

# Verklaring Omtrent Gedrag in het arbeidsrecht: van schijnzekerheid naar waarborg (?)

*ArbeidsRecht* 2014/26

Mede als gevolg van recente zedenzaken rondom Benno L. en Robert M. heeft de Verklaring Omtrent Gedrag ('VOG') aan populariteit gewonnen. De vraag is of afgifte van een VOG ook werkelijk de beoogde zekerheid biedt dat er geen werknemers in dienst treden en reeds in dienst zijn met een verleden dat belastend is voor de uitoefening van de functie. In dit artikel zal aan de hand van praktijkvoorbeelden, in het licht van de aanvang, de looptijd en het beëindigen van het dienstverband, het juridisch kader van de VOG worden geanalyseerd.

## Definitie en het juridisch kader van de VOG

De VOG is – kort gezegd – bedoeld als middel om de integriteit van natuurlijke personen te beoordelen. Deze beoordeling vindt volgens de Wet Justitiële en Strafvorderlijke Gegevens ('WJG') plaats middels onderzoek naar het justitieel verleden van de aanvrager.<sup>2</sup> Object van het onderzoek is de informatie die in het Justitieel Documentatiesysteem ('JDS') is geregistreerd. In het JDS worden uitsluitend misdrijven, (ernstige) overtredingen, evenals rapportages van onderzoek naar de psyche, het gedrag en de leefomstandigheden van natuurlijke personen, zoals rapportages van de Raad voor de Kinderbescherming en de Reclassering, geregistreerd. Het betreft zowel de gegevens die in Nederland, als in andere EU-landen op naam van de aanvrager zijn geregistreerd. De beoordeling wordt uitgevoerd door Dienst Justis, onderdeel van het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Het beoordelingskader is uitgewerkt in de Beleidsregels VOG NR-RP 2012 ('Beleidsregels VOG').<sup>3</sup>

Er wordt door Dienst Justis teruggekeken tot vier jaar vóór de datum van de aanvraag. Bij wet kunnen voor specifieke functies met hogere integriteitseisen langere termijnen worden voorgeschreven. Bijvoorbeeld voor een beëdigde tolk, vertaler en een bijzondere opsporingsambtenaar is 'de terugkijktermijn' tien jaar. Een restrictie van deze termijn geldt niet bij veroordeling in verband met een zedendelict: de registratie daarvan wordt altijd betrokken in de beoordeling, waarbij nadrukkelijk zal worden gekeken of er in de functie waarvoor de VOG wordt aangevraagd sprake is van een afhankelijkheidsrelatie.<sup>4</sup>

De beoordeling van een VOG-aanvraag is een 'getrapte' procedure. Indien de aanvrager niet in het JDS voorkomt zal de VOG worden afgegeven. Indien de aanvrager wél in het JDS

voorkomt, zal Dienst Justis de aanvraag aan twee criteria toetsen: het 'objectieve criterium' en het 'subjectieve criterium'.<sup>5</sup>

## Het objectieve criterium

Op basis van het objectieve criterium beoordeelt Dienst Justis of het geregistreerde delict bij recidiveren de behoorlijke uitvoering van de (beoogde) functie onevenredig zou kunnen belemmeren, omdat er een risico voor de samenleving zou kunnen ontstaan. Let wel, Dienst Justis maakt geen inschatting van de kans dat de aanvrager recidiveert en ook is het niet van belang of het delict al dan niet in de privésfeer heeft plaatsgevonden. Doorslaggevend is of er bij recidive *sec* een risico bestaat voor de samenleving, kijkend naar het doel van de aanvraag en de aard van het gepleegde delict.

Voor de vaststelling of er een risico is, zijn er verschillende risicogroepen met bijbehorend screeningsprofiel gedefinieerd.<sup>6</sup> Denk hierbij aan het risicoprofiel werken met kwetsbare doelgroepen (zoals minderjarigen en ouderen), het omgaan met privacygevoelige informatie en het omgaan met geld. De risico's zijn in dit verband onder meer zedendelicten, witwassen, afpersing en diefstal.

Als de uitkomst van toetsing aan het objectieve criterium is dat de VOG-aanvraag dient te worden afgewezen, dan heeft de aanvrager mogelijk nog een escape via toetsing aan het subjectieve criterium.

## Het subjectieve criterium

Toetsing op deze grondslag is feitelijk een belangenafweging. Met andere woorden: de aanvraag zal uitsluitend (alsnog) worden gehonoreerd als vast komt te staan dat het belang van de aanvrager evident zwaarder weegt dan het belang van de samenleving. Omstandigheden die in dit verband 'ten gunste' van de aanvrager kunnen worden betrokken, zijn de wijze waarop een strafzaak is afgedaan, het tijdsverloop sinds het laatste delict, het aantal delicten dat is geregistreerd en de minderjarigheid bij het plegen van een delict. Dienst Justis kan bij deze toetsing meer gegevens opvragen dan alleen de gegevens uit het JDS, bijvoorbeeld ook bij politie, het Openbaar Ministerie en de Reclassering (zoals dagrapportages en processen verbaal, waarbij het niet relevant is of de aanvrager op basis van die documentatie is vervolgd).<sup>7</sup>

Toetsing aan dit criterium leidt bij hoge uitzondering tot afgifte van de VOG. In de praktijk is dat dan voornamelijk het geval bij minderjarigen. Dit mede ingegeven door de maatschappelijk gedragen opvatting dat een minderjarige

1 Mr. J.S. van der Landen en mr. F.T. Verlaan zijn advocaat arbeidsrecht bij CMS te Utrecht.

2 Art. 28 Wjsg, Stb. 2004, 315..

3 Stcrt. 2012, 16054.

4 Par. 3.1 Beleidsregels VOG.

5 Par. 3.2 en par. 3.3 Beleidsregels VOG.

6 Screeningsprofielen zijn in een richtlijn opgenomen, toegankelijk via <<https://www.justis.nl/producten/vog/documenten/>>.

7 Art. 36 WJG en par. 3.3. Beleidsregels VOG.

een toekomst moet kunnen opbouwen door een opleiding te volgen en een baan te kunnen vinden.<sup>8</sup>

### Procedure van aanvraag

De VOG kan worden aangevraagd in de woongemeente of rechtstreeks (digitaal) bij Dienst Justis. De doorlooptijd van een aanvraag is vier tot acht weken. De kosten verbonden aan de VOG zijn rond de € 30,-, voor natuurlijke personen. Als blijkt dat er grond is voor afwijzing van de aanvraag, ontvangt de aanvrager een brief van Dienst Justis met daarin een toelichting op de voorgenomen afwijzing. De aanvrager kan hierop reageren door binnen twee weken een zienswijze in te dienen. Vervolgens neemt Dienst Justis een definitieve beslissing op de aanvraag. Het besluit op de aanvraag kwalificeert als een beschikking in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Tegen de beschikking kan de aanvrager binnen zes weken na afgiftebezwaar maken. In principe wordt er binnen zes weken door de Dienst Justis op het bezwaar beslist. Bij een afwijzing van het bezwaar kan de aanvrager binnen zes weken beroep instellen bij de bestuursrechter en hoger beroep bij de Raad van State. Ook kan de aanvrager (tussentijds) een voorlopige voorziening vragen.<sup>9</sup>

### De praktische uitwerking van de VOG

Gelet op het voorgaande kent de VOG een stringent juridisch kader. De vraag is echter wat daarvan nu de uitwerking in de praktijk is. Met andere woorden, biedt de VOG de zekerheid die het instrument impliceert? In dit verband valt op dat het beschikken over een VOG niet in iedere sector bij wet verplicht is en uitsluitend werknemers in de kinderopvang en taxichauffeurs – vanaf 2013 – continu worden gescreend. Die screening houdt in dat er vierentwintig uur per dag via een geautomatiseerd 'piepsysteem' wordt gecontroleerd of er geen delicten zijn gepleegd die zijn geregistreerd in het JDS. Bij registratie krijgt in de kinderopvang de toezichthouder GGD Nederland een melding die direct met de werkgever wordt gedeeld. Voor taxichauffeurs wordt deze melding doorgegeven aan de Inspectie voor Leefomgeving en Transport. In beide situaties zal de betrokkene volgens de hiervoor beschreven procedure direct een nieuwe VOG moeten aanvragen. Wordt de VOG geweigerd, dan is er een direct verbod om de bedongen functie nog langer te verrichten.<sup>10</sup> Dit laatste impliceert het einde van het dienstverband, maar deze gevolgtrekking is niet bij wet geregeld.

### VOG bij aanvang en beëindigen van het dienstverband

Nog voor het dienstverband aanvangt, kan de werkgever toekomstige veiligheidsrisico's voorkomen. Het codewoord is screening. Wie haal je als werkgever binnen en is diens

verleden niet belastend voor de beoogde functie? Het screenen van sollicitanten lijkt met media als Google, Facebook en LinkedIn wellicht makkelijker te zijn geworden. Lijkt, want over het algemeen zullen sollicitanten zich via deze media selectief en zo positief mogelijk profileren. Goede screening vereist meer, waarbij het van belang is om te beseffen dat het instrumentarium niet onbegrensd is, maar wordt ingekaderd door het fundamentele recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Het instrumentarium dat met het arrest van de Hoge Raad inzake *Mijnals/NDSM* is geconcretiseerd en er in de kern op neerkomt dat indien een sollicitant weet of behoort te weten dat het (strafrechtelijk) verleden hem ongeschikt maakt voor de functie waarnaar hij solliciteert, er ter zake een mededelingsplicht op hem rust.<sup>11</sup> A contrario geredeneerd betekent dit dat een werkgever uitsluitend gerichte vragen aan de sollicitant kan stellen over aspecten van de functie die voor de uitoefening werkelijk relevant zijn. Dit toont het belang om (parallel) een goede referentiecheck uit te voeren.

De Sollicitatiecode van de Nederlandse vereniging voor Personeelsmanagement en Organisatieontwikkeling ('NVP') biedt in dit verband praktische handvatten.<sup>12</sup> Een belangrijk instrument ontbreekt in deze Sollicitatiecode: de VOG. De VOG heeft vanzelfsprekend een eigen juridisch kader, maar het is nu juist zo van belang om dit instrument ook in de sollicitatieprocedure te verankeren. Gebeurt dit niet, dan is het ontbreken van de toets door een onafhankelijke derde *an sich* een risicoscheppende factor.

Illustratief is de situatie van een basisarts die werkzaam was in de ouderenzorg in Enschede. Deze arts had 'een gat in zijn CV'. De werkgever wist dit tijdens de sollicitatie, maar heeft hierop niet doorgevraagd en heeft de basisarts aangenomen. Na enige tijd in dienst bleek dat de arts onherroepelijk was veroordeeld tot vijftien jaar gevangenisstraf vanwege het feit dat hij twee junks had ingeschakeld om zijn ex-echtgenote in brand te steken. De arts is op non-actief gesteld. In kort geding vorderde hij wedertewerkstelling. De vordering werd toegewezen: de arts hoefde aldus de voorzieningenrechter het strafbare feit niet uit zichzelf te melden.<sup>13</sup> Kort daarop volgde de beschikking in de (voorwaardelijke) ontbindingsprocedure. De ontbinding werd uitgesproken: de arts had het strafbare feit aldus deze kantonrechter wél moeten melden, omdat de informatie van invloed was op de eisen die aan een arts, werkzaam met een kwetsbare doelgroep, worden gesteld.<sup>14</sup> Het verplichten van de arts om al vóór indiensttreding een VOG te verstrekken had de werkgever in een situatie als deze (eerder) het gewenste inzicht kunnen verschaffen in de persoon van de arts en de mogelijke bezwaren voor het toekomstige functioneren.

Doorredenerend is de vraag opportuun of in een dergelijke situatie een ontbindende voorwaarde de werkgever uitkomst zou hebben geboden. Is een ontbindende voorwaarde

8 C.A. Knappe en B.A.A. Postma, in: *Handboek Strafzaken*, Deventer: Kluwer, hfdst. 111.4 (online, laatst bijgewerkt op 26 maart 2013).

9 Art. 29 Wvsg jo. art. 1:3 lid 2 Awb.

10 Art. 1.50 lid 3 Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen en art. 5 lid 1 sub a Wet personenvervoer 2000.

11 HR 20 maart 1981, NJ 1981/507, r.o. 3.

12 Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement en Organisatieontwikkeling, *NVP Sollicitatiecode 2006*.

13 Ktr. Enschede 29 januari 2013, JAR 2013/58.

14 Ktr. Enschede 18 februari 2013, JAR 2013/80.

gelet op het gesloten stelsel van het ontslagrecht en het belang van de rechtszekerheid wel mogelijk?

De wet geeft op deze vraag geen antwoord. De Hoge Raad heeft ter zake wel enige duidelijkheid geschapen.<sup>15</sup> Indien er aan drie voorwaarden is voldaan, kan het overeenkomen van een ontbindende voorwaarde gerechtvaardigd zijn:

- i. de ontbindende voorwaarde mag niet in strijd zijn met het gesloten stelsel van ontslagrecht;
- ii. de vervulling van de ontbindende voorwaarde dient objectief bepaalbaar te zijn en dient niet afhankelijk te zijn van de wil of de subjectieve waardering van een van de contractpartijen;
- iii. na de vervulling van de ontbindende voorwaarde kan er feitelijk geen invulling meer worden gegeven aan de arbeidsovereenkomst ('lege huls').

De nadruk in de beoordeling ligt op de eerste twee criteria. Het eerste criterium is geen onneembare horde: er is bij verplichtstelling van een VOG geen sprake van een situatie waarin buiten medeweten van de werknemer om de dwingend rechtelijk voorgeschreven arbeidsrechtelijke bescherming wordt doorkruist. Ook aan het tweede criterium zal worden voldaan. Dienst Justis toetst als onafhankelijke derde, op basis van een wettelijk voorgeschreven toetsingskader, of er een VOG wordt afgegeven. De werkgever en/of de (potentiële) werknemer kunnen hierop geen invloed uitoefenen.

Het voorgaande neemt niet weg dat de formulering van de ontbindende voorwaarde cruciaal is. Illustratief in dit kader is een uitspraak van de kantonrechter Delft.<sup>16</sup> De werkgever leek op de goede weg: een ontbindende voorwaarde opgenomen in de arbeidsovereenkomst met een groepsleider in de welzijnssector, inhoudende dat het dienstverband zou eindigen bij het niet (langer) kunnen beschikken over een VOG. Het beroep van de werkgever op het intreden van de ontbindende voorwaarde stuitte echter af op het tweede criterium. In de arbeidsovereenkomst was het moment van intreden van de ontbindende voorwaarde onder meer door de tekst '*bij weigering van afgifte van de VOG binnen de gangbare termijn*' onvoldoende bepaald. Het einde van het dienstverband was (daarmee) mede afhankelijk van het subjectieve oordeel van de werkgever. De arbeidsovereenkomst had een uiterste datum moeten bevatten waarop de VOG diende te zijn verstrekt, rekening houdend met de doorlooptijd van de aanvraagprocedure, en volstrekt duidelijk had moeten zijn dat de arbeidsovereenkomst bij gebreke van (tijdige) afgifte per directen van rechtswege zou eindigen.<sup>17</sup> Het is van belang om ondubbelzinnig vast te leggen wat het verband is tussen de aard en inhoud van de functie en het kunnen beschikken over een VOG. Om de ontbindende voorwaarde 'sluitend' te maken is het tot slot van belang om in de arbeidsovereenkomst op te nemen dat

de (potentiële) werknemer verplicht is om – onverwijld – melding te maken van omstandigheden die er toe zouden kunnen leiden dat er niet opnieuw een VOG zou kunnen worden verkregen. Echter, ook als de ontbindende voorwaarde sluitend is geformuleerd, is het cruciaal dat er aldus wordt gehandeld, dat wil zeggen: nadat duidelijk is dat een werknemer niet over een VOG kan beschikken, dient hij niet meer te werk te worden gesteld.<sup>18</sup>

Het derde criterium van de Hoge Raad resteert. Ondanks het feit dat dit criterium niet doorslaggevend is, kan het in de praktijk een beroep op een ontbindende voorwaarde compliceren. Een, al dan niet onherroepelijke, strafrechtelijke veroordeling kan gelet op de aard en ernst van het delict een grond zijn om een VOG te weigeren. Kantonrechters zullen mede gelet op onder meer het arrest van de Hoge Raad van 17 december 2010 terughoudend zijn bij het 'toestaan' van een beroep op de ontbindende voorwaarde, of althans het ontbinden van het dienstverband.<sup>19</sup> In dit arrest heeft de Hoge Raad – kort gezegd – beslist dat louter het werkverzuim vanwege een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling ontslag op staande voet niet rechtvaardigt. Toetsing van alle omstandigheden van het geval is vereist. Deze omstandigheden zijn onder andere of het strafbare feit in direct verband staat tot de functie, of het strafbare feit in de privésfeer speelde, of het strafbare feit negatieve invloed heeft (gehad) op het functioneren van werknemer en/of er als gevolg van het handelen van werknemer schade voor werkgever is ontstaan. Daarbij heeft de betrokkene (parallel) nog het recht om bezwaar, beroep en zo nodig hoger beroep in te stellen tegen de weigering van een VOG.

Hier staat niettemin tegenover dat de VOG het beoogde instrument voor de werkgever is om een veilige werkomgeving te kunnen waarborgen. Middels een daaraan gekoppelde ontbindende voorwaarde wordt er al op voorhand kenbaarheid gegeven aan het beleid op en de consequenties van het niet beschikken over een VOG. Bovendien kan het feit dat een werknemer welbewust een strafbaar feit heeft verzwegen dat raakt aan de geschiktheid voor de functie, uiteindelijk (al dan niet subsidiair) voldoende gewicht in de schaal leggen voor ontbinding of opzegging met toestemming van het UWV vanwege een duurzame vertrouwensbreuk.

#### VOG lopende het dienstverband

In de praktijk blijkt dat veel werkgevers volstaan met een eenmalig verzoek aan een (potentiële) werknemer om een VOG verstrekken. De VOG is op die manier niet meer dan een statisch gegeven. Hoe komt een werkgever er dan achter of een werknemer tijdens het dienstverband een strafbaar feit heeft gepleegd, anders dan een signaal vanuit de continue screening óf de 'eerlijke' mededeling van een werknemer? Het antwoord lijkt voor de hand liggend: zorg dat een werknemer periodiek, bijvoorbeeld iedere twee tot vijf jaar, een VOG aanvraagt. In het onderwijs is dit reeds gebruik, en is ook bij wet geregeld dat de kosten voor het aanvragen van

15 HR. 6 maart 1992, JAR 1992/10; HR 13 februari 1998, JAR 1998/72.

16 Ktr. Delft 11 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BV0431, r.o. 4.7 en r.o. 4.8.

17 S.A. van Lammeren, 'De ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst in het onderwijs', DJ 2012, 3360, p.12-13.

18 Ktr. Lelystad 18 november 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AZ1828, r.o. 2.4.

19 JAR 2011/19.

een VOG voor rekening van de werkgever komen.<sup>20</sup> Een periodieke aanvraag is, naast dat het een forse kostenpost kan zijn, niet meer dan een schijnzekerheid. Ook in de tussenliggende periode kan namelijk in redelijkheid het vermoeden rijzen dat een werknemer een strafbaar feit heeft begaan. Deze vermoedens gekoppeld aan een zwaarwegend bedrijfsbelang (zoals dreigende onveiligheid op de werkvloer, onrust onder kwetsbare doelgroepen en negatieve publiciteit) zullen door de werkgever dienen te worden onderbouwd, om een werknemer al eerder te kunnen verzoeken een VOG aan te vragen.<sup>21</sup> De kans dat een werknemer hieraan niet zal meewerken, al dan niet uit angst voor afwijzing, is echter reëel. Indien de mogelijkheid van het tussentijds aanvragen van een VOG niet reeds in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, is het indachtig de voornoemde jurisprudentie van de Hoge Raad, van belang dat de werknemer een concrete en redelijke termijn wordt gegund om de VOG te verstrekken en als de werknemer hieraan geen gehoor geeft, of als de VOG wordt geweigerd, er een ontslagprocedure zal worden opgestart.<sup>22</sup>

### Conclusie

De VOG is een instrument dat in de praktijk vaak wordt bestempeld als 'slechts' een schijnzekerheid. Niet voor niets. Knelpunt is dat bij aanvraag van een VOG uitsluitend wordt getoetst of er feitelijk een delict is gepleegd. Een verdenking wordt niet betrokken. Daar komt bij dat een (wettelijk) verbod om bij weigering van een VOG de functie te blijven verrichten geen zelfstandige rechtsgrond is voor het (van rechtswege) beëindigen van het dienstverband.

De Hoge Raad biedt echter – sectoroverstijgend – een praktisch hanteerbaar kader om de VOG in iedere fase van het dienstverband te integreren en als ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst vast te leggen. De formulering van de ontbindende voorwaarde vereist niettemin precisie, evenals de (tussentijdse) handhaving door de werkgever. De werkgever mag geen invloed kunnen uitoefenen op het intreden van de voorwaarde en het zal volstrekt duidelijk moeten zijn dat de werknemer de VOG tijdig, op een concreet vastgesteld moment, overlegt.

<sup>20</sup> Art. 3.1 lid 5 en art. 4.1 lid 4 CAO Primair Onderwijs.

<sup>21</sup> Art. 1.50 lid 7 van de Wet kinderopvang biedt hiervoor bijvoorbeeld aanknopingspunt.

<sup>22</sup> M.H. Boogers, 'Verklaring omtrent gedrag in het onderwijs', School en Wet, april 2009, p. 10.