De (onderwijs-)werknemer: geschikt of ongeschikt

Een verkenning op de grens van het ambtenarenrecht en het arbeidsrecht

F.J. van der Vaart[1]

Mijn kantoorgenoot Co van Zundert was achtereenvolgens ambtenaar in dienst van verschillende gemeenten. Hij was onderwijsambtenaar (bij een universiteit) en werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst. Als gemeenteambtenaar zal hij het desbetreffende bevoegde gezag geadviseerd hebben, beleid hebben voorbereid en – wellicht – krachtens mandaat op basis van zijn deskundigheid beslissingen hebben genomen. Bij de universiteit verzorgde hij onderwijs en deed hij onderzoek. In de laatste fase van zijn arbeidzaam leven werkte Van Zundert als juridisch adviseur in opdracht van overheden, ondernemingen en particulieren. Hij schreef adviezen en bepleitte zaken van degenen die hem in de arm namen.

Van Zundert kan terugzien op een geslaagde carrière in openbare dienst en in dienst van KienhuisHoving. Zijn ambtelijke aanstelling heeft hem daarbij niet in de weg gestaan, zijn civiele dienstbetrekking evenmin.

Van Zundert was zo bezien geschikt voor de job.

En dat kan lang niet van iedereen gezegd worden. Het ontslagrecht is een wezenlijk onderdeel van het arbeids- en van het ambtenarenrecht.

Regeerakkoord

'*De mogelijkheden om slecht functionerende docenten aan te pakken, nemen toe nu de rechtspositie van ambtenaren in overeenstemming zal worden gebracht met die van andere werknemers*', heet het in het regeerakkoord tussen VVD en PVDA van 29 oktober 2012.[2] Gesuggereerd wordt met de rechtspositie van andere werknemers in het onderwijs, maar vermoedelijk wordt ook bedoeld: andere werknemers in het algemeen. Kennelijk kunnen in het ambtenarenrecht slecht functionerende docenten niet goed aangepakt worden. Althans die mening overheerst in politiek Den Haag. En (mede) om die reden wordt afschaffing van het ambtenarenrecht bepleit.

Maar is deze redenering wel juist?

Sprekend over het onderwijs bestaan twee 'soorten' docenten. Zij die werkzaam zijn in het openbaar onderwijs. Zij die werkzaam zijn in het bijzonder onderwijs.

---

1 Frans Jozef van der Vaart, advocaat Onderwijsrecht en Ambtenarenrecht en partner bij Kienhuis-Hoving advocaten en notarissen te Enschede.

2 *Bruggen slaan*, Regeerakkoord VVD – PVDA 29 oktober 2012, p.16.

De eersten doen dat op grond van een ambtelijke aanstelling en zijn dus ambtenaar. De anderen zijn werknemer in civiele zin. Het is een tweedeling die herinnert aan de schoolstrijd uit de negentiende, begin twintigste eeuw.[3] Dit betekent dat sinds jaar en dag casussen over disfunctionerende docenten nu eens behandeld worden door de bestuursrechter dan weer door de kantonrechter. Daarnaast dient te worden vermeld dat de CAO's die in het onderwijs te doen gebruikelijk zijn voor docenten de gang naar een Commissie van Beroep regelen.

Hoezeer in historisch perspectief een en ander begrijpelijk is, het is eigenlijk gek dat vergelijkbare gevallen van disfunctioneren op een verschillende manier gewikt en gewogen worden met verschillende uitkomsten tot gevolg.

Realisatie van het regeringsvoornemen ter zake van de afschaffing van het ambtenarenrecht mag dan leiden tot harmonisatie, vraag is wel of de civiele route zoveel beter werkt dan de bestuursrechtelijke route.

Op grond van ervaringen in de praktijk heb ik gegronde reden om daaraan te twijfelen.

De kantonrechter

Daarvoor ligt mij de beschikking van de kantonrechter Almelo van 5 november 2009 (en de gang van zaken daar om heen), hoewel al weer enige jaren geleden, nog te vers in het geheugen.[4]

Het ging daarbij om een groepsleerkracht die door zijn bevoegde gezag ongeschikt werd geacht voor het speciaal primair onderwijs en het reguliere primaire onderwijs. Een heftige constatering voor iemand die sinds 1973 in het onderwijs actief was geweest. Met name ook omdat de opstelling van dat bevoegde gezag (ongeschiktheid voor het totale primaire onderwijs) continuering in het onderwijs elders *de facto* onmogelijk maakte. Het ontslagbesluit van 29 juni 2009 voorzag in ontslag per 1 oktober 2009. Op 24 augustus verzocht de leerkracht ontbinding. Op 18 september 2009 volgde de mondelinge behandeling. Tijdens die behandeling gaf de kantonrechter aan te kampen met grote werkdruk, om op 29 september door tussenkomst van zijn griffier aan partijen te laten weten dat het voor hem onmogelijk was vóór 1 oktober 2009, zijnde de formele ontslagdatum, beschikking te geven. Noodgedwongen verzocht de leerkracht de kantonrechter vervolgens zijn verzoekschrift te willen aanmerken als een voorwaardelijk verzoekschrift. Voorwaardelijk voor het geval dat zijn beroep tegen het ontslag dat hij op 10 augustus 2009 had ingediend bij de Commissie van Beroep, gegrond zou worden verklaard.

Het inhoudelijke standpunt van de leerkracht kwam er ondertussen op neer dat met het oog op zijn persoon ingezette trajecten niet waren afgemaakt en dat uitgangspunten van die trajecten onduidelijk waren gebleven.

Het lukte hem dus niet door tussenkomst van de kantonrechter zijn lijdensweg te bekorten. Sterker nog in de voorwaardelijke beschikking die op 5 november 2009

3 Drop, H., A. Postma, *Handboek van het Nederlandse Onderwijsrecht*, Zwolle 1995, passim, Hermans, H.L.C., H.A.M. Backx, W.E. Pors, *Hoofdlijnen onderwijsrecht*, Alphen aan den Rijn 1993, passim, Vermeulen, B.P., *Constitutioneel onderwijsrecht*, Den Haag 1999, passim.

4 Rechtbank Almelo sector kanton van 5 november 2009, LJN: BK3214 of *RAR* 2010, 19.

volgde moest hij lezen dat volgens de kantonrechter '*de echte inhoudelijke discussie over de feiten en omstandigheden die verband houden met het antwoord op de vraag of naar onderwijsmaatstaven wel of niet sprake was van een zodanig disfunctioneren dat de kwalificatie onbekwaam en/of ongeschikt voor het speciaal en het regulier onderwijs op zijn plaats is, bij de Commissie van Beroep behoort te worden gevoerd*'. Een onthutsende vaststelling waar terecht in de literatuur kritiek op is gevolgd.[5] De kantonrechter had het verzoek van de leerkracht moeten beoordelen in het licht van artikel 7: 685 BW. Ten onrechte interpreteerde hij het verzoek als een vordering ex artikel 7: 681 BW (kennelijk onredelijk ontslag). Het ergste is nog dat de kantonrechter ten onrechte voor hemzelf een marginale rol weggelegd zag en voor de Commissie van Beroep een hoofdrol. Ten onrechte omdat een gegrondverklaring door de Commissie het ontslag nog niet ongedaan zou hebben gemaakt. De kantonrechter had het verzoek van de leerkracht volledig moeten toetsen.

Voorwaardelijk achtte de kantonrechter een vergoeding van € 75.000,00 op de plaats.

Kennelijk verwachtte de kantonrechter nog wel iets constructiefs van de Commissie van Beroep, reden waarom de kantonrechter aan de leerkracht een ruime termijn (tot 27 november 2009) stelde om zijn voorwaardelijke verzoek in te kunnen trekken. Maar hoe ruim ook, die Commissie van Beroep bepaalde vervolgens – op zichzelf terecht – haar eigen tempo en kwam eerst op 26 januari 2010 met haar oordeel: beroep ongegrond.[6]

Daarmee bleek de beschikking van de kantonrechter van nul en generlei waarde.

De Commissie van Beroep

Het moet gezegd, bij eerste lezing bleek de Commissie zich op actieve wijze van haar taak te hebben gekweten. Alle vier de onderzoeken passeren de revue, en per onderzoek wordt ingegaan op de grieven van de leerkracht. Die grieven worden vervolgens door de Commissie afgedaan met de stelling dat niet ontkend kan worden dat die onderzoekingen wel hebben plaatsgevonden. In geen enkel opzicht vond de leerkracht gehoor voor zijn meer inhoudelijke stelling dat onderzoekingen voortijdig werden afgekapt, dat tijdens de onderzoekingen de spelregels werden veranderd en dat dus niet zonder meer die onderzoekingen aan het ontslag ten grondslag mogen worden gelegd.

Voor de Commissie was uiteindelijk voldoende dat het bevoegde gezag zich had ingespannen om het functioneren van de leerkracht te verbeteren en dat die leerkracht daadwerkelijk was begeleid. Dat onderzoekingen wellicht inadequaat waren geweest, en dat wellicht sprake zou kunnen zijn geweest van een doelredenering aan de kant van het bevoegde gezag, daarvoor had de Commissie geen oor.

---

5 H.J.A.Jansen, M.L.M. van de Laar, 'Ontslagprocedures in het onderwijs; De kantonrechter en de Commissie van Beroep', *School en Wet* 90(2010, nummer 3), p. 8-13.

6 Commissie van Beroep voor het Protestants- Christelijk Basis-, Speciaal- en Voortgezet Speciaal onderwijs van 26 januari 2010, althans in verkorte vorm. De uiteindelijke tekst volgde op 2 maart 2010 (!).

Uiteindelijk was de constatering van de Commissie, dat het bevoegde gezag '*onnodig verwarring heeft gewekt door in het bestreden besluit in te gaan op de vraag of appellant eveneens ongeschikt zou zijn voor het reguliere primaire onderwijs, nu aan de orde is of appellant ongeschikt dan wel onbekwaam is als leraar in het speciaal onderwijs*', wel een heel schrale troost. Die overweging vloeide voort uit een nadrukkelijke grief van de leerkracht. De commissie doet die grief af met een technische redenering, terwijl de leerkracht een functie in het reguliere primaire onderwijs definitief wel kon vergeten.

De actieve, maar naar mijn mening ogenschijnlijk actieve, houding van de Commissie van Beroep vindt haar oorsprong in het bestuursprocesrecht. Niet onlogisch omdat de kringenrechtspraak als het ware een stukje ambtenarenrecht binnen het arbeidsrecht is.[7] De publiekrechtelijke gang naar de Commissie van Beroep is ingebed in de civielrechtelijke CAO.

De Bestuursrechter

Maar hoe gaat de bestuursrechter te werk in het geval van een (vermeend) disfunctionerende leerkracht?

Neem nu bij wijze van voorbeeld de recente casus van de disfunctionerende hoogleraar.[8] In 2008 nog was de aanstelling van die hoogleraar, op basis van diens functioneren, omgezet in een aanstelling voor onbepaalde tijd. Korte tijd daarna (vanaf februari 2009) ontstond kritiek op diens functioneren. De hoogleraar had al lang niet meer gepubliceerd. In acht jaar had hij twee maal gepubliceerd. De citatiescore van de hoogleraar liet een dalende trend zien. De hem in 2008 gestelde doelen werden niet gehaald doordat hij nagelaten had minimaal twee aio's uit de tweede of derde geldstroom aan te stellen.

In zijn verweer voerde de hoogleraar aan dat deze diskwalificaties te snel volgden op zijn aanstelling voor onbepaalde tijd. Bovendien had zijn bevoegde gezag bewilligd in zijn sabbatical leave en zijn opname van vakantie ten behoeve van onderzoek aan het Gladstone Institute in San Francisco. Ook gaf de hoogleraar aan dat hij lange tijd overmatig belast was met onderwijstaken en voor wat betreft zijn onderzoekstaak pas in een laat stadium over (afdoende) bemensing van zijn vakgroep en laboratoriumfaciliteiten kon beschikken.

In zijn oordeel komt de rechtbank tot de nodige 'vaststellingen'. Daarin ligt een belangrijk verschil met de handelwijze van de eerder geciteerde Commissie van Beroep, die het in haar oordeel moet hebben van een redelijkheidsweging.

De rechtbank stelt vast dat de prestaties van de hoogleraar in vergelijking met andere hoogleraren '*ruimschoots beneden gemiddeld waren*'. Vast staat dat de citatie-

---

7 Zie bij: Noorlander C.W., 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur als toetsingsmaatstaven voor de Commissie van Beroep, in het bijzonder bij ontslag', in: F.H.J.G. Brekelmans, H.E.Mertens en D.A.M. Schilperoord (red.), *De Commissie van Beroep in het onderwijs. Snel en rechtvaardig*, Liber Amicorum prof. mr. L.H. van den Heuvel, Utrecht: ExpertisecentrumOnderwijsgeschillen 2011, p. 57-65.

8 Rechtbank Utrecht, sector bestuursrecht van 30 juni 2011, SBR 10/2099 en SBR 10/4417.

score ver achter bleef. Dan volgt een rationalisatie die tussen partijen niet bestreden wordt, namelijk dat het '*veld van eiser juist het veld is met de meeste citaties in wetenschappelijke tijdschriften*'. De rechtbank stelt vervolgens vast dat de stelling dat een lage citatiescore zorgwekkend is, omdat dit ook het inverdienvermogen beïnvloedt, niet bestreden wordt. Om vervolgens te constateren dat de hoogleraar nauwelijks middelen voor zijn onderzoeksgroep heeft weten te genereren.

Het verweer van de hoogleraar wordt dan feitelijk door de rechtbank onderzocht en ontzenuwd.

Op deze wijze kan het oordeel van de rechtbank niet meer verrassen: de universiteit heeft terecht kunnen oordelen dat de hoogleraar ongeschikt was. Dat wil echter nog niet a priori zeggen dat de universiteit de hoogleraar ongeschiktheidontslag mag geven. Ingevolge constante jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep[9] moet eerst worden vastgesteld dat de hoogleraar op zijn functioneren of gedrag is aangesproken en in de gelegenheid is gesteld dit te verbeteren. Zie hier de inspiratiebron van bovengenoemde Commissie van Beroep. Maar daar waar de Commissie zich zaken laat aanleunen, onderzoekt de rechtbank daadwerkelijk alvorens tot een uitspraak te komen. De rechtbank duikt in de feiten. Wanneer en door wie is kritiek geleverd op het functioneren van de hoogleraar? Wat heeft de hoogleraar met die kritiek gedaan? De rechtbank wijst op de eigen verantwoordelijkheid van de hoogleraar du moment dat hij besluit voor onderzoek naar de Verenigde Staten te vertrekken. Het had op zijn weg gelegen dan maatregelen te treffen etc. etc.

Daarmee wordt de zaak dan afgedaan en blijft het ongeschiktheidsontslag in stand. Ook in hoger beroep.[10] De Centrale Raad doet bij de beantwoording van de vraag of de rechtbank in alle redelijkheid tot de verwerping van het beroep is kunnen komen het feitelijke huiswerk nog eens dunnetjes over.[11]

De kantonrechter opnieuw

In het boven beschreven geval van de Almelose kantonrechter hield die kantonrechter zijn kruit droog. Maar hoe had zijn redenering er uit gezien als hij inhoudelijk was gegaan? Hoe was hij dan te werk gegaan?

Dat gebeurde wel in de zaak van de docent die een herkansingstoets had doorgestuurd aan een student.[12]

Bedacht moet worden dat een ongeschiktheid (anders dan wegens ziekte) ingekleed moet worden in de terminologie van het BW. Ingeval van ongeschiktheid of onbekwaamheid van de docent kan van de werkgever (school) niet gevergd

9 Zie bijvoorbeeld: CRvB van 6 januari 2005, LJN AS2575, en CRvB van 23 augustus 2006, LJN AY8059. Zie bovendien: *Praktijkgids Ambtenarenrecht 2013*, Alphen aan den Rijn 2012, p. 216-218.

10 CRvB van 26 juli 2012, LJN BX2797, TAR 2013/10, *Jurisprudentie Bestuursrecht* 2012, 215. Een ander aspect van deze uitspraak (détournement de pouvoir) kreeg separaat gevolg: CRvB van 26 juli 2012, *Jurisprudentie Bestuursrecht*, 2012, 215 (met noot Schlössels).

11 Blijft over dat de professor niet helemaal ongeschikt was. Hij had namelijk in zijn onderzoeksveld een hoge standing met een belangrijke publicatie in het gerenommeerde tijdschrift Science en een hoge H-index. Ook over zijn onderwijs was de universiteit eigenlijk zeer te spreken.

12 Rechtbank Almelo sector kanton van 17 november 2011, LJN: B45003.

worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Zie artikel 7: 678 BW. In het beschreven geval had de ongeschiktheid niet geleid tot ontslag op staande voet in de zin van artikel7: 677 BW maar tot een ontbindingsverzoek op grond van artikel 7: 685 BW. De desbetreffende hogeschool was primair van mening dat sprake was van een dringende reden. Subsidiair stelde de hogeschool dat '*door het doorsturen van de tentamenvragen met bijbehorende antwoorden de vertrouwensrelatie dusdanig ernstig is verstoord dat om die reden de arbeidsovereenkomst dient te worden ontbonden*'. De hogeschool was van mening dat het gebeurde zo ernstig was, en zozeer de kern van het docentschap raakt, dat het de docent in één klap ongeschikt maakte voor zijn vak.

Van meet af aan stond in deze procedure vast dat de docent de tentamenvragen met bijbehorende antwoorden aan de student had toegezonden. Verschil van mening bestond ten aanzien van de toedracht. Handelde de docent per ongeluk of niet? Hoe kan dit bewezen worden?

Hoe dan ook noopte dit gegeven de kantonrechter tot terughoudendheid: '*nu in een ontbindingsprocedure de mogelijkheden tot feitenonderzoek en bewijslevering beperkter zijn dan in een contentieuze bodemzaak, na bijvoorbeeld een ontslag op staande voet, is de kantonrechter, mede indachtig de conclusie van Advocaat- Generaal Spier in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad 14 februari 2003. JAR 2003, 72 (LJN AF1307), terughoudend met ontbinding van een arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal daartoe overgegaan worden*'.

Subsidiar benoemt de kantonrechter vervolgens alle feiten van het geval, zonder daar in haar beschikking diep op in te gaan. Voor haar is van belang dat de docent de gang van zaken niet gemotiveerd bestrijdt. Cruciaal is vervolgens dat de kantonrechter overweegt dat de docent '*alle schijn over zich* [heeft] *afgeroepen dat van willens en wetens toesturen van het herkansingstentamen*' aan de student sprake is geweest. En dan somt de kantonrechter die feiten op die voor haar de schijn wekken: niet transparant zijn naar collega's bij het ophalen van het tentamen, het geven van een andere naam aan het desbetreffende tentamen, het stilzitten van de docent toen doorzending aan het licht kwam en schade nog voorkomen had kunnen worden etc. Onder deze omstandigheden is er zozeer twijfel aan de integriteit van de docent en is het vertrouwen zozeer beschaamd dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet langer van de hogeschool verlangd kan worden. De kantonrechter ontbindt met ingang van 1 december 2011 en wel zonder vergoeding.

Opnieuw de bestuursrechter

Wat deze casus interessant maakt, is dat de onderhavige kwestie uiteindelijk ook bij de bestuursrechter terecht komt.[13]

Naar aanleiding van de beschikking van de kantonrechter heeft de docent WW aangevraagd en per 1 december 2011 zonder problemen (!) verkregen. De hogeschool heeft vervolgens bezwaar gemaakt. Bij besluit van 26 april 2012 heeft het

13 Rechtbank Almelo sector bestuursrecht van 3 juli 2012, 12 / 549 WW en 12 / 550 WW.

UWV het bezwaar gegrond verklaard en de WW-uitkering van de docent met ingang van 1 mei 2012 geheel geweigerd. Op 1 juni 2012 heeft de docent beroep tegen genoemd besluit ingesteld en gelijktijdig de voorzieningenrechter van de rechtbank verzocht een voorlopige voorziening te treffen. Met een beroep op artikel 8:86 Awb heeft die voorzieningenrechter onmiddellijk uitspraak gedaan in de hoofdzaak: beroep ongegrond. Het verzoek om een voorlopige voorziening heeft hij afgewezen.

Hoe ging de voorzieningenrechter te werk?

Net zoals de kantonrechter nam de voorzieningenrechter als uitgangspunt de vraag of sprake was van een dringende reden. In referte aan de constante jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep[14] benadrukt de voorzieningenrechter op dit punt echter dat hij materieel dient te beoordelen. Dus anders dan de kantonrechter. '*De wijze waarop het dienstverband is beëindigd is derhalve niet doorslaggevend en er dient ter beantwoording van de vraag of aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt een materiële beoordeling plaats te vinden*'.

Maar voor zijn insteek neemt de voorzieningenrechter expliciet de artikelen 7:678 en 7:677 tot maatstaf. Objectief en subjectief moet sprake zijn van een dringende reden. En net zoals in de casus van de disfunctionerende hoogleraar (zie boven) gaat de voorzieningenrechter de diepte in. Hij stelt vast dat de herkansingstoets van tevoren aan de student is gemaild. Hij stelt vast dat de desbetreffende student de docent had benaderd. Hij overweegt dat dat vreemd is omdat de docent de student geen les gaf in het desbetreffende vak. De rechter stelde vast dat de contacten tussen de docent en de student verder gingen dan te doen gebruikelijk is. Op grond hiervan kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter worden aangenomen dat de student om redenen van persoonlijke aard de docent benaderde met zijn hulpvraag.

De voorzieningenrechter onderzoekt en stelt vast dat de docent niet transparant is geweest bij het opvragen van het tentamen bij zijn collega's. De rechter acht van belang dat de docent de toets 'T.1692 management control herkansing 2010-2011' een andere naam heeft gegeven alvorens het door te zenden aan de student. Daarbij overweegt de voorzieningenrechter dat het herbenoemen is verricht voordat het tentamen werd afgenomen en het herbenoemen als 'oefentoets' niet strookt met de redenen die de docent gaf voor het opvragen van de toets bij zijn collega's. Van belang is dat na aanvankelijke ontkenning de docent ter zitting na confrontatie met een zogenaamde screenshot van zijn mailbox alsnog heeft erkend dat hij reeds op 23 juni 2011 zag dat hij de toets had herbenoemd. En zo gaat de voorzieningenrechter maar verder en pelt hij omstandigheid na omstandigheid zorgvuldig af.

Gelet op die omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd, is de voorzieningenrechter van oordeel dat de docent '*bewust de echte herkansingstoets – met bijbehorende antwoorden – in plaats van een oefentoets aan de betreffende student heeft gemaild. Daarmee is ook naar het oordeel van de voorzieningenrechter, mede gelet op de aard van de functie van docent, waarbij toetsing van studenten één van de kenmerken vormt, sprake van een objectieve dringende reden.*'

Maar daarmee staat nog niet vast dat de gedraging van de docent ook voor de hogeschool – dus subjectief- een dringende reden vormde. In dat verband gaat

14 Zie onder meer CRvB van 21 oktober 2009, LJN BK2128.

de voorzieningenrechter expliciet in op het feit dat de hogeschool nadat zij op de hoogte raakte van de gedraging van verzoeker, nog bijna drie maanden heeft gewacht met het indienen van een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter. Daarbij overweegt de rechter dat de hogeschool van meet af aan gekoerst heeft op een dringende reden. Het voorval zelf alsmede de afwikkeling vonden plaats in de zomervakantie. In organisaties als de hogeschool gaat de nodige tijd verloren aan overleg.

Dan passeren nog kort de aard en ernst van de gedraging, de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de dienstbetrekking is vervuld, alsmede de leeftijd van verzoeker en de gevolgen die een ontslag voor hem zou hebben, de revue. Daarmee concludeert de voorzieningenrechter dat ook subjectief een dringende reden aanwezig is.

Actief versus lijdelijk

Waarom is het zinvol aandacht te besteden aan deze lagere jurisprudentie? Men zou de uitspraken, zeker die van de kantonrechter Almelo en van de Commissie van Beroep als incidenten kunnen beschouwen. Maar het is interessant om te zien hoe verschillend de civiele rechter, de Commissie van Beroep en de bestuursrechter oordelen over dezelfde casuïstiek, en zelfs over dezelfde feiten.

Natuurlijk spelen daarbij de verschillen tussen het bestuursprocesrecht en de civiele procedure een grote rol. Brugman brengt die in haar dissertatie uit 2010 puntig in beeld.[15] Van belang is dat de verhouding tussen burger (ambtenaar) en overheid (en dat kan ook een school of universiteit zijn) ongelijk is. Die asymmetrie wordt opgeheven door een actieve rechter. In het civiele proces zijn de partijen juist gelijk en geldt het beginsel van de partijautonomie. Daarbij past een lijdelijke rechter. En precies dat is wat wij terugzien in de besproken casus.

De bestuursrechter gaat ver in het boven tafel krijgen van de waarheid (en dwingt daarmee respect af), daar waar de civiele rechter aan de oppervlakte blijft, zich in bochten wringt en bang is om de hand te overspelen. Ik realiseer mij dat de eigenaardigheden van de civiele ontbindingsprocedure daarbij maatgevend zijn. De preadviezen van de Nederlandse Juristen-Vereniging waren in 2012 gewijd aan 'Waarheid en waarheidsvinding in het recht'.[16] Die adviezen lieten zien hoe het complete systeem van waarheidsvinding in het civiele procesrecht op zichzelf beschouwd kan wedijveren met dat in het bestuursrecht. Maar de mogelijkheden bij de ontbindingsprocedure ex artikel7: 685 BW, en daar gaat het hier over, zijn beperkter. En daarmee komt de acceptatie van de rechterlijke uitspraak in het geding. Wanneer wordt het geschil in letterlijke zin finaal beslecht? Het is de bestuursrechter die mijns inziens het meest overtuigt.

Ook meer dan de Commissie van Beroep. Al was het maar omdat sinds het arrest van de Hoge Raad in de kwestie Amghane duidelijk is dat het oordeel van de

15 Brugman, D., *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht?, De omvang van toetsing aan recht door de bestuursrechter, Een wetenschappelijke proeve op het gebied van de rechtsgeleerdheid,* Nijmegen 2010 (diss.), passim.

16 'Waarheid en waarheidsvinding in het recht', *Handelingen Nederlandse Juristen- Vereniging*, 142 (2012-1).

commissie niet doorslaggevend is.[17] Ook na de gang naar een Commissie van Beroep zal de kantonrechter het desbetreffende geschil vol toetsen.

Over de vraag of de Commissie van Beroep toekomst heeft is in de literatuur al het nodige geschreven.[18] Wat opvalt is dat daarbij vooral naar formele aspecten wordt gekeken. Terwijl toch, dunkt mij, relevant is hoe de Commissie van Beroep daadwerkelijk recht vindt. En dat overtuigt vaak niet.

Daarbij mag niet vergeten worden dat in feite wettelijke voorschriften ontbreken die aangeven hoe commissies van beroep horen te beoordelen.[19] Kennelijk heeft de wetgever dit over willen laten aan die commissies zelf. Maar ook in de reglementen van die commissies staat niet of nauwelijks iets over welke toetsingsnormen moeten worden toegepast en evenmin wat dan de inhoud van die normen is. En dus moet de justitiabele het, bij de voorbereiding van zijn beroepsgang, hebben van een exegese van eerdere uitspraken van de desbetreffende commissie. Het geeft hem niet zelden het gevoel aan de goden te zijn overgeleverd.

Afschaffing van het ambtenarenrecht

Het voorstel tot Wet normalisering rechtspositie ambtenaren voorziet in een herdefinitie van het begrip ambtenaar. De ambtenaar is '*degene die krachtens een arbeidsovereenkomst met een overheidswerkgever werkzaam is*'. Dat moet volgens het wetsvoorstel de strekking gaan worden van artikel 1 van de Ambtenarenwet. Datzelfde artikel gaat dan in het tweede lid bepalen wie overheidswerkgever is. De staat wordt dan genoemd, evenals gemeenten en krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen (zoals een openbare universiteit). Parallel hieraan wordt artikel 615 geschrapt uit boek 7 BW.

De ambtenaar als zodanig wordt dus niet afgeschaft. Voor specifieke groepen blijft ambtenarenrecht bestaan ((politieke) ambtsdragers etc.).

Zodoende zullen de meeste ambtenaren niet langer uitzicht hebben op behandeling van hun grieven door de bestuursrechter. Uit het oogpunt van zorgvuldige rechtspleging betreur ik dat. Temeer omdat juist binnen het bestuursrecht de laatste jaren goede initiatieven zijn genomen om de bestuursrechtspraak effectiever te maken. Zo zijn er bij de rechtbank Almelo (in zijn nadagen), sector bestuursrecht, richtlijnen opgesteld die de bestuursrechter de weg wijzen hoe te onderzoeken, hoe te informeren en hoe te beslechten.[20] De bedoeling is dat zodoende de bestuursrechter van passief afwachtend tot actief regisserend wordt. De justitiabele weet zo voortaan hoe recht gesproken wordt. Meer inhoudelijk,

17 HR 31 mei 1996, *NJ* 1996, 693.

18 Jansen, H.J.A., W.Lindeboom, 'Hebben de Commissies van Beroep nog toekomst?', *School en Wet* 92(2012, nummer 5), p.10-15.

19 Zie F.H.J.G. Brekelmans e.a., *De rechtsbescherming van werknemers in het bijzonder onderwijs: De toekomst van de Commissies van Beroep*, februari 2012 (digitale versie), p. 36-37. Zie overigens pleidooi voor toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij: Beurskens, W.J.J., *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs*, Deventer 1991 (diss. Rijksuniversiteit Limburg), p. 434 e.v. En de reactie daarop van Noorlander, *op. cit.* (zie noot 7).

20 R. Jue, M. van Wees, 'Op zoek naar een concept van effectieve bestuursrechtspraak, *Trema Special* nr. 1 2010, p. 6-8.

eigenlijk worden verantwoordelijkheden op een logische wijze over bestuursrechter en partijen verdeeld. Deels volgt die verdeling de wet (art.8:69 lid 1 en 2 Awb), deels is die verdeling uitkomst van keuzes over hoe rechter en partijen de vrijheid die de wet stelt verdelen.

Neem nu bijvoorbeeld de feitenvaststelling. Zoals ook uit de door mij besproken jurisprudentie blijkt, is die feitenvaststelling van eminent belang om tot goede rechtspraak te komen. Ingevolge de in Almelo opgestelde richtlijnen wordt enerzijds de verantwoordelijkheid voor het bewijs bij de partijen gelegd, anderzijds streeft de bestuursrechter naar de materiële waarheid. Zo bepaalt richtlijn 1.3: '*Partijen beschikken over de feiten en brengen in beginsel het bewijs daarvan bij. Zij zijn vrij in het kiezen van hun bewijsmiddelen*'. Richtlijn 2.3 bepaalt: '*De rechter laat primair partijen feiten stellen en bewijzen. De rechter verdeelt de bewijslast en beargumenteert deze verdeling. Daarbij laat hij ruimte voor tegenbewijs. De rechter kan ook zelf ambtshalve feiten aanvullen*'.

Daar tegenover staat dat de rechter dus (richtlijn 2.4) streeft naar het vinden van de materiële waarheid. Richtlijn 2.5 bepaalt in dat verband: '*Alleen in bepaalde situaties, zoals bij ambtshalve toetsing, indien zonder hulp van de rechter bewijs niet te leveren is of indien het noodzakelijk is voor een finale geschilbeslechting, zet de rechter de eigen onderzoeksbevoegdheden in*'. En richtlijn 2.6:' *De rechter bepaalt en, bij betwisting, beargumenteert welke feiten als vaststaand worden aangemerkt*.'

Voor de voormalige rechtbank Almelo hebben de richtlijnen hun waarde betoond. Evaluatie van genoemde aanpak maakte het belang duidelijk van de richtlijn dat partijen zo veel mogelijk voorafgaand aan de zitting moeten worden geïnformeerd over hun procespositie en over de onderwerpen die op de zitting aan de orde komen.[21] Daarnaast wordt het belang onderschreven dat door de afdoening van de zaak zo veel als mogelijk de rechtsverhouding tussen partijen dient vast te komen staan.

Een en ander is mij uit het hart gegrepen.

Nemen de mogelijkheden om slecht functionerende docenten aan te pakken toe wanneer de rechtspositie van ambtenaren in overeenstemming wordt gebracht met die van andere werknemers?[22] Deze formulering gaat uit van de gedachte dat er slecht functionerende docenten zijn (net zoals er disfunctionerende werknemers zijn), maar dat er minder mogelijkheden zouden zijn om die docenten op hun disfunctioneren aan te spreken. Vergeten wordt dan dat juist kenmerkend voor het ambtenarenrecht is dat het initiatief om disfunctioneren bespreekbaar te maken bij het bevoegd gezag ligt. Het systeem gaat uit van een regierol voor het bevoegde gezag. Maar dat de praktijk van alledag weerbarstig is heeft zeker ook te maken met het feit dat personeelsdossiers niet op orde zijn. En dat is een kwaal van alle tijden ongeacht het rechtspositionele regiem.

---

21 *Project effectieve bestuursrechtspraak, Eindverslag*, 19 december 2012.

22 P.R.M. Berends- Schellens, 'De Wet normalisatie rechtspositie ambtenaren, van wetsvoorstel tot werkelijkheid', *School en Wet* 92 (april 2012), p. 12-18. T.A. Karssen, 'Het initiatiefwetsvoorstel 'Normalisering rechtspositie ambtenaren': een tussenstand?', *TAR* 2012, nr 10. p. 507-511.

Zeker, de justitiabele zal na normalisatie sneller toegang hebben tot een rechter, en is niet, zoals de ambtenaar nu, 'reactionair'. En ook de doorloopsnelheid van een procedure zal in de toekomst allicht korter zijn dan tot nu toe gebruikelijk is in het ambtenarenrecht. Ook kan ik mij voorstellen dat de argumentatie destijds om ambtenaren en werknemers verschillend te behandelen sterk aan actualiteit heeft ingeboet.

In zijn dissertatie uit 1998 onderzoekt Sprengers in het kader van een normalisatiewens de verschillen tussen het arbeidsrechtelijke- en het ambtenaarrechtelijke ontslagrecht. Hij constateert dat er ook verschillen zijn op het terrein van het procesrecht, maar acht die van ondergeschikt belang bij de vraag of de ambtelijke rechtspositie gehandhaafd moet worden.[23] Anno 2011 komt Sprengers hier niet op terug.[24]

In de MvT op de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren wordt gezegd: *'Gezien het feit dat met name in ontbindingszaken ook de kantonrechter een meer actieve rol vervult, neemt het belang van de al dan niet lijdelijke rechter als onderscheidend element tussen privaat- en bestuursrechtelijke rechtsbescherming, geleidelijk aan af.'* [25] Mijns inziens verdient deze stelling nuancering.[26]

Met normalisatie gaat de wijze waarop de bestuursrechter actief de materiële waarheid vond voor het ontslagrecht verloren. Gek eigenlijk dat bij de discussie over normalisatie in de literatuur vrijwel alle aspecten aan de orde kunnen komen: van het proces van wetgeven tot leerstellige vragen als: gaat de procedure bij het UWV Werkbedrijf ook gelden voor ambtenaren, en wat moet er gebeuren met de kringenrechtspraak. Rechtsvinding wordt hooguit aangestipt. Dit terwijl toch ook arbeidsconflicten in een proces van waarheidsvinding uiteindelijk beslecht worden. Maar misschien moet men een beoefenaar zijn van het positieve recht, en dus met beide voeten in de modder staan, om hierover te vallen.

Dank aan mijn oud- kantoorgenoot Herman Eillert voor zijn kritische op- en aanmerkingen.

23 Sprengers, L.C.J., *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid, Op weg naar één arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers*, Deventer 1998 (Monografieën Sociaal Recht, nr 12) (diss. UvA), p.35 e.v., m.n. p. 91.

24 Sprengers, L.C.J., 'Wet normalisering rechtspositie ambtenaren: de ambtenaar krijgt een arbeidsovereenkomst, maar blijft ambtenaar', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2011, 35.

25 MvT, *Kst.* 32550-6, p.4.

26 En wat in dit verband te denken van de aangekondigde wijziging van het civiele ontslagrecht waarbij de kantonrechter uit beeld raakt ten faveure van het UWV. Hoe interfereert dat gegeven op de normalisering van de rechtspositie van ambtenaren? De toekomst zal het leren.