

AB 2014/455: Ontslag ambtenaar. Oproepen weigerachtige getuige, verzoek afgewezen. Gebruik van processuele bevoegdheid voor een ander doel dan waar...

Essentie

Ontslag ambtenaar. Oproepen weigerachtige getuige, verzoek afgewezen. Gebruik van processuele bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven; misbruik van procesrecht.

Samenvatting

Appellant heeft uitdrukkelijk verzocht om M, die niet vrijwillig heeft willen verschijnen, op te roepen als getuige. De Raad ziet daarvoor geen aanleiding. In het vorenstaande is de Raad op punten waar nog enige twijfel zou kunnen bestaan uitgegaan van de lezing die appellant zelf van de feiten heeft gegeven. Door niet te verschijnen, heeft M zichzelf de mogelijkheid ontnomen om daar een andersluidende visie tegenover te stellen. Onder deze omstandigheden is niet in te zien dat appellant uit een oogpunt van waarheidsvinding die hier beperkt moet blijven tot de kwestie van het ontslag nog enig redelijk belang heeft bij het horen van M als getuige. Wat appellant in wezen wil, is M publiekelijk aanspreken op haar gedrag. Daarvoor is een getuigenverhoor echter niet bedoeld. Het verzoek is afgewezen. Hiervan is reeds schriftelijk aan appellant mededeling gedaan.

Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank Arnhem van 5 oktober 2012, 12/953 en 12/1423 (aangevallen uitspraak) tussen:

appellant,

en

het college van burgemeester en wethouders van Nijmegen.

Uitspraak

Procesverloop

Appellant heeft hoger beroep ingesteld en nadere stukken ingediend.

Het college heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 19 september 2013. Appellant is verschenen. Het college heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. L.M.M. Thissen en H.B. Boon van Ostade.

Overwegingen

1. De Raad gaat uit van de volgende in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden.
 - 1.1. Appellant is per 1 januari 1983 aangesteld bij de gemeente X. Op grond van een vaststellingsovereenkomst is hij met ingang van 1 april 2008 aangesteld in vaste dienst, met de status van herschikker, bij de gemeente Nijmegen. Hij was daar eerst werkzaam bij het Y. afdeling A. Later is hij overgeplaatst als Z. naar het C. afdeling B.
 - 1.2. Op 2 november 2010 heeft een overleg plaatsgevonden tussen appellant en M, zijn direct leidinggevende bij afdeling B. Bij die gelegenheid heeft M voor appellant onverwacht kritiek op houding en gedrag van appellant aan de orde gesteld. De wijze waarop appellant reageerde heeft M aanleiding gegeven het gesprek te beëindigen en de kamer te verlaten. Op 9 november 2010 heeft een vervolgesprek met M plaatsgevonden in aanwezigheid van het bureauhoofd handhaving W. Na afloop van dit gesprek heeft W opgemerkt dat het van sportiviteit zou getuigen indien appellant niet alleen hem maar ook M een hand zou willen geven. Appellant heeft hierop geantwoord dat hij M, indien zij zou willen, ook wel een kus wilde geven. Op (15 of) 16 november 2010 heeft M, in bijzijn van P&O-adviseur R, appellant meegedeeld dat zij met hem geen constructief gesprek kan voeren, dat zij niet gediend is van de wijze waarop hij haar heeft aangesproken, dat hij haar niet eens laat uitspreken en dat hij met zijn slotopmerking van 9 november haar grenzen dusdanig heeft overschreden dat zij geen kansen meer ziet op een goede samenwerking of een goed functioneren van appellant. Appellant is vervolgens naar huis gestuurd.
 - 1.3. Bij besluit van 1 juni 2011 heeft het college, met toepassing van artikel 8:6 van de Arbeidsvoorwaardenregeling gemeente Nijmegen (AGN), aan appellant ontslag verleend wegens ongeschiktheid voor zijn functie, anders dan op grond van ziekten of gebreken. Bij besluit van 8 december 2011 (bestreden besluit) heeft het college dit ontslagbesluit herroepen en in plaats daarvan aan appellant per 1 februari 2012 ontslag verleend op andere gronden, als bedoeld in artikel 8:8 van de AGN.
 - 1.4. Bij besluit van 13 oktober 2011 heeft het college een beoordeling van het functioneren van appellant over de periode van 1 juli 2010 tot 1 december 2010 vastgesteld. Bij besluit van 12 april 2012 is het hiertegen gerichte bezwaar niet-ontvankelijk en subsidiair ongegrond verklaard.
2. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard, het beroep tegen het besluit van 12 april 2012 mede op inhoudelijke gronden gegrond verklaard, dit besluit vernietigd en bepalingen gegeven omtrent proceskosten en griffierecht.
3. In hoger beroep is de beoordeling van 13 oktober 2011 niet meer aan de orde. Deze wordt door partijen als vervallen beschouwd. Het hoger beroep heeft uitsluitend betrekking op het ontslag op grond van artikel 8:8 van de AGN. De Raad overweegt daarover als volgt.
 - 3.1. Volgens vaste rechtspraak kan een ontslaggrond zoals neergelegd in artikel 8:8 van de AGN worden toegepast als een in de loop der tijd ontstane impasse in de weg staat aan vruchtbare verdere samenwerking en voortzetting van het dienstverband redelijkerwijs niet van het bestuursorgaan kan worden verlangd (CRvB 7 april 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK0290).

- 3.2.** Deze situatie doet zich hier voor. Nadat al eerder kritiek was geuit op houding en gedrag van appellant bij afdeling A., hebben de onder 1.2 omschreven gebeurtenissen bij afdeling B. de verhoudingen tussen partijen op scherp gezet. Het conflict heeft zich vervolgens verbreed en verdiept — de Raad komt hierop nog terug — op zodanige wijze dat in ieder geval ten tijde van het bestreden besluit in redelijkheid niet anders meer kon worden geconcludeerd dan dat voortzetting van het dienstverband onmogelijk was geworden. De wens van appellant om naar de gemeente Nijmegen terug te keren in zijn oude functie of desnoods op een andere plek kan na alles wat er is gebeurd, gezegd en geschreven niet meer als realistisch worden aangemerkt. Onder deze omstandigheden staan ook de vaststellingsovereenkomst en de status van herschikker niet meer aan ontslag in de weg.
- 3.3.** Aan een ontslag op grond van artikel 8:8 van de AGN dient een passende financiële regeling te worden verbonden. Hiertoe heeft het college bij het bestreden besluit aan appellant een aanspraak toegekend op de aanvullende en na-wettelijke werkloosheidsuitkering als vermeld in hoofdstuk 10d van de AGN. Daarmee is voldaan aan de minimumeisen die de Raad in het algemeen aan zo'n regeling stelt (CRvB 27 augustus 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ7006). Daar bovenop neemt het college kosten van re-integratie voor zijn rekening en heeft het aan appellant een uitkering ineens betaald van € 10.000 bruto.
- 3.4.** Voor de vraag of het college met deze extra toekenningen kon volstaan, is het volgende van belang. Volgens vaste rechtspraak is een uitkeringsregeling op minimumniveau alleen dan onvoldoende, als komt vast te staan dat het bestuursorgaan een overwegend aandeel heeft gehad in het ontstaan en voortbestaan van de situatie die tot het ontslag heeft geleid, of als een uitkering op dat niveau gezien de omstandigheden van het geval niet redelijk kan worden geacht (CRvB 9 december 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BO8173). Recente ontwikkelingen in de rechtspraak over de ontslagvergoeding maken dit niet anders. Ook daarin is als drempel voor een extra toekenning gehandhaafd dat sprake moet zijn van een overwegend aandeel van het bestuursorgaan (CRvB 28 februari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ2043).
- 3.5.** In dit geval hebben partijen in gelijke mate aandeel gehad in het ontstaan en het voortbestaan van het conflict. Aan appellant valt te verwijten dat hij op 2 november 2010 geen kennis heeft willen nemen van de aanmerkingen die zijn leidinggevende M heeft geuit over zijn functioneren. Aannemelijk is dat hij in de veronderstelling verkeerde dat gesproken zou worden over meer afwisseling in zijn taken en dat hij zich door de plotselinge kritiek overvallen voelde. Maar de kritiek lag wel in het verlengde van het gespreksonderwerp: appellant zou zijn functioneren moeten verbeteren om voor een uitbreiding van zijn taken in aanmerking te komen. Dat appellant de kritiek als onrechtvaardig voelde, gaf hem niet het recht om zich ervoor af te sluiten, en zeker niet op een wijze zoals hij heeft gedaan. Het behoort nu eenmaal tot de bevoegdheden van een leidinggevende om de ambtenaar aan te spreken op houding, gedrag en functioneren. Het herhaaldelijk onderbreken en overstemmen van de leidinggevende is geen passende reactie. Uit het feit dat appellant op 3 november contact met M heeft opgenomen, leidt de Raad af dat hij ook zelf het gevoel had dat hij het gesprek op 2 november had laten ontsporen. Aan M valt vervolgens te verwijten dat zij pas op 9 november op de kwestie is teruggekomen en dat zij appellant in de tussentijd heeft genegeerd. Er is ook geen goede reden naar voren gekomen waarom zij zoveel aanstoot heeft genomen aan de slotopmerking van appellant op 9 november als zij heeft gedaan. Die opmerking was onhandig en had achterwege moeten blijven, maar van een seksuele of beledigende strekking is niet gebleken. Het college heeft de Raad niet duidelijk kunnen maken waarom nu juist met het gebeurde op 9 november voor appellant het doek moest vallen. Ook is

bedenklijk dat M nadien nog wel een slechte beoordeling over appellants functioneren op schrift heeft gesteld, maar niet bereid is gebleken om daarover met hem het voorgeschreven beoordelingsgesprek te voeren. De opvatting van appellant dat M door het college te zeer uit de wind is gehouden, is alles bij elkaar niet zonder grond. Daar staat echter tegenover dat bij appellant sprake is van doorgaand gedrag met een duidelijk patroon. Hij heeft grote moeite om kritiek of tegenspraak te accepteren en reageert daarop met zodanige heftigheid dat men niet meer met hem wil samenwerken. Door na 16 november 2010 allerlei functionarissen, tot de wethouder aan toe, te (blijven) bestoken met vaak zeer uitvoerige betogen en eisen, heeft hij zijn positie binnen de gemeente Nijmegen definitief onhoudbaar gemaakt. Dat hij zich boos en machteloos voelde, valt op zichzelf te begrijpen, maar de grenzen van een gerechtvaardigde verdediging zijn hier ruimschoots overschreden.

- 3.6. Aan de onder 3.4 omschreven maatstaf is dus niet voldaan. Met het bedrag ineens dat aan appellant boven de minimumregeling is toegekend, is hij niet tekort gedaan.
- 3.7. Appellant heeft uitdrukkelijk verzocht om M, die niet vrijwillig heeft willen verschijnen, op te roepen als getuige. De Raad ziet daarvoor geen aanleiding. In het vorenstaande is de Raad op punten waar nog enige twijfel zou kunnen bestaan uitgegaan van de lezing die appellant zelf van de feiten heeft gegeven. Door niet te verschijnen, heeft M zichzelf de mogelijkheid ontnomen om daar een andersluidende visie tegenover te stellen. Onder deze omstandigheden is niet in te zien dat appellant uit een oogpunt van waarheidsvinding die hier beperkt moet blijven tot de kwestie van het ontslag nog enig redelijk belang heeft bij het horen van M als getuige. Wat appellant in wezen wil, is M publiekelijk aanspreken op haar gedrag. Daarvoor is een getuigenverhoor echter niet bedoeld. Het verzoek is afgewezen. Hiervan is reeds schriftelijk aan appellant mededeling gedaan.
- 3.8. Het verzoek om de betrokken P&O-medewerkers als getuigen te horen, is om overeenkomstige redenen afgewezen. Overigens is het hoofd P&O ter zitting namens verweerder mede verschenen en heeft hij in die hoedanigheid vragen beantwoord.
- 3.9. Het vorenstaande betekent dat het bestreden besluit in rechte stand houdt. De aangevallen uitspraak, voor zover in hoger beroep aangevochten, komt voor bevestiging in aanmerking.
4. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Centrale Raad van Beroep bevestigt de aangevallen uitspraak, voor zover aangevochten.

Noot

Auteur: Y.E. Schuurmans 

1. Zie hier een bestuursrechtelijke variant van een ‘*tongzoen*-arrest’. In de onderhavige zaak loopt een conflict tussen ambtenaar en leidinggevende behoorlijk uit de hand. De ambtenaar ontvangt in een overleg kritiek op zijn functioneren. Zijn incasseringsvermogen blijkt wat beperkt, wat erin resulteert dat hij in het overleg leidinggevende M herhaaldelijk onderbreekt en overstemt. Zij breekt het gesprek af en komt een week later, samen met het bureauhoofd handhaving, op het gebeurde terug. Als het bureauhoofd hem aanspoort M een hand te geven, antwoordt hij dat hij haar ook wel een kus wil geven. Met zijn gedrag en dan met name het kus-incident heeft hij dusdanig haar

grenzen overschreden dat zij geen kansen ziet op een vruchtbare samenwerking. Hij krijgt vervolgens een negatieve beoordeling van zijn functioneren en wordt ontslagen.

De wijze rechter oordeelt dat beide partijen in gelijke mate aandeel hebben gehad in het ontstaan en voortbestaan van het conflict. De ambtenaar heeft geen passende reactie gegeven op de geuite kritiek en reageert zo explosief dat men niet meer met hem wil samenwerken. Hij overschrijdt ruimschoots 'de grenzen van een gerechtvaardigde verdediging'. Maar M gaat ook niet vrijuit. De Centrale Raad verwijt haar dat ze pas een week later op het gesprek terugkomt, hem in de tussentijd negeert, hem wel negatief op papier beoordeelt, maar niet bereid is het beoordelingsgesprek met hem te voeren. De Raad oordeelt dat geen goede reden naar voren is gekomen waarom zij zoveel aanstoot heeft genomen aan de kus-opmerking. De opmerking was onhandig, maar van een seksuele of beledigende strekking was geen sprake. De ambtenaar lijkt die kant van het verhaal M te willen inwrijven en probeert haar als getuige in het geding te betrekken. M voelt daar weinig voor. Deze noot gaat in op het verschil tussen het meebrengen en oproepen van getuigen (2), op het probleem van weigerachtige getuigen (3) en op de afwijzing van het verzoek tot oproeping, omdat appellant het getuigenverhoor oneigenlijk wil gebruiken, wat misbruik van (proces)recht oplevert.

2. Zowel partijen als de rechter kunnen het initiatief nemen om een getuige op te roepen. De rechter kan dat doen in het vooronderzoek en ten behoeve van het onderzoek ter zitting (art. 8:46 en art. 8:60 Awb); partijen kunnen enkel voorafgaand aan het onderzoek ter zitting getuigen oproepen (art. 8:60 lid 4 Awb). Komt in de praktijk een getuige in een zaak verklaren, dan is hij vrijwel steeds door een van de partijen meegenomen. Een oproeping door de rechter vormt hoge uitzondering (A.C. Overduin, 'De waarde van getuigenbewijs in het bestuursprocesrecht', *JBplus* 2011, p. 115). Bestuursrechters overwegen doorgaans dat een oproeping niet nodig is, omdat partijen zelf in staat zijn geweest om getuigenverklaringen te verkrijgen en in het geding te brengen (zie bijv. ABRvS 3 november 2010, *JB* 2010/272).

Partijen kunnen er evenwel belang bij hebben dat de rechter oproept. Alleen dan zijn getuigen namelijk verplicht aan de oproeping gevolg te geven, art. 8:33 lid 1 Awb. Worstelt een partij met een ongewillige getuige, dan heeft zij dus de rechter nodig om af te kunnen dwingen dat de getuige ter zitting verschijnt. In deze zaak is het gezien de verhoudingen duidelijk dat M niet vrijwillig op verzoek van de ambtenaar ter zitting zal getuigen.

3. Belanghebbenden worstelen vaker met het probleem van weigerachtige getuigen. Vooral in ambtenarenzaken is het goed voorstelbaar dat weinig collega's willen komen verklaren 'tegen' hun eigen werkgever. Creatieve advocaten hebben wel geprobeerd het civielrechtelijke voorlopig getuigenverhoor of de voorlopige voorzieningsprocedure te gebruiken om af te dwingen dat een getuige wordt gehoord. Het voorlopige getuigenverhoor (art. 186 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) biedt echter geen soelaas. De burgerlijke rechter staat geen voorlopig getuigenverhoor toe indien het verhoor betrekking heeft op feiten die uitsluitend van belang kunnen zijn in een bestuursrechtelijke procedure (HR 20 april 1990, *NJ* 1990/825 en HR 11 februari 2000, *NJ* 2001/137, m.nt. DA). Evenmin succesvol bleek de *shortcut* van de voorlopige voorzieningsprocedure. Zo probeerde de advocaat van een ontslagen ambtenaar als voorlopige voorziening te vragen dat 'de staatsecretaris wordt opgedragen op korte termijn de getuigen, zoals aangedragen in de procedure bij de rechtbank, te horen, in het bijzijn van verzoeker en/of diens raadsman'. De rechtbank had de getuigen niet op willen roepen en de kans leek klein dat de Centrale Raad dat wel zou doen. De voorzieningenrechter oordeelt dat de ambtenaar in wezen aan hem de uitspraak probeert te ontlokken dat het horen van bepaalde getuigen zal kunnen bijdragen

aan de beoordeling van de hoofdzaak. Daar leent de procedure zich niet voor; die beoordeling laat hij over aan de bodemrechter in de hoofdzaak (Vzr. CRvB 3 november 2009, *JB* 2010/21). Helaas voor procederende partijen is de bestuursrechtelijke bodemrechter weinig geneigd de weigerachtige getuige alsnog op te roepen.

4. Ook in deze zaak ziet de Centrale Raad van oproeping van de getuige af. Opvallend is dat zijn afwijzing van het verzoek nogal los van de Awb is geformuleerd. Zo blijft de juridische duiding van het verzoek tot toepassing van zijn onderzoeksbevoegdheid op grond van art. 8:60 Awb achterwege. Doorgaans motiveert de rechter de passering van een bewijsaanbod of de afwijzing van een verzoek tot oproeping met het argument dat hij 'van oordeel is dat dit redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak'; het criterium dat is neergelegd in art. 8:63 lid 2 Awb. In deze zaak is de motivering van de Centrale Raad echter geënt op het leerstuk van misbruik van (proces)recht. De Raad stelt vast dat de ambtenaar in wezen M publiekelijk wil aanspreken op haar gedrag. Het doel dat appellant nastreeft (gedwongen boetedoening), komt daarmee niet overeen met het doel waarvoor de processuele bevoegdheid is gegeven (waarheidsvinding). Het leerstuk van misbruik van (proces)recht is in het bestuursrecht nog weinig tot ontwikkeling gekomen, maar lijkt in opkomst. Bestuursrechters hebben het misbruik-leerstuk het laatste jaar toegepast en nader tot ontwikkeling laten komen in zaken waarin oneigenlijke Wob-verzoeken zijn gedaan. In die zaken verklaart de bestuursrechter het beroep niet-ontvankelijk, omdat de verholde en veelvuldige verzoeken tot het openbaar maken van informatie kennelijk geen ander doel hebben dan het bestuursorgaan een dwangsom te laten verbeuren wegens niet tijdige besluitvorming (art. 4:17 lid 1 Awb) (o.a. Rb. Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10241; Rb. Midden-Nederland 28 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5278; ABRvS 19 november 2014, 201311752/1/A3).

De regel dat een bevoegdheid niet kan worden ingeroepen voor zover deze wordt misbruikt, zoals neergelegd in art. 3:13 BW, vindt ook in het bestuursrecht toepassing, art. 3:15 BW. Er bestaan verschillende criteria om tot misbruik te kunnen concluderen, waaronder het doelcriterium. Van misbruik is dan sprake wanneer een bevoegdheid voor een ander doel wordt gebruikt dan waarvoor zij is verleend (tweede lid, art. 3:13 BW). Het leerstuk komt vooral om de hoek kijken als een partij een vordering of rechtsmiddel instelt dat volstrekt kansloos is. Minder bekend is dat het leerstuk ook daarbuiten aan processuele bevoegdheden grenzen stelt. Zo kunnen onder omstandigheden ook bevoegdheden bij de bewijslevering, verzoeken tot procesincidenten (zoals het wrakingsverzoek) en de bevoegdheid tot het inroepen van het gezag van gewijsde worden misbruikt (B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004, p. 158-168). Interessant aan bovenstaande uitspraak van de Centrale Raad is dat de bestuursrechter naar mijn weten voor het eerst het misbruik-leerstuk bij bewijslevering toepast. Daar leek de zaak zich ook bijzonder goed voor te lenen.

Voetnoten



Ymre Schuurmans is hoogleraar aan de Universiteit Leiden.