

Arbeidsrecht

TRA 2023/91

Hoge Raad (Civiele kamer) 7 juli 2023, 23/01806
m.nt. mr. dr. N. Hummel

Art. 46ca Wvra

V-N Vandaag 2023/1597

V-N 2023/33.29

TAR 2023/62

ECLI:NL:HR:2023:1019

De berispte raadsheer.

Feiten

In 2020 startte bij de rechtbank Den Haag de strafzaak tegen de MH17-verdachten. Betrokkene werkte destijds als raadsheer bij de afdeling strafrecht van het gerechtshof Den Haag, dat een eventueel hoger beroep zou behandelen. In 2021 publiceerde haar broer onder een pseudoniem een boek over het MH17-onderzoek. Daarin beschrijft hij dit onderzoek als een door tunnelvisie of corruptie tot stand gekomen *cover-up*. Doel van het boek is dat de rechtszaak wordt voortgezet met andere officieren van justitie en tegen andere verdachten. De raadsheer vergezelde haar broer toen hij zijn boek verspreidde onder officieren van justitie en rechters die belast waren met de MH17-zaak. Later heeft zij het boek met eigen leeswijzer ook zelf doen toekomen aan de leider van het onderzoeksteam en de advocaat-generaal. In een anonieme begeleidende brief onderschreef zij de bevindingen van haar broer en zette zij zich af tegen het in de rechtszaak gepresenteerde scenario. In een gesprek met de advocaat-generaal in februari 2023 onthulde de raadsheer dat haar broer de auteur van het boek is. Naar aanleiding van dit gesprek heeft de president van het hof de procureur-generaal bij de Hoge Raad (P-G) verzocht om een vordering in te stellen tot het opleggen van een disciplinaire maatregel (art. 46o Wvra).

Oordeel Hoge Raad

De procureur-generaal vordert dat de Hoge Raad de raadsheer een schriftelijke berisping oplegt (art. 46ca lid 1 onder a Wvra). De Hoge Raad stelt voorop dat het een rechterlijk ambtenaar in beginsel vrijstaat om buiten de rechtszaal een eigen mening te uiten. Deze vrijheid van meningsuiting is echter niet onbeperkt: 'Een rechterlijk ambtenaar dient bij de uitoefening van haar of zijn uitingenvrijheid rekening te houden met de invloed van die uitingen, in het bijzonder voor zover deze uitingen vragen kunnen doen rijzen over de invloed daarvan op het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht.'

De Hoge Raad rekent het betrokkene aan dat zij zich als raadsheer heeft gemengd in een bij het betreffende res-sort lopende strafzaak met grote maatschappelijke impact. De verstrekking van het boek, haar eigen begeleidende brief en leeswijzer hadden volgens de Hoge Raad onmiskenbaar de bedoeling om de overtuiging van de bij de rechtszaak betrokken rechters en de loop van de rechtszaak te beïnvloeden. Met haar handelwijze heeft betrokkene het vertrouwen in het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht ondermijnd en ernstig nadeel toegebracht aan de goede gang van zaken bij de rechtspraak en het in de rechtspraak te stellen vertrouwen. Vanwege de aard en de ernst van haar handelen acht de Hoge Raad het opleggen van een disciplinaire maatregel gerechtvaardigd. Omdat betrokkene inzicht heeft getoond in de onaanvaardbaarheid van haar handelen, niet meer werkzaam is bij de afdeling strafrecht en al sinds 1997 als raadsheer werkzaam is en niet eerder tuchtrechtelijk is gestraft, blijft het bij een schriftelijke berisping.

Commentaar

1. Het komt maar zelden voor dat aan een rechter een disciplinaire maatregel wordt opgelegd. Uit het jaarverslag 2022 blijkt bijvoorbeeld dat de schriftelijke berisping in de periode 2018-2022 slechts vijf keer is opgelegd aan (plaatsvervangend) rechters en raadsheren. Toch oogt een berisping in dit geval vrij mild, mede gelet op de maatschappelijke impact van de MH17-zaak. In de media trok de beslissing veel aandacht en werd onder meer de vraag gesteld waarom 'zo'n wappie kan blijven zitten' (o.a. 'Hoge Raad berispt rechter die complottheorie MH17 verspreidt', *bnr.nl* 11 juli 2023). Enkele weken na de berisping heeft de raadsheer zelf ontslag genomen ('Haagse rechter die MH17-zaak wilde manipuleren neemt ontslag', *fd.nl* 24 juli 2023).
2. Ter uitvoering van art. 116 lid 4 van de Grondwet is het tuchtrechtelijk toezicht op rechters geregeld in hoofdstuk 6A van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wvra). De disciplinaire maatregelen staan limitatief opgesomd in art. 46ca lid 1 Wvra: schriftelijke berisping, inhouding van salaris tot een bedrag van ten hoogste het salaris over een halve maand, (voorwaardelijke) schorsing voor de duur van ten hoogste drie maanden en ontslag. Voor 2018 waren de schriftelijke waarschuwing of strafontslag de enige disciplinaire maatregelen. In de praktijk bleek behoefte aan een gedifferentieerd sanctiestelsel ten aanzien van rechters. Dat sluit aan bij het arrest *Oleksandr Volkov/Oekraïne*, waarin het EHRM uit art. 6 lid 1 EVRM eisen afleidt voor het systeem van tuchtrecht voor rechters, waaronder 'an appropriate scale of sanctions for disciplinary offences and (...) rules ensuring their application in accordance with the principle of proportionality' (EHRM 9 januari 2013, nr. 21722/11, par. 182; *Kamerstukken II* 2013/14, 33861, nr. 6).
3. Een disciplinaire maatregel kan alleen worden opgelegd naar aanleiding van de in art. 46c Wvra omschreven vormen van ongeoorloofd gedrag van rechters, met name (onder a) verwaarlozing van de waardigheid van zijn ambt

en (onder c) het toebrengen van ernstig nadeel aan de goede gang van zaken bij de rechtspraak of het in haar te stellen vertrouwen. Een rechterlijke uitspraak die leidt tot grote maatschappelijke verontwaardiging kan dus niet om deze reden leiden tot een straf (o.a. J.W. Fokkens, 'P-G Hoge Raad: Ontslag rechter na onjuiste beslissing niet mogelijk', *NJB* 2009/2180). In de onderhavige zaak had de raadsheer volgens de Hoge Raad 'het vertrouwen in het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht ondermijnd' (onderdeel c). Dat mondt uit in een schriftelijke berisping. Een schriftelijke berisping kan worden opgelegd door de president van de rechtbank of het gerechtshof (bijv. Rb. Zwolle-Lelystad 19 september 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BT1848 over de schriftelijke waarschuwing) of door de Hoge Raad. Dit laatste zal volgens de wetgever over het algemeen als zwaarder worden ervaren (*Kamerstukken II* 2013/14, 33861, nr. 3, p. 12). Tegen de beslissing van de president staat beroep open bij de Centrale Raad van Beroep; tegen die van de Hoge Raad staat geen rechtsgang open.

4. De vierde kamer van de Hoge Raad neemt de beslissing op vordering van de P-G (art. 46o lid 1 Wvra). Dat de Hoge Raad in dit geval een overweging wijdt aan de vraag 'welke maatregel passend en geboden is' (r.o. 4.5), sluit aan bij art. 46p lid 4 Wvra: 'De Hoge Raad beslist bij met redenen omkleed arrest'. Wel roept dit de vraag op of de Hoge Raad buiten de vordering van de P-G mag treden. De wet(sgeschiedenis) biedt geen antwoord. Ik meen dat de Hoge Raad hier voorzichtig mee moet omgaan. In de procedure bij de P-G en Hoge Raad zal betrokkene in beginsel zijn zienswijze resp. mening geven over de (voorgenomen) vordering van de P-G (art. 46o lid 3 resp. art. 46p lid 2 Wvra). Daarbij komt dat de beslissing van de Hoge Raad (als tuchtinstantie) niet voor hoger beroep vatbaar is en in de literatuur al twijfels worden geuit of de procedure voldoet aan de eisen van art. 6 EVRM, omdat de rechterlijke toetsing feitelijk samenvalt met de beslissing (P.P.T. Bovend'Eert, *Rechter, rechterlijke organisatie en rechtspraak in de democratische rechtsstaat (Staats- en bestuursrecht Wetenschap)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 327-328).

5. Bij de beoordeling van de strafmaat hebben de persoonlijke omstandigheden kennelijk een belangrijke rol gespeeld, onder meer dat de raadsheer reeds een overplaatsing binnen het gerechtshof had aanvaard; 'volgens ingewijden' naar het team Belastingrecht ('Hoge Raad berispt rechter om poging tot ondermijning MH17-proces', *FD* 11 juli 2023, p. 15). Ook weegt mee dat de raadsheer niet eerder tuchtrechtelijk was gestraft – net als vrijwel alle andere rechters en raadsheren. Bij mij roept de beslissing de vraag op of er überhaupt situaties denkbaar zijn waarin zwaardere maatregelen zoals de strafschoring of strafontslag passend kunnen zijn. De wet(s)geschiedenis bevat geen voorbeelden van situaties waarin de disciplinaire schorsing kan worden opgelegd. 'Dergelijke voorbeelden zijn op voorhand niet makkelijk te geven', aldus de wetgever (*Kamerstukken II* 2013/14, 33861, nr. 4, p. 5-6). Bedoeling is dat de schorsing 'sterker disciplinerend' werkt dan de schriftelijke berisping. Uit de jaarverslagen

blijkt dat de strafschoring tot op heden nog niet is opgelegd aan rechters en raadsheren. Wel werd een raadsheer in het gerechtshof te Leeuwarden bij wijze van ordemaatregel geschorst, toen hij werd vervolgd wegens mishandeling van zijn toenmalige vriendin (art. 46f lid 2 onder a Wvra; zie HR 7 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AX8879). Strafontslag speelt in de praktijk geen rol van betekenis. Mogelijke verklaring is dat de rechter de eer aan zichzelf houdt. De raadsheer uit Leeuwarden bijvoorbeeld, nam nog voor zijn veroordeling tot een taakstraf zelf ontslag ex art. 46h lid 1 Wvra (*De Volkskrant*, 7 juni 2006, p. 3). Overigens is ook ontslag wegens 'ongeschiktheid voor het vervullen van het ambt' uiterst zeldzaam. Volgens de Hoge Raad mag 'het instrument van ongeschiktheidsontslag van een rechterlijk ambtenaar niet worden aangewend op een manier die de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht ook maar enigszins bedreigt' (HR 15 december 2009, ECLI:NL:HR:BK6646, r.o. 3.7; zie ook *NJ* 2022/120 over ontslag van 'spookplaatsvangers').

6. Opvallend is dat de Hoge Raad de zaak plaatst in het licht van de vrijheid van meningsuiting, maar er verder niet bij stilstaat dat art. 7 van de Grondwet, anders dan art. 10 lid 2 EVRM, voor beperkingen daarop een *formele* wet vereist. Voor ambtenaren is dat art. 10 lid 1 van de Ambtenarenwet 2017: 'De ambtenaar onthoudt zich van het openbaren van gedachten of gevoelens (...), indien door de uitoefening van deze rechten de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met zijn functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd.' Deze norm werd bijvoorbeeld aan een Nijmeegse trouwambtenaar tegengeworpen, nadat deze zich in een interview met De Gelderlander kritisch had uitgelaten over het coronabeleid van de gemeente en een brui- loft met dertig aanwezigen 'uitlokking' had genoemd (Rb. 17 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3599). De Ambtenarenwet 2017 is echter niet van toepassing op rechters (art. 3 AW 2017). In art. 43 Wvra is een vergelijkbare bepaling opgenomen voor niet voor het leven benoemde rechterlijke ambtenaren, bijvoorbeeld gerechtsauditeurs. De wetgever meende dat deze beperkingen niet kunnen gelden voor de voor het leven benoemde rechterlijke ambtenaren in verband met de vereiste onafhankelijkheid van de rechterlijke macht (*Kamerstukken II* 1994/95, 24220, nr. 3, p. 20).

7. In dit geval had de Hoge Raad deze omissie in de Wvra kunnen omzeilen door een algemene beperkingsgrondslag te zoeken in de regeling inzake disciplinaire maatregelen van hoofdstuk 6A Wvra. Volgens Bovend'Eert valt uit art. 46c Wvra af te leiden 'dat de rechter bij publieke uitingen acht moet slaan op het vereiste van rechterlijke onpartijdigheid, het belang van de waardigheid van het ambt (het gezag van de rechter) en het vertrouwen in de rechtspraak' (P.P.T. Bovend'Eert, a.w., par. 8.10). Eerder voerde Centrale Raad van Beroep de bevoegdheid om een alcoholverbod op te leggen aan boord van een marineschip zelfs terug op de gezagsbevoegdheid (CRvB 3 mei 2002, ECLI:NL:CRVB:2002:AE4696). Deze constructie is echter niet zonder kritiek (o.a. *AB* 2002, 346, m.nt. E.M. Vogele-

zang-Stoute; E. Geurink, 'Ambtenaren en grondrechten', in: J. Gerards en C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, § 8 en 9). Het zou dan ook fraaier zijn als de wetgever zou voorzien in een specifieke wettelijke grondslag.

8. De vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM geldt in beginsel ook voor rechters, maar zij moeten terughoudend zijn bij de uitoefening van die vrijheid wanneer het gezag en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in het geding kunnen komen: *The Court has on many occasions emphasised the special role in society of the judiciary, which, as the guarantor of justice, a fundamental value in a law-governed State, must enjoy public confidence if it is to be successful in carrying out its duties* (EHRM 23 juni 2016, nr. 20261/12, *Baka t. Hongarije* (GK), par. 164). Bij de beoordeling van de zwaarte van de opgelegde maatregel moet rekening worden gehouden met het *chilling effect*, waardoor niet alleen de rechter, maar de gehele beroepsgroep ontmoedigd kan worden in de uitoefening van het grondrecht (EHRM 13 november 2008, nrs. 64119/00 en 76292/01, *Kayasu t. Turkije*, par. 107). Er moet dus steeds een balans worden gezocht tussen vrijheid en terughoudendheid.

9. Een rechter kan een (levens)overtuiging aanhangen die afwijkt van die van de meerderheid – of zelfs doorgaat als complottheorie. Het wordt problematisch indien deze mening publiekelijk wordt uitgedragen en de rechter kan worden tegengeworpen in lopende of toekomstige zaken, of, zoals in deze zaak, wordt opgedrongen aan collega's van een rechtbank binnen het hofressort, om een lopende zaak te beïnvloeden. Een religieuze rechter bijvoorbeeld, die collega's en procespartijen wierf voor haar kerk en tijdens de rechtszitting openbaar bad, zaaide volgens het EHRM twijfel over haar onpartijdigheid en tastte het gezag van de rechterlijke macht aan (EHRM 8 februari 2001, 47936/99, *Pitkevich t. Rusland*). Dit uitgangspunt is ook terug te vinden in de Gedragscode Rechtspraak (art. 2 en 7), zoals uitgewerkt in de Gedragscode onafhankelijkheid en de Leidraad Onpartijdigheid en nevenfuncties in de rechtspraak (par. 2) – informele gedragsregels die de Hoge Raad links laat liggen. 'Een rechter die zich van zijn persoonlijke opvattingen bewust is, zal in het algemeen in staat moeten zijn zich hiervan zodanig te distantiëren dat deze opvattingen zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid, de essentialia voor een eerlijk proces, niet in de weg staan', aldus de Leidraad Onpartijdigheid. Dat de raadsheer hier in het onderhavige geval niet in is geslaagd, staat als een paal boven water.

Mr. dr. N. Hummel

TRA 2023/92

Rechtbank Rotterdam 12 mei 2023, 10311430

VZ VERZ 23-1077

m.nt. mr. D. Schwartz

Art. 7:670 lid 4 BW, Art. 7:670b lid 6 BW

ECLI:NL:RBROT:2023:4688

Ontbinding afgewezen vanwege OR-lidmaatschap.

Feiten

De ondernemingsraad van de Consumentenbond doet een oproep aan de werknemers om zich kandidaat te stellen voor de verkiezingen voor een aantal vacante zetels. Een werknemer die 'reservekandidaat' is stelt zich op het standpunt dat hij bij een vacante zetel direct plaats kan nemen in de ondernemingsraad. De ondernemingsraad vindt dat door het opstappen van drie leden een uitzonderlijke situatie is ontstaan en besluit op grond van het vernieuwde reglement om verkiezingen te organiseren. De werknemer kan zich daar niet in vinden en kondigt aan een juridische procedure te zullen starten om toelating tot de ondernemingsraad te bewerkstelligen. De voorzitter van de ondernemingsraad geeft daarop aan dat de ondernemingsraad geen juridische procedure wenst en dat de werknemer alsnog welkom is.

De werknemer gaat daarop in, maar geeft wel aan tot op de bodem te willen uitzoeken wie hem buiten de ondernemingsraad heeft willen houden. Enkele dagen later ontvangt de voorzitter van de ondernemingsraad een e-mail van de directeur belangenbehartiging. De strekking van die e-mail is dat de directeur van mening is dat de werknemer niet geschikt is om lid van de ondernemingsraad te zijn, omdat hij niet beschikt over een bereidheid tot samenwerking en zelfreflectie. Het verzoek wordt gedaan het kandidaat-lidmaatschap niet om te zetten in benoeming tot lid.

Niet lang daarna geeft de Consumentenbond aan de arbeidsovereenkomst met de werknemer te willen beëindigen en noemt als aanleiding daarvoor de communicatie tussen hem en de leden van de ondernemingsraad over zijn lidmaatschap. De Consumentenbond dient vervolgens een ontbindingsverzoek in.

Oordeel kantonrechter

De kantonrechter oordeelt dat, gelet op de aanleiding van het ontbindingsverzoek en het bezwaar van de directeur van de Consumentenbond tegen het alsnog toetreden van de werknemer tot de ondernemingsraad, het ontbindingsverzoek niet los is te zien van het (uiteindelijk tot stand gekomen) lidmaatschap van de ondernemingsraad. Er hebben weliswaar meer discussies plaatsgevonden tussen de werknemer en de Consumentenbond, maar de commu-