

Beëindigen arbeidsovereenkomst van criminele werknemer

In meerdere zaken speelde de vraag of een werkgever openheid mag verlangen van een werknemer over diens crimineel gedrag in privé-tijd en of de werknemer verplicht is hierover inlichtingen te verschaffen. In andere zaken werden werknemers ontslagen omdat ze betrokken waren bij criminele activiteiten. Dit artikel leert dat de wetenschap van crimineel gedrag van werknemers niet zonder meer betekent dat de arbeidsovereenkomst beëindigd kan worden.

In het arrest van de Hoge Raad uit 1999¹ speelde in cassatie de vraag of een werkgever het recht heeft naar het strafrechtelijke verleden van een werknemer te informeren en of de werknemer verplicht is desgevraagd hierover inlichtingen te verschaffen. Het betrof hier het strafrechtelijk gedrag van een koerier dat na een vijfjarig dienstverband aan het licht kwam. De werknemer had niet alleen strafrechtelijke veroordelingen van voor zijn dienstverband verzwegen, maar ook veroordelingen die tijdens zijn dienstverband hadden plaatsgevonden. Hij werd geschorst en in cassatie werd de werknemer in het gelijk gesteld. In zijn conclusie voor dit arrest stelde de Advocaat-generaal bij de Hoge Raad dat artikel 8 van het Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), dat het privé-leven omvat, een beperkende werking heeft. De AG maakte onderscheid tussen het strafrechtelijke verleden dat dateert voor de indiensttreding en dat na de indiensttreding. Voorafgaand aan de indiensttreding kan het voor de hand liggen dat de werkgever, gezien de aard van de functie, het strafrechtelijke verleden onderzoekt. *Na* het aangaan van de arbeidsovereenkomst mag de werkgever niet zo maar het strafrechtelijke verleden van voor de indiensttreding onderzoeken. Daarvoor dient een werkgever goede redenen te hebben. Bijvoorbeeld wanneer gedurende de arbeidsovereenkomst serieuze verdenkingen rijzen jegens de werknemer ter zake van met de aard van de werkzaamheden onverenigbare oude strafrechtelijke gedragingen of wanneer de werknemer, en daarmee de werkgever, door berichten in de pers in diskrediet raakt. Wanneer de werknemer het strafrechtelijke gedrag van een werknemer gepleegd *tijdens* de looptijd van de arbeidsovereenkomst onderzoekt mag de werknemer een relevante vraag, die de werkgever redelijkerwijs mag stellen, niet onjuist beantwoorden. Bij een serieuze aanwijzing dat een of meer werknemers bij een overval zijn betrokken, is het redelijk dat de werkgever vragen stelt. Samenvattend is de AG van mening dat het verzamelen van informatie over het strafrechtelijk gedrag door de werkgever *tijdens* de looptijd van de arbeidsovereenkomst eerder een inbreuk op art. 8 EVRM oplevert dan *bij het aangaan* van de arbeidsovereenkomst. Vrij vertaald betekent deze uitspraak dat de *aard van de functie* of de *omstandigheden van het geval* kunnen meebrengen dat tijdens de arbeidsovereenkomst een onderzoek wordt ingesteld naar crimineel gedrag van een werknemer dat buiten werktijd begaan is.

Info bij het OM

Voor specifieke gevallen kan informatie worden ingewonnen bij het Openbaar Ministerie (OM). Het OM mag namelijk gegevens over een individuele strafzaak aan bepaalde “gevoelige” bedrijven/ instellingen (zoals bijvoorbeeld op het gebied van vervoer en transport, telecommunicatie en internet, beveiliging, financiën, onderzoek, onderwijs, kinderactiviteiten, energie, voedselvoorziening) verstrekken, indien een medewerker verdacht

¹ Hoge Raad, 29 oktober 1999, JAR, 255

wordt van een misdrijf, waarvan duidelijk is dat twijfel kan rijzen over diens beroepsmatig functioneren en waarbij dit noodzakelijk is voor de beoordeling van de vraag of rechtspositionele dan wel tuchtrechtelijke maatregelen moeten worden genomen. Dit wordt duidelijk uit de OM-Aanwijzing verstrekking van gegevens aan derden voor buiten de strafrechtspleging gelegen doeleinden. Het verzoek tot informatieverstrekking moet worden ingediend bij het parket dat de strafzaak behandelt. In het kader van de belangenafweging tussen de werknemer en de verzoeker wordt de werknemer over de voorgenomen verstrekking door het Openbaar Ministerie gehoord. Dat betekent voor de werknemer dat de mogelijkheid van bezwaar en beroep open staat als hij of zij het niet eens is met de verstrekking en het aantekenen van verzet tegen de voorgenomen verstrekking vruchteloos was.

Wanneer het verzoek gehonoreerd wordt ontvangt de verzoeker de volgende gegevens: (1) Gegevens over personen over wie een proces-verbaal op het parket in behandeling is genomen. Het betreft verdachten (natuurlijke personen en rechtspersonen), preventief gehechten en veroordeelden; (2) Gegevens met betrekking tot het strafbare feit, waaronder de omschrijving daarvan, het tijdstip van plegen, de locatie en de omstandigheden waaronder het feit gepleegd is; (3) Registergegevens van de zaak, zoals parketnummer en proces-verbaalnummer van de opsporingsinstantie; (4) De datum en de wijze waarop het Openbaar Ministerie de zaak heeft afgedaan (transactie, sepot, dagvaarden); (5) De datum van de behandeling van de zaak ter terechtzitting.

Ter voorkoming van misverstanden wordt opgemerkt dat verzoeken aan het OM om informatie in het kader van pre-employmentscreening niet gehonoreerd worden. Daarvoor is de verklaring omtrent het gedrag in het leven geroepen.

Het hebben van criminele antecedenten wil overigens niet zeggen dat een werkgever de arbeidsovereenkomst met zonder meer kan beëindigen. Dat blijkt uit een aantal uitspraken dat nadien is gewezen en hierna besproken worden.

Liegen bij sollicitatie

Op grond van precontractuele eisen van goede trouw is een sollicitant in beginsel gehouden openheid van zaken te geven en dit geldt zeker als hem/haar daarnaar expliciet wordt gevraagd. Dat neemt overigens niet weg dat het strafrechtelijk verleden tot op zekere hoogte tot het privé-domein van de potentiële werknemer behoort. Die terughoudendheid is dan gebaseerd op art. 8 lid 1 van het EVRM betreffende het recht op privé-leven.² De mededelingsplicht van een potentiële werknemer moet restrictief worden uitgelegd vanwege de kwetsbare situatie waarin de werknemer zich bevindt. Kandidaten zijn daarom niet altijd gehouden anderen te informeren.

Een boekhouder die in 1989 bij zijn werkgever in dienst was gekomen zou tijdens het sollicitatiegesprek hebben verteld dat hij in 1983 bij zijn vorige werkgever, een bank, ontslag had genomen om zijn echtgenote te helpen bij het opzetten van haar eigen zaak. In 1996 ontdekte zijn werkgever echter dat hij destijds door de bank was ontslagen wegens fraudeleus handelen. De werkgever stelde zich op het standpunt dat hij onmogelijk iemand met een dergelijk verleden als boekhouder in dienst kon hebben en besloot de man op staande voet te ontslaan. De boekhouder ontkende onjuiste informatie te hebben verstrekt en vocht het ontslag aan. De kantonrechter wees zijn vordering tot loondoorbetaling af, maar de rechtbank in Breda vernietigde in hoger beroep dit vonnis. Daarbij overwoog de rechtbank onder meer dat de werknemer ruim zeven jaar naar volle tevredenheid van zijn werkgever als boekhouder heeft gefunctioneerd. Zelfs als vaststaat dat hij destijds tijdens het sollicitatiegesprek opzettelijk valse informatie heeft verstrekt, dan nog is dat onvoldoende reden voor een ontslag

² Kantonrechter Assen, 6 maart 2006, Jurisprudentie Arbeidsrecht 71/2006. Het betrof een zaak waarin de werkgever de werknemer verweet een uitgezeten gevangenisstraf en een verblijf in een Tbs-kliniek te hebben verzwegen.

op staande voet. Tegen dit vonnis tekende de werkgever cassatie aan bij de Hoge Raad. Bij de beoordeling van de vraag of er een dringende reden voor ontslag op staande voet bestaat, moeten alle omstandigheden van het geval – in onderling verband en samenhang – in aanmerking worden genomen. De redenering van de rechtbank werd door de Hoge Raad allerminst onjuist of onbegrijpelijk beoordeeld. Het ontslag was onterecht.³

Werknemer door de politie opgepakt

Het ontslaan van een werkgever die door de politie opgepakt is eveneens niet zonder risico. Een werknemer die door de politie was opgepakt had via een vriend zijn werkgever geïnformeerd dat hij die dag niet kon werken. Hij werd op staande voet ontslagen wegens werkweigering. Nadat de kantonrechter had geoordeeld dat het ontslag terecht was, tekende de werknemer hoger beroep aan. Het gerechtshof stelt vast dat de werknemer volgens de ontslagbrief wordt verweten dat hij onder reden of afmelding niet op het werk was verschenen, waardoor het restaurant waar hij als kok werkte 's avonds niet kon openen. Hij had zich echter via zijn vriend met opgaaf van reden afgemeld. Dit betekent dat de aan het ontslag ten grondslag liggende reden feitelijk onjuist is. De werknemer was na een nacht in de cel de volgende dag aan het eind van de middag vrijgelaten. Dat hij die dag ook niet is gaan werken, kan hem volgens het gerechtshof niet worden tegengeworpen. Het is begrijpelijk en niet onredelijk dat iemand die na een nacht in de cel te hebben doorgebracht en pas aan het eind van de middag is thuisgekomen vanwege alle emotie die zo iets nu eenmaal tot gevolg heeft niet meteen weer aan het werk gaat. Onder deze omstandigheden levert het enkele feit dat de werknemer twee dagen heeft verzuimd door detentie op zichzelf beschouwd geen dringende reden voor ontslag op staande voet op.⁴

Een andere zaak betrof een werknemer van de Luchthaven Schiphol. Op 18 januari 2005 wordt hij door de politie aangehouden en op 19 januari krijgt hij van zijn werkgever bericht dat de betaling van zijn salaris met onmiddellijke ingang wordt stopgezet. Begin mei dient de werkgever bij de kantonrechter een verzoek in tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De werkgever (KLM) verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens een dringende reden en subsidiair op grond van verandering in de omstandigheden. De kantonrechter wenst echter niet vooruit te lopen op de uiteindelijke afloop van de strafzaak. Als de werknemer uiteindelijk wordt vrijgesproken zou de ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte zijn geweest. Dat acht de kantonrechter onverantwoord bij een dienstverband van ruim achttien jaren. Als de werknemer toch wordt veroordeeld, kan mogelijk altijd nog tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst worden overgegaan. Volgens de rechter was onvoldoende gebleken dat uitstel van die eventuele ontbinding voor de werkgever onoverkomelijk bezwaarlijk zou zijn. Het salaris van de werknemer wordt immers vanwege de voorlopige hechtenis niet meer uitbetaald en de werkgever moet in staat worden geacht om het tijdelijke gat dat is ontstaan door het wegvallen van de werknemer op te vullen door het inzetten van uitzendkrachten.⁵

Prematuur ontslag

Het beëindigen van de arbeidsovereenkomst op basis van een nog niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis is dus niet zonder risico. De rechter wenst over het algemeen niet vooruit te lopen op de uiteindelijke afloop van een strafzaak. Dat wordt ook door een andere zaak bevestigd. Een beveiligingsmedewerker was in 2004 op staande voet ontslagen, omdat hij wegens mishandeling door de politierechter tot een geldboete was veroordeeld. De werkgever

³ Hoge Raad 11 mei 2001 zaaknummer: c99/238HR, JOL 2001/313 + NJ 2001, 409.

⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 oktober 2006, zaaknummer.: C200500103

⁵ Kantonrechter Haarlem, 7 juli 2005, LJN AU0195

beriep zich onder meer op de cao, op grond waarvan elke betrokkenheid bij een strafbaar feit, anders dan een verkeersovertreding, als dringende reden voor ontslag werd beschouwd. De werknemer vocht ontslag aan. Volgens het gerechtshof mogen werkgevers hoge eisen stellen aan het gedrag van beveiligingsmedewerkers, ook als dit gedrag plaatsvindt in de privésfeer. Het ontslagbesluit was echter prematuur. In hoger beroep werd de werknemer wegens gebrek aan bewijs vrijgesproken van de betreffende mishandeling. Daarmee is de grond voor het ontslag komen te vervallen. Dat de werkgever zich bij zijn ontslagbesluit heeft gebaseerd op een niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de politierechter, dient voor zijn eigen rekening te komen.⁶

In beide gevallen gaat de rechter uit van de onschuldpresumptie. Zolang niet vaststaat dat de verweten gedraging wettig en overtuigend bewezen wordt geacht, gaat het te ver om de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van dringende redenen uit te spreken. Wel kan de loonbetaling worden stopgezet. Dat neemt niet weg dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met een strafrechtelijk verdachte werknemer onder omstandigheden toch gerechtvaardigd kan zijn. Van belang zijn dan niet alleen de bedrijfsbelangen van de werkgever, maar ook belangen van collega's en derden. Aan de volgende bijkomende omstandigheden kan worden gedacht:

- de relatie van de aard van het strafbare feit en de aard van de werkzaamheden⁷;
- de reacties en gevoelens bij collega's of de aantasting van de goede naam van het bedrijf.⁸

In een recente zaak heeft de werkgever geheel in de lijn van het bovenstaande gehandeld en met succes de arbeidsovereenkomst beëindigd. Daarvoor is wel een lange adem nodig. De casus was als volgt:

Werknemer, werkzaam op het beveiligd gebied van Schiphol, werd in 2005 aangehouden op verdenking van de smokkel en invoer van drugs. Hij werd in 2006 uit voorlopige hechtenis ontslagen in afwachting van een strafrechtelijke vervolging. Werkgever stelde werknemer vanaf dat moment te werk buiten het beveiligd gebied, onder voorbehoud dat een strafrechtelijke veroordeling zou kunnen leiden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In 2006 werd werknemer in eerste aanleg en in 2007 in hoger beroep veroordeeld tot een gevangenisstraf in verband met overtreding van de Opiumwet. Werknemer stelt de vervolgens cassatieberoep in. In 2010 werd het cassatieberoep verworpen en werd de werknemer veroordeeld tot drie jaar en tien maanden onvoorwaardelijke gevangenisstraf. Werkgever verzocht ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens een dringende reden, subsidiair wegens veranderingen in de omstandigheden. Werknemer voerde aan dat van een dringende reden noch een verandering in de omstandigheden sprake is, omdat werkgever hem vanaf 2005 steeds te werk is blijven stellen en dat kan blijven doen. Dit verweer werd verworpen, nu onherroepelijk is komen vast te staan dat werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstig misdrijf, te weten het invoeren van cocaïne, en dat hij daarbij gebruik heeft gemaakt van zijn functie bij werkgever. Dit leverde een dringende reden op voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter overwoog dat werkgever zich als goed werkgever heeft gedragen door de uitkomst van de strafrechtelijke procedure af te wachten, alvorens de ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken, en werknemer

⁶ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 28 februari 2006, zaaknummer C0500561/HE, LJN AW4121, JAR 2006/117

⁷ Kantonrechter Eindhoven, 24 november 2003, JAR 2004/6 en Voorzieningenrechter Rotterdam 26 oktober 2006, JAR 2006/278. In het laatste geval was betrokkene werkzaam als "area equipment coordinator bij Maesk en was direct betrokken bij de locatie en beschikbaarheid van lege containers terwijl hij op het werk werd opgepakt en later werd veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van 30 maanden wegens deelname aan een criminele organisatie die tot doel het invoeren van harddrugs in Nederland vanuit Suriname.

⁸ Kantonrechter Nijmegen, 18 december 1998, Prg. 1999, nr. 5133

niet eerder als schuldige aan te merken, dan dat zijn schuld onherroepelijk zou zijn vastgesteld.⁹

Haastige spoed.....

Een werknemer had gesolliciteerd bij een detacheringbureau (werkgever) en zou tewerkgesteld worden bij een bank. Hiervoor diende hij een Verklaring omtrent het gedrag (VOG) af te geven. Tegen het detacheringbureau vertelde hij ooit betrokken te zijn geweest bij een fraude. Hiervoor zou hij zijn vrijgesproken. Dat bleek toch anders te liggen toen na enige maanden bleek dat de VOG niet werd afgegeven. Met deze wetenschap wilde de bank hem niet langer hebben. Het detacheringbureau ontsloeg hem op slaande voet. De kantonrechter oordeelde dat de werkgever zorgvuldiger had moeten handelen. Een bank stelt hoge integriteits-eisen. Van het detacheringbureau had mogen worden verwacht dat zij eerst navraag bij anderen had gedaan alvorens een dienstverband aan te gaan. Ook had het voor de hand gelegen pas een dienstverband aan te gaan nadat de VOG was afgegeven.¹⁰

Concluderend

De werkgever heeft in zijn algemeenheid niet de vrijheid om na het aangaan van de arbeidsovereenkomst inlichtingen in te winnen over anterieure feiten. Dat kan anders zijn indien gedurende de arbeidsovereenkomst serieuze verdenkingen ontstaan terzake van met de aard van de werkzaamheden onverenigbare oude feiten. Zo'n situatie wordt echter niet snel aangenomen. Het ontslaan van een werkgever die door de politie is opgepakt of die zijn gevangenisstraf moet uitzitten is eveneens niet zonder risico.

De meeste kans om criminele werknemers te weren is gedegen pre-employmentscreening. Een kandidaat dient eerlijk te antwoorden als hij in redelijkheid moet kunnen begrijpen dat een strafrechtelijk verleden belemmerend zou kunnen zijn voor de uit te voeren werkzaamheden. Het verdient aanbeveling om al in de functieomschrijving op te nemen dat onbesproken gedrag een functievoorwaarde is en dat dit onmiskenbaar duidelijk gemaakt wordt in de sollicitatiefase. Het verlangen van een VOG voorafgaand aan de daadwerkelijke tewerkstelling is zeker de moeite waard. Als de VOG te lang op zich laat wachten zou de arbeidsovereenkomst uitsluitend moeten worden aangegaan met voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst ontbonden kan worden als de VOG niet binnen een bepaalde periode ter hand gesteld wordt.

⁹

Sector kanton Rechtbank Haarlem, 30 juni 2010 468458 / AO VERZ 10-337, LJN: BN0971

¹⁰

Kantonrechter Lelystad, 18 november 2006, zaaknummer 323027 CV 06-8666