

Mr. dr. Caroline Raat

Samenvatting

Het feitenrelaas in de zaak-Spijkers is bekend. Onlangs oordeelde de Centrale Raad van Beroep dat sprake was van nieuwe feiten waaruit bleek dat het aandeel in de verstoorde arbeidsrelatie vooral bij de Minister van Defensie lag. Deze heeft Spijkers misleid en onheus bejegend, waardoor sprake was van ernstige nalatigheid en onzorgvuldigheid. Dit heeft uiteindelijk tot het ontslag van Spijkers geleid. De minister heeft ten opzichte van de rechter feiten verzwegen en een onjuiste voorstelling van zaken gegeven. Twee rechtsoverwegingen in de eerder gedane uitspraak van de Raad worden herzien, waarmee aan de wens tot eerherstel van Spijkers goeddeels is voldaan.

Noot

Soms wil een overheidswerkgever van een bepaalde medewerker af, bijvoorbeeld omdat deze kritisch is over zaken die zich bij die overheid afspelen en zich om die reden niet aan opdrachten van een hiërarchische meerdere houdt. Spijkers weigerde om voor zijn werkgever te liegen, en een meerdere kan een ondergeschikte daar ook nooit toe dwingen.¹ Uiteindelijk was ook volgens de minister zelf het vertellen van de waarheid aan de weduwe over de doodsoorzaak van een collega de reden waarom hij Spijkers kwijt wilde. Er werd vanaf dat moment naar een ontslag toegewerkt. Hoewel deze uitspraak geen gemeentelijk ambtenarenrecht betreft, is hij zodanig belangrijk voor de visie op dit rechtsgebied dat hij ook in JG aandacht verdient. Het komt namelijk ook bij gemeenten voor dat in ontslagzaken, maar ook in andere juridische procedures, het bestuursorgaan zijn besluiten onderbouwt door 'misleiding' of 'onjuiste mededelingen'. Liegen dus. En dat is geen verstandige verweerstrategie.

Bij ontslag geldt een simpele regel: bouw van meet af aan een deugdelijk dossier op, anders sta je bij de rechter met lege handen. Is er geen dossier, begin er dan niet aan, maar wacht op het moment dat er wel voldoende onderbouwing voorhanden is. Dat is een kwestie van geduld dat werkgevers niet altijd opbrengen. Of er valt simpelweg geen ontslaggrond aan te tonen omdat hij er niet is. In beide situaties komt het voor dat een dossier wordt 'geconstrueerd': uit allerlei hoeken en gaten vist men 'bewijs', in de vorm van collegiale mails, privé-notities, enz., of men laat juist belangrijke onderdelen hiervan weg, zodat een beeld ontstaat van ongeschiktheid. Bij klokkenluiders probeert men op die manier juist hún integriteit in twijfel te trekken. Totaal irrelevante zaken worden dan plotseling van belang. Een voorbeeld hiervan uit eigen praktijk is een erg wonderlijke compilatie van een aantal (ook nog onrechtmatig) opgediepte mailberichten tussen een 'lastige' ambtenaar en haar collega met wie zij een relatie had zodat een beeld van seksuele intimidatie ontstond.

Soms gaat de werkgever een stap verder: hij laat iemand onware documenten opstellen of verklaringen afleggen waaruit de incompetentie, ongehoorzaamheid of morele verwerpelijkheid van de te lozen medewerker zou blijken, met het doel deze op te voeren in een juridische procedure. Dat kan erg verkeerd uitvallen op het moment dat de ambtenaar in kwestie over harde bewijzen van het tegendeel beschikt. Een voorbeeld hiervan is een verweerschrift in een functiewaarderingszaak met 'verklaringen' waarin zonder ook maar een begin van bewijs werd ontkend dat de medewerker in kwestie gedurende vele jaren bepaalde werkzaamheden zou hebben verricht. De medewerker had echter al zijn werk, met stempels en parafen, bewaard en voerde deze op. Hierdoor moest de werkgever niet alleen schadevergoeding betalen, hij moest ook ter zitting een reprimande van de rechter incasseren.²

Overheden speculeren er als *repeat players* soms op dat de ambtenaar de procedure wel opgeeft als zijn persoonlijkheid in het geding komt. Het tegendeel is vaak waar; het dwingt hem om door te gaan. Omdat de partijen zich ingraven gaat het proces lang duren en daarmee ook veel geld en onnodige spanning kosten. Er zijn nog meer (juridische) risico's verbonden aan de hiervoor beschreven

¹ Dit valt niet onder de veelgeprezen competenties 'flexibele werkhouding' en 'gevoel voor ambtelijke en politieke verhoudingen'.

² Nog een stap verder, waarover ik het hier verder niet zal hebben, is het werken onmogelijk maken of afpakken, onnodige onderwerping aan testen en medische keuringen, disciplinaire sancties, voortdurend lastigvallen met brieven, mails en telefoontjes, bewust verkeerde besluiten nemen etc. Dit zijn vormen van *legal harassment*, een 'subcategorie' van het verbod op détournement de procedure/pouvoir. De laatste stap bestaat uit valse aangiften, bedreiging, geweld en andere ernstige strafbare feiten.

verweerstrategie waarmee een gemeente maar beter rekening kan houden. Ik zal een aantal ervan bespreken: vernietiging van het ontslagbesluit; civielrechtelijke aansprakelijkheid, strafbaarheid en klachtwaardigheid.³ Een raadspersoon zal in een dergelijk geval vaak alle wegen bewandelen om het belang van zijn cliënt te behartigen, al was het maar om de gemeente zodanig ‘klem te zetten’ dat deze uit zichzelf ophoudt met de onbehoorlijke handelwijze.

Vernietiging ontslagbesluit

In JG 2010/12 besprak ik een uitspraak van de CRvB waarbij geen sprake was van leugens, maar wel van het opvoeren van een (op zich niet onjuist, maar niet relevant) beeld van een non-communicatieve ambtenaar. Uiteindelijk haalde de Raad een streep door het ontslagbesluit, mede omdat dit beeld niet van belang was voor de beoordeling. In beginsel heeft de medewerker dan recht op zijn oude baan. Omdat hij echter soms al jaren weg is, de werksfeer onherstelbaar is verpest en er ook al een nieuwe medewerker is aangetrokken, zal terugkeer niet vaak lukken. In elk geval moet het salaris dat de medewerker had behoren te krijgen worden uitbetaald tot het nieuwe, wel rechtmatige ontslagmoment. Daarbij zal vaak een flink bedrag moeten worden betaald als onderdeel van een vaststellingsovereenkomst. De gronden voor vernietiging van een misleidend ontslagbesluit zijn vaak indirect geformuleerd: ‘de rechter is niet overtuigd geraakt dat’; ‘in de gedingstukken heeft de rechter geen enkel aanknopingspunt kunnen vinden voor’. Omdat de bewijslast voor ontslag bij de werkgever ligt en het ontslagbesluit moet voldoen aan de eisen die de Awb en de beginselen van behoorlijk bestuur eraan stellen, zal een rechter met aantoonbare leugens ter onderbouwing van ontslag nooit genoeg nemen.⁴

Onrechtmatige daad

Ook al gaat het hier over het ambtenarenrecht en moet het ontslagbesluit in een bestuursrechtelijke procedure aan de orde worden gesteld, als sprake is van liegen, dan is dat tevens een onrechtmatige daad. Zeker als de leugens strikt genomen de omvang van het bestuursrechtelijke geding te buiten gaan (omdat deze niet relevant zijn voor de beoordeling van de rechtmatigheid van een besluit) en de bestuursrechter daarover geen oordeel zal geven, ligt een afzonderlijke procedure op grond van artikel 6:106 lid 1 onder b BW (“aantasting van de eer en goede naam”) op de loer. Deze aantasting kan overigens ook worden meegenomen in het bestuursrechtelijk oordeel over de hoogte van de ambtelijke ontslagvergoeding. Deze vorm van immateriële schadevergoeding wordt echter niet vaak toegekend. Er moet meer aan de hand zijn dan gekwetste gevoelens; er moet daadwerkelijk (reputatie)schade zijn (zie o.m. LJN: AI1161).⁵ Niet alleen immateriële schade, maar ook kosten en inkomstenderving om zich tegen de aantasting te verweren, kunnen op grond van artikel 6:96 BW worden meegenomen in een schadeactie. Aan een overheid worden ook in het civielrecht hogere zorgvuldigheidsnormen gesteld dan aan gewone particuliere partijen, waardoor liegen eerder onrechtmatig wordt geacht. Anders dan in het bestuursrecht behoren bij de burgerlijke rechter een verbodsactie, vordering tot rectificatie en verklaring voor recht tot de mogelijkheden. Overigens is de kans groot dat een aansprakelijkstelling bij de gemeentelijke verzekeraar terechtkomt, die opzettelijke onregelmatigheden niet dekt.⁶

Beledigingsdelicten en valsheid in geschrift

In de beledigingsdelicten van Titel XVI van het Wetboek van Strafrecht staat de “opzettelijke aanranding van de eer en goede naam” centraal. Bij *smaad* of *smaadschrift* gebeurt dat door middel van de “telastelegging van een bepaald feit”, terwijl daarbij ook nog het “kennelijke doel van het geven van ruchtbaarheid” als bestanddeel geldt (art. 261 Sr.). Het hoeft bij *smaad* of *laster* niet te gaan om beschuldigingen van een (concreet) strafbaar feit, maar het kan ook gaan om feiten die strijdig zijn met de positieve moraal. Zeker waar de beschuldiging is gericht op het aantonen van iemands kwade trouw, is sprake van *smaad*. Dat is ook het geval als iemands beroepseer wordt aangetast, bijvoorbeeld bij een onderwijzer die wordt beschuldigd van kindermishandeling. Als *smaad* bestaat uit bewust onware beschuldigingen, dan is dat *laster*, dat een veel zwaardere strafmaat kent dan *smaad* (art. 262 Sr.). De opzet (het kennelijke doel) wordt al snel bewezen omdat de ‘wetenschap dat de uitlating een eeraanrandend karakter heeft’, genoeg is. Het (doel van het) geven van ruchtbaarheid is moeilijker aantoonbaar. Zo was het enkele versturen van een beschuldigde brief over iemand aan een

³ Andere risico's zijn negatieve publiciteit en demoralisering van de achterblijvende collega's.

⁴ Nog daargelaten dat ook rechters een geheugen hebben en zaken met elkaar bespreken; een volgende keer zal dezelfde werkgever extra kritisch worden bekeken.

⁵ Op het moment dat de leugen tevens een strafbaar feit oplevert, is de onrechtmatigheid een gegeven, de vraag is alleen of er ook schade wordt geleden.

⁶ Op die manier wordt de vertrouwensrelatie met de verzekeraar ook geschonden.

burgemeester geen laster (LJN AQ8770), wel het doen van een mededeling aan een persoon in de verwachting dat deze de mededeling verder verspreidt. Het versturen van een onwaar verweerschrift in een ontslagzaak door de gemeente aan een rechterlijke instantie valt hier volgens mij wel onder, zeker als het laster betreft. Het doel is immers bij de rechter een onjuist negatief beeld van de medewerker te verspreiden, om die informatie in een rechterlijk oordeel te laten terugkomen. Is geen sprake van smaad of laster omdat de ruchtbaarheid en/of de concrete beschuldiging ontbreekt, dan nog valt vaak het uiten van leugens over een medewerker onder de delictsomschrijving van de *enkelvoudige belediging* (art. 266 Sr.), evenals die medewerker onnodig neerzetten als niet-integer of ongehoorzaam persoon ('karaktermoord').⁷ Van valsheid in geschrift is pas sprake als een document opzettelijk vals is opgemaakt (materiële valsheid) of bewuste onwaarheden bevat (intellectuele valsheid), met het oogmerk om in het maatschappelijk verkeer voor een echt bewijsstuk door te gaan (art. 255 Sr.). Daarvan kan sprake zijn bij onware verklaringen van ambtenaren, of bij het weglaten van ontlastende gedeeltes in documenten (waaronder ook het *deleten* van bepaalde elektronische data valt).

Onbehoorlijkheid

Naast het aanvechten van onwaarheden in een bestuursrechtelijke ontslagzaak, is het indienen van een klacht de meest voorkomende manier waarop in dit soort kwesties wordt geprotesteerd tegen leugens – en ook de meest succesrijke, hoewel er geen harde sanctie wordt uitgedeeld. In het klachtrecht gaat het immers niet alleen om onrechtmatigheid, maar vooral ook om onbehoorlijkheid. Bovendien kan in een klachtzaak niet alleen een enkele gedraging of schriftelijk document worden beoordeeld, maar ook een 'samenweefsel' van elk op zich wellicht nog niet al te verontrustende feiten en/of besluiten. De vraag of liegen door de overheid *moreel geoorloofd* is, kan in het klachtrecht aan de orde worden gesteld. Wordt de leugen aangetoond, ook al is deze te 'licht' voor civiel- of strafrechtelijke onrechtmatigheid, dan staat de onbehoorlijkheid vast. Welk beginsel van behoorlijk bestuur er precies wordt geschonden, is niet helemaal duidelijk. Men zou het kunnen vatten onder het verbod op willekeur, détournement de pouvoir of procedure, onzorgvuldigheid of *unfair play*. In meer algemene termen is sprake van misbruik van machtspositie, dat niet strookt met de rechtsstaatgedachte. Liegen is daarom ook in strijd met het beginsel van de dienende overheid, dat o.m. met zich meebrengt dat een overheid niet gericht hoort te zijn op het koste wat kost 'winnen van zaken', maar op het zorgen voor rechtmatigheid.

Oplossing

Behalve dat het beter is om al het bovenstaande te voorkomen door niet aan misleiding te beginnen, is het natuurlijk ook mogelijk om niet door te gaan op de ingeslagen weg. Dat kan door bijvoorbeeld al bij de beordeling van een bezwaarschrift ruitelijk toe te geven dat de werkgever (of als de gekozen strategie niet van hem afkomstig was, de verwerende afdeling of ambtenaar) een fout heeft gemaakt, met de daarbij behorende excuses. Het behoeft geen toelichting dat het 'slachtoffer' ook dan nog moeite zal hebben om zijn eigen werkgever te vertrouwen. Ook als afscheid van hem genomen gaat worden, dan is herstel hiervan van belang. *Mediation* door een onafhankelijke bemiddelaar kan daarbij helpen. In het verdere verloop van het terugkeer- of ontslagproces moet in elk geval volkomen duidelijk zijn dat de leugen van tafel is en dat het spel op een eerlijke manier zal worden gespeeld.

⁷ Relevante ambtsmisdriven zijn (op rijksniveau voor ministers) het beschikken in strijd met het recht (art. 355 Sr.) en (voor alle ambtenaren) het wegmaken, vernielen etc. van bewijsmiddelen (art. 361 Sr.) en dwang met misbruik van gezag (art. 365 Sr.), verder mogelijk schending van geheimhoudingsplicht (art. 272 Sr.).