

TAR 2004/111: strafontslag of ongeschiktheidsontslag

| | | | |
|---------------------|--------------------------|----------------|------------------------------------|
| Instantie: | Centrale Raad van Beroep | Datum: | 29 april 2004 |
| Magistraten: | Garvelink-Jonkers | Zaaknr: | 03/2090 AW; 03/2093 AW; 03/2095 AW |
| Conclusie: | - | LJN: | AO9267 |
| Roepnaam: | - | | |

Snel naar: Essentie | Samenvatting | Uitspraak | Noot

Essentie**strafontslag of ongeschiktheidsontslag****Samenvatting**

Gedaagde was niet bevoegd tot ontzegging toegang bij wijze van ordemaatregel nu de orde ten tijde van het opleggen van de maatregel niet was verstoord.

Strafontslag, subsidiair ongeschiktheidsontslag. Feitensubstraat levert plichtsverzuim op maar strafontslag is onevenredig. Feiten leveren wel voldoende grondslag op voor conclusie dat betrokkene eigenschappen mist om haar leidinggevende taak naar behoren te kunnen vervullen. Op deze grond kon ontslag worden verleend.

Bron: Tijdschrift voor Ambtenarenrecht (TAR)

Uitspraak

Uitspraak in de gedingen tussen:

[appellante], wonende te [woonplaats], appellante,
en

het Dagelijks Bestuur van het Stadsdeel Amsterdam Zuidoost, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van de gedingen

Appellante heeft op daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 20 maart 2003, nrs. AWB 00/2964, AWB 00/4322 AW en AWB 02/2088, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend en is desgevraagd een nader stuk ingezonden.

De gedingen zijn behandeld ter zitting van 26 februari 2004, waar appellante in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. M.F. Baltussen, advocaat te Zoetermeer. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. H.S.P. Stuijver, advocaat te De Meern, en door R.O. van Exter, werkzaam bij de provincie Noord-Holland, en E.S.F. Cadogan, zelfstandig adviseur te Amsterdam.

II. Motivering

1. Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.1. Appellante is sedert 1 januari 1995 werkzaam als ambtenaar in vaste dienst van het Stadsdeel Zuidoost van de gemeente Amsterdam. Zij is met ingang van 1 januari 1997 belast met de leiding van het Bureau Nieuwkomers (BNK).

1.2. In verband met een gerezen vermoeden van plichtsverzuim is appellante bij besluit van 5 augustus 1999 ontheven van haar werkzaamheden en is haar bijzonder verlof verleend met ingang van 5 augustus 1999 tot 1 oktober 1999. Bij besluit van 13 augustus 1999 heeft gedaagde het besluit van 5 augustus 1999 ingetrokken en is appellante met ingang van 5 augustus 1999 de toegang tot de werkplek ontzegd onder toepassing van artikel 901, eerste lid, aanhef en onder c, van het Ambtenarenreglement Amsterdam (ARA). Bij beslissing op bezwaar van 28 maart 2000 heeft gedaagde de bezwaren van appellante tegen besluiten van 5 en 13 augustus 1999 ongegrond verklaard.

1.3. Op 22 mei 2001 heeft gedaagde appellante ontslagen op grond van artikel 1003, eerste lid, aanhef en onder f, van het ARA, wegens ernstig plichtsverzuim in de zin van artikel 204 in verbinding met artikel 1001 van het ARA. Subsidiair, voorzover het ontslag bij wijze van straf mocht worden herzien dan wel vernietigd, heeft gedaagde appellante ontslagen op grond van artikel 1122, eerste lid, aanhef en onder c, van het ARA wegens ongeschiktheid voor de verdere vervulling van haar betrekking, anders dan uit hoofde van ziekten of gebreken, en heeft gedaagde meegedeeld de uitkeringsinstantie te

zullen adviseren om appellante geen ontslaguitkering toe te kennen. Bij beslissing op bezwaar van 26 maart 2002 zijn de bezwaren van appellante tegen het besluit van 22 mei 2001 ongegrond verklaard.

2. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep van appellante tegen de beslissing op bezwaar van 28 maart 2000 ongegrond verklaard. De rechtbank heeft eveneens, oordelend dat gedaagde terecht en op goede gronden heeft besloten appellante strafontslag op te leggen, het beroep van appellante ongegrond verklaard tegen de beslissing op bezwaar van 26 maart 2002 voorzover daarbij het strafontslag is gehandhaafd.

3. Het hoger beroep van appellante heeft betrekking op de beslissing op bezwaar van 28 maart 2000. Voorts heeft het hoger beroep van appellante betrekking op de beslissing op bezwaar van 26 maart 2002 waarbij het ontslagbesluit in al zijn onderdelen is gehandhaafd.

4. Naar aanleiding van hetgeen partijen in hoger beroep naar voren gebracht overweegt de Raad het volgende.

4.1. In het bestreden besluit van 28 maart 2000 is het bezwaar van appellante tegen het besluit van 5 augustus 1999 ongegrond verklaard, bij welk besluit appellante is meegedeeld dat zij is ontheven van haar werkzaamheden als hoofd van het BNK en dat haar met onmiddellijke ingang bijzonder verlof voor onbepaalde tijd is verleend. Gedaagde heeft echter het besluit van 5 augustus 1999 bij het besluit van 13 augustus 1999 ingetrokken, zodat het bezwaar van appellante tegen het besluit van 5 augustus 1999 niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard. In zoverre kan het bestreden besluit van 28 maart 2000 in rechte geen standhouden. De Raad zal het bezwaar tegen het besluit van 5 augustus 1999 onder toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) alsnog niet-ontvankelijk verklaren.

4.2. Met betrekking tot het bestreden besluit van 28 maart 2000, voorzover daarbij het bezwaar van appellante ongegrond is verklaard tegen het besluit van 13 augustus 1999 waarbij aan haar is meegedeeld dat haar met ingang van 5 augustus 1999 een verbod tot toegang tot de werkplek is opgelegd, overweegt de Raad het volgende.

Ingevolge artikel 901, eerste lid, aanhef en onder c, van het ARA kan de ambtenaar voor de duur van ten hoogste twee maanden worden verboden aanwezig te zijn op plaatsen, waar hij werkzaamheden pleegt te verrichten, te verblijven in gebouwen en zich op te houden op de terreinen van de diensttak, waarbij hij is tewerkgesteld, indien en voor zolang hij de orde of geregelde gang van zaken van de diensttak verstoort. De beslissing appellante de toegang tot de werkplek te ontzeggen is gebaseerd op de opvatting van gedaagde dat er bij het BNK spanningen waren onder het personeel en dat een ernstige verstoring van de werksfeer moest worden voorkomen. De Raad is, gelet op de gedingstukken die aan het verbod tot toegang ten grondslag liggen, van oordeel dat gedaagde ten tijde van het opleggen van de ordemaatregel onvoldoende grond had voor zijn kennelijke opvatting dat appellante de orde of geregelde gang van zaken van de diensttak verstoort. Gedaagde kwam dan ook niet de bevoegdheid toe toepassing te geven aan artikel 901, eerste lid, aanhef en onder c, van het ARA. Derhalve kan ook het hier aan de orde zijnde gedeelte van het bestreden besluit van 28 maart 2000 niet in rechte standhouden. De Raad zal tevens het besluit van 13 augustus 1999 vernietigen.

4.3. Met betrekking tot het bij het bestreden besluit van 26 maart 2002 gehandhaafde aan appellante opgelegde disciplinair ontslag overweegt de Raad als volgt.

4.3.1. Ingevolge artikel 204 van het ARA dient de ambtenaar zijn betrekking met inachtneming van de hem gegeven aanwijzingen naar zijn beste kunnen te vervullen. Op grond van artikel 1001 van het ARA kunnen Burgemeester en Wethouders de ambtenaar straffen, indien hij in strijd met het bepaalde in artikel 204 handelt of nalaat te handelen en zich deswege schuldig maakt aan plichtsverzuim. Deze bevoegdheid tot straffen is aan gedaagde overgedragen. Volgens artikel 1003, eerste lid, aanhef en onder f, van het ARA kan aan de ambtenaar als straf worden opgelegd: ontslag.

4.3.2. Gedaagde heeft, samengevat, aan het strafontslag de volgende feiten en omstandigheden ten grondslag gelegd:

- appellante heeft in december 1998, zonder daartoe bevoegd zijn, een detacheringovereenkomst gesloten met de Stichting Aquairis (hierna: de stichting) voor een gekapitaliseerde waarde van f 168 000 ten behoeve van de tewerkstelling van L. bij het BNK;
- appellante heeft door het paraferen voor geleverde diensten respectievelijk het betaalbaar stellen van diverse facturen, gedaagde ten onrechte een bedrag van f 15 795,40 aan BTW laten voldoen aan een organisatie - genoemde stichting - die niet BTW-plichtig blijkt te zijn;
- in het kader van de detacheringovereenkomst heeft gedaagde door toedoen van appellante ten onrechte f 6977,84 aan vakantiegeld betaald via de stichting;
- appellante heeft in het kader van het detacheringcontract tweemaal periode 14 van 1999 voldaan, waardoor een bedrag van f 2056,25 onverschuldigd aan de stichting is betaald;
- appellante heeft op onaantvaardbare wijze een belangverstremgeling gecreëerd en laten voortbestaan door de stichting diensten en leveringen te gunnen, wetend dat L. werkzaam, respectievelijk aangesteld was bij de gemeente terwijl deze daarnaast een functie binnen de stichting had;
- door toedoen van appellante is aan de stichting een opdracht tot productie van een CD-rom verstrekt en is een bedrag van f 46 403,94 betaald zonder dat de CD-rom is geleverd;
- appellante heeft ten onrechte een groot aantal goederen toebehorend aan gedaagde meegenomen.

4.3.3. Appellante heeft erkend dat zij, zonder daartoe bevoegd zijn, de detacheringovereenkomst heeft gesloten met de stichting. Ingevolge deze overeenkomst is L. met ingang van 1 december 1998 werkzaamheden gaan verrichten voor het BNK. Met ingang van 1 juli 1999 heeft gedaagde L. in tijdelijke dienst in dienst van het stadsdeel aangesteld en heeft L. voormelde werkzaamheden voortgezet, thans krachtens ambtelijke aanstelling. De Raad is met gedaagde van oordeel dat

appellante door het in strijd met de geldende instructies aangaan van de detacheringovereenkomst met de stichting heeft gehandeld in strijd met artikel 204 van het ARA. Het standpunt van gedaagde dat appellante zich in zoverre heeft schuldig gemaakt aan plichtsverzuim berust dan ook op goede gronden. Gedaagde kwam dan ook de bevoegdheid toe appellante deswege een straf op te leggen.

4.3.4. Van de in 4.3.2 onder b, c, d, e, f en g, vermelde gedragingen is de Raad van oordeel dat de gedragingen d, e en g niet zijn komen vast te staan, dat gedraging b appellante in redelijkheid niet kan worden tegengeworpen omdat zij geen aanleiding had te vermoeden dat de stichting niet BTW-plichtig was en dat de gedragingen c en f geen plichtsverzuim opleveren, nu niet is gebleken dat appellante terzake onjuist heeft gehandeld, waar nog bij komt dat de desbetreffende betalingen zijn verricht met medeweten dan wel met goedkeuring van haar direct leidinggevende(n).

4.3.5. Bij het bepalen van de strafmaat heeft gedaagde blijkens de gedingstukken en het verhandelde ter zitting evenzeer betekenis toegekend aan het onbevoegdlijk aangaan van de detacheringovereenkomst als aan de overige vermelde gedragingen. Nu de in 4.3.4 vermelde gedragingen geen plichtsverzuim opleveren rijst de vraag of de ernst van alleen het onbevoegdlijk aangaan van de detacheringovereenkomst het disciplinair ontslag, de zwaarste straf tot het opleggen waarvan gedaagde bevoegd is, rechtvaardigt. De Raad ziet de omstandigheden waaronder appellante die overeenkomst is aangegaan en de wijze waarop haar direct leidinggevendens daarop hebben gereageerd afdoen aan de ernst van die gedraging. Appellante heeft verklaard dat zij eerder met medeweten en goedkeuring van haar leidinggevendens een dergelijke overeenkomst had afgesloten met betrekking tot de gelijksoortige detachering van K., zodat zij reden had te veronderstellen dat ook de onderhavige detacheringovereenkomst niet op bezwaar zou stuiten bij haar leidinggevendens. Van de zijde van gedaagde is onvoldoende weersproken hetgeen appellante hieromtrent naar voren heeft gebracht.

4.3.6. Voorts heeft appellante betoogd dat haar leidinggevendens al in december 1998 ervan op de hoogte waren dat L., die, naar onweersproken door appellante is gesteld, daartoe aangetrokken door de adjunct-stadsdeelsecretaris, al sinds juli 1998 bij het stadsdeel werkzaam was, met ingang van 1 december 1998 gedetacheerd was bij het BNK. De Raad onderschrijft dienaangaande het oordeel van de Adviescommissie bezwaarschriften Rechtspositionele Zaken stadsdeel Amsterdam Zuidoost, die in haar advies van 21 november 2001 constateert dat de leidinggevendens B. en C. (laatstgenoemde is tevens de sectorcontroller) alsmede de P&O-adviseur S. er in december 1998 van op de hoogte waren dat L. een functie had bij het BNK, maar geen aanleiding hebben gezien daarover hun ongenoegen uit te spreken of anderszins in te grijpen. Bedoelde leidinggevendens hebben voorts maandelijkse betalingen aan de stichting in verband met deze detachering goedgekeurd. De Raad is van oordeel dat de financieel en organisatorisch verregaand inadequate wijze waarop deze leidinggevendens op het relatief zelfstandige BNK toezicht hebben gehouden er mede debet aan is geweest dat appellante zich zelfstandiger kon gedragen dan gewenst was.

4.3.7. De Raad is dan ook tot het oordeel gekomen dat tussen de ernst van het plichtsverzuim en de opgelegde straf van onvoorwaardelijk ontslag onevenredigheid bestaat. Het bestreden besluit van 26 maart 2002, voorzover daarbij het disciplinaire ontslagbesluit is gehandhaafd, komt dan ook voor vernietiging in aanmerking. Gelet op de keuze van gedaagde appellante op een subsidiair geformuleerde grond ontslag te verlenen indien het disciplinair ontslag geen stand houdt, zal de Raad ook het besluit van 22 mei 2001 vernietigen, voorzover appellante daarbij disciplinair ontslag is verleend.

4.4. Nu het primair gegeven disciplinaire ontslag geen stand houdt ligt de, ook door partijen onder ogen geziene, vraag voor of het bestreden besluit van 26 maart 2002 in rechte stand houdt voorzover daarbij de subsidiair gegeven beslissing is gehandhaafd appellante te ontslaan onder toepassing van artikel 1122, eerste lid, aanhef en onder c, van het ARA. Die vraag beantwoordt de Raad bevestigend. Ingevolge de laatst vermelde bepaling kan gedaagde een ambtenaar ontslaan op de grond dat hij ongeschikt is voor de verdere vervulling van zijn betrekking, anders dan uit hoofde van ziekten of gebreken. Aan dit ontslag zijn de feiten en omstandigheden ten grondslag gelegd waarop ook het disciplinair ontslag is gebaseerd. Daarenboven heeft gedaagde met betrekking tot het functioneren van appellante nog overwogen dat zij zich bij de komst van L. heeft teruggetrokken uit de dagelijkse leiding van het BNK, dat zij L. bij herhaling de vrijheid heeft gelaten besluiten te laten nemen of handelingen te laten uitvoeren, zonder dat daarover met haar medewerkers is overlegd hetgeen tot onnodige onrust en weerstand bij het BNK heeft geleid. Vervolgens heeft appellante nagelaten daarin verbetering te brengen en is de sfeer bij het BNK dermate verslechterd dat de medewerkers te kennen hebben gegeven niet meer onder haar leiding te willen werken.

4.4.1. Volgens vaste jurisprudentie van de Raad moet ongeschiktheid als hier aan de orde - zich uitend in het ontbreken van eigenschappen, mentaliteit en instelling die voor het op goede wijze vervullen van de functie vereist zijn - worden aangetoond aan de hand van concrete gedragingen van de ambtenaar. Naar het oordeel van de Raad is gedaagde daarin geslaagd. Door het aangaan van de vermelde detacheringovereenkomst heeft appellante haar bevoegdheden overschreden. Het gebrekkige toezicht van appellantes leidinggevendens doet aan haar eigen verantwoordelijkheid in deze niet af. Voorts blijkt uit de gedingstukken voldoende dat appellante ten onrechte L. te veel vrijheid van handelen heeft gelaten bij de dagelijkse leiding van het BNK. Evenzeer volgt de Raad gedaagde in diens oordeel dat appellante niet tijdig heeft ingegrepen bij het ontstaan van onrust bij het andere personeel van het BNK als gevolg van het optreden van L. Door dit na te laten heeft appellante er blijk van gegeven de eigenschappen te missen haar leidinggevende taak naar behoren te kunnen vervullen. Gedaagde was dan ook bevoegd appellante op de hier besproken grond ontslag te verlenen. Naar het oordeel van de Raad kan niet staande worden gehouden dat gedaagde niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot de

uitoefening van de bevoegdheid appellante op de hier aan de orde zijnde grond ontslag te verlenen. Het bestreden besluit van 26 maart 2002 kan in zoverre dan ook de toetsing van de Raad doorstaan.

4.4.2. De in het bestreden besluit van 26 maart 2002 vervatte mededeling van gedaagde ten slotte dat hij het uitkeringsorgaan zal adviseren appellante geen ontslaguitkering toe te kennen, is geen besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De grieven van appellante terzake kunnen dan ook thans geen voorwerp van rechterlijke beoordeling zijn. Dat zal eerst mogelijk zijn ingeval het uitkeringsorgaan mocht besluiten het advies van gedaagde op te volgen en appellante aanleiding ziet tegen dat besluit rechtsmiddelen aan te wenden.

5. In het vorenstaande vindt de Raad aanleiding gedaagde op grond van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten van appellante in beroep tot een bedrag van € 966 aan kosten van rechtsbijstand en € 9,58 aan reiskosten en in hoger beroep tot een bedrag van € 644 aan kosten van rechtsbijstand en € 12,80 aan reiskosten.

III. Beslissing

De Centrale Raad van Beroep,
Recht doende:

Vernietigt de aangevallen uitspraak voorzover daarbij het beroep tegen het besluit van 28 maart 2000 ongegrond is verklaard en voorzover daarbij het beroep tegen het besluit van 26 maart 2002, voorzover betrekking hebbend op het disciplinair ontslag, ongegrond is verklaard;

Verklaart het beroep tegen het besluit van 28 maart 2000 gegrond;

Vernietigt het besluit van 28 maart 2000;

Verklaart het bezwaar tegen het besluit van 5 augustus 1999 niet-ontvankelijk;

Vernietigt het besluit van 13 augustus 1999;

Verklaart het beroep tegen het besluit van 26 maart 2002 gegrond voorzover daarbij het bezwaar tegen het disciplinair ontslagbesluit van 22 mei 2001 ongegrond is verklaard;

Vernietigt het besluit van 26 maart 2002 in zoverre, evenals het besluit van 22 mei 2001 voorzover betrekking hebbend op het disciplinair ontslag;

Verklaart het beroep ongegrond voorzover dat is gericht tegen het bestreden besluit van 26 maart 2002 voorzover daarbij het bezwaar van appellante ongegrond is verklaard tegen het besluit van 22 mei 2001 waarbij appellante subsidiair ontslag is verleend wegens haar ongeschiktheid voor de verdere vervulling van haar betrekking, anders dan uit hoofde van ziekten of gebreken;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellante in beroep tot een bedrag van € 975,58 en in hoger beroep tot een bedrag van € 656,80, te betalen door de gemeente Amsterdam;

Bepaalt dat de gemeente Amsterdam aan appellante het door haar in beroep en in hoger beroep betaalde griffierecht van in totaal € 386,10 vergoedt.

Met noot van

Noot

TAR 2005, afl. 7/8, blz. 295

door mr. P.J. Schaap

1. Sinds de hier te bespreken uitspraak gonst het in ambtenarenrechtelijk Nederland: de Centrale Raad is om en heeft het hanteren van een subsidiaire ontslaggrond aanvaard! De kreet ligt, als ooit Chief Whip, op ieders lip, van die van de advocaat en die van de vakbondsjurist. Van lagere rechters zelfs heb ik deze verheugde uitroep gehoord. Ik weet niet in hoeverre het waar is dat het hanteren van een subsidiaire ontslaggrond nu altijd aanvaardbaar is en, als het waar is, weet ik niet of dat betekent dat je moet stellen dat de Centrale Raad om is. Maar eerst iets over het waarom van de door de uitspraak ontstane opwindning.

2. Een ambtenarenrechtelijke procedure kan soms erg lang duren. Stel dat een bestuursorgaan een ambtenaar de straf van ongevraagd ontslag oplegt, en dat die ambtenaar het daar niet mee eens is (dat laatste komt vrij vaak voor), dan duurt het zeker drie maanden voor op het bezwaar van de ambtenaar is beslist (en dan moet de ambtenaar ook nog eens binnen de bezwaartermijn een volledig, en niet alleen een inleidend bezwaarschrift indienen, en moet er geen commissie zijn als bedoeld in artikel 7:13 Algemene wet bestuursrecht (Awb), anders duurt het nog langer). Als de ambtenaar het ook met de beslissing op bezwaar niet eens is, kan hij beroep instellen, en als het meezit wordt dat beroep na een jaar ter zitting van de Rechtbank behandeld, en volgt weer zes weken later de uitspraak. Stel dat de ambtenaar zich ook daarmee niet kan verenigen, dan stelt hij hoger beroep in. Laten we welwillend aannemen dat dit hoger beroep na anderhalf jaar ter zitting komt, en dat de uitspraak weer zes weken later afkomt. De ambtenaar is dan drie jaar verder. Stel nu dat de Centrale Raad uitspreekt dat het feitencomplex waarop de straf van ontslag berustte de straf van ontslag net niet wettigde, en daarom de beslissing op bezwaar vernietigt.

Stel - we stellen wat af - dat het bestuursorgaan dan een week of zes na die uitspraak bij zijn nieuw te nemen beslissing op bezwaar op grond van hetzelfde feitencomplex het ontslag omzet in een ontslag wegens ongeschiktheid voor de door hem vervulde betrekking, anders dan op grond van ziekten of gebreken. Dat is in beginsel geoorloofd, mits natuurlijk dat

feitencomplex een ontslag op deze grond wettigt. Het mag zelfs met instandlating van de oorspronkelijke datum van ingang van het ontslag. Zie bijvoorbeeld de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep van 16 augustus 2001, TAR 2001, 155, met noot TAR 2003, blz. 180, en van 8 november 2002, TAR 2003, 1. De ambtenaar zal het daar ook niet mee eens zijn. De bezwaarschriftprocedure behoeft gelukkig niet meer te worden doorlopen, maar volgens de hierboven gehanteerde sigarenkistjesrekenmethode zal hij nog twee jaar en negen maanden mogen wachten op het oordeel in hoger beroep over het ongeschiktheidsontslag.

Dat is niet alleen vervelend voor de ambtenaar, maar ook voor het bestuursorgaan. Beide partijen zijn gebaat bij een sneller eindoordeel, dat definitieve zekerheid verschaft over de vraag of de ambtenaar nu ontslag mocht worden verleend of niet. Dat speelt natuurlijk bij meer besluiten dan ontslagbesluiten, maar bij ontslagbesluiten klemt het het meest. Het nieuwe artikel 7:1a Awb zal er in voorkomende gevallen toe leiden dat de bezwaarschriftprocedure bij dit soort besluiten, die immers bepaald geen confectiebesluiten zijn, wordt overgeslagen (niet altijd, als er een externe bezwarencommissie is, zal de ambtenaar vermoedelijk wel het oordeel van die commissie willen weten), maar de daarmee te behalen tijdswinst is vrij gering. Aan de duur van de procedures in beroep en hoger beroep is voorshands weinig te doen. 3. Er wordt daarom al jaren verzucht dat het prettig zou zijn als je tenminste een subsidiair besluit mocht nemen, zodat, als de rechter het primaire besluit (hier moeten we eigenlijk een ander woord voor vinden teneinde verwarring met het besluit in primo te vermijden) al te gortig vindt hij tenminste meteen een oordeel kan geven over het subsidiaire besluit. Dat mocht, zo werd algemeen aangenomen, helaas niet.

De Centrale Raad van Beroep leek het nemen van subsidiaire besluiten eerst te aanvaarden en vervolgens te veroordelen. In zijn uitspraak van 31 december 1996, TAR 1997, 32, betreurde de Raad nauwelijks verholen dat hij niet mocht zeggen dat een politiemans, waarvan hij het strafontslag te zwaar achtte, wel wegens ongeschiktheid had mogen worden ontslagen, omdat de korpsbeheerder het ontslag alleen had gebaseerd op plichtsverzuim "en niet, eventueel subsidiair, op een andere ontslaggrond".

In zijn eerste uitspraak waar de Raad moest oordelen over een kwestie waarin het bestuursorgaan wel een subsidiair besluit genomen had, keurde de Raad dat echter ten strengste af. Dit betrof een uitspraak in een kwestie waarin een bestuursorgaan primair had geweigerd een ontslagen ambtenaar, die had geweigerd een passende betrekking te aanvaarden (in feite haar eigen betrekking, het betrof een ontslag wegens privatisering) wachtgeld toe te kennen en subsidiair dit wachtgeld wel had toegekend, maar had verminderd met het bedrag van de prijsgegeven inkomsten, waardoor het op nul werd gesteld (CRvB 21 januari 1999, TAR 1999, 42). De ambtenaar had aangevoerd dat dit in strijd was met de rechtszekerheid. De rechtbank Amsterdam had deze wijze van besluitvorming aanvaardbaar geacht, en daarbij overwogen dat het beginsel der rechtszekerheid eerder verplichtte om aldus direct volledig op een aanvraag te reageren dan verhinderde dat een primaire en een subsidiaire weigeringsgrond in een besluit worden opgenomen. De Raad gaf de ambtenaar gelijk en overwoog daarbij dat het hier een primaire weigering en een subsidiaire toekenning betrof. Niet zonder overdrijving stelde de Raad dat hieraan geheel verschillende rechtsgevolgen waren verbonden, en dat deze wijze van besluitvorming in strijd met de rechtszekerheid was, omdat het aldus van de lotgevallen van het primaire besluit afhing of en op welk moment die geheel andere rechtsgevolgen in werking zouden treden (voor een interessante uitspraak ter vergelijking zie CRvB 6 mei 2004, JB 2004, 247, met noot EvdL. Daarin oordeelde de Raad over een wat raar besluit, waarin stond vermeld dat het pas in werking zou treden als de belanghebbende binnen twee weken geen bedenkingen zou indienen. Deed hij dat wel, dan was het geen besluit maar een voornemen. Deed hij dat niet, dan werd het besluit definitief en begon de bezwaartermijn te lopen. Met recht achtte de Raad dit gehussel in strijd met het in de Awb bepaalde omtrent de totstandkoming en bekendmaking van besluiten).

's Raads uitspraak van 21 januari 1999 heeft weinig kreten van bewondering gewekt. Zelf heb ik een noot erover (TAR 1999, blz. 404) besloten met de verzuchting: "Als het nemen van een primair weigeringsbesluit en een subsidiair besluit tot gedeeltelijke weigering in strijd met de rechtszekerheid is, is het vermelden van een bezwaren- of beroepsmogelijkheid dat ook".

Wat daarvan ook zij, de uitspraak leek nog wel toe te laten dat een bestuursorgaan bijvoorbeeld een aanvraag primair op de ene en subsidiair op de andere grond afwees, maar leek effectief te beletten een primair en een subsidiair besluit te nemen waaraan verschillende rechtsgevolgen verbonden waren. Daaronder vielen dan, aldus velen, waaronder ik, subsidiaire ontslaggronden, omdat de gevolgen, met name in de uitkerings sfeer, van een ontslag afhankelijk van de ontslaggrond zeer verschillend kunnen zijn.

4. Daarmee komen wij eindelijk weer bij de in deze noot te bespreken uitspraak. Op 22 februari 2001 verleende het Dagelijks Bestuur van het Stadsdeel Amsterdam Zuid-Oost een ambtenaar strafontslag wegens ernstig plichtsverzuim. Subsidiair, voor het geval het ontslag bij wijze van straf mocht worden vernietigd, verleende het de ambtenaar ontslag bij wijze van ongeschiktheid anders dan uit hoofde van ziekten of gebreken. Hierover oordeelde de Centrale Raad van Beroep in zijn uitspraak van 29 april 2004, TAR 2004, 111. De Raad achtte het plichtsverzuim niet ernstig genoeg voor strafontslag. De Raad meldde monter dat, nu het primair gegeven ontslag geen stand hield, moest worden bezien of het bestreden besluit in rechte stand hield voorzover daarbij subsidiair ongeschiktheidsontslag was verleend. Dat hield het. Betekent dit nu, dat de Raad is teruggekomen van zijn opvattingen over de toelaatbaarheid van subsidiaire besluiten als neergelegd in zijn uitspraak van 21 januari 1999? De Raad zegt hier niets over. De Raad geeft geen overweging in de trant van: "Hier is geen sprake van een verschil in rechtsgevolg, dus het nemen van een subsidiair besluit is hier niet in strijd

met de rechtszekerheid" of juist: "Anders dan in zijn uitspraak van 21 januari 1999 is de Raad thans van oordeel ...", de Raad aanvaardt als vanzelfsprekend het hanteren van de subsidiaire ontslaggrond.

Ik denk zelf dat er wel verschil in rechtsgevolg is. Het gaat wel om een ontslag op een primaire en een subsidiaire grond, maar de gevolgen van dat ontslag zijn verschillend. Weliswaar had het bestuursorgaan in het besluit vermeld dat het, ook als het een ongeschiktheidsontslag zou worden, aan het UWV zou melden dat het van mening was dat geen WW-uitkering moest worden toegekend, maar daar gaat het UWV uiteindelijk natuurlijk zelf over en een ongeschiktheidsontslag geeft toch wat meer kans op een WW-uitkering dan een strafontslag. Verschil in rechtsgevolg, in de zin dat het subsidiaire ontslag eervol is en het primaire oneervol, is er niet, want de toepasselijke rechtspositieregeling kent, anders dan de meeste ambtelijke rechtspositieregelingen, dat onderscheid niet. Niettemin zal het voor de ambtenaar, als hij probeert een andere baan te vinden, verschil maken of hij bij wijze van straf of wegens ongeschiktheid is ontslagen (of dat laatste verschil een verschil in rechtsgevolg is betwijfel ik eigenlijk weer nu ik dit neerschrijf).

Maar goed, zoals gezegd, de Raad vermeldt niet hoe deze uitspraak zich nu verhoudt tot zijn uitspraak van 21 januari 1999. Daarom vind ik dit eigenlijk niet zo'n goede uitspraak. De Raad had hier duidelijker moeten zijn. Ik hoor - ik meldde dit reeds - om mij heen alom gejuich omdat de Raad de subsidiaire ontslaggrond heeft aanvaard, maar ik weet niet helemaal zeker of dat in alle gevallen opgaat is, en, als dat al zo is, of dat wel nieuw is.

5. Het kan zijn (mogelijke opvatting 1) dat de Raad oordeelt dat hij het hanteren van een subsidiaire ontslaggrond aanvaardbaar acht, omdat hij niet langer achter zijn uitspraak van 21 januari 1999 staat. Dan had hij dat er beter bij kunnen zeggen.

Het kan ook zijn (mogelijke opvatting 2) dat de Raad vindt dat een subsidiaire grond (voor ontslag) wel mag omdat ontslag nu eenmaal ontslag is en het primaire en het subsidiaire besluit dus hetzelfde rechtsgevolg teweeg brengen, anders dan het geval is bij een primaire afwijzing van een aanvraag en een subsidiaire gedeeltelijke toekenning. Dat zou in elk geval de schijnbare tegenstrijdigheid tussen 's Raads uitspraken van 31 december 1996 en 21 januari 1999 wegnemen, wat er voor pleit om aan te nemen dat de Raad deze opvatting huldigt. Ik zou het niettemin een wat rare opvatting vinden, want de verschillen in de gevolgen die bijvoorbeeld uit respectievelijk een strafontslag en een ontslag wegens verstoorde verhoudingen voortvloeien zijn enorm, en dus zou het hanteren van een dergelijke primaire en subsidiaire ontslaggrond (wat goed denkbaar is, kijk maar eens naar CRvB 25 augustus 2003, TAR 2004, 2) veel meer inbreuk op de rechtszekerheid meebrengen dan de kwestie waarover de Raad oordeelde in zijn uitspraak van 21 januari 1999. Maar ik kan bij lezing van de uitspraak niet uitsluiten dat die Raad er wel zo over denkt.

Als de Raad mogelijke opvatting 1 of mogelijke opvatting 2 huldigt, betekent zulks dat een subsidiaire ontslaggrond voortaan altijd toelaatbaar is, ook bijvoorbeeld in de combinatie strafontslag-ontslag wegens verstoorde verhoudingen. Heeft de Raad mogelijke opvatting 1, dan kan voortaan op een aanvraag (voor een uitkering of anderszins) ook primair met een afwijzing en subsidiair met een gedeeltelijke toekenning worden besloten. Alleen een gedeeltelijke toekenning, neem ik aan, want een subsidiair besluit waarbij je de aanvraag volledig honoreert als de weigering het niet mocht houden lijkt mij van een verpletterende overbodigheid en komt neer op het zinloos plagen van een ambtenaar. Dat betekent dus ook dat dan voor een subsidiair besluit alleen plaats is als er ook ruimte is om aan het verzoek gedeeltelijk tegemoet te komen: een aanvraag om functieonderhoud primair toewijzen en subsidiair afwijzen kan natuurlijk niet.

Als de Raad mogelijke opvatting 2 huldigt, kan een subsidiaire ontslaggrond worden gehanteerd, maar is het primair afwijzen van een verzoek om bijvoorbeeld een gevraagd bedrag aan schadevergoeding toe te kennen en het subsidiair gedeeltelijk honoreren van dit verzoek nog steeds niet mogelijk.

Maar het kan ook zijn (mogelijke opvatting 3) dat de Raad het hanteren van een subsidiaire ontslaggrond hier alleen toelaatbaar acht omdat er naar zijn mening hier geen relevant verschil in rechtsgevolg aan in de weg staat, nu beide ontslagen gericht waren op het, op ruwe wijze verwijderen van de ambtenaar uit de organisatie zonder dat hem een uitkering zou worden verstrekt. In dat geval zou de in de onderhavige kwestie gehanteerde combinatie van primair strafontslag en subsidiair ongeschiktheidsontslag (met de toevoeging dat je alle zeilen zult bijzetten om te voorkomen dat een uitkering wordt verstrekt) wel toelaatbaar zijn, maar de combinatie van primair strafontslag en subsidiair ontslag wegens verstoorde verhoudingen weer niet. Waarschijnlijk lijkt me dit allemaal niet, maar uitsluiten kan ik het ook niet.

Tenslotte valt zelfs niet uit te sluiten (mogelijke opvatting 4) dat de Raad het werken met een subsidiaire ontslaggrond hier alleen maar accepteert omdat de betreffende rechtspositieregeling geen onderscheid maakt in eervol ontslag bij ongeschiktheidsontslag en oneervol ontslag als het ontslag bij wijze van straf wordt verleend. Het verschil tussen eervol en oneervol ontslag lijkt mij namelijk wel degelijk een relevant verschil in rechtsgevolg. Dan zou de in de hier besproken uitspraak gehanteerde constructie wel mogen in overheidssectoren die het onderscheid eervol-oneervol niet kennen (zoals de provincies) en niet in de sectoren (zoals de gemeenten die de CAR/UWO hanteren) die dat onderscheid wel kennen. Laten we voor de rechtspraak vurig hopen dat mogelijke opvatting 4 niet de opvatting van de Raad is.

Kortom: doordat de Raad het toelaten van het hanteren van een subsidiaire ontslaggrond in deze uitspraak in het geheel niet heeft gemotiveerd, weten we nog niet zo heel erg veel.

6. Nu ik hier toch zit te "somberen" vraag ik me opeens af of we, zelfs als de Raad voortaan het hanteren van een subsidiaire ontslaggrond altijd toelaatbaar acht, daar wel onverdeeld blij mee moeten zijn. Je kunt dan voortaan in zaken die zich daarvoor lenen altijd primair ontslag op grond a en subsidiair op grond b verlenen, maar wil je dat ook altijd? Het grote voordeel, voor beide partijen, is dat je, als het strafontslag onderuit gaat, niet weer jaren hoeft te procederen voor je

weet of het ongeschiktheidsontslag het wel houdt. Maar verzwak je je positie in het beroep tegen het primaire besluit niet als je een subsidiair besluit neemt en daarmee aangeeft dat je twijfels hebt aan de houdbaarheid van het primaire besluit? Een brave rechter - en rechters in dit land zijn ontegenzeggelijk braaf - behoort zich daar bij de toetsing van het primaire besluit niet door te laten leiden. Maar zal hij het niet onbewust toch doen? De rechter weet dan in ieder geval dat het bestuursorgaan van de betrokken ambtenaar af wil, ook als dat wat meer kost (men denke aan een ontslagverlening primair wegens ongeschiktheid en subsidiair wegens verstoorde verhoudingen). Zal de rechter niet in de verleiding komen beide partijen een beetje gelijk te geven (en dikwijls hebben beide partijen een beetje gelijk) door het primaire besluit onderuit te halen en het subsidiaire in stand te laten? In de hier besproken uitspraak is dat laatste precies wat er gebeurd is.

In ieder geval lijkt het voorshands niet aan te raden voortaan in elke ontslagzaak voor de zekerheid maar een subsidiaire ontslaggrond op te voeren.