

# 153. Normalisering, integriteit en ontslag

PROF. MR. B. BARENTSEN EN MR. M.A. SCHNEIDER

We staan aan de vooravond van de inwerkingtreding van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) per 1 januari 2020. Paradoxaal genoeg moet deze nieuwe wet zoveel mogelijk bij het oude laten. De arbeidsvoorwaarden van ambtenaren wijzigen niet, zij blijven ambtenaar heten en ook de bijzonderheden verbonden met de ambtelijke status blijven behouden in de Ambtenarenwet. Een van die bijzonderheden is integriteit: een overheidswerkgever moet een integriteitsbeleid voeren en in spiegelbeeld moet de ambtenaar zich gedragen zoals een goed ambtenaar betaamt: integer. In dit artikel onderzoeken we wat de integriteitseisen die aan de ambtenaar ook na 2020 worden gesteld, betekenen voor de mogelijkheid hen wegens schending van die integriteit te ontslaan. We doen dat voor de ontslaggronden wanprestatie en disfunctioneren. Daar zijn immers verschillen met het huidige ambtenarenrecht te verwachten. Het ontslag op staande voet en ontbinding op de e-grond zijn meer voor de hand liggende ontslagroutes onder het arbeidsrecht voor ambtenaren, maar die bespreken we slechts zijdelings. Bij deze ontslagen zullen zich naar onze verwachting geen grote 'vertaalproblemen' voordoen. Ter inleiding schetsen we eerst wat de Wnra inhoudt en beoogt.

## 1. De Wnra in het kort

De rechtsposities van ambtenaren en werknemers zijn, zeker sinds 1980, sterk naar elkaar toegegroeid. Weliswaar werken ambtenaren op basis van een eenzijdig aanstellingsbesluit en werknemers op basis van een overeenkomst, maar de verschillen werden steeds minder groot.<sup>1</sup> In de eerste plaats is de aanstelling uiteindelijk maar een vorm, omdat daar wel wilsovereenstemming aan vooraf gaat, net zoals dat bij een arbeidsovereenkomst het geval is.

Op allerlei belangrijke deel terreinen van het arbeidsrecht gelden inmiddels bovendien voor ambtenaren en werknemers dezelfde regels. Hét grote verschil met werknemers is dat geschillen tussen ambtenaren en hun werkgever worden beheerst door de Algemene wet bestuursrecht en dat de civiele rechter niet bevoegd is. Verder gelden er voor ambtenaren strikt genomen geen cao's, maar eenzijdig door de werkgever vastgestelde wettelijke rechtspositieregelingen. Aangezien een meerderheid van de vakbonden echter in moet stemmen met een wijziging van deze regelingen, berusten de collectieve arbeidsvoorwaarden bij de over-

heid uiteindelijk wel op een akkoord met vakverenigingen. Materieel is er dankzij dit overeenstemmingsvereiste dus wel sprake van een cao. Gelet op de hoeveelheid overeenkomsten werd al jarenlang getwijfeld aan het nut van de separate ambtelijke rechtspositie.

### Het initiatiefwetsvoorstel

In het licht van die ontwikkeling is in 2011 een initiatiefwetsvoorstel ingediend om de rechtspositie van ambtenaren te normaliseren, dat wil zeggen ze onder de werking van het burgerlijke arbeidsovereenkomstenrecht te brengen. Het juridische onderscheid was immers al sterk verwaterd.<sup>2</sup> Vrije cao-onderhandelingen uit de marktsector worden nu al met het overeenstemmingsvereiste zo veel mogelijk benaderd. De gedachte dringt zich dan op dat dit resultaat veel eenvoudiger kan worden bereikt door met echte cao's te gaan werken, in plaats van met instemming gewijzigde rechtspositieregelingen. Bovendien werd er getwijfeld aan het geschiloplossend vermogen van het bestuursprocesrecht in arbeidszaken.<sup>3</sup> Verder worden ook nu al essentiële publieke taken vervuld door werknemers met een arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld medewerkers van ziekenhuizen of van het UWV. De initiatiefnemers waren van oordeel dat de ambtelijke aanstelling niet langer noodzakelijk was om de plichten en de rechten van overheidspersoneel goed

<sup>1</sup> Zie o.a. K.P.D. Vermeulen & C.I. van Gent, 'Ambtenaren worden gewone werknemers', *TAP* 2011, aflevering 2, p. 53 e.v.; A.H.L. de Becker, 'Verleden en toekomst van de ambtelijke status in Europees perspectief', in: B. Barentsen, N. Hummel & S.F.H. Jellinghaus, *Van ambtenaar naar ambtenaar*, Weert: Celsus, 2018, p. 259 e.v.; B. Barentsen, 'Normalisering ambtelijke rechtspositie', *NJB* 2017/420, p. 408-411.

<sup>2</sup> Barentsen 2017, p. 511-513.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32550, nr. 6, p. 12.

te regelen. Zij meenden dat werken voor de publieke zaak bijzondere eisen stelt, maar geen afzonderlijke regeling eist. De rechtspositie van ambtenaren kan ook prima binnen het arbeidsrecht worden geregeld.

#### Van aanstelling naar arbeidsovereenkomst

De Wnra zorgt voor afschaffing van de aparte ambtelijke rechtspositie. Het merendeel van de huidige ambtenaren krijgt met ingang van een 1 januari 2020 een arbeidsovereenkomst in plaats van een ambtelijke aanstelling. Bestaande aanstellingen worden omgezet in arbeidsovereenkomsten, nieuw personeel wordt niet meer aangesteld, maar krijgt een arbeidsovereenkomst.<sup>4</sup> De omzetting van de bestaande aanstellingen gebeurt van rechtswege: ambtenaren en hun werkgevers hoeven geen overeenkomst af te sluiten. De wet bepaalt dat zij een arbeidsovereenkomst krijgen met dezelfde inhoud (o.a. functie, salaris, arbeidsuren) als die hun aanstelling had.

Dat ambtenaren op basis van arbeidsovereenkomst gaan werken, betekent dat het arbeidsovereenkomstenrecht op hen van toepassing wordt. (Art. 7:615 BW wordt overigens ook geschrapt.) Daarom gaat ook het civiele ontslagrecht voor hen gelden. De vervanging van het eenzijdige aanstellingsbesluit door de arbeidsovereenkomst leidt ertoe dat werkgeversbeslissingen niet langer onder het bestuursprocesrecht vallen, maar tot het domein van de civiele rechter gaan behoren. Als werkgever gaat de overheid immers privaatrechtelijk optreden: zij gaat arbeidsovereenkomsten aan, voert die uit en beëindigt die eventueel. Dat zijn privaatrechtelijke rechtshandelingen, geen besluiten in de zin van de Awb.

### Deze juridische gedaante- en procedurewisseling is niet bedoeld om de positie van ambtenaren inhoudelijk te wijzigen

Deze juridische gedaante- en procedurewisseling is niet bedoeld om de positie van ambtenaren inhoudelijk te wijzigen. Dat blijkt alleen al uit het al aangestipte overgangsrecht: de huidige ambtenaren behouden hun individuele arbeidsvoorwaarden, zoals nu nog vastgelegd in hun aanstellingsbesluit.<sup>5</sup> Of daar in de toekomst iets aan verandert, is overgelaten aan de uitkomst van individuele en collectieve arbeidsvoorwaardenonderhandelingen. Net als in de marktsector.

#### Continuïteit

Ook in andere zin ademt de Wnra de geest van continuïteit. Werknemers van de overheid blijven ambtenaar heten, ook al hebben ze een arbeidsovereenkomst. Er komt zelfs een

aantal ambtenaren bij: werknemers in de publieke sector die nu al op basis van een contract werkzaam zijn worden straks ook ambtenaar genoemd. Voorbeelden hiervan zijn werknemers van het UWV, de SVB, het CBR en andere met openbaar gezag of publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid beklede organisaties.

De benaming ambtenaar is meer dan een symbolische 'eretitel'. De status van ambtenaar brengt ook na 1 januari 2020 bijzondere rechten en plichten met zich. De Wnra houdt namelijk ook in dat de belangrijkste rechten en plichten uit de Ambtenarenwet voor ambtenaren en hun werkgevers van kracht blijven. Deze tot Ambtenarenwet 2017 omgedoopte wet bepaalt onder meer dat overheidsworkgevers een integriteitsbeleid moeten voeren, dat ambtenaren een ambtseed moeten afleggen en zich soms beperkingen van hun grondrechten door de werkgever moeten laten welgevalen met het oog op het goede functioneren van de publieke dienst. Ambtenaren moeten, nu én straks, dienstbaar zijn aan het publieke belang, met respect voor de besluiten van de boven hen gestelde democratisch gelegitimeerde organen. Dat beoogt de Ambtenarenwet 2017 te verzekeren.

In feite worden ambtenaren dankzij de Ambtenarenwet 2017 bijzondere werknemers, net als medici of advocaten in loondienst. Aan de ene kan geldt 'gewoon' het arbeidsrecht; in verband met hun bijzondere taak en positie geldt er ook een aanvullende set wettelijke regels. Die zijn dus vastgelegd in respectievelijk de Ambtenarenwet, de Wet BIG en de Advocatenwet.

## 2. De goede ambtenaar

Om de continuïteit van de ambtelijke rechtspositie binnen het arbeidsrecht te benadrukken, is in art. 6 van de Ambtenarenwet 2017 bepaald dat een ambtenaar zich als een goed ambtenaar dient te gedragen en zich ook dient te houden aan andere wettelijke verplichtingen en aan de eisen die aan zijn functie verbonden zijn. Straks moet een ambtenaar zich ook als een goed werknemer (art. 7:611 BW) gedragen, maar daar bovenop werd dus ook de vastlegging van specifiek goed ambtenaarschap noodzakelijk geacht. Het werken voor de overheid kon en kan bijzondere plichten met zich brengen, en met een aparte norm wordt dat benadrukt. Met de Wnra is, als gezegd, ook geen inhoudelijke breuk met het verleden beoogd.

De bedoeling van de afzonderlijke norm is dat ambtenaren loyaal, integer en dienstbaar aan het algemeen belang werken. Ook moet deze bepaling waarborgen dat zij zich daarbij bewust zijn van de democratische legitimiteit van de bestuurders waaraan zij ondergeschikt zijn.<sup>6</sup> Tezamen met de verplichting om een ambtseed af te leggen, vormt het goed ambtenaarschap de kern van de nieuwe ambtelijke status.<sup>7</sup> Wat het respect voor democratische besluitvorming precies zou moeten inhouden, maakt de wetsgeschiedenis overigens niet duidelijk.

<sup>4</sup> Art. 14 AW 2017.

<sup>5</sup> M.A. Schneider & E.I. Dekkers, 'Overgangsrecht en transitie' in: B. Barentsen, N. Hummel & S.F.H. Jellinghaus, *Van ambtenaar naar ambtenaar*, Weert: Celsus, 2018, p. 200-203.

<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32550, nr. 4, p. 15.

<sup>7</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32550, nr. 4, p. 14.

Nu is het de vraag of deze vastlegging van ambtelijke kernwaarden niet vooral een symbolische betekenis heeft. Op zichzelf biedt de open norm van art. 7:611 BW de ruimte om rekening te houden met de bijzondere eisen die uit het ambtenaarschap voortvloeien. Ook bij het gedragsbijsturende effect van de eed of belofte zijn wel vraagtekens te stellen. Het lijkt erop dat de initiatiefnemers het ene symbool dat integriteit zou borgen, de aanstelling, inruilen voor andere: de eed en het goed ambtenaarschap.<sup>8</sup>

#### Art. 6 Ambtenarenwet als ontslaggrond?

Dit symbolische muisje heeft echter wel een geniepig staartje. In art. 6 Ambtenarenwet 2017 is namelijk ook bepaald dat handelen in strijd met het goed ambtenaarschap, de functie-eisen of de wet een tekortkoming in de naleving van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting (wanprestatie) oplevert.

Dat roept de vraag op of ambtenaren via art. 7:686 BW, buiten de reguliere ontslaggronden van art. 7:669 lid 3 BW, ontslagen zouden kunnen worden als zij hun verplichting schenden om zich als een goed ambtenaar te gedragen.<sup>9</sup> Art. 7:686 BW maakt het immers mogelijk om aan de rechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken op grond van wanprestatie. Deze ontbindingsgrond bestaat naast de in art. 7:669 lid 3 BW genoemde ontslaggronden.

### De benaming ambtenaar is meer dan een symbolische 'ere-titel'

Op grond van vaste rechtspraak is ontbinding op grond van art. 7:686 BW alleen mogelijk wanneer de werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan ernstige wanprestatie.<sup>10</sup> Deze bepaling kan dan ook slechts in uitzonderlijke gevallen met succes worden ingeroepen.<sup>11</sup> De maatstaf van ernstige wanprestatie komt dicht in de buurt van de voor een ontslag op staande voet vereiste dringende reden.<sup>12</sup> Die beperkte uitleg van deze ontbindingsgrond is logisch, omdat anders de normale ontslagbescherming vrij gemakkelijk ontweken zou kunnen worden. Anders dan art. 7:669 BW, bevat deze bepaling immers geen gedetailleerde voorschriften over herplaatsing en verbeterkansen. Ook is er niets geregeld over de verhouding tot opzegverboden. Een ander verschil met normale opzegging of ontbinding is nog dat de werknemer geen recht op transitievergoeding heeft. Art. 7:673 BW noemt deze ontslagroute immers niet.<sup>13</sup>

Uit de wetsgeschiedenis van art. 6 Ambtenarenwet blijkt overduidelijk dat daarmee bedoeld is de voor het goede functioneren van de overheid noodzakelijke integriteit en loyaliteit van ambtenaren vast te leggen. Niet duidelijk wordt echter of de initiatiefnemers en het parlement zich hebben gerealiseerd dat voor ontslag via art. 7:686 BW bijzondere eisen gelden. Naar de letter houdt art. 6 Ambtenarenwet in dat elk handelen in strijd met het goed ambtenaarschap wanprestatie oplevert en daarmee ontbinding via de route van art. 7:686 BW rechtvaardigt.

Uit de wetsgeschiedenis, noch uit de tekst van de wet, volgt echter dwingend dat art. 7:686 BW anders moet worden ingevuld voor genormaliseerde ambtenaren. De door de Hoge Raad gestelde eis van *ernstige* wanprestatie geldt na 2020 ook voor ambtenaren onverkort. Wel is verdedigbaar dat er voor ambtenaren soms strengere eisen gelden. Sjoemelen met declaraties, beledigende tweets over bewindspersonen of een wethouder zouden misschien sneller als een ernstige tekortkoming kunnen worden gekwalificeerd dan buiten de publieke sector. Zeker wanneer het ambtenaren met een specifieke voorbeeldfunctie betreft. Zo wordt van alle medewerkers van de Belastingdienst geëist dat zij 100% zuiver op de graat zijn bij het doen van aangifte.<sup>14</sup> Net als in de marktsector gelden er voor leidinggevenden hogere standaarden dan voor lagere functionarissen.<sup>15</sup>

#### Niet elk plichtsverzuim is ontslagwaardig

Het gaat echter te ver om alle schendingen van het goed ambtenaarschap zonder meer als een ontbindingsgrond c.q. ernstige wanprestatie te vertalen. Ook thans is niet elk plichtsverzuim van een ambtenaar ontslagwaardig. Een aardig voorbeeld is dat van een politieambtenaar die verkleed als Sinterklaas een kwetsend gedicht voordroeg op een personeelsevenement. Hij handelde in strijd met hetgeen een goed politieambtenaar betaamt (en de gedragscode), maar dat leidde tot een korting op zijn vakantietegoed. Niet tot ontslag. Het is ook vaste rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep dat de sanctie van ontslag evenredig moet zijn aan de aard en de ernst van het gepleegde plichtsverzuim. Wellicht is de bestuursrechter wat dat aangaat een slag strenger voor ambtenaren dan de civiele rechter voor werknemers,<sup>16</sup> maar het is zeker niet zo dat nu elk handelen in strijd met het goed ambtenaarschap per se tot ontslag leidt.

Opnieuw blijkt uit de wetsgeschiedenis niet dat het doel is om daarmee te breken na 1 januari 2020. Eerder integendeel: er wordt juist benadrukt dat bij de handhaving van de ambtelijke kernwaarden zoveel mogelijk bij het oude moet blijven. Uit de MvT volgt dat het hanteren van de term 'tekortkoming' in art. 6 Ambtenarenwet buiten twijfel moet stellen dat de ambtenaar bij plichtsverzuim ook arbeidsrechtelijke consequenties kan ondervinden. Daarbij worden een boete of een ontslag op staande voet als

8 B. Barentsen, 'De Ambtenarenwet 2017', in: B. Barentsen, N. Hummel & S.F. Jellinghaus, *Van ambtenaar tot ambtenaar*, Weert: Celsus, 2018, p. 24-25.

9 J. Blanken, 'De ambtelijke kernwaarden en integriteit', in: B. Barentsen, N. Hummel & S.F. Jellinghaus, *Van ambtenaar tot ambtenaar*, Weert: Celsus, 2018, p. 35.

10 HR 12 december 1980, NJ 1981/202, m.nt. P.A. Stein.

11 Blanken 2018, p. 33.

12 HR 20 april 1990, NJ 1990/702, m.nt. P.A. Stein.

13 Al zegt dat ook weer niet alles: HR 14 september 2018, «JAR» 2018/257, m.nt. J. Dop, (Kolom).

14 CRvB 5 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1950, TAR 2014/154.

15 CRvB 28 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2011, TAR 2018/143, (Ploegchef).

16 Blanken 2018, p. 42-43.

*eventueel* gevolg genoemd.<sup>17</sup> Uit dit alles leiden wij af dat art. 7:686 BW ook voor ambtenaren geen voordehandliggende ontslagroute zal worden. Zelfs als ervan uitgegaan moet worden dat er voor hen in het privaatrecht bijzondere, strengere integriteitseisen blijven gelden.

### 3. De wegens wangedrag disfunctionerende ambtenaar

Wat voor zowel de ambtenaar als de werknemer wél een veelgebruikte ontslagroute is, is die van disfunctioneren. Met de normalisering in aantocht is het interessant te constateren dat deze ontslaggrond voor werknemer en ambtenaar weliswaar vergelijkbaar is geformuleerd, maar niet helemaal hetzelfde wordt toegepast. Er zijn twee in het oog springende verschillen: een ambtenaar kan wegens disfunctioneren worden ontslagen als sprake is van een integriteitschending en een ambtenaar hoeft geen verbeterkans te worden gegeven als dat niet zinvol is.

#### Disfunctioneren-ontslag wegens integriteitschending

Een burgerambtenaar bij Defensie knoopt een vriendschappelijke relatie aan met een stagiaire, die uitmondt in ongewenste intimiteiten. Hij wordt door zijn werkgever ontslagen.<sup>18</sup> Een provincieambtenaar mailt vertrouwelijke informatie aan een journalist: ook ontslag.<sup>19</sup> Een afwasser in een ziekenhuiskeuken gooit met eten.<sup>20</sup> Ook hij wordt door zijn werkgever ontslagen. Wat was steeds de ontslaggrond? Disfunctioneren. Voor de arbeidsrechtjurist een wonderlijke ontslaggrond, die niettemin in het ambtenarenrecht bij integriteitsschendingen regelmatig wordt toegepast. In deze drie ontslagcasus was steeds het oordeel dat het wangedrag twijfel aan de geschiktheid voor de functie rechtvaardigde.

#### En in het arbeidsrecht?

Wangedrag is in het arbeidsrecht geen grond om een ontslag wegens disfunctioneren te geven. In de oude beleidsregels van het UWV – waarvan de inhoud nog steeds relevant is<sup>21</sup> – is bepaald dat er bij onwil of moedwil sprake is van *verwijtbaar handelen*, en niet van disfunctioneren. Het arbeidsrecht kent in de e-grond van art. 7:669 lid 3 BW de ontslaggrond die bij verwijtbaar handelen wordt gegeven. Voor wangedrag is de d-grond van art. 7:669 lid 3 BW kennelijk niet bedoeld. Het verschil is dus dat een ambtenaar bij wangedrag op grond van disfunctioneren kan worden ontslagen, en een werknemer niet.

#### Integriteit onderdeel van het ambt?

Dat wangedrag bij ambtenaren kan leiden tot een ontslag wegens disfunctioneren lijkt er op te duiden dat ‘integriteit’ onderdeel wordt geacht van de functie-eisen van de ambtenaar, ongeacht de functie die wordt uitgeoefend.

In de uitspraken waarin ongeschiktheidsontslag wegens wangedrag aan de orde is, wordt door de ambtenarenrechter niet getoetst of ‘integriteit’ of ‘onkreukbaarheid’ onderdeel is van de functie-eisen waaraan de ambtenaar moet voldoen. Sterker, in de hierboven aangehaalde uitspraken wordt helemaal geen aandacht besteed aan de functie die de ambtenaren uitoefenden. De Centrale Raad stelt uitsluitend vast dat het wangedrag de ambtenaren ongeschikt maakt voor hun functie. Er wordt niet in overweging genomen welke functie zij uitoefenen, of het wangedrag een relatie heeft met de beklede functie en evenmin of zij een voorbeeldfunctie vervullen.

Het verschil is dus dat een ambtenaar bij wangedrag op grond van disfunctioneren kan worden ontslagen, en een werknemer niet

Zonder dat te benoemen, gaat de Raad er kennelijk vanuit dat een ambtenaar in welke functie dan ook, zich integer dient te gedragen. Integriteit is klaarblijkelijk inherent aan de ambtenarenstatus. De norm van goed ambtenaarschap volgt op zichzelf ook uit de Ambtenarenwet die van toepassing is op de ambtenaar. Dat geldt echter voor de werknemer net zo goed, op basis van het goed werknemerschap. Voor werknemers vertaalt zich dat echter niet in een ‘inherente’ integriteit. We kennen de jurisprudentie dat een voorbeeldfunctie voor werknemers een verzwarend effect heeft op de beoordeling van hun gedrag,<sup>22</sup> maar in die uitspraken wordt juist expliciet aandacht besteed aan de relatie tussen de functie en de beoordeling van het wangedrag, terwijl dat bij ambtenaren achterwege blijft. Bovendien komt de voorbeeldfunctie over het algemeen niet aan de orde bij ontslag wegens disfunctioneren, maar bij de e-grond (verwijtbaar handelen).

#### Toekomst?

Moet er na 2020 bij wangedrag ontbinding worden gevraagd op de e-grond of is er ruimte om wangedrag van een genormaliseerde ambtenaar onder de d-grond te scharen? Dat laatste is alleen maar mogelijk als ook de kantonrechter meent dat ‘integriteit’ onderdeel is van de functie-eisen van de ambtenaar. Dan toont wangedrag immers aan dat een medewerker ongeschikt is voor de bedongen arbeid. Dat integriteit als het ware onderdeel is van de functie-eisen die aan een ambtenaar worden gesteld, past echter niet goed bij de benaderingswijze die de kantonrechter nu hanteert. Gelet op de jurisprudentie van de Centrale Raad en art. 6 AW 2017, is het echter wel denkbaar dat integriteit als functie-eis moet (blijven) worden gezien. Zekerheidshalve kan een overheidswerkgever subsidiair de e-grond aanvoeren. Het is overigens de vraag of een beroep op de d-grond straks nog nodig is om een niet-in-

17 Kamerstukken II 2010/11, 32550, nr. 6, p. 2.

18 CRvB 24 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4492.

19 CRvB 21 juli 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR4068.

20 CRvB 29 juli 1993, ECLI:NL:CRVB:1993:AK8219, TAR 1993/204.

21 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, NJ 2018/394, (Decor).

22 Zie bijvoorbeeld: Rb. Noord-Holland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1680.

tegere ambtenaar te kunnen ontslaan. Nu kan aan ambtenaren strafontslag worden verleend wegens plichtverzuim, maar daarvoor gelden net als voor een ontslag op staande voet strenge eisen. Dat kan verklaren waarom overheidswerkgevers thans voor een disfunctioneringsontslag kiezen, in plaats van een strafontslag. Na 1 januari 2020 is er de e-grond. Dat is zeker geen appeltje-eitje, maar wel makkelijker dan een strafontslag. In ieder geval blijkt disfunctioneren bij de civiele rechter een van de lastigste ontslaggronden te zijn.<sup>23</sup>

#### Verbeterkans bij integriteitschending

Het tweede in het oog springende verschil houdt verband met het voorgaande. Het is vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep dat bij een ongeschiktheidsontslag in beginsel een verbeterkans moet worden geboden. Dat is echter anders in uitzonderlijke situaties waarin het bieden van een verbeterkans niet zinvol zou zijn.<sup>24</sup> Deze uitzonderlijke situaties betreffen uitgerekend kwesties waarin de integriteit van de ambtenaar in het geding is.

Hoewel een verbeterkans alleen in *uitzonderlijke* situaties achterwege mag blijven, zijn er in de ambtenarenrechtpraak diverse voorbeelden te vinden. Een bekende is de motoragent die in strijd met strikte instructies op een opvallende motor een in verband met de *Nuclear Security Summit* afgesloten gebied had betreden. Zijn actie had tot gevolg dat twee internationale delegaties door middel van noodprocedures alternatieve routes moesten volgen. De Raad oordeelde dat de agent door dit gedrag liet zien dat hij niet geschikt was voor zijn functie en dat een verbeterkans ook niet zinvol zou zijn geweest.<sup>25</sup>

Seksuele intimidatie is opvallend vaak een reden om een verbeterkans achterwege te laten in gevallen waarin ambtenaren wegens disfunctioneren worden ontslagen.<sup>26</sup> In de al genoemde kwestie waarin de verbeterkans achterwege mocht blijven, mondde de vriendschappelijke relatie tussen een stagebegeleider en een stagiaire uit in ongewenste intimiteiten. Het ongeschiktheidsontslag zonder verbeterkans bleef in stand.<sup>27</sup> Nu de ambtenaar door zijn grensoverschrijdende gedrag had laten zien dat hij zijn professionele grenzen niet kon bewaken, mocht de werkgever deze ambtenaar zonder verbeterkans ontslaan. Ook in een ander geval van ongewenste intimiteiten (in combinatie met het gooien van eten in een ziekenhuiskeuken) mocht de verbeterkans achterwege blijven.<sup>28</sup>

#### En in het civiele arbeidsrecht?

Art. 7:669 lid 3 sub d BW schrijft voor dat een ontslag wegens disfunctioneren alleen kan worden gegeven als de

werknemer ‘in voldoende mate in de gelegenheid is gesteld zijn functioneren te verbeteren’. Dat wordt in het algemeen vertaald als de verbeterkans. Nu de verplichting een verbeterkans te geven voortvloeit uit de tekst van de wet, lijkt er weinig ruimte te zijn om de verbeterkans achterwege te laten als deze niet zinvol zou zijn. Er is ons één uitspraak bekend waarin het achterwege laten van een verbeterkans door de civiele rechter is toegestaan. Hof Den Bosch oordeelde in een zaak waarin de werknemer iedere kritiek tegensprak en elke vorm van hulp weigerde, dat de werkgever de werknemer voldoende in de gelegenheid had gesteld om zijn functioneren te verbeteren. De verbeterkans was geboden, maar de werknemer had die niet gegrepen. Dat is echter anders dan in het ambtenarenrecht, waar niet eens een kans hoeft te worden gegeven als dat niet zinvol is.

### Integriteit is klaarblijkelijk inherent aan de ambtenarenstatus

Verder is opvallend dat het bij ambtenaren in ‘#metoo-zaken’ vaak niet zinvol wordt geacht een verbeterkans te geven, maar dat in het civiele arbeidsrecht juist de kritiek klinkt dat door rechters te mild wordt geoordeeld.<sup>29</sup> Dat is wellicht al anders aan het worden, nu in 2018 het merendeel van de ontbindingsverzoeken wegens seksuele intimidatie is gehonoreerd (op de e-grond).<sup>30</sup>

#### Toekomst?

In het arbeidsrecht is er weinig ruimte voor het achterwege laten van de verbeterkans. Zelfs als een kantonrechter een disfunctioneren-ontslag wegens wangedrag van een genormaliseerde ambtenaar zou honoreren, eist de wet dat de ambtenaar in de gelegenheid is gesteld zijn functioneren te verbeteren. De ambtenarenjurisprudentie over het achterwege mogen laten van een zinloze verbeterkans past daar niet goed bij. Wellicht valt het woord ‘voldoende’ in art. 7:669 BW nog zo in te kleuren dat er geen verbeterkans hoeft te worden geboden als dat toch zinloos zou zijn. De civiele rechtspraak tot nu toe biedt daar echter geen aanknopingspunten voor.

#### Andere routes?

Hiervoor merkten we al op dat integriteitsschendingen door overheidswerknemers onder het arbeidsrecht via het ontslag op staande voet of via een ontbindingsverzoek op de e-grond kunnen worden aangepakt. De d-grond en art. 7:686 BW liggen minder voor de hand. Het ontbreekt hier aan de ruimte om de eerstgenoemde ontslagroutes voor ambtenaren na 1 januari 2020 goed uit te werken. Bovendien is het een kwestie van koffiedik kijken of het gegeven dat het om een integriteitsschending door een overheidsdienaar gaat daadwerkelijk zal gaan meewegen

23 Uit A.R. Houweling, P. Kruit & I.H. Kersten, ‘Evaluatieonderzoek ontbindingspraktijk WWZ 2015-2018’, *TAP* 2018/266 blijkt dat 72% van de ontbindingsverzoeken op de d-grond wordt afgewezen.

24 CRvB 10 november 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU4285.

25 CRvB 25 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3169, *TAR* 2016/185.

26 CRvB 25 januari 1996, ECLI:NL:CRVB:1996:ZB6045, *TAR* 1996/67; CRvB 10 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:852, *TAR* 2016/88.

27 CRvB 24 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4492.

28 CRvB 29 juli 1993, ECLI:NL:CRVB:1993:AK8219, *TAR* 1993/204.

29 S.F. Sagel, ‘Too weak @ #metoo’, *TRA* 2018/1 en B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek van het sociaal recht’, *NJB* 2018/35.

30 E.H. Damen & R. Schepers, ‘Gordijnen dicht en de deur op slot’, een jaar #MeToo in het arbeidsrecht’, *ArbeidsRecht* 2019/2.

in de rechterlijke beoordeling van deze ontslagen. Aan de ene kant wijzen art. 6 AW 2017 en de wetsgeschiedenis in de richting dat ook na 1 januari 2020 bijzondere, strengere eisen gelden voor ambtenaren. Aan de andere kant maken zij nauwelijks concreet wat die extra eisen ('respect voor democratische besluitvorming') nu precies betekenen, onder het huidige en toekomstige ambtenarenrecht.

#### 4. Tot slot

Het lijkt erop dat de bijzondere eisen die aan ambtenaren worden gesteld, ervoor zorgen dat zij – onder vigeur van het ambtenarenrecht – gemakkelijker kunnen worden ontslagen dan de werknemer in de marktsector. Inherent aan hun status van ambtenaar is dat integriteit onderdeel uitmaakt van hun functie en dat schendingen van integriteit forse gevolgen kunnen hebben. Of en in hoeverre dat na 1 januari 2020 zo blijft, is de vraag. Denkbaar is dat

de kantonrechter de jurisprudentie van de Centrale Raad over het ontslag van ambtenaren niet zonder meer overneemt. Het is interessant om de ontwikkelingen na 2020 in de gaten te houden.

##### Over de auteurs



**Prof. mr. B. Barentsen**

Hoogleraar Sociaal Recht & Bijzonder hoogleraar Arbeidsverhoudingen bij de Overheid (Albeda Leerstoel) aan de Universiteit Leiden.



**Mr. M.A. Schneider**

Docent bij de afdeling Sociaal Recht van de Universiteit Leiden.