

Landsverordening ambtenarenrechtspraak (La)

Uitspraakdatum: 15 december 2021

Zaaknummer: AUA2019H00241

**RAAD VAN BEROEP
IN AMBTENARENZAKEN
ARUBA**

Op het hoger beroep van:

de Gouverneur van Aruba,
appellant,
gemachtigde: mr. D.G. Kock, advocaat,

tegen de uitspraak van het Gerecht in Ambtenarenzaken van Aruba (Gerecht) van
4 november 2019, AUA201803138 (aangevallen uitspraak), in het geding tussen:

appellant

en

Marlon O.C. de G. Faarup,
wonend in Aruba,
geïntimeerde,
gemachtigde: mr. D. Canwood, advocaat.

Procesverloop

Bij Landsbesluit van 6 september 2018, no. 5 (bestreden beschikking), heeft appellant geïntimeerde met onmiddellijke ingang ontheven uit de functie van directeur van het Centraal Bureau Statistiek (CBS).

Bij de aangevallen uitspraak heeft het Gerecht het door geïntimeerde tegen de bestreden beschikking gemaakte bezwaar gegrond verklaard, de bestreden beschikking vernietigd en appellant veroordeeld in de door geïntimeerde gemaakte proceskosten.

Appellant heeft tegen de aangevallen uitspraak hoger beroep ingesteld.

Geïntimeerde heeft een contramemoratie ingediend.

De Raad heeft de zaak ter zitting behandeld op 2 november 2021. Appellant heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde. Geïntimeerde is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde.

Overwegingen

1. De Raad gaat uit van de volgende in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden.
- 1.2. Geïntimeerde heeft van 1 november 2012 tot 1 januari 2015 als arbeidscontractant in dienst van het Land gewerkt bij het Bureau van de toenmalige minister van Economische Zaken, Communicatie, Energie en Milieu (EZCEM). Daarna heeft hij van 1 januari 2015 tot 1 oktober 2016 als arbeidscontractant gewerkt bij het CBS in de functie van voorzitter van het management team (MT). Bij Landsbesluit van 20 juni 2017 is geïntimeerde per 1 oktober 2016 benoemd als ambtenaar in vaste dienst in de functie van directeur van het CBS.
- 1.3. Aan geïntimeerde is met toepassing van artikel 48 van de Landsverordening materieel ambtenarenrecht (Lma) met ingang van 6 maart 2018 de toegang tot het CBS ontzegd, in verband met een onderzoek naar het functioneren van geïntimeerde. Deze toegangsontzegging is met zes weken verlengd. Bij Landsbesluit van 31 mei 2018 is geïntimeerde met toepassing van artikel 87, aanhef en onder c, van de Lma in zijn ambt geschorst tot de dag waarop het bevoegd gezag een besluit over een disciplinaire strafoplegging heeft genomen.
- 1.4. Appellant heeft geïntimeerde in een brief van 4 september 2018 gemeld dat in een door het Departamento Recurso Humano (DRH) opgemaakt rapport van 11 juli 2018 meerdere gronden en/of omstandigheden zijn vastgesteld die voldoende draagkrachtig zijn om te kunnen concluderen dat hij niet geschikt en/of niet bekwaam is voor de functie van directeur van het CBS. Verder is gemeld dat om die reden het voornemen bestaat om geïntimeerde te ontheffen uit zijn functie van directeur van het CBS en om hem, met toepassing van artikel 52 van de Lma, tijdelijk ter beschikking te stellen van het Bureau van de Secretaris van de ministerraad en om hem na afloop van de terbeschikkingstelling, met toepassing van artikel 53 van de Lma, definitief in een andere functie te plaatsen. Appellant heeft geïntimeerde uitgenodigd voor een gesprek op 5 september 2018 om 14:30 uur met de bedoeling geïntimeerde te horen over dit voornemen.
- 1.5. Op 6 september 2018 heeft appellant deels overeenkomstig het voornemen besloten door geïntimeerde bij de bestreden beschikking met onmiddellijke ingang uit zijn functie van directeur van het CBS te ontheffen. Appellant heeft bij de bestreden beschikking het schorsingsbesluit van 31 mei 2018 ingetrokken.
- 1.6. Geïntimeerde heeft bij het Gerecht een bezwaarschrift ingediend tegen de bestreden beschikking en tevens een verzoek tot het treffen van een voorlopige

voorziening bij voorraad als bedoeld in artikel 94 van de La. Het Gerecht heeft bij uitspraak van 25 maart 2019 (ECLI:NL:ORBAACM:2019:29) de bestreden beschikking geschorst totdat in de bodemprocedure zal zijn beslist. Appellant heeft geen gevolg gegeven aan deze uitspraak en geïntimeerde niet tot het werk toegelaten.

2. Het Gerecht is tot gegrondverklaring van het bezwaar van geïntimeerde gekomen op grond van de overweging dat de bestreden beschikking onzorgvuldig is, omdat appellant geïntimeerde wel heeft ontheven uit zijn functie, maar hem geen nieuwe passende functie heeft opgedragen. Verder heeft het Gerecht overwogen geen mogelijkheid te zien om de rechtsgevolgen van de bestreden beschikking in stand te laten, omdat niet is gebleken dat appellant alsnog aan geïntimeerde een passende functie heeft aangeboden. De rechtsgevolgen van de bestreden beschikking kunnen ook niet in stand worden gelaten omdat geen sprake is van een acuut belang tot ontheffing van geïntimeerde uit zijn functie, zodat aan geïntimeerde - zo er sprake is van onvoldoende functioneren - een reële verbeterkans moet worden geboden.

3.1. Appellant heeft hoger beroep ingesteld tegen de aangevallen uitspraak. Kort samengevat stelt appellant zich op het standpunt dat geïntimeerde nooit benoemd had mogen worden in de functie van directeur van het CBS. Ontheffing uit de functie was op grond van het dienstbelang noodzakelijk, omdat geïntimeerde onvoldoende functioneert als directeur. Daarom hoefde volgens appellant niet gelijktijdig met de ontheffing uit de functie van directeur aan geïntimeerde een andere functie aangeboden te worden. Het was ook niet noodzakelijk om geïntimeerde een verbeterkans te geven, gelet op de acute situatie.

3.2. Geïntimeerde heeft bevestiging van de aangevallen uitspraak bepleit. Kort samengevat stelt geïntimeerde zich op het standpunt dat de bestreden beschikking in strijd is met diverse beginselen van behoorlijk bestuur, die zowel betrekking hebben op de wijze waarop de bestreden beschikking tot stand is gekomen als op de inhoud en motivering van de bestreden beschikking.

4. De Raad komt tot de volgende beoordeling.

4.1. Benoeming tot directeur van het CBS.

4.1.1. Volgens appellant heeft de aanstelling van geïntimeerde alle ingrediënten van afscheidsbeleid. Het in alle haast opgestelde landsbesluit waarbij geïntimeerde is benoemd tot directeur van het CBS dateert van 20 juni 2017, dus amper drie maanden voor de verkiezingen. Bij de sollicitatieprocedure is afgeweken van diverse regels die voor sollicitatieprocedures gelden. Er is geen openbare sollicitatieprocedure geweest, geïntimeerde voldeed niet aan het profiel voor het vervullen van deze functie en DRH is volledig omzeild bij deze procedure. Volgens appellant is geïntimeerde 'handpicked' en als het ware gearachuteerd in de functie. Geïntimeerde is niet afkomstig uit de ambtenarij en is in dienst genomen omdat hij adviseur van de toenmalige minister van Financiën was. Deze minister heeft op

29 december 2015 zomaar even in de ministerraad een voorstel gedaan om geïntimeerde drie dagen later te benoemen als directeur van het CBS.

4.1.2. Het standpunt van geïntimeerde dat zijn benoeming tot directeur van het CBS geen afscheid beleid is, wordt gedeeld. Anders dan appellant wil doen voorkomen is geïntimeerde niet in de functie van directeur van het CBS gearachuteerd. Geïntimeerde is per 1 januari 2015 gaan werken bij het CBS als voorzitter van het MT. Dat is gebeurd, omdat op dat moment de laatste directeur van het CBS was vertrokken en er geen nieuwe directeur kon worden gevonden. Niet relevant in dit verband is het feit dat geïntimeerde per 1 januari 2015 niet als ambtenaar, maar als arbeidscontractant is gaan werken bij het CBS. Geïntimeerde functioneerde bijna een jaar als voorzitter van het MT van het CBS toen het voorstel werd gedaan hem te benoemen tot directeur van het CBS. Anders dan appellant meent heeft overigens niet de toenmalige minister van Financiën het voorstel gedaan geïntimeerde te benoemen tot directeur van het CBS, maar de minister EZCEM. Vervolgens heeft geïntimeerde op 21 maart 2016 met gunstig gevolg een medische keuring ondergaan. De Veiligheidsdienst Aruba heeft op 5 september 2016 een verklaring van geen bezwaar afgegeven. Het uiteindelijke landsbesluit waarbij geïntimeerde met ingang van 1 oktober 2016 is benoemd als directeur van het CBS, is ruim negen maanden later pas tot stand gekomen. De datum van dat landsbesluit dateert inderdaad van amper drie maanden voor de verkiezingen. Tussen het moment waarop het besluit is genomen geïntimeerde te benoemen tot directeur van het CBS en de verkiezingen ligt echter een periode van ruim anderhalf jaar. Gelet op het oordeel dat van afscheid beleid geen sprake is, kan het argument dat de sollicitatieprocedure niet naar behoren zou zijn verlopen onbesproken blijven.

4.2. Functioneren als directeur van het CBS.

4.2.1. Aan het besluit geïntimeerde te ontheffen uit zijn functie heeft appellant ten grondslag gelegd dat geïntimeerde niet geschikt en/of niet bekwaam is voor de door hem vervulde functie van directeur van het CBS. Appellant stelt dat de toenmalige minister van Financiën, Economische Zaken en Cultuur (FEZC) kort na haar aantreden is geconfronteerd met klachten over het functioneren van geïntimeerde, afkomstig van het personeel van het CBS en diverse andere organisaties. Deze klachten hebben aanleiding gegeven tot het opdragen van een onderzoek aan het DRH. De resultaten van dit onderzoek vormen de grondslag van de bestreden beschikking.

4.2.2. Geïntimeerde heeft in zijn contramemorandum uitvoerig uiteengezet wat er schort aan het door het DRH uitgevoerde onderzoek en aan de door het DRH gegeven adviezen.

4.2.3. Het DRH heeft naar aanleiding van het verzoek van de minister van FEZC om een onderzoek te doen naar het functioneren van geïntimeerde, in een nota van 20 februari 2018, no. 90/26366, voorgesteld gesprekken te voeren met een selectie van het personeel en van externe belanghebbenden. De resultaten hiervan zouden

worden besproken met geïntimeerde. Daarna zou bij geïntimeerde een assessment worden afgenomen. In een nota van 9 juli 2018, no. 26366, heeft het DRH de minister van FEZC gemeld dat 18 gesprekken met medewerkers hebben plaatsgevonden en vier gesprekken met externen. Er is ook een medewerkerstevredenheidsonderzoek (MTO) afgenomen, dat door 24 medewerkers is ingevuld. Het DRH heeft gewezen op het feit dat een hoofd van dienst niet zonder zwaarwegende argumenten uit zijn functie ontheven kan worden. DRH heeft voorgesteld om een externe en onafhankelijke partij in te schakelen indien het de wens van de minister van FEZC is om nader onderzoek te doen naar het functioneren van de directeur van het CBS. De minister van FEZC heeft dit advies kennelijk niet gevolgd, want op 11 juli 2018 heeft het DRH het rapport met de bevindingen uit het door DRH uitgevoerde onderzoek aan de minister van FEZC aangeboden. In de aanbiedingsnota, no. 90/28513, heeft het DRH opgemerkt

“dat het een moeizaam proces is gebleken om ten behoeve van het onderzoek informatie te verzamelen over het functioneren van betrokkene. Er is sprake van veel voorzichtigheid en de wens om zo anoniem mogelijk te blijven. Bovendien geldt dat er weinig is vastgelegd in emails, notulen of afsprakenlijsten, omtrent incidenten die zich hebben voorgedaan zowel binnen het CBS, als met de samenwerking met derden, als omtrent voortgangsafspraken of toezeggingen.”

Het DRH heeft in de nota van 11 juli 2018 geadviseerd geïntimeerde te ontheffen uit zijn functie en vervolgens hetzij te plaatsen in een andere functie bij een andere dienst, hetzij wegens ongeschiktheid en onbekwaamheid te ontslaan uit zijn ambt als directeur.

4.2.4. Appellant heeft er voor gekozen om geïntimeerde te ontheffen uit zijn functie en te plaatsen in een andere functie. In een brief van 4 september 2018, kenmerk DRH/097/26366, heeft appellant geïntimeerde in kennis gesteld van het voornemen om hem:

- “a. ... uit de functie van directeur van het Centraal Bureau Statistiek te ontheffen, vanwege ongeschiktheid (als directeur) om het Centraal Bureau Statistiek aan te sturen;*
- b. ..., krachtens artikel 52 Landsverordening materieel ambtenarenrecht tijdelijk ter beschikking van het Bureau van de Secretaris [van] de ministerraad te stellen;*
- c. ... na afloop van de terbeschikkingstelling, krachtens artikel 53 Landsverordening materieel ambtenarenrecht, definitief in een andere functie te plaatsen, het een en ander na staving van de door u behaalde opleiding(en) en opgedane werkervaring.”*

Geïntimeerde is in die brief uitgenodigd voor een gesprek op 5 september 2018, om 15:30 uur op het adres van het DRH, opdat hij gehoord kan worden. Daaraan is toegevoegd dat dat gebeurt in het verlengde van de hiervoor beschreven stappen, maar ook ter waarborging van een eerlijk proces en de beginselen van behoorlijk bestuur.

4.2.5. Geïntimeerde is samen met zijn advocaat op het betreffende tijdstip op het adres van DRH ontvangen door twee medewerkers van DRH en een medewerker

van het Bureau van de Minister. In een brief aan appellant, de minister van FEZC en aan het DRH heeft de advocaat het volgende gemeld:

“Na ons te hebben voorgesteld zijn we door mevrouw Brito bericht dat cliënt gehoord zou worden zodat het Landsbesluit ex artikel 53 LMA morgen aan hem ter hand kan worden gesteld. Ook is ons, desgevraagd, aangegeven dat het Landsbesluit reeds was opgesteld en ondertekend en de zitting alleen maar plaatsvond om aan de eisen van artikel 53 LMA te kunnen voldoen.

Aangezien het overduidelijk was dat dit een schijnverhoor was en de beslissing reeds was genomen heeft cliënt op mijn advies ervoor gekozen om niet aan dit schijnverhoor mee te doen.”

4.2.6. Een dag later, 6 september 2018, heeft het DRH in nota no. 97/29650 aan de minister van FEZC onder meer geadviseerd om geïntimeerde uit de functie van directeur te ontheffen wegens ongeschikt- en/of onbekwaamheid voor de functie en om hem met ingang van een nog te bepalen datum tijdelijk bij het Bureau van de Secretaris van de ministerraad ter beschikking te stellen. Aan het slot van de nota is opgemerkt dat indien de minister van FEZC hiermee akkoord gaat de minister wordt verzocht een beslissing in de ministerraad uit te lokken waarna DRH overgaat tot de uitvoering.

4.2.7. Diezelfde dag is de bestreden beschikking gedateerd, en getekend door appellant en de minister van FEZC. Appellant heeft het advies van DRH niet volledig gevolgd. De terbeschikkingstelling bij het Bureau van de Secretaris van de ministerraad is niet opgenomen in de bestreden beschikking.

4.2.8. Gelet op het in 4.2.1 tot en met 4.2.7 weergegeven relaas kan tot geen andere conclusie worden gekomen dan dat een aantal cruciale stappen in het proces om te komen tot de ontheffing van geïntimeerde uit zijn functie zijn overgeslagen. Zo is nimmer met geïntimeerde gesproken over klachten over zijn functioneren en is hem niet de mogelijkheid gegeven te reageren op de uitkomsten van het door DRH verrichte onderzoek. Gelet op het tijdsverloop tussen de voornemenbrief van 4 september 2018 en de bestreden beschikking van 6 september 2018 bestaat bij de Raad geen enkele twijfel aan de in 4.2.5 genoteerde weergave van het gesprek dat geïntimeerde en zijn advocaat op 5 september 2018 hebben gevoerd op het bureau van het DRH. Aan geïntimeerde is geen reële mogelijkheid gegeven te worden gehoord op het voornemen hem te ontheffen uit zijn functie en tijdelijk te plaatsen op een andere functie. Het overslaan van deze cruciale stappen is zeer onzorgvuldig. Daarbij is ook diverse malen zonder enige uitleg afgeweken van, procestechnisch gezien juiste, adviezen van het DRH. Bijvoorbeeld van het advies om geïntimeerde een assessment te laten ondergaan, van het advies om geïntimeerde te laten reageren op de uitkomst van het door het DRH in te stellen onderzoek, van het advies om geïntimeerde te ontheffen uit zijn functie en dan of te plaatsen in een andere functie, of te ontslaan wegens ongeschiktheid en onbekwaamheid voor de functie, en van het advies om een beslissing van de ministerraad uit te lokken over het voornemen van de minister van FEZC geïntimeerde te ontheffen uit zijn functie en tijdelijk te plaatsen in een andere functie.

4.2.9. Deze onzorgvuldige gang van zaken is al reden genoeg om de vernietiging van de bestreden beschikking in stand te laten. De vernietiging van de bestreden beschikking wordt ook in stand worden gelaten omdat aan de bestreden beschikking geen deugdelijke en draagkrachtige motivering ten grondslag ligt.

4.2.10. In de bestreden beschikking is een opsomming gegeven van de bevindingen over het functioneren van geïntimeerde, die uit het door het DRH uitgevoerde onderzoek naar voren zouden zijn gekomen. Die bevindingen komen uit gesprekken van het DRH met medewerkers van het CBS en met externen en uit de resultaten van een MTO. Het DRH heeft in de nota van 9 juli 2018 al gemeld dat

“...er weinig is vastgelegd in emails, notulen of afsprakenlijsten, omtrent incidenten die zich hebben voorgedaan zowel binnen het CBS, als met de samenwerking met derden, als omtrent voortgangsafspraken of toezeggingen.”

Het weinige dat misschien is vastgelegd bevindt zich niet in het dossier dat ter beschikking staat van de Raad. Dat betekent dat geen enkele bewering over het functioneren van geïntimeerde kan worden gestaafd aan de hand van concrete voorbeelden. Geïntimeerde heeft overigens ook geen enkele bewering erkend, en in de contramemorandum uitvoerig uiteengezet op welke wijze hij het CBS heeft geleid en naar buiten toe, zowel nationaal als internationaal, heeft vertegenwoordigd. Ter ondersteuning van zijn visie heeft hij ook meerdere verklaringen ingezonden van externen, die zich op een positieve wijze hebben uitgelaten over hun samenwerking met geïntimeerde.

4.2.11. Los van de vraag of een MTO wel gebruikt kan worden voor een onderzoek naar het functioneren van de directeur van een dienst, wordt vastgesteld dat een MTO - zeker zonder een voorafgaande nulmeting - in het kader van zo'n onderzoek weinig waarde heeft. Verder wordt de kritiek van geïntimeerde op het MTO en de overwegingen van het Gerecht in de uitspraak van 25 maart 2019, onderschreven. Kort gezegd komt dat neer op het oordeel dat de vragen in het MTO niet zorgvuldig zijn opgesteld, dat de cijfers niet kloppen en dat het de vraag is welke conclusies je uit de beantwoording van de vragen in het MTO zou kunnen trekken. Verder worden in de bestreden beschikking alleen kwesties gemeld die naar het oordeel van appellant een ongunstig beeld geven van het functioneren van geïntimeerde. Uit het rapport van het DRH van 11 juli 2018 blijkt echter dat het functioneren van geïntimeerde op meerdere aspecten niet negatief wordt beoordeeld. Bijvoorbeeld op zowel het onderdeel “inhoudelijk/inhoudelijke expertise” als “leiderschap” scoort geïntimeerde positief/neutral, waarbij op beide aspecten verbeterpunten zijn opgenomen.

4.2.12. Zoals geïntimeerde terecht heeft gesteld heeft appellant gehandeld in strijd met diverse beginselen van behoorlijk bestuur. De Raad ziet strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het beginsel van hoor en wederhoor en het fair play beginsel.

4.3. (Acute) belang van het CBS, opdragen andere functie, verbeterkans.

4.3.1. De vaststelling dat de vernietiging van de bestreden beschikking in stand moet worden gelaten, op zowel processuele als inhoudelijk gronden, maakt dat het niet nodig is om de in 4.3 genoemde onderwerpen uitvoerig te bespreken. Kort samengevat wordt vastgesteld dat appellant niet heeft aangetoond dat het CBS belang heeft bij het ontheffen van geïntimeerde uit zijn functie, laat staan dat dat een acuut belang zou zijn. De Raad is zich bewust van het feit dat meerdere ambtenaren van het CBS, al dan niet in navolging van de minister van FECZ, geïntimeerde liever zien gaan dan komen, maar dat is geen grond om belang van het CBS aan te kunnen nemen bij ontheffing van geïntimeerde uit zijn functie. Met de constatering dat niet is komen vast te staan dat geïntimeerde ongeschikt is als directeur van het CBS, is de noodzaak van ontheffing uit de functie weggefallen en daarmee ook de vragen of appellant geïntimeerde wel had mogen ontheffen uit zijn functie zonder hem een andere functie op te dragen en zonder hem een verbeterkans te geven.

4.4. De slotsom is dat het hoger beroep niet slaagt, zodat de aangevallen uitspraak moet worden bevestigd.

4.5. Ter zitting heeft appellant het standpunt ingenomen dat gelet op het tijdsverloop in deze zaak terugkeer van geïntimeerde geen optie meer is. De Raad vat dit op als een verzoek om onder toepassing van artikel 87 van de La de nietigheid van de bestreden beschikking voor gedekt te verklaren, als de Raad de vernietiging van de bestreden beschikking in stand laat. Dit verzoek wordt afgewezen. Reeds in maart 2019 was bij wijze van voorlopige voorziening de bestreden beschikking geschorst. Aan deze uitspraak heeft appellant, zoals eerder al vermeld, geen gevolg gegeven. Aan de werking van de voorlopige voorziening kwam een eind door de aangevallen uitspraak. Het hoger beroep van appellant tegen de aangevallen uitspraak heeft schorsende werking. Gelet op het feit dat appellant geen gevolg heeft gegeven aan de voorlopige voorziening, valt het te begrijpen dat geïntimeerde niet bij wijze van voorlopige voorziening heeft gevraagd de schorsende werking van het hoger beroep op te heffen. De behandeling ter zitting van het hoger beroep is verder door de uitbraak van de coronapandemie in maart 2020 aanzienlijk vertraagd. Het is reëel om het risico van deze vertraging niet bij geïntimeerde neer te leggen, maar bij appellant.

5. De Raad ziet aanleiding appellant te veroordelen in de proceskosten van geïntimeerde in hoger beroep.

Beslissing

De Raad:

- bevestigt de aangevallen uitspraak;
- veroordeelt de Gouverneur van Aruba tot betaling aan geïntimeerde van zijn proceskosten in hoger beroep tot een bedrag van Afl. 1.400,00, geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

Aldus gegeven door mrs. M.C. Bruijning voorzitter, en A.H.M. van de Leur en L.C. Hoefdraad, leden, en in het openbaar uitgesproken op 15 december 2021 in tegenwoordigheid van de griffier.