

TAR 2007/196: ambtenaarschap werkneemster stichting

TAR 2007/196: ambtenaarschap werkneemster stichting

Instantie: Centrale Raad van Beroep Datum: 6 september 2007
Magistraten: Vermeulen Zaaknr: 06/17 AW; 07/1880 AW; 07/1888 AW
Conclusie: - LJN: BB4033
Roepnaam: -

Essentie
|
Samenvatting
Snel naar: |
Uitspraak
|
Noot

Essentie

Naar boven

ambtenaarschap werkneemster stichting

Samenvatting

Naar boven

De Stichting Koninklijke Diergaarde Blijdorp behoort sedert de statutenwijziging van 8 juli 2002 niet langer tot de openbare dienst. Ten tijde van het verleende ontslag was betrokkene niet in openbare dienst werkzaam en dus evenmin ambtenaar in de zin van art. 1 Ambtenarenwet. De Raad ziet echter aanleiding betrokkene uitsluitend voor dit geding nog wel als ambtenaar aan te merken. Het besluit tot strafontslag is ongevoegd en in strijd met art. 4:8 en 7:12 Awb genomen. Voor het nieuwe besluit tot ontslag op grond van ongeschiktheid, dat wederom in strijd met artikel 7:12 Awb niet voorzien is van enige motivering, bestaat geen enkele feitelijke grondslag.

Bron: Tijdschrift voor Ambtenarenrecht (TAR)

Betrokkene was met ingang van 1 februari 2001 aangesteld in de functie van winkelmedewerkster bij de Diergaarde Blijdorp. In 2004 is een arbeidsconflict met haar ontstaan en heeft zij zich ziek gemeld. Met ingang van 1 mei 2004 is haar strafontslag verleend vanwege werkweigering. Zij had namelijk de opdracht gekregen om zich per 1 mei 2004 te melden op haar werk. Vanwege het niet verschijnen is zij vervolgens ontslagen. Na bezwaar is het ontslagbesluit gehandhaafd. De Rechtbank heeft het beroep van betrokkene gegrond verklaard en de opdracht gegeven om een nieuw besluit op bezwaar te nemen. Ter uitvoering van de uitspraak van de Rechtbank heeft de directeur van de Stichting Koninklijke Rotterdamse Diergaarde een nieuw besluit genomen, waarbij de bezwaren van betrokkene opnieuw ongegrond zijn verklaard en de ontslaggrond is gewijzigd, in die zin dat met ingang van 1 juli 2004 ontslag werd verleend wegens onbekwaamheid of ongeschiktheid voor de vervulling van de betrekking, anders dan op grond van ziekten of gebreken. De CRvB heeft in hoger beroep overwogen of betrokkene als ambtenaar in de zin van artikel 1 Ambtenarenwet kon worden gekwalificeerd. Ambtenaar is degene die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn. De vraag was of de Stichting geacht kon worden te behoren tot de openbare dienst. De Raad meende van niet, onder meer vanwege het feit dat uit de statuten van de Stichting niet bleek dat sprake was van een overwegende overheidsinvloed op doelstelling, beheer en beleid van de Diergaarde Blijdorp. In ieder geval kon die overwegende overheidsinvloed niet worden afgeleid uit de gewijzigde statuten. Vanwege deze nieuwe statuten was betrokkene ten tijde van het verleende ontslag dus niet

meer in openbare dienst werkzaam en geen ambtenaar meer. Niettemin zag de Raad aanleiding betrokkene 'voor dit geding' nog wel als zodanig aan te merken, daarbij overwegende dat betrokkene per 1 februari 2001 was aangesteld als ambtenaar bij de Diergaarde Blijdorp, die op dat moment nog wel behoorde tot de openbare dienst van de gemeente Rotterdam. De ambtelijke aanstelling was niet gewijzigd. Voorts was de directie van de Diergaarde zich blijven gedragen als ware zij bestuursorgaan.

Uitgaande van de fictie van een ambtelijke status (en van een fictief bestuursorgaan), kon de Raad vervolgens de zaak inhoudelijk afdoen, na te hebben overwogen dat de Raad van Toezicht op basis van de statuten het besluit op bezwaar had moeten nemen.

De Raad oordeelde dat artikel 4:8 Awb niet was nageleefd en dat sprake was van motiveringsgebreken. De Raad verenigde zich met het oordeel van de Rechtbank, die het bestreden besluit inzake het strafontslag reeds had vernietigd. Wat betreft het besluit dat ter uitvoering van de uitspraak van de Rechtbank was genomen, oordeelde de Raad dat ook het ongeschiktheidsontslag onvoldoende was gemotiveerd. Voor dit ongeschiktheidsontslag was geen feitelijke grondslag aangevoerd. Aan het ongeschiktheidsontslag lag slechts ten grondslag dat betrokkene niet was verschenen op haar werk op 1 mei 2004. Betrokkene had echter van meet af aan aangevoerd dat zij ziek was en de werkgever had nagelaten de medische situatie te toetsen. Het beroep werd dus gegrond verklaard en ook het nieuwe besluit werd vernietigd. Ook het primaire besluit werd door de Raad herroepen, ten gevolge waarvan het dienstverband werd hersteld. Daarmee waren partijen weer terug bij af. De volgende logische stap zou kunnen zijn een gang naar de burgerlijke rechter.

Bron: Juridisc Ambtenarenrecht

Uitspraak

Naar boven

Uitspraak op het hoger beroep van:

de Directeur van de Stichting Koninklijke Rotterdamse Diergaarde (hierna: appellant), tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 23 november 2005, 04/3334 (hierna: aangevallen uitspraak),

in het geding tussen:

[betrokkene], (hierna: betrokkene)

en

appellant.

I. Procesverloop

Appellant heeft hoger beroep ingesteld.

Betrokkene heeft een verweerschrift ingediend.

Appellant heeft ter uitvoering van de aangevallen uitspraak zowel op 24 januari 2006 als op 6 maart 2006 een nieuw besluit genomen.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 2 augustus 2007. Appellant heeft zich laten vertegenwoordigen door W.E.R. de Jong, hoofd Personeel en Organisatie bij de Stichting Koninklijke Rotterdamse Diergaarde (hierna: Diergaarde Blijdorp). Betrokkene is in persoon verschenen, bijgestaan door mr. T.G.J. Horlings, werkzaam bij SRK Rechtsbijstand.

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. Betrokkene is met ingang van 1 februari 2001 aangesteld in de functie van winkelmedewerkster bij de Diergaarde Blijdorp. Zij heeft haar werkzaamheden in mei 2003 neergelegd wegens klachten aan haar arm en schouder. In het kader van haar re-integratie heeft zij haar werkzaamheden (langzaam aan) hervat. Op 27 april 2004 heeft zij een gesprek met haar bedrijfsleider gehad waarin naar voren is gekomen dat werkdagen van 8 uur nog te

veel zijn en waarin een conflict is ontstaan over een al dan niet negatieve uitstraling van betrokkene. Later die dag heeft betrokkene haar werkzaamheden gestaakt en heeft zij zich ziek laten melden.

1.2. Appellant heeft vervolgens betrokkene bij brief van 29 april 2004 opgedragen zich op 1 mei 2004 te melden op haar werk. Bij niet verschijnen zou betrokkene wegens werkweigering ontslagen worden. Betrokkene is niet op haar werk verschenen. Bij besluit van 4 mei 2004 heeft appellant betrokkene op grond van artikel 79, eerste lid, aanhef en onder j, van het Ambtenarenreglement Rotterdam (hierna: AR) de disciplinaire straf van ontslag opgelegd met als ingangsdatum 1 mei 2004. Dit besluit is na bezwaar gehandhaafd bij besluit van 30 september 2004 (hierna: bestreden besluit).

1.3. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep tegen het bestreden besluit gegrond verklaard, dit besluit vernietigd en appellant opgedragen opnieuw op de bezwaren van betrokkene te beslissen. Na ambtshalve te hebben overwogen dat betrokkene werkzaam was in een ambtenaarrechtelijke rechtsbetrekking, heeft de rechtbank geoordeeld dat betrokkene ten onrechte niet in de gelegenheid is gesteld voorafgaande aan het primaire besluit haar zienswijze naar voren te brengen en dat het bestreden besluit in strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) niet van een motivering is voorzien. Appellant heeft naar het oordeel van de rechtbank met het bestreden besluit voorts geen blijk gegeven van een heroverweging op grondslag van de bezwaren van betrokkene.

1.4. Het op 24 januari 2006 ter uitvoering van de aangevallen uitspraak genomen besluit is door appellant niet langer gehandhaafd. Bij het op 6 maart 2006 genomen besluit heeft appellant de bezwaren van betrokkene opnieuw ongegrond verklaard en betrokkene op grond van artikel 91, eerste lid, van het AR, met ingang van 1 juli 2004 ontslag verleend wegens onbekwaamheid of ongeschiktheid voor de vervulling van haar betrekking, anders dan op grond van ziekten of gebreken.

2. De Raad zal allereerst ingaan op de grief van appellant dat de rechtbank ten onrechte zijn verzoek om de zitting te verdagen niet heeft gehonoreerd. De Raad stelt vast dat de rechtbank met het oog op het voorkomen van een ongewenste verlenging van de procedure, reeds op 4 augustus 2005 heeft meegedeeld voornemens te zijn de zaak op 3 november 2005 te behandelen. Op 14 september 2005 zijn daartoe de uitnodigingen verzonden. De Raad ziet niet in dat appellant niet eerder dan op 10 oktober 2005 had kunnen meedelen dat de medewerker van appellant die de zaak behandelt op maandag en op donderdag niet werkt. De Raad is van oordeel dat onder deze omstandigheden het niet honoreren van het verzoek om uitstel, niet tot vernietiging van de aangevallen uitspraak dient te leiden.

3. Ten aanzien van de vraag of betrokkene ambtenaar is in de zin van artikel 1 van de Ambtenarenwet (hierna: AW) overweegt de Raad als volgt.

3.1. Op grond van artikel 1 van de AW is ambtenaar in de zin van deze wet degene die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn. Tot de openbare dienst behoren volgens het tweede lid alle diensten en bedrijven door de Staat en de openbare lichamen beheerd.

3.2. Zoals de Raad eerder heeft overwogen kan een stichting tot de openbare dienst behoren indien op grond van haar statuten blijkt van een overwegende invloed van de overheid op doelstelling, beheer en beleid. Op grond van de statuten van de Diergaarde Blijdorp zoals gewijzigd op 8 juli 2002 en die golden ten tijde van het ontslag van betrokkene, wordt haar bestuur benoemd, geschorst en ontslagen door het gemeentebestuur op voordracht van de Raad van Toezicht. Voorts heeft het gemeentebestuur een goedkeuringsrecht bij benoeming van de leden van de Raad van Toezicht. Voor het vaststellen van de begroting, het vaststellen van het bestuursreglement, het aangaan van overeenkomsten en het nemen van besluiten ten aanzien van het personeel, is (anders dan voorheen) geen goedkeuring van het gemeentebestuur vereist. Er is voorts geen sprake van een uit de statuten blijkende overwegende invloed op het financiële beheer. Naar het oordeel van de Raad is de invloed

van de gemeente Rotterdam zoals die aldus blijkt uit deze statuten onvoldoende om te kunnen spreken van een overwegende overheidsinvloed op doelstelling, beheer en beleid van de Diergaarde Blijdorp. Sedert de statutenwijziging van 8 juli 2002 behoort de Diergaarde Blijdorp naar het oordeel van de Raad dan ook niet (langer) tot de openbare dienst in de zin van artikel 1 van de AW.

3.3. Als gevolg daarvan was betrokkene onder de nieuwe statuten en ten tijde van het aan haar verleende ontslag niet meer in openbare dienst werkzaam en dus evenmin ambtenaar in de zin van artikel 1 van de AW. Niettemin ziet de Raad aanleiding betrokkene uitsluitend voor dit geding nog wel als zodanig aan te merken, zodat de Raad ingevolge artikel 18, eerste lid, onder a, van de Beroepswet op het hoger beroep tegen de aangevallen uitspraak kan en zal beslissen. Daartoe is het volgende overwogen. Betrokkene is met ingang van 1 februari 2001 aangesteld als ambtenaar bij de Diergaarde Blijdorp, die op dat moment behoorde tot de openbare dienst van de gemeente Rotterdam. Op haar ambtelijke aanstelling was het AR van overeenkomstige toepassing en met de statutenwijziging van 8 juli 2002 is daarin geen enkele wijziging gebracht. Voorts is de directie van de Diergaarde Blijdorp zich daarna jegens betrokkene blijven gedragen als ware zij bestuursorgaan; zij heeft de beslissing tot ontslag neergelegd in een vorm die past bij besluitvorming jegens een ambtenaar, er is een bezwaarprocedure gevolgd en betrokkene is verwezen naar de bestuursrechter. Eerst in hoger beroep heeft appellant, naar aanleiding van de ambtshalve overweging van de rechtbank, zijn twijfel uitgesproken over de status van de Diergaarde Blijdorp en daarmee over de status van betrokkene. Tot slot overweegt de Raad dat partijen tot in hoger beroep, geruime tijd na de ontslagverlening, uitvoerig hun inhoudelijke standpunten naar voren hebben gebracht en dat de Raad tot definitieve geschilbeslechting in staat is.

4. Over het partijen verdeeld houdende geschil overweegt de Raad het volgende.

4.1. Hij stelt vast dat het bestreden besluit is genomen door appellant. Ingevolge artikel 12, zesde lid, van de Statuten, beslist echter de Raad van Toezicht op een door een personeelslid gemaakt bezwaar in een arbeidsgeschil. Gelet hierop is de Raad van oordeel dat het bestreden besluit onbevoegd is genomen.

4.2. Voorts stelt de Raad met de rechtbank vast dat betrokkene in strijd met artikel 4:8 van de Awb niet in de gelegenheid is gesteld voorafgaande aan het primaire besluit haar zienswijze te geven en dat bij het bestreden besluit geen motivering is vermeld. Volstaan is met het verwijzen naar een mondeling advies van de Raad van Toezicht. Met de rechtbank is de Raad verder van oordeel dat uit het besluit op geen enkele wijze blijkt van een heroverweging van het primaire besluit op grondslag van het bezwaar waarbij betrokkene overigens medische informatie had verstrekt. Ingevolge artikel 7:12, eerste lid, van de Awb dient de beslissing op het bezwaar te berusten op een deugdelijke motivering die bij de bekendmaking van de beslissing wordt vermeld. Het bestreden besluit is daarmee in strijd. Gelet op al deze gebreken heeft de rechtbank dit besluit op juiste gronden vernietigd en slaagt het hoger beroep niet. De aangevallen uitspraak komt voor bevestiging in aanmerking.

5. Het beroep van betrokkene wordt volgens vaste rechtspraak van de Raad overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:19, eerste lid, en artikel 6:24 van de Awb, geacht mede te zijn gericht tegen het besluit van 6 maart 2006. Bij dit nieuwe besluit op bezwaar handhaaft appellant niet langer de disciplinaire straf als ontslaggrond. Appellant baseert het ontslag thans op ongeschiktheid van betrokkene voor de vervulling van haar betrekking. Deze wijziging is (opnieuw) niet voorzien van enige motivering. Het besluit is dus wederom in strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Awb. Met de bij brief van 23 april 2007 gegeven motivering, die dus ruim een jaar na het besluit werd verstrekt, kan dit gebrek naar het oordeel van de Raad niet worden geacht te zijn geheeld.

5.1. Voorts bieden de gedingstukken en het verhandelde ter zitting geen enkele feitelijke grondslag voor dit ongeschiktheidsontslag. De enige motivering die appellant voor de

ongeschiktheid van betrokkene heeft gegeven, betreft namelijk het niet voldoende meewerken door betrokkene aan haar re-integratie, onder meer omdat zij op 1 mei 2004 niet op haar werk is verschenen. Betrokkene heeft echter van meet af aan aangevoerd dat zij ziek was waartoe zij ook medische informatie aan appellant heeft doen toekomen. Appellant heeft vervolgens nagelaten de medische situatie van betrokkene op enigerlei wijze te laten toetsen door een (bedrijfs)arts. Zo er al sprake zou zijn van het niet meewerken aan de re-integratie, dan betreft dit naar het oordeel van de Raad veeleer een aspect van ziekteverzuimbegeleiding in welk kader appellant specifieke bevoegdheden zijn toegekend. Appellant was dus niet bevoegd betrokkene ontslag te verlenen wegens ongeschiktheid voor het vervullen van haar betrekking.

5.2. Gezien het voorgaande zal de Raad het beroep gegrond verklaren en het besluit van 6 maart 2006 vernietigen. Aangezien naar het oordeel van de Raad de gebreken die aan dit besluit kleven bij een nieuw besluit op bezwaar niet kunnen worden hersteld, zal de Raad zelf in de zaak voorzien en ook het besluit van 4 mei 2004 herroepen.

6. Betrokkene heeft bij het aanvullend bezwaarschrift verzocht om vergoeding van de kosten in verband met de behandeling van het bezwaar. Nu de Raad het besluit van 4 mei 2004 zal herroepen wegens aan appellant te wijten onrechtmatigheid is er aanleiding appellant op grond van artikel 7:15 in verbinding met artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de kosten van betrokkene in bezwaar. Deze kosten worden begroot op € 644 aan kosten van rechtsbijstand.

7. In het vorenstaande vindt de Raad aanleiding appellant op grond van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten van betrokkene in hoger beroep tot een bedrag van € 805 aan kosten van rechtsbijstand.

III. Beslissing

De Centrale Raad van Beroep;

Recht doende:

Bevestigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep tegen het besluit van 6 maart 2006 gegrond en vernietigt dat besluit;

Herroept het besluit van 4 mei 2004;

Veroordeelt appellant in de kosten van betrokkene in verband met de behandeling van het bezwaar en het hoger beroep tot een bedrag van € 1449, te betalen door de Stichting

Koninklijke Rotterdamse Diergaarde;

Bepaalt dat van de Stichting Koninklijke Rotterdamse Diergaarde een griffierecht wordt geheven van € 428.

Met noot van

Naar boven

Noot

TAR 2007, afl. 3, blz. 131

Overzichtsannotatie (met uitvoerige analyse) bij CRvB 6 september 2007, TAR 2007, 196, inzake ontslag medewerkster Diergaarde Blijdorp [1]

Ambtenaarrechtelijk ontslagrecht niet "Bokito-proof"

Doorbraak gesloten stelsel van ontslaggronden?

door J.A. Spee en mr. L.J.M. Timmermans [2]

1. Casus

De directeur van de Stichting Koninklijke Rotterdamse Diergaarde (hierna de Stichting), beter bekend als de in 1857 opgerichte Diergaarde Blijdorp, heeft een medewerkster bij besluit van 4 mei 2004 oneervol ontslag verleend wegens plichtsverzuim als bedoeld in artikel 78 jo. 79 lid 1 onder sub j van de Verordening tot regeling van de rechtstoestand van de ambtenaren der gemeente Rotterdam (hierna: AR). De medewerkster was sinds 1 februari 2001 aangesteld als winkelbediende bij de Diergaarde Blijdorp. In verband met RSI-klachten

ten gevolge van overbelasting heeft zij zich in mei 2003 ziek gemeld. Nadien heeft zij in het kader van de re-integratie geleidelijk haar werkzaamheden hervat. In april 2004 heeft de medewerkster een gesprek gehad met haar bedrijfsleider. Onderwerp van gesprek was de inzet voor acht uren per dag, alsmede haar houding jegens de klanten. Het laatste heeft geleid tot een conflict waarna de medewerkster de werkplek heeft verlaten en zich ziek heeft gemeld. De ziekmelding werd door de directeur niet geaccepteerd en bij brief van 29 april 2004 is de medewerkster opgedragen om zich per 1 mei 2004 weer te melden op het werk. Nadat betrokkene niet verscheen op haar werk, is zij wegens werkweigering disciplinair ontslagen.

Het bezwaar tegen dit ontslagbesluit werd bij besluit van 30 september 2004 ongegrond verklaard. De Rechtbank Rotterdam verklaarde het beroep op 23 november 2005 gegrond, waarna de directeur in twee beslissingen het bezwaar wederom ongegrond verklaarde met wijziging van de ontslaggrond. Het ontslag werd gehandhaafd met toepassing van artikel 91 lid 1 AR. Betrokkene werd ontslagen wegens onbekwaamheid of ongeschiktheid voor de vervulling van de betrekking, anders dan op grond van ziekte of gebreken.

De Rechtbank Rotterdam had reden gezien ambtshalve te onderzoeken of zij, gelet op artikel 1:3 lid 1 jo. artikel 8:1 lid 1 Algemene wet bestuursrecht (Awb), wel bevoegd was kennis te nemen van het geschil. De vraag was of de beslissing tot het ontslag wel afkomstig was van een bestuursorgaan, zoals artikel 1:3 lid 1 Awb eist. De rechtbank was hiermee snel klaar. Uit artikel 12 lid 4 van de statuten van de Stichting volgde volgens de rechtbank dat de rechtspositie van het personeel van de Stichting wordt bepaald door de overeenkomstige regelingen, geldend voor het personeel in dienst van de gemeente Rotterdam. Daarmee was voor de rechtbank gegeven dat betrokkene in een ambtenaarrechtelijke betrekking stond tot de Stichting. Met andere woorden: de Stichting is volgens de rechtbank een openbare dienst als bedoeld in artikel 1 lid 2 Ambtenarenwet (Aw). Daarmee stond volgens de rechtbank vast dat het ontslagbesluit afkomstig was van een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb en dus dat er sprake was van een ingevolge bovengenoemde Awb-bepalingen bij de bestuurssector van de rechtbank appellabel besluit.

De Centrale Raad van Beroep komt in r.o. 3.2 tot een andere conclusie. De Stichting kan sinds de statutenwijziging van 8 juli 2002 niet meer worden gerekend tot de openbare dienst in de zin van artikel 1 lid 2 Aw. Als gevolg hiervan was betrokkene, die sinds februari 2001 in dienst was bij de Stichting, op het moment van het ontslag niet meer in openbare dienst werkzaam en daarmee ook geen ambtenaar. Niettemin merkt de Raad in r.o. 3.3 betrokkene voor het geding als zodanig aan, zodat de Raad zich op grond van artikel 18 lid 1 Beroepswet bevoegd acht om op het hoger beroep tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam te beslissen. De vraag is of deze door de Raad gekozen benadering, mede in het licht van de relevante wetsbepalingen, juist is. In punt 2 zal allereerst nader worden ingegaan op het begrip "werkzaam in openbare dienst". Vervolgens wordt in punt 3 aandacht besteed aan het gesloten systeem van ontslaggronden in het ambtenarenrecht. Uit deze zaak blijkt namelijk dat iemand door een statutenwijziging bij een stichting de status van ambtenaar kan verliezen, waarbij dan vervolgens de vraag rijst op basis van welke rechtspositie betrokkene dan werkzaam is. Vraag is hoe dit moet worden gezien in relatie tot dit (gesloten) systeem van ontslaggronden. Vervolgens komt in punt 4 aan de orde of het de Raad, gelet op het stelsel van competentieverdeling, wel vrijstaat om betrokkene alleen voor het geding aan te merken als ambtenaar. Tot slot zit er nog een interessant element in r.o. 4.1. Hierin stelt de Raad dat, gelet op de statuten van de Stichting, niet de directeur die het ontslagbesluit nam, maar de Raad van Toezicht van de Stichting bevoegd is om op het bezwaar te beslissen. Met andere woorden: wie is nu precies het (bevoegde) bestuursorgaan: de Stichting, de directeur en/of de Raad van Toezicht? Dit aspect komt aan de orde onder punt 5.

2. Openbare dienst; met enig openbaar gezag bekleed

Betrokkene was werkzaam als winkelmedewerkster bij Diergaarde Blijdorp welke wordt geëxploiteerd door de Stichting Koninklijke Rotterdamse Diergaarde (hierna: de Stichting). Volgens de website (www.diergaardeblijdorp) is de Diergaarde in 1857 opgericht als particulier initiatief. In 1937 besloot het gemeentebestuur van Rotterdam dat de Diergaarde uit het stadscentrum diende te verhuizen. Sinds december 1940 is de Diergaarde gevestigd in de polder Blijdorp. Of toen ook de Diergaarde is ondergebracht in een stichting of dat dit al eerder is gebeurd, hebben wij niet kunnen achterhalen. Uit de onderhavige casus wordt wel duidelijk dat het gemeentebestuur betrokken was en is bij de Stichting. Aangezien het de vraag was of de rechtbank, sector bestuursrecht, wel bevoegd was, diende deze ambtshalve als een kwestie van openbare orde, buiten artikel 8:69 Awb, te toetsen of sprake was van een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. [3] Daarmee lag de vraag voor of de Stichting (of het bestuur van de Stichting, zie punt 5) dient te worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1, onder sub b Awb. Daarvoor is nodig vast te stellen of de Stichting kan worden aangemerkt als openbare dienst in de zin van art. 1 leden 1 en 2 Aw. Het is juist dit element geweest dat tot veel verwarring heeft geleid in de wetsgeschiedenis op artikel 1:1 Awb.

De wetgever heeft met de woorden “met enig openbaar gezag bekleed” in art. 1:1 lid 1 sub b Awb, mede het oog gehad op privaatrechtelijke rechtspersonen die tot de overheid moeten worden gerekend omdat organen van publiekrechtelijke corporaties een overwegende invloed uitoefenen op het beheer van deze rechtspersonen. [4] In de memorie van toelichting werd daarbij verwezen naar enkele uitspraken van de Centrale Raad van Beroep in het kader van het ambtenarenrecht, zoals CRvB 6 april 1966, AB 1966, p. 722 en CRvB 18 juni 1976, AB 1979, 35, waarin werd geoordeeld dat de betreffende stichting diende te worden gerekend tot de openbare dienst. Uiteindelijk heeft regeringscommissaris Scheltema [5] verduidelijkt dat het criterium “overwegende overheidsinvloed” enkel een rol speelt in het kader van het ambtenarenrecht, namelijk bij de beantwoording van de vraag of een stichting ambtenaren kan aanstellen. [6] Is er sprake van overwegende overheidsinvloed, dan is het mogelijk dat de personen die zijn aangesteld bij de rechtspersoon, werkzaam zijn in openbare dienst. De stichting oefent dan bij de aanstelling van de betreffende personen openbaar gezag uit en is in zoverre aan te merken als bestuursorgaan in de zin van de Awb (zie hierna onder punt 5). Dat “overwegende overheidsinvloed” alleen een zelfstandig criterium vormt voor het hebben van openbaar gezag in het kader van het ambtenarenrecht, is door de Afdeling bestuursrechtspraak nadien bevestigd. [7] Overigens blijkt het criterium vervolgens ook bij de Afdeling bestuursrechtspraak een rol te spelen, maar dan over de band van het zogenaamde publieke taakcriterium. [8]

Wie bekend is met artikel 1 lid 2 Aw en de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep terzake, weet dat onder bepaalde voorwaarden privaatrechtelijke rechtspersonen worden gerekend tot de openbare dienst, met als gevolg dat daar werkzame personen mogelijk ambtenaar zijn. Volgens artikel 1 lid 2 Aw behoren tot de openbare dienst alle diensten en bedrijven door de Staat en openbare lichamen beheerd. In zijn uitspraak van 8 maart 1988 heeft de CRvB gesteld dat een stichting kan behoren tot de openbare dienst indien enig orgaan van een publiekrechtelijk lichaam krachtens de statuten van de stichting een overwegende invloed op het beheer heeft. Het gaat om statutair bepaalde bevoegdheden. [9] Van Zutphen heeft de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep op artikel 1 lid 2 Aw geanalyseerd. [10] Zij heeft vier criteria onderscheiden, die nadien ook in de ambtenaarrechtelijke literatuur worden genoemd, [11] op grond waarvan aangenomen wordt dat dan sprake is van overwegende overheidsinvloed op het beheer. Stuiver geeft deze criteria als volgt verkort weer: er moet sprake zijn van overwegende invloed op de samenstelling van het bestuur en de benoeming van de bestuursleden; de overheid moet een belangrijke invloed hebben op de financiën van de stichting en een belangrijke rol spelen ten aanzien van het

personeelsbeleid; en tot slot dient goedkeuring van de overheid te zijn vereist met betrekking tot bepaalde belangrijke besluiten. [12] Is voldaan aan deze cumulatieve eisen, dan wordt de stichting gerekend tot de openbare dienst. In het verleden nam de Centrale Raad van Beroep aan dat betrokkene dan beschouwd moest worden als werkzaam in dienst van de gemeente omdat de stichting als lasthebber van de gemeente had gehandeld. [13] Thans echter wordt aangenomen dat men als ambtenaar in dienst is van de stichting. [14] Volgens Peters geeft de Raad een veel te ruime uitleg aan het begrip "openbare dienst". [15] Daarmee wordt volgens hem de ratio van het ambtenaarschap uit het oog verloren. Die ratio hangt volgens hem samen met de eigenheid van de organisatie waarin de ambtenaar werkzaam is en die normaal publiekrechtelijk is vormgegeven, of met de typische publiekrechtelijke activiteiten die worden verricht. Een stichting zou alleen dan tot de openbare dienst gerekend dienen te worden indien de rechtspersoon expliciet, buiten het ambtenarenrecht, is belast met openbaar gezag.

Tegen de achtergrond van de bestaande jurisprudentie verbaast het om te zien dat in onderhavige zaak de rechtbank slechts op basis van artikel 12 lid 4 van de statuten tot de conclusie komt dat de Stichting Diergaarde Blijdorp tot de openbare dienst behoort. In die bepaling staat dat voor het personeel in dienst van de Stichting de arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn die gelden of zullen gelden voor het personeel in dienst van de gemeente Rotterdam. Op grond hiervan kan echter alleen worden geconcludeerd dat voldaan zou kunnen zijn aan het derde criterium (van de vier door Stuiver, zie vorige alinea, genoemde criteria).

De Centrale Raad van Beroep gaat echter ambachtelijk te werk en stelt op basis van de statuten van de Stichting, zoals die gelden sinds 8 juli 2002, vast dat er geen goedkeuring meer is vereist voor belangrijke besluiten, zoals het vaststellen van de begroting en van het bestuursreglement, het aangaan van overeenkomsten en het nemen van besluiten ten aanzien van het personeel. Bovendien blijkt niet dat het gemeentebestuur een overwegende invloed heeft op het financiële beheer van de Stichting. Met betrekking tot de financiële relatie bepaalt artikel 13 lid 6 statuten dat het bestuur jaarlijks de vastgestelde jaarrekening met goedkeurende verklaring van de registeraccountant ter vaststelling van de subsidie van de Gemeente Rotterdam aan het gemeentebestuur voorlegt. Een na vereffening van het vermogen van de Stichting overblijvend batig saldo wordt uitgekeerd aan de gemeente Rotterdam (artikel 16 lid 3 statuten). De Raad concludeert op basis van deze aspecten dat geen sprake is van via de statuten vastgelegde overwegende overheidsinvloed op de doelstelling, het beheer en het beleid van Diergaarde Blijdorp. Hieruit volgt dat het ontslag van de werknemster niet kan worden aangemerkt als een (ingevolge de Awb appellabel) besluit omdat de Stichting niet meer is aan te merken als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub b Awb.

3. Doorbraak van het gesloten stelsel van ontslaggronden

De statutenwijziging van 8 juli 2002 van de Stichting Diergaarde Blijdorp heeft volgens de Centrale Raad van Beroep gevolgen voor de arbeidsrechtelijke positie van het personeel. Het personeel is door deze wijziging niet langer werkzaam als ambtenaar in de zin van het ambtenarenrecht, van een overwegende overheidsinvloed is namelijk niet langer sprake. Er heeft zich hier onvoorzien en mogelijk ongewild een wijziging voorgedaan in de rechtspositie van het personeel. De vraag is hoe dit past in het ambtenaarrechtelijk ontslagrecht.

Een min of meer geruisloze overgang van ambtenaar naar werknemer is echter ons inziens niet zomaar mogelijk en wel om de volgende twee redenen. Ten eerste bestaat er in het "ambtenarenrecht op grond van artikel 125 Ambtenarenwet en de op basis daarvan vastgestelde ambtenarenreglementen een gesloten stelsel van ontslaggronden. Ten tweede is er een uitdrukkelijk ontslagbesluit vereist van het bevoegd gezag. Artikel 84 lid 1 AR jo. artikel 12 lid 4 van de statuten van de Stichting gaat daar ook van uit. Wil het bevoegde

gezag een einde maken aan de ambtenaarrechtelijke dienstbetrekking van de medewerkster, dan dient er een keuze gemaakt te worden uit de limitatief opgesomde ontslaggronden uit het Ambtenarenreglement Rotterdam. Wel bestaat er binnen dit gesloten systeem een “ontsnappingsmogelijkheid” en wel via het ontslag “op andere gronden”. Op dit laatste wijst Hoorn die om die reden - ons inziens ten onrechte - concludeert dat daarmee geen sprake is van een gesloten ontslagstelsel. [16] Kiest het bevoegd gezag “voor andere gronden”, dan zal dat uitdrukkelijk uit het ontslagbesluit moeten blijken. Een vluchtweg naar een open stelsel van ontslaggronden biedt deze bepaling volgens de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie uitdrukkelijk niet. Bovendien blijkt dat de Centrale Raad een ontslag “op andere gronden” toetst aan twee criteria, namelijk: of er sprake is van zodanig verstoorde verhoudingen dat het bestuursorgaan in redelijkheid tot de vergaande maatregel van ontslag kon besluiten. En ten tweede of het aandeel van de ontslagen ambtenaar in het ontstaan en voortbestaan van de situatie dusdanig was dat in redelijkheid de keuze van ontslag mocht worden gemaakt [17] Het verlies van de ambtelijke status kan alleen verloren gaan door ontslag op basis van één van de ontslaggronden uit het rechtspositiereglement. Ook bij ontslag op een andere grond” blijft een uitdrukkelijk besluit tot ontslag vereist.

Het uitgangspunt van een gesloten ontslagstelsel blijkt ook uit de jurisprudentie over detachering. In die jurisprudentie is sinds 2001 uitdrukkelijk aangegeven dat men, vanwege het gesloten stelsel van ontslaggronden, door detachering niet de ambtenaarrechtelijke aanstelling kan verliezen. De Raad stelde in de uitspraak van 22 februari 2001 dat hij: “anders dan in eerdere uitspraken, bijvoorbeeld 11 maart 1999, AB 1999, 386, is gesteld, vanwege het gesloten stelsel van ontslaggronden ten aanzien van ambtenaren, (...), van oordeel is dat ambtenaarschap dat door aanstelling als zodanig is ontstaan niet langs andere weg verloren kan gaan dan door ontslagverlening op een van de daartoe in de wet- en regelgeving vastgelegde grondslagen”. [18] Ook in de rechtsliteratuur is gewezen op de problematiek van detachering waarbij eerst wel en later geen verlies van ambtenaarschap werd aangenomen. [19]

Een tweede punt dat aandacht verdient, is dat voor ontslag een uitdrukkelijk besluit van het bevoegd gezag is vereist. Mede om die reden wordt in de rechtsliteratuur gesteld dat een uitdrukkelijk besluit is vereist om een stichting uit de openbare dienst te verwijderen door er een “normale” stichting van te maken. Het personeel moet er volgens Van Zutphen op kunnen vertrouwen dat het de ambtelijke status niet zonder meer zal verliezen. [20] Via een min of meer sluipende statutenwijziging kan dit dus niet. Wellicht wordt in de onderhavige zaak in zoverre voldaan aan het vereiste van een uitdrukkelijk besluit doordat in de notariële akte, waarin de statuten zijn vastgelegd, wordt vermeld dat het college van Rotterdam zijn goedkeuring heeft verleend aan de statutenwijziging. Daarmee ligt er dan wel een expliciet besluit, maar dat is echter nog geen expliciet ontslagbesluit van het bevoegd gezag zoals artikel 84 lid 1 AR vereist. Het bevoegd gezag in de zin van deze bepaling is namelijk het bestuur van de Stichting.

Tegen de achtergrond van het voorgaande is de beslissing van de Centrale Raad opmerkelijk. Het lijkt erop dat we in de jurisprudentie “terug bij af zijn”. Waar de Centrale Raad in 2001 uitdrukkelijk oordeelde dat het stelsel van gesloten ontslaggronden niet doorbroken kon worden, lijkt men anno 2007 te zeggen dat op basis van een statutenwijziging een ambtenaar ondanks het gesloten stelsel van ontslaggronden toch zijn ambtenaarrechtelijke positie kan verliezen. Wordt hier een buitenwettelijke ontslaggrond geaccepteerd, of wordt op basis van “andere gronden” ontslagen? Ondanks het ontbreken van een uitdrukkelijk ontslagbesluit, wordt ervan uitgegaan dat betrokkene de ambtenaarrechtelijke status verloren heeft. Betrokkene wordt geacht uit haar ambtenaarrechtelijke positie te zijn ontslagen, zonder enig daarop gericht besluit en zonder dat enige regeling is getroffen inzake haar rechtspositie. Onduidelijk is nu wat sinds de statutenwijziging precies de juridische status is van

betrokkene: welke rechtsregels zijn nu op haar arbeidsverhouding met de Stichting van toepassing? Dit is een vraag waar onder punt 4 op wordt ingegaan.

4. Geen sprake van een ambtenaar, toch afdoening van het geschil ten gronde

Het doorbreken van het gesloten stelsel van ontslaggronden is niet de enige opmerkelijke redenering van de Centrale Raad. In r.o. 3.3 wordt eerst opgemerkt dat betrokkene ten tijde van het ontslag niet meer in openbare dienst werkzaam was en dus op dat moment evenmin was aan te merken als ambtenaar in de zin van artikel 1 lid 1 Aw. De Centrale Raad ziet echter aanleiding betrokkene, uitsluitend voor het geding, wél als ambtenaar aan te merken om vervolgens de zaak inhoudelijk te beoordelen. De Centrale Raad doet dat op basis van de volgende argumenten. Ten eerste is er volgens de Raad door de statutenwijziging geen verandering opgetreden in de toepasselijkheid van het Ambtenarenreglement Rotterdam.

Daarnaast is het stichtingsbestuur zich steeds blijven gedragen als ware het een bestuursorgaan en is ook de gehele ontslagprocedure ingekleed als ware het een bestuursrechtelijke procedure. Ten slotte het minst overtuigende argument: partijen hebben tot in hoger beroep uitvoerig standpunten gewisseld en de Centrale Raad acht zich in staat tot een definitieve geschilbeslechting te komen. [21] Is dit standpunt houdbaar?

De Centrale Raad, of in eerste instantie de rechtbank, kan bevoegd worden geacht om twee redenen. In de eerste plaats is de bestuursrechter bevoegd op grond van de genomen beslissing op bezwaar. De praktische reden is dat de bestuursrechter een oordeel moet kunnen geven of er nu wel of geen sprake is van een ambtenaar en daarmee van een appellabel besluit. [22] Dit is in lijn met de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak dat een beslissing op bezwaar per definitie aanmerkt als een appellabel besluit. [23] Zie in dit verband ook het bepaalde van artikel 7:1 lid 2 Awb dat in dit soort situaties veilig stelt dat toch beroep kan worden ingesteld tegen de beslissing op bezwaar. [24]

Een tweede reden kan zijn de jurisprudentie met betrekking tot een gepretendeerde publiekrechtelijke bevoegdheid. Volgens vaste rechtspraak geldt dat als iemand pretendeert een publiekrechtelijke bevoegdheid te hebben, dit een voldoende basis is om een besluit aan te nemen. Dit geeft de bestuursrechter weer de mogelijkheid om de kwestie van de bevoegdheid te beoordelen om vervolgens het besluit te vernietigen wegens onbevoegdheid. [25]

In casu heeft het bestuur van de Stichting zich gedragen als bestuursorgaan en gepretendeerd bevoegd te zijn. Op basis van de genoemde jurisprudentie zou de Centrale Raad zich vervolgens dienen te beperken tot de conclusie dat er geen sprake is van een appellabel besluit met als gevolg onbevoegdverklaring en verwijzing naar de burgerlijke rechter. De Centrale Raad gaat hier echter vervolgens verder met de inhoudelijke behandeling van de zaak, wat, gelet op het stelsel van de absolute competentieverdeling, ons inziens een stap te ver is. Er is hier namelijk duidelijk geen sprake van een appellabel besluit in de zin van artikel 18 lid 1 sub a Beroepswet jo. artikel 1:3 lid 1 Awb. De Centrale Raad had daarom moeten volstaan met vernietiging van de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam en de zaak naar de burgerlijke rechter moeten verwijzen (artikel 21 lid 1 Beroepswet jo. artikel 8:70, sub a en artikel 8:71 Awb). [26]

Zou bij een onbevoegdverklaring door rechtbank en CRvB mogelijk een “gat” zijn ontstaan in de rechtsbescherming van de werkneemster en is dat de reden waarom de Raad in dit geval toch bereid was tot een inhoudelijke beoordeling? Voor een antwoord op deze vragen is wellicht het bekende Assmann-arrest relevant. [27]

Dit arrest maakt duidelijk dat de Hoge Raad zeer welwillend is om in een dergelijk geval aanvullende rechtsbescherming te bieden. Aanleiding voor het arrest was de jurisprudentie waarin de Centrale Raad nog aannam dat door langdurige detachering van betrokkene door het gemeentebestuur bij een stichting, er geen sprake meer was van werkzaam zijn in openbare dienst. Gevolg was dat door het detacheringsbesluit de ambtenaarrechtelijke

betrekking verloren was gegaan. [28] Hiermee werd het gesloten stelsel van ontslaggronden doorbroken. Mede vanwege de kritiek hierop is de Centrale Raad hierop teruggekomen in de onder punt 3 genoemde uitspraak van 22 februari 2001.

In de zaak Assman/Zaanstad werd mevrouw Assmann geconfronteerd met de situatie dat zij was ontslagen en de bestuursrechter geen rechtsbescherming bood tegen het ontslagbesluit. Betrokkene was immers geen ambtenaar meer in de zin van artikel 1 lid 1 Aw. Vervolgens werd er bij de civiele rechter tot aan de Hoge Raad geprocedeerd. De Hoge Raad acht in r.o. 3.4 het oordeel van het Hof juist ten aanzien van de vraag welk rechtsgevolg de burgerlijke rechter behoort te verbinden aan het oordeel van de Centrale Raad van Beroep dat betrokkene niet meer kon worden aangemerkt als ambtenaar. Dit oordeel kwam erop neer dat, mede gelet op de beschermingsgedachte die aan het arbeidsrecht ten grondslag ligt, aangenomen moet worden dat de voorheen bestaande publiekrechtelijke aanstelling als ambtenaar is omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen de stichting en de personeelsleden. In r.o. 3.6 wordt ook nog artikel 6 EVRM in stelling gebracht waaruit volgt dat een ieder recht heeft op beroep bij de rechter ingeval besluiten inzake schorsing en ontslag. Deze overwegingen van de Hoge Raad maken duidelijk dat in de onderhavige casus het uitgangspunt had moeten zijn dat de werknemster inmiddels werkzaam is voor de Stichting Diergaarde Blijdorp op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en dat daarom de burgerlijke rechter het aangewezen forum is om rechtsbescherming te bieden tegen het ontslag. Op grond daarvan had de Centrale Raad van Beroep de zaak moeten verwijzen, zodat het geschil door de competente rechter, zijnde de burgerlijke rechter, behandeld was.

Afgezien van het argument dat in onderhavige zaak niet de bestuursrechter maar de burgerlijke rechter bevoegd is, kan men zich de vraag stellen of er wel sprake kan zijn van een definitieve geschilbeslechting. De Centrale Raad sluit in r.o. 3.3 af met de conclusie dat hij zich in staat acht tot definitieve geschilbeslechting. Dat lijkt dan ook de uitkomst van het geschil te zijn, de beslissingen op bezwaar van 24 januari 2006 en 6 maart 2006 worden door de Centrale Raad vernietigd. Vervolgens herroept de Raad, door zelf in de zaak te voorzien (artikel 8:72 lid 4 Awb), het primaire besluit met als gevolg dat het (oorspronkelijke) dienstverband herleeft en betrokkene nooit ontslagen is geweest. Maar is hier wel sprake van “een eind goed al goed” beslissing van de Centrale Raad? Een goede arbeidsrelatie tussen de werknemster en de Stichting zal mede door het geding in nog grotere mate verstoord zijn. Niet ondenkbaar is dat de Stichting een arbeidsrechtelijke procedure zal starten met als doel te komen tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met betrokkene. Immers, ook in de opvatting van de Centrale Raad is betrokkene kennelijk na de beëindiging van de procedure niet langer meer aan te merken als ambtenaar en dan dient mede gelet op het genoemde Assmann-arrest aangenomen te worden dat de betrokkene sinds de statutenwijziging werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst.

Stel de Stichting zou op basis van voorgaande redenering inderdaad overgaan tot een ontbindingsprocedure bij de civiele rechter. De vraag is dan allereerst welke regels van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomst, anders geformuleerd: hoe zal de civiele rechter omgaan met het voor het betrokken personeelslid geldende Ambtenarenreglement Rotterdam en het daarin opgenomen gesloten stelsel van ontslaggronden? Is dit reglement door de bepaling in de statuten dat de rechtspositie van betrokkene wordt bepaald door het Ambtenarenreglement Rotterdam onderdeel uit gaan maken van de arbeidsrechtelijke overeenkomst? Zo kent afdeling 9 van titel 10 uit Boek 7 BW een gesloten stelsel van ontslaggronden als het gaat om het einde van de arbeidsovereenkomst. [29] Het is dan ook deze regeling aan de hand waarvan de rechtmatigheid van het gegeven ontslag getoetst moet worden. Dit betekent dat in ieder geval aan het Ambtenarenreglement Rotterdam voorbij gegaan dient te worden voor zover dit ziet op schorsing en ontslag van betrokkene omdat dit

in strijd is met afdeling 9 van titel 10 Boek 7 BW. Voor het overige kan men zich de vraag stellen of het arbeidsrechtelijk wel mogelijk is om via de statuten van een Stichting de arbeidsvoorwaarden van het personeel te bepalen. Dit zou hier de merkwaardige consequentie kunnen hebben dat als het gemeentebestuur het Ambtenarenreglement wijzigt, dit ook gevolgen heeft voor het personeel, werkzaam bij de Stichting, terwijl dit personeel inmiddels werkt volgens een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht.

Ook anderszins heeft de toepasselijkheid van het (civielrechtelijke) arbeidsrecht een aantal belangwekkende gevolgen. Als de Stichting Diergaarde Blijdorp een ontbindingsprocedure start, zal de inzet (dienen te) zijn: opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens dringende redenen (artikel 7:677 BW) of eventueel een verzoek indienen bij de rechtbank (kantonssector [30]) tot ontbinding op grond van gewichtige redenen (art. 7:685 BW). Deze gewichtige redenen moeten volgens het tweede lid van artikel 7:685 BW op eenzelfde wijze geïnterpreteerd worden als de dringende redenen, zoals gedefinieerd in artikel 7:677 BW. Het voert te ver om de mogelijke gronden voor ontslag in dit kader te behandelen. Wat wel bijzonder aan de onderhavige situatie is, is dat betrokkene ziek was ten tijde van het oorspronkelijke ontslag. Mocht betrokkene nog steeds ziek zijn, dan geldt het opzegverbod als bedoeld in artikel 7:670 lid 1 BW. De werkgever kan niet opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van arbeid. Ook de civiele rechter zal in een procedure op grond van artikel 7:685 lid 1 BW dienen te beoordelen of het verzoek verband houdt met de ziekte van betrokkene. Is dat het geval, dan dient het verzoek in beginsel te worden afgewezen tenzij zich andere omstandigheden voordoen die een gewichtige reden voor ontbinding vormen. [31] Op het voorgaande geldt een belangrijke uitzondering. Volgens artikel 7:658a BW is de werknemer verplicht in het kader van de re-integratie passende arbeid te aanvaarden. Weigert betrokkene dit, dan wordt in artikel 7:670b lid 3 BW het ontslagverbod wegens ziekte voor de "onwillige" werknemer opzij gezet.

Gelet op het gesloten stelsel van het arbeidsrecht en de materiële achtergrond van het geschil had de Centrale Raad van Beroep er verstandiger aan gedaan de zaak te verwijzen naar de civiele rechter.

5. Wie is het bevoegde bestuursorgaan tot aanstelling en ontslag?

De primaire beslissing tot ontslag is genomen door de directeur van de Stichting. Het is ook de directeur die optreedt als partij in het geding bij de rechtbank en de Centrale Raad van Beroep. Het is de directeur die in twee besluiten een beslissing op het bezwaar heeft genomen. Uit de uitspraak van de rechtbank blijkt dat betrokkene is gehoord door een hoorcommissie van de Raad van Toezicht. De Raad stelt vast dat op grond van artikel 12 lid 6 van de statuten van de Stichting het de Raad van Toezicht is waar personeelsleden bezwaar kunnen maken tegen beslissingen van het bestuur (de Directeur). In die bepaling staat verder dat de Raad van Toezicht met inachtneming van de maatstaven die gelden voor het personeel in dienst van de gemeente Rotterdam, een beslissing neemt op het ingediende bezwaar. Dit alles leidt de Centrale Raad van Beroep tot de conclusie dat het bestreden besluit niet door de Directeur, maar door de Raad van Toezicht genomen had moeten worden, en dit besluit derhalve onbevoegd is genomen.

Past dit alles wel in de systematiek van de Awb? Op grond van artikel 1:5 lid 1 Awb dient op het bezwaar te worden beslist door hetzelfde bestuursorgaan dat het primaire besluit heeft genomen. De in casu gekozen constructie, waarbij de Raad van Toezicht op het bezwaar dient te beslissen, komt materieel neer op administratief beroep als omschreven in artikel 1:5 lid 2 Awb. Een andere opvatting zou kunnen zijn dat sprake is van mandaat (waarover het slot van deze paragraaf). In het geval van administratief beroep wordt een voorziening gevraagd bij een ander bestuursorgaan dan hetwelk het besluit heeft genomen. Belangrijk is dat, nu het hier gaat om een afwijking van het normale patroon van de verplichte bezwaarschriftprocedure, daarvoor in een wettelijk voorschrift dient te zijn voorzien. Dat is

hier niet het geval, er is slechts sprake van een statutaire regeling. Vastgesteld dient dan ook te worden wie het primaire besluit heeft genomen. Vervolgens is dan eenvoudig vast te stellen welk bestuursorgaan op het bezwaarschrift dient te beslissen. [32]

Zodra er echter een stichting in het spel is, is het allemaal niet meer zo helder. Dan rijst al snel de vraag wie nu eigenlijk het bevoegd bestuursorgaan is in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub b Awb ingeval men concludeert dat een stichting dient te worden gerekend tot de openbare dienst. Is dit de stichting zelf, het bestuur van de stichting of eventueel een ander orgaan van de stichting-Peters stelt vast dat in de meeste uitspraken inzake het publieke taakcriterium er geen duidelijke lijn wordt gevolgd; dan weer wordt het bestuur van de rechtspersoon genoemd en in andere gevallen de stichting zelf, terwijl ze soms door elkaar worden gebruikt. Hij is voorstander van toekenning van bevoegdheden aan de rechtspersoon zelf. Het organisatiepatroon van de privaatrechtelijke rechtspersoon is dan beslissend. [33]

Schroten is daarentegen van oordeel dat bij toekenning van bevoegdheden op grond van attributie of delegatie de bevoegdheid dient te worden opgedragen aan een orgaan van de rechtspersoon, hetgeen dan vervolgens ook nog eens bestendig kan worden in de statuten.

Door toekenning van bevoegdheden aan organen van de privaatrechtelijke rechtspersoon wordt volgens haar voorkomen dat men moet terugvallen op de interne

bevoegdheidsverdeling, zoals geregeld in Boek 2 BW en de statuten. [34]

Ten Berge/Zijlstra/Timmerman en Buijn, hebben weer een iets andere invalshoek. Volgens hen gelden bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden door een privaatrechtelijke organisatie de publiekrechtelijke regels over attributie, delegatie en mandaat. Het is dan ook het orgaan van de privaatrechtelijke rechtspersoon dat de bevoegdheid uitoefent. [35]

In hun bekende boek "Gemeenschappelijk recht" maken vader en zoon Scheltema op dit punt geen duidelijke keuze door te spreken van "(organen van) privaatrechtelijke rechtspersonen". [36]

In de eerste druk van hun boek werd er nog van uitgegaan dat het orgaan van de

privaatrechtelijke rechtspersoon heeft te gelden als bestuursorgaan. [37]

Verder dient in dit verband te worden gewezen op de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. [38]

In die wet wordt uitdrukkelijk geformuleerd dat "slechts" een orgaan van de rechtspersoon met openbaar gezag bekleed kan worden. Dit geldt zowel voor een orgaan van

een rechtspersoon, ingesteld krachtens publiekrecht, als voor een orgaan van een rechtspersoon krachtens privaatrecht ingericht (artikel 4 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).

De wetgever heeft bij de definitie van het begrip "zelfstandig bestuursorgaan" in art. 1 sub a Kaderwet zelfstandige bestuursorganen beoogd aan te knopen bij het begrip bestuursorgaan van artikel 1:1 lid 1 Awb. Op grond van het voorgaande is het

bestuur van de privaatrechtelijke rechtspersoon met openbaar gezag bekleed en is dat bestuur dan ook bestuursorgaan in de zin van de Awb. [39]

Wat betekent dit alles nu voor Stichting Diergaarde Blijdorp? Voor het geval de Stichting (nog) zou zijn aan te merken als openbare dienst, rijst er meteen een probleem. Immers, hier

is geen sprake van een attributie of delegatie van enige bevoegdheid om personen als ambtenaar aan te stellen. Dit zou overigens in strijd zijn met het gesloten systeem van

bevoegdheidsverdeling van de Gemeentewet. [40]

Bij gebreke van een toegekende bevoegdheid, zal men al snel terugvallen op de normale organisatierechtelijke regels die gelden voor de betreffende rechtspersoon. De vraag is dan wie normaal binnen zo'n

rechtspersoon belast is met het aanstellen van het personeel. Dit wordt bij een stichting, gelet op artikel 2:291 lid 1 BW, gerekend tot het besturen van de stichting. Het is dan het bestuur

van de stichting dat de bevoegdheid uitoefent. Voor Diergaarde Blijdorp is dat uitdrukkelijk bepaald in artikel 12 lid 4 van de statuten. Dit sluit ook aan bij wat is geregeld in artikel 160 lid 1 sub a en d Gemeentewet. Op grond van deze artikelonderdelen is het college belast met

het uitvoeren van het dagelijks bestuur van de gemeente waartoe ook wordt gerekend het benoemen, schorsen en ontslaan van ambtenaren. Met andere woorden: ingeval de stichting

wordt aangemerkt als behorend tot de openbare dienst, dan fungeert het bestuur van de stichting als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub b Awb. Kan het bestuur van de stichting dan haar bevoegdheid om op het bezwaar te beslissen mandateren aan de Raad van Toezicht? Nee, dan kan niet. Het is inmiddels vaste rechtspraak dat mandaat - en zo zou je misschien de statutaire bepaling kunnen opvatten - van deze bevoegdheid aan een ander alleen is toegestaan indien deze ander zich bevindt binnen de directe invloedssfeer van het bestuursorgaan. Mandaat van deze bevoegdheid aan een niet-ondergeschikte is niet mogelijk. [41] Het is dan ook terecht dat de Directeur op het bezwaar heeft beslist, ook al is dat in strijd met de statuten van de Stichting.

Voetnoot

[1]

De uitspraak is ook geannoteerd door J.A.F. Peters in JB 2007, 227.

[2]

J.A. Spee en mr. L.J.M. Timmermans zijn werkzaam bij de sectie bestuursrecht, Radboud Universiteit Nijmegen.

[3]

Artikel 8:69 lid 1 Awb hanteert het uitgangspunt dat de rechter op grondslag van de stukken en het verhandelde ter zitting uitspraak moet doen, anders gezegd: hij mag niet treden buiten de grenzen van het geschil zoals door partijen in geding gebracht. Dit laat onverlet dat de rechter verplicht is ambtshalve te toetsen (dus ook zonder dat een partij daarop een beroep heeft gedaan) aan bepalingen van openbare orde, zoals bepalingen met betrekking tot de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid van het beroep. Deze bepalingen regelen de toegang tot de rechter en worden gelet op hun belang voor het functioneren van de rechtspraak van bovenindividueel belang (dus van openbare orde) geacht.

[4]

PG Awb I, MvT, p. 133.

[5]

Onder wiens leiding het Awb-project vorm heeft gekregen.

[6]

PG Awb I, p. 143-144.

[7]

Zie ABRvS 3 oktober 1996, AB 1996, 474, m.nt. AFMB (NV Luchthaven Schiphol).

[8]

ABRvS 12 november 1998, AB 1999, 30, m.nt. MSV (Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen), waarover kritisch J.A.F. Peters, "Bestuursorganen in bestuursrechtelijke handen", JBplus 2000, p. 89-90.

[9]

CRvB 8 maart 1988, TAR 1988, 103, m.nt. A.H. van Zutphen.

[10]

A.H. van Zutphen, De rechtspositie van de Rijksambtenaar, Den Haag: VUGA Uitgeverij 1991, par. 4.2.

[11]

H.S.P. Stuiver, Aspecten van ambtenarenrecht, vierde druk, Nijmegen: WLP 2007, p. 4-5 en de losbladige uitgave Het Burgerlijke ambtenarenrecht, B 1-pag. 11-14. Zie ook CRvB 13 mei 1993, AB 1993, 482, m.nt. HH, CRvB 21 december 1994, TAR 1995, 65, m.nt. E.A. van Agt en CRvB 11 maart 1999, TAR 1999, 386, m.nt. HH.

[12]

Idem vorige noot, p. 5.

[13]

- CRvB 9 maart 1939, AB 1939, p. 622.
- [14] CRvB 18 juni 1976, AB 1979, 35.
- [15] J.A.F. Peters, "De ambtenarenrechtelijke overheid", NTB 2007, 60.
- [16] E. Hoorn, "Ambtenaarschap, detachering en (de)privatisering", TAR 2002, p. 293.
- [17] A.C.M. van Vliet, "De flexibiliteit van het ontslag in het ambtenarenrecht", O&A 2003, nr. 3, p. 124.
- [18] Zie CRvB 22 februari 2001, TAR 2002, 77; CRvB 21 januari 2002, TAR 2002, 89; en CRvB 17 april 2003, TAR 2003, 123.
- [19] E.L. Pasma, "De gedetacheerde ambtenaar: een juridische soap", ArbeidsRecht 2001/11, p. 25-29 en E. Hoorn, a.w., TAR 2002, p. 284-295.
- [20] Het Burgerlijk ambtenarenrecht, B 1-pag. 13 en door A.H. van Zutphen, a.w., p. 94, onder verwijzing naar CRvB 18 juni 1976, AB 1979, 35.
- [21] Zie ook J.A.F. Peters in zijn noot onder deze uitspraak in JB 2007, 227.
- [22] Zie reeds eerder CRvB 19 november 1998, AB 1999, 103, m.nt. HH en Peters, a.w., NTB 2007, 60, p. 401.
- [23] ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, m.nt. PvB en ABRvS 1 juni 2005, AB 2005, 381, m.nt. Peters.
- [24] Zie ook ABRvS 24 januari 1995, JB 1995, 101: de beslissing op bezwaar behelst als zodanig een publiekrechtelijke rechtshandeling en is daarmee zonder meer aan te merken als een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb.
- [25] ABRvS 12 april 2006, Gst. 2006, 111, m.nt. Larsson en CRvB 13 april 2000, AB 2000, 277, m.nt. HH.
- [26] Gelijke conclusie door J.A.F. Peters in NTB 2007, 60, p. 401.
- [27] HR 20 juni 1997, NJ 1997, 626.
- [28] CRvB 21 december 1994, TAR 1995, 63 en 65, waarover uitvoerig E. Hoorn, "Ambtenaarschap, detachering en (de)privatisering", TAR 2002, p. 284-295.
- [29] Zie ook Luttmer-Kat, aant. 6 op Afdeling 9 (T&C Arbeids recht), Deventer: Kluwer 2006.
- [30] Via een wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, enige jaren geleden, zijn de kantongerechten opgeheven en organisatorisch geïntegreerd in de rechtbanken waarbinnen kantonsectoren zijn ingesteld (zie huidige artikel 2 jo.20 van de hiervoor genoemde wet).
- [31]

- Luttmer-Kat, aant. 4 op artikel 7:685, (T&C Arbeids - recht).
- [32] Zie ook: Mon. Awb A11 (Koenraad/Sanders), Deventer: Kluwer 2006, p. 136.
- [33] J.A.F. Peters, "De publieke taakjurisprudentie is dood, leve de publieke taakjurisprudentie!", JBplus 2004, p. 78-79.
- [34] K. Schroten, De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 142-143.
- [35] Handelingen NJV 2000-1, De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 261.
- [36] M.W. Scheltema en M. Scheltema, Gemeenschappelijk recht, Deventer: Kluwer 2008, 2e druk, p. 62-69.
- [37] Scheltema & Scheltema, a.w., editie 2003, p. 60, noot 158.
- [38] Wet van 9 september 2004, Stb. 493, zoals gewijzigd bij wet van 2 november 2006, Stb. 587.
- [39] Kamerstukken II 2000/01, 27 426, nr. 3, p. 6-7 en nr. 5, p. 29.
- [40] S.E. Zijlstra, Zelfstandige bestuurorganen in een democratische rechtsstaat, diss. EUR, Vuga 1997, p. 349-359.
- [41] ABRvS 22 juni 2005, Gst. 2005, 131, m.nt. De Voogd en ABRvS 12 juli 2006, JB 2006, 253, m.nt. F.A.M.S.; en de bijdrage van Koenraad/Sanders, a.w., p. 139. Vergelijk ook artikel 10:1 lid 3 Awb.

Copyright © Kluwer 2012
Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 10-07-2012

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.