

Inhoud

	Voorwoord	9
1	Ambtenaarschap en grondrechten	11
1.1	Ambtenaarschap	11
1.2	Grondrechten	18
2	Arbeidsvoorwaardenvorming en overleg	25
2.1	Decentrale stelsel van arbeidsvoorwaardenvorming	25
2.2	Arbeidsvoorwaardenvorming in de overheidssector	28
2.3	Medezeggenschap	31
3	De integere ambtenaar	51
3.1	Integriteitsbeleid	51
3.2	Eed of belofte	53
3.3	Nevenbetrekking/-werkzaamheden	54
3.4	Meldingsplicht financiële belangen, bezit van of transacties met effecten	55
3.5	Inkoop	56
3.6	Vergoeding bij qualitate qua functies en -benoemingen	57
3.7	Aannemen van geschenken, steekpenningen en voordelen	58
3.8	Persoonlijk gebruik van goederen, diensten of wetenschap	58
3.9	E-mail-, intranet- en internetgebruik	59
3.10	Huisregels	60
3.11	Vertrouwenspersoon integriteit en klokkenluider(sregeling)	60
3.12	Geheimhouding tijdens en na beëindiging van de arbeidsverhouding	64
3.13	Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra)	65
4	Aanstelling	67
4.1	Het begrip aanstelling	67
4.2	Typen aanstelling	71
4.3	Aanstelling in vaste dienst	73
4.4	De proeftijd bij de overheid	79
4.5	Rechtsverhouding die op één lijn kan worden gesteld met een tijdelijk dienstverband	80
4.6	Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra)	81
5	Arbeidstijden	83
5.1	Inleiding	83
5.2	Totstandkoming van de Arbeidstijdenwet	83
5.3	Toepasselijkheid van de Arbeidstijdenwet	84
5.4	Systematiek van de Arbeidstijdenwet	87
5.5	Verplichtingen van de werkgever	89
5.6	De werktijd en arbeidsduur van bijzondere groepen	91
5.7	De Artw in relatie tot de rechtspositieregelingen bij de overheid	92
5.8	Wet flexibel werken	93
5.9	Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra)	94

6	Functiebeschrijving en functiewaardering	95
6.1	Inleiding	95
6.2	Methoden van functiewaardering	97
6.3	Rechtsbescherming	97
6.4	Na de functiewaardering: inschaling	100
6.5	Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra)	101
7	Beloning	103
7.1	Beloning van rijksambtenaren	103
7.2	Beloning voor gemeentambtenaren	114
7.3	Wet normering topinkomens (WNT)	125
7.4	Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra)	127
8	Personeelsbeoordeling en functioneringsgesprekken	129
8.1	Inleiding	129
8.2	Personeelsbeoordeling	130
8.3	Functioneringsgesprekken	134
8.4	De cyclus van resultaat- en beoordelingsgesprekken	137
8.5	Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra)	137
9	Vakantie en verlof	139
9.1	Opbouw en opname van vakantieverlof	139
9.2	Vakantieverlof en ziekte	143
9.3	Vergoeding van niet-genoten vakantieverlof	145
9.4	Buitengewoon verlof	146
9.5	Verlof ingevolge de Wet arbeid en zorg	149
9.6	Levensloopregeling	160
9.7	Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra)	162
10	Reorganisatie	163
10.1	Reorganisatie in het algemeen	163
10.2	Reorganiseren bij het Rijk	163
10.3	Functieverlies bij reorganisatie	165
10.4	Procedure bij het Rijk	167
10.5	Enkele bijzondere gevallen bij het Rijk	167
10.6	Reorganiseren bij gemeenten	168
10.7	Rechtsbescherming	170
10.8	Reorganisatie en medezeggenschap	170
10.9	Sociaal flankerend beleid	171
10.10	Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra)	171
11	Disciplinaire straffen	173
11.1	Inleiding	173
11.2	Soorten disciplinaire straffen	174
11.3	Plichtsverzuim	178
11.4	Bewijsrecht	181
11.5	Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra)	184
12	Arbeidsongeschiktheid	185
12.1	Regelgeving bij ziekte en arbeidsongeschiktheid	185
12.2	Ziektewet	187
12.3	Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar	192
12.4	Bezoldiging/salaris bij ziekte	194
12.5	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA)	205
12.6	WIA-akkoord, bovenwettelijke aanspraken	216
12.7	Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra)	221

13	Schorsing en ontslag	223
13.1	Inleiding	223
13.2	Schorsing	223
13.3	Ontslag	229
13.4	Ontslagverboden	249
13.5	Algemene aspecten	250
13.6	Vaststellingsovereenkomst	251
13.7	Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra)	252
14	Werkloosheid	255
14.1	Uitvoering en financiering	256
14.2	Ontstaan van het recht op WW-uitkering	258
14.3	Geldend maken van het recht op uitkering	262
14.4	Re-integratieverplichting overheidswerkgevers	270
14.5	Hoogte en duur van de uitkering	272
14.6	Einde van de WW-uitkering	277
14.7	Herleven van het WW-recht	278
14.8	Eigenrisicodragerschap: welke werkgever betaalt?	278
14.9	Bovenwettelijke uitkeringen	280
14.10	Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra)	293
15	Pensioenen	295
15.1	Basispensioenen	295
15.2	Aanvullende Pensioenregeling voor de overheid	302
16	Aansprakelijkheid en schade	317
16.1	Dienstongeval en beroepsziekte	317
16.2	Aansprakelijkheidsnorm van artikel 7:658 BW	325
16.3	Vergoeding op grond van goed werkgeverschap	327
17	Bezwaar, beroep, klachtrecht en mediation	329
17.1	Bezwaar	329
17.2	Beroep	337
17.3	Voorlopige voorziening	342
17.4	Klachtrecht	344
17.5	Mediation	347
17.6	Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra)	351
	Register	353

Voorwoord

De Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) is op 8 november 2016 aangenomen door de Eerste Kamer. De beoogde invoeringsdatum is 1 januari 2020.

De Wnra houdt kort gezegd in dat de huidige ambtelijke aanstelling van de meeste ambtenaren zal worden omgezet naar een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Slechts voor ambtenaren werkzaam in de sectoren rechterlijke macht, defensie en politie blijft de huidige ambtelijke status gehandhaafd. Ook politieke ambtsdragers en leden van Hoge Colleges van staat houden een aparte rechtspositie.

Het reguliere arbeidsrecht wordt dus van toepassing op ambtenaren, zij het dat voor hen nog wel een aantal specifieke bepalingen, zoals bijvoorbeeld het afleggen van de ambtseed, blijven gelden. In deze uitgave wordt per hoofdstuk kort ingegaan op de belangrijkste gevolgen van de Wnra voor die ambtenaren die met ingang van 1 januari 2020 een arbeidsovereenkomst krijgen.

Door kennis te nemen en gebruik te maken van de inhoud van deze gids verkrijgt men dan ook een actueel inzicht in de rechtspositie van de overheids-werknemer. Het boek geeft niet alleen een duidelijke en overzichtelijke uiteenzetting van het ambtenarenrecht, maar ook een groot aantal tips en voorbeelden die aan de dagelijkse praktijk en de rechterlijke uitspraken zijn ontleend. De auteurs zijn als het ware in de huid van de gebruiker gekropen: beoogd is die gebruiker een gereedschap in handen te geven om problemen zoveel mogelijk te voorkomen of adequaat op te lossen. Het boek is geschreven vanuit de optiek van de werkgever of degene die namens hem de personeelsaangelegenheden behartigt, zoals de personeelsfunctionaris of de -adviseur. Ook andere adviseurs en beleidsmedewerkers die in de praktijk met het ambtenarenrecht te maken hebben, kunnen in deze gids veel nuttige informatie vinden. Bovendien is de gids van belang voor de werknemer bij de overheid.

Daarbij heeft de redactie zich beperkt tot degenen die als burgerambtenaar werkzaam zijn bij de Rijksoverheid, dan wel de decentrale overheden (in het bijzonder als gemeenteamttenaar). Gelet op de daaraan verbonden specifieke aspecten zijn derhalve bijvoorbeeld de werkers bij het onderwijs, de politie en de defensie buiten beschouwing gelaten.

Het boek bestaat uit 17 hoofdstukken. De opbouw wordt bepaald door de 'levens-loop' van de ambtenaar. Na de algemene hoofdstukken over ambtenaarschap en grondrechten (hoofdstuk 1), arbeidsvoorwaardenvorming en overleg (hoofdstuk 2) en integriteit (hoofdstuk 3), volgt een hoofdstuk over de aanstelling (hoofdstuk 4). Ingegaan wordt op de verschillende vormen die de aanstelling kan hebben, vast of tijdelijk, voor bepaalde of onbepaalde tijd. In hoofdstuk 5 komen de arbeidstijden en arbeidsduurverkorting aan de orde. Hoofdstuk 6 gaat over de diverse functiewaarderingssystemen en besteedt tevens aandacht aan het opstellen van een conversietabel en een procedureregeling functiewaardering. Hoofdstuk 7 handelt over

de bezoldiging van de ambtenaar. In dit hoofdstuk wordt achtereenvolgens ingegaan op het begrip bezoldiging, het salaris, vergoedingen en toelagen in verband met het vervallen van de betrekking. Verder wordt gekeken naar de overige uitkeringen en de bezoldiging in enkele bijzondere situaties zoals bij opheffing van de betrekking en in geval van nevenwerkzaamheden. Het opmaken van een personeelsbeoordeling is, evenals het houden van een functioneringsgesprek, een instrument om aandacht te besteden aan en om iets te zeggen over het functioneren van een medewerker. Hoofdstuk 8 behandelt de personeelsbeoordeling en functioneringsgesprekken. Hoofdstuk 9 gaat over vakantie en verlof, hoofdstuk 10 over reorganisatie en hoofdstuk 11 bespreekt de verschillende disciplinaire straffen en zet het een en ander uiteen over plichtsverzuim. Hoofdstuk 12 heeft als onderwerp arbeidsongeschiktheid. Hierin worden de aanspraken, rechten en plichten van de overheidswerknemer en -werkgever bij arbeidsongeschiktheid van een werknemer behandeld. Daarbij komen zowel de wettelijke als de bovenwettelijke regelingen aan bod. Schorsing en de beëindiging van het dienstverband is onderwerp van hoofdstuk 13. In dit hoofdstuk worden de verschillende ontslaggronden besproken. In hoofdstuk 14 worden de aanspraken, rechten en plichten van de overheidswerknemer bij werkloosheid behandeld. Zowel de wettelijke als bovenwettelijke uitkering worden besproken. Hoofdstuk 15 gaat over pensioenen, hoofdstuk 16 gaat over aansprakelijkheid en schade en hoofdstuk 17 sluit het boek af. In dit laatste hoofdstuk wordt aandacht besteed aan 'mediation', bezwaar en beroep en het klachtrecht.

De sluitingsdatum van deze gids is 1 oktober 2017. Ieder jaar verschijnt een actuele editie.

De redactie houdt zich aanbevolen voor suggesties en op- of aanmerkingen die ertoe kunnen bijdragen dat de praktische bruikbaarheid van dit boek wordt vergroot.

De redactie

De Meern, november 2017

De redactie is als volgt samengesteld:

mr. K.F.A.M. Weijling

mr. H.S.P. Stuiver

mr. M.J. Kragten

mw. mr. A.M.A.C. Theunissen

mr. P.L. de Vos

mw. mr. B.M.M. Tijink

J.J.L.M. Aerts GPA

I Ambtenaarschap en grondrechten

Mr. A.M.A.C. Theunissen

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan het begrip ‘ambtenaar’ en diens bijzondere positie, die met ‘ambtelijke status’ wordt aangeduid. Paragraaf 2 zet het een en ander uiteen over de grondrechten.

1.1 Ambtenaarschap



Regelgeving

Ambtenarenwet (AW), artikel 1.

Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR), artikel 1.

Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling/Uitwerkingsovereenkomst (CAR/UWO), artikel 1:1 lid 1.



Samenvatting

Het begrip ‘ambtenaar’ komt in de Ambtenarenwet (AW) en in veel rechtspositionele regelingen voor, waaronder het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) en de Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling en Uitwerkingsovereenkomst (CAR/UWO). In artikel 1 AW wordt de ambtenaar gedefinieerd als degene die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn. Wordt aan deze definitie voldaan, dan geldt voor de ambtenaar op basis van artikel 125 AW een rechtspositieregeling en de rechtsingang bij de bestuursrechter. In de verschillende rechtspositieregelingen wordt het begrip ‘ambtenaar’ eveneens gedefinieerd, soms afwijkend van de definitie in de Ambtenarenwet, waarmee duidelijk wordt voor wie de desbetreffende rechtspositieregeling geldt. Het kan dus zo zijn dat iemand geen ambtenaar is in de zin van de Ambtenarenwet, maar in een bepaalde rechtspositieregeling wel als ambtenaar wordt beschouwd (vergelijk artikel 1:1 lid 1, sub a CAR/UWO).

1.1.1 AANSTELLING VOLGENS ARTIKEL 1 AW

In deze paragraaf wordt alleen ingegaan op het begrip ambtenaar in de zin van artikel 1 AW. Om als ambtenaar in de zin van de AW te kunnen worden aangemerkt, moet aan twee voorwaarden zijn voldaan, te weten:

1. er moet een aanstelling zijn;
2. de aanstelling moet betrekking hebben op het werkzaam zijn in de openbare dienst.

Het antwoord op de vraag of er sprake is van het zijn van ambtenaar in de zin van de AW is relevant voor de rechtsbescherming van de overheidswerknemer. Hij heeft op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) toegang tot de bestuursrechter. De werknemers in het bedrijfsleven dienen zich te wenden tot de burgerlijke rechter.

Aanstelling

Een aanstelling is een eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling van een overheidsorgaan waardoor een arbeidsrelatie tussen dat orgaan en de betrokken persoon ontstaat. De voorwaarde dat sprake dient te zijn van een aanstelling sluit degenen, met wie een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht is gesloten, uit van het zijn van ambtenaar. Deze aanstelling heeft slechts dan het ambtenaarschap

tot gevolg wanneer ook aan de tweede voorwaarde is voldaan, te weten het werkzaam zijn in de openbare dienst. Een aanstelling alleen is dus niet voldoende. Het werkzaam zijn in de openbare dienst kan ook zijn het verrichten van enkele diensten, waarvoor vacatiegelden en (onkosten)vergoedingen wordt ontvangen (CRvB 11 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4161).

Er kunnen zich situaties voordoen waarbij geen sprake is van een aanstelling volgens de rechtspositieregeling, maar wel van ambtenaarschap in de zin van de AW. Zo is in de uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden van 21 oktober 2002 bepaald dat een buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand ambtenaar is in de zin van artikel 1 AW.



Voorbeeld: geen aanstelling, wel ambtenaar

Betrokkene is door B&W benoemd tot buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand. In het geding moet de rechtbank beoordelen of een buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand ambtenaar is in de zin van de AW. In artikel 1 lid 1 AW is bepaald dat ambtenaar in de zin van deze wet is degene die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn. In lid 2 van dit artikel is bepaald dat tot de openbare dienst behoren: alle diensten en bedrijven door de Staat en de openbare lichamen beheerd. Ten aanzien van de vraag of de aanstelling tot buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand ook de status van ambtenaar meebrengt, is de rechtbank van oordeel dat de taken van de buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand als officiële verrichting namens de overheid onmiskenbaar onder het ruime begrip 'openbare dienst' vallen. Dat betekent dat de buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn als bedoeld in artikel 1 AW. Daaraan doet niet af het beroep van B&W op artikel 16 lid 3 Boek 1 BW, waarin is geregeld dat de buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand mede een persoon kan zijn die geen ambtenaar in gemeentelijke dienst is. Voorts betekent het feit dat de buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand is uitgezonderd van de collectieve arbeidsvoorwaardenregeling van de gemeente Leeuwarden niet dat de buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand geen ambtenaar is in de zin van artikel 1 AW, maar alleen dat deze ambtenaar niet onder deze regeling valt. Ook het gegeven dat de gemeente Leeuwarden geen bijzondere rechtspositieregeling voor de buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand kent, doet niet af aan het ambtenaarschap in de zin van de AW van de eiseres. De rechtbank concludeert dat betrokkene krachtens haar aanstelling als buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand ambtenaar is in de zin van artikel 1 AW (Rechtbank Leeuwarden 21 oktober 2002, TAR 2002, 171).

De hoedanigheid van ambtenaar wordt verkregen door een akte van aanstelling of aanstellingsbesluit van het overheidsorgaan. Onder omstandigheden kan bij gebreke van een akte van aanstelling of aanstellingsbesluit toch een ambtenaarsverhouding tot stand zijn gekomen. Duidelijk dient dan wel te blijken van een aan de zijde van het betrokken orgaan levende bedoeling om een dergelijke verhouding tot stand te brengen, dan wel van feiten of omstandigheden op grond waarvan de betrokken ambtenaar heeft mogen begrijpen dat een aanstelling tot ambtenaar feitelijk had plaatsgevonden (uitspraken van de CRvB 30 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2473 en CRvB 29 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3616).



Voorbeeld: geen aanstellingsbesluit, toch een ambtenaarsverhouding?

In een casus waarin iemand werkzaam is bij de Belastingdienst, maar waarbij een aanstellingsbesluit tot ambtenaar ontbreekt, overweegt de CRvB dat een ambtenaarsverhouding tot stand kan komen zonder dat er sprake is van een schriftelijk aanstellingsbesluit. In dat geval moet er wel duidelijk blij zijn van een intentie om een dergelijke verhouding tot stand te brengen, dan wel van feiten of omstandigheden op grond waarvan de betrokken werknemer heeft mogen begrijpen dat een aanstelling tot ambtenaar feitelijk heeft plaatsgevonden. In dit geval is de Raad het met de eerste rechter eens dat er in het onderhavige geval onvoldoende duidelijke aanwijzingen zijn om aan te nemen dat het in de bedoeling van de werkgever heeft gelegen om betrokkene als ambtenaar aan te stellen. De gestelde omstandigheden, aanmelding bij het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (ABP), de aanvraag voor een aanstellingskeuring op grond van het ARAR en het feit dat op de aan betrokkene verstrekte salarisspecificatie het woord 'aanstelling' staat, biedt op zichzelf en in onderling verband beschouwd onvoldoende aanknopingspunten. Uit de salarisspecificatie blijkt dat premies ingevolge de sociale verzekeringswetten zijn ingehouden, hetgeen onmiskenbaar duidt op een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (CRvB 3 maart 1994, TAR 1994, 103).

Een sollicitant is van oordeel dat hij feitelijk al was aangesteld als ambtenaar en dat hij recht heeft op een bewijs daarvan in de vorm van een formele akte van aanstelling. De Raad overweegt dat het ontbreken van een dergelijke akte niet uitsluit dat onder omstandigheden toch een ambtenaarsverhouding kan ontstaan. Daartoe dient dan wel duidelijk te blijken van een bij het bestuursorgaan levende bedoeling om een dergelijke verhouding tot stand te brengen, of van feiten of omstandigheden op grond waarvan de betrokkene heeft mogen begrijpen dat feitelijk een aanstelling als ambtenaar heeft plaatsgevonden. Volgens de Raad hebben de gesprekken met de sollicitant niet geleid tot een aanstelling als ambtenaar. De e-mailberichten waarnaar de sollicitant verwijst, bevatten geen uitdrukkelijke toezegging waaraan de sollicitant de gerechtvaardigde verwachting mocht ontlelen dat men reeds tot zijn aanstelling had besloten. Dat ook de sollicitant van mening was dat de besluitvorming nog niet was afgerond blijkt ook uit zijn e-mailbericht, waarin hij de vraag opwerpt of het alsnog mogelijk is om in eerste instantie als zzp'er te werken (CRvB 29 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3616).



Let op

Houd in gedachten dat het ambtenaarschap reeds door een aanstelling met het oogmerk om in ambtelijke dienst werkzaam te zijn kan ontstaan en derhalve tot stand kan komen voordat van het daadwerkelijk verrichten van werkzaamheden sprake is. Voortijdige intrekking van het aanstellingsbesluit (dat voor beroep vatbaar is) moet deugdelijk zijn onderbouwd en kan leiden tot schadevergoedingsplicht van het overheidsorgaan (CRvB 2 april 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AO7753).

Openbare dienst

Wat onder openbare dienst moet worden verstaan is niet nader gedefinieerd in de AW. Het tweede lid van artikel 1 AW bepaalt slechts dat alle door de Staat en de openbare lichamen beheerde diensten en bedrijven tot de openbare dienst behoren. Duidelijk zal zijn dat in ieder geval departementen, de Staten-Generaal, de Hoge Colleges van Staat, gemeenten, provincies, waterschappen enzovoort tot de openbare dienst behoren. Met betrekking tot de vraag of en wanneer de door de Staat en de openbare lichamen beheerde bedrijven en diensten tot de openbare dienst behoren, is volgens vaste rechtspraak van de CRvB van doorslaggevend

belang het antwoord op de vraag naar de invloed van het overheidsorgaan op dat bedrijf of die dienst. Voorwaarde is in ieder geval dat het overheidsorgaan dat de dienst of het bedrijf heeft opgericht een overwegende invloed heeft op het algemeen en financiële beleid daarvan. Die invloed dient statutair gewaarborgd te zijn. Daarnaast moet de invloed in feitelijke zin rechtstreeks kunnen worden uitgeoefend.



Voorbeeld: onvoldoende invloed van de overheid op beleid van stichting

De Groninger Burger Stichting heeft tot doel het bevorderen van het behoud in de ruimste zin van de borgen en borgterreinen in de provincie Groningen. Dit doel wordt nagestreefd door als trefpunt en samenwerkingsorgaan te fungeren voor particulieren onderling en voor particulieren en overheid tezamen. In het uit ten minste zeven leden bestaande algemeen bestuur worden slechts twee leden door Gedeputeerde Staten (GS) van de provincie Groningen benoemd. Instellingen die voldoende verwantschap hebben met de doelstelling van de stichting, hebben het recht een lid in het algemeen bestuur te benoemen. Wat de invloed van de provincie betreft, acht de CRvB het niet van doorslaggevend belang dat besluiten zoals de vaststelling van de rekening en de begroting aan de goedkeuring van GS zijn onderworpen, aangezien de stichting een grote beleidsvrijheid toekwam en met name zelfstandig kon beslissen over het verkrijgen, vervreemden en bezwaren van onroerende goederen, het sluiten van geldleningen en het voeren van rechtsgedingen of het berusten daarin. Daarmee werd de statutaire invloed van de provincie onvoldoende geacht om te kunnen concluderen dat de onderhavige privaatrechtelijke stichting tot de openbare dienst behoort (CRvB 13 mei 1993, TAR 1993, 148).



Voorbeeld: overheersende overheidsinvloed op het beheer (en het personeelsbeleid)

De CRvB overweegt dat een stichting als bedoeld artikel 42b van de Wet op het voortgezet onderwijs is aan te merken als een openbare dienst. Er is sprake van een overheersende overheidsinvloed op het beheer (en op het personeelsbeleid). De CRvB heeft zijn oordeel gestoeld op hetgeen is vermeld in de Memorie van Toelichting op het betreffende wetsartikel (CRvB 13 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2729).

Een stichting behoort tot de openbare dienst als uit de stichtingsstatuten kan worden afgeleid dat het overheidsorgaan een overwegende invloed heeft op het beleid. De stichting kan het karakter van openbare dienst niet verliezen door het feitelijk handelen van het stichtingsbestuur en de opstelling van het overheidsorgaan daarin. Een dergelijke wijziging moet uit een raadsbesluit blijken. Uit de uitspraak van de CRvB 18 juni 1976 (ECLI:NL:CRVB:1976:AM4241) volgt in dit verband dat de medewerker, in dienst van de stichting als openbare dienst, ambtenaar in de zin van de AW bleef, ook toen deze een arbeidsovereenkomst had ondertekend. Er was namelijk geen sprake van een rechtsgeldig ondertekende arbeidsovereenkomst van de zijde van de stichting (de vereiste goedkeuring van Burgemeester & Wethouders ontbrak). Bovendien kon de medewerker niet weten dat met de ondertekening van de arbeidsovereenkomst de ambtelijke status zou komen te vervallen.

Een statutenwijziging van een stichting kan ertoe leiden dat die stichting niet langer is aan te merken als een openbare dienst. Dit volgt uit de uitspraak van de CRvB van 6 september 2007 (TAR 2007, 196). Door een wijziging van de stichtingsstatuten was er geen goedkeuring meer vereist van het gemeentebestuur voor belangrijke besluiten. Evenmin bleek uit de statuten een overwegende invloed van

het gemeentebestuur op het financieel beheer. De conclusie van de CRvB is dat er geen sprake is van – via de statuten vastgelegde – overwegende overheidsinvloed op doelstelling, beheer en beleid van de stichting. Hierdoor behoort de stichting niet langer tot de openbare dienst in de zin van artikel 1 lid 2 AW, aldus de CRvB. In zijn uitspraak van 28 mei 2015 (ECLI:NL:CRVB:2015:1664) komt de CRvB eveneens tot het oordeel dat de stichting geen openbare dienst is als bedoeld in artikel 1 AW. Volgens de CRvB kan niet uit de stichtingsstatuten worden afgeleid dat het gemeentebestuur overwegende invloed toekomt op doelstelling, beheer en beleid van de stichting. Hierdoor is de stichting niet aan te merken als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht.

Indien er geen sprake is van een overwegende overheidsinvloed op doelstelling, beheer en beleid van een privaatrechtelijk rechtspersoon, dan behoort die rechtspersoon niet tot de openbare dienst (artikel 1 AW). De medewerker met een dienstverband bij die rechtspersoon is dan geen ambtenaar in de zin van de AW. Rechtspositionele besluiten kunnen niet aanhangig worden gemaakt bij de bestuursrechter (CRvB 20 januari 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP1983).

Er kan slechts dan sprake zijn van het zijn van ambtenaar wanneer uitdrukkelijk de bedoeling voorstaat dat de betrokken werknemer werkzaam zal zijn in openbare dienst. Uit de tekst van artikel 1 AW vloeit dan ook voort dat het in beginsel niet relevant is of er wel of geen bezoldiging wordt genoten. Evenmin is het in beginsel van belang of er sprake is van het daadwerkelijk uitoefenen van de functie waarop de aanstelling betrekking heeft (uitspraken van de CRvB van 5 januari 1995, TAR 1995, 69 en 28 juli 2005, TAR 2005, 157).



Voorbeeld: aanstelling in openbare dienst, maar in feite niet met het doel om daar werkzaam te zijn

Betrokkene is als algemeen directeur van de toenmalige – niet tot de openbare dienst behorende – Stichting Emma Kinderziekenhuis (EKZ) betrokken geweest bij fusiebesprekingen van dit ziekenhuis met het Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam (AZUA). Deze besprekingen hebben geleid tot sluiting van het EKZ en integratie in het AZUA. Omdat voor betrokkene geen gelijkwaardige functie binnen het AZUA beschikbaar was, is hij aangesteld in vaste dienst bij het AZUA teneinde pensioenopbouw en eventuele wachtgeldaanspraken te continueren totdat hij een betrekking elders zou hebben aanvaard. De CRvB oordeelt dat betrokkene niet is aangesteld teneinde werkzaam te zijn binnen het AZUA. De aanstelling maakt deel uit van een pakket van maatregelen dat ertoe zou moeten leiden dat hij een betrekking buiten het AZUA zou verkrijgen. Van enige werkzaamheid ten behoeve van het AZUA is in feite geen sprake geweest. Dit is ook uitdrukkelijk door partijen niet beoogd. De hier gevolgde constructie heeft te zeer de trekken van een ambtenaarschap naar de schijn. Deze gecreëerde situatie maakt dat niet is voldaan aan het vereiste van in openbare dienst werkzaam zijn, als bedoeld in artikel 1 lid 1 AW, zodat betrokkene niet als ambtenaar in de zin van artikel 1 AW kan worden aangemerkt (CRvB 5 januari 1995, TAR 1995, 69).

Payrolling

Een medewerker wordt vanuit een payrollbedrijf gedetacheerd bij een gemeente. De kantonrechter stelt vast dat het payrollbedrijf geen uitzendbureau is. De kantonrechter komt tot het oordeel dat deze medewerker in dienstbetrekking staat tot de gemeente en niet tot het payrollbedrijf. Enkele belangrijke overwegingen van de

kantonrechter zijn in dat verband: de gemeente heeft de medewerker geselecteerd en geworven, de medewerker wordt uitsluitend aan de gemeente uitgeleend, de gemeente beoordeelt de medewerker volgens het beoordelingssysteem van de gemeente en betaalt materieel gezien het loon. Het payrollbedrijf wordt niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst (Rechtbank Oost-Nederland 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108, en JAR 2013, 95 m.nt.). In vergelijkbare zin is geoordeeld door de Rechtbank Den Haag (26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749 en JAR 2013, 193 m.nt.).

Een medewerkster claimt een vast dienstverband nadat zij 15 maanden op basis van vier aaneensluitende payrollovereenkomsten bij de gemeente heeft gewerkt. Volgens de CRvB zijn er geen bijzondere omstandigheden waardoor er een ambtenaarsverhouding is ontstaan. Het beroep van de medewerkster dat de payrollconstructie een schijnconstructie is, slaagt niet. De CRvB verwijst in verband hiermee naar de uitspraak van de Hoge Raad van 4 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2356), waarin is geoordeeld dat de payrollovereenkomst is te beschouwen als een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW. Er is volgens de CRvB geen reden om de gehanteerde payrollovereenkomst niet legitiem te achten. De gemeente heeft niet de bedoeling gehad om een ambtenaarsverhouding te laten ontstaan (CRvB 23 februari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:642). Zie ook: CRvB 18 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1837.

1.1.2 EINDE VAN HET AMBTENAARSHIP

Het ambtenaarschap eindigt door ontslag. De CRvB heeft in zijn uitspraak van 22 februari 2001 (AB 2001, 203 en TAR 2002, 77) overwogen dat het ambtenaarschap dat door aanstelling als zodanig is ontstaan, niet langs andere weg verloren kan gaan dan door ontslagverlening op een van de daartoe in wet- en regelgeving vastgelegde grondslagen. Dit betekent dat het ambtenaarschap niet verloren gaat indien de ambtenaar wordt gedetacheerd van een overheidsorgaan naar een private organisatie.

In zijn uitspraak van 6 september 2007 (TAR 2007, 196) heeft de CRvB geoordeeld dat een stichting sinds een statutenwijziging niet langer behoort tot de openbare dienst. Dit brengt mee dat de medewerker niet meer in openbare dienst werkzaam is en niet langer is aan te merken als ambtenaar in de zin van artikel 1 AW. Hier is dus sprake van einde van het ambtenaarschap, terwijl er geen ontslag is verleend! In de uitspraak van 24 februari 2011 (TAR 2011, 141) overweegt de CRvB dat een stichting door een statutenwijziging niet meer tot de openbare dienst behoort van de gemeente en dat deze stichting niet langer als bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht kan worden aangemerkt. Voor de zaak zelf merkt de CRvB de gemeente zelf als rechtsopvolger van de stichting aan en werd de ambtenaar in haar beroep ontvangen.

Ontslag betekent echter niet in alle gevallen het einde van het ambtenaarschap. Artikel 1 lid 4 AW bepaalt dat onder ambtenaar ook de gewezen ambtenaar wordt verstaan, tenzij het tegendeel blijkt. Echter niet elke voormalige ambtenaar kan als gewezen ambtenaar worden aangemerkt, zoals dat blijkt uit de uitspraak van de CRvB van 15 oktober 1987 (TAR 1987, 270). De CRvB oordeelde dat een weigering om de voormalige ambtenaar opnieuw aan te stellen, niet is te beschouwen als een besluit dat ten aanzien van de belanghebbende als gewezen ambtenaar is genomen.



Voorbeeld: gewezen ambtenaar beroept zich op aanspraken uit een voor hem geldend sociaal plan

Een ambtenaar treedt ten gevolge van privatisering in dienst van een stichting. Een aantal maanden na zijn overgang naar de stichting ontvangt de ambtenaar een besluit van zijn vorige werkgever, de gemeente, over zijn aanspraak op reiskostenvergoeding op basis van het sociaal plan. Hierover ontstaat een geschil en de ambtenaar vecht dit aan bij de bestuursrechter. De CRvB oordeelt ambtshalve dat het sociaal plan erin voorziet dat de bij het betreffende dienstonderdeel werkzame ambtenaren vanaf 1 januari 1998 als gewezen ambtenaar aanspraak kunnen maken. De bestuursrechter is hierdoor bevoegd om van het geschil kennis te nemen (CRvB 19 juni 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AH9160).



Voorbeeld: gewezen ambtenaar beroept zich op een regeling die niet een publiekrechtelijk karakter heeft

Weigering ontslaguitkering aan werknemer van USZO BV als rechtsopvolger van Stichting USZO. Een werknemer die aanvankelijk in dienst was bij het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (ABP), is in het kader van de privatisering van het ABP op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht in dienst van de Stichting USZO overgegaan. Het in de cao op het personeel van de Stichting USZO van toepassing verklaren van regels die gelden voor burgerlijk rijksperoneel ten aanzien van ziekte, werkloosheid en arbeidsongeschiktheid, maakt niet dat de aldus getroffen uitkeringsregeling publiekrechtelijk van aard is (CRvB 6 november 2002, TAR 2003, 42).

1.1.3 AMBTELIJKE STATUS

De overheid heeft als werkgever een bijzondere positie door haar dubbele rol als hoedster van het algemeen belang en als werkgeefster van degenen die tot haar in een arbeidsrelatie staan. In het verleden werd om staatsrechtelijke overwegingen belang gehecht aan een goede ambtelijke rechtspositie en leefde de gedachte dat de overheidswerknemer niet op voet van gelijkwaardigheid met de overheid kon contracteren. Hierdoor was de figuur van een arbeidsovereenkomst niet passend. Tegen de achtergrond hiervan kwam in 1929 de Ambtenarenwet tot stand met een afzonderlijke status voor ambtenaren.

1.1.4 NORMALISERING VAN DE ARBEIDSVERHOUDINGEN

Sinds 1987 ontwikkelt zich in de arbeidsverhoudingen bij de overheid een proces dat wordt aangeduid als 'normalisering van de arbeidsverhoudingen'. In dit geleidelijke proces wordt ernaar gestreefd, de arbeidsrelatie tussen de overheid als werkgever en de ambtenaar als werknemer zo veel mogelijk te ontdoen van verschillen, hetzij feitelijke, hetzij formele, met de relatie tussen werkgever en werknemer in de markt. Als stappen op weg naar verdergaande normalisering kunnen worden genoemd:

- het invoeren van het sectorenmodel voor de arbeidsvoorwaardenonderhandelingen, waardoor binnen de overheid de mogelijkheid ontstond van differentiatie in arbeidsvoorwaarden tussen de verschillende sectoren (1993);
- het onder de werking van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) (1995) en van de Arbeidstijdenwet (Artw) (1996) brengen van de overheid, waardoor – uitzonderingen daargelaten – de overheidswerknemers en -werkgevers onder hetzelfde regime vallen als het regime dat in de marktsector geldt;

- de privatisering van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (ABP), waarmee de invloed van de sociale partners werd gewaarborgd (1996);
- de ‘OOW-operatie’, waarmee het overheidspersoneel onder de werking van de werknemersverzekeringen is gebracht. Deze fase is per 1 januari 2003 voltooid, afgezien van een kleine restcategorie.

Het heeft enige tijd geduurd voordat het in mei 2010 ingediende initiatiefwetsvoorstel door D66 en CDA inhoudende gelijktrekking van de rechtspositie van ambtenaren en werknemers, kon worden omgezet in een wet. Inmiddels is de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra) in het Staatsblad gepubliceerd. De bedoeling is dat deze wet met ingang van 1 januari 2020 in werking treedt. De aanstelling van ambtenaren wordt vervangen door een tweezijdige arbeidsovereenkomst, waarmee de rechtsbescherming langs privaatrechtelijke weg verloopt. Als de Wnra in werking treedt, zal de aanstelling van rechtswege worden omgezet in een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Voor een aantal categorieën ambtenaren, zoals de politie- en defensieambtenaren, zal dat niet gelden. Zij behouden een publiekrechtelijke aanstelling en genieten rechtsbescherming volgens de bestuursrechtelijke weg. De Ambtenarenwet dateert van 1929 en wordt in zijn geheel vervangen door een nieuwe Ambtenarenwet. Deze nieuwe wet met 18 artikelen omvat onder andere regels, die (ook) behoren tot de rechtspositie van de werknemers die op basis van een arbeidsovereenkomst bij een overheidswerkgever werkzaam zijn. Het is de bedoeling dat voordat de Wnra in werking treedt, cao's worden gesloten. Hierdoor vervallen de huidige rechtspositieregelingen.

1.2 Grondrechten



Regelgeving

Ambtenarenwet, artikelen 125, 125a tot en met 125h.

Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR), artikel 82a.

1.2.1 ALGEMEEN

In principe geldt dat ambtenaren dezelfde rechten hebben als iedere burger als het gaat om de uitoefening van de grondrechten. De Grondwet en verdragen zelf staan toe dat er beperkingen kunnen gelden. In de Ambtenarenwet (AW) zijn in dat kader in de artikelen 125, 125a tot en met artikel 125g bepalingen opgenomen, die ambtenaren beperken in de uitoefening van de grondrechten, zoals die zijn vastgelegd in de Grondwet en internationale verdragen. Een voorbeeld van een internationaal verdrag is het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Hierna wordt in het kort op de toepassing van grondrechten en de gelijkebehandelingswetgeving ingegaan.

1.2.2 VRIJE ARBEIDSKEUZE

Een voorbeeld van de mogelijkheid om beperkingen aan te brengen is de uitspraak van de CRvB van 20 augustus 2003, TAR 2003, 195. Hierin stelt de CRvB dat het beginsel van *vrije arbeidskeuze* er niet aan in de weg staat dat uit de gemaakte keuze voor een beroep beperkingen kunnen voortvloeien voor het daarnaast verrichten van andere werkzaamheden. Artikel 125 lid 1 aanhef en onder j AW biedt ruimte om voorschriften vast te stellen met betrekking tot het verbieden van nevenwerkzaamheden waardoor de goede vervulling van de functie of de goede functionering

van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met de functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd. Dit is in artikel 61 ARAR vastgelegd, op basis waarvan weer nadere invulling kan worden gegeven aan het begrip ‘verboden nevenwerkzaamheden’ (CRvB 18 september 2003, TAR 2004, 71).

1.2.3 VRIJHEID VAN MENINGSUITING EN DRUKPERS, VAN VERENIGING EN VAN VERGADERING EN BETOGING

Uit artikel 125a AW volgt dat de beperking van de daarin genoemde grondrechten wordt getoetst aan de functioneringsnorm in die zin dat de beperking toelaatbaar is indien door de uitoefening van de grondrechten de goede vervulling van de functie of de goede functionering van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met zijn functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd. Op basis van deze norm stelt de CRvB (28 juli 2005, TAR 2005, 157) vast dat een gemeenteambtenaar de grenzen van het in artikel 125a AW toelaatbare heeft overschreden. Deze ambtenaar had zich in een tijdschrift op een laatdunkende, grievende en beschadigende wijze uitgelaten over de wethouder. Door zich op die manier publiekelijk uit te laten, heeft de ambtenaar de verhoudingen dusdanig op scherp gezet dat hij een goede vervulling van zijn opgedragen adviesfunctie onmogelijk heeft gemaakt. De uitlatingen zijn volgens de CRvB terecht als plichtsverzuim aangemerkt. Een andere kwestie betrof een provincieambtenaar die een boek uitbrengt. Dit boek omvat volgens de CRvB de ongefundeerde weergave van vermeende misstanden en de geringschattende beschrijving van het provinciebestuur en de daarbij werkzame personen. Volgens de CRvB (7 januari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BK9640) heeft de ambtenaar de norm van artikel 125a AW overschreden. Het beroep van de ambtenaar dat het om een fictief verhaal zou gaan, gaat volgens de CRvB niet op. De aanduiding van de provincie en de beschrijving van de gebeurtenissen zijn dermate concreet en herkenbaar dat het volgens de CRvB om een beschrijving van de realiteit gaat. De CRvB concludeert dat de ambtenaar terecht wegens ernstig plichtsverzuim bij wijze van straf is ontslagen.

Een medewerker, werkzaam bij een gemeente, stuurt vanaf zijn privé-e-mailadres een bericht aan een gemeenteraadslid. In dit bericht stond informatie die hij uit hoofde van zijn functie had verkregen en zijn opvatting over de financiële situatie van de gemeente. De medewerker krijgt een schriftelijke berisping. De medewerker doet onder meer een beroep op de vrijheid van meningsuiting. Volgens de CRvB stond het de medewerker op dat moment niet vrij om zijn visie over de financiële situatie van de gemeente naar buiten te brengen, zeker niet zolang de politieke en bestuurlijke besluitvorming nog niet was afgerond. De disciplinaire straf wordt door de CRvB in stand gelaten (CRvB 7 januari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BY5603).

Een medewerker plaatst op het intranet een reactie op een column van een collega. In zijn reactie maakt hij volgens zijn werkgever een kwetsende vergelijking met extreme denkbeelden uit de Tweede Wereldoorlog en had hij zijn collega niet publiekelijk het advies mogen geven zich te onderwerpen aan een deskundig onderzoek. Een beroep op de vrijheid van meningsuiting slaagt niet. De werkgever geeft aan dat de wijze waarop de medewerker uiting heeft gegeven aan zijn gevoelens onder de collega's lange tijd voor onrust heeft gezorgd. Hierdoor heeft de medewerker de in acht te nemen grenzen overschreden. Er is sprake van toerekenbaar plichtsverzuim, waarvoor een schriftelijke berisping is opgelegd (CRvB 12 juni 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1984).

In het ARAR is in artikel 82a bepaald dat advies moet worden ingewonnen bij de Adviescommissie grondrechten en functie-uitoefening ambtenaren (AGFA) alvorens de werkgever een disciplinaire maatregel kan opleggen wegens overtreding van de functioneringsnorm van artikel 125a AW. Het advies van 8 september 1994 (TAR 1994, 209) is een voorbeeld hiervan, alsook de adviezen van 14 juli 2004, 5 oktober 2006, 16 september 2011 en 3 februari 2015 (www.agfacommissie.nl/adviezen).

Een medewerker wordt onder andere vanwege brede verspreiding van een e-mailbericht met tendentieuze teksten, disciplinair gestraft. Volgens de CRvB raakt dit de vrijheid van meningsuiting. Dit brengt mee dat de werkgever – gezien de dwingende formulering van artikel 82a ARAR – advies had moeten inwinnen bij de AGFA. Nu dit niet is gebeurd, kan de disciplinaire straf niet mede zijn gebaseerd op de gedraging van de verzending van de e-mail (CRvB 19 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:299).

Voor de Rijksoverheid zijn aanwijzingen inzake externe contacten van rijksambtenaren geschreven om meer duidelijkheid te scheppen ten aanzien van de gedragslijn bij functionele contacten van ambtenaren met derden. Deze aanwijzingen zijn te vinden in *Staatscourant* 1998, 104 en spelen een rol bij de beoordeling van de vraag of een rijksambtenaar de norm van artikel 125a AW heeft overschreden. De CRvB heeft in zijn uitspraak van 14 mei 2009 (ECLI:NL:CRVB:2009:BI4834) geoordeeld dat de brief waarbij de ambtenaar wordt gewezen op zijn verplichtingen die voortvloeien uit de aanwijzingen is te beschouwen als een intern sturingsmiddel. De overheidswerkgever had vastgesteld dat de ambtenaar met de verzending van zijn brief aan de Tweede Kamer in strijd heeft gehandeld met de aanwijzingen, maar heeft niet uitdrukkelijk vastgesteld dat er sprake was van plichtsverzuim. Tegen de bewuste brief staat dan ook geen bezwaar en beroep open. Dit alles wordt niet anders omdat de ambtenaar deze brief als een beperking van zijn grondrecht op vrije meningsuiting ervaart.

1.2.4 RECHT OP EERBIEDIGING PERSOONLIJKE LEVENSSFEER EN ONAANTASTBAARHEID VAN HET LICHAAM

Werkgevers mogen in zijn algemeenheid instructies geven met betrekking tot kleding en uiterlijk. Deze instructies mogen niet leiden tot een onaanvaardbare inbreuk van de persoonlijke levenssfeer en onaantastbaarheid van het lichaam. Zo werd een politieambtenaar in verband met zijn haardracht (hanenkam) overgeplaatst naar de binnendienst. Volgens de CRvB worden de persoonlijke levenssfeer en de onaantastbaarheid van het lichaam geraakt. Aangezien aanpassing van het kapsel ook effect heeft buiten werktijd, vindt de CRvB de beperking van de grondrechten niet gerechtvaardigd. De uiterlijke verschijning is naar het oordeel van de CRvB niet in strijd met de representativiteit en professionaliteit (CRvB van 24 december 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK8782).

1.2.5 GELIJKE BEHANDELING

Uit artikel 125g AW volgt dat het niet is toegestaan om onderscheid te maken naar arbeidsduur. Blijkens de wetsgeschiedenis levert een verschil in behandeling naar arbeidsduur slechts een onderscheid in de zin van artikel 125g AW op indien dit verschil tot benadeling leidt. Van benadeling is naar de bedoeling van de wetgever in het algemeen geen sprake indien de arbeidsvoorwaarde – bijvoorbeeld de