidswerkgever lijkt dus vereist.

In de tweede plaats zou de fixatie van de ontslagredenen volgens ons tot verschillen kunnen leiden. Zo lijkt het erop dat een overheidswerkgever meer mogelijkheden heeft om de ontslagredenen aan de passen, terwijl dit voor de werkgever minder het geval zal zijn.

De vraag is of de CRvB bij de beoordeling of aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt nog ruimte ziet voor een afzonderlijke toetsing van deze persoonlijke omstandigheden. De vraag is ook of in het feit dat privé-gedragingen voor een ambtenaar sneller tot strafontslag kunnen leiden aanleiding wordt gevonden om te oordelen dat aan de werkloosheid geen dringende reden ten grondslag ligt of dat de CRvB juist ervan uitgaat dat de ambtenaar als 'gewaarschuwd man' gold en dus zich van de consequenties van zijn handelen bewust had kunnen zijn.

Er is nog te weinig jurisprudentie op dit terrein om die vragen te beantwoorden. In deze bijdrage hebben wij getracht een voorlopig antwoord te geven op de vraag of een terecht gegeven strafontslag inderdaad verwijtbaarheid op de grond oplevert en welke aspecten bij deze toetsing door de rechter moeten worden betrokken. We zijn benieuwd hoe de CRvB hierover zal oordelen. Hier ligt een schone taak voor Jaap. Hij heeft dan weliswaar per 1 mei 2010 zijn functie als hoogleraar sociaal verzekeringsrecht bij de Universiteit van Amsterdam neergelegd, maar zijn functie als Raadsheer bij de CRvB niet. Als lid van team 1 van sectie B is Jaap dus medeverantwoordelijk voor de ontwikkeling van de jurisprudentie op dit terrein. Wij zien belangstellend uit naar deze jurisprudentie.